

Prof. Dr. Dr. h. c. Hans Meyer

10099 Berlin
Unter den Linden 6
Telefon 030 – 2093 3347
Telefax 030 – 2093 3364
E-Mail: hans.meyer@rewi.hu-berlin.de
Berlin, den 3. Dezember 2011

An das
Bundesverfassungsgericht
Zweiter Senat
Postfach 1771
76006 Karlsruhe

Im Namen und im Auftrag

des Vorsitzenden der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag Dr. Frank-Walter Steinmeier
und der Vorsitzenden der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Renate Künast und Jürgen
Trittin
sowie aller übrigen 211 Mitglieder beider Fraktionen des Deutschen Bundestages

erhebe ich

Normenkontrollklage

mit dem Antrag,

das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011
(BGBl. 2011 I S. 2313) für nichtig zu erklären:

Die 214 Vollmachten sind dem Schriftsatz beigelegt.

I.

Einleitende Bemerkungen

Die angegriffene Novelle zum Bundestagswahlrecht beruht auf dem Korrekturauftrag des Senats aus dem Urteil zum negativen oder inversen Stimmgewicht (BVerfGE 121, 266/267, 316). Sie geht aber darüber hinaus, als sie zugleich in § 6 Abs. 1 Satz 4 das sogenannte „Berliner Zweitstimmenproblem“ löst, indem sie die Zweitstimmen der Wähler nicht anzurechnen befiehlt, die mit der Erststimme den erfolgreichen Direktkandidaten einer Partei gewählt haben, die ihrerseits bei der Wahl an der 5%-Sperrschwelle gescheitert ist.

Die Novelle ist erstmals in der Geschichte des Bundestages im Widerspruch zur gesamten Opposition im Bundestag verabschiedet worden. Sie wird allein von der derzeitigen Regierungsmehrheit im Parlament verantwortet. Diese versucht, ihren Interessen folgend, dem Problem des negativen Stimmgewichts nicht durch möglichst weitgehende Eliminierung der Überhänge Herr zu werden,¹ sondern bei der für die meisten negativen Stimmgewichte ebenfalls kausalen Verbindung der Landeslisten einer Partei nach dem bisherigen Recht anzusetzen.

Freilich bleibt sie dabei nicht stehen. Sie erfindet eine „Reststimmenzahl“ (§ 6 Abs. 2a), die es nach der Hauptverteilungsrechnung, wie sie in § 6 Abs. 2 unberührt gelassen ist, nicht geben kann. Die Koalition bestätigt dabei sogar, dass auch sie Überhänge für eine verfassungsrechtlich zweifelhafte Form von Abgeordnetensitzen hält. Diese „Rest“-Zuweisung an Sitzen soll nämlich nach § 6 Abs. 2a nicht, wie ursprünglich geplant (BT-Drucks. 17/6290, Art. 1 Nr. 1 d), nach der Reihenfolge „der höchsten positiven Abweichungen“, also nach einem immerhin einsichtigen Rangsystem verteilt werden, sondern nach dem schließlich beschlossenen (BT-Drucks. 17/7069 S. 4) § 6 Abs. 2a BWahlG vorrangig an die Länder gehen, in denen die betreffende Partei Überhänge an Direktmandaten hat. Die „Reststimmen“ verschwinden dann also, wenn es sie denn gäbe, bei den Überhangparteien ohne Wirkung im schwarzen Loch des Überhangs² – wie beim negativen Stimmgewicht.

Die Novelle wartet aber noch mit einer anderen Innovation auf. Sie weist den einzelnen Ländern ein Sitzkontingent zu, das sich nicht wie bei der Zuteilung der Wahlkreise nach der Be-

¹ Von denen BVerfGE 121, 266, 275 sagt: „Die Wahrscheinlichkeit, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts auftritt, steigt mit der Zahl der Überhangmandate.“

² Freundlicher ausgedrückt, kann man auch sagen, sie hellen das schwarze Loch etwas auf.

völkerungszahl bestimmt, sondern sich nach der Wahlbeteiligung richtet. Ob das ohne Friktionen abgeht und nicht eine neue Quelle negativer Stimmgewichte sein wird, ist zu klären. Die Novelle bedarf also zu ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung einer eingehenderen Analyse.

II.

Die Länder als nur relativ abgeschlossene Wahlgebiete

Das ehrenwerte Ziel, die Wirkung von Zweitstimmen über die Ländergrenzen hinweg auszuschließen, um eine Ursache negativer Stimmgewichte zu vermeiden, wird mit dem Mittel der Auflösung der Listenverbindungen nach § 7 BWahlG a. F. betrieben (BT-Drucks. 17/6290 S. 6 sub II). § 7 BWahlG wird ersatzlos aufgehoben (Art. 1 Nr. 2 der Novelle).

Zugleich wird aber wiederum eine Verbindung der Ergebnisse in den Ländern hergestellt,³ weil der Entwurf den einzelnen Ländern nicht ein festes Kontingent an Sitzen zuweist, sondern die Sitzzahl eines Landes von der Wahlbeteiligung im Land im Verhältnis zu der anderer Länder abhängig macht (§ 6 Abs. 1 der Novelle). Damit verfehlt der Entwurf das, was als die offizielle Zwecksetzung verbal durchaus postuliert ist (BT-Drucks. 17/6290, S. 8 sub 3), nämlich negative Stimmgewichte zu vermeiden. Im Gegenteil kreiert er einen neuen Typ negativer Stimmgewichte, und zwar in der Regel höherer Potenz. Neu ist der Typus, weil er nicht mehr an Überhänge gekoppelt ist.

Eine Stimme oder auch 10.000 für die Partei A⁴ in einem Land X kann wegen der Mandatsbedeutung der Wahlbeteiligung zum Abzug eines Mandats aus dem Land Y in das Land X führen. Wem das zusätzliche Mandat in seinem Land zukommt, kann der A-Wähler weder bestimmen noch vorhersehen. Wenn er Pech hat, bekommt die Konkurrenzpartei B seines Landes das Mandat. Wenn er zusätzlich Pech hat, wäre ohne seine Stimme das aus dem Land Y zugewanderte Mandat dort seiner eigenen Partei A zugute gekommen. Im schlimmsten Fall hätte der A-Wähler also mit einer Stimme für seine eigene Partei nicht nur dafür gesorgt, dass seine Partei im Land Y ein Mandat verliert, sondern auch noch, dass in seinem Land X wegen seiner Stimme die Konkurrenzpartei B ein Mandat mehr erhält. Entsprechendes kann bei Stimmentzug passieren, dass nämlich die „betroffene Partei“ dafür in einem anderen Land ein

³ Auf die zweite Form dieser Verbindung, nämlich durch § 6 Abs. 2a BWahlG, ist noch einzugehen (s. unten V).

⁴ Es ist dabei uninteressant, ob der Wähler auf die Erststimme verzichtet oder beide Stimmen abgibt.

Mandat mehr erhält. Beides kann man wohl mit Recht als wahlrechtlichen Unfug bezeichnen, von der Verfassungswidrigkeit ganz zu schweigen.

Welches Maß diese neu eingeführte Form von negativen Stimmgewichten annehmen kann, hat der Politologe *Stephan Klecha* in seinem instruktiven Aufsatz „Zum Zusammenhang von Wahlrechtsreformen und Parteiensystem“ im Einzelnen nachgewiesen.⁵ Es geht um Hunderttausende von Stimmen. *Klecha* nennt diese neue Erscheinung negativer Stimmgewichte zusammenfassend „zufälliger und absurder als bislang“. Seine Ergebnisse werden aus anderer Sicht bestätigt, einmal durch die auch andere Probleme der Novelle eingehend und anregend behandelnde Untersuchung des Friedrichshafener Politologen *Joachim Behnke*⁶ und zum anderen durch eine eingehende Untersuchung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages von *Daniel Lübbert*. Hier findet sich auch die ganze Variationsbreite, in welcher Form negative Stimmgewichte auftreten können.⁷

Die Begründung versucht erst gar nicht, handfeste verfassungsrechtliche Vorteile zum Versuch der Rechtfertigung dieses Verstoßes der Novelle gegen die Anlassentscheidung des Gerichts und damit gegen die Verfassung ins Feld zu führen. Das mag daran liegen, dass ein Großteil der vom Gericht eingeräumten außerordentlich langen, nämlich dreijährigen Frist ungenutzt verstrichen ist und sich die Koalition in einen Zeitzwang setzte, der intensiverem Durchdenken offensichtlich nicht förderlich war.⁸ So hat die Entscheidung, für das Maß der Sitzzahl eines Landes auf die Wahlbeteiligung abzustellen, offensichtlich nicht durchdachte, jedenfalls nicht erörterte Konsequenzen. Eine rechtfertigende Wirkung gegenüber dem Verfassungsverstoß besitzen sie freilich nicht, eher stehen sie selbst unter dem Verdacht des Verfassungsverstoßes.

Das Abstellen auf die Länder und die Wahlbeteiligung in ihnen widerspricht dem unitarischen Charakter der Bundestagswahl (s. BVerfGE 121, 266, 305) wie der darauf aufbauenden Wahlwirklichkeit. Nach der Verfassung wählen wir eine Vertretung des Bundesvolkes (Art. 38

⁵ Zeitschrift für Politik 2001 (58. Jg.) S. 324 – 345, 340 - 343. Das folgende Zitat findet sich auf S. 340.

⁶ *Joachim Behnke*, „Dies ist das Wahlsystem meines Missvergnügens“ – Eine Kritik des Entwurfs der CDU/CSU und FDP für eine Reform des Wahlgesetzes S. 30 – 37 (http://www.zeppelin.university.de/deutsch/lehrstuehle/-politikwissenschaft/CDU_Wahlreformentwurf.pc).

⁷ *Daniel Lübbert*, Zur Berechnung negativer Stimmgewichte – Methodik und Ergebnisse der Prüfung aktueller Wahlrechtsmodelle vom 28./30. September 2011 (WD 8 – 3000 – 127/2011). Zu den gegenläufigen Aussagen einer Stellungnahme des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik s. unten Seite 12, Absatz 2.

⁸ Um das Gesicht ein wenig zu wahren, wurde zu dem vom Gericht für das Gesetz selbst gesetzten Endtermin wenigstens der Entwurf der Koalition vorgelegt, der aber mit so heißer Nadel genäht war, dass die Begründung

Abs. 1 Satz 2 GG), nicht eine Vertretung von Landesvölkern, denen die Verfassung ja über die Landesvertreter im Bundesrat gesonderten Einfluss auf die Bundespolitik einräumt. Und nach der durch die gängige Wahlwerbung dokumentierten Wahlwirklichkeit entscheiden wir uns für eine jeweils durch die Parteien geprägte politische Richtung, gelegentlich für persönliche Vorlieben, nicht aber für die Vertreter konkurrierender Landesvölker. Zu rechtfertigen vermag diese Konstruktion also negative Stimmgewichte nicht; sie ist selbst vor der Verfassung rechtfertigungsbedürftig.

