

Bundestagswahlrecht

Wahlrechtsgrundsätze

Art. 38 I 1, II GG enthält objektivrechtliche Grundsätze zum aktiven und passiven Wahlrecht, die zugleich als subjektive (grundrechtsgleiche) Rechte grds. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sein können (Art. 93 I Nr. 4a GG); bei Verletzungen, die nicht nur direkt aus abstrakt-generellen Wahlrechtsnormen, sondern aus Akten eines konkreten Wahlverfahrens resultieren, ist allerdings das Wahlprüfungsverfahren gem. Art. 41 GG lex specialis zum Verfassungsbeschwerdeverfahren (vgl. BVerfGE 14, 154 (155), Beschl. v. 27.6.1962, Az. 2 BvR 189/62; § 49 BWahlG). Es setzt sich aus einer Wahlprüfung durch den Bundestag (Art. 41 I GG i.V.m. WahlprüfG) und einer gegen dessen Entscheidung möglichen Beschwerde zum BVerfG (Art. 41 II, 93 I Nr. 5 GG i.V.m. § 18 WahlprüfG i.V.m. §§ 13 Nr. 3, 48 I BVerfGG) zusammen. Die Wahlrechtsgrundsätze lassen sich in Freiheits- und Gleichheitsrechte gliedern:

freiheitsbezogene Wahlgrundsätze:

- **Unmittelbarkeit der Wahl**; sie ist gewährt, wenn zwischen den Wahlakt des Wählers und das Wahlergebnis keine weiteren Willensentscheidungen treten.
- **Freiheit der Wahl**; sie ist gewährt, wenn die Wahlentscheidung ohne staatliche Wahlbeeinflussung und ohne Unterdrucksetzung von nichtstaatlicher Seite getroffen werden kann.
- **Geheimheit der Wahl**; sie ist gewährt, wenn der Wähler seine politischen Präferenzen bzw. seine Wahlentscheidung weder vor, noch während, noch nach der Wahl zu offenbaren braucht und diese für andere auch nicht zu ermitteln ist.

gleichheitsbezogene Wahlgrundsätze:

- **Allgemeinheit der Wahl**; sie ist gewährt, wenn alle aktiv bzw. passiv wahlberechtigten (Art. 38 II GG) deutschen Staatsangehörigen (Art. 116 GG) unabhängig von Geschlecht, Abstammung, Rasse, religiöser und politischer Anschauung sowie wirtschaftlichem und sozialem Stand wählen dürfen bzw. gewählt werden dürfen.
- **Gleichheit der Wahl**; sie ist gewährt, wenn die einzelnen Stimmen der aktiv Wählenden gleich gewichtet werden und die passiv zur Wahl Stehenden formal Chancengleichheit haben sowie in Bezug auf die mit der Wahl im Zusammenhang stehenden Umstände wie vorbereitende Akte und Bedingungen, Verfahren und Wahlkampfkostenerstattungen formale Gleichheit herrscht.

Aus Art. 38 i.V.m. Art. 20 I, II GG wird außerdem der Grundsatz der **Öffentlichkeit der Wahl** hergeleitet (BVerfGE 121, 266 (291), Urt. v. 3.7.2008, Az. 2 BvC 1 und 7/07; BVerfGE 123, 39 (64 und 70), Urt. v. 3.3.2009, Az. 2 BvC 3 und 4/07). Dieser ist gewährt, wenn alle wesentlichen Schritte einer Wahl (von den Wahlvorbereitungen über die Wahlhandlungen bis zur Ermittlung des Wahlergebnisses) öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen.

Da es sich um Grundsätze handelt, stellt nicht jede Abweichung von der Idealverwirklichung eine Rechtsverletzung dar; allerdings können Abweichungen vom Ideal nur zum Schutz anderer Verfassungsgüter und nur soweit wie dazu zwingend notwendig gerechtfertigt werden.

Wahlsystem

Für das Wahlsystem enthält das Grundgesetz keine ausdrücklichen Vorgaben; anders als etwa noch Art. 22 I 1 WRV, der den Grundsatz der Verhältniswahl vorgab. Soweit sich aus dem Grundgesetz keine Voraussetzungen ergeben, ist die konkrete Ausgestaltung des Bundestagswahlsystems gem. Art. 38 III GG dem einfachen Bundesgesetzgeber überlassen.

