



Ausarbeitung

Wahlrechtsreform: Verbundene Mehrheitswahl mit Ersatzstimme
Verfassungsrechtliche Betrachtung

Wahlrechtsreform: Verbundene Mehrheitswahl mit Ersatzstimme
Verfassungsrechtliche Betrachtung

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 117/22
Abschluss der Arbeit: 12.08.2022
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Modell der verbundenen Mehrheitswahl mit Ersatzstimme	4
3.	Verfassungsrechtliche Einordnung der verbundenen Mehrheitsregel	5
3.1.	Gleichheit der Wahl	6
3.1.1.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	7
3.1.2.	Legitimer Zweck – Funktionsfähigkeit des Bundestages	8
3.1.3.	Geeignetheit und Erforderlichkeit	9
3.1.4.	Zwischenergebnis	9
3.2.	Keine verfassungsrechtliche Vorgabe des Wahlsystems	9
3.3.	Demokratieprinzip	11
3.4.	Keine Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechts bei den Parteien – Parteilose Kandidaten	12
4.	Verfassungsrechtliche Einordnung der Ersatzstimmen	13
4.1.	Bundesverfassungsgericht zur Eventualstimme bei Fünf-Prozent-Sperrklausel	13
4.2.	Gleichheit der Wahl	14
4.3.	Unmittelbarkeit der Wahl	16
4.4.	Öffentlichkeit der Wahl	17
4.5.	Demokratieprinzip	18
4.6.	Rechtsstaatsprinzip – Gebot der Normenklarheit	18
4.7.	Vorgeschlagene Alternativen zur Ersatzstimme	19
5.	Weitere Regelungserfordernisse	19
6.	Zusammenfassung	20

1. Einleitung

Das in der Beschlussvorlage zum **Eckpunktepapier** der Wahlrechtskommission des Deutschen Bundestages¹ vom 7. Juli 2022 dargestellte **Modell der verbundenen Mehrheitswahl mit Ersatzstimme**², das auf einen Vorschlag der Ampel-Koalitionäre zurückgeht, ist in der bisherigen Wahlrechtsreformdiskussion zuvor noch nicht vorgeschlagen worden.³ Sein grundsätzlicher Ansatz entspricht allerdings dem der bereits seit längerem diskutierten sog. Kappungsmodelle⁴.

Der Reformvorschlag (2.) wirft verschiedene verfassungsrechtliche Fragen auf. Dabei werden im ersten Schritt die durch das Element der verbundenen Mehrheitsregel berührten Rechte thematisiert (3.). Im zweiten Schritt wird zudem eine verfassungsrechtliche Einordnung des Vorschlages der Einführung einer Ersatzstimme vorgenommen (4.). Schließlich folgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (6.).

2. Modell der verbundenen Mehrheitswahl mit Ersatzstimme

Mit einem auf dem Grundprinzip der **personalisierten Verhältniswahl** aufbauenden System soll die genaue Einhaltung der Regelgröße des Deutschen Bundestages von 598 Sitzen sichergestellt werden. Die Beschlussvorlage zum Eckpunktepapier der Wahlrechtskommission skizziert die Elemente des Modells der verbundenen Mehrheitswahl mit Ersatzstimme wie folgt:⁵

In einem ersten Schritt werden die 598 Sitze im Verhältnis der von den Parteien bundesweit errungenen Zweitstimmen verteilt. Die danach einer Partei zustehenden Sitze werden anschließend nach dem Verhältnis der von ihr in den Bundesländern jeweils erzielten Zweitstimmen auf die Landeslisten der Partei verteilt.

1 Deutscher Bundestag, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit, Beschlussvorlage für die Sitzung am 7. Juli 2022, Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit – Eckpunkte, Beschlussvorlage, Kommissions-Drs. 20(31)029Neu, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/903330/498c43d8485fc6bf2511dc54d232d77e/K-Drs-029-Eckpunkte-zum-Zwischenbericht-data.pdf>, S. 1 f.

2 Die Bezeichnung des Modells in Medien und Wissenschaft ist derzeit uneinheitlich, gebräuchlich sind etwa Ersatzstimmenmodell, Eventualstimmenmodell oder Ampelmodell.

3 Vergleichbar ist auch das von Albert Funk vorgeschlagene „Zwei-Listen-Modell“, das jedoch zu unbesetzt bleibenenden Wahlkreisen führen kann, vgl. Funk, Einfach, gerecht, demokratisch, bundesstaatlich – Das Zwei-Listen-Modell als Ausweg aus der Sackgasse der deutschen Wahlrechtsdebatte, ZG 2018, 35.

4 Art. 1 Nr. 6 des Gesetzentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/4694; Art. 1 Nr. 10 des Gesetzentwurfs der AfD-Fraktion, BT-Drs. 19/22894; sowie in abgewandelter Form auch SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag, Eine faire und nachhaltige Wahlrechtsreform für Deutschland, 3. März 2020. Siehe zu der Kappung bereits die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 17. Dezember 2019, Verfassungsfragen der Nichtzuteilung von Mandaten, WD 3 - 3000 - 292/19, abrufbar unter <https://www.bundes-tag.de/resource/blob/703838/d756296ae1a355b739d59a7867af0fe8/WD-3-292-19-pdf-data.pdf>.

5 Deutscher Bundestag, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit (Fn. 1), S. 1 f.

Eine Partei erhält in einem Bundesland nur höchstens so viele Wahlkreismandate (**Direktmandate**), wie ihrer Landesliste Mandate zur Verfügung stehen (**Zweitstimmendeckung**). Innerhalb der Zweitstimmendeckung erhalten diejenigen Kandidierenden einer Partei ein Direktmandat, die die relative Mehrheit der Erststimmen bei der Personenwahl in ihrem Wahlkreis erringen. Verbleiben nach Zuteilung der Direktmandate nach dem Anteil der Zweitstimmen in einem Bundesland noch freie Sitze für eine Partei, so werden diese als **Listenmandate** an die auf der Landesliste Kandidierenden vergeben.

Haben jedoch mehr Kandidaten einer Partei in ihrem jeweiligen Wahlkreis die relative Mehrheit der Personenstimmen (Erststimmen) erhalten, als der Partei Listenmandate zustehen (fehlende Zweitstimmendeckung), wird den Kandidaten, die die relativ geringste Zahl an Personenstimmen in ihrem Wahlkreis erhalten haben, kein Mandat zugeteilt (**verbundene Mehrheitsregel**). So werden Überhangmandate und infolgedessen Ausgleichsmandate vermieden. Sollte ein Wahlkreismandat aufgrund dieser verbundenen Mehrheitsregel nicht an den nach Erststimmenanteilen Erstplatzierten zugeteilt werden, soll der Wahlkreis aber nicht wie bei früheren Kappungsmodellen unbesetzt bleiben.

