

Deutscher Bundestag

Kommission zur Reform des Wahlrechts
und zur Modernisierung des Parlamentsarbeit

Kommissionsdrucksache

20(31)20

TOP 1 02.06.2022

19.05.2022

**Die Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer verbundenen
Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von
Wahlkreissiegern**

Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung

von

Prof. Dr. Florian Meinel

Gliederung

I.	Problemstellung und Gutachtenauftrag.....	1
1.	Die unabgeschlossene Wahlrechtsreform	1
2.	Das Konzept der verbundenen Mehrheitsregel	2
3.	Gutachtenauftrag und verfassungsrechtlicher Maßstab	3
III.	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl.....	6
1.	Allgemeine Anforderungen der Wahlrechtsgleichheit.....	6
a)	Wahlrechtsgleichheit in Bezug auf das aktive Wahlrecht	7
b)	Wahlrechtsgleichheit in Bezug auf das passive Wahlrecht	8
2.	Kein Verstoß gegen die Zählwertgleichheit.....	8
3.	Beeinträchtigung der Erfolgchancengleichheit?.....	9
4.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	10
a)	Gewichtung der Beeinträchtigung	10
b)	Zielsetzung	11
c)	Eignung und Erforderlichkeit	12
d)	Keine verfassungsrechtliche Garantie der unbedingten relativen Mehrheitswahl im Wahlkreis	12
d)	Zwischenergebnis	16
5.	Insbesondere: Das Problem des Ausschlusses parteiloser Wahlkreisbewerber.....	16
a)	Chancengleichheit parteiloser Wahlbewerber	16
b)	Keine zwingenden Gründe für die Monopolisierung durch Parteien bei fortbestehender listenunabhängiger Personenwahl	17
c)	Alternative: Reines Listen- oder Einstimmenwahlrecht	19
IV.	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit	20
1.	Zur Frage eines Systemwechsels durch die verbundene Mehrheitsregel.....	20

2.	Willkürlicher Verstoß gegen die Systematik des Bundeswahlgesetzes	21
a)	Personen- und Mehrheitswahl als erstrangige Systementscheidung?	21
b)	Verbundene Mehrheitsregel als willkürlicher Verstoß gegen die erstrangige Systementscheidung?	23
3.	Hilfsüberlegung: Abkehr vom zweispurigen Wahlsystem.....	25
V.	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl	26
1.	Allgemeine Anforderungen	26
2.	Die eindeutige Berechenbarkeit der Konditionierung.....	27
VI.	Zusammenfassung	29

I. Problemstellung und Gutachtauftrag

1. Die unabgeschlossene Wahlrechtsreform

Die Diskussion um das Bundestagswahlrecht ist seit der Wahlrechtsreform von 2013 nicht mehr zur Ruhe gekommen. Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das Nichtausgleich von Überhangmandaten für verfassungswidrig erklärt hatte,¹ ist seinerzeit der im Wesentlichen bis heute geltende Rechtszustand geschaffen worden: Insbesondere wurden damals die sog. *Ausgleichsmandate* eingeführt, die den überproportionalen Gewinn von Direktmandaten ausgleichen, indem diese auf die nach dem Zweitstimmenverhältnis verteilten Sitze angerechnet werden. Eine Proporzverzerrung wird somit auf Kosten einer nötigenfalls höheren Sitzzahl des Bundestags verhindert.²

Der Vollaussgleich der Überhangmandate führte bereits bei der Bundestagswahl 2013 zu einer deutlichen Vergrößerung des Bundestags auf 631 Mitglieder. Seit der Bundestagswahl 2017 zählt der 19. Deutsche Bundestag 709 Mitglieder und liegt somit deutlich über der gesetzlichen Mitgliederzahl des § 1 Abs. 1 S. 1 BWG. Politischer Handlungsbedarf zur tatsächlichen Realisierung dieser parlamentarisch ausgehandelten Abgeordnetenanzahl wurde spätestens zu diesem Zeitpunkt parteiübergreifend anerkannt.³

Um einer weiteren Vergrößerung des Bundestags zu begegnen, stimmte der Bundestag am 8. Oktober 2020 dem Entwurf von CDU/CSU und SPD zur Änderung des Bundeswahlgesetzes zu, der eine mittelfristige Reduzierung der Wahlkreise und einen Ausgleich von Überhangmandaten erst nach dem dritten Überhangmandat vorsieht sowie ein weiteres Anwachsen des Bundestages durch Anrechnung von Wahlkreismandaten auf Listenmandate der gleichen Partei in anderen Ländern vermieden werden soll, wobei der erste Zuteilungsschritt im Sinne einer föderalen Verteilung der Bundestagsmandate

¹ BVerfGE 131, 316 (334 ff.); Wobei das BVerfG den Nichtausgleich von Überhangmandaten nicht vollends für verfassungswidrig erachtete, sondern erst bei einem Anfall von Überhangmandaten im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke (BVerfGE 131, 316 [369 ff.]).

² *Henner Jörg Boehl*, *Zu viele Abgeordnete im Bundestag?*, ZRP 2017, 197 (198).

³ Siehe hier z.B. Gesetzesentwurf der Fraktionen FDP, Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen BT-Drucks. 19/14672; Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD BT-Drucks. 19/22504; sowie Gesetzesentwurf einzelner Abgeordneter und der Fraktion AfD BT-Drucks. 19/22894.

modifiziert wird. Zudem soll eine Reformkommission eingesetzt werden, die sich mit den vorliegenden Fragen des Wahlrechts befasst und Empfehlungen herausarbeitet.

Die Wirksamkeit dieser Wahlrechtsreform in Bezug auf die Verringerung der Erhöhung der Sitzzahl im Bundestag wird verbreitet bezweifelt.⁴ Zugleich stellt diese Änderung des Bundeswahlgesetzes schon nach dem Willen des Gesetzgebers eine Übergangslösung dar, wie bereits die inkorporierte Beauftragung der Reformkommission deutlich macht.

2. Das Konzept der verbundenen Mehrheitsregel

Vor diesem Hintergrund hat der Demokratieexperte der Bertelsmann Stiftung, Dr. Robert Vehrkamp, eine Reform des Bundeswahlgesetzes in Gestalt einer "verbundenen Mehrheitsregel" vorgeschlagen, die das Verhältnis von Wahlkreiswahl und Listenwahl auf eine neue Grundlage stellen soll. Danach sollen nicht nur die Listen wie bisher mit den Wahlkreisen in der Weise verknüpft sein, dass das Sitzkontingent einer Partei vorrangig mit erfolgreichen Wahlkreisbewerbern gefüllt wird, sondern es sollen auch umgekehrt die Wahlkreise mit den Listen verknüpft werden, dass der Erfolg im Wahlkreis unter den Vorbehalt eines für die Direktwahl ausreichenden Zweitstimmenanteils gestellt würde.

Kern des Vorschlags ist die folgende Änderung von § 5 BWG:

§ 5 Wahl in Wahlkreisen. (1) In jedem Wahlkreis wird ein Abgeordneter gewählt. Gewählt ist der Bewerber, der die meisten durch Zweitstimmen gedeckten Erststimmen auf sich vereinigt. Bei Stimmengleichheit entscheidet das vom Kreiswahlleiter zu ziehende Los.

(2) Durch Zweitstimmen gedeckt sind die Erststimmen, sofern bei der Sitzverteilung für den Wahlkreisbewerber ein durch ein durch Zweitstimmen erworbenes Landeslistenmandat zur Verfügung steht. Die von Bewerbern einer Partei gewonnen

⁴ Siehe hier schon der Gesetzesentwurf selber, in dem weiterhin von einem „Reformbedarf“ gesprochen wird: BT-Drucks. 19/22504, S. 7; vgl. auch *Robert Vehrkamp*, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses am 5. Oktober 2020 in Berlin zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Bundeswahlgesetzes der Fraktionen CDU/CSU und SPD, Ausschussdrucks. 19(4)584 C.

Wahlkreise werden dabei in der Reihenfolge des absteigenden Erststimmenanteils auf die durch Zweitstimmen erworbenen Listenmandate angerechnet.

Der Erfolg in einem Wahlkreis wäre nach diesem Vorschlag nicht mehr direkt mit einer Mehrheit der Erststimmen und ganz unabhängig von den Zweitstimmen garantiert, sondern erforderte sowohl eine Mehrheit der Erststimmen im Wahlkreis als auch ein ausreichendes Kontingent von Zweitstimmen. Die unmittelbare Folge einer solchen Regelung bestünde darin, dass in denjenigen Wahlkreisen, die heute Überhangmandate produzieren, nicht der Bewerber mit den meisten, sondern derjenige mit den zweitmeisten (im Ausnahmefall sogar: drittmeisten) Erststimmen direkt gewählt wäre. Im Rahmen dieser neuen „konditionierten“ Erststimmenregel erfolgt die wie bisher vorrangige Verteilung der Zweitstimmenanteile einer Landesliste auf die Wahlkreisbewerber dann in der Reihenfolge der Erststimmenergebnisse. Je höher die (relative oder absolute) Mehrheit des erfolgreichen Wahlkreisbewerbers, desto höher die Erfolgchance.⁵ Damit wird sichergestellt, dass auch die parteiinterne Verteilung der Zweitstimmendeckung innerhalb eines Landes dem Leitgedanken der meisten durch Zweitstimmen gedeckten Erststimmen folgt.

Diese „verbundene Mehrheitsregel“ führt zu einer Harmonisierung von Erst- und Zweitstimmenergebnissen. Eine Vergrößerung des Bundestages über die gesetzlich normierte Mitgliederzahl von 598 hinaus wäre rechnerisch ebenso ausgeschlossen wie eine Verzerrung des Zweitstimmenergebnisses durch die Erststimmen, da die Ergebnisse der Mehrheitswahl in den Wahlkreisen mit den Ergebnissen der Verhältniswahl abgeglichen werden. Verhindert werden könnten so föderale Verzerrungen durch Verrechnung von Wahlkreis- mit Listenmandaten, eine umfassende Wahlkreisreform oder anderweitige Proporzängel.