Außerdem ist die Bestimmung der Sitzkontingente jedes Landes nach der Wahlbeteiligung statt nach der Bevölkerungszahl inkonsequent. Der Entwurf sieht diese Festlegung von der Wahlgleichheit gefordert (BT-Drucks. 17/6290 S. 7, r. Sp. 3. Absatz). Wenn das kein Vorwand ist, ist es ein Missverständnis. Wenn die Wahl sich allein im Land abspielt und die Erfolgsregeln allein auf das Land bezogen sind, erschöpft sich der Gleichheitsanspruch im Land. „Erfolgswertunterschiede zwischen den Wählerstimmen in Ländern mit hoher und niedriger Wahlbeteiligung“ (BT-Drucks. a. a. O) sind also, wenn den Ländern selbst (variable) Sitzkontingente zugewiesen sind, unter Gleichheitsgesichtspunkten irrelevant: in Bezug auf die (nur im Land) zu erringenden Mandate werden alle Wähler eines Landes gleichbehandelt. Der Bezug auf die Wahlbeteiligung ist also seinerseits begründungspflichtig und zu einer rechtfertigenden Wirkung untauglich.

Verfassungsrechtlich noch schwerwiegender aber ist, dass es bei der Wahl nicht um die Vertretung der Wähler geht, sondern, wie es Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG überdeutlich ausdrückt, um die Vertretung des Volkes. Die Wähler bestimmen nur, wer gewählt ist. Wie selbstverständlich haben denn auch die Bundeswahlgesetze 1949 (§ 8) und 1953 (§ 6), als es noch abgeschlossene Landeswahlgebiete gab, den Ländern als solchen je nach deren Bevölkerungsgröße Mandatszahlen zugewiesen. Sie haben dabei selbstverständlich keine Rücksicht auf „Erfolgswertunterschiede zwischen den Wählerstimmen in Ländern mit hoher und niedriger Wahlbeteiligung“ genommen.

Wenn man schon den Ländern (variable) Sitzkontingente zuweist, um die Auswertung der Stimmabgabe auf das Land zu beschränken, dann ist die Festlegung des Maßes der Vertretung des Landesvolkes nach der Wahlbeteiligung demokratisch nicht zu rechtfertigen. Was sollten auch die achtzehn Jahrgänge nicht wahlberechtigter Deutscher dazu sagen? Niemand käme

nicht immer mit der Entwicklung des Textes nachgekommen ist, wie zu zeigen sein wird, und der Entwurf

auf die Idee, es sei erlaubt, unter dem geltenden Wahlrecht die Größe des Bundestages nach der Wahlbeteiligung zu bestimmen, das zu vertretende Bundesvolk (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) also wegen des mangelnden Fleißes der Wahlberechtigten schlechter vertreten sein zu lassen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bei der Gestaltung des Wahlrechts auch die faktische Situation, die politische Wirklichkeit, in den Blick zu nehmen (BVerfGE 121, 266, 298). So ist es ein Faktum, dass die Wahlbeteiligung in den ostdeutschen Ländern seit der Wahl 1990 konstant und markant niedriger liegt als in den Westländern. 2009 waren es wie z. B. 1994 oder 2002 im Schnitt um die acht Prozentpunkte. Das bedeutet den Gegenwert von nicht wenigen Parlamentssitzen. Was immer dafür ein Grund ist, möglicherweise die Altersstruktur in den ostdeutschen Ländern, jedenfalls hätte das in das Kalkül nicht nur bei den politischen Vorteilserwägungen, sondern zuallererst bei der verfassungsrechtlichen Prüfung einzugehen.

Offensichtlich hat die Koalition nicht verstanden, was sie mit dem Abstellen auf die Wahlbeteiligung in den Ländern angerichtet hat.⁹ Die Initianten des Entwurfs beruhigen sich bei der, wenn sie denn zuträfe, an sich ja hörenswerten Feststellung: „Wie bisher bleibt die Zahl der im Rahmen der Verhältniswahl auf die Wähler entfallenden Abgeordneten also von der Wahlbeteiligung in den Ländern abhängig“ (BT-Drucks. 17/6290 S. 7 dritter Absatz). „Wie bisher“ klingt entlastend, es ist aber, um es höflich auszudrücken, mehrfach irreführend.

Zum einen werden im bisherigen Wahlrecht bei der Verteilung nach der Verhältniswahl nur die Zweitstimmen berücksichtigt (§ 6 Abs. 2 Satz 1 BWahlG a. F.) Es wird also nicht auf „die Wahlbeteiligung“ abgestellt.

Zum Zweiten zählen nach dem Vorschlag entgegen der bisherigen Rechtslage sogar Wähler mit, die nur ihre Erststimme abgegeben haben oder gar Wähler, deren Stimme ungültig ist.¹⁰ Ist niemandem aufgefallen, dass die Parteien im letzten Fall mit dem Gewicht bewusst abgebener, aber ungültiger Stimmen entgegen der Intention des „protestierenden“ Wählers zu

selbst von der Koalition noch nachgebessert werden musste.

⁹ In der Begründung (BT-Drucks. 17/6290 S. 8 sub 3. erster Absatz) wird sogar noch die irreführende Behauptung aufgestellt, der Entwurf arbeite mit „einem personalisiertem Verhältniswahlrecht ohne Listenverbindungen mit festen (!) Sitzkontingenten“, was gerade nicht der Fall ist. Die freundlichste Annahme ist, dass in der Hektik der Wandlungen des Entwurfs die Begründung nicht mehr nachgekommen ist.

¹⁰ Der Bezug nur auf das Berechnungsverfahren nach Abs. 2 nimmt nicht dessen Voraussetzungen in Anspruch.

mehr Mandaten in einem Land kommen können? Und ist wirklich niemandem der Widerspruch aufgefallen, dass Stimmen nur für Direktmandate zu Listenmandaten führen können?

Zahlenmäßig bedeutender noch ist zum Dritten, dass nach bisherigem Recht die gültigen Zweitstimmen für die Parteien, die an der 5%-Sperrklausel gescheitert sind, bei der Verteilung nicht berücksichtigt werden.¹¹ Auch diese Stimmen schaffen, obwohl sie für eine bestimmte Partei abgegeben worden sind, nach der Koalitionsnovelle unmittelbar Mandate bei anderen Parteien im Land.

Insgesamt kommen wir bei den entgegen der Intention der Wähler zu Gunsten anderer Parteien umgeleiteten Stimmen in Größenordnungen, die für die Bildung einer Fraktion ausreichen würden. 1990 waren es 7,9%, 1994 3,5%, 1998 5%, 2002 6,8%, 2005 3,8% und 2009 6% Stimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel scheiterten. Bei der letzten Wahl ging es immerhin um über 2,5 Millionen Zweitstimmen. Hinzu kommt die Zahl der ungültigen Stimmen, die weit über eine halbe Million lag. Insgesamt wären es auf der Basis der Wahl 2009 über drei Millionen Stimmen, denen die Novelle Mandatsgewicht für fremde Parteien zuweist.

Der entscheidende Unterschied zur bisherigen Rechtslage liegt gerade darin, dass die Novelle die genannten Stimmen für die Verteilung der Sitze unter den Ländern anzurechnen befiehlt, ihnen also nicht nur einen Zählwert, sondern auch ein Stimmgewicht gibt. Dagegen waren die entsprechenden Stimmen nach der bisherigen Rechtslage ohne Stimmgewicht.

Sind das keine verfassungswidrigen negativen Stimmgewichte oder inversen Stimmerfolge? Diese rhetorische Frage führt zu Strategien, den Konsequenzen des Urteils in BVerfGE 121, 266 ff. auszuweichen.

III.

Ist das negative Stimmgewicht nur in einer Variante verfassungswidrig?

¹¹ Nach dem bisherigen Recht gehen die Stimmen nicht in die Rechnung ein, die 100% werden ausschließlich durch die Zweitstimmen der Parteien oberhalb der Sperre bestimmt. Das muss man aus § 6 Abs. 5 BWG schließen, der die an der Sperre gescheiterten Parteien von der Sitzverteilung ausschließt. Daraus hat die Praxis zu Recht geschlossen, dass auch deren Zweitstimmen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BWG a. F. nicht mitzählen. Andernfalls wäre die Sitzzahl des Parlaments um die Sitze zu schmälern gewesen, die den an der Sperrklausel gescheiterten Parteien rechnerisch an sich zustehen.

Es gibt zwei Varianten einer solchen Strategie. Die eine spricht der sogar zweimaligen Bezeichnung der negativen Stimmgewichte durch den Senat als „widersinnig und willkürlich“ (BVerfGE 121, 266, 299, 300) den Charakter von „Füllwörtern“ zu, denen also ein eigenständiger Sinn wohl nicht zukomme.¹² Diese Strategie scheint aufgegeben worden zu sein.

Die zweite Strategie wurde zur Anhörung über den Koalitionsentwurf am 5. September 2011 im Innenausschuss des Bundestages offen gelegt. Die von der Koalition benannten Sachverständigen *Bernd Grzeszick*, *Heinrich Lang* und *Frank Schorkopf* vertraten in ihren schriftlichen Stellungnahmen¹³ zur Anhörung des Innenausschusses in erstaunlicher Einmütigkeit die Ansicht, nur das „absolute“ negative Stimmgewicht, von dem allein BVerfGE 121, 266 ff. spreche, nicht aber das „relative negative Stimmgewicht“ verdiene den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit.

Gekoppelt mit dieser Differenzierung wird in diesen Stellungnahmen mehr oder weniger stillschweigend davon ausgegangen, dass es bei der Bewertung der Novelle ausschließlich um die Vereinbarkeit mit dem so interpretierten Urteil zum negativen Stimmgewicht gehe – das sei der „Auftrag“ – , nicht um die Vereinbarkeit mit der Verfassung selbst. Die behauptete Übereinstimmung der Novelle mit dieser Entscheidung wird dann leicht schon für die Garantie ihrer Verfassungsmäßigkeit genommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat aber ausschließlich über das bisherige Wahlsystem judiziert und konnte nicht voraussehen, welche Veränderungsvorstellungen die derzeitige Koalition hat. Das bisherige Recht und die Debatte darüber konzentrierte sich auf „absolute negative Stimmgewichte“ im zitierten Sinne.¹⁴ Das sind nach Ansicht der von der Koalition gestellten Sachverständigen nur Mandatsverluste bzw. Mandatszuwächse einer Partei aufgrund gegebener bzw. verweigerter Zweitstimmen der Anhänger derselben Partei.

