

Prof. Dr. Matthias Rossi  
Graf-von-Seyssel-Str. 12  
86199 Augsburg

An das Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3

**76131 Karlsruhe**

Augsburg, den 9. Dezember 2011

## **Verfassungsbeschwerde**

- 1) des Herrn Ralf-Uwe Beck,
  - 2) des Herrn Matthias Cantow,
  - 3) der Frau Anne Dänner,
  - 4) des Herrn Dr. Michael Efler,
  - 5) des Herrn Dr. Martin Fehndrich,
  - 6) des Herrn Wilko Zicht,
- sowie weiterer 3057 Personen, die im Anhang I aufgelistet sind.

Namens und in Vollmacht der Beschwerdeführer erhebe ich Verfassungsbeschwerde gegen das System der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag nach dem geltenden Bundeswahlgesetz.

## A.

Mit Urteil vom 3. Juli 2008 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Bundeswahlgesetz in der zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Fassung den Art. 38 Absatz 1 GG insoweit verletzt, als es ermöglicht, 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. Es hat dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen (BVerfGE 121, 266, Ls. 1 u. 2).

Mit Blick auf diesen verfassungsgerichtlichen Gesetzgebungsauftrag haben die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen am 9. Februar 2011 (BT-Drs. 17/4694), die SPD-Fraktion am 24. Mai 2011 (BT-Drs. 17/5895), die Fraktion Die Linke am 25. Mai 2011 (BT-Drs. 17/5896) und die Fraktionen von CDU/CSU und FDP am 28. Juni 2011 (BT-Drs. 17/6290) einen je eigenen Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht. Der von den Koalitionsfraktionen eingebrachte Entwurf wurde am 30. Juli 2011, dem Tag des Fristablaufs, erstmals im Bundestag beraten (Plen.-Prot. 17/117 S. 13486). Nach einer öffentlichen Sachverständigenanhörung im Innenausschuss am 5. September 2011 (Protokoll Nr. 17/48) unterbreitete der Innenausschuss am 22. September 2011 seine Beschlussempfehlung, die auf eine Modifizierung der sog. „Reststimmen“-Verwertung nach § 6 Absatz 2a BWahlG gerichtet war (BT-Drs. 17/7069). Daraufhin fand am 29. September 2011 die zweite (Plen.-Prot. 17/130 S. 15291) und dritte Beratung der Gesetzentwürfe im Deutschen Bundestag statt (Plen.-Prot. 17/130, S. 15310). Dabei wurde der Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP nach Maßgabe der Beschlussempfehlung des Innenausschusses mit 294 von 535 abgegebenen Stimmen angenommen. Der Bundesrat hat auf seiner 888. Sitzung am 14. Oktober 2011 beschlossen, den Vermittlungsausschuss in dieser Sache nicht anzurufen (BR-Drs. 585/11). Das Gesetz wurde daraufhin am 25. November 2011 vom Bundespräsidenten ausgefertigt und am 2. Dezember 2011 im Bundesgesetzblatt verkündet. Es ist am 3. Dezember 2011 in Kraft getreten.

Der Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde, der neu gefasste § 6 BWahlG, lautet wie folgt:

(1) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Von der Zahl der auf das Land entfallenden Abgeordneten wird die Zahl der erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen, die in Satz 4 genannt sind. <sup>3</sup>Für die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze werden die für jede Landesliste abgegebenen Zweitstimmen zusammengezählt. <sup>4</sup>Nicht berücksichtigt werden dabei die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, der gemäß § 20 Absatz 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) <sup>1</sup>Die nach Absatz 1 Satz 2 verbleibenden Sitze werden auf die Landeslisten auf der Grundlage der nach Absatz 1 Sätze 3 und 4 zu berücksichtigenden Zweitstimmen wie folgt verteilt. <sup>2</sup>Jede Landesliste erhält so viele Sitze, wie sich nach Teilung der Summe ihrer erhaltenen Zweitstimmen durch einen Zuteilungsdivisor ergeben. <sup>3</sup>Zahlenbruchteile unter 0,5 werden auf die darunter liegende ganze Zahl abgerundet, solche über 0,5 werden auf die darüber liegende ganze Zahl aufgerundet. <sup>4</sup>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. <sup>5</sup>Der Zuteilungsdivisor ist so zu bestimmen, dass insgesamt so viele Sitze auf die Landeslisten entfallen, wie Sitze zu vergeben sind. <sup>6</sup>Dazu wird zunächst die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten durch die Gesamtzahl der nach Absatz 1 Satz 2 verbleibenden Sitze geteilt. <sup>7</sup>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) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>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) <sup>1</sup>Von der für jede Landesliste so ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze abgerechnet. <sup>2</sup>Die restlichen Sitze werden aus der Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt. <sup>3</sup>Bewerber, die in einem Wahlkreis gewählt sind, bleiben auf der Landesliste unberücksichtigt. <sup>4</sup>Entfallen auf eine Landesliste mehr Sitze als Bewerber benannt sind, so bleiben diese Sitze unbesetzt.

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

(6) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Satz 1 findet auf die von Parteien nationaler Minderheiten eingereichten Listen keine Anwendung.

## **B.**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

### **I. Beschwerdefähigkeit**

Sämtliche Beschwerdeführer sind als natürliche Personen grundrechts- und damit zugleich beschwerdefähig.

### **II. Beschwerdegegenstand**

Ihre Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die gesetzliche Bestimmung des § 6 BWahlG in seiner am 3. Dezember 2011 in Kraft getretenen Fassung. Beschwerdegegenstand i. S. d. Art. 93 Absatz 1 Nr. 4a GG und des § 90 Absatz 1 BVerfGG ist mithin ein Akt der gesetzgebenden Gewalt, die nach Art. 1 Absatz 3 GG an die Grundrechte und nach Art. 20 Absatz 3 GG an die Verfassung gebunden ist.

### **III. Beschwerdebefugnis**

Sämtliche Beschwerdeführer sind wahlberechtigt i. S. d. § 12 BWahlG mit der Folge, dass die Verstöße des § 6 BWahlG gegen Art. 38 Absatz 1 GG sie selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihren grundrechtsgleichen Rechten verletzen.

Die bloße Möglichkeit der Verletzung des Art. 38 Absatz 1 GG mag schon den Diskussionen im Plenum des Deutschen Bundestages und in der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses entnommen werden. Sie folgt zudem aus dem unter D. näher begründeten Umstand,

1. dass das neu beschlossene System der Sitzverteilung die vom Bundesverfassungsgericht gerügte Möglichkeit negativer Stimmgewichte nicht ausschließt,
2. dass es ohne sachlichen Grund mal die landesweit, mal die bundesweit abgegebenen Stimmen zum Verteilungsmaßstab erhebt,
3. dass es die Landeskongente nach den „Wählern“ berechnet und dadurch ermöglicht, dass die einer Partei zugedachte Stimmen einer anderen Partei zugute kommen,

4. dass es im Rahmen der sog. „Reststimmen“-Verwertung ohne sachlichen Grund zwei mathematische Verfahren der Sitzzuteilung miteinander kombiniert und dadurch einigen Stimmen ein mehrfaches Gewicht zukommen lässt,
5. dass es durch die unverbundenen Landeslisten, die unterschiedliche Stimmengewichtung in den Ländern und das sog. „Reststimmen“-Verfahren so viele Rundungsfehler impliziert, dass sie in ihrem kumulierten Gewicht nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind,
6. dass es nach wie vor das Entstehen von Überhangmandaten in einem bedeutenden Ausmaße und zudem das Nachrücken in Überhangmandate ermöglicht
7. und dass es im Übrigen die Auswirkungen der Stimmabgabe für die Wähler unvorhersehbar ausgestaltet und deshalb nicht verständlich und normenklar ist.

Damit verletzt der neue § 6 BWahlG die von Art. 38 Absatz 1 GG umfassten und als grundrechtsgleiche Rechte ausgestalteten Grundsätze der Unmittelbarkeit, der Gleichheit und der Freiheit der Wahl ebenso wie die verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine folgerichtige, verständliche und widerspruchsfreie Regelung des Wahlrechts.

#### **IV. Rechtswegerschöpfung**

Gegen die gesetzlichen Bestimmungen des § 6 BWahlG steht kein Fachgerichtsschutz offen.

Die Beschwerdeführer müssen insbesondere nicht erst die nächste Wahl zum Bundestag, wann auch immer sie stattfinden wird, abwarten, um deren Ergebnis mit einem Einspruch nach Art. 41 Absatz 1 GG und ggf. mit einer Wahlprüfungsbeschwerde nach Art. 41 Absatz 2 GG und §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG anfechten zu können. Denn diese Rechtsbehelfe zielen allein auf die Überprüfung der Durchführung einer konkreten Wahl, nicht auf die Überprüfung ihrer abstrakten rechtlichen Rahmenbedingungen.

Im Übrigen kommt der Verfassungsbeschwerde allgemeine Bedeutung zu, weil die Verfassungskonformität des Wahlrechts Voraussetzung für die Vermittlung demokratischer Legitimation durch Wahlen ist. Fehlte es dem Deutschen Bundestag mangels verfassungskonformer Bestimmung seiner Mitglieder an demokratischer Legitimation, könnte er selbst auch nicht in verfassungskonformer Weise Beschlüsse fassen, könnte er insbesondere keine demokratisch legitimierten Gesetze erlassen, und könnte er auch keine

demokratische Legitimation an andere Organe und Behörden vermitteln. „Die Wahl der Abgeordneten ist,“ um eine Formulierung des Senats zu verwenden, „auf der Bundesebene des vom Grundgesetz verfassten Staates die Quelle der Staatsgewalt, [die] mit der periodisch wiederholten Wahl immer wieder neu vom Volke aus[geht].“ Deshalb ist „das Wahlrecht [...] der wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe (Art. 20 Absatz 1 und Absatz 2 GG).“ (BVerfGE 123, 267, 340). Die Verfassungskonformität des Wahlrechts ist deshalb von entscheidender Bedeutung für das gesamte politische wie rechtliche System in der Bundesrepublik Deutschland.

## **V. Frist**

Die unmittelbar gegen gesetzliche Bestimmungen gerichtete Verfassungsbeschwerde wird innerhalb der von § 93 Absatz 3 BVerfGG normierten Jahresfrist erhoben.

Diese Frist wird auch gewahrt, soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen solche Bestimmungen richtet, die bereits vor der jüngsten Änderung des Wahlrechts Gegenstand des Bundeswahlgesetzes waren, insbesondere gegen die Regelung zu den Überhangmandaten in § 6 Absatz 5 BWahlG.

Hervorzuheben ist zunächst, dass auch § 6 Absatz 5 BWahlG vom Änderungsgesetz betroffen ist. Nach Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe 3 des Änderungsgesetzes werden „In Absatz 5 [...] die Wörter ‚Absätzen 2 und 3‘ jeweils durch die Wörter ‚Absätzen 2 bis 3‘ ersetzt.“ Diese Änderung trägt der Einfügung des Absatzes 2a Rechnung und ist insofern durchaus inhaltlicher Art.

Doch selbst, wenn man diese Änderung nur als redaktionelle Änderung begreifen wollte, ist die Verfassungsbeschwerde auch insoweit nicht verfristet, wie sie sich gegen die Überhangregelung in § 6 Absatz 5 BWahlG richtet. Denn entscheidend ist insofern nicht eine formale Unterscheidung zwischen den geänderten und den beibehaltenen Bestimmungen eines Gesetzes, entscheidend sind also nicht die Änderungen des Gesetzestextes, sondern maßgeblich ist einerseits, ob beibehaltene Vorschriften durch die neu gefassten Vorschriften eine neue Bedeutung erlangt haben, und damit zusammenhängend andererseits, ob sich das materielle Gewicht der Beschwer durch den Bedeutungswandel der Norm verändert hat. Knüpfte der genaue Beschwerdegegenstand und mit ihm die Be-

rechnung der Beschwerdefrist allein formal an den geänderten Gesetzestext an, hinge es vom Zufall der systematischen Untergliederung eines Gesetzes bzw. von dem sprachlich-legalistischen Geschick des Änderungsgesetzgebers ab, welche Bestimmungen ihm und welche dem ursprünglichen Gesetzgeber mit der Folge zuzurechnen wären, dass verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz unter Umständen nicht in dem vom Grundgesetz vorgesehenen Maße erlangt werden könnte.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung hervorgehoben, dass „die Frist, innerhalb deren eine Rechtsnorm zulässigerweise angegriffen werden kann, [...] unter bestimmten Voraussetzungen neu zu laufen beginnt [...], obwohl der Gesetzgeber bei der Änderung des Gesetzes ihren Wortlaut unverändert gelassen hat.“ (BVerfGE 11, 351, 359 ff., jüngst etwa auch BVerfGE 111, 382, 411). Nach dieser Rechtsprechung richtet sich die Ausschlussfrist des § 93 Absatz 3 BVerfGG bei Änderungsgesetzen vorrangig nach der materiellen Bedeutung der angegriffenen Norm. Dementsprechend wird „die Jahresfrist [...] auch ohne formale Änderung der angegriffenen Norm neu in Lauf gesetzt, wenn ihr Anwendungsbereich [...] eindeutiger als bisher begrenzt und der Vorschrift damit ein neuer Inhalt gegeben wird.“ (BVerfGE 11, 351, 359, bezugnehmend BVerfGE 43, 108, 116; 74, 69, 73; 117, 126, 136 f.). Ebenso wird „die Jahresfrist auch dann erneut in Lauf gesetzt, wenn sich durch Gesetzesänderung für eine formal identisch gebliebene Norm ein erweiterter Anwendungsbereich ergibt.“ (BVerfGE 12, 10, 24; bezugnehmend BVerfGE 49, 1, 7; 120, 127, 298). Zusammenfassen lässt sich diese Rechtsprechung zu dem allgemeinen Grundsatz, dass die Frist nach § 93 Absatz 3 BVerfGG bei Änderungsgesetzen hinsichtlich solcher Vorschriften, deren Wortlaut nicht verändert wurde, dann neu zu laufen beginnt, wenn sich ihr Anwendungsbereich und mit ihm die (mögliche) Beschwer verändert haben.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist festzustellen, dass sich der Anwendungsbereich des – formal nur geringfügig veränderten – § 6 Absatz 5 BWahlG durch die jüngste Änderung des Bundeswahlgesetzes gewandelt hat. Erstens ist die Problematik des negativen Stimmgewichts, die zu lösen der Gesetzgeber aufgefordert war und angetreten ist, sachlich unmittelbar verknüpft mit der Regelung der Überhangmandate. Negative Stimmgewichte haben eine ihrer Ursachen in der Zuteilung von Überhangmandaten. Dies ist der Grund, weshalb die Gesetzentwürfe der anderen Fraktionen zur Beseitigung bzw. Reduzierung des negativen Stimmgewichts an der Regelung der Überhang-

mandate ansetzen. Insofern lässt sich die Problematik des negativen Stimmgewichts nicht ohne Einbeziehung auch der Regelungen zu Überhangmandaten lösen. Entsprechend diesem sachlichen Zwang hat der Gesetzgeber mit dem Änderungsgesetz zum Bundeswahlgesetz zweitens nicht nur einige Passagen innerhalb des § 6 BWahlG neu geregelt, sondern er hat das Sitzzuteilungsverfahren umfassend neu gestaltet. Die mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffene Novellierung des Bundeswahlgesetzes beschränkt sich deshalb nicht lediglich auf die neu gefassten Absätze des § 6 und die Streichungen der § 7 und § 29 BWahlG, sondern erstreckt sich auf das System der Stimmenverteilung insgesamt. Von dieser Reichweite der verfassungsgerichtlich eingeforderten Wahlrechtsänderung scheint auch das Bundesverfassungsgericht auszugehen, wenn es in seinem Beschluss vom 15. Januar 2009 eine Wahlprüfungsbeschwerde trotz grundsätzlicher Bedeutung für das gesamte Wahlsystem für erledigt erklärt, weil sich „die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage der Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten nach der Neuregelung nicht mehr in der gleichen Weise stellen [wird].“ (BVerfGE 122, 304, 311). In diesem System der Stimmenverteilung hat die Regelung der Überhangmandate in § 6 Absatz 5 BWahlG drittens eine neue Bedeutung erhalten. Denn weil diese Regelung explizit an die Bestimmungen in den Absätzen 2, 2a und 3 anknüpft, verändert sich ihr Anwendungsbereich in dem Maße, in dem auch die Absätze 2 und 3 des § 6 BWahlG Änderungen erfahren und in dem vor allem Absatz 2a neue Vorgaben enthält. Solche Änderungen bewirkt die angegriffene Novellierung des Wahlgesetzes zum einen dadurch, dass durch die Aufhebung des § 7 BWahlG auch bei der Berechnung nach § 6 Absatz 2 und 3 BWahlG keine Listenverbindungen mehr berücksichtigt werden können. Zum anderen beeinflusst § 6 Absatz 5 BWahlG das neu implementierte „Reststimmen“-Verfahren nach § 6 Absatz 2a BWahlG und erhält schon dadurch einen neuen und anderen Bedeutungsgehalt. Weil sich, so sei dieser Punkt zusammengefasst, das Gesamtsystem der Sitzzuteilung durch die jüngste Wahlrechtsnovelle verändert hat, hat sich auch die Bedeutung der Überhangmandatsregelung des § 6 Absatz 5 BWahlG verändert.