Abstrakt kommen für ein Parlamentwahlsystem im Grundsatz die Verhältniswahl und die Mehrheitswahl in Betracht:

Beim **Verhältniswahlsystem** stellen verschiedene Parteien vor der Wahl Listen mit (parteiangehörigen oder parteilosen) Kandidaten auf. Die Listen können dann von Wählern aus dem – regelmäßig gesamten – Wahlgebiet gewählt werden. Je nachdem, wieviele Stimmen auf die verschiedenen Listen im Verhältnis zueinander entfallen, werden Kandidaten der Listen in der Reihenfolge ihrer Listenplätze in das Parlament entsandt. Wieviele dies konkret sind, hängt von der Gesamtzahl der zu besetzenden Parlamentssitze sowie vom angewandten Umrechnungsverfahren ab.

Ein reines Verhältniswahlsystem bildet den Wählerwillen am genauesten ab und bietet auch Kandidaten kleiner Parteien die Chance, ins Parlament gewählt zu werden; allerdings wird bei wachsender Anzahl von im Parlament vertretenen Parteien auch die Mehrheitsbildung erschwert.

Beim **Mehrheitswahlsystem** ist das Wahlgebiet in Wahlkreise aufgeteilt; in einem Wahlkreis ist gewählt, wer die – je nach weiterer Ausgestaltung entweder einfache (relative Mehrheitswahl) oder absolute (absolute Mehrheitswahl) – Mehrheit der Stimmen der Wähler des Wahlkreises auf sich vereinigt. Das Parlament setzt sich dann aus den Gewinnern der Wahlkreise zusammen. Bei einer absoluten Mehrheitswahl ist für den Fall, dass keiner der Wahlkreisandidaten die absolute Mehrheit erreicht, regelmäßig ein weiterer Wahlgang vorgesehen, in dem entweder nur noch zwischen den stärksten Kandidaten des ersten Wahlgangs zu wählen ist, oder die Kandidaten nur noch die einfache Mehrheit erringen müssen.

Ein reines Mehrheitswahlsystem neigt zur Herausbildung klarer Mehrheiten; dies geht allerdings zulasten der Gewichtung derjenigen Wählerstimmen, die in den Wahlkreisen für einen unterlegenen Kandidaten abgegeben wurden. Zudem ist es praktisch unmöglich, ein Wahlgebiet in Wahlkreise mit exakt gleicher Zahl an Wahlberechtigten aufzuteilen. In einem System relativer Mehrheitswahl kann es außerdem dazu kommen, dass die Mehrheit der im Wahlgebiet siegreichen Kandidaten nicht der Mehrheit der Wahlstimmen entspricht, es also zu einer politischen Herrschaft der Wählerminorität über die Wählermehrheit kommt.

Der Bundesgesetzgeber ist seinem Regelungsauftrag zur Ausgestaltung des Bundestagswahlrechts aus Art. 38 III GG durch Erlass des Bundeswahlgesetzes nachgekommen.