Da es dabei immer um Mandatsverluste oder Mandatsgewinne einer Partei geht, verändern diese Stimmen aber zugleich notwendig „den prozentualen Anteil der gewählten Partei an der

¹² So der Sachverständige *Heinrich Lang* in der Anhörung des Innenausschusses vom 4. Mai 2009 (Ausschussprotokoll 16/92 S. 26), als es um eine Korrektur des Wahlgesetzes noch vor der Wahl 2009 ging.

¹³ Ausschussdruckssache 17 (4) 327 D S. 3 (*Grzeszick*), 17 (4) 327 G S. 3/4 (*Schorkopf*), 17 (4) 327 F S. 2 sub 3 u. 4 (*Lang*), wobei Letzterer freilich im selben Zusammenhang auch schreibt: „Jede Zweitstimme soll zugunsten der Partei, für die sich der Wähler entschieden hat, prinzipiell positive Wirkung entfalten.“ Wenn sie aber nun eine positive Wirkung nur für eine fremde Partei entfaltet, also dort zu einem Mandat führt, ist das nun ein absolutes oder ein relatives negatives Stimmgewicht?

¹⁴ Siehe *Daniel Lübbert* (s. Anm. 7), S. 11 Anm. 9.

Gesamtzahl der vergebenen Mandate“. Dieser Effekt entspricht aber wiederum nach *Grzeszick* der Definition (auch) des „relativen negativen Stimmgewichts“. ¹⁵ Eine Differenzierung hätte für das Gericht also gar keinen Sinn ergeben. Die Entscheidung kennt daher weder den Begriff des „absoluten“ noch den des „relativen“ negativen Stimmgewichts.

Zugleich wird damit die Untauglichkeit des Begriffs „relatives negatives Stimmgewicht“ zur differenzierenden Erfassung der hier relevanten Phänomene im Wahlrecht unmittelbar offenbar. Da der Mandatsverlust der favorisierten Partei durch eine Stimme für sie sowohl ein absolutes negatives Stimmgewicht, zugleich aber auch ein relatives negatives Stimmgewicht realisiert, ist die Begriffsdifferenzierung in dem hier interessanten Kontext wertlos.

Aber auch der Begriff „absolutes“ negatives Stimmgewicht klingt nur kraftvoll, kann aber die notwendigen Differenzierungen nicht erfassen. Die Sachverständigen wollen den Begriff offenbar nur für die unmittelbare Wirkung einer gegebenen oder vorenthaltenen Stimme für die Partei X auf die Mandatszahl dieser Partei reklamieren, nicht aber zum Beispiel für die Wirkung einer Zweitstimme zu Gunsten der Partei X für den Gewinn eines Mandates einer fremden Partei. Der sprachliche Sinn des Begriffs schweigt aber zu dieser Differenzierung.

Um der Suggestivwirkung von Begriffen zu entgehen, liegt es daher nahe, sich angesichts des Begriffswirrwarrs von beiden Begriffen zu trennen, und die Verfassungsbewertung nach den (möglichen) Wirkungen einer Stimmabgabe bei den einzelnen Wahlrechtsgestaltungen konkret zu beschreiben.

Beim negativen oder inversen Stimmgewicht geht es um eine widersinnige, wie sich das Gericht ausdrückt, Wirkung des Votums eines Wählers. Wenn man sich auf die Zweitstimmen, also die Stimmen für Parteilisten, beschränkt, so ist es widersinnig, wie das Gericht im Tenor formuliert, wenn durch die Gestaltung des Wahlrechts 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“ (BVerfGE 121, 266/267). Nicht widersinnig, sondern konsequent ist, wenn der Verlust an Zweitstimmen einer Partei zu einem Zuwachs bei anderen Parteien führen kann oder wenn er, wie der Gewinn an Zweitstimmen, keine Wirkung zeitigt. Jenes beruht auf dem Charakter der Wahl als Wettbewerb, Letzteres

¹⁵ Siehe oben Anm. 13, S. 4. *Schorkopf* formuliert ähnlich (Anm. 13, S.2). Der Begriff stammt offenbar von *Ulrich Wiesner* (<http://www.ulrichwiesner.de/Stimmgewicht> unter dem Titel „Zur Anatomie des negativen

beruht darauf, dass erst eine Bündelung, also ein bestimmtes Maß von Stimmen ein Mandat tragen. Der Wähler nimmt an einem Massenverfahren teil, das wegen der Zuteilung ganzer Mandate nur im praktisch ausgeschlossenen Idealfall allen Stimmen ein Gewicht, also einen Erfolgswert einräumen kann.

Die zitierte Formulierung des *Tenors* meint zwar nicht nach dem offenen Wortlaut, wohl aber im Kontext der Konstruktion die Verbindung von Stimmenzuwachs und Stimmenverlust und Mandatsverlust bzw. Mandatsgewinn derselben Partei.¹⁶ Denn die reziproke Wirkung auf die fremde Partei ist ja gerade ein Element der gewünschten Konkurrenz, welche das Wahlrecht eröffnet. Dagegen hat der Gewinn eines Mandats der fremden Partei durch eine Zweitstimme für die eigene Partei mit Konkurrenz nichts zu tun, und würde daher an sich unter die Formulierung des *Tenors* fallen. Das Gericht hatte diese Wirkung aber bei der Tenorierung offensichtlich nicht im Auge, weil sie weder von den Beschwerdeführern des Verfahrens, das zur Entscheidung geführt hat, erörtert (s. BVerfGE 121, 266, 267 sub A) noch in der Urteilsbegründung thematisiert worden ist.

Für die verfassungsrechtliche Bewertung bisher nicht in den Blick gekommener Effekte kann daher der *Tenor* nicht aussagekräftig sein. Er sagt auch nicht, warum das festgestellte Phänomen des negativen oder inversen Stimmgewichts verfassungswidrig ist, sondern konstatiert das nur. Die inneren Gründe werden dagegen in der tragenden Begründung des Urteils entfaltet. In einer entscheidenden Passage des Urteils, in der nach Klarstellung des Prüfungsmaßstabes dessen Verletzung konstatiert wird (BVerfGE 121, 266, 299 sub bb), heißt es zur Begründung des *Tenors*:

„Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigt die Stimmgleichheit bei der Wahl zum Deutschen Bundestag in eklatanter Weise. Die Erfolgswertgleichheit fordert, dass der Erfolgswert jeder Stimme, für welche Partei sie auch immer abgegeben wurde, gleich ist. Dies bedeutet auch, dass sie für die Partei, für die sie abgegeben wurde, positive Wirkung entfalten können muss.“

Wenig später, bei der Behandlung der Erfolgchancengleichheit, heißt es (BVerfGE 121, 266, 300/301):

Stimmgewichts“, Stand 16. 10. 2011). Wiesner hält freilich mit guten Gründen das relative Stimmgewicht für verfassungswidriger als das absolute (unter „Bewertung“).

¹⁶ Daniel Lübbert (s. Anm. 7, S. 10) fasst diesen Fall der Wirkung auf die gewählte Partei selbst unter „absolutes negatives Stimmgewicht erster Ordnung“.

„Die Erfolgchancengleichheit erlaubt ... nicht ..., dass einer Wahlstimme neben der Chance, zum beabsichtigten Erfolg beizutragen, auch die Gefahr, dem eigenen Wahlziel zu schaden, innewohnt. Eben diese Gefahr realisiert sich mit dem Effekt des negativen Stimmgewichts.“

Der Gedanke der Schädigung des mit der Stimmabgabe bezweckten Wahlziels wird bei der Feststellung des verfassungsrechtlichen Gewichts des negativen Stimmgewichts im Rahmen einer möglichen Abwägung erneut herausgestellt:

„Der Eingriff in die Gleichheit der Wahl durch den Effekt des negativen Stimmgewichts ist von hoher Intensität. Er führt nicht nur dazu, dass Wählerstimmen bei der Zuteilung der Mandate unterschiedlich gewichtet werden, sondern bewirkt, dass der Wählerwille in sein Gegenteil verkehrt wird, indem sich seine Stimme zu Lasten der gewählten Partei auswirkt“ (BVerfGE 121, 266, 304).

Es gibt aber auch Stellen, in denen der Blick des Gerichts ausdrücklich auch auf die Auswirkung auf eine „fremde“ Partei geht. Im Sinne der von *Daniel Lübbert* vorgeschlagenen Nomenklatur¹⁷ handelt es sich also um einen Fall absoluten negativen Stimmgewichts zweiter Ordnung. So fährt das erste der oben aufgeführten Zitate fort:

„Ein Wahlsystem, das darauf angelegt ist oder doch jedenfalls in typischen Konstellationen zulässt, dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn selbst weniger Stimmen oder auf einen konkurrierenden Vorschlag (sic!) mehr Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung der Wahlberechtigten widersinnig erscheinen“ (BVerfGE 121, 266, 299 sub bb).

Allen diesen Äußerungen ist gemeinsam, dass „negatives Stimmgewicht“ sich durch die schädigende Wirkung gegenüber dem Wähler ausdrückt, der sein Stimmrecht, sein vornehmstes demokratisches Recht, mit positiver Wirkungsabsicht ausübt. Zugleich geht von ihm eine schädigende Wirkung gegenüber der vom Wähler präferierten Partei aus. Wenn man sich auf die wichtigere Zweitstimme beschränkt, geht es um die Auswahl zwischen einem konkurrierenden parteilichen Angebot. Jede Stimmwirkung, die der beabsichtigten Wirkung der Entscheidung des Wählers zwischen dem konkurrierenden Angebot zuwiderläuft, ist ein „Eingriff in die Gleichheit der Wahl ... von hoher Intensität“, wie das Gericht formuliert. Der Wählerwille wird dabei nicht nur „in sein Gegenteil verkehrt“, sondern wirkt sich auch „zu

¹⁷ Siehe Anm. 7, dort S. 10.

Lasten der gewählten Partei aus“. Das gilt für den Fall, dass die Stimme zum Verlust eines Mandates der präferierten Partei ebenso wie für den Fall, dass die Stimme zum Gewinn eines Mandats bei einer der konkurrierenden Parteien führt. Auch dadurch wird der Wählerwille in sein Gegenteil verkehrt.

Nach den Kriterien des Gerichts für ein verfassungswidriges negatives Stimmgewicht fallen also auch die Fälle darunter, bei denen wegen der in § 6 Abs. 1 Satz 1 der Novelle angeordneten Mandatsverteilung zwischen den Ländern nach dem Maß der jeweiligen Wahlbeteiligung Stimmen für eine Partei im Land durch das darum aus einem fremden Land zuwachsende Mandat zum Mandatszuwachs bei einer anderen Partei führen.