Bestätigt wird dieser rechtliche Bedeutungswandel durch den Umstand, dass sämtliche bis einschließlich der Bundestagswahl 2005 angefallenen Überhangmandate (siehe unten S. 39) nicht in unmittelbarer Anwendung von § 6 Absatz 5 BWahlG entstanden sind, sondern nur in seiner entsprechenden Anwendung, die § 7 Absatz 3 Satz 2 BWahlG in seiner bis zur Novellierung geltenden Fassung angeordnet hat. Allein die drei Über-



hangmandate, die bei der Bundestagswahl 2009 für die CSU angefallen sind, sind direkt aufgrund von § 6 Absatz 5 BWahlG entstanden. erinnert man sich vor diesem Hintergrund an die Auffassung der vier die Entscheidung vom 10. April 1997 nicht tragenden Richter, die bezüglich § 6 Absatz 5 BWahlG keinen Änderungsbedarf erkennen konnten, obwohl sie die Überhangmandatsregelung als verfassungswidrig beurteilten, so wird deutlich, dass die Verfassungswidrigkeit des § 6 Absatz 5 erst durch das mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffene Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011 hervorgerufen wird.

Schließlich sei hervorgehoben, dass das Wahlrecht stärker noch als jedes andere Recht nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die tatsächlichen Begebenheiten im Blick behalten und gegebenenfalls an veränderte Rahmenbedingungen angepasst werden muss (BVerfGE 1, 208, 259; 82, 322, 344). Wörtlich führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, 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 wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellten Prognose als irrig erwiesen hat.“ (BVerfGE 120, 82, 106, unter Verweis auf Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 123, dieser unter Hinweis auf BVerfGE 73, 40, 94; 82, 322, 338 f.; 107, 286, 294). Logische Konsequenz dieser verfassungsrechtlichen Beobachtungs-, Prüfungs- und Änderungspflicht des Gesetzgebers ist, dass eine formal unveränderte Einzelbestimmung des Bundeswahlgesetzes nicht nur durch einen neuen rechtlichen Regelungszusammenhang, sondern auch durch veränderte tatsächliche Rahmenbedingungen eine neue Bedeutung erlangen kann. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat explizit betont, dass „eine zunächst verfassungsrechtlich unbedenkliche Vorschrift [...] infolge einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse verfassungswidrig werden [kann].“ (BVerfGE 16, 130, 141). Vor diesem Hintergrund kann die Frist des § 93 Absatz 3 BVerfGG nur regelmäßig, nicht aber in jedem Fall als strikte Ausschlussfrist verstanden werden, weil anderenfalls die grundgesetzlich intendierte Überprüfbarkeit der Verletzung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten durch das Bundesverfassungsgericht leerliefe. Eine Ausnahme muss deshalb dort gelten, wo der Gesetzgeber es trotz verfassungsrechtlicher Beobachtungs-, Prüfungs- und Anpassungspflicht und

trotz einer inhaltlichen Befassung im Wege eines Änderungsgesetzes unterlassen hat, die rechtlichen Vorgaben den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen. Wenn diese prozessrechtliche Ausnahme auch keine subjektiv-rechtlich geltend zu machende materielle Pflicht zur Gesetzesänderung begründet, so ist sie doch unabdingbare Voraussetzung für einen wirksamen Schutz gegen schleichende Verletzungen von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten. Mit Blick auf das angegriffene Gesetz ist die Verfassungsbeschwerde gegen den novellierten § 6 BWahlG deshalb auch insofern nicht verfristet, als der Änderungsgesetzgeber an der Regelung der Überhangmandate weitgehend festgehalten hat, obwohl diese, wie die unter D. (S. 39) aufgeführte tabellarische Entwicklung zeigt, zwischenzeitlich auf ein solches Maß angestiegen sind, dass sie nicht mehr als bloße Ausnahmeerscheinungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können.

Im Übrigen ist es dem Bundesverfassungsgericht freigestellt, auch solche Bestandteile des Bundeswahlgesetzes auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen, die von den Beschwerdeführern aus formalen Gründen nicht gerügt werden können. Das gilt mit Blick auf die unterschiedlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der einzelnen Verfahren, die auch das Gewaltenteilungsverhältnis zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht ausgestalten, jedenfalls dann, wenn parallel zu einer Verfassungsbeschwerde auch ein abstraktes Normenkontrollverfahren anhängig ist, das seinerseits im Interesse der Verfassungsmäßigkeit des gesamten geltenden Rechts unbefristet beantragt werden kann. In einer solchen Konstellation kommt der Ausschlussfrist des § 93 Absatz 3 BVerfGG keine besondere Bedeutung zu.

## **VI. Bedeutung der Verfassungsbeschwerde**

Vielmehr muss umgekehrt die generelle Bedeutung der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen das Wahlrecht wie auch die konkrete Bedeutung dieser Verfassungsbeschwerde berücksichtigt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat die besondere Bedeutung des Wahlakts und des ihm zu Grunde liegenden Wahlrechts in der bereits zitierten sog. Lissabon-Entscheidung zutreffend hervorgehoben. Es hat klargestellt, dass „das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, [...] der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips [ist].“ (BVerfGE 123, 267, 341). Diese besondere Bedeutung des Wahlrechts für die Bür-

ger liefe aber leer, wenn die Bürger das Wahlrecht nicht auch vom Bundesverfassungsgericht auf seine Verfassungskonformität überprüfen lassen könnten. Mögen sich die Interessen der politischen Parteien, ganzer Fraktionen und einzelner Abgeordneten auch durchaus einmal mit denen der Bürger überschneiden, ist es in einem Verfassungsgerichtssystem, in dem das Verfassungsgericht nur auf Antrag tätig werden kann, doch von entscheidender Bedeutung, die verfassungsgerichtliche Überprüfung des Wahlrechts nicht allein der Initiative der politischen Parteien bzw. ihren Akteuren in den Staatsorganen zu überlassen. Denn hinsichtlich des Wahlrechts entscheiden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages „in eigener Sache“ (deutlich von Arnim, JZ 2009, S. 813 ff., vgl. auch Klecha, ZfP 2011, S. 324, 325: „Die im Parlament vertretenen Parteien sind schließlich in der Lage, das Wahlsystem für sich selbst möglichst günstig zu gestalten.“), so dass ihnen womöglich die notwendige Distanz fehlt, „um unter dem Schleier des ungewissen Ausgangs künftiger Wahlen ein Wahlsystem zu kreieren, das den unterschiedlichen Polen der Wahlrechtsgrundsätze, der Chancengleichheit der politischen Parteien und auch der Abgeordnetengleichheit, ergänzt um föderale Aspekte und Anforderungen an Transparenz und Folgerichtigkeit, hinreichend Rechnung trägt.“ (Pukelsheim/Rossi, JZ 2010, S. 242, 245; zur Forderung nach einem „zufallsunabhängigen Wahlrecht“ vgl. auch Lenski, AöR 134 (2009), S. 474, 508). Umso größere Bedeutung kommt der Möglichkeit zu, das Wahlrecht mittels einer Verfassungsbeschwerde am Maßstab der grundrechtsgleichen Rechte des Art. 38 Absatz 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht überprüfen zu lassen. Diese Bedeutung muss in die Interpretation der limitierenden einfachgesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde berücksichtigt werden.

Dies gilt namentlich für diese Verfassungsbeschwerde. Bereits die große Anzahl der Beschwerdeführer zeigt, dass das Volk die Ausgestaltung der Legitimationsvermittlung vom Träger der Staatsgewalt auf die sie ausübenden Organe, allen voran auf den Deutschen Bundestag, nicht mehr allein eben diesem überlassen will, sondern die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an das Wahlsystem einfordert. Diese Beschwerdeführer pochen anders als etwaige Antragsteller eines abstrakten Normenkontrollverfahrens oder eines Organstreitverfahrens fernab von parteipolitischen Interessen auf ein Wahlsystem, das nicht etwa eine bestimmte politische Partei begünstigt, sondern das die ihnen von Art. 38 Absatz 1 GG zugesprochenen grundrechtsgleichen Rechte wahrt.

## **C.**

Sollten parallel zu dieser Verfassungsbeschwerde weitere Verfassungsbeschwerden erhoben werden, die ebenfalls gegen das geltende Wahlgesetz gerichtet sind, wird ange-regt, die Verfahren nach § 66 BVerfGG zu verbinden. Dasselbe gilt in Bezug auf etwaige anhängige Normenkontroll- und Organstreitverfahren.

## **D.**

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. Das geltende Bundeswahlgesetz verletzt die Beschwerdeführer in ihren grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 38 Absatz 1 Satz 1 GG. Dass darüber hinaus auch die durch Art. 21 Absatz 1 i. V. m. Art. 3 Absatz 1 GG gewährleistete Chancengleichheit der politischen Parteien verletzt wird, kann von den Beschwerdeführern nicht gerügt, vom Bundesverfassungsgericht freilich gleichwohl festgestellt werden.

### **I. Auftreten negativer Stimmgewichte**

Das Bundeswahlgesetz ist zunächst deshalb verfassungswidrig, weil es negative Stimm-gewichte nicht ausschließt, sondern nach wie vor die Möglichkeit zulässt, dass ein Zu-wachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann.

#### **1. Verletzung der Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl**

Dass die Möglichkeit negativer Stimmgewichte die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl verletzt, hat der Senat in seiner Entscheidung vom 3. Juli 2008 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht und nachhaltig begründet (BVerfGE 121, 266, Ls. sowie 299 u. 307 ff.). Im Vertrauen darauf, dass der Senat an dieser Rechtspre-chung festhalten wird, verzichtet die Verfassungsbeschwerde vor diesem Hintergrund weitgehend auf rechtliche Ausführungen und beschränkt sich überwiegend auf den Nachweis, dass negative Stimmgewichte auch nach dem novellierten Wahlrecht möglich sind.

Zwei rechtliche Bemerkungen sind freilich erforderlich, um etwaige Gegenargumente von vorneherein zu entkräften.

Zum einen ist mit dem Leitsatz der Entscheidung vom 3. Juli 2008 festzuhalten, dass Bestimmungen des Wahlrechts gegen die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl verstoßen, „soweit hierdurch 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.“ Angesichts der näheren Begründung in der Entscheidung ist für eine differenzierende Interpretation dieses Passus kein Raum. Jeder Stimmenzuwachs für eine politische Partei muss sich positiv auf die Sitzzuteilung dieser politischen Partei wenn auch nicht zwangsläufig auswirken, so doch jedenfalls auswirken können. Dies ist die Grundaussage der Entscheidung vom 3. Juli 2008. Verfassungswidrig ist somit jedes Wahlsystem, nach dem ein Stimmenzuwachs sich nicht positiv, sondern negativ auswirkt, mithin einer politischen Partei schadet. Für eine wie auch immer begrifflich gefasste Differenzierung verschiedener negativer Stimmgewichte – zuweilen wird von absoluten, nur auf ganze Sitze bezogenen, und relativen, auf den prozentualen Anteil einer Partei bezogenen negativen Stimmgewichten gesprochen – ist vor diesem ebenso simplen wie einleuchtenden Grund der Verfassungswidrigkeit kein Raum. Vielmehr stellt das Bundesverfassungsgericht in der Begründung der Entscheidung klar, dass solche Regelungen der Sitzzuteilung die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl verletzen, die dazu führen, „dass die Zweitstimme eines Wählers ihre Wirkung in der Mandatsverteilung nicht zu Gunsten, sondern zu Lasten der gewählten Partei entfaltet.“ (BVerfGE 121, 266, 294).

Zum anderen wird die Entscheidung des Senats vom 3. Juli 2008 so verstanden, dass schon die bloße Möglichkeit des Auftretens negativer Stimmgewichte die Verletzung der genannten Wahlrechtsgrundsätze auslöst und deshalb jede Regelung verfassungswidrig ist, die eine noch so unwahrscheinliche Möglichkeit dieser Effekte zulässt.

Doch selbst wenn die Entscheidung vom 3. Juli 2008 nur auf die bloße Reduzierung der Wahrscheinlichkeit negativer Stimmgewichte gerichtet sein sollte, selbst wenn also nach Auffassung des Senats die nur theoretische oder jedenfalls sehr unwahrscheinliche Möglichkeit des Auftretens negativer Stimmgewichte mit den Grundsätzen der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl noch vereinbar sein sollte, verletzt der novellierte § 6

BWahlG diese verfassungsgerichtliche Vorgabe und mit ihr die Wahlrechtsgrundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit. Denn einer unter Umständen gesunkenen Wahrscheinlichkeit des Auftretens negativer Stimmgewichte in Fällen wie dem, der der Entscheidung vom 3. Juli 2008 zugrunde lag (interne Überhangmandate), stehen neue Konstellationen gegenüber, in der negative Stimmgewichte durch die Änderung des Wahlgesetzes überhaupt erst möglich geworden sind.

Um diese Möglichkeiten zu identifizieren, sei zunächst mit einem üblicherweise verwendeten Bild beschrieben, wie negative Stimmgewichte erkennbar sind. Anschließend werden verschiedene Konstellationen dargestellt, die mit unterschiedlicher Intensität negative Stimmgewichte bewirken.

## 2. Erkennbarkeit negativer Stimmgewichte

Die Zuteilung von Sitzen zu Stimmen ist in der Verhältniswahl grundsätzlich streng proportional. In einem Koordinatensystem stellte sich die Verteilung deshalb an sich als ansteigende Kurve dar – je mehr Stimmen für eine Partei abgegeben wurden, desto mehr Sitze erhält sie. Da Sitzzahlen aber stets ganze Zahlen sein müssen, entspricht der Verlauf keiner regelmäßig steigenden Kurve, sondern gleicht Treppenstufen. Dabei entscheiden die zugrundeliegenden Sitzzuteilungsverfahren mit ihren Rundungsregeln, im Falle des geltenden Wahlrechts also gemäß § 6 Absatz 2 BWahlG das Divisorverfahren Saint-Laguë mit seiner Standardrundung, wo exakt die nächste Treppenstufe beginnt.

Negative Stimmgewichte sind in diesem Bild daran zu erkennen, dass die Treppe plötzlich nach unten führt – der Zuwachs an Stimmen führt hier nicht zum Gewinn, sondern zum Verlust eines Sitzes. In Abhängigkeit von den Ursachen negativer Stimmgewichte können nun in quantitativer Hinsicht Konstellationen unterschieden werden, in denen die Treppe mal insgesamt und mal nur eine Stufe nach unten führt. Unabhängig von dieser Intensität des negativen Stimmgewichts bleibt in rechtlicher Hinsicht festzuhalten, dass schon die Bewirkung einer nach unten führenden Stufe die grundrechtsgleichen Rechte der Unmittelbarkeit und der Gleichheit der Wahl verletzt.