- In Bezug auf die Grundsatzentscheidung zwischen Verhältnis- und Mehrheitswahl hatte und hat der Gesetzgeber den Wahlrechtsgrundsatz der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 I 1 GG zu berücksichtigen. Bei einer Mehrheitswahl würden zwar alle Stimmen gleich gezählt (Zählwertgleichheit), es würden jedoch nicht alle in gleichem Maße das Wahlergebnis beeinflussen (Erfolgswertungleichheit): Die Stimmen, die in den Wahlkreisen für einen unterlegenen Kandidaten abgegeben würden, hätten nicht den gleichen Erfolgswert wie die Stimmen, die in den Wahlkreisen für einen siegreichen Kandidaten abgegeben würden. Zudem bedeutete auch die Ungleichheit des Wahlkreiszuschnitts (s.o.) eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Sofern man eine im System als Grundsatz angelegte Erfolgswertungleichheit überhaupt als eine der Rechtfertigung zugängliche Abweichung vom verfassungsrechtlich geforderten Grundsatz der Wahlgleichheit ansieht, sind jedenfalls keine Verfassungsgüter ersichtlich, die diese große Abweichung rechtfertigen könnten:
- Stabile Mehrheiten und damit die Handlungsfähigkeit des Parlaments ist zwar als ein dem Grundgesetz immanentes Verfassungsgut anzusehen, welches durch ein Mehrheitswahlsystem begünstigt würde, doch können stabile Mehrheiten auch im Rahmen eines Verhältniswahlsystems hinreichend sichergestellt werden, ohne derart mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit zu kollidieren und diesen teilweise auszuhöhlen.
- Ähnliches gilt für möglichst gute Beziehung zwischen den Abgeordneten und dem Wahlvolk.
- Nach Art. 38 I 2 GG sind die Bundestagsabgeordneten Vertreter des ganzen Volkes (und nicht nur einer Partei), so dass die Wahl eines Kandidaten als Person statt – wie dem Verhältniswahlsystem immanent – als eines von einer Partei aufgestellten Listenkandidaten als erstrebenswertes Verfassungsgut erscheint. Art. 38 I 2 GG spricht deshalb jedoch nicht für das Mehrheitswahlsystem, in welchem die Kandidaten ja – anders als im Verhältniswahlsystem – nicht von den Wählern des gesamten Wahlgebietes, sondern nur von den Wählern eines Wahlkreises gewählt würden, und sie sich damit potenziell ebenso wenig als Vertreter des ganzen Volkes sehen würden. Von der Wahl durch das ganze Volk und damit der Beziehung zum ganzen Volk ist die reine Verhältniswahl ebenso entfernt wie die reine Mehrheitswahl, so dass Art. 38 I 2 GG weder für, noch gegen eines der beiden Wahlsysteme spricht.
- Die Sicherung einer guten Beziehung zum Wahlvolk durch möglichst weitgehende Unabhängigkeit der Abgeordneten von Parteien könnte aber auch zum Schutz der Unabhängigkeit der Volksrepräsentanten von Organisationen generell und damit vor dem Hintergrund der Volksherrschaft – nicht nur als Staatsstrukturprinzip, sondern auch als Staatsziel – gem. Art. 20 I, II GG als Verfassungsgut angesehen werden, welches gegen das Verhältniswahlsystem spricht. Aber auch das spräche im Ergebnis nicht für das Mehrheitswahlsystem, sondern nur gegen ein reines Verhältniswahlsystem.

Damit ist weder Art. 38 I 2 GG, noch Art. 20 I, II GG ein mit der Wahlgleichheit kollidierendes Verfassungsgut, welches eine mehrheitswahlsystematische Abweichung vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl rechtfertigen könnte.

Entgegen anderslautender Ansicht war und ist der Gesetzgeber daher nicht frei, zwischen Verhältnis- und Mehrheitswahlsystem zu entscheiden, sondern ist von Verfassungs wegen implizit auf den Grundsatz der Verhältniswahl beschränkt.¹ Der Bundesgesetzgeber hat das System der „mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ (§ 1 I 2 BWahlG) oder kurz „personalisierten Verhältniswahl“ geschaffen, welches dem Grundsatz der Verhältniswahl entspricht, jedoch auch Elemente der Mehrheitswahl beinhaltet: Es können zwei Stimmen abgegeben werden (§ 4 BWahlG), von denen die Zweitstimme die Wahl der vorher von den Parteien aufgestellten Landeslisten betrifft und die Verhältnisse der Parteienzusammensetzung des Bundestages nach dem Verhältniswahlprinzip bestimmt (§ 6 BWahlG) und die Erststimme die Wahl eines der Wahlkreiskandidaten des jeweiligen Wahlkreises nach dem Prinzip der relativen Mehrheitswahl (§ 5 BWahlG). Die Hälfte der 598 regulär zu vergebenden Parlamentssitze wird durch die mit der Erststimme gewählten Direktmandate besetzt (§ 1 I 1, II BWahlG), die andere Hälfte an die Listenkandidaten entsprechend den Mehrheitsverhältnissen vergeben (§ 1 II BWahlG).

