

Prof. Dr. Ute Sacksofsky
Bundenweg 16
60320 Frankfurt
Tel.: 069/ 956 22 051
Fax.: 069/ 956 22 052
Mail: u.sacksofsky@gmx.de

2. Dezember 2011

An das
Bundesverfassungsgericht
Postfach 1771

76006 Karlsruhe

Namens der Bundespartei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, vertreten durch den
Bundesvorstand,

Platz vor dem Neuen Tor 1

10115 Berlin

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte: Prof. Dr. Ute Sacksofsky, Bundenweg 16, 60320
Frankfurt

- Vollmacht liegt bei -

mache ich ein Organstreitverfahren gegen den Deutschen Bundestag

Platz der Republik 1

11011 Berlin

- Antragsgegner -

anhängig und stelle den Antrag festzustellen:

Der Deutsche Bundestag hat durch Beschluss des Neunzehnten Gesetzes zur
Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011
(Bundesgesetzblatt I Seite 2313) die Antragstellerin in ihren Rechten aus
Artikel 21 Absatz 1 und Artikel 38 Absatz 1 des Grundgesetzes verletzt.

A. Sachverhalt

Mit Urteil vom 3. Juli 2008 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass § 7 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG in der damals geltenden Fassung Art. 38 GG verletzen, soweit durch die genannten Normen ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann. Das Gericht hat den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.

BVerfGE 121, 266.

Diese großzügig bemessene Frist ist abgelaufen, ohne dass eine gesetzliche Regelung getroffen wurde. Die Neuregelung tritt erst am 3. Dezember 2011 in Kraft.

I. Gesetzgebungsverfahren

Die Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN war die einzige der im Bundestag vertretenen Fraktionen, die sich bereits in der letzten Legislaturperiode um eine verfassungskonforme Regelung des Wahlrechts bemüht hatte, indem sie einen Gesetzentwurf vorlegte.

BT-Drucks. 16/11885.

Der damalige Gesetzentwurf wurde mit den Stimmen der Fraktionen von CDU/CSU, SPD und FDP mit der Begründung abgelehnt, dass eine gesetzliche Regelung erst nach der Bundestagswahl vom 27. September 2009 erlassen werden solle.

BT-Drucks. 16/13658, S. 1.

Doch auch in dieser Legislaturperiode versäumten es die genannten Fraktionen, einen Entwurf so rechtzeitig vorzulegen, dass die Frist eingehalten werden konnte. Allein die Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN legte ihren Gesetzentwurf so rechtzeitig vor, dass eine Novelle des Wahlgesetzes fristgerecht hätte beschlossen werden können.

Gesetzentwurf vom 9. Februar 2011 (BT-Drucks. 17/4694).

Die anderen Fraktionen haben das Versäumen der Frist sehenden Auges in Kauf genommen; denn ihre Entwürfe wurden so kurz vor Ablauf der Frist vorgelegt, dass deren Einhaltung wegen der notwendigen Dauer eines Gesetzgebungsverfahrens ausgeschlossen war.

Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP vom 28. Juni 2011 (BT-Drucks. 17/6290); Gesetzentwurf der Fraktion der SPD vom 24. Mai 2011 (BT-Drucks. 17/5895); Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 25. Mai 2011 (BT-Drucks. 17/5896).

Das Gesetz wurde nach Durchführung einer öffentlichen Sachverständigenanhörung am 5. September 2011

Protokoll Nr. 17/48.

vom Innenausschuss am 22. September 2011 abschließend behandelt, wobei der Innenausschuss empfahl, den Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP mit geringfügigen Änderungen anzunehmen.

BT-Drucks. 17/7069.

Der Bundestag beschloss in namentlicher Abstimmung am 29. September 2011 das Gesetz in der vom Innenausschuss empfohlenen Fassung mit 294 zu 241 Stimmen. Die namentliche Abstimmung erfolgte strikt entlang der Fraktionslinien: Die Ja-Stimmen stammten von Abgeordneten der Fraktionen von CDU/CSU und FDP, die Nein-Stimmen von Abgeordneten von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE.

Bundestag, Plenar-Protokoll 17/130, S. 15320 (A).

Der Bundesrat hat in der Sitzung vom 14. Oktober 2011 beschlossen, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen.

Bundesrat, Plenar-Protokoll 888, S. 484 (A).

Das Gesetz wurde am 2. Dezember 2011 verkündet.

BGBI. I S. 2313.

II. Regelungsinhalt

Das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes beabsichtigt, den Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen und „die

Verfassungswidrigkeit des Effekts des negativen Stimmgewichts unter Beibehaltung des Wahlsystems der personalisierten Verhältniswahl“ zu beseitigen.

BT-Drucks. 17/6290, S. 2.

Die Basis-Prinzipien des Wahlsystems werden von der Neuregelung nicht betroffen. Das Grundsystem einer „mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BWahlG) bleibt ebenso bestehen wie die grundsätzlich je hälftige Wahl der Abgeordneten in Wahlkreisen und nach Landeslisten. Die Möglichkeit des Entstehens von Überhangmandaten wird nicht angetastet. Die Novellierung beschränkt sich auf die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze; insoweit sind die Änderungen allerdings einschneidend.

Die bisher vorgesehene und – im Hinblick auf die Landeslisten einer Partei – regelmäßig praktizierte Möglichkeit der Listenverbindung ist abgeschafft; §§ 7 und 29 BWahlG a.F. wurden aufgehoben.

Das Sitzzuteilungsverfahren nach § 6 BWahlG ist grundsätzlich verändert worden. In der neuen Fassung lautet § 6 BWahlG wie folgt:

„(1) Die von der Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) auf jedes Land entfallende Zahl der Sitze wird nach der Zahl der Wähler in jedem Land mit demselben Berechnungsverfahren ermittelt, das nach Absatz 2 Satz 2 bis 7 für die Verteilung der Sitze auf die Landeslisten angewandt wird. Von der Zahl der auf das Land entfallenden Abgeordneten wird die Zahl der erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen, die in Satz 4 genannt sind. Für die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze werden die für jede Landesliste abgegebenen Zweitstimmen zusammengezählt. Nicht berücksichtigt werden dabei die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, der gemäß § 20 Abs. 3 oder von einer Partei vorgeschlagen ist, die nach Absatz 6 bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt wird oder für die in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist.

(2) Die nach Absatz 1 Satz 2 verbleibenden Sitze werden auf die Landeslisten auf der Grundlage der nach Absatz 1 Satz 3 und 4 zu berücksichtigenden Zweitstimmen wie folgt verteilt. Jede Landesliste erhält so viele Sitze, wie sich nach Teilung der Summe ihrer erhaltenen Zweitstimmen durch einen Zuteilungsdivisor ergeben. Zahlenbruchteile unter 0,5 werden auf die darunter liegende ganze Zahl abgerundet, solche über 0,5 werden auf die darüber liegende ganze Zahl aufgerundet. Zahlenbruchteile, die gleich 0,5 sind, werden so aufgerundet oder abgerundet, dass die Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze eingehalten wird; ergeben sich dabei mehrere mögliche

Sitzzuteilungen, so entscheidet das vom Bundeswahlleiter zu ziehende Los. Der Zuteilungsdivisor ist so zu bestimmen, dass insgesamt so viele Sitze auf die Landeslisten entfallen, wie Sitze zu vergeben sind. Dazu wird zunächst die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten durch die Gesamtzahl der nach Absatz 1 Satz 2 verbleibenden Sitze geteilt. Entfallen danach mehr Sitze auf die Landeslisten als Sitze zu vergeben sind, ist der Zuteilungsdivisor so heraufzusetzen, dass sich bei der Berechnung die zu vergebende Sitzzahl ergibt; entfallen zu wenig Sitze auf die Landeslisten, ist der Zuteilungsdivisor entsprechend herunterzusetzen.

(2a) Den Landeslisten einer Partei werden in der Reihenfolge der höchsten Reststimmenzahlen so viele weitere Sitze zugeteilt, wie nach Absatz 2 Satz 3 und 4 zweiter Halbsatz ganze Zahlen anfallen, wenn die Summe der positiven Abweichungen der auf die Landeslisten entfallenen Zweitstimmen von den im jeweiligen Land für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen (Reststimmenzahl) durch die im Wahlgebiet für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Zweitstimmenzahl geteilt wird. Dabei werden Landeslisten, bei denen die Zahl der in den Wahlkreisen errungenen Sitze die Zahl der nach den Absätzen 2 und 3 zu verteilenden Sitze übersteigt, in der Reihenfolge der höchsten Zahlen und bis zu der Gesamtzahl der ihnen nach Absatz 5 verbleibenden Sitze vorrangig berücksichtigt. Die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) erhöht sich um die Unterschiedszahl.

(3) Erhält bei der Verteilung der Sitze nach den Absätzen 2 und 2a eine Partei, auf deren Landeslisten im Wahlgebiet mehr als die Hälfte der Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten entfallen ist, nicht mehr als die Hälfte der zu vergebenden Sitze, werden den Landeslisten dieser Partei in der Reihenfolge der höchsten Reststimmenzahlen weitere Sitze zugeteilt, bis auf die Landeslisten dieser Partei ein Sitz mehr als die Hälfte der im Wahlgebiet zu vergebenden Sitze entfällt. In einem solchen Falle erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) um die Unterschiedszahl.

(4) Von der für jede Landesliste so ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze abgerechnet. Die restlichen Sitze werden aus der Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt. Bewerber, die in einem Wahlkreis gewählt sind, bleiben auf der Landesliste unberücksichtigt. Entfallen auf eine Landesliste mehr Sitze als Bewerber benannt sind, so bleiben diese Sitze unbesetzt.

(5) In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach den Absätzen 2 bis 3 ermittelte Zahl übersteigen. In einem solchen Falle erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Abs. 1) um die Unterschiedszahl; eine erneute Berechnung nach den Absätzen 2 und 3 findet nicht statt.

(6) Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Satz 1 findet auf die von Parteien nationaler Minderheiten eingereichten Listen keine Anwendung.“

Nach der bisherigen, vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Regelung wurden die Sitze zunächst auf die Listenverbindungen und die nicht verbundenen Listen verteilt (sog. Oberverteilung). Erst in einem zweiten Schritt wurden die einer Listenverbindung zustehenden Sitze auf die beteiligten Landeslisten „heruntergebrochen“ (sog. Unterverteilung).