3. Gutachtauftrag und verfassungsrechtlicher Maßstab

Das vorliegende Gutachten beurteilt weder die politische Sinnhaftigkeit noch die wahlstrategischen und parteipolitischen Anreizeffekte einer verbundenen Mehrheitsregel,

⁵ Es wäre aus politischen Gründen zu überlegen, die verbundene Mehrheitsregel nur auf relative Mehrheiten anzuwenden, während mit absoluter Mehrheit gewählte Wahlkreisabgeordnete definitiv gewählt blieben. Dieser Unterschied würde zwar kaum je praktisch werden, da mit absoluter Mehrheit gewählte Direktmandate in der Regel nicht überhängen, würde aber die absolute Mehrheit bei einer Personenwahl normativ herausstellen.

noch setzt es den Vorschlag ins Verhältnis zu anderen Vorschlägen der Wahlrechtsreform. Vielmehr wird im Folgenden lediglich geprüft, ob der Vorschlag der „verbundenen Mehrheitswahl“ *verfassungsrechtlich* umsetzbar wäre. Zu untersuchen ist daher die Vereinbarkeit der vorliegenden Reformidee mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen und mit der bisherigen Wahlrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Das Wahlsystem ist durch die Verfassung nicht entschieden worden.⁶ Deswegen hat der parlamentarische Gesetzgeber, der auf diese Weise selbst über seine eigenen Kurationsregeln entscheidet,⁷ insofern nach Art. 38 Abs. 3 GG einen Regelungs- und Gestaltungsauftrag sowie die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Bundeswahlrecht.⁸ Dabei besteht einerseits ein weiter politischer Gestaltungsspielraum,⁹ der es erlaubt, das Wahlrecht kontinuierlich weiterzuentwickeln.¹⁰ Zur Sicherstellung der demokratischen Legitimation des Parlaments unterliegt die Gestaltung des Wahlrechts andererseits einem dichten Netz verfassungsrechtlicher Anforderungen, insbesondere den in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG formulierten *Wahlrechtsgrundsätzen*: Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden demnach in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt.

Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber bei der Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem traditionell jedenfalls im Prinzip eine Entscheidungsfreiheit ein, die nur durch die verfassungsrechtlichen Anforderungen aus den Wahlrechtsgrundsätzen begrenzt wird.¹¹ Nach dieser ständigen Rechtsprechung ist der Gesetzgeber frei,

⁶ *Andreas Voßkuhle/Ann-Kathrin Kaufhold*, Grundwissen Öffentliches Recht – Die Wahlrechtsgrundsätze, JuS 2013, 1078.

⁷ *Hans Meyer*, Demokratische Wahlen und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1987, § 37 Rn. 3.

⁸ Siehe BVerfGE 123, 39 (71); 124, 1 (19); 131, 316 (335); 146, 327 Rn. 82.

⁹ *Martin Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 27.

¹⁰ Vgl. u.a. BVerfGE 1, 208 (247 ff.); BVerfGE 16, 130 (130 ff.); BT-Drucks. 6/70, S. 1 f.; zum Sinn von Wahlrechtsreformen allgemein etwa *Heinrich Lang*, Wahlrecht und Bundesverfassungsgericht, 2014, S. 12 ff.; *Henner Jörg Boehl*, Zu viele Abgeordnete im Bundestag?, ZRP 2017, 197; *Hans Meyer*, Die Zukunft des Bundestagswahlrechts, 2010, S. 8 ff.

¹¹ St. Rspr. seit BVerfGE 1, 208 (246); außerdem BVerfGE 6, 84 (90); 34, 81 (99); 95, 335 (349); 120, 82 (105); 121, 266 (296); zuletzt BVerfGE 131, 316 (334 f.): „Es steht dem Gesetzgeber grundsätzlich offen, ob er in Ausfüllung des Auftrags zur Regelung eines Wahlsystems nach Art. 38 Abs. 3 GG das Verfahren der Wahl zum Deutschen Bundestag als Mehrheits- oder als Verhältniswahl ausgestaltet; unter dem Gesichtspunkt der repräsentativen Demokratie (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) kommt keinem der beiden Wahlsysteme ein Vorrang zu (vgl. BVerfGE 95, 335 [352 f.]). Er kann auch beide Gestaltungen miteinander verbinden (vgl. BVerfGE 6, 84 [90]; 6, 104 [111]; 95, 335 [349 f.]; 120, 82 [103]; 121, 266 [296]), indem er einen Teil der Mitglieder des Deutschen Bundestages nach dem Mehrheits- und den anderen nach dem Verhältniswahlprinzip wählen lässt (Grabensystem), eine Erstreckung des Verhältniswahlprinzips auf die gesamte Sitzverteilung unter Vorbehalt angemessener Gewichtung der Direktmandate gestattet oder sich für eine andere Kombination entscheidet.“ Hierzu zuletzt

sich zwischen der Verhältnis- oder Mehrheitswahl zu entscheiden oder aber beide Systeme zu verbinden, wie es mit der sog. personalisierten Verhältniswahl in § 1 Abs. 1 S. 2 BWG umgesetzt wurde.¹² Allerdings zeigt sich spätestens seit der Überhangmandate-Entscheidung von 1997¹³, dass die zugestandene weite Systemwahlfreiheit des Gesetzgebers inzwischen nur noch durch die Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung zu erklären ist, während das Bundesverfassungsgericht tatsächlich die Postulate des Proportionalwahlrecht immer stärker als alleinigen verfassungsrechtlichen Maßstab interpretiert. Schließlich werden für Abweichungen von diesem Typus verfassungsrechtlich legitime Begründungen gefordert,¹⁴ nicht aber umgekehrt. Dies entspricht auch der Entwicklung des Parteiensystems jenseits von zwei großen Volksparteien. Nachdem die Möglichkeit eines grundsätzlichen Systemwechsels im Bundestagswahlrecht damit eine nur noch theoretische ist, hat auch der wahlrechtliche Grundsatz der Systemgerechtigkeit inzwischen eine deutlich größere Bedeutung gewonnen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist seit je her erforderlich, dass das ausgewählte System *stringent* umgesetzt wird. Schon 1952 urteilte das Gericht:

*„Innerhalb jedes Abschnittes der Wahl muß Folgerichtigkeit herrschen. Wenn die Entscheidung für einen zusätzlichen Verhältnisausgleich fällt, muß in diesem Teil des Wahlverfahrens auch die Wahlgleichheit in ihrer spezifischen Ausprägung für die Verhältniswahl beachtet werden.“*¹⁵

Und weiter 1997 im Kontext der Überhangmandate:

„Die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem, entweder für die Verhältnis- oder für die Mehrheitswahl oder für eine Kombination beider Systeme, bedeutet

Sophie Schönberger, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR 67 (2019), S. 1 (5); Siehe auch *Hans-Uwe Erichsen*, Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes, JURA 1983, 635 (643); *ders.*, Wahlsysteme, JURA 1984, 22 (26); *Walter Pauly*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, AöR 123 (1998), 232 (234); *Andreas Voßkuhle/Ann-Kathrin Kaufhold*, Grundwissen Öffentliches Recht – Die Wahlrechtsgrundsätze, JuS 2013, 1078. Kritisch dazu *Martin Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 58.

¹² Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Entscheidungen siehe BVerfGE 1, 208 (246); 6, 84 (90); 6, 104 (111); 11, 351 (362); 95, 335 (349 f., 354); 97, 317 (323); 121, 266 (296); 131, 316 (336).

¹³ BVerfGE 95, 335.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 95, 335 (354 f.).

¹⁵ BVerfGE 1, 208 (246).

*zugleich, daß der Gesetzgeber die im Rahmen des jeweiligen Systems geltenden Maßstäbe der Wahlgleichheit zu beachten hat.*¹⁶

Der Gesetzgeber wird demnach aus dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit, der im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG wurzelt und in allen Rechtsgebieten Anwendung findet¹⁷, zur *Folgerichtigkeit* in dem jeweiligen Teilbereich des Wahlsystems verpflichtet.¹⁸

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für eine modifizierte Wahlrechtsregelung sind insofern die Wahlrechtsrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sowie der Grundsatz der Systemgerechtigkeit bzw. Folgerichtigkeit innerhalb des gewählten Wahlrechtssystems. Mithin ist die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern hieran zu messen.

III. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl

Der vorgeschlagene Entwurf zur Einführung einer verbundenen Mehrheitsregel in das Bundeswahlgesetz könnte zunächst gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verstoßen.

1. Allgemeine Anforderungen der Wahlgleichheit

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl erfordert, dass alle Staatsbürgerinnen und Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können.¹⁹

¹⁶ BVerfGE 95, 335 (354).

¹⁷ Ausführlich und m.w.N. *Peter Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz. Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht, 2014, S. 551 ff.; Kritik der Systemgerechtigkeitsargumentation bei *Hans Meyer*, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 33 f.

¹⁸ BVerfGE 1, 208 (246); 4, 31 (44); 6, 84 (90); 13, 127 (129); 95, 335 (354). Siehe auch *Andreas Voßkuhle/Ann-Kathrin Kaufhold*, Grundwissen Öffentliches Recht – Die Wahlrechtsgrundsätze, JuS 2013, 1078; *Michael Sachs*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 115.

¹⁹ BVerfGE 1, 208 (246 f.); st. Rspr.; zuletzt BVerfGE 135, 259 (284).

a) *Wahlrechtsgleichheit in Bezug auf das aktive Wahlrecht*

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl fordert für das aktive Wahlrecht, dass „unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung des Wahlverfahrens alle Wähler bei der Art und Weise der Mandatszuteilung strikt gleich zu behandeln [sind]“²⁰. Konkret folgen aus der (aktiven) Wahlrechtsgleichheit damit vor allem die Zähl- und Erfolgswertgleichheit.