- Die regelmäßige Wahlperiode des Bundestages wird bereits von der Verfassung selbst vorgegeben und beträgt gem. Art. 39 I 1 GG vier Jahre.
- Das aktive wie passive Wahlrecht ist vor dem Hintergrund der Allgemeinheit der Wahl möglichst vielen Personen zugestehen. Bereits Art. 38 II GG impliziert, dass nur natürliche Personen wählen können bzw. gewählt werden können. Zudem ergibt sich aus Art. 20 II GG, dass nur natürliche Personen, die zum deutschen Volk i.S.v. Art. 116 GG gehören, mithin deutsche Staatsangehörige sind, wählen können. Als Altersuntergrenze für das aktive Wahlrecht bestimmt Art. 38 II 1. Hs. GG die Vollendung des 18. Lebensjahres; Altersuntergrenze für das passive Wahlrecht ist gem. Art. 38 II 2. Hs. GG der Eintritt der Volljährigkeit, i.V.m. § 2 BGB also ebenfalls die Vollendung des 18. Lebensjahres. Diese Regelungen finden sich auch in § 12 I Nr. 1 und § 15 I BWahlG. Aus dem einfachen Recht ergeben sich jedoch weitere Einschränkungen:
- Voraussetzung der Wahlberechtigung ist nach § 12 I Nr. 2 BWahlG zusätzlich, dass die Person seit mindestens drei Monaten in der Bundesrepublik Deutschland eine Wohnung innehat oder sich sonst gewöhnlich dort aufhält. Diese Einschränkung der Allgemeinheit der Wahl wird dadurch gerechtfertigt, dass der Wähler auch einen Bezug zu Deutschland und seinem politischen System sowie die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staat haben soll, um eine sinnvolle Wahlentscheidung treffen zu können, was als Gut von Verfassungsrang anzusehen ist.

Die diesbezügliche Privilegierung von Auslandsdeutschen unter bestimmten Voraussetzungen nach § 12 II 1 BWahlG wurde vom BVerfG für nichtig erklärt.²

1 A.A. in st. Rspr. des BVerfG (BVerfGE 6, 84 (90), Urt. des Zweiten Senats v. 23.1.1957, Az. 2 BvE 2/56; BVerfGE 95, 335 (349 f.), Urt. des Zweiten Senats v. 10.4.1997, Az. 2 BvF 1/95; BVerfGE 97, 317 (323), Beschl. des Zweiten Senats v. 26.2.1998, Az. 2 BvC 28/96). Allerdings waren in den bisherigen Entscheidungen die Bemerkungen dazu, dass „der Gesetzgeber die Freiheit hat, die reine Mehrheitswahl einzuführen“, er „das Verfahren der Wahl zum Deutschen Bundestag als Mehrheitswahl oder als Verhältniswahl gestalten“ dürfe und er den Raum hätte, die demokratische Mehrheit „nach den Grundsätzen der Mehrheits- oder Verhältniswahl“ zu ermitteln usw. insoweit keine die Entscheidung tragenden Gründe, als in keinem der Verfahren über den Grundsatz der Mehrheitswahl zu entscheiden war; bei den Aussagen handelt es sich also um bloße obiter dicta.