Nach der Neuregelung kommt es nun zu einem dreistufigen Sitzzuteilungsverfahren. Der erste Schritt besteht jetzt aus einer Sitzverteilung auf die Länder auf Grundlage der Wählerzahl; ausschlaggebend für die Sitzkontingente der Länder ist die Wahlbeteiligung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BWahlG). Im zweiten Schritt werden die dem jeweiligen Land zufallenden Sitze auf die Landeslisten der Parteien verteilt. Hierfür werden die auf die jeweilige Landesliste entfallenden Zweitstimmen zusammengezählt (§ 6 Abs. 1 Satz 3 BWahlG).

Unberücksichtigt bleiben nach der Neuregelung die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, dessen Mandat aber nicht auf eine Landesliste angerechnet werden kann, entweder, weil er nicht von einer Partei vorgeschlagen worden ist (parteiloser Kandidat) oder weil er zwar von einer Partei vorgeschlagen wurde, für die jedoch in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist (Parteikandidat ohne Landesliste) oder die bei der Zuteilung nicht berücksichtigt wird, weil sie an der – weiterhin auf das gesamte Bundesgebiet bezogenen – 5 %-Hürde scheiterte (Kandidat einer Kleinpartei), § 6 Abs. 1 Satz 4 BWahlG. Die ersten beiden Fälle waren auch zuvor schon in gleicher Weise geregelt gewesen, die dritte Konstellation ist neu und stellt die Antwort der Gesetzesnovelle auf das Problem der „Berliner Zweitstimmen“ dar.

Das Problem der sog. Berliner Stimmen trat erstmals bei der Bundestagswahl 2002 auf. Zwei PDS-Kandidatinnen gewannen Direktmandate, die Partei scheiterte bundesweit aber an der 5%-Hürde. Nach § 6 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BWahlG a.F. wurden die Zweitstimmen derjenigen Wähler berücksichtigt, die für diese beiden Kandidatinnen gestimmt hatten, wohingegen die Zweitstimmen derjenigen Wähler unberücksichtigt blieben, die für einen erfolgreichen parteilosen oder aber für einen von einer Partei vorgeschlagenen Direktkandidaten gestimmt hatten, für die im betreffenden Land keine Landesliste zugelassen war.

Als Zuteilungsverfahren wird für beide Verteilungen das Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers, das auch im geltenden Bundeswahlgesetz vorgesehen ist, verwendet (§ 6 Abs. 2 Sätze 2 bis 7, Abs. 1 Satz 1 BWahlG).

In einem dritten Schritt kommt eine „Reststimmenverwertung“ hinzu (§ 6 Abs. 2a BWahlG). Die positiven Stimm-„reste“ der Zweitstimmen für die Landeslisten einer Partei werden bundesweit zusammengezählt und können gegebenenfalls zu weiteren Mandaten führen.

B. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist eine politische Partei. Nach § 63 BVerfGG wäre sie im Organstreit nicht parteifähig, da sie weder eines der dort genannten Organe noch ein Teil eines dieser Organe ist. Doch Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG erklärt neben den in § 63 BVerfGG genannten Organen auch diejenigen „anderen Beteiligten“ für parteifähig, die im Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Ob die Parteien als solche „andere Beteiligte“ anzusehen sind, ist in der Literatur heftig umstritten,

siehe etwa ablehnend: Voßkuhle, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 93 Rn. 106; Wieland, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 52; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 92; Henke, in: Bonner Kommentar (Stand: Oktober 2011), Art. 21 Rn. 254 (1991); Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 93 Rn. 139 (1982); zustimmend: Sturm, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 93 Rn. 48 (de lege lata); Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2011, Art. 21 Rn. 399 ff.; Klein, in: Benda/ Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1011; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG (Stand: Mai 2011), § 63 Rn. 56 ff. (2002); Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, § 63 Rn. 17; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 4 Rn. 314 ff.; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 12; Clemens, FS Zeidler, Bd. II, 1987, 1261 ff.; Umbach, in: Mitarbeiterkommentar, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64 Rn. 14 ff.; jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

doch hat das Bundesverfassungsgericht den Streit, ob eine Verfassungsbeschwerde oder ein Organstreit das richtige Verfahren sind, durch Plenumsentscheidung

verbindlich entschieden: „Das Plenum ist zu der Auffassung gelangt, daß eine politische Partei, die behauptet, ihr Recht auf gleiche Behandlung im parlamentarischen Wahlverfahren sei durch die Gestaltung dieses Verfahrens im Wahlgesetz verletzt, dieses Recht *nur* im Wege des Organstreits durchsetzen kann.“

BVerfGE 4, 27, 30 (Hervorhebung im Original).

Das Gericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Rechte der politischen Parteien im Wahlverfahren, insbesondere ihr Recht auf Gleichbehandlung zu ihrem besonderen verfassungsrechtlichen Status gehören. Daher könne die Verletzung dieser Rechte nur im Organstreit geltend gemacht werden. Die Verfassungsbeschwerde sei in diesen Fällen ausgeschlossen.

st. Rspr.: BVerfGE 1, 208, 223 f.; 4, 27, 31; 20, 119, 128 f.; 44, 125, 137; 82, 322, 335; 84, 290, 299; 110, 403, 405.

Das Gericht hat diese Rechtsprechung auch in jüngster Zeit bestätigt und die Berechtigung von Parteien, eine Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status im Bereich des Wahlrechts im Wege der Organklage zu rügen, angenommen.

Zuletzt: BVerfGE 120, 82, 96, 100.

Die Partei ist damit als „anderer Beteiligter“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG anzusehen. Aufgrund des Vorrangs der Verfassung ist eine Einschränkung des Kreises der Antragsteller durch § 63 BVerfGG als einer Norm des einfachen Rechts nicht zulässig. Die Antragstellerin ist mithin im Organstreitverfahren antragsberechtigt.

Der Deutsche Bundestag ist als Antragsgegner nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG parteifähig.

Angegriffen wird das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 29. September 2011. Der Erlass eines Gesetzes ist als Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG anzusehen.

st. Rspr.: BVerfGE 1, 208, 220; 4, 144, 148; 20, 119, 129; 20, 134, 141; 82, 322, 335; 92, 80, 87; 99, 332, 337; 120, 82, 98.

Es handelt sich also um einen tauglichen Angriffsgegenstand im Organstreit.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Die Antragstellerin, die regelmäßig an den Bundestagswahlen teilnimmt, wird durch eine verfassungswidrige Ausgestaltung des Wahlrechts in ihren durch das Grundgesetz übertragenen Rechten aus Art. 21 und Art. 38 GG verletzt; zumindest sind diese Rechte unmittelbar gefährdet. Sie ist mithin in ihrem verfassungsrechtlichen Status betroffen. Das Gericht hat dies in seiner Rechtsprechung eindeutig anerkannt. Es hat insbesondere ausgeführt, dass eine unmittelbare rechtliche Betroffenheit als politischer Partei schon durch die Vorschriften der Wahlgesetze selbst ausgelöst wird. Zum Begriff der politischen Partei im Sinne des Art. 21 GG gehöre ihr grundsätzlicher Wille, an Wahlen in Bund oder in den Ländern teilzunehmen. Wahlgesetze betreffen daher als solche den verfassungsrechtlichen Status der Parteien. Sähen sich Parteien durch Wahlgesetze verletzt, könnten sie dies im Organstreit geltend machen, ohne dass ein konkreter Zusammenhang mit einer bestimmten Wahl bestehen müsse.

BVerfGE 92, 80, 88; vgl. auch schon BVerfGE 1, 208, 229 f.; 4, 31, 35; 82, 322, 335 f.

Die Sechs-Monats-Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt. Die Sechsmonatsfrist des § 64 Abs. 3 BVerfGG beginnt grundsätzlich mit der Verkündung des Gesetzes. Mit ihr gilt das Gesetz als allgemein bekanntgeworden.

st. Rspr.: BVerfGE 13, 1, 10; 24, 252, 258; 64, 301, 316; 92, 80, 87; 107, 286, 297; 110, 403, 407.

Das Gesetz wurde am heutigen Tage, dem 2. Dezember 2011, verkündet. Die Antragsfrist ist daher noch nicht abgelaufen.

C. Begründetheit

Der Antrag ist begründet. Durch den Erlass des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes hat der Antragsgegner die Antragstellerin in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 GG verletzt.

I. Maßstab

1. Art. 38 Abs. 1 GG

Die Wahlrechtsgleichheit erfasst das aktive wie das passive Wahlrecht; sie erstreckt sich auch auf das Wahlvorschlagsrecht. Träger des Rechts sind daher nicht nur die Wähler, sondern auch diejenigen, die Wahlvorschläge einreichen können; dies sind, wie § 18 Abs. 1 BWahlG zeigt, auch und vor allem die politischen Parteien. Das Bundesverfassungsgericht hat seit seiner frühesten Rechtsprechung den Parteien das Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG zugestanden.

st. Rspr.: BVerfGE 1, 208, 242; 4, 27, 30; 6, 84, 91; 82, 322, 337; 120, 82, 101, 102.

Das Bundesverfassungsgericht betont in seiner Rechtsprechung die Bedeutung des Grundsatzes der Wahlgleichheit für das Demokratieprinzip: „Die Gleichbehandlung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechts ist eine der wesentlichen Grundlagen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, wie sie das Grundgesetz verfasst ... Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können.“

BVerfGE 121, 266, 295; ähnlich BVerfGE 124, 1, 18.

Das Gericht versteht die Wahlgleichheit daher im Sinne „einer strengen und formalen Gleichheit“.

BVerfGE 121, 266, 295; 124, 1, 18.

Die Stimme eines jeden Wahlberechtigten muss grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben. Seit jeher differenziert das Gericht zwischen den Auswirkungen der Wahlgleichheit in Systemen der Mehrheits- und der Verhältniswahl. Bei der Mehrheitswahl hält es das Gericht für ausreichend, wenn die

Stimmen den gleichen Zählwert haben und die Wahlkreise möglichst gleich groß sind. Für die Verhältniswahl verschärft das Gericht die Anforderungen an die „gleiche rechtliche Erfolgchance“. In der Verhältniswahl müsse jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der Vertretung haben. Das Gericht verlangt daher Erfolgswertgleichheit.

BVerfGE 121, 266, 296.