Dabei handelt es sich auch nicht um vernachlässigungswerte Einzelfälle, wie oben mit Verweis auf *Klecha, Behnke* und *Lübbert* gezeigt worden ist. Mit Recht ist die Gegenteiliges behauptende, von der Union bestellte und vom Bundesministeriums des Innern besorgte Studie des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik unter dem Titel „Negatives Stimmgewicht bei unterschiedlichen Wahlrechtsmodellen zur Bundestagswahl“ erst zu Beginn der Anhörung am 5. September 2009 im Innenausschuss präsentiert worden, so dass die Sachverständigen sich mit ihr bei der Anhörung nicht auseinandersetzen konnten. Die offenkundige neue Möglichkeit, bei Veränderungen der Wahlbeteiligung zwischen den Ländern zu massiven negativen Stimmgewichten zu kommen, wird schlicht ausgespart.¹⁸ Offensichtlich sind dem Bundesamt Vorgaben gemacht worden, welche die für den Entwurf unangenehmen Folgen ausblenden sollten. Die Studie taucht dann auch in den folgenden Bundestagsdrucksachen zur Novelle als Beleg nicht mehr auf.

IV.

Der von der Koalition für verfassungswidrig gehaltene und zugleich ausgeschlossene wie gehätschelte „doppelte Erfolgswert“

Die Koalition beharrt in ihrer Begründung der Novelle darauf, dass der Fall der „Berliner Zweitstimmen“ zu einem „doppelten Erfolgswert“ für den Wähler führe und konstatiert völlig zu Recht, dass „ein doppelter Erfolgswert mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl nicht

¹⁸ Siehe den Nachweis bei *Friedrich Pukelsheim* in seinem Brief an den Ausschussvorsitzenden (Ausschussdrucksache 17(4)334), in dem er die Überrumpelungstaktik bemängelt und auf grobe Fehlannahmen hinweist. Typisch ist auch, dass die Herkunft der Berechnung in dem Anschreiben des Ministeriums verheimlicht wird.

zu vereinbaren ist“ (BT-Drucks. 17/6290 S. 2 sub A). Sie kann sich dabei auf frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts berufen, die den bisher erst einmal aufgetretenen Fall zu korrigieren nahelegen (BVerfGE 79, 161, 168 u. BVerfGE 122, 304, 312). Die Novelle löst den Fall, indem sie dem ursprünglichen Satz 2 (jetzt Satz 4) den dort immer schon geregelten zwei Fällen den des Scheiterns an der Sperrklausel hinzufügt.

Der Fall bedarf jedoch einer etwas eingehenderen Analyse. Bei den bisher schon so geregelten beiden Fällen des damaligen Satz 2 und jetzigen Satz 4 von § 6 Abs. 1 BWahlG geht es um Nichtberücksichtigung von Zweitstimmen aller Wähler, die ihre Erststimme einem erfolgreichen Direktkandidaten gegeben haben, dessen Erfolg von vorne herein nicht auf das Listenkontingent einer Partei angerechnet werden kann, und zwar mangels einer solchen Liste. Das gilt für parteilose Kandidaten ebenso wie für Kandidaten, für deren Partei eine Landesliste nicht zugelassen worden ist, sei es, dass die Partei keine eingereicht hatte oder sie die Anforderungen nicht erfüllte. Die Unmöglichkeit der Anrechnung des vom ihm gewählten Direktkandidaten auf eine Liste und damit der Kompensation seiner Zweitstimme ist also dem Wähler schon vor der Wahl bekannt.

Der rechtfertigende Grund für die Nichtwertung der Zweitstimmen, immerhin ein gravierender Eingriff in das Wahlrecht, ist, was leicht übersehen wird, schon die *bloße Gefahr* eines „doppelten Stimmerfolges“ oder doppelten Stimmgewichts, wie die gängige Terminologie für ein erhöhtes Stimmgewicht ist. Es fällt auf, dass die Gefahr eines solchen ungleichen Stimmgewichts für so bedeutend gehalten wird, dass ein Nachweis der Erforderlichkeit der Erststimme eines Wählers für den Gewinn des Direktmandates und damit die tatsächliche Verstärkung seines Stimmgewichts nicht verlangt wird. Siegt der Direktkandidat mit einem Vorsprung von zehn oder mehr Prozentpunkten vor dem zweiten Kandidaten, was oft der Fall ist, lässt sich leicht ausrechnen, dass die für den Erfolg „überflüssigen“, freilich nicht identifizierbaren Erststimmen vier- oder gar fünfstelligen Zahlen erreichen können. Obwohl diese Stimmen keinen Erfolg haben, wird nach dem Gesetz den entsprechenden Wählern gleichwohl ihre Zweitstimme in der Wertung aberkannt. Sie hätten auch zu Hause bleiben können. Der Eingriff ist also gravierend.

Diese beiden Fälle zeichnen sich von den nun hinzugefügten der „Berliner Zweitstimmen“ durch die Kenntnis der Wähler in diesen Wahlkreisen aus, dass der im Wahlkreis erfolgreiche Direktkandidat auf keine Liste angerechnet werden kann, ihre notwendig an die Liste einer

anderen Partei gegebene, also „gesplittete“ Zweitstimme zusätzliches Stimmgewicht erhalten kann.

Die durch die Novelle herbeigeführte Lösung des Problems der „Berliner Zweitstimmen“ verlagert den Schutz vor „doppelten Stimmgewichten“ zu Lasten der Wähler nicht unerheblich weiter nach vorne. So kann der Wähler nicht wissen oder auch nur ahnen, dass die Partei, deren Direktkandidaten er „erfolgreich“ im obigen Sinne wählt, gleichwohl an der 5%-Sperrschwelle scheitern wird, die Liste also nicht bedient werden kann.¹⁹ Der Schutz vor einem „doppelten Stimmgewicht“ wird also nicht unerheblich erhöht.

Dazu in einem schwer erträglichen Widerspruch steht der „Artenschutz“, welchen die Novelle den Überhängen oder Überhangmandaten angedeihen lässt. Sie sind nicht immer, aber in hinreichender Zahl Quelle und Auswirkung von „doppelten Stimmgewichten“. Basieren sie nämlich auf Stimmensplitting so geben sie den splittenden Wählern ein „doppeltes Stimmgewicht“. Mit der Zweitstimme wählt dieser Wähler die Partei seiner eigentlichen politischen Heimat und mit der Erststimme verhilft er dem Direktkandidaten der benachbarten Partei ins Parlament. Entsteht bei dieser Partei ein Überhang, so kann der direkt gewählte Kandidat auf die Landesliste seiner Partei nicht angerechnet werden, wie das der Normalfall wäre, da sie überbucht ist. Das ist der klassische Fall. Plastisch hat das Bundesverfassungsgericht das Ergebnis ausgedrückt: Der Wähler gewinnt „Einfluss auf die personelle *und* politische Zusammensetzung des Bundestages“, hat also „einen doppelten Stimmerfolg“ (BVerfGE 79, 161 167/168). Anhand des Wahlergebnisses der Bundestagswahl 2009 in dem prominentesten Überhangland Baden-Württemberg mit zehn Überhangmandaten lässt sich der entsprechende Erfolg gut belegen.

Nach den Informationen des Bundeswahlleiters²⁰ haben 2009 dort 47,2 % der FDP-(Zweitstimmen)Wähler, also an die 500.000 Wähler, ihre Erststimme einem CDU-Direktkandidaten gegeben. Eine durchaus rationale Entscheidung. Mindestens drei der zehn Überhangmandate sind allein durch dieses Stimmensplitting gewonnen worden, was aber bedeutet, dass in Baden-Württemberg eine hohe Zahl an splittenden Wählern sich eines „doppelten Stimmgewichts“ erfreuten, also jener Erscheinung, welche die Koalition sich bei den „Berliner

¹⁹ Da nur größere Parteien Direktmandate zu erringen pflegen, ist es nicht verwunderlich, dass dieser Fall in der 60jährigen Wahlrechtsgeschichte der Bundesrepublik ohne Wahlmanipulation durch „gesponserte“ Direktmandate, soweit erinnerlich, nur einmal aufgetreten ist, obwohl bei jeder Wahl eine Fülle von Parteien an der 5%-Sperrschwelle zu scheitern pflegen.

²⁰ Informationen des Bundeswahlleiters, Bundestagswahl 2009, Heft 4 S. 15 ff, auch für das Folgende.

Zweitstimmen“ beharrlich als verfassungswidrig zu beseitigen bemüht hat. Kann solch zweierlei Maß vor der Verfassung bestehen?

Aber auch jenseits von Baden-Württemberg lässt sich für alle Ländern mit Überhangmandaten außer in Sachsen nachweisen, dass nicht wenige von ihnen auf Stimmensplitting beruhen²¹ und damit auf „doppelten Stimmgewichten“. Auch für die CSU beruhen zwei der drei Überhangmandate auf Stimmensplitting. Es geht hier nicht um die Privilegierung einzelner Wähler, sondern insgesamt um Zehntausende von Wählern.

Die politische Strategie der Novelle, die Chance von Überhangmandaten weiterhin offen zu halten, steht daher in offenem Widerspruch zur Entscheidung, auch die weitaus spärlichere und weniger verdächtige Quelle möglicher doppelter Stimmgewichte, das Berliner Zweitstimmenproblem, zu beseitigen. Ist das doppelte Stimmgewicht verfassungswidrig, wie die Begründung der Novelle zu Recht behauptet, dann gilt das für jede Erscheinungsform dieses Phänomens.

V.

Realisationsprobleme sowie Gleichheits- und Unmittelbarkeitsverstöße und neue Formen negativer Stimmgewichte bei der „Reststimmen“verwertung

Die Novelle etabliert jenseits aller Fragwürdigkeiten im Übrigen mit der „Reststimmenverwertung“ nach § 6 Abs. 2a BWahlG, teilweise sicherlich unwillentlich, eine bis dahin unbekannte Form des Verstoßes gegen die Gleichheit der Wahl sowie eines Verstoßes gegen das Verfassungsgebot der Unmittelbarkeit der Wahl. Außerdem produziert sie eine Fülle neuer negativer Stimmgewichte. Es geht um die in Absatz 2a angeordnete erneute und daher doppelte Zählung und Auswirkung von Zweitstimmen. Das bedarf der Erklärung.

Politisch war der erst spät in den Entwurf eingefügte Absatz 2a eine Konzession an den kleineren Koalitionspartner. Dieser fürchtete, in kleineren Ländern möglicherweise ohne Vertreter dazustehen, so dass in diesen Ländern auch die gesamten Zweitstimmen ihrer Wähler wertlos werden würden.²² Der Entwurf des Absatzes 2a in der ursprünglichen Fassung (BT-

²¹ Siehe im Einzelnen den Nachweis, auch für Baden-Württemberg, in *Hans Meyer*, Die Zukunft des Bundestagswahlrechts zwischen Unverstand, obiter dicta, Interessenskalkül und Verfassungsverstoß, 2010, S. 76 f.

