



RUPRECHT-KARLS-UNIVERSITÄT HEIDELBERG  
INSTITUT FÜR STAATSRECHT  
VERFASSUNGSLEHRE UND RECHTSPHILOSOPHIE  
Direktor Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.

**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**20(4)171 F**

## **Stellungnahme**

**zu den**

**Gesetzesentwürfen BT-Drs. 20/5370 und 20/5360**

**sowie zu den**

**Anträgen BT-Drs. 20/5353, 20/5356, 20/5357 und 20/5358**

**Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages  
am 6. Februar 2023**

## **A. Zu den Gegenständen und der Reichweite der Stellungnahme**

Die gegenständlichen Gesetzesentwürfe und Stellungnahmen sind sämtlich auf Reformen des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag bezogen. Die damit verbundenen Fragen sind ausführlich in der Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit beraten worden.

Auf die entsprechenden Ausführungen insbesondere zum Wahlrecht für Ausländer, zu Möglichkeiten der Förderung von Geschlechterparität sowie zur Senkung des Wahlalters auf 16 Jahre (Gegenstände der Anträge Anträgen BT-Drs. 20/5356, 20/5357, 20/5358) wird grundsätzlich verwiesen.

Der Antrag BT-Drs. 20/5353 verfolgt das Ziel, das Bundestagswahlrecht in der Systematik des derzeit geltenden Wahlrechts und auf der Grundlage der Vorgaben der einschlägigen Rspr. des BVerfG weiterzuentwickeln; verfassungsrechtlich bestehen dagegen keine Bedenken.

Die Gesetzesentwürfe BT-Drs. 20/5370 und 20/5360 sind insoweit inhaltlich gleich, als sie einen Grundsatz der Listenstimmendeckung vorsehen und die Wahl in den Wahlkreisen als Element der Personalisierung ansehen. Dies wird im Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/5360 kombiniert mit einer Öffnung der Reihenfolge der Kandidaten auf den Landeslisten für bis zu drei Bewerber- oder Präferenzstimmen. Die weiteren Ausführungen nehmen daher grundsätzlich auf den Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/5370 Bezug und weisen an den relevanten Stellen inhaltlich auf die weiteren Änderungen hin, die im Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/5360 vorgeschlagen werden.

## **B. Grundsätzlicher Inhalt des Gesetzesentwurfes BT-Drs. 20/5370**

Der Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen sieht vor, dass im Vergleich zum derzeit geltenden Wahlrecht das Element der bundesweiten Verhältniswahl nach Landeslisten stärker betont wird: Bewerber sollen grundsätzlich nur noch einen Sitz erhalten, wenn dieser durch Listenstimmen gedeckt ist.

Das Element der Personalwahl im Wahlkreis wird in seiner Bedeutung grundsätzlich umgestaltet, hat aber weiterhin Bedeutung: Für die Vergabe der auf die Landeslisten entfallenden Sitze werden vorrangig diejenigen Bewerber berücksichtigt, die in einer Wahl nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen ermittelt werden.

Dabei werden je Land die in den jeweiligen Wahlkreisen siegreichen Bewerber nach ihrem Wahlkreisstimmenanteil gereiht und die Sitze nach fallenden Wahlkreisstimmenanteilen vergeben.

Dies führt in Überhangsituationen dazu, dass Bewerber, die zwar die Wahlkreiswahl gewonnen haben, für die aber wegen der kleinen Mehrheit der Listenstimmen ihrer Partei kein Listensitz mehr zur Verfügung steht, keinen Sitz erhalten; der Wahlkreis bleibt aus der Sicht der Wahlkreiswahl unbesetzt.

Diese Ausgestaltung, in Überhangkonstellationen den Wahlkreisbewerbern mit den kleinsten Mehrheiten das Mandat nicht zuzuteilen, wird auch als „Der Schwächste fliegt“ bezeichnet (dazu sowie zum Folgenden nur Rauber, ZG 2020, S. 149 ff. m.N.). Es ist wiederholt von der AfD-Fraktion vorgeschlagen worden, zuletzt auch in der Wahlrechtskommission des Bundestags; aber auch SPD und Grüne haben das Modell bereits verschiedentlich reflektiert bzw. vorgeschlagen.

Weiter enthält der Entwurf eine Grundmandatsklausel: Sollte eine Partei zwar weniger als fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Listenstimmen haben, aber ihre Wahlkreisbewerber in mindestens drei Wahlkreisen die Mehrheit erringen, nimmt sie dennoch an der Verteilung der Listenstimmen teil.