Freilich stellt der Grundsatz der Wahlgleichheit nach der Rechtsprechung des Gerichts kein absolutes Differenzierungsverbot dar. Doch bleibt dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein „eng bemessener Spielraum für Differenzierungen“. Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten Grundes.

BVerfGE 124, 1, 19; früher verwandte das Gericht den Begriff des „zwingenden“ Grundes (s. z.B. BVerfGE 1, 208, 248 f.; 82, 322, 338), den es aber zunächst durch Anführungsstriche relativierte („zwingend“: BVerfGE 121, 266, 297) und sodann aufgegeben zu haben schien; jetzt freilich wieder „zwingend“: BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Absatz-Nr. 87, http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html.

2. Art. 21 GG

Zentraler Bestandteil des Art. 21 GG ist das Recht der Parteien auf Chancengleichheit. Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt, dass jeder Partei und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden.

BVerfGE 120, 82, 104; BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Absatz-Nr. 82, http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html

Das Gericht betont, dass das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit eng mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit zusammenhänge, so dass in diesem Bereich ebenfalls Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn zu fordern sei.

BVerfGE 120, 82, 105.

Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen.

BVerfGE 120, 82, 105; BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Absatz-Nr. 82, http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html.

Das Gericht begründet die Notwendigkeit eines strengen Maßstabes auch mit dem Hinweis auf die strukturellen Bedingungen, unter denen Wahlgesetzgebung erfolgt: „Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“

BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Absatz-Nr. 91, http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html; vgl. auch schon BVerfGE 120, 82, 105.

II. Verstöße durch das angegriffene Gesetz

Das angegriffene Gesetz verstößt gegen die Rechte der Antragstellerin aus Art. 38 und Art. 21 GG in mehrfacher Hinsicht. Die Beibehaltung von Überhangmandaten ist mit Art. 21 GG und Art. 38 GG nicht vereinbar (1.). Auch ist es nicht gelungen, durch die Neuregelung das negative Stimmgewicht zu beseitigen (2.). Schließlich enthält das Gesetz weitere gleichheitswidrige Systembrüche (3.).

1. Beibehaltung der Überhangmandate ohne Verrechnung oder Ausgleich

Die Neuregelung will Überhangmandate weiterhin ohne Begrenzung, Verrechnung oder Ausgleich zulassen. Da unstreitig Überhangmandate die Ursache des vom Bundesverfassungsgericht monierten negativen Stimmgewichts sind, ist die Frage von zentraler Bedeutung, ob es für ein verfassungsmäßiges Wahlrecht ausreicht, das

negative Stimmgewicht, das durch das Zusammenspiel von Ober- und Unterverteilung entsteht, zu beseitigen oder ob darüber hinaus das Problem der Verzerrung der verhältnismäßigen Repräsentation durch Überhangmandate grundsätzlich angegangen werden muss.

***a. Überhangmandate als Verstoß gegen die
Wahlgleichheit und Chancengleichheit der
Parteien***

Überhangmandate verstoßen gegen die Wahlgleichheit und Chancengleichheit der Parteien, denn sie verleihen den Wählern, die zum Gewinn eines Direktmandats beigetragen haben, welches mit Listenmandaten nicht verrechnet werden kann, ein erhöhtes Stimmgewicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sollen aber alle Wähler den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben.

BVerfGE 121, 266, 295.

Ein Überhangmandat ermöglicht dem Wähler sowie seiner Partei eine stärkere Einflussnahme im Vergleich zu anderen Wählern, deren Stimmen für einen erfolgreichen Direktkandidaten abgegeben wurden, dessen Mandat aber mit einem Listenmandat verrechnet wird. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in einer früheren – nicht unmittelbar zu Überhangmandaten ergangenen – Entscheidung deutlich herausgearbeitet.

BVerfGE 79, 161, 167 f.

Dass ein doppeltes Stimmgewicht in eklatanter Weise gegen die Wahlgleichheit verstößt, erkennt die Gesetzesbegründung selbst an.

BT-Drucks. 17/6290, S. 2, 6.

Denn nur dies ist ja der Grund für die Neuregelung, die das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes hinsichtlich der „Berliner Zweitstimmen“ vorsieht. Im Vergleich zu den seltenen Fällen und der geringen Anzahl von Stimmen, die bei der Konstellation der „Berliner Zweitstimmen“ betroffen sind, ist das Ausmaß des doppelten Stimmgewichts bei Wählern, die zu Überhangmandaten beigetragen haben, um ein Vielfaches größer.

Wie eklatant die Chancengleichheit der Parteien durch Überhangmandate verletzt wird, lässt sich beispielhaft an den Ergebnissen der Bundestagswahl 2009 zeigen. Während BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN 67.915 Stimmen und die SPD sogar 68.428 Zweitstimmen für ein Mandat benötigten, reichten der CDU schon 60.971 Zweitstimmen für ein Mandat. Daraus ergibt sich, dass die CDU für dieselbe Anzahl von Wählerstimmen 12,9% mehr Sitze erhielt als die SPD.

Behnke, ZParl 2010, 245, 248.

Überhangmandate ohne Verrechnung oder Ausgleich können nicht durch Gründe gerechtfertigt werden, die von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.

So die Anforderung nach BVerfGE 121, 266, 297.

Die Gründe, die zur Rechtfertigung möglicherweise herangezogen werden könnten, greifen im Ergebnis nicht durch.

Zahlreiche Autoren bezweifeln die Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten – aus der aktuellen Literatur s. etwa: Meyer, HStR, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 45 ff.; ders., Die Zukunft des Bundestagswahlrechts, 2010, S. 36 ff. mit ausführlicher Analyse der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; ders., KritV 1994, 312; Morlok, in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 112; Trute, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. II, 5. Aufl. 2001, Art. 38 Rn. 61; Achterberg/Schulte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 6. Aufl. 2010, Art. 38 Rn. 140; Mahrenholz, in: FS Graßhof, 1998, 69, 84; Holste, RuP 2009, 152; Nicolaus, StWStP 8 (1997), 531, 534 ff.; v. Arnim, RuP 2008, 136; Hettlage, ZRP 2011, 1; ders., BayVBl. 2010, 655, 657; wohl auch: Lenski, AöR 2009, 473, 510; enge Grenzen betonend: Magiera, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 38 Rn. 95.

aa) Die Notwendigkeit von Überhangmandaten, die die verhältnismäßige Repräsentation verzerren, ergibt sich nicht aus der Grundentscheidung für das Wahlsystem einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl.

Dazu schon treffend die die Entscheidung nicht tragenden Richter: BVerfGE 95, 335, 380 ff.

Denn der Grundcharakter dieses „Wahlsystems“ ist – wie schon die Formulierung in § 1 Abs. 1 Satz 2 BWahlG zeigt und das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung entschieden hat – die Verhältniswahl.

BVerfGE 121, 266, 297 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Ziel des Verhältniswahlsystems ist es – so die Formulierung des Gerichts – „dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind.“

BVerfGE 121, 266, 296.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung, um die Verbindung von Personenwahl und Verhältniswahl zu einem Ausgleich zu bringen, ohne dass der Grundcharakter der Verhältniswahl tangiert wird. Die Fraktionen der SPD (BT-Drucks. 17/5895), von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/4694), und von DIE LINKE (BT-Drucks. 17/5896) haben Gesetzentwürfe in diesem Sinne vorgelegt. Beispielsweise besteht die Möglichkeit, Überhangmandate mit anderen Landeslisten derselben Partei zu verrechnen. Eine weitere Möglichkeit wären Ausgleichsmandate; dies ist die Lösung zahlreicher Bundesländer.

So etwa in Hessen, Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Baden-Württemberg, Brandenburg. Siehe insbesondere die die Wahlgleichheit stärkende Entscheidung des Landesverfassungsgerichts Schleswig-Holstein vom 30.8.2010, LVerfG 1/10 (juris) m. Anm. Morlok, JZ 2011, 234; Becker/Heinz, NVwZ 2010, 1524; Holste, RuP 2010, 193.

Denkbar wäre auch, nur in dem Umfang Direktmandate an eine Partei zu vergeben, in dem sie ihr auch nach dem Proporz zustehen würden; die überschüssigen Sitze, die den geringsten prozentualen Stimmenanteil aufweisen, würden nicht besetzt.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof sah in einem solchen Verfahren keinen Verstoß gegen die Wahlgrundsätze in Art. 14 BV: BayVerfGHE N.F. Bd. VII (1954), 99, 105 f. Auf diese Entscheidung weist bereits Meyer, Zukunft des Bundestagswahlrechts, S. 86, hin.

bb) Auch die vom Gericht grundsätzlich als rechtfertigender Grund akzeptierte Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung

BVerfGE 121, 266, 298.

kann proporzverzerrende Überhangmandate nicht rechtfertigen. Denn es ist keineswegs gewiss, dass Überhangmandate vorhandene Mehrheiten stabilisieren. Denkbar ist ebenso, dass sie einer großen Partei, die keinen Koalitionspartner findet,

um die Regierung zu stellen, zugutekommen und damit eigentlich gegebene Mehrheiten für eine Regierungskoalition verringern oder gar vernichten.

cc) Zusammenfassend ist festzuhalten: Überhangmandate verletzen die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und verstoßen damit ebenso wie die „Berliner Zweitstimmen“ gegen die Wahlrechtsgleichheit. Rechtfertigungsgründe für die Durchbrechung der Erfolgswertgleichheit sind nicht gegeben. Die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes ist eine zentrale Aufgabe des Wahlrechts.

BVerfGE 121, 266, 298.

Dieses Wahlziel kann durch Überhangmandate erheblich gefährdet werden. Sollte der oben erwähnte Fall wirklich eintreten, dass aufgrund von Überhangmandaten zwei Parteien, die zusammen die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinen, keine Regierung bilden können, wäre die zentrale Aufgabe des Wahlrechts konterkariert und der innere Friede in Frage gestellt.

b. Änderung der Verhältnisse seit der Entscheidung aus dem Jahr 1997

Die Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten folgt auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1997.

BVerfGE 95, 335.

Damals hatte das Gericht wegen Stimmgleichheit eine Verfassungswidrigkeit der Überhangmandate (ohne Verrechnung oder Ausgleich) nicht feststellen können. Heute sind jedoch Überhangmandate (ohne Verrechnung oder Ausgleich) aus mehreren Gründen keinesfalls mehr als verfassungsmäßig anzusehen.

aa) Zum einen wäre es ein Missverständnis anzunehmen, dass mit einer Vier-zu-Vier-Entscheidung die verfassungsrechtliche Frage abschließend entschieden worden wäre. § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG bestimmt ausdrücklich, dass bei Stimmgleichheit ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden kann. Die verfassungsrechtliche Frage bleibt also gerade offen.