Die Wahlrechtskommission hat sich zwar noch nicht auf einen endgültigen Vorschlag festgelegt, präferiert aber das Ersatzstimmenmodell.⁶ Danach soll ein nicht nach der verbundenen Mehrheitsregel an den Erstplatzierten zugeteilter Wahlkreis mithilfe einer **Ersatzstimme** bei der Personenwahl vergeben werden: Mit der Ersatzstimme können die Wähler eine zweite Präferenz für einen Wahlkreiskandidaten erklären. Die Ersatzstimmen der Wähler des Erstplatzierten, die aufgrund fehlender Zweitstimmendeckung nicht berücksichtigt werden, werden dann zu den Erststimmen (Erstpräferenz⁷) der anderen Wähler hinzugezählt. Das Wahlkreismandat wird an den Kandidaten mit den meisten (Erst- und Ersatz-)Stimmen und vorhandener Zweitstimmendeckung vergeben.⁸

3. Verfassungsrechtliche Einordnung der verbundenen Mehrheitsregel

Zentraler Bestandteil des Reformmodells ist, dass nicht jeder bisherige „Wahlkreissieger“, der die meisten Zweitstimmen im Wahlkreis erhält, zwingend ein Mandat zugeteilt bekommt. Dies wird zum Teil unter den verfassungsrechtlichen Aspekten der Wahlrechtsgleichheit (3.1.) und der Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip (3.2.) problematisiert.⁹ Andere haben insoweit unter dem

6 Vgl. zu den weiteren Alternativen unten Punkt 4.7.

7 Die Erststimme im Ersatzstimmenmodell wird teilweise auch als „Hauptstimme“ bezeichnet, vgl. etwa Schönberger, Krokodilstränen der Demokratie, Verfassungsblog vom 8. Juli 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/krokodilstranen-der-demokratie/>.

8 Deutscher Bundestag, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit (Fn. 1), S. 1 f.

9 Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>.

Aspekt der Freiheit des Gesetzgebers, das Wahlsystem auszugestalten, keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der verbundenen Mehrheitsregel.¹⁰ Darüber hinausgehende, anderweitige verfassungsrechtliche Fragen hinsichtlich der Ersatzstimme werden im Anschluss isoliert (unter Punkt 4.) betrachtet.

3.1. Gleichheit der Wahl

Die Nichtzuteilung von Wahlkreismandaten wird unter dem Gesichtspunkt der **Gleichheit der Wahl** (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) problematisiert, wonach alle Wahlberechtigten mit ihrer Stimme den formal gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben sollen. Die Erststimmen, die für den im Wahlkreis Erstplatzierten abgegeben wurden, für den keine Zweitstimmendeckung besteht, haben nach der verbundenen Mehrheitsregel **keinen Erfolgswert**.¹¹ Nach *Grzeszick* entscheidet so in wahlrechtsgleichheitswidriger Weise eben nicht mehr die Mehrheit im Wahlkreis über die Besetzung des Direktmandats.¹²

Für die Gleichheit der Wahl gilt bei der Mehrheitswahlkomponente der Bundestagswahl allerdings ein anderer Maßstab als bei der Verhältniswahl.¹³ Dass in der Mehrheitswahl diejenigen Wählerstimmen einen Erfolgswert von Null haben, die auf unterlegene Kandidaten entfallen, ist Wesensmerkmal der Mehrheitswahl.¹⁴ Daher genügt für die Mehrheitswahl laut Bundesverfassungsgericht statt der *Erfolgswertgleichheit* die **Gleichheit der Erfolgchance** aller Stimmen, um Wahlrechtsgleichheit zu gewährleisten.¹⁵ Die Erfolgchancengleichheit sei bereits gegeben, wenn gleich große Wahlkreise bestehen und jede Wählerstimme gleich gezählt wird.¹⁶

Diese Anforderungen könnten nach dem Reformmodell erfüllt sein, zumal bei der ergänzenden Anwendung des Ersatzstimmenmodells nicht einfach alle in einem Wahlkreis abgegebenen Erststimmen von Wählern, die einen Erstplatzierten ohne Zweitstimmendeckung gewählt haben, ohne Erfolg

-
- 10 Meinel, Ampel-Plan zur Parlamentsverkleinerung, LTO.de vom 31. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-ersatzstimme-ueberhang-direktmandat-verhaeltniswahlrecht-ampel/>; ders., Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 4 ff.; Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 1 f.; Schönberger, Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße, Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 25 f.
- 11 Bäcker/Merten, Noch nicht die Lösung, Ersatzstimmen zur Bundestagsverkleinerung, Verfassungsblog vom 22. Mai 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/noch-nicht-die-losung/>.
- 12 Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>.
- 13 BVerfGE 121, 266 (295 f.).
- 14 Rauber, Mandatslose Wahlkreissieger, ZG 2020, 149 (157 ff.); siehe auch BVerfGE 121, 266 (295).
- 15 BVerfGE 95, 335 (353); 121, 266 (295); 131, 316 (337 f.).
- 16 BVerfGE 131, 316 (338); Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 7.

bleiben, sondern stattdessen deren Ersatzstimmen gezählt werden (siehe dazu näher unten Punkt 4.2.).

Einzubeziehen ist auch, dass nach dem bestehenden Wahlrecht ebenfalls eine Anrechnung der Ergebnisse der einen Stimmenabgabe auf die der anderen stattfindet, indem bislang auch die Wahlkreisergebnisse auf die mittels Zweitstimme gewählten Listen angerechnet werden und so die Listenbewerber gegebenenfalls nicht ins Parlament einziehen, wenn entsprechend viele Wahlkreisbewerber ihrer Partei erfolgreich waren.¹⁷ Dies würde in der verbundenen Mehrheitswahl umgekehrt auch geschehen, indem eben nur bei einem entsprechenden Ergebnis in der Listenwahl auch ein Wahlkreismandat zugeteilt wird, also wenn die erforderliche Zweitstimmendeckung vorliegt.

Soweit man unter diesen Gesichtspunkten überhaupt eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit sieht,¹⁸ könnte diese gegebenenfalls gerechtfertigt sein.

3.1.1. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit sind nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts **verfassungsrechtlich zu rechtfertigen**. Voraussetzung ist, dass diesen ein durch die Verfassung legitimierter Grund gegenüber steht. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu exemplarisch ausgeführt:

„Aus dem formalen Charakter des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit folgt ferner, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt (...). Diese Differenzierungen bedürfen zu ihrer **Rechtfertigung** stets eines besonderen, sachlich legitimierten Grundes. Es muss sich um Gründe handeln, die durch die Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht wie die Gleichheit der Wahl sind (...).

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, **verfassungsrechtlich legitime Ziele** und den Grundsatz der Gleichheit der Wahl zum Ausgleich zu bringen (...). Das Bundesverfassungsgericht prüft lediglich, ob die verfassungsrechtlichen Grenzen eingehalten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (...). Das Bundesverfassungsgericht kann daher, sofern die differenzierende Regelung an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl nur feststellen, wenn die Regelung zur Erreichung dieses Zieles nicht **geeignet** ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Zieles **Erforderlichen** überschreitet.¹⁹

17 Vgl. Meinel, in „Warum der Streit ums Wahlrecht vor Gericht enden könnte“, Spiegel.de, 6. Juli 2022; ders., Ampel-Plan zur Parlamentsverkleinerung, LTO.de vom 31. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-ersatzstimme-ueberhang-direktmandat-verhaeltniswahlrecht-ampel/>.