2 BVerfG, Beschl. des Zweiten Senats v. 4.7.2012, Az. 2 BvC 1 und 2/11 = NVwZ 2012, 1167.

- Vom aktiven und passiven Wahlrecht ausgeschlossen ist nach § 12 I Nr. 3 und § 15 II Nr. 1 i.V.m. § 13 Nrn. 2 und 3 BWahlG jedermann, für den zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten ein Betreuer nach § 1896 BGB bestellt ist oder der aufgrund gerichtlicher Anordnung nach § 63 i.V.m. § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht ist. Diese Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl werden dadurch gerechtfertigt, dass Wahlentscheidungen nur eigene sinnvolle Entscheidungen eines Wählers sein sollen.
- Weiterhin vom aktiven bzw. passiven Wahlrecht ausgeschlossen ist nach § 12 I Nr. 3 i.V.m. § 13 Nr. 1 BWahlG zudem, wer infolge eines Richterspruchs nach § 45 StGB das Wahlrecht nicht besitzt bzw. nach § 15 II Nr. 2 BWahlG, wer infolge eines Richterspruchs nach § 45 StGB die Wählbarkeit oder die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzt. Die Einschränkungen lassen sich mit den verfassungsrechtlichen Erwägungen rechtfertigen, dass, wer rechtsstaatlich und rechtskräftig wegen eines Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr verurteilt wurde, sich nicht als mandatiertes Vertreter des Volkes eignet und ihm bei bestimmten Verbrechen auch das aktive Wahlrecht nicht zukommen darf.
- Eine Wahlpflicht im Sinne einer Verpflichtung zur Ausübung des aktiven Wahlrechts sieht das Bundestagswahlrecht nicht vor. Umstritten ist, ob eine Wahlpflicht gegen den Grundsatz der Freiheit der Wahl verstoßen würde. Nach einer Ansicht erfasst der Wahlgrundsatz nur die Umstände einer Wahl (das „Wie“), so dass eine Wahlpflicht (ein positives „Ob“) kein Verstoß wäre. Nach anderer Ansicht beinhaltet der Wahlgrundsatz auch die Freiheit, nicht an einer Wahl teilzunehmen, so dass eine Wahlpflicht einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfte. Während vom Wortlaut her beide Ansichten vertretbar sind, spricht die teleologisch-systematische Auslegung, insbes. der Zusammenhang mit dem Grundsatz der Geheimheit der Wahl, für die engere Auffassung der Wahlfreiheit, zumal die Geheimheit der Wahl sicherstellen würde, dass der Wähler auch einen ungültigen Stimmzettel abgeben könnte und seine Wahlpflicht so letztlich nur eine Pflicht zur Abgabe eines Stimmzettels wäre, während er über die Gültigkeit oder Ungültigkeit seines Stimmzettels trotz Wahlpflicht frei entscheiden könnte.
- Beim Wahlkreiszuschnitt für die kandidatenbezogene Wahl mit der Erststimme ist es praktisch unmöglich, das Wahlgebiet in Wahlkreise mit exakt gleicher Zahl an Wahlberechtigten aufzuteilen, so dass die Erststimmen nicht alle den gleichen Erfolgswert haben und insofern die Gleichheit der Wahl nicht gewahrt ist. Beim personalisierten Verhältniswahlrecht betrifft dies jedoch nur eine der beiden Stimmen zwingend, so dass vor dem Hintergrund der aufgrund von Art. 20 I, II GG als Verfassungsgut anzusehenden Sicherung einer guten Beziehung zwischen Abgeordneten und Wahlvolk durch möglichst weitgehende Unabhängigkeit der Abgeordneten von Parteien (s.o.) die Ungleichheit als gerechtfertigt anzusehen ist, wenn die Abweichungen der Erfolgswerte nicht zu groß sind. Die früher zulässige Abweichungsgrenze von 33,3 % bezogen auf die durchschnittliche Bevölkerungszahl der Wahlkreise hat das BVerfG als dem Grundsatz der Wahlgleichheit nicht genügend beanstandet;³ ob die aktuelle Regelung des § 3 I Nr. 3 BWahlG, wonach die Bevölkerungszahl eines Wahlkreises von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise nicht um mehr als 15 % nach oben oder unten abweichen soll und bei einer Abweichung von mehr als 25 % eine Neuabgrenzung vorzunehmen ist, dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl gerecht wird, ist umstritten.
- Dass die Aufstellung der Landeslisten für die parteibezogene Wahl mit der Zweitstimme durch die Parteien erfolgt (§ 27 I 1 BWahlG) lässt die Unmittelbarkeit der Wahl unberührt, da die Listen inkl. der Reihenfolge der Kandidaten vor der Wahl feststehen und öffentlich bekanntgemacht werden (§ 28 BWahlG) und somit keine der listenbezogenen Entscheidungen zwischen den Wahlakt des Wählers und das Wahlergebnis tritt.
- Bei der nach § 36 BWahlG möglichen Briefwahl ist die Geheimheit und damit auch die Freiheit der Wahl nicht ebenso gut garantiert wie bei der Wahl mit Stimmzettel an der Wahlurne. Dies stellt jedoch noch keine Verletzung der Wahlgrundsätze dar.⁴ Der schlechtere Schutz ist vor dem Hintergrund, dass einige Wahlberechtigte ohne die Möglichkeit der Briefwahl ihr Wahlrecht nicht ausüben könnten – und damit der Allgemeinheit der Wahl –, hinzunehmen.
- Bei der nach § 35 BWahlG möglichen Stimmabgabe mit Wahlgeräten ist problematisch, dass über die Bauartzulassung der Staat entscheidet und Wähler und Wahlbeobachter das Funktionieren der Geräte in Hinblick auf Geheimheit, Freiheit, Unmittelbarkeit sowie Gleichheit der Wahl gar nicht oder jedenfalls nicht ebenso gut kontrollieren können wie bei der Urnenwahl. Das BVerfG sieht eine Wahlmöglichkeit, bei der nicht grds. alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, als einen Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 i.V.m. Art. 20 I, II GG an, hat aber die Möglichkeit nach § 35 BWahlG als solche nicht beanstandet.⁵
- Die Hilfe anderer Personen beim Kennzeichnen, Falten und/oder Einwerfen des Stimmzettels in die Wahlurne für Wähler, die des Lesens unkundig sind und/oder wegen einer körperlichen Beeinträchtigung an einem eigenen Handeln gehindert sind (§ 33 II BWahlG), kann der Geheimheit der Wahl sowie der Freiheit der Wahl zuwiderlaufen. Nach einer Ansicht ist dies vor dem Hintergrund, dass einige Wahlberechtigte ohne die Hilfe ihr Wahlrecht nicht ausüben könnten – und damit der Allgemeinheit der Wahl –, gerechtfertigt;⁶ nach anderer Ansicht ist die Hilfemöglichkeit hingegen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.
- Die 5 %-Hürde nach § 6 VI BWahlG, wonach Parteien, die weniger als 5 % der Zweitstimmen erhalten, bei der Vergabe der Parlamentssitze unberücksichtigt bleiben, bedeutet eine Erfolgswertungleichheit zwischen den Zweitstimmen, die für eine Partei abgegeben wurden, welche die 5 % nicht erreicht, und denjenigen Zweitstimmen, die für eine Partei abgegeben wurden, welche die 5 % erreicht oder überschritten haben. Sie beeinträchtigt mithin den Grundsatz der Wahlgleichheit. Die Einschränkung erfolgt jedoch zur Begünstigung stabiler Mehrheiten und damit der Handlungsfähigkeit des Parlaments, welche als Gut von Verfassungsrang die Beeinträchtigung der Wahlgleichheit durch eine Sperrklausel grds. rechtfertigt, wobei jedoch die prozentuale Grenze der Sperrklausel ggf. sich ändernden politischen Rahmenbedingungen anzupassen ist und ein Quorum von 5 % i.d.R. als Obergrenze des Möglichen anzusehen ist.⁷
- Eine Ausnahme von der 5 %-Hürde statuiert die Grundmandatsklausel aus § 6 VI BWahlG, derzufolge auch Parteien, die nicht 5 % der Zweitstimmen erreichen, bei der Vergabe der Parlamentssitze berücksichtigt werden, falls sie (bzw. ihre Kandidaten)