Im System der *Verhältnswahl* bedeutet dies, dass alle Wahlberechtigten die gleiche Stimmenzahl haben (= gleicher Zählwert)²¹ und jede Stimme bei der Umsetzung der Zuteilung der Parlamentssitze gleich berücksichtigt wird (= gleicher Erfolgswert)²². Bei einer *Mehrheitswahl* wiederum, nach deren Zweck nur die Person ein Mandat erwirbt, welche die meisten Stimmen erhält, fordert die Wahlgleichheit

*„dabei über den gleichen Zählwert aller Stimmen hinaus nur, dass bei der Wahl alle Wähler auf der Grundlage möglichst gleich großer Wahlkreise und daher mit voraussichtlich annähernd gleichem Stimmgewicht am Kreationvorgang teilnehmen können (vgl. BVerfGE 95, 335 [353]; 121, 266 [295 f.]; 124, 1 [18]).“*²³

Die Wahl eines Wahlkreis-Direktmandaten durch die Erststimme erfolgt bei der Bundestagswahl gem. § 5 BWG nach dem Mehrheitsprinzip, so dass diejenigen Stimmen, die nicht für die erfolgreiche Bewerberin abgegeben werden, erfolglos sind. Schlüssig kann sich somit die Garantie der Erfolgswertgleichheit hier nur auf gleiche *Erfolgschancen innerhalb des jeweiligen Wahlsystems* beziehen, da es dem Gesetzgeber andernfalls bereits verwehrt wäre, das Wahlsystem überhaupt auf Mehrheitswahlentscheidungen zu stützen.²⁴ Art. 38 Abs. 3 GG spricht dem Gesetzgeber aber genau diesen Gestaltungsspielraum zu, sodass die erfolglosen Stimmen im Rahmen der Mehrheitswahl lediglich systemimmanente Folge des Wahlsystems sind und vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform angesehen werden.²⁵ Die Erfolgswertgleichheit ist im Rahmen der Mehrheitswahl daher adäquat besser als *Erfolgschancengleichheit* zu bezeichnen.

²⁰ BVerfGE 131, 316 (337).

²¹ *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 38 Rn. 13.

²² BVerfGE 16, 130 (139); 95, 335 (353); 135, 259 Rn. 47.

²³ BVerfGE 130, 212 (225); siehe auch *Walter Pauly*, Das Wahlrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 123 (1998), 232 (241 f.).

²⁴ Vgl. BVerfGE 95, 335 (353 f.); 131, 316 (334 f.).

²⁵ BVerfGE 95, 335 (350).

b) *Wahlrechtsgleichheit in Bezug auf das passive Wahlrecht*

Im Kontext des passiven Wahlrechts erfordert die Wahlrechtsgleichheit die Chancengleichheit aller Wahlbewerber. Danach hat

„jeder Wahlbewerber nach dem Grundsatz der Wahlgleichheit Anspruch darauf, daß die für ihn gültig abgegebenen Stimmen bei der Ermittlung des Wahlergebnisses für ihn berücksichtigt und mit gleichem Gewicht gewertet werden wie die für andere Bewerber abgegebenen Stimmen. Der Bewerber um das Mandat in einem Wahlkreis, der die im Wahlgesetz vorgesehene Stimmenmehrheit erringt, erhält das Mandat.“²⁶

Die Wahlrechtsgleichheit mit dem Recht auf Chancengleichheit wurde zwar zunächst für den Wahlvorgang selbst entwickelt, seine Geltung ist jedoch im Folgenden auf das gesamte Wahlverfahren, d.h. von der Wahlvorbereitung über den Wahlkampf bis hin zur Feststellung des Wahlergebnisses und der Zuteilung der Wahlkreismandate, ausgedehnt worden²⁷ und ist damit heute in der Rechtsprechung zu dem zentralen Maßstab des Wahlrechts überhaupt geworden.

2. Kein Verstoß gegen die Zählwertgleichheit

Die Zählwertgleichheit ist durch die Einführung einer verbundenen Mehrheitsregel nicht berührt, schließlich wird durch die Konditionierung der Erststimme das formal egalitäre Gewicht der abgegebenen Stimmen nicht tangiert. Alle Wahlberechtigten haben weiterhin die gleiche Stimmenzahl. Dass die Aggregation egalitär gezählter Stimmen zu einer relativen Mehrheit aufgrund der Verknüpfung mit den Zweitstimmen nicht zwingend den Erfolg in der Mehrheitswahl nach sich zieht, bedeutet keine ungleiche Zählung der Stimmen, sondern ist eine externe Bedingung der Mehrheitswahl, die an anderen Maßstäben zu messen ist.

²⁶ BVerfGE 85, 148 (157).

²⁷ BVerfGE 41, 399 (413 f.); *Siegfried Magiera*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 96; vgl. auch *Klaus Stern*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 304 f.

3. Beeinträchtigung der Erfolgchancengleichheit?

Verfassungsrechtlich problematisch ist damit allein die Erfolgchancengleichheit.

Nach dem hier zu untersuchenden Entwurf ist derjenige, der die meisten Erststimmen in einem Wahlkreis auf sich vereinigt, nicht mehr sicher gewählter Mandatsträger. Vielmehr ist die Wahl unter dem Vorbehalt der Konditionierung durch das Zweitstimmenergebnis der jeweiligen Partei (§ 6 BWG). Es ist somit nur Wahlsiegerin, wer zugleich die Bedingung erfüllt, dass die errungenen Erststimmen von dem Zweitstimmenergebnis gedeckt sind. In dem Falle, in dem das Ergebnis jedoch nicht gedeckt ist, wäre vielmehr derjenige Wahlkreisgewinner, der das nächstbeste und zugleich von den Zweitstimmen gedeckte Erststimmen-Ergebnis aufweisen kann. Es wäre mit anderen Worten weiterhin die *Mehrheit* für einen Wahlkreisgewinn entscheidend, welche jedoch von dem Zweitstimmenanteil gedeckt sein muss. Der Mehrheitsbegriff des § 5 S. 2 BWG wäre somit lediglich anders definiert.

Eine Beeinträchtigung der Erfolgchancengleichheit erscheint daher unter dem Aspekt möglich, dass die Wahlberechtigten die Garantie verlieren, durch ihren (unbedingten) Wahlkreissieger repräsentiert zu werden und entgegen dem Willen der relativen Mehrheit der (durch das Zweitstimmenergebnis bedingte) Zweit- oder sogar Drittplatzierte im Wahlkreis das Mandat erlangt. Obwohl die Wähler sich also mehrheitlich für einen Bewerber ausgesprochen haben, ist dieser nicht gewählt, weil das Kontingent der Landesliste nicht für die Deckung seiner Stimmen ausreicht. Die Erststimmen in den Wahlkreisen werden insofern formal unterschiedlich behandelt, indem in manchen Wahlkreisen der Mehrheitsgewinner aufgrund der Deckung durch die Landesliste Wahlkreissieger wird und in anderen Wahlkreisen nicht.

Gegen eine unterschiedliche Bemessung der Erfolgchancen durch eine solche Regelung spricht allerdings bereits die Überlegung, dass die Bedingungen für die Erlangung eines Wahlkreismandates in allen Wahlkreisen formal genau gleich sind und sich auch nicht je nach der Ausgangslage in einem Wahlkreis unterscheiden. So wären etwa in einem Land, das typischerweise „Überhangmandate“ zugunsten einer Partei produziert, die empirischen Chancen des Bewerbers dieser Partei in einem umkämpften städtischen Wahlkreis mit knappen Erststimmenergebnissen zwar schlecht. Die arithmetischen Chancen des Erfolgs sind aber dadurch keine anderen, da es die Wählerinnen und Wähler selbst in der Hand haben, einem Direktkandidaten durch Erststimmen zum Erfolg zu verhelfen. Eine Ungleichbehandlung ergäbe sich daraus nur, wenn man die getrennte

Mehrheitsregel des heutigen § 5 BWG zum Maßstab erhebt, worin ersichtlich eine *petitio principii* läge.

Demnach sprechen die besseren Argumente dafür, dass eine verbundene Mehrheitsregel die Erfolgchancengleichheit schon gar nicht beeinträchtigt.

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Selbst wenn man aber von einer solchen Beeinträchtigung ausgeht, weil die aggregierten Wählerstimmen mit wahlkreisexternen Bedingungen korreliert werden, so führte auch dies nicht zur Verfassungswidrigkeit der Regelung. Grundsätzlich können Abweichungen von einer strikt egalitären Erfolgchancengleichheit durch Gründe von verfassungsrechtlichem Gewicht gerechtfertigt werden.²⁸

a) Gewichtung der Beeinträchtigung

Diese Beeinträchtigung ist nach Art und Gewicht vergleichbar mit der Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit durch die Sperrklausel des § 6 Abs. 3 S. 1 BWG in Bezug auf die Zweitstimme: Während die Zweitstimme mit dem Vorbehalt behaftet ist, nur relevant zu werden, wenn die gewählte Partei die Fünf-Prozent-Hürde überschreitet, wäre hier die Erststimme mit dem Vorbehalt behaftet, nur relevant zu werden, wenn die Partei des Wahlkreis Kandidaten einen hinreichend großen Zweitstimmenanteil erringt. Bei der Sperrklausel haben diejenigen Stimmen, die für Parteien abgegeben werden, welche die Fünf-Prozent-Hürde nicht überwinden, keinen Erfolgswert bei der Zusammensetzung des Bundestages. Und ähnlich bei der verbundenen Mehrheitsregel: Diejenigen Stimmen, welche für den Erstplatzierten abgegeben werden, haben – genauso als würden sie unter der Fünf-Prozent-Hürde liegen – keinen Erfolgswert und somit auch keine Relevanz bei der Ermittlung des Wahlkreisgewinners.