18 Dies ablehnend u.a. Schönberger, Krokodilstränen der Demokratie, Verfassungsblog vom 8. Juli 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/krokodilstranen-der-demokratie/>.

19 BVerfGE 131, 316 (338), Hervorhebung nur hier.

3.1.2. Legitimer Zweck – Funktionsfähigkeit des Bundestages

Mit der Nichtzuteilung von Direktmandaten vergleichbare Auswirkungen hat derzeit auch die Fünf-Prozent-Hürde mit Blick auf die Zweitstimmen, welche für eine Partei abgegeben wurden, die weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen erhält. Diese Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit hat das Bundesverfassungsgericht zum Zweck der Gewährleistung der **Funktionsfähigkeit des Parlaments** als gerechtfertigt angesehen, welche bei einem Parlament mit zu vielen kleinen Fraktionen und Gruppen beeinträchtigt wäre.²⁰ Die Schwächung der Arbeitsfähigkeit des Parlaments wurde auch hinsichtlich der aufgrund der sich ändernden Parteienlandschaft immer weiter anwachsenden Zahl der Abgeordneten im Deutschen Bundestag vorgetragen. Zum Beispiel litten Abstimmungen und Kompromissfindungen bei immer größeren Ausschüssen und die Legislative würde so immer teurer.²¹ Zudem sei die Diskurskultur im Parlament dadurch belastet.²² Darüber hinaus wird befürchtet, dass ab einer gewissen Größe des Bundestages nicht mehr alle Abgeordneten Mitglieder in Ausschüssen sein könnten (da deren arbeitsfähige Größe beschränkt sei) und so die Beteiligungsrechte der Abgeordneten massiv beschränkt wären.²³ Ob diese Erschwernisse eine Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit zu legitimieren vermögen, wird von anderen Stimmen jedoch angezweifelt; insbesondere drohe nach deren Ansicht keine Funktionsunfähigkeit des Deutschen Bundestages durch eine zunehmende Zahl an Abgeordneten.²⁴ Wie das Bundesverfassungsgericht das mit dem Anwachsen des Bundestages verbundene Beeinträchtigungspotential für seine Funktionsfähigkeit einschätzen würde, lässt sich kaum prognostizieren. Es scheint aber trotzdem nicht von vornherein ausgeschlossen, auch die hier in Frage stehende Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl mit dem Argument des Erhalts der Arbeitsfähigkeit des Parlaments rechtfertigen zu können.

Ferner bezweckt die verbundene Mehrheitsregel, die Zweitstimmenanteile der Parteien in den Mehrheitsverhältnissen im Parlament widerzuspiegeln. Dies dient dem legitimen Ziel einer Parlamentswahl als **Integrationsvorgang** bei der politischen Willensbildung des Volkes. Denn die Wahl hat nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch das Ziel, ein Spiegelbild der im Volk vorhandenen politischen Meinungen im Parlament hervorzubringen.²⁵

20 BVerfGE 95, 408 (419 f.) m.w.N., st. Rspr.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 38 Rn. 112.

21 Vgl. exemplarisch: Austermann, Warum und wie unser Bundestagswahlrecht geändert werden muss, ZRP 2021, 226, 227 f.; Wie der Bundestag verkleinert werden soll, Deutschlandfunk vom 6. Juli 2022.

22 Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 11.

23 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 1 f.

24 Grzeszick, in „Grundlegende Fragen demokratischer Legitimation missachtet“, Welt online vom 20. Mai 2022. Siehe auch: Rauber, Mandatslose Wahlkreissieger, ZG 2020, 149, 178 f.

25 BVerfGE 6, 84 (92).

3.1.3. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Da durch die verbundene Mehrheitsregel die Entstehung von Überhang- und damit auch Ausgleichsmandaten verhindert wird und somit die gesetzliche Regelgröße des Bundestages nicht mehr überschritten würde, ist sie auch geeignet, den angestrebten Zweck zu fördern.²⁶ Alternative Reformvorschläge wurden in der Vergangenheit vielfach diskutiert.²⁷ Dabei haben sich bislang soweit an dieser Stelle im Rahmen einer kursorischen Prüfung überschaubar, keine praktikablen Lösungen aufgedrängt, die ihrerseits weniger verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen. Insofern ist es nicht ausgeschlossen, die verbundene Mehrheitsregel auch als erforderlich anzusehen, da keine milderen, ebenso effektiven Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung stünden.²⁸ Bezüglich einer weitergehenden Überprüfung hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt: „Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts zu prüfen, ob der Gesetzgeber innerhalb seines ihm verfassungsrechtlich vorgegebenen Spielraums für die Gestaltung des Wahlsystems eine zweckmäßige oder rechtspolitisch vorzugswürdige Lösung gefunden hat.“²⁹ Mithin ist für das Bundesverfassungsgericht die Annahme des Vorliegens eines sachlich legitimen Grundes von ausreichendem Gewicht und die Erforderlichkeit der Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl für die Rechtfertigung ausschlaggebend.

3.1.4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis scheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass – falls überhaupt eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit angenommen wird – diese verfassungsrechtlich aus Gründen der Funktionsfähigkeit des Bundestages gerechtfertigt werden kann.

3.2. Keine verfassungsrechtliche Vorgabe des Wahlsystems

Das Wahlsystem als solches ist neben den in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG erfassten Wahlgrundsätzen und dem Demokratieprinzip kaum verfassungsrechtlichen Vorgaben unterworfen. Art. 38 Abs. 3 GG erklärt vielmehr den Gesetzgeber für die Ausgestaltung des Wahlsystems zuständig. Dem Gesetzgeber kommt dabei ein **weiter politischer Gestaltungsspielraum** zu.³⁰ Dabei betone das Bundesverfassungsgericht auch, dass weder dem Prinzip der Mehrheits- noch dem der Verhältniswahl

26 Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 12.

27 Vgl. Zusammenfassung bei Boehl, Zu viele Abgeordnete im Bundestag?, ZRP 2017, 197 ff.

28 Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 12.

29 BVerfGE 95, 335 (354).

30 Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 4; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 38 Rn. 26.

unter dem Gesichtspunkt der repräsentativen Demokratie ein Vorrang zukomme, sondern der **Gesetzgeber**, auch hinsichtlich der Verbindung der beiden Systeme frei sei.³¹ Sofern er sich für eines der bekannten Systeme entscheidet, braucht es jedoch eine gewisse Systemgerechtigkeit, auch Stringenz oder Folgerichtigkeit genannt,³² weshalb für Abweichungen oder Systemwechsel verfassungsrechtlich legitime Begründungen gefordert werden.³³ Diese könnte sich auch hier wiederum an den aufgezeigten Argumenten hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Bundestages orientieren.