3 BVerfGE 95, 335 (364 f.).

4 BVerfGE 59, 119 (124 ff.), Beschl. des Zweiten Senats v. 24.11.1981, Az. 2 BvC 1/81; BVerfGE 21, 200 (204 ff.), Beschl. des Zweiten Senats v. 15.2.1967, Az. 2 BvC 2/66.

5 BVerfGE 123, 39 (64, 70 und 81), Urt. des Zweiten Senats v. 3.3.2009, Az. 2 BvC 3 und 4/07.

6 BVerfGE 21, 200 (206).

7 BVerfGE 95, 408 (419), Urt. des Zweiten Senats v. 10.4.1997, Az. 2 BvC 3/96.

in mindestens drei Wahlkreisen ein Direktmandat errungen haben. Auch dies bedeutet eine Beeinträchtigung der Wahlgleichheit, hier in Gestalt einer Erfolgswertungleichheit zwischen denjenigen Zweitstimmen, die für eine Partei abgegeben wurden, die an der 5 %-Hürde scheitert, einerseits und denjenigen Zweitstimmen, die für eine Partei abgegeben wurden, die an der 5 %-Hürde scheitern würde, aber mindestens drei Direktmandate erringt, andererseits. Die Regelung bezweckt jedoch die verfassungsmäßige Funktion der Wahl als eines Vorgangs der Integration politischer Kräfte und schwächt die Desintegrationswirkung der 5 %-Sperrklausel ab, so dass sie als gerechtfertigt angesehen wird.⁸