Vgl. BVerfGE 92, 1, 14; 76, 211, 217; a.A. Mellinghoff, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt. Stand 2011 § 15, 2010, Rn. 78 f.

Dem entspricht es, wenn das Bundesverfassungsgericht in einer seiner neuesten Entscheidungen zum Wahlrecht ausdrücklich festgestellt hat:

„Es muss nicht entschieden werden, ob § 6 Abs. 5 Satz 2 und § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 5 Satz 2 BWahlG insoweit gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen, als sie die Zuteilung von Überhangmandaten ohne Verrechnung oder Ausgleich zulassen.“ (BVerfGE 122, 304, 310).

Das Gericht geht also selbst davon aus, dass diese Frage noch nicht entschieden ist – trotz der Entscheidung im fünfundneunzigsten Band.

bb) Selbst wenn man die Argumentation der die damalige Entscheidung tragenden Richter zugrunde legt, sind Überhangmandate jedenfalls jetzt als verfassungswidrig anzusehen. Denn auch nach Auffassung dieser vier Richter sind Überhangmandate nicht uneingeschränkt mit dem Grundgesetz vereinbar. Die die Entscheidung tragenden Richter verlangen ausdrücklich, dass „sich die Zahl der Überhangmandate in Grenzen hält“.

BVerfGE 95, 335, 349 und 365.

Der Grundcharakter der Bundestagswahl als „einer am Ergebnis der für die Parteien abgegebenen Stimmen orientierten Verhältniswahl“ dürfe nicht aufgehoben werden.

BVerfGE 95, 335, 361; auf diese Stelle wird auf S. 366 rückverwiesen.

Sie halten diese Grenze für überschritten, „wenn sich Verhältnisse einstellen, unter denen Überhangmandate von Wahl zu Wahl regelmäßig in größerer Zahl anfallen“.

BVerfGE 95, 335, 365 f.

Diese Bedingung ist inzwischen erfüllt. Die Zahl der Überhangmandate, die in den ersten zwölf Wahlen zum Deutschen Bundestag entstanden sind, erreicht nicht einmal zusammengenommen die Anzahl der Überhangmandate in der laufenden Wahlperiode.

In den ersten zwölf Wahlen entstanden zusammen lediglich 23 Überhangmandate.

Im Einzelnen hat sich die Anzahl der Überhangmandate wie folgt entwickelt:

Wahlperiode	Wahljahr	Anzahl der Überhangmandate
1	1949	2
2	1953	3
3	1957	3
4	1961	5
5	1965	0
6	1969	0
7	1972	0
8	1976	0
9	1980	1
10	1983	2
11	1987	1
12	1990	6
13	1994	16
14	1998	13
15	2002	5
16	2005	16
17	2009	24

Die Daten sind der Homepage des Deutschen Bundestages entnommen: für die 12.-17. Wahlperiode: http://www.bundestag.de/dokumente/datenhandbuch/01/01_13/index.html; für die 1.-11. Wahlperiode: <http://www.bundestag.de/dokumente/datenhandbuch/23/index.html> (letzter Zugriff jeweils 12.11.2011).

Um verstehen zu können, was die die Entscheidung tragenden Richter mit „regelmäßig und in größerer Zahl“ meinten, muss man sich diese Tabelle aus der Perspektive des Entscheidungsdatums ansehen. Die Entscheidung erging im Jahr 1997, also im Hinblick auf die Wahlen 1994. Vor allem das Jahr 1994, in dem 16 Überhangmandate anfielen, sticht dabei heraus; das Wahljahr 1990 war mit 6 Überhangmandaten das Jahr, in dem die zweitmeisten Überhangmandate anfielen. Bis auf ein einziges Wahljahr, 1961, hatte die Zahl der Überhangmandate in den Jahren zuvor nie mehr als drei betragen. Angesichts dessen, dass die Entwicklung zu einer größeren Anzahl von Überhangmandaten gerade erst begonnen hatte, ist –

aus der Perspektive des Jahres 1997 – nachvollziehbar, dass die die Entscheidung tragenden Richter annahmen, dass sich nicht absehen lasse, wie sich die Lage weiterentwickeln würde.

BVerfGE 95, 335, 366.

Dies gilt zumal, als zum Zeitpunkt der Entscheidung erst zwei gesamtdeutsche Wahlen stattgefunden hatten, so dass es durchaus plausibel erscheinen konnte, noch von einem Sonderphänomen in den ersten Jahren nach der Wiedervereinigung auszugehen. Inzwischen hat sich allerdings gezeigt, dass eine große Zahl an Überhangmandaten keine Ausnahme in der Zeit nach der Wiedervereinigung darstellte, sondern bei fast allen folgenden Wahlen seither eingetreten ist. In den sechs Wahlen seit 1990 fielen fast fünf Mal so viele Überhangmandate an wie in den elf Wahlen zuvor. Anders zusammengefasst: Für die Jahre bis 1990 fielen pro Wahl durchschnittlich weniger als zwei Überhangmandate an, in den fünf letzten Wahlen betrug die durchschnittliche Zahl von Überhangmandaten hingegen knapp 15, mehr als das Siebeneinhalbfache. Anders als mit „regelmäßig und in größerer Zahl“ lässt sich diese Entwicklung wohl kaum kennzeichnen. Die die Entscheidung tragenden Richter führten in der Entscheidung von 1997 aus, dass sich daraus ein Handlungsauftrag für den Gesetzgeber „aufgrund der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse“ ergeben könne.

BVerfGE 95, 335, 366.

Gegen diese Überlegungen lässt sich nicht einwenden, dass die die Entscheidung tragenden Richter die Grenze erst bei einer Erhöhung der Sitzzahl im Bundestag um 5 % gezogen hätten. Zwar gibt es einen Abschnitt in der Entscheidung, der auf die Fünfprozentklausel Bezug nimmt,

BVerfGE 95, 335, 366.

doch kann dies nicht als Konkretisierung des zuvor entwickelten Maßstabs „regelmäßig und in größerer Zahl“ angesehen werden. Denn die Passage findet sich systematisch in einem weiteren gleichgeordneten Gliederungsabschnitt,

Die Kennzeichnung der Grenzen mit „regelmäßig und in größerer Zahl“ findet sich unter IV.1., die Passage zur Fünfprozentklausel unter IV.2., die Subsumtion unter IV.3.

nicht hingegen in einem untergeordneten, also den Maßstab präzisierenden Abschnitt. Im Gegenteil: Die gliederungstechnische Verortung macht deutlich, dass es sich um eine zusätzliche Grenze, eine absolute Höchst-Grenze, handelt.

In diesem Sinne auch Meyer, Zukunft des Bundestagswahlrechts, S. 54.

Dieser Abschnitt ist daher so zu verstehen, dass ein Handlungsauftrag für den Gesetzgeber auch dann bestünde, wenn Überhangmandate in Höhe von 5% der Abgeordnetensitze entstünden, ohne dass es dann noch auf die Frage ihres regelmäßigen Anfallens ankäme. Zudem ist diese 5%-Klausel ausgesprochen schwach begründet. Begründet wird sie mit dem Verweis auf die Fünfprozentklausel nach § 6 Abs. 6 BWahlG. Mit der 5%-Klausel, die Parteien erreichen müssen, um Mandate erhalten zu können, hat die Erhöhung der Sitzzahl durch Überhangmandate aber wahrlich nichts zu tun. Die 5%-Klausel nach § 6 Abs. 6 BWahlG dient der Sicherung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments. Dieses Ziel zu erreichen, helfen Überhangmandate – wie bereits dargestellt – nicht, da sie unter den Bedingungen von Koalitionsregierungen sowohl Mehrheiten stabilisieren als auch destabilisieren können.

cc) Durch die Neuregelung hinsichtlich der „Berliner Zweitstimmen“, die das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vorsieht, entfällt ein wesentlicher Baustein der Argumentation der die Entscheidung von 1997 tragenden Richter.

Dabei bestehen keine Einwände gegen die Neuregelung des Problems der „Berliner Zweitstimmen“, isoliert betrachtet. Im Gegenteil: Diese Novellierung verwirklicht die Wahlgleichheit besser. Das Bundesverfassungsgericht hatte dem Gesetzgeber schon 1988 nahegelegt, diese Regelungslücke zu schließen.

BVerfGE 79, 161, 168 f.

2009 hat es an diese „Anregung“ erinnert und deutlich gemacht, dass es, bei der – wegen des negativen Stimmgewichts – erforderlichen Wahlrechtsreform auch eine Klärung dieser Frage der „Berliner Zweitstimmen“ erwarte.

BVerfGE 122, 304, 312.

Doch lässt die Logik der Argumentation, die eine Novellierung im Hinblick auf die „Berliner Stimmen“ fordert, nicht zu, dass andererseits Überhangmandate ohne Verrechnung oder Ausgleich uneingeschränkt weiterbestehen.

Die die damalige Entscheidung tragenden Richter hatten die Vereinbarkeit der Überhangmandate mit der Wahlgleichheit wesentlich damit begründet, dass sich das doppelte Stimmgewicht – anders als in den beiden in § 6 Abs. 1 Satz 2 BWahlG geregelten Fällen – erst ex-post herausstelle. Sie betonten, dass in den damals bereits gesetzlich geregelten Fällen das Entstehen eines doppelten Stimmgewichts von vornherein feststehe, weil die Abrechnung eines Wahlkreismandates wegen Parteilosigkeit des Kandidaten oder mangels Landesliste von vornherein nicht möglich sei.

BVerfGE 95, 335, 363.