In der Nichtzuteilung von Direktmandaten wird schließlich – bei engem Verständnis der Personenwahl – teilweise ein **systemwidriger Eingriff** in das Wesensmerkmal der Personenwahl gesehen, da nicht mehr der Kandidat mit den meisten Stimmen ohne weitere Bedingungen ein Mandat erringt.³⁴ Diesbezüglich wird mitunter auch auf den folgenden Auszug einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen:³⁵

„Die Zielsetzung der sogenannten personalisierten Verhältniswahl, dem Wähler die Möglichkeit zu geben, auch im Rahmen der Verhältniswahl Persönlichkeiten zu wählen, ist von der Verfassung gedeckt. 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 Satz 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 (...). **Dieses Ziel kann nur verwirklicht werden, wenn der erfolgreiche Kandidat sein Wahlkreismandat auch dann erhält, wenn das nach dem Proporz ermittelte Sitzkontingent der Landesliste seiner Partei zur Verrechnung nicht ausreicht (...).**“³⁶

Die Entscheidung für eine Mehrheitswahlkomponente durch die Erststimme im deutschen Wahlsystem ist jedoch eine des Gesetzgebers, die verfassungskonform auch durch eine reine Verhältniswahl ersetzt werden könnte.³⁷ Durch die verbundene Mehrheitswahl wird aber im bestehenden System der personalisierten Verhältniswahl die Beziehung und Abhängigkeit der Mehrheits- und

31 BVerfGE 131, 316 (334 f.).

32 BVerfGE 1, 208 (246 f.); BVerfGE 95, 335 (354); Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 7.

33 Exemplarisch BVerfGE 95, 335 (354 f.).

34 Boehl, Zu viele Abgeordnete im Bundestag?, ZRP 2017, 197 (199).

35 Wawzyniak, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit, Thema: Verkleinerung Bundestag, Kommissionsdrucksache 20(31)08, S. 11 f.

36 BVerfGE 131, 316 (365 f.), Hervorhebung nur hier.

37 Vgl. oben Punkt 3.2. sowie Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 38 Abs. 1 Rn. 8.

der Verhältniswahlkomponente neu definiert. Dies kann auch als **neue Systementscheidung** verstanden werden,³⁸ insbesondere wenn die Ersatzstimme und die damit entstehenden zusätzliche Abstimmungsmöglichkeit mit einbezogen wird. Insofern scheinen auch Wahlsysteme mit geminderter Personenwahlkomponente möglich, wie sie die vorgeschlagenen Modelle darstellen. Auch in der Logik der Verhältniswahl, der durch die verbundene Mehrheitswahl ein noch stärkeres Gewicht zukommen soll, würde sich die Verschiebung nach Stimmen in der Rechtswissenschaft systemgerecht in die geltenden Maßstäbe einfügen.³⁹

3.3. Demokratieprinzip

Diskutiert wird auch, ob ein Verstoß gegen das **Demokratieprinzip** gegeben ist,⁴⁰ wenn ein mehrheitlich gewählter Wahlkreiskandidat das Mandat nicht zugeteilt bekommt. Das Bundesverfassungsgericht zählt das Mehrheitsprinzip zu den tragenden Grundsätzen der Demokratie.⁴¹ Richtet man den Blick allein auf die „Wahl im einzelnen Wahlkreis“, so erscheint die Annahme, dass gegen dieses Prinzip verstoßen wird, zunächst naheliegend, weil der von der Mehrheit primär gewünschte Kandidat den Wahlkreis nicht erhält. Berücksichtigt man aber, dass die Wahl im einzelnen Wahlkreis nur ein Mosaikstein einer bundesweiten Wahl ist, erscheint eine andere Beurteilung möglich. So besteht im jetzigen Wahlsystem die Möglichkeit, dass Listenkandidaten, die nach dem Ergebnis der Zweitstimmen „an sich“ in den Bundestag einziehen müssten, keinen Sitz erringen, weil vorrangig ein erfolgreicher Wahlkreiskandidat der gleichen Partei zum Zuge kommen soll.⁴² Die Mehrheitsbekundung im Wahlkreis verdrängt also die Mehrheitsbekundung im Land. Beim Modell der verbundenen Mehrheitswahl kann ebenfalls eine solche Verdrängung stattfinden, nur umgekehrt. Durch das Erfordernis der Zweitstimmendeckung für den Wahlkreissieger wird nach *Vehrkamp* ein nach der verbundenen Mehrheitsregel gewählte Abgeordnete sogar stärker legitimiert als bisher ein Wahlkreissieger mit einfacher Erststimmenmehrheit.⁴³

38 Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 21; a.A.: Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>.

39 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 14.

40 So nach Zeitungsberichten der Parlamentarische Geschäftsführer der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag Thorsten Frei, vgl. Tagesspiegel vom 5.7.2022, S. 4. Siehe auch Schönberger, in „Grundlegende Fragen demokratischer Legitimation missachtet“, Welt online vom 20.5.2022.

41 BVerfGE 29, 154 (165); 112, 118 (140).

42 Meinel, Ampel-Plan zur Parlamentsverkleinerung, LTO.de vom 31.5.2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-ersatzstimme-ueberhang-direktmandat-verhaeltniswahlrecht-ampel/>.

43 Vehrkamp, „Personalisierte Verhältniswahl“ als Verbundsystem, Idee und Konzept der „verbundenen Mehrheitsregel“, Kommissionsdrucksache 20(31)011, S. 3.

Es ist mithin „verfassungsrechtlich unproblematisch, eine weitere Bedingung neben dem Erringen der relativen Mehrheit an die Zuteilung des Mandats zu knüpfen.“⁴⁴ Denn es wird auch nicht der Wahlkreis einem „Verlierer“ zugewiesen, sondern dem Wahlbewerber, der beide Legitimationsanforderungen (Zweitstimmendeckung und das beste Erststimmenergebnis) erfüllt.⁴⁵

3.4. Keine Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechts bei den Parteien – Parteilose Kandidaten

Eine weitere verfassungsrechtliche Herausforderung bei der vorgeschlagenen Wahlrechtsreform könnte bei oberflächlicher Betrachtung sein, dass Kandidaturen von **parteiunabhängigen Bewerbern** nicht mehr möglich wären, weil das Wahlvorschlagsrecht bei den politischen Parteien monopolisiert wäre.⁴⁶ Jedoch beinhaltet das Eckpunktepapier die Aussage, dass die Kandidatur parteiloser Bewerber als Wahlkreiskandidaten weiterhin möglich sein sollte. Auch wenn es an einem Vorschlag für eine konkrete Ausgestaltung dieser Ausnahme bislang fehlt, wäre eine solche verfassungsrechtlich dringend geboten.⁴⁷ In einer Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechts bei den politischen Parteien liegt nämlich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein Verstoß gegen die Grundsätze der allgemeinen, freien und gleichen Wahl.⁴⁸ Dem denkbaren Einwand, dass unabhängige Bewerber in der Praxis faktisch ohnehin kaum Chancen hätten, einen Sitz im Bundestag zu erringen, lässt sich folgende Erwägung des Bundesverfassungsgerichts entgegenhalten:

„Die bloße Möglichkeit der chancengleichen Teilnahme eines unabhängigen Bewerbers kann [...] unter Umständen für die zuständigen Parteigremien ein Anlass sein, sich sorgfältiger um die Auswahl eines Wahlkreiskandidaten zu bemühen, der über den engeren Kreis der Parteimitglieder im Wahlkreis hinaus das Vertrauen der Wählerschaft genießt. Sie vermag also nicht unwesentlich dazu beitragen, dass die Parteien sich bei der Aufstellung der Wahlkreisbewerber nicht allzusehr vom Willen der Wähler entfernen, während sie sonst in sicheren Wahlkreisen den Wählern ihren Wahlkreisbewerber faktisch diktieren könnten.“⁴⁹

Dies weist jedoch auch auf die entgegengesetzte Problematik hin, dass mit der Zulassung von Einzelkandidaten eine gewisse **Umgehungsmöglichkeit** für die vorgeschlagenen Regelungen geschaffen würde. Bekannte Persönlichkeiten einer Partei könnten unabhängig von dieser als Einzelkandidaten

44 Schönberger, Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße, Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 26.