- Bei der Umrechnung des Zweitstimmenverhältnisses auf die Landeslisten (§ 6 II BWahlG) bleiben unabhängig vom konkret angewandten Umrechnungsverfahren (anfangs das Höchstzahlverfahren nach d'Hondt, dann das Proportionalverfahren nach Hare/Niemeyer und derzeit das iterative Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers) Reststimmen, die nicht mehr einen ganzen Sitz ergeben und daher unberücksichtigt bleiben. Diese unberücksichtigten Reststimmen bedeuten aber eine Erfolgswertungleichheit und damit eine Beeinträchtigung der Wahlgleichheit. Diese ist jedoch als dem Verhältniswahlssystem immanent kein Verfassungsverstoß.⁹
- Überhangmandate kommen dadurch zustande, dass die Wähler die Möglichkeit haben, mit ihrer personenbezogenen Erststimme einen Kandidaten zu wählen, der nicht von der Partei aufgestellt wurde, welche der Wähler mit seiner parteibezogenen Zweitstimme wählt, und eine Partei in dem Fall, dass durch Erststimmen mehr Direktmandate und damit Parlamentssitze auf sie entfallen, als ihr nach Zweitstimmenanteil zustünden, die überschüssigen Sitze gem. § 6 V 1 BWahlG behält; die reguläre Gesamtzahl von 598 Parlamentssitzen (§ 1 I 1 BWahlG) erhöht sich dann gem. § 6 V 2 BWahlG um die Zahl der den Parteien verbleibenden Überhangmandate. Auch dies führt zu einer Erfolgswertungleichheit und damit einer Beeinträchtigung der Wahlgleichheit. Die Möglichkeit, dass Erst- und Zweitstimme der einzelnen Wähler nicht auf dieselbe Partei entfallen, ist dem System des personalisierten Verhältniswahlrechts immanent, dessen Abweichung vom reinen Verhältniswahlrecht durch Art. 20 I, II GG gerechtfertigt ist (s.o.). Die darauf aufbauende konkrete Regelung mit der Ermöglichung von Überhangmandaten ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn sich die Abweichungen durch Überhangmandate im Rahmen der ohnehin systemimmanenten Erfolgswertungleichheit (s.o.) halten.¹⁰ Wie bei der 5 %-Hürde (s.o.) kann man nach einer Ansicht auch hier ein Quorum von 5 % Überhangmandate, bezogen auf die reguläre Gesamtzahl der Parlamentssitze, als Obergrenze der noch gerechtfertigten Abweichung ansehen,¹¹ wobei auch hier die prozentuale Grenze von sich ändernden politischen Rahmenbedingungen abhinge. Demnach wären bei 598 regulären Parlamentssitzen bis zu 29 Überhangmandate verfassungskonform. Nach anderer Ansicht hingegen müssten überhangmandatsbedingte Abweichungen, die über die systemimmanente Erfolgswertungleichheit hinausgehen, durch Verrechnung oder Ausgleichsmandate ausgeglichen werden.¹² Da ein Ausgleich der Erfolgswertungleichheit möglich ist und Abweichungen von den Wahlrechtsgrundsätzen nur dann und nur so weit gerechtfertigt werden können, wie sie zwingend notwendig sind, ist der letztgenannten Ansicht zuzustimmen. Das BVerfG vertritt mittlerweile die Ansicht, dass eine Regelung verfassungswidrig ist, wenn sie ein ausgleichsloses Anfallen von Überhangmandaten in einem Umfang ermöglicht, welcher den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann, was der Fall sein soll, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet.¹³ Zur Bildung einer Fraktion bedarf es gem. § 10 I 1 GOBT der Vereinigung von mindestens 5 % der Mitglieder des Bundestages, so dass ab einer Anzahl von 15 Überhangmandaten von Verfassungswidrigkeit auszugehen wäre.

Auch eine Regelung, die dazu führen kann, dass in bestimmten Konstellationen abgegebene Zweitstimmen sich für solche Parteien, die Überhangmandate in einem Land gewinnen, insofern negativ auswirken, als diese Parteien in demselben oder einem anderen Land Mandate verlieren oder umgekehrt die Nichtabgabe einer Wählerstimme der zu unterstützenden Partei dienlich ist, also im Ergebnis ein Mehr an Wählerstimmen zu einem Mandatsverlust oder ein Weniger an Wählerstimmen zu einem Mandatsgewinn führen kann (negatives Stimmgewicht), bedeutet eine Erfolgswertungleichheit und ist nicht gerechtfertigt.¹⁴

Der jüngste Gesetzesentwurf zur Reform des Bundestagswahlrechts sieht u.a. einen Ausgleich von Überhangmandaten durch Ausgleichsmandate vor.¹⁵