### 3. Möglichkeiten negativer Stimmgewichte nach § 6 BWahlG

Vor diesem Hintergrund seien im Folgenden einige Beispiele genannt, in denen nach dem novellierten Wahlrecht negative Stimmgewichte auftreten können. Weitere Beispiele mag das Bundesverfassungsgericht selbst bilden oder sich ggf. von Sachverständigen darstellen lassen.

#### *a) Negative Stimmgewichte in Ländern mit Überhangmandaten*

Negative Stimmgewichte können nach wie vor in Ländern auftreten, in denen für eine Partei Überhangmandate entstehen. Ursächlich ist hier die Konkurrenz der Landeslisten einer Partei bei gleichzeitigem Entstehen von Überhangmandaten auf der Ebene der Landesliste. Dabei hängt die Wahrscheinlichkeit des Auftretens negativer Stimmgewichte maßgeblich auch von der Wahlbeteiligung ab, die etwa bei den Berechnungen des Bundesministerium des Innern, die zur Anhörung im Innenausschuss und zur Endabstimmung im Ausschuss vorgelegt wurde, außer Betracht bleibt.

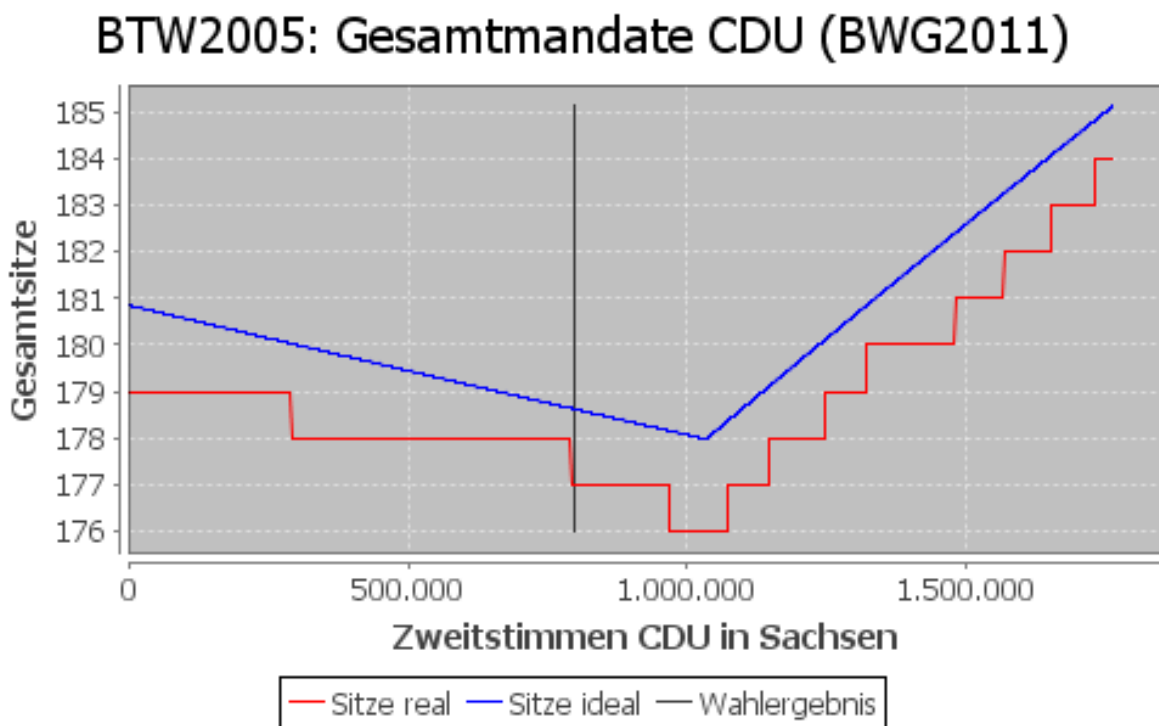
Anschaulichstes Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber sein Regelungsziel und vor allem das verfassungsgerichtlich wie verfassungsrechtlich Geforderte verfehlt hat, ist der Umstand, dass negative Stimmgewichte nach dem novellierten Wahlrecht gerade auch in dem Fall auftreten können, der ihrer Charakterisierung als verfassungswidrig zu Grundlage (Wahlkreis Dresden I). Ein kleine Variation des Ergebnisses der Wahl von 2005 mag dies verdeutlichen: Wären bei der Nachwahl in Dresden 5.000 CDU-Wähler zu Hause geblieben, hätte dies nach dem neuen Wahlrecht für die CDU folgende Auswirkungen gehabt:

Im Wahlkreis wären auf den CDU-Kandidaten weiterhin die meisten Erststimmen entfallen, das Direktmandat wäre also bei der CDU verblieben.

Das Bundesland Sachsen hätte hingegen durch die um 5.000 Wähler geringere Wahlbeteiligung einen Sitz weniger erhalten (33 statt 34 Sitze). Dieser Sitz wäre auf Kosten der CDU gegangen; ihr hätten bei der Sitzverteilung nach Zweitstimmen nur noch 10 statt 11 Sitze in Sachsen zugestanden. Durch die 14 direkt gewonnenen Wahlkreise hätte dies freilich im Endeffekt für die sächsische CDU keinen Unterschied gemacht; sie hätte lediglich statt eines regulären Sitzes ein weiteres Überhangmandat bekommen.

In anderen Bundesländern hätte sich die unterlassene Wahl von 5000 sächsischen CDU-Wählern allerdings ausgewirkt: Der Sitz, den das Bundesland Sachsen durch die geringere Wahlbeteiligung verloren hätte, wäre nach Berlin „gewandert“. Dort wären dann 24 statt nur 23 Sitze zu verteilen gewesen. Vom zusätzlichen Sitz profitiert hätte ausgerechnet die Berliner CDU, auf die nun 6 statt nur 5 Sitze entfallen wären.

Bundesweit hätte die CDU also einen Sitz mehr verbuchen können (178 statt 177), wenn in Dresden 5.000 CDU-Wähler nicht zur Wahl gegangen wären. Es bleibt somit beim negativen Stimmgewicht, wie auch das nachfolgende Diagramm verdeutlicht, das den Berechnungen und Übersichten von Ulrich Wiesner entnommen ist ([http://ulrichwiesner.de/stimmgewicht/BTW2005\\_BWG2011.html](http://ulrichwiesner.de/stimmgewicht/BTW2005_BWG2011.html)):



Das Diagramm stellt auf der y-Achse die Gesamtzahl der Sitze der CDU im Deutschen Bundestag in Abhängigkeit von deren Zweitstimmen im Bundesland Sachsen dar, die auf der x-Achse abgetragen sind. Die Berechnung wurde mit dem neuen Wahlgesetz von 2011 auf der Grundlage des Wahlergebnisses von 2005 durchgeführt, wobei zur Berechnung der Kurven fiktiv eine unterschiedliche Zweitstimmenzahl für die CDU in Sachsen zu Grunde herangezogen wurde. Dabei wurde für die Berechnung angenommen, dass die Ergebnisse aller anderen Bundeslisten und die Ergebnisse der Wahlkreisabge-



ordneten unverändert bleiben. Vor diesem Hintergrund indiziert die rote Kurve bzw. die „Treppe“, wie viele Gesamtsitze der CDU im Bundestag zustehen. Sie berücksichtigt die von § 6 BWahlG vorgeschriebenen Rundungen und damit den Umstand, dass nur ganze Zahlen zugeordnet werden können. Die blaue Kurve dokumentiert die ideale, nämlich ohne Rundungen berechnete Sitzzuteilung. Der Abstand der roten Treppenstufen zur kontinuierlichen blauen Kurve ist eine Folge der kumulierten Rundungsabweichungen, kein Fehler der Berechnung.

Die vertikale schwarze Linie steht an der Stelle der Stimmenzahl der CDU Sachsen 2005 (795.316 Stimmen). Das Diagramm weist mit der roten Kurve für diese Stelle 177 Gesamtsitze für die CDU im Deutschen Bundestage aus.

Zu erkennen ist nun zunächst, dass ein Minimum an Gesamtsitzen der CDU im Deutschen Bundestag erreicht wird, wenn die CDU in Sachsen etwa 1.000.000 Zweitstimmen auf sich vereinigt. Der Grund für die Reduzierung der Gesamtsitzzahl bei höheren Zweitstimmen liegt darin begründet, dass es bei dieser Stimmenzahl keine Überhangmandate mehr in Sachsen gibt, sondern die Direktmandate gerade von der Zweitstimmenzahl gedeckt werden. Der CDU stünden hier nur 176 Sitze zu. Bei weiter steigenden Stimmenzahlen über 1 Mio. hinaus verhält sich die Kurve normal und entspricht wieder dem Bild einer aufsteigenden Treppe. Im Bereich unter 1 Mio. Stimmen fällt die Kurve dagegen wie eine hinab führende Treppe ab. Mehr Stimmen führen in diesem Bereich zu weniger Sitzen.

Aus diesem Bereich ist das oben beschriebene Beispiel für ein negatives Stimmgewicht gewählt, das an der Treppenstufe deutlich wird, die zwischen 790.000 und 795.000 Stimmen für die CDU im Land Sachsen zu erkennen ist. Erkennbar ist, dass der Zuwachs um 5000 Stimmen zu einer Reduzierung der Gesamtsitze von 178 Sitzen hinab zu 177 Sitzen führt. Das negative Stimmgewicht beschränkt sich dabei nicht auf diese Stufe, sondern erstreckt sich über den ganzen Bereich der hinab führenden Treppenstufen, also den gesamten Bereich, in denen Überhangmandate für die Landesliste auftreten.

Die blaue Kurve wurde ohne Rundungen auf ganze Sitze durchgeführt und weist entsprechend keine Stufen auf. Das Minimum wird hier bei ca. 1.034.000 erreicht. Bei dieser Stimmenzahl verschwindet der ganze Überhang in Sachsen. Das negative Stimmgewicht entspricht hier der negativen Steigung im Kurvenbereich links des Minimums.

Dass dies bei der blauen Kurve in ähnlicher Weise auftritt, verdeutlicht, dass der Effekt unabhängig von der Art und Reihenfolge der Rundung, ja auch der Rundung an sich ist, sondern schlicht den Überhangmandaten geschuldet ist.

#### *b) Negative Stimmgewichte in Ländern ohne Überhangmandate*

Negative Stimmgewichte können nach den angegriffenen jüngsten Änderungen des Wahlrechts nun zusätzlich auch in Bundesländern auftreten, in denen es nicht zu Überhangmandaten kommt. Ihre Ursache liegt in der neuen Reihenfolge der Sitzverteilung. Folgendes Beispiel mag dies an Hand leicht modifizierter Stimmzahlen der Wahl von 2009 dokumentieren:

Wenn in Berlin 40.000 Wähler der Partei Die Linke gar nicht zur Wahl gegangen wären, hätte sich dies wie folgt ausgewirkt:

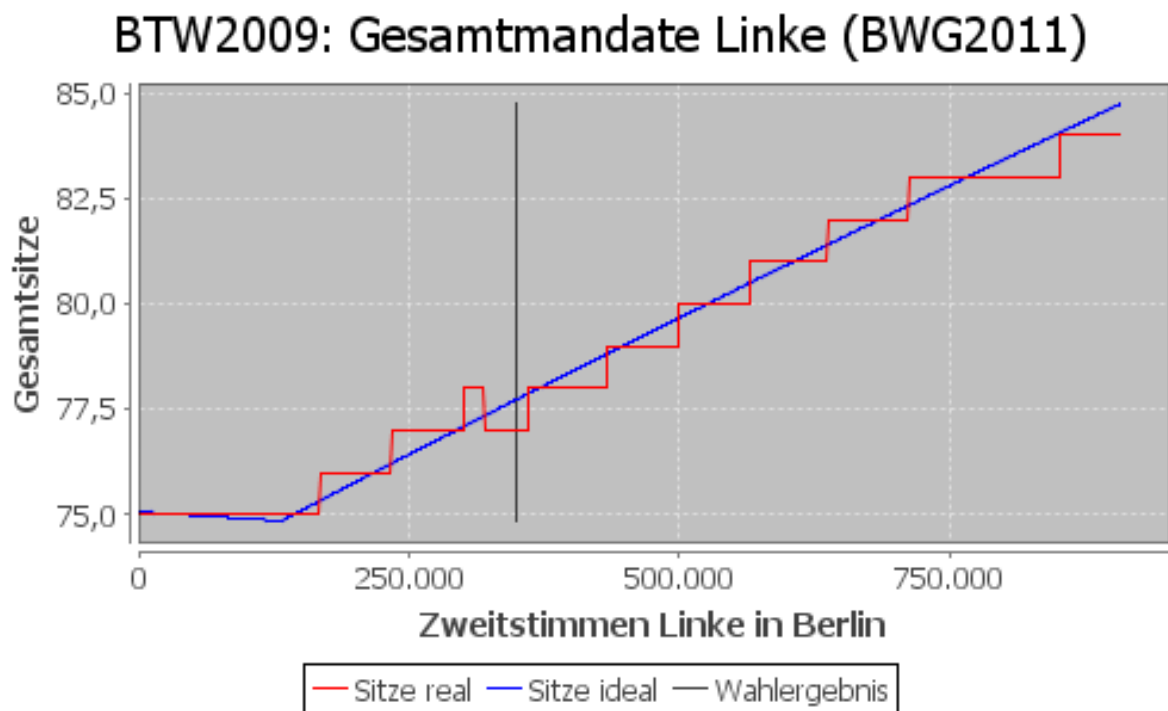
Drei ihrer vier Berliner Wahlkreise hat Die Linke mit großem Abstand gewonnen, lediglich in Pankow betrug der Vorsprung weniger als 30.000 Erststimmen. Doch selbst wenn sie durch die 40.000 fehlenden Wähler ein Direktmandat weniger errungen hätte, wäre im Gegenzug einfach eine zusätzliche Person aus ihrer Landesliste in den Bundestag gezogen, da Die Linke in Berlin keine Überhangmandate hat.

Bei der Sitzverteilung auf die Bundesländer wären auf Berlin wegen der geringeren Wahlbeteiligung nun nur noch 23 statt 24 Sitze entfallen. Diesen Sitz hätte aber nicht Die Linke verloren, sondern Die Grünen. Allerdings hätten sich die Berliner Grünen bei der späteren „Reststimmen“-Verwertung nach § 6 Absatz 2a BWahlG diesen Sitz „zurückgeholt“, so dass sich unter dem Strich an der Sitzverteilung in Berlin nichts geändert hätte.

Geändert hätte sich allerdings die Situation in anderen Bundesländern. Im konkreten Fall hätte Nordrhein-Westfalen von der geringeren Wahlbeteiligung in Berlin profitiert und statt 129 nun 130 Sitze erhalten. Der zusätzliche Sitz wäre innerhalb von NRW an Die Linke gegangen, die dort 12 statt 11 Abgeordnete in den Bundestag hätte entsenden können.

Insgesamt wären bundesweit auf Die Linke 78 statt 77 Sitze entfallen, wenn sich in Berlin 40.000 ihrer (potentiellen) Wähler nicht an der Wahl beteiligt hätten. Auch dies sei

mit einem Diagramm von Ulrich Wiesner ([http://ulrichwiesner.de/stimmgewicht/BTW2009\\_BWG2011\\_Linke\\_BE\\_S.png](http://ulrichwiesner.de/stimmgewicht/BTW2009_BWG2011_Linke_BE_S.png)) noch einmal unterlegt:



Das Diagramm stellt die Gesamtzahl der Sitze der LINKEN in Abhängigkeit von deren Zweitstimmen im Bundesland Berlin dar. Die Berechnung wurde mit dem neuen Wahlgesetz von 2011 auf der Grundlage des Wahlergebnisses von 2009 durchgeführt. Die rote Kurve stellt erneut die (in ganzen Zahlen vorgenommene) Sitzzuteilung dar nach Durchführung der von § 6 BWahlG vorgesehenen Rundungen, während die blaue Kurve im Vergleich die ideale, solche Rundungen nicht berücksichtigende Sitzzuteilung darstellt.