Der Fall der „Berliner Zweitstimmen“ liegt insoweit aber genau anders. Es gibt in dieser Konstellation eine Landesliste, mit der grundsätzlich verrechnet werden könnte; die Tatsache, dass sie wegen Scheiterns an der Fünfprozenthürde nicht berücksichtigt wird, stellt sich erst im Nachhinein heraus. Der Fall des doppelten Stimmgewichts bei Überhangmandaten und bei den Berliner Zweitstimmen liegt damit – auch nach Argumentation der die Entscheidung tragenden Richter – gleich. Nachdem die „Berliner Zweitstimmen“ neu geregelt wurden, muss dies auch für Überhangmandate gelten. Denn es wäre widersprüchlich, die beiden vergleichbaren Konstellationen ungleich zu behandeln.

dd) Das bestehende System der Überhangmandate ist äußerst manipulationsanfällig. Dies hat das Bundesverfassungsgericht schon in einer frühen Entscheidung festgestellt und zugleich darauf hingewiesen, dass bei Missbrauch der Manipulationsmöglichkeiten die Verfassungsmäßigkeit des Instituts der Überhangmandate angezweifelt werden müsste.

BVerfGE 7, 63,75.

Dieser Fall ist jetzt eingetreten. In früheren Jahren sind die Manipulationsmöglichkeiten kaum erkannt und wenig erörtert worden. Die die Entscheidung von 1997 tragenden Richter betonten, dass es keine „im voraus

berechenbare Chance“ gebe, einen „doppelten Erfolg“ in Bezug auf die Besetzung des Bundestages zu erzielen.

BVerfGE 95, 335, 362.

Auch die die Entscheidung nicht tragenden Richter, die Überhangmandate ohne Verrechnung oder Ausgleich für verfassungswidrig hielten, gingen noch davon aus, dass der Wähler bei seiner Stimmabgabe nicht überblicken könne, mit welcher Wahrscheinlichkeit sein Stimmverhalten zu Überhangmandaten beitragen werde. Der Wähler könne seine Erststimme nicht mit dem Kalkül einsetzen, dass diese auch für die parteipolitische Zusammensetzung des Bundestages wirksam werde; seine Wahlentscheidung erfolge insoweit notwendig „ins Blaue hinein“.

BVerfGE 95, 335, 381 f.

Spätestens seit der Wahl im Jahr 2005 mit der Dresdener Nachwahl hat sich dies geändert. Bei der Bundestagswahl 2009 hat die Anzahl Wähler, die ihre Erst- und Zweitstimme gesplittet haben, einen neuen Höchststand erreicht. Über ein Viertel der Wähler haben Erst- und Zweitstimme gesplittet.

Vgl. Schaubild 2 zur Entwicklung des Stimmensplittings 1953 – 2005: Pappi/ Herzog/ Schmitt: Koalitionssignale und die Kombination von Erst- und Zweitstimme bei den Bundestagswahlen 1953 bis 2005, S. 26; https://files.nyu.edu/ach314/public/files/Pappi_Herzog_Schmitt_ZParl_2006.pdf (letzter Zugriff 12.11.2011); zum Ergebnis 2009: http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_09/presse/77_Repr_WStat.html (letzter Zugriff 12.11.2011).

Die Möglichkeit des Stimmensplittings wurde jedenfalls in einigen Bundesländern gezielt ausgenutzt, um ein doppeltes Stimmgewicht zu erhalten. Behnke und Bader haben für die Bundestagswahl 2009 empirisch überprüft, ob die Wähler in den Ländern, in denen traditionell Überhangmandate entstehen, weitaus häufiger splitten als in anderen Ländern. Sie halten den Anstieg der Splitter in den „Überhangländern“ für „statistisch höchstsignifikant“.

Behnke/Bader, Sophistiziertes Wählen bei der Bundestagswahl 2009 – gibt es diesbezügliche Anzeichen für Lerneffekte?, in: Weßels/ Gabriel/ Schoen (Hg.): Wahlen und Wähler. Analysen aus Anlass der Bundestagswahl 2009, im Erscheinen, Manuskript S. 19.

Wenn Wähler eine Präferenz für eine bestimmte Koalition haben, ist es strategisch sinnvoll, die Erststimme dem Wahlkreiskandidaten der großen Partei, die

Zweitstimme der Liste der kleinen Partei zu geben. Dies ist sinnvoll – wohlgemerkt – nicht nur für die Anhänger der kleinen Partei, sondern auch für die Anhänger der großen Partei.

Mit Analysen zum „Lagersplitting“: Fürnberg/Knothe, ZParl 2009, 56.

Die ursprüngliche Idee des Bundeswahlgesetzes, durch die Trennung von Erst- und Zweitstimme zu ermöglichen, eine echte Personenpräferenz auszudrücken, trifft auf heutige Verhältnisse nicht mehr zu.

Lenski, AöR 2009, 473, 499 f.

Stattdessen wird ein Verhalten gefördert, welches sich der Möglichkeit des Stimmensplittings bedient, um dem eigenen politischen „Lager“ zu nützen.

Meyer, DVBl. 2009, 137, 141 weist darauf hin, dass theoretisch gar alle Anhänger einer Partei in einem sicheren Überhangland ihre Stimme der Partei ihrer zweiten Wahl geben könnten.

Ein Wahlrecht, das in solchem Ausmaß für strategisches Wählen anfällig ist, verstößt gegen die Wahlrechtsgleichheit.

ee) Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb sich der in den letzten zwanzig Jahren seit der Wiedervereinigung zeigende Trend, dass Überhangmandate regelmäßig und in größerer Zahl anfallen, umkehren sollte. Zwar ist es richtig, dass die Faktoren, die das Entstehen von Überhangmandaten begünstigen, vielfältiger Art sind. Die die Entscheidung von 1997 tragenden Richter zählen an – vom Gesetzgeber unbeeinflussbaren – Faktoren auf: einen überdurchschnittlich hohen Anteil von nicht wahlberechtigten Personen im Wahlkreis, eine geringe Wahlbeteiligung, eine hohe Zahl ungültiger Zweitstimmen und eine größere Zahl erfolgreicher Parteien.

BVerfGE 95, 335, 367.

Daneben nennen die Richter eine Reihe von Faktoren, die der Gesetzgeber beeinflussen kann, wie die ungleiche Größe der Wahlkreise, die Wahl nach Landeslisten und die Zuteilung zweier – voneinander unabhängig abzugebender – Stimmen für einen Wahlkreiskandidaten und eine Liste.

BVerfGE 95, 335, 367.

Über die soeben aufgezählten Maßnahmen hinaus könnte der Gesetzgeber auch die Anzahl von Direktmandaten im Verhältnis zu Listenmandaten reduzieren; auch dies würde zu einer deutlichen Verringerung von Überhangmandaten führen.

Behnke schätzt, dass eine Reduktion auf 200 oder 240 Wahlkreise erforderlich wäre, ZParl 2010, 247, 256.

All diese, dem Gesetzgeber grundsätzlich zur Verfügung stehenden Maßnahmen der Reduzierung von Überhangmandaten hat der Gesetzgeber gleichwohl nicht ergriffen. Die Unterschiede in der Größe von Wahlkreisen sind weiterhin im internationalen Vergleich sehr hoch.

Die OSZE/ODIHR-Mission empfiehlt in ihrem Bericht vom 14.12.2009, S. 7, die Einhaltung der Empfehlungen der Venedig-Kommission, wonach die zulässige Höchstabweichung zum Einteilungsschlüssel nicht 10 % und auf keinen Fall 15 % übersteigen sollte, <http://www.osce.org/de/odihr/elections/germany/40879> (letzter Zugriff: 12.11.2011).

Auch am Zweistimmen-System hat der Gesetzgeber nichts geändert, obwohl in Deutschland ein Einstimmen-System schon bei der Bundestagswahl 1949 zum Einsatz kam. Von einigen Autoren wird daher eine Rückkehr zu diesem Modell vorgeschlagen.

Dafür tritt etwa Meyer entschieden ein, Zukunft des Bundestagswahlrechts, S. 94 ff; ders., Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung im Innenausschuss am 5.9.2011, S. 11 f., http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung11/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_02.pdf (letzter Zugriff: 12.11.2011).

Ebenso wurde die Wahl nach Landeslisten, statt nach Bundeslisten, vom Gesetz nicht angetastet. Angesichts der Tatsache, dass all diese Faktoren unverändert blieben, wäre eine Trendumkehr nur zu prognostizieren, wenn hinsichtlich der anderen Faktoren relevante Änderungen zu erwarten wären. Prognose-Entscheidungen benötigen eine vernünftige Entscheidungsgrundlage; sie können nicht auf unsubstantiierte Vermutungen gegründet werden. Ein zentraler Faktor für die Entstehung von Überhangmandaten ist die Entwicklung der Parteienlandschaft. Überhangmandate entstehen besonders leicht, wenn starke Dritt- und Viertparteien vorhanden sind.

Behnke, Aus Politik und Zeitgeschichte B 52/2003, 21, 24.

Umgekehrt entstehen Überhangmandate kaum, wenn große Parteien wirklich groß sind.

Behnke, PVS 2010, 531, 543, nennt als „mit Abstand wichtigste Ursache“ für die Entstehung von Überhangmandaten bei der Bundestagswahl 2009 die „neu entstandene Parteienstruktur mit einer relativ schwachen stärksten Partei, die dennoch einen deutlichen Vorsprung vor allen anderen Parteien besitzt“.

Die CSU zum Beispiel hat erstmals in ihrer Geschichte bei der Bundestagswahl 2009 Überhangmandate erhalten, und zwar nicht etwa als Prämie für besonderen Erfolg, sondern wegen ihres besonders schlechten Zweitstimmenergebnisses.

Meyer, Zukunft des Bundestagswahlrechts, 2010, S. 48.

ff) Das Gericht hat in seiner jüngsten Entscheidung zum Wahlrecht hervorgehoben, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt werde, etwa durch die Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen und normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen habe.

BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Absatz-Nr. 90, http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html.

Dies ist – wie gezeigt – der Fall. Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich in den letzten zwei Jahrzehnten grundlegend verändert. Es gibt keinen Anlass anzunehmen, dass sich die derzeitige Parteienlandschaft mit fünf Parteien grundlegend wieder zugunsten der größeren Parteien entwickeln sollte. Wahrscheinlicher ist gar, dass weitere Parteien hinzutreten werden, wie sich bei der Piratenpartei bereits andeutet. Überhangmandate werden also voraussichtlich auch weiterhin „regelmäßig und in größerer Zahl“ anfallen. Da diese Entwicklung struktureller Natur ist und es keine Anhaltspunkte für eine Veränderung dieser Entwicklung gibt, sind Überhangmandate ohne Verrechnung oder Ausgleich zum jetzigen Zeitpunkt als verfassungswidrig einzustufen.