Die Beeinträchtigung wäre hinsichtlich der Gewichtung auch vergleichbar mit der bereits jetzt gängigen Anrechnung der Direktmandate auf die Listenplätze nach § 6 Abs. 4 S. 1 BWG:²⁹ Selbst die Kandidatinnen auf den vorderen Listenplätzen können am Wahlabend nicht sicher davon ausgehen, dass das Bundestagsmandat auch wirklich

²⁸ Grundsätzlich zur Möglichkeit der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen *Michael Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 125 m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

²⁹ Siehe unter IV. 2. b) aa).

gewonnen ist; schließlich muss das Verfahren gem. § 6 Abs. 4 S. 1 BWG auch zu ihren Gunsten ausgehen, d.h. es müssen noch genug Listenplätze nach Anrechnung der Direktmandate „übrig“ bleiben.³⁰ Hier gibt es jedoch einen feinen Unterschied in Bezug auf den Sinn und Zweck der Zweitstimme im Vergleich zur Erststimme: Anders als die Erststimme dient die Zweitstimme erstrangig nicht zur Wahl *bestimmter* Personen, sondern lediglich zur Ermittlung eines Proporztes, welcher die Zusammensetzung des Bundestages angibt. Für ebendiesen Proporz spielt es keine Rolle, ob nun tatsächlich die Listenkandidatinnen in den Bundestag einziehen oder eben „ersatzweise“ Direktkandidaten diese Aufgabe übernehmen. Genau wie aber schon heute, müssten mit der verbundenen Mehrheitsregel am Wahlabend nicht nur die Zweitstimmenkandidaten um ihr Mandat bangen, sondern auch die Erststimmenkandidatinnen sind in ihrem Erfolg abhängig von einem noch nicht ausgeschöpften Kontingent.

b) *Zielsetzung*

Sinn und Zweck der Harmonisierung der Erst- und Zweitstimmenergebnisse ist die Vermeidung von Überhang- und Ausgleichsmandaten, oder auch schlicht: die Festigung der gesetzlichen Größe des Parlaments nach § 1 Abs. 1 S. 1 BWG. Diese Zielsetzung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bisher alle verfassungswidrigen Elemente des Wahlsystems mit einem Anwachsen der Gesamtmandatszahl aufgelöst³¹, jedoch fordert das Gericht dabei selber, dass die „zu wählende Volksvertretung [...] – insbesondere für die Aufgaben der Gesetzgebung und Regierungsbildung – funktionsfähig sein“³² muss. Mit einem immer größer werdenden Parlament wird dessen Funktionsfähigkeit erheblich eingeschränkt, schließlich wird neben der dadurch belasteten Diskurskultur und einer komplizierteren Mehrheitsfindung³³ vor allem die parlamentarische Kontrolle und Gesetzgebungsarbeit in den Ausschüssen

³⁰ So hat beispielweise die CSU bei der Bundestagswahl 2017 alle Wahlkreise gewonnen, jedoch beim Zweitstimmenanteil recht schlecht abgeschnitten. Nach Anrechnung der Direktmandate auf die Listenplätze konnte selbst Joachim Herrmann als Spitzenkandidat auf Platz 1 der Liste nicht in den Bundestag einziehen.

³¹ Siehe dazu *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (14).

³² BVerfGE 131, 316 (335).

³³ *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (14 f.).

³³ BVerfGE 131, 316 (335).

erschwert, welche sich wegen des im parlamentarischen Regierungssystem notwendigen ressortanalogen Zuschnitts nicht erhöhen lassen.³⁴

c) *Eignung und Erforderlichkeit*

Die Regelung ist auch *geeignet und erforderlich*, da mangels Entstehung von Überhang- und Ausgleichsmandaten der Bundestag immer auf seine gesetzliche Größe begrenzt wird und daher die Funktionsfähigkeit des Parlaments als Zielsetzung gefördert, wenn nicht sogar erreicht wird.³⁵ Es ist auch keine andere Gestaltung ersichtlich, die zugleich das Ziel der Wahrung der Proportionalität *und* sowohl das des föderativen Listenwahlrechts als auch der geographischen Streuung der Repräsentanten verwirklicht und gleichzeitig die Begrenzung der Mitgliederzahl des Bundestages auf die gesetzliche Zahl für jedes denkbare Wahlergebnis sicher garantiert. Dies gilt insbesondere für das Alternativszenario einer maßvollen Reduzierung der Wahlkreise, das die weitere Vergrößerung des Bundestages zum einen nur für einen bestimmten Korridor von Wahlergebnissen verhinderte und dies zum anderen auf Kosten der Verwurzelung des Parlaments in der Fläche täte. Wahlrechtliche Gestaltungen, die nur bei bestimmten Wahlergebnisvarianten das beabsichtigte Ziel erreichen, sind aber angesichts der Fluidität des Wahlverhaltens mit großen Unsicherheiten behaftet. Eine verbundene Mehrheitsregel würde die gesetzliche Größe des Bundestages dagegen für jedes beliebige Wahlergebnis sicherstellen.

d) *Keine verfassungsrechtliche Garantie der unbedingten relativen Mehrheitswahl im Wahlkreis*

Dem Gesetzgeber ist es auch nicht aus anderen Gründen verwehrt, den Wahlkreiserfolg unter die Bedingung einer ausreichenden Zweitstimmendeckung zu stellen. Das derzeitige Verhältnis von Erst- und Zweitstimme ist verfassungsrechtlich nicht notwendig.

Nach einer nach wie vor vielfach vertretenen Auffassung geben Wähler mit der Zweitstimme allerdings ein Votum für eine Partei ab, mit der Erststimme ein Votum für einen einzelnen Wahlbewerber, der lokal angebunden und bekannt ist bzw. sein sollte. Eine

³⁴ Hierzu *Florian Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019, S. 288 f., 321 f., jeweils m.w.N.

³⁵ Zur möglichen Erhöhung der Parlamentsgröße durch parteilose Einzelbewerber siehe unter III.5.b).

Konnexität beider Stimmen könnte demnach schon dem Charakter der Erststimme an sich widersprechen. Anerkannt ist in der Rechtsprechung, dass die Erststimme „eine engere persönliche Beziehung zumindest der Hälfte der Abgeordneten des Deutschen Bundestages zu ihrem Wahlkreis“³⁶ gewährleisten soll. Diese Erststimme dagegen von der „unpersönlichen“ Landesliste abhängig zu machen, welche von auf Landesebene von der Partei bestimmt wird, während der Erststimmenkandidat von der Wahlkreisversammlung aufgestellt wird, erscheint zunächst sinnwidrig. Schließlich kann das Ziel der persönlichen Beziehung zum Wahlkreis nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht nur dadurch gewährleistet werden, dass „der erfolgreiche Kandidat sein Wahlkreismandat auch dann erhält, wenn das nach dem Proporz ermittelte Sitzkontingent der Landesliste seiner Partei zur Verrechnung nicht ausreicht.“³⁷

aa) *Der Vorrang der Verhältniswahl de lege lata*

Eine solche systematische Trennung von Verhältnis- und Mehrheitswahl ist allerdings schon dem geltenden Bundestagswahlrecht fremd. Sie entspräche einem Grabenwahlsystem, das es nicht gibt. Nicht nur ist die tatsächliche persönliche Anbindung zum Wahlkreis empirisch zweifelhaft.³⁸ Sie wird auch vom Gesetzgeber *de lege lata* anders akzentuiert. In diesem Zusammenhang weist *Sophie Schönberger*³⁹ zu recht auf den § 12 Abs. 2 Nr. 1 AbgG hin, welcher allen Bundestagsabgeordneten einen Anspruch auf Auszahlung einer Kostenpauschale einräumt, was – ohne Rücksicht auf Erfolg oder Misserfolg im Wahlkreis oder auch nur eine Direktkandidatur – insbesondere Bürokosten für Wahlkreisbüros außerhalb des Sitzes des Deutschen Bundestages ausgleichen soll. Durch diese Regelung wird deutlich, „dass nicht nur die gewählten Wahlkreisabgeordneten, sondern alle Mandatsträger eine intensive Bindung zu ihrem Wahlkreis aufbauen können und so eine beiderseitige engere persönliche Beziehung zwischen Wählern und Abgeordnetem vorantreiben“⁴⁰.

³⁶ BVerfGE 7, 63 (74); 16, 130 (140); 41, 399 (423); 95, 335 (358); 95, 408 (412); 97, 317 (327).

³⁷ BVerfGE 131, 316 (365 f.); mit Bezug auf BVerfGE 95, 335 (394).

³⁸ Siehe hier die Ausführungen von *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (18 f.): „Die Tatsache, dass selbst im unmittelbaren zeitlichen Umfeld der Wahl mehr als 37% der Wähler keinen einzigen Wahlkreiskandidaten benennen können und mehr als 20% der Wähler sich lediglich an den Namen eines einzigen Kandidaten erinnern, legt allerdings mehr als nahe, dass ein solcher Effekt nicht besonders ausgeprägt sein kann“.

³⁹ *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (19).

⁴⁰ Ebd.

Das derzeit geltende Bundeswahlgesetz verbindet nicht zwei strikt voneinander getrennte Teil-Systeme, sondern stellt vielfältige Überschneidungen beider Elemente her, wobei, wie bereits angedeutet, das Bundesverfassungsgericht in der Gesamtbetrachtung das Element der Verhältniswahl hervortreten lässt.⁴¹ So spricht das Bundeswahlgesetz in § 1 Abs. 1 S. 2 BWG von einer „mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ und gerade nicht von einer „mit der Verhältniswahl verbundenen Personenwahl“. Die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht für die Verfassungsmäßigkeit des Wahlsystems den Ausgleich von Überhangmandaten zur Wiederherstellung des Proporz als Maßstab erklärt, unterstreicht die grundsätzliche Klassifizierung als Verhältniswahl. Schon jetzt werden gem. § 6 Abs. 4 S. 1 BWG die Ergebnisse der Erststimme mit denen der Zweitstimmen verrechnet und somit miteinander verschränkt – es gibt also bereits bei der Erststimme eine „Wechselwirkung mit dem Ergebnis der Zweitstimmen“⁴², was belegt, dass die losgelöste Betrachtung einer „reinen“ Personenwahl verkürzt wäre. Durch die verbundene Mehrheitsregel würde vielmehr die Verrechnung auch in die „andere Richtung“ umgesetzt⁴³, somit Personen- und Verhältniswahl noch weiter verschränkt werden und im Endeffekt ein stringentes Mischsystem entstehen.

bb) Die normative Konsistenz der verbundenen Mehrheitsregel

Für die Verfassungsmäßigkeit der verbundenen Mehrheitsregel spricht daher, dass sie das von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber für vorrangig erachtete Element der Verhältniswahl in noch stringenterer Form verwirklicht.