Die vertikale schwarze Linie steht an der Stelle der Stimmenzahl der LINKEN Berlin 2009 (348.661 Zweitstimmen). Im Diagramm kann man mittels der roten Kurve an dieser Stelle ablesen, dass der Linken bei diesem Berliner Zweitstimmenergebnis insgesamt 77 Sitze im Deutschen Bundestag zustünden.

Das oben beschriebene negative Stimmgewicht ist etwa 40.000 Stimmen links der schwarzen Markierungslinie erkennbar. Hier findet sich eine Stufe von 78 Sitzen nach unten auf 77 Sitze.

Das Beispiel zeigt, dass die umgekehrte Verteilungsreihenfolge des neuen Wahlrechts – die Zweitstimmen werden nach § 6 Absatz 1 Satz 1 BWahlG erst auf die Bundesländer

und sodann nach § 6 Absatz 2 Satz 2 bis 7 BWahlG auf die Parteien verteilt – dazu führt, dass das negative Stimmgewicht nun sogar dann auftritt, wenn keine Überhangmandate im Spiel sind.

Der Effekt führt zu einem unlösbaren Dilemma für Wähler solcher Parteien, die in ihrem Bundesland voraussichtlich nur gerade so einen Sitz erhalten. Wenn bspw. eine politische Partei in einem Bundesland um die 50.000 – 60.000 Zweitstimmen erhält, wird ihr nach der Standardrundung mit ziemlicher Sicherheit exakt ein Sitz zustehen. Jede weitere Stimme vergrößert die Chance auf einen weiteren Sitz zunächst einmal nicht. Auch positive „Reststimmen“ i. S. des § 6 Absatz 2a BWahlG fielen zunächst nicht an. Allerdings bewirkten diese Stimmen unter Umständen, dass sich das Kontingent des Bundeslandes um einen Sitz vergrößert, was zwangsläufig die Reduzierung des Kontingents eines anderen Bundeslandes um eben diesen Sitz zur Folge hätte. Sofern von dieser Reduzierung dieselbe Partei betroffen ist, liegt somit ein weiterer Fall von negativem Stimmgewicht vor. Dieser Konstellation sieht sich beispielsweise der Beschwerdeführer zu 6) im Bundesland Bremen in Bezug auf die Partei Bündnis 90/Die Grünen ausgesetzt.

### *c) Negative Stimmgewichte durch das „Reststimmen“-Verfahren“*

Weiterhin begründet das in § 6 Absatz 2a BWahlG neu eingeführte „Reststimmen“-Verfahren eine eigenständige Ursache für die Möglichkeit negativen Stimmgewichts. Da dieses „Reststimmen“-Verfahren allerdings schon aus anderen Gründen verfassungswidrig ist (siehe unten S. 31) soll die Möglichkeit der Bewirkung negativer Stimmgewichte mittels einer abstrakten Überlegung dargestellt werden:

Im „Reststimmen“-Verfahren kommt dem Quotienten eine besondere Rolle zu, der bei der Division „der Summe der positiven Abweichungen der auf die Landeslisten entfallenden Zweitstimmen“ durch „die im Wahlgebiet für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Zweitstimmenzahl“ entsteht. Der Zähler sei im Folgenden als Reststimmenzahl, der Nenner (ungeachtet seiner Unbestimmtheit, vgl. dazu S. 20) als Bundesquote bezeichnet und als Zahl aller zu berücksichtigenden Zweitstimmen geteilt durch 598 verstanden.

In dieser Division verändert jede Stimme für eine Landesliste einer Partei A die Bundesquote und mit ihr auch den Quotienten. Jede zusätzliche Stimme vergrößert den Nenner

und verkleinert den Quotienten. Der Anspruch auf Zuteilung von Zusatzsitzen nach § 6 Absatz 2a BWahlG einer Landesliste verringert sich somit in dem Maße, in dem sie einen größeren Erfolg verbucht.

Damit gebärt das novellierte Wahlrecht eine weitere Möglichkeit, in der negative Stimmgewichte auftreten können. Diese Möglichkeit mag im Vergleich zu negativen Stimmgewichten, die ihre Ursache in Überhangmandaten oder in der neuen Verteilungsreihenfolge haben, relativ selten auftreten, jedoch immer noch in einem erheblichem Ausmaß, wie eine Berechnung des Innenministeriums zeigt (Ausschussdrucksache Nr. 17(4)344). Sie betrifft alle Landeslisten mit negativen Reststimmen (also rund die Hälfte), auch wenn der Effekt sich wegen der Rundung nicht in allen Fällen bemerkbar machen wird.

Unabhängig von der System- und Verfassungswidrigkeit des gesamten „Reststimmen“-Verfahrens könnte diese Möglichkeit negativer Stimmgewichte „innerhalb der eigenen Logik“ des Verfahrens beseitigt werden, wenn statt der erst mühsam zu konstruierenden Reststimmen direkt die Reste, also positive Sitzbruchteile, übertragen würden. Dadurch entfielen der Rückgriff auf eine Bundes-Quote und deren negative Verbindung der Landeslisten.

#### *d) Negative Stimmgewichte durch die neue Mehrheitsklausel (Abs. 3)*

Das novellierte Wahlrecht schafft aber noch eine weitere neue Möglichkeit des Effekts negativer Stimmgewichte. Ursache ist eine uneinheitliche Terminologie auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite der Mehrheitsklausel des § 6 Absatz 3 BWahlG. Während im Tatbestand der Passus verwendet wird „nicht mehr als die Hälfte der zu vergebenden Sitze“, verwendet die Rechtsfolge als Grenze die Formulierung „ein Sitz mehr als die Hälfte der im Wahlgebiet zu vergebenden Sitze“. Die Tatbestandsseite lässt also Bruchzahlen genügen, während die Erfüllungsbedingung auf Rechtsfolgenseite nur in ganzen Zahlen rechnet.

Die Klausel soll immer zur Anwendung kommen, wenn eine Partei mehr als die Hälfte der Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigten Landeslisten auf sich vereinigen kann. Sie soll dann, dies ist wohl die Intention des Gesetzgebers, auch die Mehrheit der Sitze im Deutschen Bundestag erhalten.

In dem Falle etwa, in dem eine solche Partei zunächst 300 von 600 Sitzen erhielte, müsste ihr ein weiterer Sitz zugewiesen werden. Die Gesamtzahl der Sitze im Bundestag erhöhte sich dadurch auf 601. Die Hälfte der Sitze, auf die die Rechtsfolge abstellt, läge dann aber bei 300,5 Sitzen, so dass der Partei nur ein halber Sitz zusätzlich zugewiesen wäre, nicht hingegen, wie die Norm es fordert, ein ganzer Sitz. Der Wortlaut der Bestimmung lässt sich nun zwar so auslegen, dass in diesem Falle ein weiterer Zusatzsitz vergeben wird. Dann stünden der Partei 302 Sitze von 602 Gesamtsitzen zu, sie hätte nun – wie gesetzlich bestimmt – einen Sitz mehr als die Hälfte der Gesamtsitze. Es zeigt sich aber, dass eine Partei, die von vorneherein 301 von 601 Sitzen auf sich vereinigt und nicht von der Mehrheitsklausel nach § 6 Absatz 3 BWahlG profitiert, schlechter gestellt wird, als wenn sie – aufgrund von weniger Stimmen – zwar ursprünglich weniger Sitze für sich verbuchen konnte, durch die Mehrheitsklausel dann aber noch 302 von 602 Sitzen gelangt. Denn während im letzteren Fall die Partei mit zwei weiteren Sitzen belohnt wird, bleibt sie trotz ihrer besseren absoluten Sitzzuweisung im ersten Fall bei einem kleineren Anteil der Gesamtsitze.

Freilich ließe sich dieser Effekt eines negativen Stimmgewichts recht einfach ausschließen, indem die Anwendungsbedingung auf Tatbestandsseite und die Erfüllungsbedingung auf Rechtsfolgenseite einander angepasst werden. Am einfachsten ließen sich die beiden Wörter „ein Sitz“ streichen, dann wären auf beiden Seiten Bruchzahlen zur Bestimmung der Mehrheit zulässig.

#### *e) Negative Stimmgewichte durch die Listenerschöpfung (Abs. 4, Satz 4)*

Schließlich können negative Stimmgewichte auch durch Erschöpfung einer Landesliste nach § 6 Absatz 4 Satz 4 BWahlG auftreten. Zweitstimmen für die Landesliste einer Partei, auf der zu wenige Kandidaten kandidieren, können für diese nicht mehr zu weiteren Sitzen führen. Sie können aber zu einem Sitzverlust anderer Landeslisten dieser Partei führen (negatives Stimmgewicht). Der Mechanismus ist mathematisch verwandt mit den negativen Stimmgewichten durch Überhangmandate. Der Fall kann insbesondere neuere oder kleinere Parteien betreffen.

Der Effekt kann zum Beispiel durch eine Verbindung der Landeslisten für diesen Fall vermieden werden, so dass der Sitz an die Landesliste der Partei mit dem nächsten Anspruch geht (wie im Gesetzentwurf BT-Drs. 17/4694).

## **II. Landeslisten und Bundeslisten, § 6 Absatz 1, Absatz 2a und Absatz 6 BWahlG**

Das novellierte Wahlrecht ist zudem deshalb verfassungswidrig, weil es ohne sachlichen Grund mal auf die landesweit, mal auf die bundesweit abgegebenen Stimmen als Maßstab für die Sitzverteilung abstellt. Es verletzt deshalb die rechtsstaatlichen Grundsätze der Widerspruchsfreiheit und der Folgerichtigkeit, die auch das Wahlrecht bestimmen.

Während das novellierte Wahlrecht in § 6 Absatz 1 BWahlG grundsätzlich von einer Trennung der Landeslisten der Parteien ausgeht, knüpft es bei der Verteilung der sog. „Reststimmenzahlen“ nach § 6 Absatz 2a BWahlG einerseits und bei der Anwendung der Sperrklausel nach § 6 Absatz 6 BWahlG andererseits doch an die Stimmabgabe „im Wahlgebiet“, mithin also an einen bundesweit bestimmten Maßstab an. Nach § 6 Absatz 2a BWahlG kommt dem Divisor, nämlich der „im Wahlgebiet für einen der zu vergebenden Sitze erforderlichen Zweitstimmenzahl“, maßgebliche Bedeutung für die Berechnung der „Reststimmenzahlen“ zu. Und nach § 6 Absatz 6 BWahlG bemisst sich die Sperrklausel u.a. nach der Zahl „der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen.“

Diese Beliebigkeit in der maßgeblichen Bezugsgröße ist nicht nur in sich widersprüchlich, sondern widerspricht auch dem Charakter der Abgeordneten des Deutschen Bundestages, „Vertreter des ganzen Volkes“ zu sein, wie Art. 38 Absatz 1 GG unmissverständlich zum Ausdruck bringt. Vor dem Hintergrund dieser Bestimmung mag schon fraglich sein, ob Landeslisten überhaupt zulässig sind. Geht man aber einmal von deren Zulässigkeit aus, so müssen diese auch konsequent durchgehalten werden.

## **III. Kontingentierung auf der Grundlage der „Wähler“, § 6 Absatz 1 Satz 1 BWahlG**

Ein weitere Verfassungsverletzung des novellierten Wahlrechts liegt in der Art und Weise, wie § 6 Absatz 1 BWahlG die Landeskongente bestimmt.

Anders als das bisher geltende Wahlrecht ermittelt es zunächst die Zahl der jedem Land zustehenden Sitze im Bundestag und verteilt sie erst anschließend auf die Parteien (Land vor Partei statt bisher Partei vor Land). Dieses Procedere mag dem unitarischen Charakter des Deutschen Bundestages in gewisser Weise widersprechen, für sich genommen von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Wahlrechts aber noch gedeckt sein (so wohl BVerfGE 121, 266, 315). Dass die Landeskongin-

gente dabei aber „nach der Zahl der Wähler“ ermittelt werden, ist in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig. Denn diese Berechnungsart ist unbestimmt, unvorhersehbar und widersprüchlich und verletzt zudem die Grundsätze der Gleichheit, der Unmittelbarkeit und der Freiheit der Wahl.

### 1. Unbestimmtheit

Die Regelung ist zunächst deshalb unbestimmt, weil der Begriff „Zahl der Wähler“ mehreren Interpretationen zugänglich ist. Er könnte sich bei abstraktem Verständnis auf die Gesamtzahl der Wahlberechtigten beziehen, ebenso aber bei konkretem Verständnis auf die Zahl derjenigen, die tatsächlich bei einer Wahl zum Deutschen Bundestag ihre Stimme abgegeben haben. Diesbezüglich ließe er sich weiter auf die gültigen Stimmen beschränken und im systematischen Kontext des § 6 BWahlG noch dazu auf die gültigen Zweitstimmen.

Dass die zweite Möglichkeit, dass also die Zahl derjenigen gemeint ist, die bei einer konkreten Wahl ihre, genauer eine, Stimme abgegeben haben, sei es in gültiger, sei es in ungültiger Form, ergibt sich nur aus der Begründung zum Gesetzesvorschlag. Auf S. 7 des Entwurfs der Fraktionen von CDU/CSU und FPD (BT-Drs. 17/6290) heißt es insoweit: „Maßgeblich ist [...] die Zahl der Wähler in jedem Land, also aller Wahlberechtigten, die ihre Erst- oder Zweitstimme abgegeben haben.“

Dieses Ergebnis lässt sich mit Mühe auch mittels einer wörtlichen Auslegung ermitteln. Denn an anderer Stelle des Bundeswahlgesetzes spricht der Gesetzgeber *expressis verbis* „von den wahlberechtigten Deutschen“, etwa gleich zu Beginn im grundsätzlichen § 1 Absatz 1 Satz 2 BWahlG. Und wo er nur an gültige Stimmen anknüpfen will, formuliert er ähnlich präzise, etwa in § 6 Absatz 6 BWahlG.

Doch schon die Berücksichtigung der Stellung der Norm lässt Zweifel daran aufkommen, ob wirklich die Abgabe der Erststimme oder die Abgabe ungültiger Stimmen im Rahmen der Sitzverteilung nach Landeslisten relevant sein sollen.

Vor diesem Hintergrund genügt die Vorschrift den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht. Denn gerade in dem hier relevanten und sogleich begründeten Falle, in dem das Abstellen auf die konkrete Wählerzahl verfassungswidrig ist, bleibt unklar, auf welche Bezugsgröße abzustellen ist. Der Gesetzgeber flüchtet mit seiner unbestimm-



ten Begrifflichkeit insofern in die (vermeintliche) Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung, anstatt die Verantwortung für verfassungswidriges Handeln zu übernehmen. Gerade in Bezug auf das Wahlrecht als entscheidenden Legitimationsvermittlungsakt sind jedoch erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen, so dass eine verfassungskonforme Interpretation insofern nicht in Betracht kommt.

## 2. Unvorhersehbarkeit

Bei der Errechnung der Landeslisten an die Zahl der Wähler anzuknüpfen, ist vor allem deshalb verfassungswidrig, weil Stimmen, die für eine solche Partei abgegeben werden, die an der Sperrklausel des § 6 Absatz 6 BWahlG scheitert und deshalb bei der nachfolgenden Verteilung außer Berücksichtigung bleibt, nun anderen Parteien zugute kommt. Damit wird der Wählerwille mindestens verfälscht, möglicherweise gar in sein Gegenteil verkehrt. Zudem bleibt dem Wähler die Wirkung seiner Wahlentscheidung unvorhersehbar.