2. Negatives Stimmgewicht

Mit dem angegriffenen Gesetz soll der Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts zur Beseitigung des negativen Stimmgewichts umgesetzt werden.

BT-Drucks. 17/6290, S. 1.

a) *Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts*

Das Bundesverfassungsgericht beschreibt das negative Stimmgewicht als „Paradoxie im Verfahren der Mandatzuteilung, die darin besteht, dass ein Zugewinn von Zweitstimmen einer Partei zu einem Mandatsverlust bei genau dieser Partei und umgekehrt die Verringerung der Anzahl der Zweitstimmen zu einem Mandatsgewinn führen kann“.

BVerfGE 121, 266, 267.

Das Gericht sieht hierin einen „eklatanten“

BVerfGE 121, 266, 299.

Verstoß gegen die Wahlgleichheit und kritisiert ihn mit deutlichen Worten: „Ein Wahlsystem, das darauf ausgelegt ist, oder doch jedenfalls in typischen Konstellationen zulässt, dass ein Zuwachs an Stimmen zu Mandatsverlusten führt oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn selbst weniger oder auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen.“

BVerfGE 121, 266, 299.

Das Gericht erkennt an, dass sich die Erfolgswertgleichheit – bei einer ex-post-Betrachtung – nicht als exakt „verhältnismäßiger“ Stimmerfolg realisiert haben muss, weil sich Wählerstimmen typischerweise nicht exakt in – ganzzahlige – Sitzverteilungen umsetzen lassen. Diese Unschärfen akzeptiert das Gericht als „unausweichliche Folge eines jeglichen Verteilungsverfahrens“.

BVerfGE 121, 266, 300.

Das Gericht hält es daher für ohne weiteres einsichtig, dass sich möglicherweise einzelne Stimmen nicht zugunsten einer Partei auswirken können. Ein Berechnungsverfahren, das dazu führt, dass eine Wählerstimme für eine Partei eine Wirkung gegen diese Partei hat, widerspricht aber Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl.

BVerfGE 121, 266, 300.

b) Auftreten negativen Stimmgewichts

Die Gesetzesbegründung verspricht eine „Lösung des Problems des so genannten negativen Stimmgewichts“.

BT-Drucks. 17/6290, S. 6.

Sie behauptet sogar, die Verfassungswidrigkeit des Effekts des negativen Stimmgewichts zu „beseitigen“.

BT-Drucks. 17/6290, S. 2, 8.

Dies ist jedoch nicht der Fall.

Durch die Abschaffung der Listenverbindungen verhindert das angegriffene Gesetz zwar das Auftreten des negativen Stimmgewichts in den Fällen, die bisher zu negativen Stimmgewichten führten. Doch schafft das Gesetz durch sein Modell die Möglichkeit der Entstehung negativen Stimmgewichts in anderen Konstellationen.

Die Gesetzesbegründung nimmt ihre Versprechungen, das negative Stimmgewicht „komplett“ zu „beseitigen“,

BT-Drucks. 17/6290, S. 9.

denn auch in der Detailbegründung selbst zurück und geht nur noch von einer „erheblichen Reduktion“ der Häufigkeit des Auftretens des negativen Stimmgewichts aus.

BT-Drucks. 17/6290, S. 6.

Die Gesetzesbegründung zählt eine Reihe von Bedingungen auf, unter denen der Effekt des so genannten negativen Stimmgewichts nur auftreten könnte,

im Einzelnen: BT-Drucks. 17/6290, S. 9.

und folgert daraus, dass eine solche unwahrscheinliche Verkettung kumulativer Bedingungen eine „abstrakt konstruierte Fallgestaltung“ darstelle und sich nicht an der politischen Wirklichkeit orientiere. Der Gesetzgeber müsse aber seine Einschätzung nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren.

BT-Drucks. 17/6290, S. 9.

Die Forscher, die sich mit wahlmathematischen Berechnungen beschäftigen, teilen die Einschätzung der Gesetzesbegründung nicht, dass das negative Stimmgewicht mit dem Gesetz beseitigt werde.

Behnke, „Dies ist das Wahlsystem meines Missvergnügens“ – Eine Kritik des Entwurf <wohl: des Entwurfes, die Verf.> der CDU/CSU und FDP für eine Reform des Wahlgesetzes, http://www.zepelin-university.de/deutsch/lehrstuehle/politikwissenschaft/CDU_Wahlreformenentwurf.pdf (letzter Zugriff 12.11.2011); Wiesner, <http://ulrichwiesner.de/stimmgewicht/> (letzter Zugriff: 12.11.2011); Pukelsheim, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung im Innenausschuss am 5.9.2011, S. 5, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung11/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_01.pdf (letzter Zugriff: 12.11.2011).

Freilich beziehen sich diese Aussagen auf die Reststimmenverwertung nach der ursprünglichen Gesetzesfassung, die in diesem Punkt noch kleinere Veränderungen in der Befassung durch den Innenausschuss erfahren hat. Doch haben diese Veränderungen auf das negative Stimmgewicht allenfalls geringe Auswirkungen. Nach Berechnungen von Ulrich Wiesner, der auch die aktuelle Fassung durchgerechnet hat, tritt das negative Stimmgewicht nach der Neuregelung weiterhin in etwa derselben Größenordnung auf wie nach der bestehenden Regelung, die das Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig verworfen hat, während die ursprüngliche Fassung des Gesetzentwurfs sogar zu einer Erhöhung der Fälle, in denen das negative Stimmgewicht auftreten konnte, geführt hätte.

Wiesner (aaO). Dieses Ergebnis wird weitgehend bestätigt in der differenzierten Analyse von Lübbert, Zur Berechnung negativer Stimmgewichte, Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, WD-8-3000-127/2011 vom 30.9.2011 (öffentlich zugänglich über: http://www.volkerbeck.de/cms/files/127-11_nsg-im-koalitionsmodell.pdf, letzter Zugriff: 12.11.2011)

Diesen Forschern kann nicht der Vorwurf gemacht werden, sie orientierten sich nicht an der politischen Wirklichkeit, sondern untersuchten „abstrakt konstruierte

Fallgestaltungen“. Denn sie arbeiten alle mit den realen Wahlergebnissen der Bundestagswahlen. Die Simulationen von Ulrich Wiesner werden auf der Grundlage des Wahlverhaltens der letzten sechs Bundestagswahlen berechnet, wobei die Zweitstimmen der einzelnen Listen um bis zu 20 % erhöht oder erniedrigt werden (während die Stimmzahlen der anderen Listen gleichgehalten werden).

Wiesner (aaO).

Auch Joachim Behnke arbeitet mit den Ergebnissen der letzten Bundestagswahl und modifiziert sie geringfügig. So kann er beispielsweise zeigen, dass bei Anwendung der Neuregelung dann, wenn bei der letzten Wahl ungefähr 12.000 Wähler der Linken in Bayern nicht zur Wahl gegangen wären, die Linke insgesamt ein Bundestagsmandat mehr erhalten hätte.

Behnke, Wahlsystem meines Missvergnügens (aaO), S. 33. Zusätzlich hätten durch die Reststimmenverwertung – in der „alten Fassung“ des Gesetzentwurfes – in diesem Fall SPD und CDU ein weiteres Mandat erhalten, so dass im Ergebnis weniger Wähler in Bayern zu drei zusätzlichen Sitzen im Bundestag geführt hätten. Auch dies ist ein wenig überzeugendes Ergebnis (aaO, S. 35).

Damit wird genau der Grundgedanke verletzt, den das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum negativen Stimmgewicht angeführt hat: „Ein Berechnungsverfahren, das dazu führt, dass eine Wählerstimme für eine Partei eine Wirkung gegen die Partei hat, widerspricht aber Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl“.

BVerfGE 121, 266, 300.

Da die wahlmathematischen Auseinandersetzungen einen wichtigen Bestandteil der Auseinandersetzung um das negative Stimmgewicht darstellen, wird für das verfassungsgerichtliche Verfahren angeregt, wie im früheren Verfahren eine sachverständige Auskunftsperson nach § 27a BVerfGG beizuziehen. In Betracht kämen beispielsweise Prof. Dr. Joachim Behnke, Lehrstuhl für Politikwissenschaft, Zeppelin University Mannheim, Prof. Dr. Friedrich Pukelsheim, Lehrstuhl für Stochastik und ihre Anwendungen, Universität Augsburg oder Dr. Daniel Lübbert, wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages.

c) Taktischer Einsatz des negativen Stimmgewichts

In der Gesetzesbegründung wird argumentiert, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts nach der Neuregelung weniger gut als bisher taktisch herbeigeführt werden könne.

BT-Drucks. 17/6290, S. 9.

Auslöser für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war die Nachwahl in Dresden bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag. Da die Direktkandidatin der NPD plötzlich verstorben war, musste die Wahl zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden. Die Ergebnisse der anderen Wahlkreise lagen zum Zeitpunkt der Nachwahl bereits vor, so konnte vergleichsweise genau berechnet werden, welche Folgen welches Wahlverhalten für die Gesamtzusammensetzung des Deutschen Bundestages haben würde. Die Medien publizierten entsprechende Berechnungen, so dass das Phänomen des negativen Stimmgewichts in das Bewusstsein der Öffentlichkeit rückte.

Soweit die Gesetzesbegründung darauf abhebt, dass durch die bloße Nichtabgabe von Zweitstimmen wie im Dresdner Fall der Effekt des negativen Stimmgewichts nicht mehr einträte,

BT-Drucks. 17/6290, S. 9.

ist diese Erwägung wenig hilfreich, da das negative Stimmgewicht nach der Neuregelung nun in anderen Konstellationen, nämlich bei Fernbleiben von der Wahl, auftritt. Für die Demokratie ist es sicherlich kein Gewinn, wenn Wahlberechtigte zur Vermeidung negativen Stimmgewichts vorsichtshalber überhaupt nicht mehr zur Wahl gehen. Weiter behauptet die Gesetzesbegründung, dass eine Wahlenthaltung den Wahlerfolg eines Wahlkreisbewerbers gefährden könne, was von taktischen Wählern gerade nicht beabsichtigt würde. Hiergegen ist einzuwenden, dass es Wahlkreise gibt, in denen der Wahlkreiskandidat mit weit überlegener Mehrheit gewinnt, so dass der Verlust einiger Erststimmen durchaus verkraftbar wäre. Die Gesetzesbegründung will einen taktischen Einsatz ausschließen, da die Situation zu komplex für eine Berechnung und eine taktische Ausnutzung unter realen Bedingungen sei.