Auch bei Anwendung der verbundenen Mehrheitsregel bliebe im Regelfall der numerische Wahlsieger auch Wahlkreisgewinner. Dafür ist jedoch nötig, dass sich Wahlberechtigte bei Abgabe ihrer Erst- und Zweitstimme mehrheitlich für *eine* bestimmte Partei entscheiden. Die strategische Wirkung des „Stimmensplittings“⁴⁴ würde dadurch abgeschwächt und eine der zentralen normativen Inkonsistenzen des derzeitigen Wahlrechts reduziert. Schließlich beruht das Stimmensplitting, wie *Sophie Schönberger*

⁴¹ Siehe so auch BVerfGE 95, 335 (354 f.) m.w.N.

⁴² *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (9).

⁴³ Nämlich nicht mehr nur Anrechnung der Erststimmen auf die Zweitstimmen, sondern auch Anrechnung der Zweitstimmen auf die Erststimmen.

⁴⁴ Siehe dazu *Sophie-Charlotte Lenski*, Paradoxien der personalisierten Verhältniswahl, AöR 134 (2009), S. 473 (498 f.).

richtigerweise feststellt hat, auf einer paradoxen Erklärung: „Der Wähler übt in dieser Konstellation also eine Wahloption über die personale Zusammensetzung einer Bundestagsfraktion aus, deren Zustandekommen er mit seiner Stimme gar nicht unterstützt.“⁴⁵ Die getrennte Abstimmung ist ein (verfassungsrechtlich zulässiger⁴⁶) „Geburtsfehler des dualen Wahlverfahrens“⁴⁷ und damit eine systemimmanente rechtliche Möglichkeit der Wahlberechtigten. Durch diese Möglichkeit werden von den Wählern – wohl mehr oder weniger bewusst – Überhangmandate erzeugt. Bei der verbundenen Mehrheitsregel können Wahlberechtigte weiterhin ihre Stimmen trennen, allerdings entstehen dadurch keine Überhangmandate mehr.

Zudem bliebe mit einer verbundenen Mehrheitsregel die regional egalitäre Wahlkreisrepräsentation erhalten, weil aus jedem Wahlkreis *definitiv* ein Bewerber ein Wahlkreismandat gewinnen würde. Demnach wäre weiterhin jeder Wahlkreis im Bundestag repräsentiert. Im Unterschied zu alternativen Gestaltungsmöglichkeiten (bspw. einer Kapazitätsgrenze, die ab einer bestimmten Gesamtmitgliederzahl des Bundestages die Zuteilung weiterer ausgleichspflichtiger Direktmandate ausschließt) würde hier also jeder Wahlkreis die gleiche „Mandatsverschaffungsmacht“⁴⁸ behalten. Die persönliche Beziehung zum Wahlkreis bliebe demnach erhalten und damit die „bundesverfassungsgerichtliche Tradition“⁴⁹ der örtlichen Verbundenheit weitergeführt; auch wenn sich im Einzelfall der zweit- oder drittplatzierte Bewerber des Wahlkreises durchsetzen würde.

Eine verbundene Mehrheitsregel hätte zudem einen weiteren Vorzug in Bezug auf die lokale Verwurzelung der Abgeordneten: Nach dem derzeitigen Wahlrecht und auf dem Entwicklungsstand des deutschen Parteiensystems ist die Wahlkreisrepräsentation fast zu einem Monopol der Unionsparteien geworden, die beispielsweise 2017 die weit überwiegende Zahl (231 von 299) der Wahlkreise gewonnen haben. Infolgedessen ist das politische Gewicht zwischen lokaler und zentraler Kandidatenaufstellung zwischen den Parteien derzeit höchst unterschiedlich verteilt. Während die Aufstellung der Wahlkreis-kandidaten in den Unionsparteien großen, ja ausschlaggebenden Einfluss auf die Zusammensetzung der Fraktion hat, liegt dieser Einfluss bei anderen Parteien fast

⁴⁵ *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (10).

⁴⁶ BVerfGE 79, 161 (167 f.); 95, 335 (354, 362, 367).

⁴⁷ *Manfred C. Hettlage*, Für ein Mandat zweimal zur Wahlurne gehen?, NJOZ 2020, 1249 (1250).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 131, 316 (337). Siehe auch *Henner Jörg Boehl*, Zu viele Abgeordnete im Bundestag?, ZRP 2017, 197 (199).

⁴⁹ Siehe dazu *Heinrich Lang*, Wahlrecht und Bundesverfassungsgericht, 2014, S. 46 mit Fn. 49.

ausschließlich aufseiten der Landesliste. Die verbundene Mehrheitsregel würde dazu führen, dass das lokale Recht der Kandidatenaufstellung in den anderen Parteien aufgewertet würde.

d) Zwischenergebnis

Es liegt somit kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl gem. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vor.

5. Insbesondere: Das Problem des Ausschlusses parteiloser Wahlkreisbewerber

Die Einführung einer verbundenen Mehrheitsregel könnte allerdings die passive Wahlsrechtsgleichheit parteiloser Wahlkreisbewerber verletzen.

Die Konditionierung der Direktmandatsverteilung durch das Ergebnis der Listenwahl stellt offenkundig einen Eingriff in das passive Wahlrecht *parteiloser Wahlbewerber* dar. Der Vorschlag führt dazu, dass sich Wahlbewerber ohne Parteizugehörigkeit zwar im Rahmen des Kreiswahlvorschlagsrechts gem. § 20 Abs. 3 BWG für die Wahl des Direktmandates aufstellen lassen können, es ihnen jedoch faktisch unmöglich gemacht wird dieses auch zu gewinnen, da ihr Direktmandat niemals durch das Listenergebnis der Zweitstimme „gedeckt“ wäre.

a) Chancengleichheit parteiloser Wahlbewerber

Sicher spielt das Phänomen parteiunabhängiger Wahlkreisbewerber empirisch keine große Rolle. Mit Ausnahme des 1. Deutschen Bundestages hat es erfolgreiche parteilose Bewerber in der Bundesrepublik nicht mehr gegeben, parteiunabhängige Abgeordnete also nur noch als ausgetretene oder ausgeschlossene aus den Fraktionen.⁵⁰ Gleichwohl hat die Frage normativ eine sehr grundsätzliche Bedeutung, weil sich an ihr entscheidet, in welchem Maße der Zugang zur Repräsentation durch die Parteien auch rechtlich monopolisiert ist. Deswegen haben nicht nur Parteien, sondern alle Aktivbürger, denen

⁵⁰ Siehe auch die ausführliche Auflistung der Ergebnisse von Einzelbewerbern in Deutschland seit 1945 unter: <https://www.wahlen-in-deutschland.de/bEZB.htm>; zuletzt abgerufen am 2.12.2020, wonach bspw. bei der Bundestageswahl 2017 fast alle parteilosen Wahlkreisbewerber weniger als 1,0% der Stimmenanteile verzeichnen konnten.

Art. 38 Abs. 2 GG die Wählbarkeit ausdrücklich garantiert, als Wahlbewerber ein Recht auf Chancengleichheit, das auch für die Wahlvorbereitung gilt.⁵¹ Die Möglichkeit, Wahlvorschläge zu machen, ist ein Kernstück des Bürgerrechts auf *aktive Teilnahme* an der Wahl.⁵² Das Bundesverfassungsgericht hat überdies die demokratische Relevanz der bloßen Möglichkeit einer chancengleichen Teilnahme eines unabhängigen Bewerbers herausgestellt, denn dies könne für die zuständigen Parteigremien ein Anlass sein, sich sorgfältiger um die Auswahl eines Wahlkreiskandidaten zu bemühen, der das Vertrauen der Wählerschaft auch über die engen Parteigrenzen hinaus genießt.⁵³

Auch der Grundsatz der freien Wahl fordert grundsätzlich ein freies Wahlvorschlagsrecht für alle Wahlberechtigten,⁵⁴ das – zumindest im Zusammenwirken mit anderen Wahlberechtigten⁵⁵ – als integrierender Bestandteil des (aktiven) Wahlrechts garantiert ist. Das macht es rechtfertigungsbedürftig, die Wahlkreiskandidatur rechtlich an das Erfordernis einer Parteimitgliedschaft zu knüpfen.

b) *Keine zwingenden Gründe für die Monopolisierung durch Parteien bei fortbestehender listenunabhängiger Personenwahl*

Differenzierungen bei der passiven Wahlrechtsgleichheit sind nur aus zwingenden Gründen zulässig. Als ein solcher zwingender Grund kommt nur die Funktion der politischen Parteien bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahl in Frage. Ihr verfassungsrechtlicher Rang ist allgemein anerkannt.⁵⁶ Trotzdem zieht die Formulierung des Art. 21 GG, wonach Parteien an der politischen Willensbildung *mitwirken*, der parteipolitischen Monopolisierung der Willensbildung bewusst Grenzen. Denn indem durch Art. 38 Abs. 1 GG das Bekenntnis zum repräsentativen Status der Abgeordneten

⁵¹ BVerfGE 7, 63 (70 f.); 21, 196 (199); 41, 399 (413 f.): „Der Grundsatz der Chancengleichheit fordert, daß die Rechtsordnung jeder Partei und jedem Wahlbewerber grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und Wahlverfahren und damit die gleiche Chance im Wettbewerb um die Wählerstimmen gewährleistet (BVerfGE 21, 196 [200]).“ Siehe auch *Peter Müller*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 144.

⁵² BVerfGE 41, 399 (417).

⁵³ BVerfGE 41, 399 (418).

⁵⁴ BVerfGE 41, 399 (417).

⁵⁵ Nach § 20 Abs. 3 S. 1 BWG müssen Kreiswahlvorschläge „von mindestens 200 Wahlberechtigten des Wahlkreises persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein“. Diese Regelung sollte auch im Lichte des hier untersuchten Reformgegenstandes beibehalten werden, da durch das Unterschriftenquorum die Vermutung begründet wird, dass hinter dem Wahlvorschlag eine politisch ernst zu nehmende Gruppe steht (vgl. BVerfGE 12, 135 [137]; 14, 121 [135]).