Wer seine Stimme bspw. bewusst für eine politische Partei abgibt, die nach allen Prognosen entweder gar nicht oder nur knapp die Sperrklausel des § 6 Absatz 6 BWahlG passieren wird, tut dies regelmäßig in dem Bewusstsein und mit dem Willen, gerade nicht die etablierten politischen Parteien zu wählen. Vielleicht will er diese sogar „abstrafen“. Entgegen dieser intendierten Wahlaussage stärkt er gerade diese politischen Parteien, indem er das Kontingent an Sitzen vergrößert, die im nachfolgenden Verfahren auf die etablierten politischen Parteien verteilt werden. Dies berührt die Unmittelbarkeit ebenso wie die Gleichheit der Wahl. Die einzige Möglichkeit, die dem Wähler bleibt, um die von ihm intendierte Wahlaussage zu erreichen, ist der Verzicht auf die Stimmabgabe. Damit aber wird deutlich, dass die Bestimmung des § 6 Absatz 1 Satz 1 BWahlG auch den Grundsatz der Freiheit der Wahl beeinträchtigt.

Die Beeinträchtigungen der grundrechtsgleichen Rechte der Unmittelbarkeit, der Gleichheit und der Freiheit der Wahl sind nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Zwar mag die Regelung durchaus von der politisch zunächst sinnvollen Überlegung getragen sein, die Länderkontingente im Deutschen Bundestag in Abhängigkeit von der Zahl der konkreten Wähler zu bestimmen und auf diese Weise solche Bundesländer zu belohnen, die besonders viele Wähler zur Ausübung ihres demokratischen Grundrechts motivieren können. Mit Blick auf die Zukunft würden insoweit gewisse Anreize gesetzt

werden. Doch ungeachtet der Frage, ob diese Anreize ihre Wirkungen tatsächlich erzielen würden, widerspricht diese Art der Länderkontingentierung dem System der Wahl des Deutschen Bundestages. Denn mit seinen zwei Stimmen wählt der Wähler einerseits einen Abgeordneten in seinem Wahlkreis, andererseits eine politische Partei. Nicht hingegen wählt er einen Anteil an Sitzen im Deutschen Bundestag, die dann mit Abgeordneten aus seinem Bundesland besetzt werden.

### 3. Widersprüchlichkeit

Daneben findet sich ein zweiter Systembruch: Während die Sitze für die Landeslisten gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 BWahlG „nach der Zahl der Wähler in jedem Land“ berechnet werden, bestimmt sich die Sperrklausel gemäß § 6 Absatz 6 Satz 1 BWahlG nur nach den „abgegebenen gültigen Zweitstimmen“. Maßgeblich soll also einmal der Umstand sein, dass jemand überhaupt eine Stimme abgegeben hat, sei es die Erst- oder die Zweitstimme, sei sie gültig oder ungültig, während es beim anderen Mal allein auf die Abgabe der gültigen Zweitstimme ankommt.

Warum mit diesen Regelungen zwei unterschiedliche Maßstäbe für die Sitzzuteilung verwendet werden, wird nicht dargelegt. Der Gesetzgeber verletzt insofern schon seine ihm obliegenden Begründungspflichten.

Für den unterschiedlichen Maßstab ist aber auch kein sachlicher Grund von solchem Gewicht erkennbar, dass er den Widerspruch zu rechtfertigen vermag. Vielmehr erscheinen die unterschiedlichen Bezugsgrößen willkürlich gewählt, um im Falle der Berechnung der Landeslisten nach Absatz 1 möglichst viele Stimmen den erfolgreichen Parteien zukommen zu lassen, gleichzeitig aber die Wirkung der Sperrklausel nach Absatz 6 möglichst eng zu begrenzen. Während diese letzte Intention grundsätzlich im Einklang mit dem verfassungsrechtlich intendierten Wettbewerb politischer Parteien steht, der in ihrer von Art. 21 GG gewährleisteten Gründungs- und Betätigungsfreiheit zum Ausdruck kommt, sind zwingende Gründe für eine Berücksichtigung auch der ungültigen Stimmen bei der Berechnung der Sitze für die Landeslisten nicht erkennbar.

Dies wiegt umso schwerer, als mit den unterschiedlichen Maßstäben nicht nur ein „technischer“ Unterschied, ein gleichsam bloß normativer Widerspruch geschaffen wird. Vielmehr führen diese unterschiedlichen Maßstäbe dazu, dass den Stimmen der „Um-

sonstwähler“ – verstanden als diejenigen Wähler, die für eine politische Partei votieren, die es nicht über die Sperrklausel schafft (vgl. Pukelsheim, Zeitschrift für Politik 47 (2000), S. 239, 243) – unterschiedliche Wirkungen zukommen:

Einerseits wird ihnen durch die Sperrklausel des § 6 Absatz 6 Satz 1 BWahlG jede unmittelbare differenzierte Wirkung genommen: sie wirken sich nicht auf die Sitzverteilung im Deutschen Bundestag aus, sondern werden so angesehen, „als ob sie nicht abgegeben worden seien.“ (so in Bezug auf Art. 14 Absatz 4 BV Bayerischer Verfassungsgerichtshof, VerfGHE 19, 100, 103). Angemerkt sei, dass sie die Zusammensetzung freilich mittelbar dadurch beeinflussen, dass die Sitzverteilung nun auf der Grundlage einer um die Zahl der Umsonstwähler reduzierten Stimmenzahl vorgenommen wird. Weil dies allerdings proportional zu den bundesweiten Ergebnissen derjenigen politischen Parteien, die die Fünfprozenthürde genommen haben, erfolgt, beeinflussen sie vielleicht die konkrete Sitzzuteilung, nicht aber die parteipolitische Proportion.

Andererseits können sie sich wegen § 6 Absatz 1 Satz 1 BWahlG nun aber auf eben diese parteipolitische Proportion auswirken. Denn weil sie für die Größe der Landeskontingente berücksichtigt werden und diese nach Maßstab der landesweiten Zweitstimmen besetzt werden, stärken sie die politischen Parteien nun in Abhängigkeit von ihren landesweiten Ergebnissen. Das bedeutet, um diese abstrakte Wirkung mit Beispielen zu unterlegen, dass etwa bayerische Wähler der ÖDP oder wohl auch der Freien Wähler tendenziell die CSU stärken, wohingegen etwa Stimmen von Berliner Wählern der Piratenpartei oder womöglich auch der FDP eher der SPD zu Gute kämen. Umsonststimmen wirken also nicht mehr parteipolitisch undifferenziert, sondern differenziert nach dem Ergebnis der Wahl in den einzelnen Bundesländern. Wer, um ein letztes Beispiel zu nennen, die Grauen Panther im Bundesland A wählt, gibt seine Stimme somit womöglich einer anderen Partei als jemand, der sie im Bundesland B wählt. Und dies, obwohl die Stimmen doch nach § 6 Absatz 6 Satz 1 BWahlG unberücksichtigt bleiben sollen.

Man mag diesen Widerspruch damit erklären, dass das neue Wahlrecht die Zweitstimmen eben zunächst auf die Länder und erst anschließend auf die Parteien verteilt. Ebenso lässt er sich auf die unter D. II (S. 23) bereits gerügte Inkonsequenz zurückführen, dass das Wahlrecht mal auf die bundesweit und mal auf die landesweit abgegebenen Stimmen rekurriert. Entscheidend ist aber stets, dass die widersprüchliche Wirkung der Umsonstwähler dadurch noch verstärkt wird, dass es bei der Berechnung der Länder-

kontingente auf jede abgegebene Stimme, und sei es nur die Erststimme, bei der Anwendung der Sperrklausel dagegen nur auf jede gültige Zweitstimme ankommt.

#### 4. Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl

Schließlich führt die von § 6 Absatz 1 BWahlG vorgesehene Berechnung der Länderkontingente auch zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl (sowie zu einer im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nicht zu rügenden Verletzung der Chancengleichheit der politischen Parteien und der Chancengleichheit der Wahlbewerber).

##### *a) Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl*

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl wird in ihrer für die Verhältniswahl maßgeblichen Bedeutung, der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen, beeinträchtigt, denn die Erfolgswertgleichheit variiert zwischen Wählern derselben Partei in unterschiedlichen Bundesländern. Die erforderliche Stimmenzahl für einen Sitz im Bundestag schwankt zwischen den einzelnen Bundesländern erheblich, so dass den Wählerstimmen insofern ein unterschiedliches Gewicht zukommt, das mit der Erfolgswertgleichheit nicht zu vereinbaren ist. Dem verfassungsrechtlichen Postulat, dass „alle Wähler [...] mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben [sollen]“ (BVerfGE 120, 82, 102; 121, 266, 295; 124, 1, 18), kann der novellierte § 6 BWahlG nicht genügen. Zwei Beispiele mögen dies belegen, zwei Ursachen genannt seien:

Wendet man das novellierte Bundeswahlgesetz auf die Stimmenabgabe der letzten Bundestagswahlen aus dem Jahre 2009 an, wie Ulrich Wiesner dies getan hat ([www.ulrichwiesner.de/BTW2009\\_BWG2011.html](http://www.ulrichwiesner.de/BTW2009_BWG2011.html)), zeigt sich, dass etwa die CDU-Wähler in Nordrhein-Westfalen mit 3.111.478 Zweitstimmen 45 Abgeordnete in den Deutschen Bundestag gewählt hätten, wohingegen die CDU-Wähler in Baden-Württemberg mit 1.874.481 Zweitstimmen 30 Abgeordneten zu einem Sitz verholpen hätten. In Nordrhein-Westfalen wären also rund 69.144 Stimmen für den Sitz eines CDU-Abgeordneten erforderlich, in Baden-Württemberg hingegen nur rund 62.483 Stimmen.

Neben diesem konkreten Beispiel lassen sich auch alle Stimmenzahlen in den Blick nehmen, die in den einzelnen Bundesländern für ein Mandat im Deutschen Bundestag

erforderlich sind. Sie sind in der nachfolgenden Tabelle als Quotient aus den zuteilungsberechtigten Zweitstimmen und den Sitzen ohne Überhang auf der Grundlage der Zahlen der Bundestagswahl von 2002 dargestellt:

	zuteilungsberechtigte Zweitstimmen	Sitze ohne Überhang	Quotient
Sachsen-Anhalt	1.190.343	19	62.649,6
Brandenburg	1.205.189	19	63.431,0
Sachsen	2.037.141	32	63.660,7
Thüringen	1.151.569	18	63.976,1
Mecklenburg-Vorpommern	787.157	12	65.596,4
Summe Ost	6.371.399	100	63.714,0
Saarland	610.075	9	67.786,1
Hamburg	896.640	13	68.972,3
Bremen	358.080	5	71.616,0
Rheinland-Pfalz	2.300.153	31	74.198,5
Hessen	3.268.509	44	74.284,3
Niedersachsen	4.688.754	62	75.625,1
Schleswig-Holstein	1.670.780	22	75.944,5
Baden-Württemberg	5.671.456	74	76.641,3
Nordrhein-Westfalen	10.084.645	131	76.982,0
Bayern	7.132.789	91	78.382,3
Summe West	36.681.881	482	76.103,5
Berlin	1.567.199	22	71.236,3
Summe	44.620.479	604	73.875,0

Die Tabelle verdeutlicht nicht nur, dass die erforderlichen Stimmen für einen Sitz im Bundestag zwischen den Ländern erheblich variieren – die Differenz zwischen den Ländern mit dem geringsten und dem höchsten Quotienten beträgt immerhin 15.732,7 Stimmen. Sie veranschaulicht vielmehr ein frappierendes Missverhältnis zwischen den fünf neuen und den zehn alten Bundesländern (Berlin einmal außen vor gelassen), das dem unitarischen Charakter des Deutschen Bundestag nicht Rechnung tragen kann.

Die länderabhängige Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen hat ihre Ursachen zum einen und vor allem in dem Umstand, dass die Länderkontingente in Abhängigkeit von der Wahlbeteiligung gebildet werden. Erschwerend hinzu tritt der Umstand, dass die Stimmen der Wähler, die ungültige Stimmen oder Stimmen für Parteien abgeben, die nicht den Sprung über die Sperrklausel nehmen, den etablierten Parteien zugute kommt.

### *b) Beeinträchtigung der Chancengleichheit der politischen Parteien*

Mit der Gleichheit der Wahl wird auch die Chancengleichheit der politischen Parteien verletzt. Dies sei im Rahmen dieser Verfassungsbeschwerde angesprochen, weil die besondere Intensität der Verletzung der Chancengleichheit der politischen Parteien wiederum auf die Erfolgswertgleichheit der Wähler zurück wirkt. Denn die Länderkontingentierung führt insbesondere in kleinen Ländern dazu, dass die mittelbare Sperrklausel auf ein Maß angehoben wird, das weit von der unmittelbaren Sperrklausel des § 6 Absatz 6 BWahlG entfernt ist (das Bundesverfassungsgericht spricht in BVerfGE 120, 82, 118 an Stelle von mittelbarer und unmittelbarer von faktischer und rechtlicher Sperrklausel und übersieht insofern, dass auch die durch die Sitzzahl bzw. hier durch die Kontingentierung bewirkte Sperrklausel rechtlicher Natur ist). Legt man dem nun geltenden Wahlrecht bspw. die Stimmzahlen der Wahl von 2009 zu Grunde, stünde dem Land Bremen nur ein Sitzkontingent von 5 von 598 Sitzen zu. Innerhalb von Bremen wäre demnach ein Zweitstimmenanteil von 14% erforderlich, um sicher einen Sitz im Deutschen Bundestag zu erhalten. Damit läge die mittelbare Sperrklausel mit 8% deutlich über der unmittelbaren Sperrklausel des § 6 Absatz 6 BWahlG (Beispiel von Pukelsheim/Rossi, JZ 2011, S. 243, 244). An diesem Befund ändert sich nichts dadurch, dass die unmittelbare Sperrklausel nach § 6 Absatz 6 BWahlG (in widersprüchlicher Weise) auf die bundesweit abgegebenen gültigen Zweitstimmen abstellt. Denn diese unmittelbare Sperrklausel statuiert insofern nur eine Untergrenze, die von der mittelbaren Sperrklausel ohne rechtliche Konsequenzen überschritten werden kann.

### *c) Fehlende verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Der Unterschied in der Erfolgswertgleichheit von Stimmen, die zwar für dieselbe Partei, jedoch in verschiedenen Bundesländern abgegeben werden, liegt zum Teil in der Logik begründet, mit dem nun geltenden Wahlrecht die Stimmen erst auf die Bundesländer und dann auf die politischen Parteien zu verteilen. Diese Systematik ist aber kein zwingender Grund von solchem Gewicht, dass er die Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit rechtfertigen könnte. Denn erstens wiegt die Beeinträchtigung zu schwer, zweitens wird der vorrangigen Verteilung der Stimmen auf Länderkontingente vom Gesetzgeber selbst kein zwingendes Gewicht beigemessen und drittens sind andere Methoden denk-

bar, um die prioritäre Verteilung der Stimmen auf Länder die Erfolgswertgleichheit in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Wie schwer die Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit der Zweitstimmen wiegt, sei erneut unter Hinweis auf die enormen Unterschiede zwischen den für einen Sitz erforderlichen Stimmenzahlen in den einzelnen Bundesländern hervorgehoben werden. Dass jedenfalls in kleinen Ländern zudem die mittelbare Sperrklausel beträchtlich angehoben wird, verletzt nicht nur die Chancengleichheit der kleineren Parteien, sondern auch die Erfolgswertgleichheit deren Wähler.

Dass der Gesetzgeber der Länderkontingentierung nicht als zwingenden Grund für die Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit betrachtet, wird insbesondere daran deutlich, dass er die Länder nicht konsequent zur maßgeblichen Bezugsgröße der Sitzverteilung bestimmt, sondern – wie dargestellt – hinsichtlich der „Reststimmen“-Verteilung sowie hinsichtlich der unmittelbaren Sperrklausel auf das gesamte Wahlgebiet und somit auf die bundesweit abgegebenen Stimmen rekurriert.