BT-Drucks. 17/6290, S. 9.

Dies scheint indes in der Sache zweifelhaft. Da – wie oben erwähnt – das negative Stimmgewicht nach der Neuregelung etwa gleich häufig auftritt, ist nicht erkennbar, woraus sich die Sicherheit speist, dass nicht gerade einer dieser Fälle eintreten könnte. Vermutlich wäre – vor der Dresdner Nachwahl – auch plausibel gewesen zu behaupten, dass das negative Stimmgewicht nach der alten Regelung taktisch nicht genutzt werden könne.

Doch vor allem liegt diese gesamte Argumentationslinie insgesamt neben der Sache. Das Problem des negativen Stimmgewichts liegt nicht in seiner taktischen Nutzbarkeit, sondern in seiner schieren Existenz. Hätte das Bundesverfassungsgericht allein den taktischen Einsatz als zentrales Problem angesehen, hätte es an der Ausgestaltung von Nachwahlen, etwa durch ein Publikationsverbot der bisherigen Ergebnisse, ansetzen können und müssen.

Genau dies hat das Gericht aber abgelehnt: BVerfGE 124, 1, 14.

Es hätte dann nicht die Normen, die das negative Stimmgewicht „produzieren“ als Verfassungsverstoß qualifiziert. Auch in der Begründung des Gerichts geht es nicht um die Frage strategischer Nutzbarkeit des Effekts (besser ohnehin: Vermeidbarkeit), sondern um die objektive Willkür eines Wahlsystems, das negative Stimmgewichte ermöglicht. Es ist unerträglich für die Demokratie, wenn ein Wahlsystem so ausgestaltet ist, dass die für eine Partei abgegebene Stimme ihr schaden kann. Da es um die objektive Sinnwidrigkeit eines solchen Verfahrens geht, kommt es nicht auf das Wissen der Wähler vor der Wahl an, sondern auch auf die ex-post-Analyse der Wahl, die dem Wähler sagt, seine Stimme habe seiner Partei nicht nur nicht genützt, sondern sogar zum Stimmenzugewinn für andere Parteien oder zum Verlust von Mandaten bei seiner Partei geführt.

Ein Wahlsystem, welches das Auftreten des negativen Stimmgewichts nicht weniger wahrscheinlich macht als bei der vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Regelung, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

3. Gleichheitswidrige Systembrüche

a) *Folgerichtigkeit als Maßstab*

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum bei der Auswahl des Wahlsystems zuerkannt.

BVerfGE 124, 1, 19; 121, 266, 296.

Die Wahlrechtsgleichheit verlangt aber, dass das gewählte Wahlsystem folgerichtig umzusetzen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahren den Maßstab der Folgerichtigkeit in verschiedenen Kontexten angewendet. Insbesondere die Entscheidungen zur Pendlerpauschale

BVerfGE 122, 210.

und zum Rauchverbot

BVerfGE 121, 317.

sind von der Literatur teils heftig kritisiert worden.

Lepsius, JZ 2009, 260; Dann, Der Staat 2010, 630; Bumke, Der Staat 2010, 77, 80 ff., 89 ff.; Michael, JZ 2008, 875, der aber generell Folgerichtigkeit als Ableitung von Gleichheitsrechten akzeptiert.

Ob im Hinblick auf das Steuerrecht oder Freiheitsrechte manche der kritisch hervorgehobenen Punkte überzeugen können, kann hier offenbleiben, für das Wahlrecht jedenfalls

den Gedanken der bereichsspezifisch unterschiedlichen Ausprägung der Folgerichtigkeit betont auch Drüen, JZ 2010, 91, 94; für das Steuerrecht dem Gedanken der Folgerichtigkeit positiv gegenüberstehend: Hey, DStR 2009, 2561.

ist der Maßstab der Folgerichtigkeit uneingeschränkt anzuerkennen.

So z.B. Brem. StGH, Urteil vom 08.04.2010 – St 3/09, <http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/St3.09-URTEIL-Endf-anonym.pdf> (letzter Zugriff: 12.11.2011).

Das Wahlrecht ist ein Fundament der Demokratie. Durch Wahlen wird bestimmt, wer die Mehrheit im Parlament erhält und damit imstande ist, die Regierungsmacht auszuüben. Da das Zustandekommen dieser Mehrheiten nicht nur vom Verhalten der Wähler, sondern auch zentral von der Ausgestaltung des Wahlrechts abhängt, muss

die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers, also de facto der bestehenden Mehrheit, im Hinblick auf eine folgerichtige Umsetzung des „gewählten“ Wahlsystems beschränkt werden. Es darf nicht sein, dass die je bestehende Mehrheit ihre Position beliebig ausnutzen kann, um ihre Mehrheitsposition möglichst gut abzusichern und auch für die Zukunft herzustellen. Gerade weil Wahlrecht „materielles Verfassungsrecht“ ist,

BVerfGE 124, 1, 19; 121, 266, 296.

verlangt die Wahlrechtsgleichheit die folgerichtige Ausgestaltung des Wahlsystems.

Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht deutlich hervorgehoben. Das Gericht betont, dass der breite Entscheidungsspielraum, den das Grundgesetz dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des Wahlrechts einräumt, nicht unbeschränkt ist: „Der Gesetzgeber ist vielmehr verpflichtet, das ausgewählte Wahlsystem ungeachtet verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten in seinen Grundelementen folgerichtig zu gestalten, und er darf keine strukturwidrigen Elemente einführen“.

BVerfGE 120, 82, 103 f.

„Ein Wahlsystem, auf dem die Mandatsverteilung beruht, muss grundsätzlich frei von willkürlichen und widersinnigen Effekten sein“.

BVerfGE 121, 266, 300.

Diesem Grundsatz der Folgerichtigkeit genügt das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes nicht.

Behnke, Wahlsystem des Missvergnügens (aaO).

b) „Wahlgebiet“

Technisch gesehen soll weiter das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland das „Wahlgebiet“ darstellen; § 2 Abs. 1 BWahlG, der dies ausdrücklich anordnet, wird nicht geändert. Doch dieser Grundsatz wird nicht durchgehalten. Die Änderung durch die Neuregelung bringt eine Veränderung in der Reihenfolge von Ober- und Unterverteilung mit sich. Statt – wie bisher – die Sitze zunächst an die Parteien und dann auf die Länder zu verteilen, werden jetzt die Sitze zuerst an die Länder und dann erst auf die Parteien in den Ländern verteilt. Diese Veränderung hat

gravierende Folgen. Wurde bisher dem Grundsatz der proportionalen Repräsentation des gesamten Volkes der Vorrang eingeräumt und wurden erst nachrangig föderale Gesichtspunkte berücksichtigt, wird dieses Vorrangverhältnis durch das angegriffene Gesetz umgekehrt. Indem das angegriffene Gesetz die Möglichkeit der Listenverbindung aufhebt, genießen jetzt föderale Gesichtspunkte den Vorrang. Der Sache nach werden die Länder als getrennte Wahlgebiete behandelt; die Sitze werden grundsätzlich allein auf der Ebene der Länder verteilt. Dies ist unter demokratiethoretischem Gesichtspunkt nicht unproblematisch. Die Bundestagswahl stellt eine Wahl des gesamten deutschen Volkes dar, nicht eine Wahl der einzelnen Ländervölker. Durch getrennte Wahlgebiete wird dieses demokratische Prinzip grundsätzlich in Frage gestellt. Es kann hier offenbleiben, ob föderale Gesichtspunkte eine solche Abweichung möglicherweise rechtfertigen könnten.

Dagegen insbesondere: Meyer, DVBl. 2009, 137, 140 f.; Isensee, DVBl. 2010, 269, 275; Holzner, ZG 2010, 167, 188; a.A. Grzeszick, JZ 2011, 242.

Denn der Grundsatz der getrennten Wahlgebiete wird nicht durchgehalten.

Kritisch auch Meyer, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung im Innenausschuss am 5.9.2011, S. 10 ff., http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung11/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_02.pdf (letzter Zugriff: 12.11.2011).

In zwei Punkten soll statt der Ebene der Länder doch das gesamte Bundesgebiet relevant sein. Die Fünfprozenthürde nach § 6 Abs. 6 BWahlG, wonach bei der Verteilung der Sitze – abgesehen von der Grundmandateklausel – nur die Parteien berücksichtigt werden, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet gültigen Zweitstimmen erhalten haben, soll erhalten bleiben. Auch bei der Reststimmenverwertung ist das gesamte Bundesgebiet der entscheidende Bezugspunkt. Sieht man von Fehlern bei der Umsetzung im Detail ab (dazu unten), passen diese unterschiedlichen Gebietsbezüge schon auf der prinzipiellen Ebene nicht zusammen. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, die Länder in praktisch abgeschlossene Wahlgebiete zu verwandeln, den Bezug auf die Länder aber an anderer Stelle wieder aufzugeben.

c) Ländersitzkontingente entsprechend der Wahlbeteiligung

Die Berechnung der Ländersitzkontingente nach der Wahlbeteiligung ist sachwidrig und führt zu willkürlichen Ergebnissen.

Kritisch auch Meyer, Stellungnahme Sachverständigenanhörung (aaO), S. 10; Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 19 ff.

Nach dem bisherigen System wurden sowohl für die Verteilung auf die Parteien als auch auf die Landeslisten derselbe Maßstab herangezogen: die Zweitstimmen für die Parteien, die die 5%-Hürde überschritten oder aber drei Grundmandate erzielt hatten. Im System der Neuregelung wird hingegen dieser einheitliche Maßstab für Ober- und Unterverteilung aufgegeben. Während die Verteilung auf die Landeslisten der Parteien (neue Unterverteilung) nach den relevanten Zweitstimmen geschieht, wird für die Verteilung der Sitze auf die Länder (neue Oberverteilung) als Maßstab die Wahlbeteiligung herangezogen. Dieser Wechsel des Maßstabes wird mit einem Verweis auf die Wahlgleichheit begründet. Würden die Sitzkontingente der Länder nach der Bevölkerungszahl bestimmt, würde dies bei unterschiedlicher Wahlbeteiligung in den Ländern zu hohen Erfolgswertunterschieden zwischen den Wählerstimmen in Ländern mit hoher und niedriger Wahlbeteiligung führen.