45 Pukelsheim, Stellungnahme für die 7. Sitzung an 23.06.2022: Verkleinerung des Bundestages II, Kommissionsdrucksache 20(31)026, S. 4.

46 Siehe auch Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24.5.2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>.

47 Siehe auch Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 11; Meinel, Die Verfassungsmäßigkeit einer verbundenen Mehrheitsregel zur proporzgerechten Ermittlung von Wahlkreissiegern, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Kommissionsdrucksache 20(31)20, S. 16 ff.

48 BVerfGE 41, 399 (Leitsatz 1, 417).

49 BVerfGE 41, 399 (418).

antreten, damit deren mögliche Mandatsgewinne nicht auf die nach dem Zweitstimmenergebnis begrenzte Gesamtzahl der Sitze angerechnet wird.

4. Verfassungsrechtliche Einordnung der Ersatzstimmen

Gesonderte verfassungsrechtliche Fragen wirft das im Reformvorschlag der Ampelkoalition enthaltene Instrument der **Ersatzstimmen** auf. Mit dieser weiteren Stimme soll dem bereits geschilderten Umstand Rechnung getragen werden, dass bei fehlender Zweitstimmendeckung ein Wahlkreismandat nicht zugeteilt wird, also bestimmte Erststimmen keinen Erfolgswert haben. Die Folgen dieses Umstandes werden insofern abgemildert, indem von diesen Wählern die Ersatzstimmen gezählt werden. Sie haben somit wiederum Einfluss auf das Ergebnis im Wahlkreis. Die Ersatzstimmen aller anderen Wähler in dem Wahlkreis bleiben hingegen unberücksichtigt. Diese „Privilegierung“ von bestimmten Ersatzstimmen verfolgt das Ziel, den mangelnden Erfolg der Erststimmen dieser Wähler des „Wahlkreissiegers“ zumindest ein Stück weit wieder auszugleichen. Dies stellt sich nicht als von vornherein aussichtloser Rechtfertigungsansatz dar. Ähnliche „Eventualstimmen“-Modelle⁵⁰ sind bereits mit Blick auf die Abfederung der Wirkungen der Fünf-Prozent-Hürde diskutiert worden und in der Rechtswissenschaft vielfach als verfassungskonform betrachtet worden.⁵¹

4.1. Bundesverfassungsgericht zur Eventualstimme bei Fünf-Prozent-Sperrklausel

Das **Bundesverfassungsgericht** hatte sich in diesem Zusammenhang bereits 2017 mit dem Instrument der Eventualstimme befasst und entschieden, dass „die Einführung einer Eventualstimme für den Fall, dass die über die Hauptstimme mit Priorität gewählte Partei wegen der Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht die erforderliche Mindeststimmenzahl erhält, verfassungsrechtlich nicht geboten“ sei.⁵² Die Eventualstimme könne zwar den mit einer Sperrklausel verbundenen Eingriff in den Grundsatz der gleichen Wahl abmildern, weil so die Zahl der Wähler verringert werden könne, die im Deutschen Bundestag nicht repräsentiert sind, wenn die von ihnen mit der Hauptstimme gewählte Partei an der Sperrklausel scheitert. Jedoch würde auch die **Komplexität der Wahl erhöht**, weshalb eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen sei. Zudem würde auch mit der Eventualstimme der **Grundsatz der Wahlgleichheit** und möglicherweise auch der **Unmittelbarkeit der Wahl** berührt.

„Dies gilt hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit, falls sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme an Parteien vergeben werden, die jeweils die Sperrklausel nicht überwinden. Daneben erscheint die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme aber auch mit Blick auf die Zählwertgleichheit nicht unproblematisch: Während die Stimmen derjenigen, die eine Partei wählen, die die Sperrklausel überwindet, nur einmal gezählt werden, ist dies bei Stimmen, mit denen in erster Priorität eine Partei gewählt wird, die an der Sperrklausel scheitert, nicht der Fall. Vielmehr wären sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme gültig. Die Hauptstimme würde bei der Feststellung des Wahlergebnisses berücksichtigt, wäre im Rahmen der staatlichen Parteienfinanzierung relevant und bliebe lediglich bei der Mandatsverteilung ohne Erfolg. Daneben

50 Auch Alternativ-, Hilfs- oder Nebenstimme genannt.

51 Vgl. exemplarisch Lenz, Sperrklausel und Ersatzstimme im deutschen Wahlrecht, NVwZ 2019, 1797, 1799 ff. m.w.N.; Thiele, Neugestaltung des Wahlrechts zur Wiederbelebung der Demokratie, ZRP 2017, 105, 107.

52 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 80).

wäre auch die Eventualstimme eine gültige Stimme, die beim Wahlergebnis berücksichtigt und zusätzlich bei der Mandatsverteilung Relevanz entfalten würde. Mit Blick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl kann die Eventualstimme Probleme aufwerfen, weil letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird.⁵³

Allerdings betraf die in der Entscheidung diskutierte Eventualstimme die Listenwahl als Verhältniswahl. Für die Verhältniswahl fordert das Bundesverfassungsgericht die Gleichheit des Erfolgswerts aller abgegeben Stimmen. Das von der Wahlrechtskommission vorgelegte Ersatzstimmenmodell sieht lediglich für den Bereich der Personenwahl nach Erststimmen eine Ersatzstimme vor. Die Personenwahl der Wahlkreiskandidaten bleibt dabei eine Mehrheitswahl, auch wenn sich nach der verbundenen Mehrheitsregel die Anzahl der auf eine Partei entfallenden Wahlkreismandate nach ihrem Anteil an den Zweitstimmen richtet. Die Ersatzstimme hat gerade keine Auswirkung auf die Listenwahl.