Schließlich besteht überhaupt keine Notwendigkeit, die prioritäre Zuteilung der Stimmen an die Länder mit einer derartigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahlen zu verknüpfen. Wenn als maßgebliche Bezugsgröße für die Bestimmung der Länderkontingente nicht die Zahl der tatsächlichen Wähler, sondern etwa die gesamte Bevölkerungszahl oder die Zahl der Wahlberechtigten verwendet werden würde, wäre ein schonender Ausgleich mit der Erfolgswertgleichheit der Wähler möglich.

#### **IV. „Reststimmen“-Verwertung, § 6 Absatz 2a BWahlG**

Verfassungswidrig ist auch die sog. „Reststimmen“-Verwertung nach § 6 Absatz 2a BWahlG.

##### **1. Systemwidrige Verknüpfung eines Divisor- mit einem Quotenverfahren**

Unabhängig von verfassungsrechtlichen Anforderungen ist die „Reststimmen“-Verwertung zunächst einmal systemwidrig. Reststimmen fallen nur bei Quotenverfahren an, etwa bei dem sog. Hare-Niemeyer-Verfahren, das von 1987 bis 2005 für die Sitzverteilung im Deutschen Bundestag angewendet wurde. Nachdem bei diesem Verfahren die Sitze zunächst entsprechend der nach unten gerundeten Quote den einzelnen politi-

schen Parteien zugeteilt werden, werden anschließend die hierbei noch nicht verteilten Sitze, die sog. Restsitze, den politischen Parteien nach einer bestimmten Größe, bei Hare/Niemeyer nach den Nachkomma-Stellen, zugewiesen. Quotenverfahren sind insofern durch ein zweistufiges Zuteilungsverfahren gekennzeichnet, dessen zweite Stufe mit Fug und Recht als Reststimmen-Verwertung bezeichnet werden kann, weil eben auf der ersten Stufe noch nicht alle der gesetzlich vorgesehenen Sitze des Bundestages vergeben werden.

Bei Divisor-Verfahren dagegen, wie es etwa § 6 Absatz 2 BWahlG für die Verteilung der Sitze auf die Landeslisten vorsieht, ist ein „Reststimmen“-Verfahren überhaupt nicht erforderlich. Denn hier werden alle zu vergebenden Sitze in einem einzigen Verfahrensschritt auf die Landeslisten verteilt. Es bleiben weder Restmandate noch nichtverwertete Reststimmen übrig, die noch verteilt werden müssten. (Sehr deutlich zum Ganzen Behnke, „Dies ist das Wahlsystem meines Missvergnügens“, [http://www.zeppelinuniversity.de/deutsch/lehrstuehle/politikwissenschaft/CDU\\_Wahlreformentwurf.pdf](http://www.zeppelinuniversity.de/deutsch/lehrstuehle/politikwissenschaft/CDU_Wahlreformentwurf.pdf), S. 7 ff., vgl. auch Pukelsheim, Ausschussdrucksache Nr. 17(4)327A, S. 24 f.). Im Gegenteil: Wendet man das in Quotenverfahren notwendige Reststimmenverfahren auf Divisorverfahren an, entstehen zusätzliche Sitze, wie § 6 Absatz 2a Satz 3 BWahlG klar zum Ausdruck bringt.

## 2. Verfassungswidrigkeit

Die gesetzliche Anordnung, das Divisor-Verfahren nach § 6 Absatz 2 BWahlG durch ein „Reststimmen“-Verfahren nach § 6 Absatz 2a BWahlG zu ergänzen, ist aber nicht nur mathematisch systemwidrig, sondern es ist in dreifacher Hinsicht verfassungswidrig.

### *a) Fehlende Eignung zur Zielverwirklichung*

Verfassungswidrig ist das „Reststimmen“-Verfahren schon deshalb, weil es überhaupt nicht zielführend ist. Es nimmt nämlich keine dem Zweitstimmenanteil proportionale Verteilung der (erst zu schaffenden) Zusatzsitze vor, sondern verteilt diese neuen Sitze mehr oder weniger gleichmäßig und also unabhängig von dem konkreten Zweitstimmenergebnis auf diejenigen Parteien, die die Sperrklausel überwunden haben. Denn die Standardrundung ist bei dem Divisorverfahren neutral und unverzerrt, was gerade seine Gleichmäßigkeit und letztlich sogar seine Verfassungsmäßigkeit sicherstellt. Für das



nun – systemwidrig – zusätzlich anzuwendende „Reststimmen“-Verfahren bedeutet dies aber zum einen, dass bei einer Berücksichtigung von 16 Landeslisten regelmäßig etwa acht bis zehn neue Sitze im Bundestag geschaffen werden. Es bedeutet zum anderen, dass die Wahrscheinlichkeit, einen bestimmten Stimmrest zu bekommen, für jede Partei exakt gleich groß ist, unabhängig davon, wie viele Zweitstimmen sie auf sich vereinigt. Das „Reststimmen“-Verfahren wird deshalb nicht vom Zweitstimmenergebnis bestimmt, sondern schlicht von einem neutralen mathematischen Faktor: Ob eine politische Partei einen Sitz oder zwei Sitze der regelmäßig acht bis zehn geschaffenen Zusatzsitze erhält, ist allein eine Frage des Rundungsglücks.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass nach der Durchführung des „Reststimmen“-Verfahrens nach § 6 Absatz 2 BWahlG natürlich erneut „Reststimmen“ übrig bleiben. Die Kombination eines Divisorverfahrens mit einem „Reststimmen“-Verfahren führte auf die Spitze getrieben deshalb an sich zu der Notwendigkeit, es solange anzuwenden, bis keine Reststimmen mehr zu verwerten sind. Dann wäre der Bundestag allerdings auf eine unendliche Größe angewachsen, in dem jede der fünf Parteien exakt ein Fünftel der Sitze erhielte. Dies mag die Absurdität des Verfahrens untermauern, das ganz offensichtlich die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen zu Gunsten einer Art „Erfolgswertgleichheit für die Parteien“ verletzt und dabei übersieht, dass letztere weder eine verfassungsrechtlich geschützte Position ist noch überhaupt sein kann: Die politischen Parteien gehen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz ihrer Chancengleichheit nur unter denselben Bedingungen an den Start. Ob und mit welchem Ergebnis sie ins Ziel gelangen, entscheidet weder die Verfassung noch das Bundeswahlgesetz, sondern der Wähler.

#### *b) Unbestimmtheit*

Die Norm ist darüber hinaus nicht hinreichend bestimmt, denn der für die Berechnung maßgebliche Divisor wird nicht hinreichend präzise beschrieben. Welche Größe mit der Formulierung „die im Wahlgebiet für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Stimmenzahl“ gemeint ist, bleibt unklar. Selbst ausgewiesene Experten von Wahlsystemen ist nicht ohne weiteres klar, welchen Wert dieser Divisor haben soll (vgl. deutlich Pukelsheim, Ausschussdrucksache Nr. 17(4)327A, S. 25 f., ebenso Behnke, „Dies ist das Wahlsystem meines Missvergnügens“, [http://www.zeppelinuniversity.de/deutsch/lehrstuehle/politikwissenschaft/CDU\\_Wahlreformenwurf.pdf](http://www.zeppelinuniversity.de/deutsch/lehrstuehle/politikwissenschaft/CDU_Wahlreformenwurf.pdf), S. 37). Dass der Passus

durch Auslegung ermittelt werden kann und bspw. die sog. Bundes-Hare-Quote meinen könnte, vermag den Anforderungen an das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot nicht genügen. Zu entscheidend ist die exakte Bestimmung des Divisors für die Sitzzuteilung und zu groß ist die Bedeutung der Sitzverteilung, als dass mit auslegungsfähigen Rechengrößen operiert werden dürfte. Denn die Sitzverteilung ist nicht nur ein technisch-mathematischer Mechanismus, sondern der entscheidende Vorgang zur Übertragung der Staatsgewalt vom Volk auf den Deutschen Bundestag.

### *c) Verletzung der Wahlrechtsgleichheit*

Vor allem aber verletzt § 6 Absatz 2a BWahlG den Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Denn es ignoriert, dass bei einem Quoten-Verfahren neben negativen zwangsläufig auch positive Reststimmen auftreten. Während erstere diejenigen Stimmen angeben, die den politischen Parteien mit aufgerundeten Sitzzahlen „geschenkt“ werden, sind letztere solche, die ohne Wirkung für ein weiteres Mandat geblieben sind. Dabei ergibt die Summe der negativen und positiven Reststimmen innerhalb eines Landes immer Null. Das Verfahren nach § 6 Absatz 2a BWahlG knüpft nun aber alleine an die positiven Reststimmen an. Es belässt mit den negativen Reststimmen somit die Vorteile, die einzelnen Parteien durch die Aufrundung zugute gekommen sind, und „korrigiert“ nur die Nachteile. Weil aber alle Sitze im Deutschen Bundestag beim Divisor-Verfahren bereits im ersten und alleinigen Schritt vergeben werden, führt diese zweite „Korrektur“ zwangsläufig zur Erhöhung der Gesamtzahl der Sitze des Deutschen Bundestages. § 6 Absatz 2a BWahlG legt dies in Satz 3 offen und bestimmt, dass sich „die Gesamtzahl der Sitze [...] um die Unterschiedszahl erhöht.“

Dies alleine macht den Verfassungsverstoß noch nicht aus. Entscheidend ist im Rahmen dieser Verfassungsbeschwerde auch nicht, ob und welche Parteien in welcher Höhe von dieser Erhöhung der Gesamtzahl der Sitze des Deutschen Bundestages profitieren und ob insofern die Chancengleichheit der politischen Parteien durch die zusätzliche Sitzvergabe verletzt wird. Entscheidend ist allein, dass die positiven Reststimmen durch das von § 6 Absatz 2 BWahlG vorgesehene Verfahren doppelt verwertet werden. Sie werden zum einen beim regulären Sitzzuteilungsverfahren nach § 6 Absatz 2 BWahlG berücksichtigt und erneut beim anschließenden „Reststimmen“-Verfahren nach § 6 Absatz 2a

BWahlG. Damit kommt ihnen im Unterschied zu den negativen Reststimmen ein doppeltes Gewicht zu.

Diese Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit wird auch nicht dadurch geheilt, dass das „Reststimmen“-Verfahren nach § 6 Absatz 2a BWahlG die Verletzungen der Erfolgswertgleichheit durch Überhangmandate abmildern soll. Denn ein proporzverzerrendes und deshalb verfassungswidriges Zuteilungsverfahren kann nicht die Verfassungswidrigkeit eines anderen proporzverzerrenden Zuteilungsverfahrens beheben. Die beiden Aspekte des Sitzzuteilungsverfahrens – die Überhangmandatsregelung des § 6 Absatz 5 BWahlG auf der einen Seite und das „Reststimmen“-Verfahren nach § 6 Absatz 2a BWahlG auf der anderen Seite – verhalten sich nicht wie zwei negative Multiplikatoren zueinander, deren Produkt positiv ist, sondern summieren sich vielmehr in ihrem negativen Gewicht (siehe auch S. 45). Ihre Verfassungswidrigkeit hebt sich also nicht auf, sondern verdoppelt sich.

## **V. Rundungskumulation**

Eine Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl liegt weiterhin darin, dass dem Wähler wegen der vielen notwendigen Rundungen nicht erkennbar ist, wie sich seine Stimmabgabe auswirkt. Denn diese Rundungen können zu einer Sitzverteilung im Deutschen Bundestag führen, die nicht dem im Zweitstimmenergebnis zum Ausdruck kommenden Wählerwillen entspricht.

Nach dem novellierten Wahlrecht ist eine erste Rundung für die Berechnung der Landeskongente nach § 6 Absatz 1 BWahlG nötig. Sie erfolgt gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 BWahlG nach dem Verfahren, das nach Absatz 2 Satz 2 bis 7 im zweiten Schritt auch für die Verteilung der Sitze auf die Landeslisten angewandt wird, also nach dem Divisorverfahren Saint-Laguë/Schepers mit seiner Standardrundung. Dieser zweite Schritt besteht aus der Perspektive der politischen Parteien – jedenfalls solcher, die im gesamten Wahlgebiet antreten – genau genommen aus 16 Einzelschritten, weil es für sie 16 Landeslisten gibt, die auf die Landeskongente verteilt werden müssen. Die politischen Parteien können deshalb mehrfach vom Rundungsglück bzw. Rundungspech betroffen sein, was sich positiv oder negativ, in jedem Falle aber verzerrend auf die Sitzzuteilung auswirkt, wie die nachfolgende Tabelle am Beispiel der Sitzzuweisung an die SPD auf der Grundlage des Wahlergebnisses von 2005 dokumentiert:

Sitzanspruch der SPD nach Zweitstimmen (2005) in den einzelnen Ländern			
	ideal	gerundet	Abweichung
Schleswig-Holstein	8,60	9	0,40
Mecklenburg-Vorpommern	4,33	4	-0,33
Hamburg	4,75	5	0,25
Niedersachsen	26,59	26	-0,59
Bremen	2,22	3	0,78
Brandenburg	7,55	8	0,45
Sachsen-Anhalt	6,13	6	-0,13
Berlin	8,35	9	0,65
Nordrhein-Westfalen	53,06	53	-0,06
Sachsen	9,03	9	-0,03
Hessen	15,89	16	0,11
Thüringen	5,69	6	0,31
Rheinland-Pfalz	10,80	11	0,20
Bayern	23,72	24	0,28
Baden-Württemberg	23,30	23	-0,30
Saarland	2,80	3	0,20
gesamt	212,82	215	2,18

Das Beispiel illustriert, dass die SPD nach dem neuen Wahlsystem und bei dem Zweitstimmenergebnis der Wahl von 2005 insgesamt von den zahlreichen Rundungen profitiert und 2,18 Sitze mehr erhalten hätte. Solche allein durch die häufigen Rundungen entstehenden Differenzen sind, dies muss hervorgehoben werden, aber nicht nur Abweichungen von irgendeinem mathematischen Ideal, sondern von eigentlichen Wählerwillen. Sie sind deshalb umso weniger hinzunehmen, als sie vermeidbar sind. Reduzierte man die Rundungsnotwendigkeit wie bisher auf die bundesweite Berechnung von Parteikontingenten und führte man die anschließend notwendige Listenverteilung jeweils parteiintern durch, wäre dem tatsächlichen Zweitstimmenergebnis sehr viel besser Rechnung getragen. In Übrigen sind auch für die Anforderung, gleichzeitig sowohl feste Länderkontingente als auch einen bundesweiten Parteienproporz zu gewährleisten, mathematische Verfahren entwickelt worden (vgl. Balinski/Pukelsheim, Spektrum der Wissenschaft 4/2007, S. 76 ff.).

## VI. Überhangmandate, § 6 Absatz 5 BWahlG

Das novellierte Wahlrecht verletzt den Wahlrechtsgrundsatz der Gleichheit (ebenso wie die Chancengleichheit der politischen Parteien) zudem auch deshalb, weil es nach wie vor ausgleichslose Überhangmandate zulässt. Dies wiegt umso schwerer, als Überhangmandate wegen ihres quantitativen Zuwachses in der Vergangenheit und ihres für die

Zukunft prognostizierten Ausmaßes nicht mehr als bloße Ausnahmereignisse toleriert werden können. Außerdem sind Überhangmandate beim derzeitigen Zuschnitt der Wahlkreise überhaupt nicht zu rechtfertigen.

## 1. Rechtliche Argumentation

Dass Überhangmandate ohne Verrechnung und ohne Ausgleich den Anforderungen des Art. 38 Absatz 1 GG (und des Art. 21 Absatz 1 i. V. m. Art. 3 Absatz 1 GG) nicht genügen, haben die vier Richter in ihrer nicht tragenden Meinung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. April 1997 deutlich zum Ausdruck gebracht. Ihre Rechtsauffassung macht sich die Verfassungsbeschwerde vollständig zu Eigen.