BT-Drucks. 17/6290, S. 7.

Ob dieses Argument stichhaltig ist oder nicht, kann hier offenbleiben. Jedenfalls ist das Argument, ein festes Sitzkontingent sei problematisch(er), ungeeignet, um die Neuregelung insoweit zu tragen. Angesichts dessen, dass die Wahlen zum Bundestag ein unitarischer Vorgang sind, in dem das gesamte deutsche Volk seine Repräsentanten wählt, ist zunächst der Schritt zu begründen, weshalb überhaupt eine Oberverteilung über die Länder stattfinden soll. Das Argument, ein anderes Modell sei noch schlechter, rechtfertigt nicht ein schlechtes Modell.

Die Begründung hebt des Weiteren darauf ab, dass insoweit kein Unterschied zum bisherigen Wahlrecht bestehe: „Wie bisher bleibt die Zahl der im Rahmen der Verhältniswahl auf die Länder entfallenden Abgeordneten also von der Wahlbeteiligung in den Ländern abhängig.“

BT-Drucks. 17/6290, S. 7.

Dieses Argument ist falsch. Nach dem bisherigen Wahlrecht hing die Verteilung allein von dem Maßstab der zur Zuteilung berechtigenden Zweitstimmen ab; dies ist nicht dasselbe wie die Wahlbeteiligung, in die ungültige Stimmen ebenso einfließen, wie Stimmzettel, bei denen nur die Erststimme abgegeben wurde oder Zweitstimmen für Parteien, die an der 5%-Hürde scheitern.

Die Methode der Verteilung der Sitzkontingente an die Länder nach der Wahlbeteiligung führt zu geradezu grotesken Ergebnissen. Sie hat zur Folge, dass die Landeslisten von Parteien in Bundesländern, in denen besonders viele Wähler Parteien gewählt haben, die an der 5%-Hürde scheiterten, besonders stark im Bundestag vertreten sind. Die Protestwähler, die keine der Landeslisten der etablierten Parteien wählen wollen, werden dafür vereinnahmt, eben diesen zu verstärkter Repräsentation zu verhelfen. Würden aber die Wähler von Republikanern, der Familienpartei, der ÖDP und der Bayernpartei in Bayern wirklich dazu beitragen wollen, dass die etablierten Parteien in Bayern stärker vertreten sind?

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 23.

Ein solchermaßen widersinniges Ergebnis ist als willkürlich zu bezeichnen.

Dies könnte zu der Vermutung Anlass geben, der eigentliche Grund für die Heranziehung der Wahlbeteiligung statt der Bevölkerungszahlen sei in der Tatsache begründet, dass die Wahlbeteiligung in den alten Bundesländern im Vergleich zu den neuen Bundesländern höher ist, die Neuregelung damit letztlich dem Schutz des Eigeninteresses der schwarz-gelben Koalition dienen soll.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 20.

Da die Wahlbeteiligung in den neuen Bundesländern geringer ist als in den alten Bundesländern, gleichzeitig aber die CDU/CSU und FDP in den alten Bundesländern besser abschneiden als in den neuen Bundesländern, nützt dieses absurde Verfahren gerade denjenigen Parteien, die das Gesetz mit ihrer Mehrheit im Deutschen Bundestag beschlossen haben.

d) Reststimmenverwertung

Die im Gesetz vorgesehene Reststimmenverwertung nach § 6 Abs. 2a BWahlG ist aus mehreren Gründen sachwidrig.

So auch die überwiegende Meinung in der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses am 5.9.2011: Pukelsheim (aaO), S. 24; Meyer (aaO), S. 11 ff.; Sacksofsky, S. 5, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung11/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_05.pdf (letzter Zugriff: 12.11.2011); Strohmeier, S. 10 ff., (letzter Zugriff 12.11.2011).

aa) Die Reststimmenverwertung setzt gedanklich die durch das Gesetz eigentlich abgeschafften Listenverbindungen wieder voraus.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 10.

Denn bei getrennten Landeslisten, die in getrennten Wahlgebieten agieren, kann es keine bundesweit zusammenfassbaren „Reststimmen“ geben.

bb) Auch passt die vorgesehene Reststimmenverwertung nicht zu dem für die Sitzverteilung verwendeten Verteilungsverfahren Sainte-Laguë/Schepers.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 7 f.

Dieses Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass es – anders als Quota-Verfahren – mit Rundungen arbeitet. Es gibt nach diesem Verfahren also keine „Reststimmen“, sondern Zahlenbruchteile unter 0,5 werden ab-, Zahlenbruchteile über 0,5 aufgerundet. Es ist willkürlich, die Abrundungen als Reststimmen gesondert zu berücksichtigen, während die aufgerundeten Ergebnisse unberücksichtigt bleiben. Dies scheint die Gesetzesbegründung gar nicht zu begreifen. So wird zur Begründung etwa angeführt, dass durch diese Regelung Erfolgswertunterschiede durch Rundungsunterschiede bei der Verteilung der Sitze in den 16 Sitzkontingenten ausgeglichen würden, wenn die Stimmreste einer Partei bundesweit die Schwelle für die Vergabe eines Mandats überschreiten.

BT-Drucks. 17/6290, S. 2, 15.

Dabei übersieht die Gesetzesbegründung, dass natürlich auch die „Aufrundungen“ den Erfolgswert beeinflussen. Wenn die Reststimmenverwertung dazu dienen soll, „Rundungspech“ auszugleichen, ist nicht verständlich, weshalb das „Rundungsglück“

dabei völlig unberücksichtigt bleibt. Eine Begründung dafür ist in der offiziellen Gesetzesbegründung nicht zu finden; selbst in der Detailbegründung der Regelung wird lediglich das Verfahren näher beschrieben.

BT-Drucks. 17/6290, S. 15 f.

So halten auch die meisten Experten, die sich mit wahlmathematischen Verfahren beschäftigen, diese Regelung für sachwidrig.

Pukelsheim (aaO), S. 24; Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 2, 5 ff.

cc) Der Gesetzestext ist in mehrfacher Hinsicht unklar formuliert. Nach dem Divisorverfahren gibt es keine „erforderlichen Zweitstimmen“, sondern eine Bandbreite möglicher Divisoren, so dass die Höhe der Reststimmen typischerweise nicht von vornherein klar bestimmt ist.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 37; Pukelsheim (aaO), S. 18.

Für wahlmathematische Berechnungen wird daher statt der Angabe im Gesetz die sogenannte Hare-Quote verwendet.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 5, 38; Pukelsheim (aaO), S. 17.

Es handelt sich also um eine fiktive Quote, die für die Sitzverteilung nie eine echte Rolle spielte. Besonders drastisch zeigt sich dies auf der Bundesebene, auf der bisher keine Sitzverteilung stattfand, also auch keine Quote „erforderlich“ gewesen sein kann.

dd) Desweiteren verändern sich wegen der aufgrund von Reststimmen zugeteilten Mandaten die erforderlichen Quoten selbst wieder – sowohl in den betroffenen Ländern als auch im Bund. Die unter Einbeziehung der Reststimmen vorgenommene neue Verteilung produziert selbst wieder Reststimmen. Die Reststimmenverteilung führt zu einem unendlichen iterativen Prozess, der zu einer enormen Vergrößerung des Parlaments führen kann. Behnke hat dies für die Bundestagswahlen 2009 eindrücklich gezeigt; nach der fünfzigsten Iteration würde der Bundestag schon aus 965 Sitzen bestehen.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 41.

Denkbar wäre freilich, dass der Gesetzgeber anordnet, die Reststimmenverwertung nur ein einziges Mal durchzuführen. Dies wäre aber beliebig gegriffen, da nicht Erfolgswertunterschiede ausgeglichen, sondern neue Erfolgswertunterschiede produziert würden.

ee) Der eigentliche Grund für die Einführung der Reststimmenverwertung ist wohl das Problem der kleinen Parteien in den kleinen Ländern.

Dazu Pukelsheim (aaO), S. 8 f.

Wenn die Länder als getrennte Wahlgebiete behandelt werden, entsteht in einem kleinen Land, das nur wenige Mandate erhält, eine effektive Sperrklausel, die deutlich über der 5%-Hürde liegt. Ohne bundesweite Verrechnung sind die Stimmen für eine solche Landesliste „verloren“. Dies ist in der Tat problematisch. Doch das Problem ist durch den Verzicht auf Listenverbindungen selbstgemacht. Die Notwendigkeit der Lösung eines selbstproduzierten Problems kann nicht die Einführung eines unsinnigen Verfahrens rechtfertigen, sondern gibt allenfalls weiteren Anlass zu überdenken, ob das gewählte Grundmodell der richtige Weg sein kann.

Die Reststimmenverwertung ist sachlich nicht zu rechtfertigen. In den Worten Behnkes: „Von allen widersinnigen Elementen des Koalitionsentwurfs ist der der Reststimmenverwertung wohl der widersinnigste“.

Behnke, Wahlrecht des Missvergnügens (aaO), S. 37.

D. Ergebnis

Das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes ist aus mehreren Gründen verfassungswidrig. Die Beibehaltung von Überhangmandaten ohne Verrechnung oder Ausgleich verstößt gegen die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1997 wegen Stimmgleichheit einen Verstoß gegen das Grundgesetz nicht feststellen können. Doch auch die die damalige Entscheidung

tragenden Richter hielten Überhangmandate nur in Grenzen für zulässig; diese Grenzen sind inzwischen überschritten.

Der Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts zur Beseitigung des negativen Stimmgewichts wird durch das Gesetz nicht erfüllt. Jetzt entsteht das negative Stimmgewicht lediglich in anderen Konstellationen als zuvor.

Das Gesetz enthält gleichheitswidrige Systembrüche in mehrfacher Hinsicht: im willkürlichen Wechsel des in Bezug genommenen Wahlgebiets, in der Berechnung der Sitzkontingente der Länder nach der Wahlbeteiligung und in der Reststimmenverwertung.

Verfassungsgemäß ist lediglich die Neuregelung hinsichtlich der „Berliner Zweitstimmen“. Diese stellt aber einen weiteren Grund dar, weshalb an Überhangmandaten ohne Verrechnung oder Ausgleich nicht festgehalten werden kann.

Das Gesetz verletzt damit insgesamt die Rechte der Antragstellerin aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 21 Abs. 1 GG.

gez. Ute Sacksofsky