Und schließlich hatte das Bundesverfassungsgericht auch nur entschieden, ob aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Pflicht zur Einführung des Eventualstimmenrechts bestünde, was es unter Abwägung der genannten Gesichtspunkte verneinte. Es verwies vielmehr darauf, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen und auf dieser Grundlage über die Einführung einer Eventualstimme zu entscheiden.⁵⁴ **Eine eindeutige Entscheidung zur Zulässigkeit der Ersatzstimme traf es insofern nicht.**

4.2. Gleichheit der Wahl

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner gerade zusammengefassten Entscheidung das Problem einer möglichen **doppelten Wertung der Stimmen** von einem Wähler im Vergleich zu anderen Wählern angesprochen. Ein solches Problem würde sich aber – soweit ersichtlich – bei einer Ersatzstimme für die Erststimme nicht stellen, da diese nur dann gezählt werden würde, wenn der Erststimme mangels Zweitstimmendeckung keinen Erfolgswert hat.⁵⁵

Es könnte eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl darin gesehen werden, dass sich die abgegebenen Ersatzstimmen nur dann auf das Wahlergebnis auswirken, wenn der von dem entsprechenden Wähler mit seiner Personenstimme favorisierte Kandidat zwar das beste Ergebnis im Wahlkreis erzielt, für ihn nach dem Listenergebnis aber kein Platz mehr im Bundestag ist.⁵⁶ Gleichzeitig werden die Ersatzstimmen von Wählern von im Erststimmenergebnis nachrangig Platzierten nicht gezählt. *Schönberger* sieht darin eine doppelte Erfolgchance für Wähler, deren

53 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 81).

54 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 82).

55 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 7; a.A. Schönberger, Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße, Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 26; dies., Krokodilstränen der Demokratie, Verfassungsblog vom 8. Juli 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/krokodilstranen-der-demokratie/>.

56 Vgl. Schönberger, in: Tagesspiegel vom 23. Mai 2022, S. 4.

Ersatzstimmen berücksichtigt werden.⁵⁷ Der Zählwert und die Erfolgchancen der Stimmen dieser Wähler werden dadurch jedoch weder verdoppelt noch liegen sie – wie bei reinen Kappungsmodellen – bei Null. Die Ersatzstimme kompensiert schlicht die Nichtberücksichtigung der Erststimme. Im Ergebnis sind damit Zählwert und Erfolgchance der Ersatzstimmen und der dazugezählten Erststimmen der Erststimme anderer Wähler formal gleich.

Teilweise wird zudem ein verfassungsrechtliches Problem darin gesehen, dass gegebenenfalls auch die Ersatzstimme keinen Erfolgswert hat, wenn mit ihr ebenfalls ein Kandidat ohne notwendige Zweitstimmendeckung gewählt werden würde.⁵⁸ Jedoch entspricht dies der Wirkweise einer Mehrheitswahl, bei der stets nur die Stimmen für den (nach dem jeweils geltenden Wahlrecht zu ermittelnden) Sieger einen Erfolgswert haben. Durch die Ersatzstimme wird die Wahl nur auf einen Wahlgang beschränkt, anstatt wegen der Nichtzuteilung eines nicht von den Zweitstimmen gedeckten Mandats aufgrund der verbundenen Mehrheitsregel einen weiteren Wahlgang durchzuführen.

Eine weitere Ungleichbehandlung in Bezug auf die Wahl wird von Stimmen in der Literatur im Vergleich der Wähler über die Wahlkreise hinweg gesehen, weil bei fehlender Zweitstimmendeckung die Erststimmen der Wähler der anderen Wahlbewerber (also nicht des Erstplatzierten) eine erneute Erfolgchance erhalten (zusammen mit den Ersatzstimmen) das Ergebnis im Wahlkreis zu bestimmen. In anderen Wahlkreisen ohne Überhangsituation würden die Wählerstimmen keine zweite Erfolgchance haben.⁵⁹ Auch dies ist aber eine systemimmanente Folge der Mehrheitswahl, wenn man anstelle mehrere (landesweite) Wahlgänge durchzuführen, mehrere Stimmen in einem Wahlgang zulässt.

Auch an dieser Stelle könnte, falls man doch eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl annimmt, die Möglichkeit der **Rechtfertigung** dieser aus Gründen der Funktionsfähigkeit des Parlaments bestehen (vergleiche oben Punkt 3.1.1. ff.). Der **legitime Zweck** würde insoweit in der Abmilderung des Effekts der zugunsten der Funktionsfähigkeit des Parlaments vorgenommenen Nichtzuteilung von Wahlkreismandaten ohne Zweitstimmendeckung liegen.⁶⁰ Die Wähler, deren Stimmen insoweit trotz Wahl des Erstplatzierten keinen Erfolgswert haben, erhalten mit der Ersatzstimme eine Möglichkeit, alternativ an der Bestimmung der Zuteilung des Wahlkreismandats teilzunehmen. Auch die **Integrationsfunktion der Wahl** durch die Sicherung einer regionalen Anknüpfung des Parlaments aufgrund der nach diesem System erfolgenden Vergabe von einem Mandat für jeden Wahlkreis,⁶¹ könnte so gewahrt werden.⁶² Im Vergleich zu anderen Wegen, etwa den Wahlkreis

57 Schönberger, Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße, Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 26.

58 Vgl. Schönberger, in: Tagesspiegel vom 23. Mai 2022, S. 4.

59 Bäcker/Merten, Noch nicht die Lösung, Ersatzstimmen zur Bundestagsverkleinerung, Verfassungsblog vom 22. Mai 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/noch-nicht-die-losung/>.

60 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 9.

61 Siehe dazu aber insgesamt kritisch: Schönberger, Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße, Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 20 ff.

62 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 14.

unbesetzt zu lassen und damit eine Reduzierung der regionalen Angebundenheit des Parlaments hinzunehmen oder der automatischen Besetzung mit dem Nächstplatzierten mit erforderlicher Zweitstimmendeckung, scheint die Ersatzstimme auch geeignet und erforderlich zu sein.

4.3. Unmittelbarkeit der Wahl

Zweifel werden darüber hinaus auch an der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der **Unmittelbarkeit** der Wahl geäußert.⁶³ Dieser verlangt nicht nur, dass die Abgeordneten allein durch die Stimmabgabe der Wähler, ohne Zwischenschaltung einer das Ergebnis beeinflussenden Person oder Instanz, bestimmt werden, also zum Beispiel keine Wahlmänner dazwischen geschaltet sind.⁶⁴ Eine solche Beeinflussung ist bei einem rein auf dem Abgleich der Wahlergebnisse basierenden Verfahren nicht der Fall. Darüber hinaus müssen für den Wähler aber auch die **Wirkungen seiner Stimmabgabe erkennbar** sein.⁶⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat dazu 2008 ausgeführt:

„Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl fordert ein Wahlverfahren, in dem der Wähler vor dem Wahlakt erkennen kann, welche Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben und wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann (...); jede Stimme muss bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden (...). 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.“⁶⁶

Die Zählung der Ersatzstimme hängt vom eigenen Wahlverhalten und dem anderer Wähler ab. Nur wenn der Wähler den im Ergebnis erstplatzierten Wahlkreiskandidaten ohne Zweitstimmendeckung gewählt hat, wird seine Ersatzstimme gezählt. Solange aber die grundsätzlich gleichen Rahmenbedingungen für die Stimmenabgabe aller bestehen, also die anderen Stimmenabgaben gleichzeitig stattfinden, ist in der Abhängigkeit des Zähl- und/oder Erfolgswerts der eigenen Stimme vom Wahlverhalten anderer Wähler keine externe Beeinflussung zu sehen.⁶⁷ Vielmehr steht der Einfluss der eigenen Stimme immer im Verhältnis zum Wahlverhalten anderer Personen (vgl. Mehrheitswahl, Fünf-Prozent-Hürde). Fraglich ist, ob für den Wähler bei der Ersatzstimme hinreichend im Vorfeld

63 Vgl. BVerfGE 146, 327 (360 Rn. 81) zur Ersatzstimme bei der Zweitstimme; Lenz, Sperrklausel und Ersatzstimme im deutschen Wahlrecht, NVwZ 2019, 1797, 1800. Zum Ersatzstimmen-Modell: Wawzyniak, in: Tagesspiegel vom 23. Mai 2022, S. 4; Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>; Schönberger, Krokodilstränen der Demokratie, Verfassungsblog vom 8. Juli 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/krokodilstranen-der-demokratie/>.