Als Ergebnis dieser Auffassung ist hervorzuheben, dass Überhangmandate die Erfolgswertgleichheit (ebenso wie die Chancengleichheit der politischen Parteien) verletzen, ohne durch einen zwingenden Grund verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein. Die im Rahmen dieser Verfassungsbeschwerde maßgebliche Verletzung der Erfolgswertgleichheit beruht darauf, dass den Stimmen, die zur Entstehung von Überhangmandaten führen, ein doppeltes Gewicht zukommt. „Während der Verhältnisausgleich im Regelfall sicherstellt, dass jeder Wähler nur einmal – verhältnismäßigen – Einfluss auf die zahlenmäßige Zusammensetzung des Parlaments nehmen kann, [...] können Wählerstimmen mit der im Verhältnisausgleich nicht neutralisierten Kraft ihrer Wahlkreisstimme ihrer Partei zu einem zusätzlichen Mandat verhelfen, das außerhalb des Proporztes steht.“ (abweichende Meinung BVerfGE 95, 335, 375). Diese ungleiche Wirkung wird nicht dadurch verfassungsrechtlich relativiert, dass die Wahlrechtsgleichheit nur ex ante auf die Stimmabgabe reduziert und die Wirkung der Stimmabgabe ausgeblendet wird. Wenn die entsprechende tatsächliche Feststellung der vier die Entscheidung vom 10. April 1997 tragenden Richter auch zutreffend ist, dass Überhangmandate das „Ergebnis des Wahlverhaltens aller Wahlberechtigten in dem betreffenden Lande“ sind und „der Einzelne keinen Einfluss auf das erfahrungsgemäß zu erwartende Wahlverhalten der Wähler und auf die tatsächlichen Erfolgsaussichten der Wahlbewerber und Parteien hat“ (BVerfGE 95, 335, 362), so halten die vier die Entscheidung nicht tragenden Richterinnen und Richter diese Betrachtung doch rechtlich zutreffend für unzulässig: „Zwar mag jede Wahlkreisstimme ex ante die gleiche rechtliche Möglichkeit haben, im Zusammenwirken mit dem Wahlverhalten aller anderen Wahlberechtigten ein Überhangman-

dat mitzutragen. Das bedeutet aber nur, dass dann jedem Wähler die gleiche rechtliche Möglichkeit eröffnet ist, an einer Regelung teilzuhaben, die zu einem ungleichen Ergebnis führt: Er hat nur die gleiche rechtliche Chance, zu der Gruppe der Wähler zu gehören, deren Stimmen stärker als die anderer Wähler Einfluss auf die politische Zusammensetzung des Parlaments nehmen können. Damit ist aber gerade nicht gewährleistet, dass alle Wähler durch ihre Stimmabgabe gleichen Einfluss nehmen können. Eine solche Regelung genügt daher den Anforderungen des Art. 38 Absatz 1 GG nicht.“ (abweichende Meinung, BVerfGE 95, 335, 376). Diese Auffassung wird von der großen Mehrheit in der Literatur geteilt, die sich mit der Entscheidung auseinandergesetzt hat (die Entscheidung deutlich ablehnend etwa Backhaus, DVBl. 1997, S. 737 ff.; Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761 ff.; J. Ipsen, JZ 2002, S. 469 ff.; Mahrenholz, in: Festgabe für Karin Graßhof, 1998, S. 69 ff.; Meyer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rdnr. 45; ders., Die Zukunft des Bundestagswahlrechts, 2010, passim, insb. S. 63 f.; Morlok, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 31 ff.; Nicolaus, ZRP 1997, S. 185 ff.; M. Scholz/Hans Hofmann, ZRP 2003, S. 39 ff.; Uerpmann, JR 1996, S. 452 ff. sowie bereits NJW 1994, S. 3267 ff.; kritisch zudem Behnke/Kamm/Sommerer, ZParl 2003, S. 122 ff.; Hobe, JA 1998, S. 50 ff.; Lege, Jura 1998, S. 462 ff.; Ch. Lenz, NJW 1997, S. 1534 ff.; Rauber, ZParl 2003, S. 116 ff.; Wrege, Jura 1997, S. 113 ff.).

## 2. Quantitatives Argument

Verweigert man sich der Wertung, dass Überhangmandate unabhängig von ihrer Anzahl verfassungswidrig sind, sind sie doch jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn sie ein solches Ausmaß angenommen haben, das ihnen jeden Ausnahmecharakter nimmt. Selbst die vier Richter, die die Entscheidung vom 10. April 1997 trugen, haben den Gesetzgeber verpflichtet, darauf zu achten, dass sich die Zahl der Überhangmandate in Grenzen hält (BVerfGE 95, 335, 349 u. 365 f.). „Werden diese Grenzen überschritten, weil sich Verhältnisse einstellen, unter denen Überhangmandate von Wahl zu Wahl regelmäßig in größerer Zahl anfallen, entfernt sich das Wahlverfahren von den Grundentscheidungen des Gesetzes“, heißt es dort wörtlich.

a) Entwicklung der Überhangmandate

Mit Blick auf diesen Gesetzgebungsauftrag zeigt die folgende Tabelle in Fortführung der in BVerfGE 95, 335 (340) dargestellten Übersicht, wie viele Überhangmandate bei den Wahlen zum Deutschen Bundestag jeweils an- und auf wen sie gefallen sind. Die Wahlen, bei denen keine Überhangmandate entstanden, sind ausgeklammert:

Wahljahr	gesetzl. Mitglieder	Überhangmandate	% gesetzl. Mitglieder	begünstigte Partei	begünstigte Landesliste(n)
1949	400	2	0,5 %	SPD (1) CDU (1)	Bremen Baden-Württemberg
1953	484	3	0,62 %	CDU (2) DP (1)	Schleswig-Holstein Hamburg
1957	494	3	0,61 %	CDU (3)	Schleswig-Holstein
1961	494	5	1,01 %	CDU (5)	Schleswig-Holstein (4) Saarland (1)
1980	496	1	0,20 %	SPD (1)	Schleswig-Holstein
1983	496	2	0,40 %	SPD (2)	Bremen (1) Hamburg (1)
1987	496	1	0,20 %	CDU (1)	Baden-Württemberg
1990	656	6	0,91 %	CDU (6)	Mecklenburg-Vorpommern (2) Sachsen-Anhalt (3) Thüringen (1)
1994	656	16	2,44 %	CDU (12)  SPD (4)	Baden-Württemberg (2) Mecklenburg-Vorpommern (2) Sachsen-Anhalt (2) Sachsen (3) Thüringen (3) Bremen (1) Brandenburg (3)
1998	656	13	1,98 %	SPD (13)	Hamburg (1) Mecklenburg-Vorpommern (2) Brandenburg (3) Sachsen-Anhalt (4) Thüringen (3)
2002	656	5	0,84 %	SPD (4)  CDU (1)	Hamburg (1) Sachsen-Anhalt (2) Thüringen (1) Sachsen (1)
2005	598	16	2,68 %	SPD (9)  CDU (7)	Hamburg (1) Brandenburg (3) Sachsen-Anhalt (4) Saarland (1) Sachsen (4) Baden-Württemberg (3)
2009	598	24	4,01 %	CDU (21)  CSU (3)	Schleswig-Holstein (1) Mecklenburg-Vorpommern (2) Sachsen (4) Thüringen (1) Rheinland-Pfalz (2) Baden-Württemberg (10) Saarland (1) Bayern (3)

### *b) Bedeutung dieser Entwicklung*

Diese Tabelle verdeutlicht viererlei: Sie bestätigt erstens die schon theoretisch begründete Annahme, dass nur die „großen“ Parteien von Überhangmandaten profitieren. Sie dokumentiert zweitens, dass der Wechsel des Wahlsystems auf die Methode Saint-Laguë/Schepers im Jahre 2008 nicht in dem Maße zur Vermeidung von Überhangmandaten geführt hat, wie zuweilen angenommen wurde (vgl. bspw. Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 112 unter Verweis auf Pukelsheim, DÖV 2004, S. 412 ff.). Sie zeigt schließlich drittens, dass die Überhangmandate in der 17. Legislaturperiode ein erhebliches Ausmaß angenommen haben, das deutlich über den 2,5% liegt, die Überhangmandate bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. April 1997 ausmachten, und nun mit mehr als 4% eine Größenordnung erreicht hat, die Überhangmandate nicht als vernachlässigbare Ausnahmeerscheinung qualifiziert. Und sie offenbart viertens, dass Überhangmandate primär in kleineren und weniger in größeren Bundesländern auftreten (in Nordrhein-Westfalen bspw. sind noch nie Überhangmandate angefallen), wodurch im föderalen Vergleich eine weitere (und schon ex ante bestehende) Ungleichheit der Wählerstimmen begründet wird.

### *c) Möglichkeit weiterer Entwicklung*

Doch entscheidend bei der Interpretation dieser Übersicht ist nicht allein, welches konkrete Ausmaß Überhangmandate in der Vergangenheit angenommen haben. Vielmehr indiziert das Maß der in der Vergangenheit aufgetretenen Überhangmandate die Möglichkeit, dass dasselbe oder gar ein höheres Maßes an Überhangmandaten auch in der Zukunft erreicht werden kann. Mit Blick auf die veränderte Parteienlandschaft und das geänderte Wahlverhalten prognostizieren verschiedene Berechnungen, dass bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag bis zu 35 Überhangmandate anfallen können (Bericht in der Welt am Sonntag vom 20.11.2011). Unabhängig von der vor einer Wahl natürlich immer nur annäherungsweise zu schätzenden konkreten Zahl an Überhangmandaten ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblich an dieser Prognose, dass überhaupt Überhangmandate in einem solchen Größenumfang auftreten können. Die relativierte Bedeutung der ursprünglich großen Parteien und die Tendenz zum Stimmsplitting erklären diese Möglichkeit aber auch schon bei abstrakter Betrachtung. § 6



Absatz 5 BWahlG ist deshalb nicht nur in dem Maße verfassungswidrig, wie er tatsächlich zu Überhangmandaten im Deutschen Bundestage führt. Die Norm verletzt vielmehr das grundrechtsgleiche Recht der Wahlrechtsgleichheit schon dadurch, dass sie ermöglicht, dass Überhangmandate in nicht unerheblichem Ausmaße entstehen, zumal dieser Möglichkeit ein selbstverstärkendes Moment innewohnt, weil sie einen Anreiz zum Stimmensplitting bietet, das Überhangmandate begünstigt.

*d) Keine Übertragbarkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Sperrklausel*

Bis zu welcher Größenordnung Überhangmandate als dem Wahlsystem immanent hinzunehmen und wann sie als verfassungswidrig zu beurteilen sind, soll nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. April 1997 weitgehend in die Bestimmungsmacht des Gesetzgebers fallen. Die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers ist freilich auch und gerade in Bezug auf das Wahlrecht verfassungsrechtlich beschränkt. Dementsprechend haben selbst die vier die Entscheidung vom 10. April 1997 tragenden Richter eine grobe verfassungsrechtliche Grenze benannt und auf die Fünfprozentklausel verwiesen. Sie könne „als Anhalt bei der Bestimmung der Grenze dienen, jenseits derer eine Abweichung von den Prinzipien der hälftigen Zusammensetzung des Bundestages nach Wahlkreis- und nach Listenmandaten und der proportionalen Verteilung der Sitze nach dem Ergebnis der für die Parteien abgegebenen (Zweit-)Stimmen eine Grenze gesetzt ist.“ (BVerfGE 95, 335, 366).

Indes entbehrt diese Rechtsprechung jeder sachlichen Grundlage. Sie kann deshalb nicht als verbindliche Verfassungsinterpretation in dem Sinne angewendet werden, dass Überhangmandate bis zu 5% der Gesamtsitze verfassungskonform, darüber hinaus gehende aber verfassungswidrig sind. Die vier die Entscheidung tragenden Richter haben die Fünfprozentklausel wohl deshalb als Indikator herangezogen, weil sie – wie auch die Überhangmandate – die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen beeinträchtigt. Sie haben dabei aber ignoriert, dass entgegen dieser Parallele auf Tatbestandsebene erhebliche Unterschiede auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bestehen, die einer Übertragung letztlich entgegenstehen. Denn während die Verletzung der Wahlrechtsgleichheit durch die Fünfprozentklausel im Ergebnis durch das verfassungslegitime Ziel gerechtfertigt ist, die Funktionsfähigkeit des Parlaments zu sichern (jüngst BVerfG, Urt. v. 09.11.2011 – 2 BvC 4/10, Rn. 118), ist dies gerade kein Aspekt, der bei

der Berücksichtigung von Überhangmandaten eine Rolle spielt. Überhangmandate kommen ihrer Natur nach nur solchen politischen Parteien zu Gute, die im Parlament bereits vertreten sind. Die Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit kann deshalb jedenfalls nicht mit der Funktionsfähigkeit des Parlaments gerechtfertigt werden. Deshalb kann auch nicht per se vermutet werden, dass Überhangmandate bis zu einem Umfang von 5% der Gesamtsitze verfassungsrechtlich gerechtfertigt wären (vgl. hierzu schon Pukelsheim, KritV 83 (2000), S. 76, 92).

### 3. Abhängigkeit von konkreter Ausgestaltung des Mehrheitswahlrechts

Dass Überhangmandate den verhältnismäßig verstandenen Erfolgswert der Wählerstimmen differenzieren – also beeinträchtigen – hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt. Selbst die vier die Entscheidung vom 10. April 1997 tragenden Richter haben dies eingeräumt (BVerfGE 95, 335, 358). Sie haben sich auch die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieser Differenzierung zu Eigen gemacht, die nämlich „eine notwendige Folge des besonderen Charakters der personalisierten Verhältniswahl“ sei (BVerfGE 95, 335, 358, unter Verweis auf BVerfGE 7, 63, 74 f.; 16, 130, 140; 79, 169, 171). Allerdings steht diese Rechtfertigung unter dem Vorbehalt, dass „die Wahlkreise im Rahmen des Möglichen annähernd gleich groß“ sind (ebd.).

Genau an dieser Voraussetzung fehlt es aber bis heute. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 10. April 1997 „die der Wahlrechtsgleichheit zuwiderlaufende unterschiedliche Größe der Wahlkreise und deren ungleiche Verteilung auf die Länder“ als einen Faktor ausgemacht, der „gleichfalls das Entstehen von Überhangmandaten begünstigt“ (BVerfGE 95, 335 367), sich mit Blick auf den vom Bundestag seinerzeit bereits erkannten Korrekturbedarf und die in Aussicht gestellten Korrekturmaßnahmen aber in seiner Entscheidung insofern zurückgehalten. Doch diese Korrekturmaßnahmen haben erstens nicht zu einer essentiellen Angleichung der Wahlkreisgröße und zweitens nicht zu einer Reduzierung von Überhangmandaten geführt. Vielmehr divergiert die Größe der Wahlkreise nach ihrem Neuzuschnitt im Jahre 2002 nach wie vor in einem Maße, das weder strengen mathematischen Proporzansätzen noch politisch bzw. historisch motivierten Toleranzschwellen genügt.