Hinzu kommt eine Regelung zu unabhängigen Kandidaten: Bewerber, die nicht von einer Partei vorgeschlagen werden und daher auch auf keiner Liste aufgeführt werden, können in einem Wahlkreis kandidieren und als Wahlkreissieger den Sitz allein aufgrund der Wahlkreiswahl zu erhalten, ohne dass dies durch Listenstimmen gedeckt wäre.

### **C. Verzicht auf hilfsweise Ersatzstimme**

Mit diesem Gesetzesentwurf modifizieren die Regierungsfractionen ihr ursprüngliches Vorhaben erheblich. Im Rahmen der Wahlrechtskommission strebte sie längere Zeit an, das Verweisen von Wahlkreisen dadurch zu vermeiden, dass statt des durch Listenstimmen nicht gedeckten Wahlkreissiegers ein anderer Wahlkreisbewerber in den Bundestag einzieht.

Die dabei präferierte Lösung war die einer hilfsweisen dritten Stimme, die Ersatzstimme genannt wurde. Die Wähler sollen mit dieser dritten Stimme ersatzweise Wahlkreisandidaten wählen können, die aber anderen Listen bzw. Parteien angehören mussten als die eigentlich gewollten Wahlkreisandidaten. Für den Fall, dass der mit der Wahlkreisstimme gewählte Bewerber nicht zum Zuge kommt, sollte nur bei den Wählern, die für diesen Bewerber gestimmt haben, die Ersatzstimme greifen und unter deren Einbeziehung der dann in den Bundestag einziehende Wahlkreisbewerber bestimmt werden.

Dieser Ansatz wurde nun fallen gelassen, wohl auch wegen der evidenten verfassungsrechtlichen Probleme einer nur partiell zum Zuge kommenden, hilfsweisen dritten Stimme.

## **D. Wahl im Wahlkreis als Faktor für die Vergabe der erzielten Sitze an Bewerber**

Die Wahl im Wahlkreis wird aber nicht vollständig aufgehoben. Stattdessen wird ihre Wirkung verändert: Sie soll nun ein Faktor bei der Vergabe der nach Listenwahl erzielten Sitze auf die Wahlbewerber sein. Dabei wird in zweifacher Hinsicht an die Wahl im Wahlkreis angeknüpft.

### **1. Vorrang der Wahlkreissieger auf der Liste**

Zunächst ist nach dem Gesetzesentwurf der Regierungsfraktion für die Vergabe der nach Listenwahl erzielten Sitze an die Wahlbewerber zunächst maßgeblich, ob die Bewerber neben der Liste auch in einem Wahlkreis angetreten sind und diesen mit Mehrheit gewonnen haben. Diese Bewerber erhalten bei der Sitzzuteilung Vorrang vor den nur über die Liste gewählten Bewerbern.

### **2. Bei Überhangsituation (Nicht)Zuteilung nach relativer Höhe der Wahlkreismehrheit**

Sollte eine Überhangsituation auftreten, wird dann weiter die Höhe der im Wahlkreis erzielten Mehrheit relevant, denn dann erfolgt unter den Bewerbern, die auch im Wahlkreis gewonnen haben, die Vergabe der Sitze aufgrund eines Vergleichs der im Land erzielten Wahlkreiswahlergebnisse in einer Reihung nach fallendem Wahlkreisstimmenanteil. Aus der Gruppe der auch in den Wahlkreisen erfolgreichen Bewerber erhalten in einer Überhangsituation im Ergebnis einige letztlich keinen Sitz, obwohl sie gleichfalls die Mehrheit im Wahlkreis erreicht haben.

## **E. Zentrale Frage: Vereinbarkeit mit Gleichheit der Wahl**

Ansätze, einem Wahlkreissieger nicht stets ein Mandat zuzuteilen, sind bereits länger Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion. Insbesondere die vom Gesetzesentwurf gewählte Ausgestaltung, die Nichtzuteilung bzw. Kappung an das Entstehen von Überhangkonstellationen zu knüpfen, wirft mit Blick auf die Gleichheit der Wahl Fragen auf. Denn das Entstehen von Überhangsituationen mit der Folge der Nichtzuteilung an Wahlkreissieger nach deren Wahlkreisergebnis ist nicht nur Folge der politischen Wettbewerbslage und des Wählerverhaltens in den Wahlkreisen, sondern beruht auch auf der Ausgestaltung des Wahlrechts durch den Gesetzgeber.

Aus der Perspektive der Wahlrechtsgleichheit zeigt sich, dass bei der Sitzzuteilung an Bewerber Differenzierungen erfolgen, die auf die Wahl im Wahlkreis abstellen. Die im Regierungsentwurf vorgesehene Ausgestaltung der Sitzzuteilung führt dabei zur dargelegten zweifachen Differenzierung bei der Sitzzuteilung an Bewerber: Zum einen besteht ein Vorrang der Wahlkreissieger auf der Liste; zum anderen erfolgt bei Überhangsituationen die (Nicht)Zuteilung nach der relativen Höhe der Wahlkreismehrheit.