²² Regelmäßig wurde Bremen genannt. Mit etwa 5 Sitzen, auf die Bremen Anspruch hat, lässt sich freilich leicht absehen, dass es in jedem System schwierig sein wird, ein Mandat zu erreichen, wenn man nicht einen we-

Drucks. 17/6290) musste aber schon wegen seiner sprachlichen Fassung, die der Aufforderung in BVerfGE 121, 266, 316 nach einer „normklaren und verständlichen Fassung“ noch stärker zuwiderlief als der jetzige, Spott hervorrufen. Er löste auch das Problem der FDP nicht, weil zu erwarten war, dass die dort geregelten Zusatzmandate überwiegend den größeren Parteien zufallen würden.

Nach der Anhörung im Innenausschuss wurde die jetzige Fassung des Absatzes 2a gefunden. Er will der Gefahr einer übermäßigen Bedienung der größeren Parteien durch die vorrangige²³ und damit auch folgenlose Anrechnung der „Reststimmenmandate“ jedenfalls bei den „Überhangparteien“ begegnen. Dass bei dem ganzen Vorgehen zugleich aber weitere Mandate geschaffen werden sollen, weil sich nach Absatz 2a Satz 3 der Novelle die in § 1 Abs.1 BWahlG festgelegte Sitzzahl des Parlaments erhöhen soll, gehört ins wahlrechtliche Kuriositätenkabinett.

Die Regel in Absatz 2a bedeutet nämlich nichts anderes, als dass nach der in Absatz 2 angeordneten Verwertung *aller Stimmen* und *deren vollständiger Umsetzung in Mandate*, einschließlich von Überhangmandaten, eine neue und andere Rechnung aufgemacht wird, die bei derselben Stimmenzahl wie vorher aber bei anderen Umsetzungsregeln „Reststimmenmandate“ produziert, um zusätzliche Sitze besetzen zu können. Diese Zusatzsitze sind die Währung für den Koalitionsfrieden.

Die Koalition versucht damit ein Problem zu lösen, das sie erst selbst geschaffen hat. Statt das Problem des negativen Stimmgewichts bei der vorrangigen Ursache, den Überhangmandaten, zu lösen, entschied sie sich für die Abschottung der Länder als Landeswahlgebiete. Damit versechzehnfachte sie das Problem, das im Laufe der Wahlrechtsgeschichte der Bundesrepublik durch die zunächst fakultative und dann stärker obligatorische Listenverbindung über die Länder hinweg und damit durch die proportionale Verrechnung der Listenstimmen *auf Bundesebene* bestmöglich gelöst worden war: den wegen der Zuweisung nur von ganzen Mandaten unausweichlichen „Abfall“ an Stimmen möglichst klein zu halten.

sentlich höheren Prozentsatz der Stimmen erreicht als 5%. Die „natürliche“ Sperre ist also höher als die gesetzliche. Sie wirkt nur, weil die Novelle zu abgeschlossenen Landeswahlgebieten zurückgekehrt ist.

²³ Wobei die Rechtsfolge nach der sprachlichen Gestaltung alles andere als eindeutig ist. Das „Dabei“ des Satzes 2 hätte korrekt lauten müssen: „Abweichend von Satz 1“. Der lässt nämlich die Reihenfolge „der höchsten Reststimmzahlen“ maßgebend sein. Soll das „dabei“ also nur für einen Stimmgleichstand gelten?

Hier ist aber nicht dieser merkwürdige Rückfall in überwundene Zeiten von Interesse, sondern das Phänomen der Suche nach „unverwerteten Reststimmen“ und die vorgesehene Umsetzung in Mandate.

§ 6 Abs. 2a BWahlG basiert notwendig auf der in Absatz 2 vorgeschriebenen Verteilung der Mandate auf die Listen nach ihrem Stimmergebnis in den einzelnen Ländern. Das Kontingent der auf jedes Land entfallenden Mandate²⁴ wird nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BWahlG durch die Konkurrenz der Wahlbeteiligungszahlen aller Länder untereinander bestimmt, und zwar unabhängig davon, ob die Stimmen berücksichtigungsfähig sind oder nicht.²⁵ In jedem Land wird dieses Kontingent in einem Divisorverfahren auf der Basis der errungenen Zweitstimmen auf die konkurrierenden Listen verteilt (§ 6 Abs. 2 Satz 2 bis 7 BWahlG).²⁶

Den *idealen* Divisor ergäbe die zunächst in Absatz 2 Satz 6 angeordnete Teilung der anrechenbaren Zweitstimmen durch die auf das Land entfallenden Sitze. Gäbe es nur eine Liste, könnte es dabei bleiben. Da es aber mehrere Listen gibt, ist in der Regel der nach Absatz 2 Satz 6 ermittelte ideale Divisor nach Satz 7 entweder herauf- oder herabzusetzen, und zwar danach, ob seine Anwendung auf die Listen im Hinblick auf das feststehende Landessitzkontingent zu viele oder zu wenig Sitze ergäbe. Zur Bestimmung des *realen* Divisors bietet sich in der Regel zahlenmäßig die Auswahl aus einer bestimmten Bandbreite an Zahlen an.²⁷ Bei jeder von ihnen wird für alle Parteien dasselbe Ergebnis erzielt. Darauf ist zurückzukommen.

Bei der Teilung der Zweitstimmen jeder Liste durch den innerhalb der Bandbreite festgelegten *realen* Divisor für das Land, der die vollständige Besetzung aller zu verteilenden Sitze garantiert, ergeben sich regelmäßig für jede Liste ganze Zahlen und der Bruchteil einer ganzen Zahl. Jede ganze Zahl wird in der Rechnung für einen Sitz gezählt. Zahlenbruchteile werden nach Satz 3 entweder aufgerundet, falls sie über 0,5 liegen oder abgerundet, falls sie unter 0,5 liegen.²⁸ Der aufgerundeten Zahl entspricht wiederum ein Sitz. Satz 4 befasst sich mit dem unwahrscheinlichen Fall, dass ein Zahlenbruchteil genau 0,5 ist.

²⁴ Wenn man den in § 6 Abs. 1 Satz 4 BWahlG geregelten Sonderfall, der praktisch nicht vorkommt, außer acht lässt.

²⁵ Und zwar wegen der Sperrklausel, wegen Ungültigkeit oder wegen § 6 Abs. 1 Satz 4 BWahlG.

²⁶ Dass die Rechnung, die zum Divisor führt, erst in den Sätzen 5 bis 7 des Absatzes 2 erklärt wird, ist eine darstellerische Meisterleistung des Gesetzgebers.

²⁷ Das lässt ich bei *Friedrich Pukelsheim* studieren: Bundeswahlgesetz – nächste Etappe, DVBl. 2008, 889, 890 sub 2.

²⁸ Gegenüber anderen Divisorverfahren wie dem d'Hondtschen Verfahren ist das gewählte Divisorverfahren mit Rundung neutral und auch frei von mathematischen Paradoxien, die zur Ablösung des Hare-Niemeyer-Systems geführt haben.

In dem vorgeschriebenen Verteilungssystem ist der Begriff der „Reststimmen“ ohne Sinn. Alle Stimmen sind in das Verteilungssystem eingespeist und werden auf dieselbe Weise verwertet. Letzte Mandate zur Auffüllung des Landeskontingents werden bei der Rechenoperation auf die einzelnen Listen nach Abrundung oder Aufrundung (§ 6 Abs. 2 Satz 4 BWahlG) zugeteilt. Das ergibt für die Parteien untereinander unausweichlich Verzerrungen, die dadurch hervorgerufen werden, dass nur ganze Mandate verteilt werden können. Unvermeidbar und nicht vorher bestimmbar führen sie aus Sicht der Parteien zu „kleinen“ Verlierern und „kleinen“ Gewinnern. Das Verteilungssystem als solches bevorzugt aber keine Partei, auch nicht wegen ihrer Größe.

Da bei diesem System alle Stimmen berücksichtigt und gleich gewertet werden,²⁹ stehen hinter den einzelnen Listenmandaten einer Partei aus einem Land, anders als man bei flüchtigem Nachdenken meinen könnte, keineswegs unterschiedliche Stimmkontingente und damit eine unterschiedliche Legitimation. Auch das im beschriebenen bloßen Rechenverfahren zuletzt und aufgrund eines Zahlenbruchteils über 0,5 zugeteilte Mandat hat keine schwächere Legitimation als die durch das Rechenverfahren nach ganzen Zahlen zugeteilten Mandate. Alle Mandate einer Partei sind vielmehr durch eine gleiche Stimmenzahl und also gleich legitimiert. Jede Stimme hat also gleichen Anteil an der Legitimationsverschaffung für die Abgeordneten der Partei.

Für jede Partei lässt sich anhand der Teilung ihres Stimmenkontingents durch ihre Mandatszahl leicht ausrechnen, wie viele Stimmen pro Mandat sie nach dieser Rechnung im Verhältnis etwa zu Konkurrenzparteien hat aufbringen müssen, ob sie also im obigen Sinne und in welchem Maße zu den kleinen Verlierern oder Gewinnern gehört. Bei der Wahl 2009 schwankte die hinter jedem Mandat stehende Stimmenzahl (natürlich ohne Überhangmandate) zwischen 68.428 für die SPD und 68.371 für die CDU auf der einen Seite und 67.386 für die CSU als der Gewinnerin bei dieser Rechnung.³⁰

²⁹ In dem Urteil zur Sperrklausel des Europawahlgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht an seine Rechtsprechung erinnert, wonach die „vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Bürger“ „eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung“ sei (Urteil vom 9. November 2011 – 2 BvC 4, 6, 8/10, B I 3a Rn.78).

³⁰ Bei einem Mandat weniger hätte sie 69.030 Stimmen pro Mandat aufbringen müssen. BVerfGE 79, 169, 172 argumentiert mit diesen Stimm-/Mandatsrelationen. Damals schwankten die Zahlen zwischen 74.435 und 75.833 Stimmen pro Mandat; auch damals lag die CSU am Günstigsten.

Bei kleineren Parteien wie der FDP kann dieses vom Gesetz in § 6 Abs. 2 vorgesehene Verfahren je nach ihrer „Tagesform“ dazu führen, dass sie in einem kleineren Land keinen Anspruch auf einen (Listen)-Sitz hat. In dem Punkte wird sie aber nicht anders behandelt als die anderen und auch die größeren Parteien. Wenn die Mindestzahl an Stimmen für einen Sitz, wie er oben zum Beispiel für die CSU bei der Wahl 2009 angegeben ist, nicht erreicht wird, erhält die FDP ebenso wenig einen Sitz wie ihn die CSU bei entsprechender Stimmenzahl erhalte. Das ist die unausweichliche Folge davon, dass nur ganze Mandate verteilt werden können. Die betroffenen Stimmen gehen notwendig leer aus, ohne dass verfassungsrechtliche Anstände zu erheben wären.