64 Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 38 Abs. 1 Rn. 103.

65 Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 38 Abs. 1 Rn. 103.

66 BVerfGE 121, 266 (307).

67 Vgl. Lenz, Sperrklausel und Ersatzstimme im deutschen Wahlrecht, NVwZ 2019, 1797, 1800 f.

der Wahl **erkennbar** ist, wie sich seine Stimmenabgabe auswirkt.⁶⁸ Die vom Bundesverfassungsgericht verlangte Zurechenbarkeit einer jeden Stimme für bestimmte oder bestimmbare Wahlbewerber⁶⁹ ist auch nach dem bisher erklärten Konzept der Ersatzstimme möglich.⁷⁰ Auch im Ersatzstimmensystem kann der Fall, dass diese überhaupt gezählt wird, für den Wähler nachvollziehbar dargestellt werden.

Ein **Teil der Literatur** versteht den Grundsatz der Unmittelbarkeit aber insofern enger, als dass daraus folgen solle, dass die **Stimmenabgabe vorbehaltlos und bedingungsfrei** erfolgen müsse, wogegen eine Ersatzstimme dann verstoßen würde.⁷¹ Im Ergebnis ist auch hier, falls man eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl annimmt, auf die Möglichkeit der **Rechtfertigung** dieser hinzuweisen (vergleiche oben Punkt 4.2.). Der Beeinträchtigung gegenüber stünde eine höhere Integrationsfunktion der Wahl, da der bedeutende Anteil an Stimmen von Wählern des Erstplatzierten im Wahlkreis nicht vollkommen ohne Erfolg bliebe, sondern diesen mit der Ersatzstimme Geltung verschafft würde.⁷²

4.4. Öffentlichkeit der Wahl

Vereinzel werden auch Bedenken hinsichtlich des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl vorgetragen.⁷³ Nach diesem müsse es den Wählern möglich sein, die Ergebnisermittlung nachzuvollziehen im Sinne einer Überprüfbarkeit.⁷⁴ Dies sei bei einem System der Ersatzstimmen, deren Auszählung erst nach der Feststellung des Gesamtergebnisses (zumindest in einem Bundesland) beginnen könne, eingeschränkt.⁷⁵ Allerdings macht diese zeitliche Verzögerung die ggf. mit zwei

68 Vgl. oben Punkt 3.1; siehe auch: Schönberger, Krokodilstränen der Demokratie, Verfassungsblog vom 8. Juli 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/krokodilstranen-der-demokratie/>. Wawzyniak, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit, Thema: Verkleinerung Bundestag, Teil III, Sitzung 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)025, S. 3.

69 BVerfGE 121, 266 (307).

70 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 12.

71 Boehl, in: Schreiber, BWahlG. 11. Auflage, § 6, Rn. 67; siehe auch Bäcker/Merten, Noch nicht die Lösung, Ersatzstimmen zur Bundestagsverkleinerung, Verfassungsblog vom 22. Mai 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/noch-nicht-die-losung/>, m.w.N.

72 Vgl. auch BVerfGE 146, 327 (360 Rn. 82).

73 Bäcker/Merten, Noch nicht die Lösung, Ersatzstimmen zur Bundestagsverkleinerung, Verfassungsblog vom 22. Mai 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/noch-nicht-die-losung/>, m.w.N.; Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24.5.2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>.

74 BVerfGE 121, 266 (291 f.); Magiera, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 38 Rn. 104.

75 Bäcker/Merten, Noch nicht die Lösung, Ersatzstimmen zur Bundestagsverkleinerung, Verfassungsblog vom 22. Mai 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/noch-nicht-die-losung/>; vgl. auch: Boehl, in: Schreiber, BWahlG, 11. Auflage, § 6, Rn. 67 zur Eventualstimme bei der Fünf-Prozent-Klausel.

Auszählungsterminen verbunden und ggf. umfangreicher ist, die Wahl noch nicht weniger überprüfbar.⁷⁶ Insoweit könnte auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fortgeführt werden, nach der nicht notwendig sei, „dass sämtliche Handlungen im Zusammenhang mit der Ermittlung des Wahlergebnisses unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattfinden müssen“.⁷⁷

4.5. Demokratieprinzip

Nach *Schönberger* sei zwar die verbundene Mehrheitsregel verfassungsrechtlich unproblematisch,⁷⁸ nicht jedoch das Ersatzstimmenmodell. Es sei nicht möglich, vom Erfordernis der Mehrheit als demokratischer Entscheidungsregel abzusehen.⁷⁹ Dem kann jedoch entgegen gehalten werden, dass mit dem Ersatzstimmenmodell nur die Regeln neu definiert werden, nach der die Mehrheit bestimmt wird. Denn auch der „Ersatzsieger“ hat eine Mehrheit der Stimmen (unter der Bedingung der Zweitstimmendeckung) erlangt, die sich in diesem Fall dann aus den Erststimmen und den Ersatzstimmen der Wähler zusammensetzt, deren Erststimmensieger keine Zweitstimmendeckung aufweist. Insofern sprechen einige gar von einer Abschwächung des Legitimationsproblems des Mehrheitswahlrechts da bei fehlender Zweitstimmendeckung unter Umständen mehr Stimmberechtigte aus dem Wahlkreis Einfluss auf das Wahlergebnis im entsprechenden Wahlkreis erhalten.⁸⁰ Auch eine demokratieprinzipwidrige, an Bedingungen geknüpfte Stimmenabgabe könne man in der Ersatzstimme nicht sehen.⁸¹

4.6. Rechtsstaatsprinzip – Gebot der Normenklarheit

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner letzten Wahlrechtsentscheidung herausgestellt, dass aus dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot der **Normenklarheit** eine Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet werden könne, ein Wahlverfahren zu schaffen, in dem die Wähler vor dem Wahlakt erkennen können, wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann.⁸² Der **Komplexitätsgrad** der Wahl für die Wähler im Ersatzstimmenmodell würde nach Meinung einiger zunehmen und damit auch die Fehleranfälligkeit der Wahl.⁸³ Andere

76 So auch Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 13.

77 BVerfGE 121, 266 (291 f.).

78 Siehe oben Punkt 3.3.

79 Schönberger, Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße, Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 26.

80 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 5.

81 Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 14.

82 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2021, 2 BvF 1/21, Rn. 81 ff.