Die im Anhang II dargestellte Übersicht basiert auf den Zahlen, die für die Wahl des 17. Deutschen Bundestages im Jahre 2009 auf der Internetseite des Bundeswahlleiters verfügbar sind. Ob sie (noch) zutreffen, vermögen die Beschwerdeführer nicht zu beurteilen. Nach diesen Zahlen haben die Wahlkreise eine durchschnittliche Größe (ohne Ausländer) von 250.222. Den kleinsten Wahlkreis bildet Deggendorf (Wahlkreis 227) mit 189.600 Bewohnern (ohne Ausländer). Der größte Wahlkreis ist Starnberg (Wahlkreis 224) mit einer Bevölkerung von 308.700 Bewohnern (ohne Ausländer). Diese Wahlkreise weichen – die Richtigkeit der Zahlen unterstellt – um 24,3% (Deggendorf) bzw. um 23,4% (Starnberg) von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise ab. Sie bewegen sich damit gerade so eben noch im gesetzlichen Rahmen des § 3 Absatz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 BWahlG. Zugleich weichen aber insgesamt 49 Wahlkreise von der Soll-Bestimmung des § 3 Absatz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 BWahlG ab, nach dem die Bevölkerungszahl eines Wahlkreises von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise nicht um mehr als 15% nach oben oder unten abweichen soll. Wenn also auch die absoluten gesetzlichen Grenzen der Abweichung der Wahlkreisgröße gerade noch eingehalten sind, wird die relative Grenze von rund 16% aller Wahlkreise überschritten. Damit wird eine Größenordnung erreicht, die dem Soll-Charakter des § 3 Absatz 3 Halbsatz 1 BWahlG nicht mehr hinreichend Rechnung trägt. Diese Wahlkreise sind nicht mehr „annähernd gleich groß“, um Überhangmandate als notwendige Folge des besonderen Charakters der personalisierten Verhältniswahl zu rechtfertigen.

Entscheidend ist dabei nicht die Frage, ob und in welchem Maße Überhangmandate durch ungleich große Wahlkreise verursacht werden. Entscheidend ist, dass Überhangmandate bei einer „mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ umso stärker verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden müssen, je stärker die Wahlkreisgröße divergiert und dadurch die Erfolgswertgleichheit der mit der Verhältniswahl verbundenen Komponente, der Personenwahl, beeinträchtigt. Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der durch Überhangmandate verursachten Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit wachsen also mit zunehmender Divergenz der Wahlkreisgrößen.

Im Übrigen widerspricht die bereits geltende gesetzliche Toleranz der Empfehlung der „Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht“ des Europarats, der sog. Venedig-Kommission. Sie empfiehlt, dass „die zulässige Höchstabweichung zum Einteilungs-

schlüssel nicht 10% und auf keinen Fall 15% übersteigen sollte, außer bei besonderen Umständen, etwa zum Schutz einer konzentrierten Minderheit oder bei einer Verwaltungseinheit mit geringer Bevölkerungsdichte (Kapitel 2, Paragraph 2.2.iv des Verhaltenskodexes für Wahlen, [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023-ger.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023-ger.pdf)). Vor diesem Hintergrund, der durch die Unterzeichnung des Dokuments durch die Bundesrepublik Deutschland jedenfalls auch politisch für die Ausgestaltung des deutschen Wahlrechts maßgeblich ist, sind zunächst die gesetzlichen Vorgaben des § 3 Absatz 3 BWahlG und in ihrer Folge dann der Zuschnitt der Wahlkreise zu ändern.

#### 4. Zusammenhang mit negativem Stimmgewicht

Überhangmandate sind zudem auch deshalb verfassungswidrig, weil sie eine entscheidende Ursache für das Auftreten negativer Stimmgewichte sind, die ihrerseits die Wahlrechtsgrundsätze der Unmittelbarkeit und der Gleichheit verletzen. Der verfassungsrechtliche Zusammenhang zwischen der verfassungsrechtlichen Beurteilung negativer Stimmgewichte auf der einen Seite und Überhangmandaten auf der anderen Seite liegt somit darin begründet, dass der verfassungsrechtliche Rechtfertigungsdruck für die Zulässigkeit von Überhangmandaten noch weiter gestiegen ist. Während die vier die Entscheidung von 1997 tragenden Richter meinten, nur eine Verletzung der Erfolgswertgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien rechtfertigen zu müssen und dies mit wahlssystemimmanenten Aspekten zu können, müssen Überhangmandate heute nicht nur wegen ihres quantitativen Ausmaßes (oben 2.) und nicht nur mit Blick auf stark differenzierende Wahlkreisgrößen (oben 3.) verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, sondern eben auch, weil und soweit sie eine Verletzung der genannten Wahlrechtsgrundsätze durch negative Stimmgewichte ermöglichen. Zwingende Gründe von solchem Gewicht, dass sie diese schwerwiegenden Verfassungsverstöße rechtfertigen könnten, werden aber erstens vom Gesetzgeber überhaupt nicht angeführt und sind zweitens auch unabhängig vom politischen Willen verfassungsrechtlich gar nicht denkbar. Die von Art. 38 Absatz 3 GG hervorgehobene Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ist durch die bindenden Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Absatz 1 GG insofern schon von vorneherein so limitiert, dass ausgleichslose Überhangmandate in der derzeit vorgefundenen Parteienlandschaft verfassungsrechtlich schlicht unzulässig sind.

## 5. Keine Milderung durch „Reststimmen“-Verfahren

Schließlich sei wiederholt, dass ein proporzverzerrendes und deshalb verfassungswidriges „Reststimmen“-Verfahren, das maßgeblich auf der doppelten Berücksichtigung bestimmter Stimmen basiert, nicht zur Abmilderung der proporzverzerrenden Wirkung von Überhangmandaten beitragen und diese quasi aus der Verfassungswidrigkeit in die Verfassungsgemäßheit überführen kann. Anderenfalls liefe die Verfassungsbindung des Gesetzgebers leer – er müsste nur zwei verfassungswidrige, sich in Maßen neutralisierende Regelungen erlassen, um frei von den verfassungsrechtlichen Vorgaben an das Wahlrecht agieren zu können. Das Verfassungsrecht verhält sich hier aber nicht anders als die Mathematik: Solche gesetzlichen Regelungen multiplizieren sich nicht mit der Folge, dass aus zwei verfassungswidrigen Bestimmungen eine verfassungskonforme Gesamtregelung erwächst, sondern sie addieren sich und verstärken sich deshalb in ihrer Verfassungswidrigkeit.

## 6. Verfassungswidriges Nachrücken in den Überhang

Zu allerletzt ist anzumerken, dass das novellierte Wahlrecht mit der Kombination der Zulässigkeit von Überhangmandaten auf der einen Seite und dem „Reststimmen“-Verfahren auf der anderen Seite wieder ein Nachrücken in den Überhang ermöglicht und somit gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verstößt.

„Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verlangt, dass für den Wähler die Wirkungen seiner Stimmabgabe erkennbar sind“, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach deutlich hervorgehoben hat (BVerfGE 95, 335, 350; 97, 317, 326). Deshalb ist es unzulässig, die Nachfolge von Abgeordneten solcher Parteien, die über Überhangmandate verfügen, unter Rückgriff auf die Landeslisten zu bestimmen. Denn Überhangmandate werden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein von der Mehrheit der Erststimmen, nicht aber von dem Erfolg der Zweitstimmen getragen (BVerfGE 95, 335, 356; 97, 317, 325). „Solche Überhangmandate haben nicht im Wege der Anrechnung auf das Sitzkontingent der Liste einen Listenplatz verdrängt, [so dass es] in diesen Fällen [...] auf der Liste keine Reservesitze [gibt], die durch die Rückabwicklung der Anrechnung der Direktmandate wieder aufleben könnten, um einen Listenbewerber nachrücken zu lassen. Für solche Fälle hält die Landesliste daher mitgewählte Ersatzleute nicht vor.“ (BVerfGE 97, 317, 328).

Der Gesetzgeber hat die maßgebliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 1998 bei der Änderung des § 48 BWahlG durch das Gesetz zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl. I, S. 394) berücksichtigt. Nunmehr stellt § 48 Absatz 1 Satz 2 BWahlG ausdrücklich fest, dass das Nachrückverfahren nach § 48 Absatz 1 Satz 1 BWahlG nicht gilt, „solange die Partei in dem betreffenden Land Mandate gemäß § 6 Absatz 5 BWahlG innehat.“

Ob diese gesetzliche Vorschrift aber nach der jüngsten Novellierung konsequente Anwendung finden kann, ist zu bezweifeln. Denn entgegen der Bestimmung des § 6 Absatz 2a Satz 1 BWahlG werden die nach diesem Absatz zu vergebenden Zusatzsitze nicht den Landeslisten mit den höchsten „Reststimmen“-Zahlen, sondern nach § 6 Absatz 2a Satz 2 BWahlG primär Landeslisten mit Überhangmandaten zugewiesen. Diese Sitze sind – die bereits dargelegten Verfassungsverletzungen einmal ausblendend – dementsprechend bezogen auf die betroffene Landesliste nicht allein durch Zweitstimmen, sondern lediglich durch Erststimmen legitimiert. Scheidet nun ein Abgeordneter aus welchen Gründen auch immer aus dem Deutschen Bundestage aus, ist unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Listenbewerber aus diesem Bundesland nachrücken kann. Während § 48 Absatz 1 Satz 2 BWahlG einem Nachrücken grundsätzlich entgegensteht, postulieren Sinn und Zweck des § 6 Absatz 2a Satz 2 BWahlG ein Nachrücken geradezu. Der Gesetzgeber hat es bei der jüngsten Novellierung des Bundeswahlgesetzes insofern versäumt, durch eine Anpassung bzw. Ergänzung des § 48 BWahlG klarzustellen, ob und inwieweit die durch § 6 Absatz 2a BWahlG geschaffenen Zusatzsitze dem Nachrücken offen stehen oder nicht. Durch diese Regelungslücke besteht die Gefahr, Zusatzsitze im Falle des Ausscheidens eines Abgeordneten durch Rückgriff auf die Landesliste wieder zu besetzen. In dem Maße, in dem diese Sitze dabei nur durch Erststimmen legitimiert wären, läge insofern ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl vor.

## **VII. Unverständlichkeit**

Der neu gefasste § 6 BWahlG verletzt schließlich auch die verfassungsrechtliche Anforderung, die Berechnung der Sitzzuteilung auf eine normenklare und verständliche Grundlage zu stellen. Dem Wähler ist auf der Grundlage des novellierten Wahlrechts nicht erkennbar, wie sich seine Stimmabgabe auf die Sitzverteilung im Bundestage auswirkt.

Das Bundesverfassungsgericht hat die besondere Bedeutung des allgemeinen rechtsstaatlichen Gebots der Normenklarheit für Wahlrechtsregelungen mehrfach hervorgehoben (vgl. bspw. BVerfGE 79, 161, 168). Ähnlich betonen verschiedene Verfassungsgerichte der Länder die herausgehobene Bedeutung der Normenklarheit für die Wahlrechtsregelungen. Neben dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof (vgl. Bayerischer VerfGH, Entscheidung vom 21.7.1976, BayVBl. S. 751, 753; Entscheidung vom 7.3.1991, BayVerfGHE 44, 23, 26) hat etwa das Hamburgische Verfassungsgericht eine Bestimmung des hamburgischen Wahlrechts wegen Verletzung des Gebots der Normenklarheit für verfassungswidrig erklärt (Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 27.4.2007, Az. HVerfG 04/06, Rn. 135 ff.). Auch in der Begründung des Gesetzgebungsauftrags in der Entscheidung vom 30. Juni 2008 verlangt das Bundesverfassungsgericht, die Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag „auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen.“ (BVerfGE 121, 266, 316).

Diesem Maßstab genügt vor allem die sog. „Reststimmen“-Verwertung des § 6 Absatz 2a BWahlG nicht. Sie enthält so viele erklärungsbedürftige Variablen, dass dem Wähler nicht erkennbar sein kann, wie sich sein Stimmverhalten auf die Sitzverteilung im Bundestag auswirkt. Unklar bleibt unter anderem, wie zwei Zusatzsitze nach § 6 Absatz 2a BWahlG zu verteilen sind, wenn die betroffene Partei in einem Bundesland A zwei Überhangmandate und in einem anderen Bundesland B ein weiteres hat. In einer solchen Konstellation könnten beide Zusatzsitze dem Bundesland A zukommen, weil hier die höhere Zahl an Überhangmandaten angefallen ist. Die beiden Zusatzsitze könnten aber auch aufgeteilt und der zweite dem Bundesland B zugesprochen werden, weil dort der zweitgrößte Überhang besteht. Ebenso gut wäre es denkbar, den zweiten Zusatzsitz zu verlosen, weil nach Vergabe des ersten Zusatzsitzes an das Bundesland A beide Bundesländer gleich viele noch verbleibende Überhangmandate haben. Der Gesetzgeber verhält sich nicht zu dieser Frage, obwohl sie doch spätestens im Falle des Nachrückens virulent wird.

Insgesamt ist die Norm so unverständlich, dass fast schon der Eindruck entsteht, die Gesetzesinitianten hätten sie als Sollbruchstelle in die Novellierung des Bundeswahlgesetzes in der Hoffnung aufgenommen, der kontrollierende Blick des Bundesverfassungsgericht würde über diese Bestimmung nicht hinausgehen.

Indes genügen auch der neu gefasste § 6 Absatz 1 BWahlG den Anforderungen an die Normenklarheit und Verständlichkeit nicht. Dass der Begriff „Zahl der Wähler“ nicht hinreichend bestimmt ist, ist insofern schon ausgeführt worden. Gewichtiger ist aber, dass dem Wähler angesichts der Formulierung des § 6 Absatz 1 BWahlG nicht erkennbar ist, dass seine Stimme unter Umständen politischen Parteien zu Gute kommt, die er nun gerade nicht wählen wollte.

Es mag offen bleiben, inwieweit das seiner Natur nach technische und auf mathematische Formeln angewiesene Stimmzuteilungsverfahren an die Grenzen der Verbalisierbarkeit stößt. Das einfache Instrument der Legaldefinition steht allerdings auch dem Wahlgesetzgeber zur Verfügung. Die für die Sitzverteilung maßgeblichen Größen wie etwa „Zahl der Wähler“ oder die „im jeweiligen Land für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen (Reststimmenzahl)“, daneben aber auch „die im Wahlgebiet für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Zweitstimmenzahl“ könnten insofern – gegebenenfalls zusammen mit anderen Begriffen – in einer einleitenden Norm verbindlich definiert werden, wie es Kennzeichen moderner Gesetze ist. Im Übrigen steht es dem Gesetzgeber auch frei, den Grundakt der Legitimationsvermittlung vom Volk auf den Deutschen Bundestag nicht nur sprachlich, sondern ergänzend auch graphisch zu vermitteln, und zwar bereits im Gesetz selbst. Sollte sich dies dem Gesetzgeber als unmöglich erweisen, wüsste er insofern, dass er ein in sich unstimliges, system- und deshalb auch verfassungswidriges Wahlrecht erlassen hat.

## **E.**

Aus zwei Gründen sei eine rasche Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ange-regt: Erstens ist die Wahl des Deutschen Bundestages von überragender Bedeutung für die Legitimationsvermittlung vom Volk als Träger der Staatsgewalt auf den Bundestag als Organ der Ausübung und Weitervermittlung dieser Staatsgewalt. Zweitens sollte dem parlamentarischen Gesetzgeber nach Möglichkeit ausreichend Zeit verbleiben, um rechtzeitig vor den nächsten Wahlen zum Deutschen Bundestag ein verfassungskonfor-mes Wahlrecht zu konzipieren und zu verabschieden. Was insofern schon mit Blick auf die regulären Wahlen zum Ablauf der 17. Legislaturperiode im September 2013 eine hohe Disziplin der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Akteure erfor-dert, zumal gemäß § 21 Absatz 3 Satz 4 BWahlG die parteiinternen Wahlen der Wahl-



kreiskandidaten bereits ab dem 28. Juni 2012 und die der Vertreterversammlungen schon ab dem 28. März 2012 erfolgen dürfen, ist für den Fall vorzeitiger Neuwahlen kaum zu leisten.

Die Beschwerdeführer begrüßten es deshalb, wenn das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zum einen eine ebenso angemessene wie doch auch kurze Frist für die Korrektur des Wahlrechts setzte und zum anderen vorsorglich selbst hinreichend klare Vorgaben für die Sitzzuteilung bestimmte, die mit Blick auf die Gewaltenteilung freilich unter dem Vorbehalt einer abermaligen Novellierung des Wahlrechts durch den Gesetzgeber stehen sollten.

Augsburg, den 9. Dezember 2011