⁵⁶ BVerfGE 11, 266 (273).

manifestiert ist, wird der Anspruch eines parteipolitischen Monopols, die Willensbildung des Volkes vorzuformen und zu beeinflussen, verfassungskräftig abgewehrt.⁵⁷ Es ist, wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, integraler Bestandteil des Wahlrechts eines Wahlbewerbers, „ob er sich im Vertrauen auf die Zugkraft seiner Persönlichkeit allein zur Wahl stellen oder im Wahlkampf die Hilfestellung einer politischen Partei in Anspruch nehmen will“⁵⁸. Eine Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechts für politische Parteien wurde auf Ebene der Landesverfassungsgerichte bereits für verfassungswidrig erklärt.⁵⁹

Demnach erscheint es verfassungsrechtlich unumgänglich, dass sich Wahlbewerber im Rahmen des Kreiswahlvorschlags auch ohne Parteizugehörigkeit zur Wahl stellen können und letztlich auch gewählt werden können, denn nur so kann sich die repräsentative Funktion der Abgeordneten verwirklichen und wird der Freiheit des Mandats genügend Nachdruck verliehen.

„Eine gesetzlich erzwungene Verengung des Wahlrechts auf die Auswahl zwischen den von den politischen Parteien aufgestellten Wahlkreiskandidaten liefe auf eine Mediatisierung der keiner Partei angehörenden Bürger hinaus, die der Grundsatz der freien Wahl nicht mehr zulässt.“⁶⁰

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Sicherung des Charakters der Wahl und insbesondere die Gewährleistung eines arbeitsfähigen Parlaments zwar zu gewissen Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit führen (siehe z.B. die Verfassungsmäßigkeit der 5%-Sperrklausel⁶¹), allerdings ist es auch unter diesem Aspekt verfassungsrechtlich nicht uneingeschränkt erlaubt, bereits im Vorfeld der Wahl unabhängigen Bewerbern den Gewinn eines Mandats durch die Gestaltung des Wahlsystems zu verwehren und so einen faktischen Ausschluss parteiloser Wahlbewerber vorzunehmen.⁶²

⁵⁷ BVerfGE 20, 56 (114).

⁵⁸ BVerfGE 41, 399 (417).

⁵⁹ Vgl. dazu das Urteil des Wahlprüfungsgerichts beim Abgeordnetenhaus von Berlin vom 12. November 1975 - WPG 2/75 - NJW 1976, 560.

⁶⁰ BVerfGE 41, 399 (417).

⁶¹ BVerfGE 1, 208 (247 ff.).

⁶² Vgl. BVerfGE 41, 399 (421).

Dem steht auch nicht entgegen, dass Listen ebenfalls nur von Parteien eingereicht werden können (§ 27 Abs. 1 S. 1 BWG). Denn bei Listen ist die Monopolisierung durch Parteien eine durch den Gedanken des Verhältniswahlrechts schlechthin zwingende Notwendigkeit. Das ist es bei Wahlkreisbewerbern nicht.

Eine verbundene Mehrheitsregel wäre daher nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie für parteilose Wahlkreisbewerber eine Ausnahmeregelung zur Koppelung der Erststimme an das Zweistimmenergebnis formulieren und somit die Verflechtung in diesem Sonderfall aufheben würde. Für die Gestaltung einer solchen Sonderregelung sind unterschiedliche Wege denkbar, solange dem Grundsatz der Chancengleichheit der Wahlbewerber ausreichend Rechnung getragen wird. Rechtlich vorstellbar wäre u.a. die Einfügung einer Ausnahme der Konditionierung der Erststimme bei Einzelbewerbern unmittelbar im § 5 BWG oder aber auch (und systematisch wohl naheliegender) im § 20 Abs. 3 BWG. Die Regelung des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG, die eine Nichtberücksichtigung der Zweitstimmen derjenigen Wähler vorsieht, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, müsste bei Einführung einer Sonderregelung für parteilose Einzelbewerber erhalten bleiben, um weiterhin doppelte Stimmgewichte dieser Wähler zu vermeiden.⁶³

Ersichtliche Nachteile wären mit einer solchen Ausnahmeregelung nicht verbunden. Insbesondere würde sie nicht nur einer Beeinträchtigung der Proportionalität führen, da parteilose Abgeordnete das Stimmenverhältnis zwischen den Fraktionen in keiner Weise beeinflussen. Auch die Funktionsfähigkeit des Parlaments wäre nicht ernstlich berührt, da ein nennenswerter Erfolg parteiunabhängiger Wahlkreiskandidaturen weder derzeit noch in Zukunft zu erwarten ist. Das Missbrauchsrisiko durch Parteien, die ihnen nahestehende, lokal bekannte Bewerber als Wahlkreiskandidaten aufstellen könnten, um sie nach erfolgreicher Wahl in ihre Fraktionen aufzunehmen, erscheint gering, da die Parteien dann im Erststimmewettbewerb auf den Pull-Effekt der Parteizugehörigkeit verzichten müssten.

c) *Alternative: Reines Listen- oder Einstimmenwahlrecht*

Eine denkbare Alternative, die eine solche Sonderregelung nicht erforderlich machen würde, liegt außerhalb des Gutachtenauftrags, sei aber gleichwohl erwähnt: Etwas

⁶³ Vgl. *Sophie-Charlotte Lenski*, Paradoxien der personalisierten Verhältniswahl, AöR 134 (2009), S. 474 (486 f.).

anderes dürfte dann gelten, wenn der Gesetzgeber sich für die gänzliche Abschaffung einer von der Listenwahl rechtlich unabhängigen Personenwahl entscheidet, sei es durch ein reines (föderales) Listenwahlrecht, sei es durch ein Einstimmenwahlrecht, bei dem die Stimme zugleich für eine Parteiliste *und* für den Wahlkreisbewerber einer Partei abgegeben wird. In einem solchen Wahlrecht, dessen Verfassungsmäßigkeit nicht zweifelhaft ist, wäre die Monopolisierung des Vorschlagsrechts bei politischen Parteien eine technisch zwingende Notwendigkeit und daher eher geeignet, die Einschränkung der Chancengleichheit zu rechtfertigen.

IV. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit

Eine verbundene Mehrheitsregel müsste außerdem dem wahlrechtlichen *Grundsatz der Systemgerechtigkeit* entsprechen, der ein Postulat des allgemeinen Gleichheitssatzes ist und als solches in der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts „für sich genommen ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Durchsetzung des Grundsatzes der gleichen Wahl“⁶⁴. Der Gedanke der Systemkonsequenz besagt allgemein, dass einmal vom Gesetzgeber getroffene Systementscheidungen innerhalb des Wahlsystems nicht ohne hinreichenden Grund wieder durchbrochen werden dürfen.⁶⁵

1. Zur Frage eines Systemwechsels durch die verbundene Mehrheitsregel

Ein willkürlicher Verstoß würde schon dann nicht vorliegen, wenn mit Einführung der verbundenen Mehrheitsregel ein Systemwechsel vorliegen würde. Ein solcher Systemwechsel ist gegeben, wenn sich der Gesetzgeber im Rahmen seiner Ausgestaltungsfreiheit des Art. 38 Abs. 3 GG für eine neues Wahlrechtssystem entscheidet, d.h. beispielsweise nun ein reines Verhältniswahlrecht oder auch ein reines Mehrheitswahlrecht wählt.⁶⁶ Nach einem solchen Systemwechsel wären Regelungen schließlich nur noch an der neuen, nicht aber an der alten Systemrationalität zu messen.

⁶⁴ BVerfG (K), NVwZ 2005, 568.

⁶⁵ Siehe oben unter I.3.

⁶⁶ Vgl. *Christian Burkiczak*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wahl des Deutschen Bundestages, JuS 2009, 805 (806).

Die Einführung einer verbundenen Mehrheitsregel bleibt insofern innerhalb des bisherigen Wahlsystems, als das zweispurige System der §§ 5 und 6 BWG aufrechterhalten und somit auch das Nebeneinander von Mehrheits- und Verhältniswahl beibehalten wird. Allerdings werden diese zwei Systeme in ein neues Verhältnis zueinander gesetzt: Durch die Konditionierung der Erststimmen mit den Zweitstimmen werden beide Teilsysteme noch weiter miteinander verschränkt; es entsteht eine noch weitergehende Koppelung und damit ein *teilweise neues Mischsystem*.

Reicht diese neue Dimension des Mischsystems bereits aus, um von einem *Systemwechsel* des Gesetzgebers zu sprechen? Systemwechsel sind nicht nur *radikale* Systembrüche und völlige Neugestaltungen des Wahlrechts. Der Gesetzgeber kann auch durch eine *andere Kombination* aus Mehrheits- und Verhältniswahl eine neue Richtung des Wahlrechts vorgeben und damit eine neue Systementscheidung treffen.⁶⁷ Dabei ist es natürlich immer eine begrenzt rationalisierbare Frage der Darstellung und der Wertung, was im Wahlrecht nun konkret als neue Systementscheidung einzustufen ist und was demgegenüber nur eine Veränderung innerhalb des Systems darstellt.⁶⁸ Die Differenzierung zwischen Systemwandel und Systemmodifizierung ist demnach eine von normativen Wertungen abhängige Interpretationsfrage und keine Frage der Logik. Sie ist daher für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der verbundenen Mehrheitsregel nur bedingt aussagekräftig.

Vielmehr ist zu fragen, ob die vorgeschlagene Modifizierung der Erststimme überhaupt einen willkürlichen Verstoß gegen die Systematik des Bundeswahlgesetzes darstellen würde.

2. Willkürlicher Verstoß gegen die Systematik des Bundeswahlgesetzes

a) Personen- und Mehrheitswahl als erstrangige Systementscheidung?