83 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 81); Bäcker/Merten, Noch nicht die Lösung, Ersatzstimmen zur Bundestagsverkleinerung, Verfassungsblog vom 22. Mai 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/noch-nicht-die-losung/>.

meinen, dass diese Komplexitätszunahme nur geringfügig wäre.⁸⁴ Ob dies die Schwelle der fehlenden Normenklarheit aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts überschreitet, ist nicht absehbar. Zumal die Rechtsprechung zur Normenklarheit hier insbesondere hinsichtlich der schwierigen Ermittlung des Ergebnisses der Wahl aufgrund von Überhang- und Ausgleichsmandaten entwickelt wurde,⁸⁵ welche durch die verbundene Mehrheitsregel mit Ersatzstimme gerade wegfällt. Insofern könnte dies dem Gebot der Normenklarheit gar besser entsprechen.

4.7. Vorgeschlagene Alternativen zur Ersatzstimme

Über das bevorzugte Modell der Ersatzstimme hinaus wurden in dem Eckpunktepapier der Wahlrechtskommission auch noch **drei weitere Alternativen** vorgeschlagen (die Vergabe an den Kandidaten mit den nächstmeisten Stimmen und Zweitstimmendeckung; ein Zustimmungssystem, in dem jeder Kandidat eine Stimme erhalten kann oder nicht; ein Präferenzwahlssystem).⁸⁶ Allen ist gemein, dass mit ihnen die Bestimmung des Kandidaten erfolgen soll, der anstelle des Erstplatzierten ohne Zweitstimmendeckung das Direktmandat erhalten soll. Unabhängig von der näheren Ausgestaltung würde es nach allen Modellen potentiell zu vergleichbaren Fragestellungen hinsichtlich des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit (siehe oben Punkt 3.1.) und der Unmittelbarkeit der Wahl (siehe oben Punkt 4.3.) kommen, wenn dem Erstplatzierten das Mandat nicht zugewiesen wird.

5. Weitere Regelungserfordernisse

Auch für erstplatzierte Wahlkreiskandidaten, deren Partei nicht die **Fünf-Prozent-Hürde** überspringt, und für die damit auch keine Zweitstimmendeckung vorliegen würde, wäre – ähnlich wie für unabhängige Bewerber – eine **Ausnahmeregelung** in die Prüfung einzubeziehen, soweit man an dieser Sperrklausel festhalten möchte.⁸⁷

Zudem wären in Konsequenz dieses Modells weitere Anpassungen bzw. Klarstellungen im Wahlrecht, aber auch in anderen Rechtsbereichen zu prüfen. Dies betrifft beispielsweise die Anwendung der sog. Grundmandatsklausel (§ 6 Abs. 3 Satz 1 BWahlG), für die geklärt werden müsste, ob auch der Gewinn des Wahlkreismandats unter Einbeziehung der Ersatzstimmen erfasst wird, und die Parteienfinanzierung, eventuell auch den einheitlicheren Zuschnitt der Wahlkreise⁸⁸.

84 Vgl. Thiele, Neugestaltung des Wahlrechts zur Wiederbelebung der Demokratie, ZRP 2017, 105, 107.

85 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2021, 2 BvF 1/21, Rn. 81 ff.

86 Siehe Deutscher Bundestag, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit (Fn. 1), S. 1 f.

87 Siehe Deutscher Bundestag, Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit (Fn. 1), S. 2. Vgl. auch: Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 11.

88 So Grzeszick, Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO.de vom 24. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-wahlrecht-reform-erststimme-zweitstimme-ersatzstimme-wahlkreis-ueberhang-direkt-mandat-ampel/>.

6. Zusammenfassung

Nach dem Modell der verbundenen Mehrheitswahl mit Ersatzstimme kann keine Partei über die Erststimme mehr Abgeordnete in den Bundestag entsenden, als ihr nach ihrem Zweitstimmenanteil Mandate zustehen; nicht vom Zweitstimmenanteil ihrer Partei gedeckte Wahlkreissieger ziehen nicht in den Bundestag ein – sie werden „gekappt“. Dies soll jedoch nicht zu „verwaisten“, d.h. unbesetzt bleibenden Wahlkreisen führen, sondern der betroffene Wahlkreis soll dem Wahlkreis-kandidaten einer anderen Partei zugesprochen werden. Ferner können die Wähler, welche den Wahlkreissieger ohne Zweitstimmendeckung gewählt haben, über die Ersatzstimme an der Entscheidung, wer stattdessen den Wahlkreis vertritt, mitwirken. Durch die Vergabe und Einbeziehung von Ersatzstimmen soll der Effekt der Kappung abgemildert werden: Nicht jeder „Wahlkreissieger“ nach Erststimmen zieht mit Sicherheit in den Bundestag ein, aber jeder Wahlkreis ist im Bundestag vertreten, notfalls durch einen „Ersatzsieger“. An dessen Bestimmung können auf Grundlage der Ersatzstimme alle Wähler mitwirken, – auch diejenigen, die den eigentlichen Wahlkreissieger präferiert haben (näher zum Reformvorschlag unter Punkt 2.).

Das vorgeschlagene Modell wirft die Frage auf, ob die nach der **verbundenen Mehrheitsregel** bestehende Möglichkeit, dass Wahlkreissieger unter Umständen nicht in den Bundestag einziehen, mit dem in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Grundsatz der Gleichheit der Wahl vereinbar ist. Denn die für den Erstplatzierten abgegebenen Erststimmen haben im Fall der fehlenden Zweitstimmendeckung keinen Erfolgswert: sie werden zwar gezählt, die Zählung ergibt sogar eine Mehrheit, trotzdem zieht der Gewählte nicht in den Bundestag ein. Zum anderen stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip, dem das Mehrheitsprinzip innewohnt, nach dem auch in Wahlen und Abstimmungen im Ergebnis die Mehrheit entscheidet.

Eine Rechtfertigung einer eventuellen Beeinträchtigung der genannten Grundsätze zugunsten der Funktionsfähigkeit des Parlaments ist aber nicht von vorn herein ausgeschlossen. Zudem kommt dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlsystems ein Einschätzungsspielraum zu, den er auch für eine Änderung des Wahlsystems nutzen kann⁸⁹ (dazu näher unter Punkt 3.).

Das Instrument der **Ersatzstimme** erhöht die Komplexität des Wahlvorgangs. Das wird vor dem Hintergrund des ebenfalls in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Grundsatzes der unmittelbaren Wahl problematisiert. Zudem ist auch und gerade im Wahlrecht das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit zu beachten. Außerdem lässt sich die Ersatzstimme wiederum vor dem Hintergrund der Gleichheit der Wahl problematisieren, da sie nur bei den Wählern Wirkung entfaltet, die mit der Erststimme einen Kandidaten gewählt haben, der mangels Zweitstimmendeckung nicht in den Bundestag einzieht. Diese potentiellen Beeinträchtigungen verfassungsrechtlicher Grundsätze können ggf. über die Erhöhung der Integrationsfunktion der Wahl und die Abmilderung des Kappungseffekts der verbundenen Mehrheitsregel durch eine weiterhin bestehende Vertretung von jedem Wahlkreis im Deutschen Bundestag gerechtfertigt werden (dazu unter Punkt 4.).

89 Vgl. dazu auch: Möllers/Kokott/Vogt, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, Kommissionsdrucksache 20(31)037, S. 14.