Die mit § 6 Abs. 2a BWahlG durchgesetzte Lösung bedeutet nun nichts anderes, als dass man auf dieses Verteilungssystem, das alle Sitze unter Einbeziehung aller zu berücksichtigenden Zweitstimmen schon verteilt hat, ein neues Verteilungssystem³¹ aufpfropft, und zwar nur zu dem einzigen Zweck, weitere Mandate für kleinere – in der Regel überhangfreie – Parteien zu gewinnen.³² Man setzt also bei *einer* Wahl Stimmen, freilich nur selektiv, *zweimal* und *mit unterschiedlichen Methoden* in Mandate um – das dürfte, zurückhaltend ausgedrückt, ein Novum in der Wahlrechtsgeschichte sein.

Da in dem Rechenverfahren nach Absatz 2 alle Stimmen mit gleichem Wert eingehen und gleichmäßig ein Mandat tragen, bedeutet die erneute Zusammenfassung von Teilmengen dieser Stimmen zum Erwerb eines weiteren „Reststimmenmandats“ eine gleichheitswidrige Verdoppelung des Stimmgewichts.

Der Versuch kann nicht ohne Widersprüche und ohne weitere Verfassungsverstöße abgehen. Die Novelle will mit ihrer ganzen und höchst komplizierten Formulierung offenbar den Anschein erwecken, dass das Grundsystem des Absatzes 2 unverwertete Stimmen zurücklässt. In Wirklichkeit lobt sie neue Zusatzmandate aus (Absatz 2a Satz 3), die außerhalb der vorhergehenden Verteilung stehen, und sucht sie nach einem eigenen System im gewünschten Sinn zu verteilen.

Wenn es wirklich um über die Länder hinweg zusammengezogene „Reststimmen“ ginge, wie Absatz 2a Satz 1 sie nennt, müssten sie um der Gleichheit der Wahl willen innerhalb der 598 regulären Sitze untergebracht werden, da sie ja Produkt des auf diese Zahl bezogenen Wahl-

³¹ Das aber im Kern ein altes ist.

verfahrens sind. Widersprüchlich genug, sollen aber die „Reststimmen“ gleichwohl Zusatzsitze schaffen, in Wirklichkeit also Überhangmandate neuer Art.

Während nach Absatz 2 alle 598 Mandate nach dem proportionalen Zweitstimmenerfolg der zuteilungsberechtigten Parteien, auf die durch die Wahlbeteiligung bestimmte Landesmandatszahl heruntergebrochen, *länderweise*³³ berechnet und verteilt werden, werden über Absatz 2a Satz 3 Zusatzmandate ausgelobt, die nach einem anderen, nämlich *bundesweiten* Verteilungssystem errechnet werden sollen. Absatz 2a Satz 1 spricht nämlich am Ende von der „im Wahlgebiet (und das soll nach dem Willen der Koalition weiterhin das Bundesgebiet sein: § 2 Abs. 1 BWahlG) für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Zweitstimmenzahl“.

Die Novelle ist aber nicht nur der Idee nach widersprüchlich, sie ist es auch in ihrer Umsetzung. Sie arbeitet in dem eingeschobenen Absatz mit einem Quotensystem. Die Quote wird nach dem letzten Satzteil von § 6 Abs. 2a S. 1 BWahlG³⁴ durch zwei Faktoren gebildet. Der eine ist „die im Wahlgebiet [das nach der Novelle weiterhin das Bundesgebiet sein soll (§ 2 Abs. 1 BWahlG)]³⁵ für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Zweitstimmenzahl“. Eine solche „Bundeszahl“ für die Quote ist dem in Absatz 2 festgelegten Verteilungssystem fremd, weil die Mandate, gerade um ein negatives Stimmgewicht zu vermeiden, nur und vollständig nach Landesergebnissen zugewiesen werden (§ 6 Abs. 1 BWahlG). Eine nach Bundesergebnissen „erforderliche“ Zweitstimmenzahl wird wegen der Aufteilung des Bundesgebietes in Landeswahlgebiete (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BWahlG) durch das Gesetz gerade ausgeschlossen.

Selbst wenn man ohne Rücksicht auf die gesetzlich angeordnete³⁶ Berechnung aller Mandate auf Landesebene (§ 6 Abs. 1 Satz 1 der Novelle), ja entgegen dieser gesetzlichen Festlegung, die Gesamt-Zweitstimmenzahl einer Partei auf Bundesebene durch die ihr in allen Ländern nach einem anderen System zugeteilten Mandate teilen würde, was den Autoren dieses Textes offensichtlich³⁷ vorgeschwebt hat, stünde man vor dem erstaunlichen Phänomen, dass in den

³² Bei den Parteien mit Überhang werden sie durch den Überhang „aufgefressen“.

³³ Dazu war es nötig, in § 6 Abs. 2 Satz 2 BWahlG a. F. die Worte „im Wahlgebiet“ zu streichen (BT-Drucks. 17/6290 S. 4, Art. 1 1b cc), wobei mehr als unschön, das jetzt überflüssige „erhaltenen“ zu streichen vergessen wurde.

³⁴ Dem Satz 1 insgesamt würde bei einem Wettbewerb für schwer verständliche Gesetzestexte sicherlich ein Ehrenplatz gebühren. Offensichtlich soll verschleiert werden, dass hier eine partielle Neu- und Zusatzbewertung des Wahlergebnisses angeordnet werden soll.

³⁵ Einfügung vom Verfasser.

³⁶ Nur bei ihr kann man von „erforderlich“ sprechen.

³⁷ Siehe BT-Drucks. 17/7069 S. 6 r. Sp. dritter Absatz im Klammersatz.

einzelnen Ländern der Stimmwert eines Mandats wegen des Abstellens auf die Wahlbeteiligung höchst unterschiedlich sein wird. Falls die Piraten bei der nächsten Wahl bundesweit 4,9% erreichen, werden in den Stadtstaaten, in denen sie ihre „Hochburgen“ haben, die Listenmandate durch die erfolgreichen Parteien mit einem geringeren Stimmaufwand gewonnen, weil pro mandatswirksamer Stimme mehr Mandate zu verteilen sind als in Flächenstaaten. Wie kann man auf dieser Basis seriös „Reststimmen“ auf Bundesebene ausrechnen? Das hat mit Wahlgleichheit nichts zu tun.

Wenn man über dieses Manko hinwegsehen könnte, gelangte man aber nur zum nächsten Paradox. Denn durch die so ermittelte Rechengröße soll eine weitere, ebenso rätselhafte Größe geteilt werden. Sie ist definiert als „die Summe der positiven Abweichungen der auf die Landeslisten entfallenden Zweitstimmen von dem im jeweiligen Land für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen (Reststimmenzahl)“. Zunächst muss man klarstellen, dass offenbar mit „der auf die Landeslisten entfallenen Zweitstimmen“ die Zweitstimmen einer bestimmten Partei gemeint sind.³⁸ Es gibt aber, wie oben gezeigt, nach dem Verteilungssystem, das § 6 Abs. 2 der Novelle festlegt, keine „Reststimmen“.

Gravierender noch ist der zweite Bestandteil dieser Rechenoperation: die „im jeweiligen Land für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen.“ Anders als das vorgesehene Rechenverfahren voraussetzt, ist diese Zahl von Hause aus nicht exakt bestimmt. Im Divisorverfahren, das für die Landeszuteilung gilt, gibt es keine automatisch fixierte Zahl, sondern, wie oben gezeigt, eine Bandbreite von Zahlen (Wählerstimmen), die in diesem Verfahren alle zum selben Ergebnis führen.

Für die in dem Verfahren nach Absatz 2a vorausgesetzte Rechenoperation ist aber eine *eindeutige* zahlenmäßige Festlegung Voraussetzung. Nimmt man nämlich innerhalb der Bandbreite die höchste Zahl, dann fallen nach der Vorstellung der Novelle weniger „Reststimmen“ an, nimmt man die niedrigste, dann entsprechend mehr. Die Festlegung des realen Divisors entscheidet also bei Absatz 2a, und zwar anders als bei Absatz 2, über die Chancen der konkurrierenden Kandidaten und Parteien. Für die Festlegung ist nach § 78 Abs. 1 Satz 3 der mit der Novelle nicht geänderten Bundeswahlordnung der Bundeswahlleiter zuständig. Es ist aber ein krasser Verstoß gegen die verfassungsrechtlich verbürgte Unmittelbarkeit der Wahl (Art.

³⁸ Der Plural ergibt sich daraus, dass hier alle Landeslisten einer jeden Partei im Bundesgebiet zusammen betrachtet werden sollen – getrennte Landeswahlgebiete (§ 6 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 BWahlG) her oder hin. In der

38 Abs. 1 Satz 1 GG) wenn zwischen der Stimmabgabe des Wählers und ihrer Auswirkung auf das Wahlergebnis eine Person mit freier Entscheidungsbefugnis über die Stimmwirkung eingeschaltet wird.

Damit aber nicht genug. Auch unabhängig von allen bisherigen, auf den Gleichheitsanspruch der Verfassung bezogenen Einwänden verstößt dieser Teil des vorgesehenen Verfahrens evident gegen die Gleichheit der Wahl. Die Addition nur der „positiven Abweichungen“ berücksichtigt nicht, dass die mit der „Reststimmeverwertung“ bevorzugte Partei nach der durch Abs. 2a angeordneten neuen Rechenart in anderen Ländern „negative Abweichungen“ haben kann, weil sie dort ihr letztes oder ihr einziges Mandat mit zum Beispiel nur einem Zahlenbruchteil von 0,51 an Stimmen erhalten hat, während andere Parteien eine ganze Zahl an Stimmen aufzubringen hatten.

Zieht man die Stimmen, die am Ende der Rechnung den Zahlenbruchteilen 0,1 bis 0,5 entsprechen und daher nach irriger Ansicht der Autoren der Novelle mit Mandaten nicht bedient werden, aus jedem Land und für jede Partei zusammen, um „Restmandate“ zu gewinnen, wie die Novelle befiehlt, müsste man, da es um eine bundesweite Verrechnung geht, konsequenter Weise bei jeder Partei das Maß an Stimmen abziehen, das bei den jeweiligen Mandatsgewinnen in anderen Ländern auf der Basis von Zahlenbruchteilen über 0,5 fehlte. Theoretisch müssten sich die mit Mandaten nicht bedienten Stimmen und die an zugeteilten Mandaten fehlenden Stimmen entsprechen. Eine solche der Gleichheit der Stimmen verpflichtete Rechnung müsste im Übrigen konsequenter Weise unter Umständen auch zum Abzug von Mandaten führen, wovon selbstverständlich nicht die Rede ist.³⁹

Eingangs der Normenkontrollklage ist schon darauf verwiesen worden, dass die Novelle die verfassungsrechtliche Zweifelhaftigkeit von Überhangmandaten anerkennt, weil sie in Absatz 2a Satz 2 mit den neu erfundenen Mandaten vorrangig die einschlägigen Listen der Überhangländer zu bedienen befiehlt, also die erfundenen Mandate zugleich neutralisiert, wenn man es höflich ausdrücken will. Die Reststimm werden aber nach Absatz 2a Satz 1 nur als „Landesreststimm“ definiert.⁴⁰ Wie kann ein System, das mit abgeschlossenen Landeswahlge-

Beschlussempfehlung des Innenausschusses ist denn auch in diesem Zusammenhang von „dieser Partei“ die Rede (BT-Drucks. 17, 7069, S. 6 r. Sp. dritter Absatz, Mitte).