Um einen Verstoß feststellen zu können, ist zunächst zu prüfen, ob die in § 5 BWG manifestierte Personenwahl, welche den Regeln der Mehrheitswahl folgt, ein

⁶⁷ BVerfGE 131, 316 (335 f.).

⁶⁸ Gerade deswegen wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Systemgerechtigkeit auch mit sehr guten Gründen für verfehlt gehalten: Siehe *Sigrid Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 89 f. m.w.N.

erstrangiges Axiom des normierten Wahlrechts ist und dieses nahezu charakterisiert. Ein solches wahlrechtliches Kernelement lässt sich anhand des Zwecks des Wahlsystems und seiner Entstehungsgeschichte identifizieren.⁶⁹

Schon nach § 1 Abs. 2 BWG „werden 299 [Abgeordnete] nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen“ gewählt. Weiter bestimmt § 5 S. 1 BWG, dass in jedem Wahlkreis ein Abgeordneter gewählt wird, welcher gem. § 5 S. 2 BWG durch eine relative Mehrheit der Stimmen bestimmt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die personalisierte Wahlkreisrepräsentation eine besondere verfassungsrechtliche Bedeutung im Wahlsystem:

„Auf diese Weise möchte der Gesetzgeber die Verbindung zwischen Wählern und Abgeordneten, die das Volk repräsentieren, stärken und zugleich in gewissem Umfang der dominierenden Stellung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) ein Korrektiv im Sinne der Unabhängigkeit der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) entgegensetzen. Durch die Wahl der Wahlkreiskandidaten soll zumindest die Hälfte der Abgeordneten eine engere persönliche Beziehung zu ihrem Wahlkreis haben (vgl. BVerfGE 7, 63 [74]; 16, 130 [140]; 41, 399 [423]; 95, 335 [358]).“⁷⁰

Das geltende Wahlsystem kann daher nicht nur ausschließlich vom Prinzip der Verhältniswahl als Systementscheidung gedacht werden. Das Personalisierungselement tritt vielmehr als „von der Verfassung legitimierte Zielsetzung“⁷¹ und „staatspolitisches Ziel der Parlamentswahl“⁷² erstrangig dazu, wenn auch in der Gesamtbetrachtung des Wahlrechts⁷³ die Proportionalwahl prävalent hervortritt. Das Element der „Personenwahl“ charakterisiert damit das Wahlsystem als eine der maßgeblichen Grundentscheidungen (vgl. so auch schon § 1 Abs. 1 S. 2 a. E. BWG), schon weil eine Personenwahl nur als Mehrheitswahl logisch denkbar ist.⁷⁴

Die Personenwahl mit der damit verbundenen Wahlkreisrepräsentation und der einhergehenden Mehrheitswahl ist daher als erstrangige Systementscheidung zu klassifizieren.

⁶⁹ Siehe dazu konkret: *Michael Morlok*, Demokratie und Wahlen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift für das Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 599 (606).

⁷⁰ BVerfGE 131, 316 (365 f.).

⁷¹ BVerfGE 95, 335 (395).

⁷² BVerfGE 95, 335 (395).

⁷³ Siehe dazu bereits Ausführungen unter I.3.

⁷⁴ Vgl. dazu *Karl-Ludwig Strelen*, in: BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 5 Rn. 2.

b) *Verbundene Mehrheitsregel als willkürlicher Verstoß gegen die erstrangige Systementscheidung?*

Mit der verbundenen Mehrheitsregel wird in einigen Wahlkreisen nicht der Erstplatzierte zum Wahlkreisgewinner, sondern es kann – aufgrund der Konditionierung mit dem Zweitstimmenergebnis – die Zweit- oder Drittplatzierte den Wahlkreis im Bundestag als Abgeordnete vertreten. Das hinter der Personalwahl stehende Repräsentationsprinzip wird dabei allerdings insofern beibehalten, als weiterhin alle Wahlkreise politisch repräsentiert werden, wenn auch nicht mehr notwendig durch den Gewinner der relativ meisten Stimmen.

aa) *Das Verhältnis von Erst- und Zweistimme als „System“*

Nun ist die Personenwahl allerdings gerade charakterisiert durch die Entscheidung für einen *bestimmten Wahlkreisbewerber als Einzelbewerber* – unabhängig von dem jeweiligen Wahlergebnis der Partei. Gerade die Möglichkeit parteiloser Wahlkreisbewerber macht deutlich, dass bei der Personalwahl das *Personalisierungselement* i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG entsprechend der Rationalität des Systems von dem Parteelement i.S.d. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG *unabhängig* ist und verschiedene Grundpfeiler des Wahlsystems (Wahl von Personen *und* Parteien) darstellt. Die Bedingung der Erststimmen durch die Zweitstimmen wäre damit als Systemabweichung innerhalb des zweispurigen Wahlsystems einzuordnen.

Durch die Bedingung des Wahlkreisgewinns mit dem aus der Verhältniswahl rührenden Parteien-Zweitstimmenergebnisse, werden diese zwei Elemente voneinander abhängig gemacht. Allerdings ist ohnehin bereits jetzt das Zweitstimmen-Ergebnis mit dem Erststimmen-Ergebnis verbunden, schließlich sieht § 6 Abs. 4 S. 1 BWG hier eine entsprechende Anrechnung der Direktmandate auf die Landesliste vor. Die Wahlkreisrepräsentation hat daher schon bisher nicht annähernd das gleiche normative Gewicht wie die proportionale Repräsentation. Das zeigt sich schon daran, dass in den Wahlkreisen trotz des Vielparteiensystems mit relativer Mehrheit ohne Stichwahl gewählt wird. Wahlkreissieger mit Ergebnissen unter dreißig Prozent, die in einer Stichwahl einem Wahlbündnis nahezu sicher unterliegen würden und hinter denen daher gerade nicht die politische Richtungsmehrheit des Wahlkreises steht, werden gerade deswegen als unbedenklich behandelt, weil sie für die politischen Mehrheitsverhältnisse gleichgültig sind.

Die verbundene Mehrheitsregel würde die Anrechnung lediglich auch in umgekehrter Richtung einführen.

bb) Sachliche Gründe für die Abweichung vom reinen System der relativen Mehrheitspersonenwahl im Wahlkreis

Eine Systemabweichung ist dann nicht willkürlich und damit verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn ein sachlicher und rechtfertigender Grund vorliegt.

Ein solcher sachlicher Grund liegt gerade in der Durchsetzung der Proportionalität des Wahlsystems bei gleichzeitiger Gewährleistung der gesetzlichen Mitgliederzahl und damit in der Wahrung der demokratischen Chancengleichheit bei gleichzeitiger Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments. Das System der verbundenen Mehrheitsregel ist auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Hinsichtlich der Erforderlichkeit ist auf die vorigen Ausführungen zu verweisen.⁷⁵ Insbesondere sind andere Mittel zur Erreichung des Ziels (wie bspw. eine sog. Kappungsgrenze) weder milder noch gleich effektiv, weil bei der verbundenen Mehrheitsregel – sieht man vom Sonderfall parteiloser Wahlkreismandate ab – keine Überhangmandate mehr anfallen können.

Die Systemabweichung ist ohnehin gering. Auch nach Einführung einer verbundenen Mehrheitsregel würden im Wahlkreis weiterhin Personen gewählt, die vorher als Wahlkreisbewerber Wahlkampf geführt haben und damit den Wahlberechtigten vor Ort bekannt sind, d.h. eine entsprechende Verbindung zum Wahlkreis aufweisen und gerade „als Person“ gewählt werden. In den meisten Fällen wird auch weiterhin der Erstplatzierte das Wahlkreismandat gewinnen, sodass insofern keine Änderung des bisherigen Systemgrundsatzes vorliegt. Nur in wenigen Fällen (in denen bisher Überhangmandate angefallen sind) repräsentiert der Zweit- oder im absoluten Ausnahmefall der Drittplatzierte den Wahlkreis. Angesichts der mittlerweile verhältnismäßig ohnehin recht niedrigen Stimmenzahl in den Wahlkreisen⁷⁶, sind es oft nur wenige Prozente, die für den Wahlsieg entscheidend sind. Damit sind die Wahlunterschiede zwischen den Erst-, Zweit- und gar Drittplatzierten oft marginal. Und schließlich wahrt die verbundene

⁷⁵ Siehe dazu III.4.c).

⁷⁶ *Karl-Ludwig Strelen*, in: BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 5 Rn. 2; *Sophie Schönberger*, Die personalisierte Verhältniswahl, JöR (2019), S. 1 (3 ff.).

Mehrheitsregel im Gegensatz etwa zu einer Kappungsgrenze auch den Grundsatz der gleichmäßigen Wahlkreisrepräsentation.

Die verbundene Mehrheitsregel ist daher auch unter dem Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Hilfsüberlegung: Abkehr vom zweispurigen Wahlsystem

Selbst wenn man – im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung – von der Willkürlichkeit der Systemabweichung ausgeht, wäre der Weg zu einer verbundenen Mehrheitsregel gleichwohl verfassungsrechtlich nicht versperrt. Der Gesetzgeber könnte nämlich auch durch eine Streichung des § 5 BWG eine gänzliche Abkehr vom zweispurigen System zum Ausdruck bringen und damit beide Teilsysteme endgültig harmonisieren. Er könnte dann den Gesichtspunkt der gleichmäßigen Wahlkreisrepräsentation auf andere Weise regeln, nämlich etwa dadurch, dass die Parteistimme zugleich für den Wahlkreis kandidaten dieser Partei abgegeben wird.⁷⁷

Damit würde ein „echtes Mischsystem“ manifestiert, sodass die Mehrheitswahl von Personen nicht mehr als (mehr oder weniger) gleichrangiges Axiom des Wahlsystems neben der Proportionalwahl stände. Das bisherige Wahlrecht entsprechend der „Zwei-Systeme-Theorie“ würde mit der Abschaffung des zweispurigen Systems systemimmanent vervollständigt werden und als eigenständige Systematik weder Mehrheits- noch Verhältniswahl darstellen, sondern vielmehr als ein Wahlsystem *sui generis* einzuordnen sein.