- Ein gewählter Kandidat erwirbt die Mitgliedschaft im Bundestag gem. § 45 I 1 BWahlG nach der abschließenden Feststellung des Ergebnisses für das Wahlgebiet durch den Bundeswahlausschuss mit der Eröffnung der ersten Sitzung des Bundestags nach der Wahl. Für den Fall, dass ein gewählter Kandidat stirbt oder die Ablehnung des Erwerbs der Mitgliedschaft erklärt oder ein Abgeordneter stirbt oder sonst nachträglich aus dem Bundestag ausscheidet, wird der freiwerdende Sitz gem. § 48 I 1 BWahlG grds. aus der Landesliste derjenigen Partei besetzt, für die der gewählte Kandidat oder ausgeschiedene Abgeordnete bei der Wahl aufgetreten ist. Fraglich ist, ob bzw. inwieweit die Regelungen des § 48 BWahlG zum Nachrücken von Kandidaten mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl in Einklang stehen.
- Ein Nachrücken in ein Überhangmandat, welches ja nicht aus parteibezogenen Zweitstimmen, sondern nur aus personenbezogenen Erststimmen resultiert, und dessen Wahlgleichheitswidriges Wesen nur durch das personenbezogene Element der personalisierten Verhältniswahl gerechtfertigt wird, ist ausgeschlossen, da mit dem Ausscheiden der gewählten Person auch die Rechtfertigung der Wahlgleichheit durch das Überhangmandat und damit der überschüssige Sitz selbst entfällt.¹⁶ Dementsprechend gilt gem. § 48 I 2 BWahlG die Nachrückregelung des § 48 I 1 BWahlG nicht, solange die Partei in dem betreffenden Land Überhangmandate innehat.

8 BVerfGE 95, 408 (419 f.).

9 Vgl. BVerfGE 16, 130 (144), Beschl. des Zweiten Senats v. 22.5.1963, Az. 2 BvC 3/62; BVerfGE 79, 169 (170 f.), Beschl. des Zweiten Senats v. 24.11.1988, Az. 2 BvC 4/88.

10 BVerfGE 79, 169 (171 f.).

11 So vier der acht Richter in BVerfGE 95, 335 (366).

12 So die vier abweichenden Richter in BVerfGE 95, 335 (367 ff.).

13 BVerfG, Urf. des Zweiten Senats v. 25.7.2012, Az. 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11 und 2 BvE 9/11 = NVwZ 2012, 1101 (1110).

14 BVerfGE 121, 266 (298 f.), Urf. des Zweiten Senats v. 3.7.2008, Az. 2 BvC 1 und 7/07.

15 Siehe BT-Drs. 17/11819 v. 11.12.2012.

16 BVerfGE 97, 317 (328 f.).

- Bei einem Direktmandat (das als solches durch Erst- und Zweitstimme legitimiert ist), welches kein Überhangmandat ist, sowie einem Mandat, das nur durch die parteibezogene Zweitstimme legitimiert ist, bleibt bei einem Ausscheiden der Person des Mandatsträgers dessen Sitz durch die parteibezogene Zweitstimme legitimiert und kann entsprechend § 48 I 1 BWahlG neu besetzt werden.

Dies hat zur Wahrung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl in der vor der Wahl in der Liste festgelegten (s.o.) Reihenfolge der Listenkandidaten zu erfolgen. Unberücksichtigt bleiben dabei nach § 48 I 3 und 4 BWahlG diejenigen Listenkandidaten, die nach der Aufstellung der Landesliste aus der sie aufstellenden Partei ausgeschieden oder Mitglied einer anderen Partei geworden sind sowie Listenkandidaten, die als gewählte Wahlkreiskandidaten ihren Mitgliedschaftserwerb abgelehnt oder als Abgeordnete auf ihre Mitgliedschaft im Bundestag verzichtet haben.

- Dass ein Gewählter freiwillig als Nachrücker ausscheidet, steht nicht im Widerspruch zur Unmittelbarkeit der Wahl, da der Gewählte als solcher selbst Ergebnis der (Listen-) Wahl ist. Ein an einen freiwilligen Parteiaustritt oder Beitritt zu einer anderen Partei gekoppeltes Ausscheiden als Nachrücker ist durch die Parteibezogenheit der Listenwahl (§ 27 I 1 BWahlG) gerechtfertigt.¹⁷
- Dass ein Nachrücker durch Parteiausschluss unfreiwillig ausscheidet, könnte dagegen problematisch sein, zumal mit dem Parteiausschluss zwischen Wähler und den (durch Listenwahl Mit-) Gewählten eine fremde Willensentscheidung tritt. Da ein Parteiausschluss bestimmte Ausschlussgründe voraussetzt (§ 10 IV ParteienG), das Parteiausschlussverfahren formalisiert ist (§ 10 V ParteienG) und diese Ausschlussmöglichkeit schon vor der Wahl feststeht, wird ein hierdurch erfolgendes Ausscheiden als Nachrücker jedoch überwiegend als nicht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verstoßend angesehen.

¹⁷ Siehe auch BVerfGE 7, 63 (72), Beschl. des Zweiten Senats v. 3.7.1957, Az. 2 BvR 9/56.