³⁹ Joachim Behnke (s. Anm. 6 S. 37 – 42) hat zudem auf „Die Absurdität der Reststimmeverwertung“ hingewiesen, die, wenn sie konsequent durchgehalten würde, zu einem quasi infinitiven Neurechnen zwingen würde, weil am Ende jeden Rechnens neue „positive Abweichungen“ auftauchten. Der Entwurf postuliert ja, „Erfolgswertunterschiede unter den Landeslisten der Parteien“ auszugleichen (BT-Drucks. 17/7069 S.6 sub II 1).

⁴⁰ Die aber von Land zu Land eine unterschiedliche Stimmenwertigkeit haben.

bieten arbeitet, dort anfallende „Reststimmen“, die nach Ansicht der Novelle ein Mandat (mit)tragen würden, für ein anderes Land zur Verfügung stellen und dort möglicherweise zugleich unwirksam machen?

Auch abgesehen von seinem doppelten Verfassungsverstoß gegen die Unmittelbarkeit und die Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) ist § 6 Absatz 2a der Novelle durch und durch missglückt.

Sogar an der Eliminierung des negativen Stimmgewichts scheitert die Novelle. Selbst wenn man, wie es offenbar der Auftrag des Bundesamtes war,⁴¹ die Wahlbeteiligung in den Ländern als konstant betrachtet, folgen negative Stimmgewichte aus der „Reststimmenverwertung“. Stimmgewinne der Partei A im Lande X, die dort an der Verteilung nichts ändern, können den „Stimmen-Preis“ für ein Mandat im Bund nach Satz 1 so verteuern, dass in anderen Ländern eingesammelte Reststimmen für die Partei keine ganze Zahl mehr ergeben, also ein Restmandat auch derselben Partei nicht mehr tragen: Mandatsverlust durch Stimmerfolg. Über die Häufigkeit kann man vielleicht streiten.

Nicht streiten kann man aber über die Häufigkeit des Auftretens negativer Stimmgewichte, die sich aus Veränderungen der Wahlbeteiligung zwischen den Ländern ergeben. Auf solche Veränderungen einzugehen, waren dem Bundesamt offensichtlich nicht erlaubt worden.⁴² Ihre Auswirkungen sind gravierend. Nur ein Beispiel:

Wären 2005 im berühmten Dresdner Fall 5.000 CDU-Wähler der Urne fern geblieben, hätte das den Sieg des Direktkandidaten nicht verhindert. Die gesunkene Wahlbeteiligung zieht aber bei Anwendung von Absatz 2a aus dem Land Sachsen ein Mandat ab, das nach Berlin und dort zur CDU wandert. Der Verlust von 5.000 Stimmen in Sachsen bringt der CDU im Bund (Berlin) also ein Mandat mehr ein. Der klassische Fall des negativen Stimmgewichts.

Kabarettreif ist dagegen die weitere Entwicklung. Weil das Land Berlin wegen des zugewanderten CDU-Mandats insgesamt besser wegkommt, haben die anderen Parteien, die keine Zu-

⁴¹ Siehe oben in und zu Anm. 18.

⁴² Was angesichts der keineswegs immer im Gleichklang vorgekommen Schwankungen seit der ersten Bundestagswahl z. B. in Bremen von 91% bis 70,3%, in Baden-Württemberg von 90,2% bis 70,6%, in Mecklenburg-Vorpommern von 79,4% bis 63% oder in Sachsen von 81,6% bis 65% verwegen ist. Bei der Wahl 2009 lag die Differenz der überall gesunkenen Wahlbeteiligung zwischen 10,7 Prozentpunkten in Sachsen und 4,9 Prozentpunkten in Hessen, Bundeswahlleiter, Ergebnisse der Repräsentativen Wahlstatistik, S. 6).

gewinne haben, rechnerisch jetzt mehr Reststimmen aufzuweisen. Dadurch verschiebt sich bei den Grünen ein Reststimmenmandat von Bayern nach Berlin, bei den Linken eins von Sachsen nach Hessen und die FDP erhält ein Reststimmenmandat, das nach Brandenburg geht. Alles wegen 5.000 zu Hause gebliebener CDU-Wähler in Sachsen. Wie sagte das Gericht bei der Einräumung der dreijährigen Korrekturfrist:

„Dem Gesetzgeber wäre dadurch auch die Möglichkeit gegeben, das für den Wähler kaum noch nachvollziehbare Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung auf eine neue normenklare und verständliche Grundlage zu stellen.“⁴³

VI.

Die Überhangmandate als solche

Politisch gesehen ist die Wahlrechtsnovelle ein „Überhangsicherungsgesetz“. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit pflegt man mit der Behauptung zu begründen, das Bundesverfassungsgericht habe die Überhangmandate verfassungsrechtlich für unbedenklich erklärt. Wäre es so, dann müsste man den Don Quichotte spielen, wenn man sie angreifen wollte.

Die Rechtsprechung sieht nun freilich etwas anders aus. Das Gericht hat seit der ersten Entscheidung bis zur letzten einschlägigen Entscheidung zur Sache immer Vorbehalte geäußert und selbst die Koalition hält sie offensichtlich nicht für koscher, wenn sie die extra erfundenen „Reststimmenmandate“ vorrangig in Überhangländern wirkungslos zu machen befiehlt.

Die Überhangmandate haben sich seit der letzten Wahl 2009, und das nicht zufällig, zu einem relevanten Faktor im Wahlsystem entwickelt. Für die 2009 erzielten 24 Überhangmandate hätte man über 1,6 Millionen Zweitstimmen aufbringen müssen, eine Zahl an Wählern, die auch den beiden großen Parteien und der großen Landespartei CSU, also den potentiellen Überhangparteien, zusätzlich aufzubringen nicht leicht fallen würde. Mit der geschrumpften Zahl der vorhandenen Anhänger diese Hebelwirkung zu erreichen, hat natürlich seinen Charme.

Haben wir dann also noch ein „Verhältniswahlsystem“, wie es § 1 Abs. Satz 2 BWahlG verspricht, oder haben wir entgegen dieser Festlegung die Wirkung eines unerklärten Teilgraben-

⁴³ Im Original negativ ausgedrückt: ohne Frist wäre sie ihm genommen (BVerfGE 121, 266, 316).

wahlssystem, obwohl die zitierte einleitende Bestimmung des Bundeswahlgesetzes gerade nicht davon spricht, dass die Verhältniswahl mit der Mehrheitswahl verbunden ist, sondern nur „mit einer Personenwahl“? Als der Gesetzgeber das formulierte, war man sich im politischen Bereich durchaus bewusst, welche unterschiedlichen Ideen und vor allem Historien hinter der Verhältniswahl und der Mehrheitswahl stehen.

Lässt man die Rechtsprechung zum Thema Überhangmandate kurz Revue passieren, so ist die erste relevante Entscheidung aus fünffachem Grunde von Interesse, sie ist die weitaus kürzeste, sie erörtert alle relevanten Fragen, zieht allgemeine quantitative Grenzen für Überhänge, weist schon auf Manipulationsgefahren hin und hat der späteren Rechtsprechung eine ebenso gut formulierte wie höchst missverstandene Formel hinterlassen.

„Die mit der Zulassung von Überhangmandaten notwendig verbundene Differenzierung von Stimmgewichten⁴⁴ findet in diesem besonderen Anliegen der personalisierten Verhältniswahl ihren letztlich rechtfertigenden Grund“ (BVerfGE 7, 63, 74/75), bezieht sich ausschließlich auf bis zum Jahr 2009 nicht vorgekommene „externe“, also echte „Überhangmandate“⁴⁵ und bedeutet im Klartext: ein so gewonnenes Direktmandat muss um der Wahlgleichheit willen grundsätzlich nicht geopfert werden.⁴⁶ Unmittelbar schließt aber der Senat an: „Sie (sc. die Zulassung von Überhangmandaten) ist im übrigen nur in engen Grenzen zulässig“ (75). Was er damit meint, zeigt der Verweis auf die unbedenklichen drei (!) Überhangmandate, die 1953 angefallen war. Schließlich wird schon früh auf die unter Verdacht der Verfassungswidrigkeit stehenden „Manipulationsmöglichkeiten“ verwiesen, die „das Institut der Überhangmandate“ eröffne (75).

In BVerfGE 16, 130, 140 werden Überhangmandate „nur“ als „notwendige Folge des spezifischen Ziels der personalisierten Verhältniswahl“ akzeptiert und die drei allein auf der opulenten Zuweisung von Wahlkreisen an Schleswig-Holstein⁴⁷ beruhenden für verfassungswidrig erklärt.

⁴⁴ Was eine freundlicher klingende Formel für „ungleiche Wirkung“ ist.

⁴⁵ Es gab grundsätzlich abgeschlossene Landeswahlgebiete, in denen es nur externe Überhänge geben konnte. Das ist eingehender erläutert in *Hans Meyer*, Die Zukunft des Bundestagswahlrechts (s. Anm. 21), S. 37/38.

⁴⁶ Diese Formel ist vom BVerfG lange Zeit und gerne auch für interne, also unechte Überhänge benutzt worden, für die sie nicht passt, da es andere Kompensationsmöglichkeiten gibt. In den jüngsten Entscheidungen taucht sie aber zu Recht nicht wieder auf, auch nicht in BVerfGE 121, 266 ff.

⁴⁷ Genauer: die trotz der Bevölkerungsabwanderung beibehaltene Wahlkreiszahl.

BVerfGE 79, 161, 166, 168 erkennt, dass durch das „Splitten“ von Erst- und Zweitstimme ein verfassungswidriges doppeltes Stimmgewicht entstehen kann, wenn „die Erststimmen der Wähler schon zur Zuteilung eines Bundestagssitzes geführt haben, der nicht im Wege des Verhältnisausgleichs angerechnet werden kann.“ Die Regelung des § 6 Abs. 1 Satz 2 BWahlG a. F. verhindere das gerade zu Recht.

BVerfGE 79, 169, 172 beruft sich zur Verteidigung eines einzigen Überhangmandats nicht auf die erlaubte „geringe Zahl“, sondern rechtfertigt dies, weil es sich nur innerhalb der unvermeidlichen Unschärfe der Relation von Stimmen und Mandate halte. Es zitiert sogar die gegen BVerfGE 7, 63, 74 f. gerichtete Kritik.