Durch die Abschaffung des zweispurigen Systems würde auch schon implizit die Abschaffung der alten Regelung deutlich und damit eine neue Systementscheidung getroffen werden, in welcher die verbundene Mehrheitsregel zweifellos folgerichtig wäre.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die verbundene Mehrheitsregel zwar eine Systemabweichung darstellen könnte, als allerdings gut begründbar und daher mit dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit vereinbar wäre.

⁷⁷ Zu einem solchen Modell etwa *Christoph Schönberger/Sophie Schönberger*, Die Lebenslüge des deutschen Wahlrechts, F.A.Z. v. 9. Mai 2019, S. 6.

V. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl

Das Konzept der verbundenen Mehrheitsregel müsste zudem mit dem ebenfalls aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG resultierenden Wahlgrundsatz der *Unmittelbarkeit der Wahl* übereinstimmen.

1. Allgemeine Anforderungen

Dieses Kriterium erfordert, dass die Mitglieder der Volksvertretung *direkt* gewählt werden. Ausgeschlossen ist somit ein Wahlverfahren „bei dem zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung eine Instanz eingeschaltet ist, die nach ihrem Ermessen den Vertreter auswählt“⁷⁸, mithin auch das Hinzutreten einer politischen Willensentscheidung, die nach eigenem Ermessen das Wahlergebnis abändern kann⁷⁹. Die Listenwahl, bei der die Wahl eines Bewerbers von der Mitwahl weiterer Bewerber abhängig gemacht werden kann, ist zulässig, solange die Wähler das letztentscheidende Wort haben.⁸⁰

Hintergrund dieses Erfordernisses ist, dass der Einfluss des Volkes auf die personelle Zusammensetzung des Parlaments maximiert und im Gegenzug der Einfluss anderer Kräfte minimiert wird.⁸¹ Jedem Wähler muss so die Möglichkeit eingeräumt werden, die zukünftigen Abgeordneten durch die Stimmabgabe selbsttätig zu bestimmen.⁸² Aufgrund des einer Wahl innewohnenden Wettbewerbscharakters ist freilich keine Vorhersehbarkeit des Wahlergebnisses zu fordern, vielmehr genügt es dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, dass für den Wähler bereits vor dem Wahlakt *erkennbar* ist, wie sich die eigene Stimmabgabe auf den Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann.⁸³

Allerdings erfordert der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl gerade nicht, dass die exakten Ergebnisse der Stimmabgabe bereits im Vorhinein unabhängig von anderen

⁷⁸ BVerfGE 47, 253 (279 f.).

⁷⁹ BVerfGE 7, 63 (68); 47, 253 (279).

⁸⁰ BVerfGE 3, 45 (49 f.); 7, 63 (68f.); 7, 77 (84 f.).

⁸¹ *Martin Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 79.

⁸² BVerfGE 7, 63 (68).

⁸³ BVerfGE 95, 335 (350); 121, 266 (307).

Faktoren feststehen. Insbesondere das Mischsystem aus Mehrheits- und Verhältniswahl schafft mannigfaltige Koppelungseffekte im Bundeswahlrecht, die vom Bundesverfassungsgericht gebilligt werden.⁸⁴ Entscheidend ist lediglich, dass bereits bei der Stimmabgabe für die Wähler erkennbar ist, dass ihre Stimmen bestimmten oder bestimmbaren Wahlbewerbern zugerechnet werden und die Wähler so die potenziellen Effekte ihre Stimme erkennen können.⁸⁵ „Für den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl ist zwar nicht entscheidend, dass die Stimme tatsächlich die vom Wähler beabsichtigte Wirkung entfaltet; ausreichend ist die Möglichkeit einer positiven Beeinflussung des Wahlergebnisses.“⁸⁶

2. Die eindeutige Berechenbarkeit der Konditionierung

Die Konditionierung der Erststimme durch die Anzahl der aus der Zweitstimmenverteilung eroberten Listenplätze könnte jedoch einen weiteren Entscheidungsschritt zur Mandatsvergabe bedeuten, welcher der Stimmabgabe nachgeschaltet wird. Dies wäre dann nicht mit dem Unmittelbarkeitsgebot vereinbar, wenn die Entscheidung über die Vergabe des Direktmandates somit erst nach der Stimmauszählung einer weiteren Instanz überlassen wird und so nicht mehr direkt durch den Wähler bestimmt wird. Dies ist aber nicht der Fall.

Im Reformvorschlag findet eine Anpassung der Auswahl derjenigen Kandidaten statt, die über die Erststimme ein Direktmandat erwerben, wenn deren Erststimmenergebnis nicht durch das Zweitstimmenergebnis gedeckt ist, so dass es dadurch zu Zuteilungsmodifikationen der Wahlkreisabgeordneten kommt. Dies geschieht durch eine dem jeweiligen Wahlverhalten angepasste Berechnung im Nachgang der Wahl.

Das Kriterium der Zuteilung von Direktmandaten in Abhängigkeit von deren *Deckung* durch Zweitstimmen steht bereits verbindlich vor der Stimmabgabe fest und ist gesetzlich zweifelsfrei bestimmt. Die Etablierung gewisser Verteilungsattribute stellt gerade keinen willkürlichen oder voluntativen Zwischenschritt dar, wie es beispielsweise eine Entscheidung nach der Wahl anhand offener Kriterien wäre. Die Mandatsverteilung wird mithin keiner weiteren Entscheidungsinstanz überlassen. Vielmehr gilt auch und

⁸⁴ BVerfGE 121, 266 (307).

⁸⁵ BVerfGE 7, 63 (68 ff.); 97, 317 (326); 121, 266 (307).

⁸⁶ BVerfGE 121, 266 (307).

gerade im Mehrheitswahlrecht, dass Qualität und Bezug der Mehrheit festzulegen sind.⁸⁷

Parallelen zum Mechanismus der Sperrklausel gem. § 6 Abs. 3 BWG drängen sich auch hier auf, denn auch dort steht erst nach Abgabe der Stimme fest, ob die Sperrklausel überwunden wurde – wobei das dieser Entscheidung zugrundeliegende Kriterium bereits vor der Wahl für die Wähler erkenntlich ist und für die eigene Wahlentscheidung berücksichtigt werden kann.⁸⁸

Die Verteilung der Direktmandate wird mithin nicht beliebig bestimmt, sondern folgt einer Konditionierung durch das Listenergebnis der Zweitstimme und wird so in einer logisch ersichtlichen Reihenfolge vorgenommen. Es findet eine eindeutige Zuordnung der Wahlstimme für den jeweiligen Wahlbewerber statt und diese wirkt sich zweifelsfrei positiv auf dessen Erfolgswahrscheinlichkeit aus. Die Mandatsverteilung bleibt Folge des Wahlergebnisses, womit die Möglichkeit der Beeinflussung des Wahlergebnisses durch die Wähler nicht verfassungswidrig berührt wird.

Auch in der Konstellation, in der die Anzahl der Direktmandate die errungenen Listenplätze einer Partei übersteigt, es also zu dem mit der verbundenen Mehrheitswahl intendierten Effekt der Begrenzung der Anzahl der einer Partei zugeteilten Direktmandate kommt, beeinflusst die Wählerstimme insofern in einer potenziellen Effektivität die Wahl, als dass stets die Wahlbewerber einer Partei das Direktmandat beanspruchen können, die den verhältnismäßig höchsten Anteil an Wählerstimmen verbuchen. Das Wahlverhalten des Wählers schlägt sich demnach unter allen denkbaren Gesichtspunkten im Wahlergebnis nieder – auch wenn sich nicht unter allen Umständen die beabsichtigte Wirkung entfaltet. Dies ist jedoch, wie bereits beschrieben, keine Bedingung für die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl.

Die potenziellen Effekte der Wählerstimme sind nach einer verbundenen Mehrheitsregel auch eindeutig erkennbar. Weil Überhangmandate vermieden werden, sind mögliche Proporzverzerrungen, die sich nach derzeitigem Wahlrecht ansonsten aus der Divergenz von Erst- und Zweitstimmen ergeben können, von vornherein ausgeschlossen. Somit folgt aus der Abgabe *einer* Erstwahlstimme (potenziell) tatsächlich *ein* Mandat, ohne dass durch ein bestimmtes Wahlverhalten anderweitige unvorhersehbare

⁸⁷ Hans Meyer, Demokratische Wahlen und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 37 Rn. 16.

⁸⁸ Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel BVerfGE 82, 322 (338).

Folgewirkungen in Bezug auf die Parlamentsgröße und -zusammensetzung (Überhang- und Ausgleichsmandate) eintreten können.

Zuletzt führt die verbundene Mehrheitsregel nicht zu paradoxen Effekten bei der Mandatsverteilung, wie beispielsweise einem negativen Stimmgewicht⁸⁹, so dass auch insofern keine Konflikte mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz feststellbar sind. Denn jede für einen Wahlkreiskandidaten abgegebene Erststimme erhöht die Wahrscheinlichkeit für dessen Erfolg um den identischen Faktor: Je höher der Erststimmenanteil, desto höher – wenigstens im Vergleich mit anderen Wahlkreisen – die Erfolgswahrscheinlichkeit. Reverse Effekte sind nicht konstruierbar.

Eine Wahl nach dem Konzept der verbundene Mehrheitsregel verstößt nicht gegen den aus Art. 38 Abs. S. 1 GG resultierenden Wahlgrundsatz der *Unmittelbarkeit der Wahl*.

VI. Zusammenfassung

Eine Änderung des § 5 S. 2 BWG, wonach der Bewerber gewählt ist, der die meisten *durch Zweitstimmen gedeckten* Erststimmen auf sich vereinigt (verbundene Mehrheitsregel), wäre verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, sofern eine Ausnahmeregelung der Konditionierung der Erststimme durch das Zweitstimmenergebnis für parteilose Wahlkreisbewerber eingeführt wird. Sie verstößt insbesondere nicht gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Erfolgchancengleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl.

Hamburg, den 25. März 2022

(gez.) Prof. Dr. Florian Meinel

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 121, 266; *Peter Müller*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 136.