Von dieser zunehmend restriktiveren Haltung des Bundesverfassungsgerichts zu Überhangmandaten entfernt sich nur die auch nur von vier Richtern getragene BVerfGE 95, 335 ff.⁴⁸ Aber auch sie toleriert Überhangmandate nicht unbegrenzt. Wenn man sich ihr allerdings legasthenisch nähert, wird man nur die vorsichtig angedeutete und an die Sperrklausel angelehnte Grenze von 5% (der Mandate) finden (366). Tatsächlich sprechen die vier Richter ausdrücklich von zwei Grenzen. Die 5% sollen eine absolute Grenze für jede einzelne Wahl markieren. Sie war bei den damals als exorbitant hoch eingeschätzten 16 Überhangmandaten noch nicht erreicht. Die vier Richter stellen aber noch eine andere Grenze auf. Um den Charakter der Wahl als Verhältniswahl nicht zu verlassen, dürfen sich nicht „Verhältnisse einstellen, unter denen Überhangmandate regelmäßig in höherer Zahl anfallen“ (365).

Der damals, 1997, noch nicht absehbare Fall ist mittlerweile eingetreten. 2009 sind zum ersten Mal 24 Überhangmandate angefallen. Bei den ersten elf Bundestagswahlen gab es zusammen nur 17 Überhangmandate. Nach der Einigung stieg die Zahl an, zweimal wurden 16 Überhangmandate erzielt. Der Grund war insoweit eine „Veränderung der Verhältnisse“, als in den ostdeutschen Ländern anders als in den Westländern *drei* Parteien Direktmandate erwarten konnten und die entsprechenden Zweitstimmenzahlen der Wähler sich ebenfalls auf drei Parteien verteilten, also nicht wie im Westen auf zwei. Das Absinken der Zweitstimmen bei den „großen“, also für Direktmandate prädestinierten Parteien auch in den Westländern war der Motor für das Wachsen der Zahl der Überhangmandate.

⁴⁸ Man darf in diesem Zusammenhang vielleicht darauf hinweisen, dass bei einer Patt-Entscheidung eines Senats nach § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden kann.

So verlor 2009 die CDU in Baden-Württemberg 400.000 Zweitstimmen, ihre Zahl der Überhangmandate schnellte aus diesem Grund von drei auf zehn hoch. Und in Bayern gab es, wegen der starken Stellung der Partei bis dahin undenkbar, drei Überhangmandate, weil die Partei 600.000 Zweitstimmen einbüßte. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der Trend sich umkehren könnte, eher ist zu befürchten, dass er sich noch verstärkt.

Auch nach dem von nur vier Richtern getragenen überhangfreundlichsten Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist der derzeitige Zustand verfassungsrechtlich also nicht mehr tolerabel.

Ein Jahr nach diesem Urteil attestierte der Senat zudem, nunmehr einstimmig, den Überhangmandaten ein Manko. Alle freiwerdenden Mandate in einem Überhangland müssen, obwohl das Gesetz ein Nachrücken vorsah, bis zur Zahl der Überhänge unbesetzt bleiben (BVerfGE 97, 317, 322 – 331). Bei knappen Mehrheiten im Parlament kann das zum automatischen „Absterben“ einer Kanzlermehrheit, ja sogar zum Rückwechseln einer Mehrheit führen.⁴⁹

BVerfGE 121, 266, 267 – 316 verabschiedet die bisher missverstandene Zauberformel vom „besonderen Anliegen der personalisierten Verhältniswahl“ und weist den Überhangmandaten einen gravierenden Einfluss auf das Entstehen der negativen Stimmgewichte zu.

Die letzte einschlägige Entscheidung zur Sache (BVerfGE 122, 304, 305 – 315) sagt nicht etwa, „Überhangmandate ohne Verrechnung oder Ausgleich“ verstießen nicht gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG oder würden vom Gericht toleriert, sondern lässt das ausdrücklich offen, weil die Überhänge mit dem negativen Stimmgewicht eng zusammenhängen und nach dem Urteil zum negativen Stimmgewicht das Wahlgesetz sowieso geändert werden müsste.

Dass ein „Überhangsicherungsgesetz“ wie die neunzehnte Novelle zum Bundeswahlgesetz der insgesamt doch erstaunlich beständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Überhangmandaten widerspricht, dürfte evident sein, dass die Begründung der Novelle nicht einmal den Versuch macht, den damit akzeptierten Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz der Gleichheit der Wahl zu rechtfertigen, ist nur Ausfluss des alle Bedenken dominierenden Eigeninteresses der Koalition bei der Entwicklung der Novelle.

Prozessual bleibt die Frage also offen, was ja auch der Pattsituation entspricht. Das ist für die Bindungswirkung durchaus ein Unterschied.

⁴⁹ Dass die Novelle sich um dieses Problem, das durchaus bekannt ist, nicht kümmert, ist ein Armutszeugnis.

Nicht von ungefähr hat die jüngste einschlägige Wahlrechtsentscheidung des Gerichts zur 5%-Klausel im Europawahlgesetz mit Verweis auf BVerfGE 120, 82, 105 wegen dieses nicht gerade fernliegenden Problems eine strikte verfassungsgerichtliche Kontrolle postuliert:

„Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“ (Urteil vom 9. 11. 2011 – 2 BvC 4, 6, 8, B I 7 (Rn. 91)).⁵⁰

Es kommt aber ein bisher in der Rechtsprechung nicht eingehend erörterter Punkt hinzu. Schon die erste Entscheidung des Gerichts zur Sache war, wie gezeigt, klug genug, die Möglichkeiten einer Manipulation auf der Basis des Wahlgesetzes mit seinem Zweistimmenssystem anzusprechen und auf die Verfassungsprobleme hinzuweisen. Eine relevante Manipulation ist aus drei Gründen näher gerückt.

Zum einen legt die Schwächung der „großen“ Parteien nicht nur bei Bundestags- sondern auch bei Landtagswahlen Strategien zur Kompensation nahe. Sie liegt in der Kombination der Wählerstärke zweier Parteien, die über die natürliche Kraft der Verbindung erheblich hinausgeht. Die zehn angefallenen Überhangmandate in Baden-Württemberg statt der drei bei der Wahl vorher trotz, ja paradoxer Weise wegen des Verlustes von 400.000 Zweitstimmen zeigt die Richtung. Hierbei wurde nur das normale Stimmensplitting geübt, nämlich die für den eigenen Kandidaten aussichtslose Erststimme des Anhängers einer kleineren Partei für den Direktkandidaten der benachbarten Großpartei zu geben.

Der zweite Grund liegt in der nunmehr realistischer gewordenen Möglichkeit, das Stimmensplitting viel ertragreicher zu gestalten. Nehmen wir das baden-württembergische Beispiel, so könnte demnächst die Überlegung dahin gehen, dass auch der CDU-Wähler seine Stimmen splittet, weil er gefahrlos für das Kontingent der durch die Wahlkreissieger völlig abgedeckten baden-württembergischen CDU-Mandate in Berlin seine *Zweitstimme* der FDP gibt. Das wäre, wenn der Wähler für die Fortsetzung der jetzigen Koalition ist, ein durchaus rationales Verhalten. Beide Parteien könnten auf diese Weise bei 40% der Wähler auch über 70% der baden-württembergischen Sitze im Bundestag erzielen.

⁵⁰ Diese Passage hat auch bei den dissentierenden Richtern keinen Widerspruch gefunden.

Der dritte Grund liegt in den bisher nicht gekannten oder noch nicht ausgenutzten verschwiegenen, jedenfalls nicht öffentlichen Kommunikationsfähigkeiten, die eine sehr breiten Kreis von Wählern erreichen kann. Erst sie eröffnen die Möglichkeit einer unerkannten und auch unerkennbaren Manipulation.

Alle diese manipulativen Möglichkeiten arbeiten mit dem Institut der Überhänge.

VII.

Verfahrensrechtliche und verfahrenspolitische Überlegungen

Die Novelle wird durch die festgestellten Verfassungsverstöße insgesamt betroffen. Auch relativ unverdächtige oder neutrale Vorschriften ergeben keinen Sinn mehr, wenn die Grundstruktur des § 6 Abs. 1 und Abs. 2a für nichtig erklärt wird. Eine Ausnahme macht nur die Lösung des Problems der „Berliner Zweitstimmen“. Gegen sie werden keine Verfassungsbedenken erhoben. Da sie aber mit der Änderung des Aufbaues von § 6 BWahlG nunmehr in Satz 4 geregelt ist, der im alten und wieder auflebenden Recht eine andere Regelungsmaterie hat, ergibt die Regelung bei der Nichtigerklärung der Novelle im Übrigen keinen Sinn mehr.

Es sei ausnahmsweise erlaubt, in dieser Normenkontrollschrift auch verfahrenspolitische Überlegungen anzustellen. Bekanntlich hat die Anlassentscheidung BVerfGE 121, 266 ff. davon abgesehen, nicht nur den Bestand des auf verfassungswidriger Grundlage gewählten Parlaments zu tangieren, sondern auch die entsprechenden Normen des Wahlgesetzes für nichtig zu erklären. Sie erlaubte dadurch dem Parlament, auch die Wahl 2009 noch nach dem verfassungswidrigen Wahlgesetz durchführen zu lassen.

Wegen der „Komplexität des Regelungsauftrages“ (BVerfGE 121, 266, 316) schien es dem Gericht „unangemessen“, die Korrektur durch das Parlament innerhalb von gut neun Monaten zuzüglich der eigentlichen Vorlaufzeit für die Wahl selbst zu verlangen. Das Gericht hat dem Parlament aber eine Frist zur Korrektur gesetzt. Sie ist am 30. Juni 2011, also nach über drei Jahren, abgelaufen, ohne dass eine Korrektur des Wahlgesetzes in der Frist erfolgt wäre. Das Gesetz trat erst fast ein halbes Jahr später in Kraft.

Wenn man vorsichtiger Weise die Wertung des Senats in BVerfGE 121, 266, 316 zu Grunde legt, dann wäre bei hinreichender „Komplexität des Regelungsauftrages“ (S. 316) Ende Juni 2012 schon ein zu später Zeitpunkt, um eine eventuelle Korrektur aufgrund einer obsiegenden Entscheidung noch vor der nächsten Wahl vorzunehmen. Die Folge, dass dann insgesamt drei Bundestagswahlen Ergebnisse verfassungswidriger Wahlrechtsvorschriften zeitigten, würde der Rechtsordnung insgesamt nicht gerade ein gutes Zeugnis ausstellen und für den Rechtsschutz trotz aller verfassungsrechtlichen Verbürgung fatal sein.

Wenn man dann noch bedenkt, dass alle Regierungen in Europa unter krisenhaftem Druck stehen, ist auch eine vorzeitige Beendigung der Wahlperiode nicht ganz auszuschließen.

Diese Situation macht vielleicht die Bitte der Antragsteller verständlich, dass der Senat dem Verfahren ein besonderes zeitliches Engagement widmet und die üblichen Fristen möglichst knapp bemisst.

gez. Hans Meyer