## **F. Charakter als Mehrheitswahl oder Verhältniswahl**

Die wahlgleichheitsrechtliche Prüfung dieser beiden Differenzierungen wird durch die Frage vorgeprägt, ob und wie weit die Wahl als Personalwahl mit Mehrheit im Wahlkreis oder als Verhältnis- bzw. Listenwahl im Land zu verstehen ist.

### **1. Wahlrechtsgleichheit und Wahlsystementscheidungsfreiheit des Gesetzgebers**

Hintergrund dieser Frage ist, dass das Grundgesetz nach der Rspr. des BVerfG dem Gesetzgeber grundsätzlich Entscheidungsfreiheit bei Frage einräumt, ob das Wahlrecht als Mehrheitswahl oder als Verhältniswahl ausgestaltet wird. Auch ist der Gesetzgeber insoweit frei, Elemente der Mehrheitswahl und der Verhältniswahl miteinander zu kombinieren.

Die Wahlrechtsgleichheit greift deshalb erst danach, genauer: auf der Grundlage bzw. im Rahmen der Grundentscheidung des Gesetzgebers. Dieser wird durch die Gleichheit der Wahl verpflichtet, den Grundcharakter der Wahl als Mehrheits- oder Verhältniswahl kohärent auszugestalten und zu beachten. In der Folge sind Abweichungen vom Grundcharakter der Wahl Ungleichbehandlungen, die der Rechtfertigung bedürfen.

Diese Konzeption greift auch bei Wahlsystemen, die eine Mehrheitswahl von Personen mit einer Verhältniswahl nach Listen kombinieren, wie dies z.B. beim derzeit geltenden System der personalisierten Verhältniswahl der Fall ist. Der Gesetzgeber ist prinzipiell befugt, eine Kombination der beiden Wahlsysteme vorzunehmen. Maßgeblich ist dann aber nach der Rspr. des BVerfG, dass die Gleichheit der Wahl im jeweiligen Wahlsystem gewahrt wird, die Systeme sachgerecht zusammenwirken und Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl nicht beeinträchtigt werden.

### **2. Mögliche Perspektiven auf die Wahlkreiswahl nach dem Gesetzesentwurf**

Die unterschiedlichen Perspektiven auf die Wahlkreiswahl sind für die Beurteilung des Gesetzesentwurfes der Regierungsfractionen relevant.

Wird die Wahl im Wahlkreis weiterhin als eigenständiges Element einer Personenwahl durch Mehrheit im Wahlkreis verstanden, ist die Nichtzuteilung des Mandats aus Gründen, die nicht bzw. nicht nur aus der Mehrheitswahl folgen, sondern auch aus Aspekten der Verhältniswahl, aus der Sicht der Gleichheit der Mehrheitswahl eine relevante Ungleichbehandlung. Da das Entstehen von Überhangsituationen zumindest auch auf den Ergebnissen der Listenwahl im Land beruht, wäre die Nichtzuteilung eines Mandats an einen Wahlkreissieger bzw. Kappung eines Mandats eines Wahlkreissiegers eine Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahlkreisbewerber aus einem Grund, der zumindest auch außerhalb der Wahlkreiswahl liegt. Die Kappung wäre eine Durchbrechung der Wahl nach Mehrheit im Wahlkreis, verließ die kohärente Ausgestaltung der Gleichheit der Mehrheitswahl im Wahlkreis und bedürfte deshalb der Rechtfertigung.

Wird die Wahlkreiswahl dagegen als unselbständiger Teil der Verhältniswahl nach Landeslisten verstanden, dem aus Sicht der Wahlrechtsgleichheit keine eigene Bedeutung zukommt, wäre die Nichtzuteilung an sich insoweit nicht rechtfertigungsbedürftig, da das Verteilungsergebnis der landesweiten Verhältniswahl nicht berührt wird.

## **G. Bewertung des Gesetzesentwurfes**

Dem entsprechend ist für den Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen zu fragen, welche Systementscheidung dem Gesetzesentwurf zu Grunde liegt, oder, anders gewendet: Ob und wieweit nach den vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen die Wahlkreiswahl aus Sicht der Wahlrechtsgleichheit als eigenständiges Element einer Personenwahl durch Mehrheit im Wahlkreis zu sehen ist.

### **I. Ermittlung der Systementscheidung des Gesetzgebers**

#### **1. Grundsätzliches Erfordernis der Listenstimmendeckung**

Die bisherige Bedeutung der Wahlkreiswahl wird durch den Gesetzesentwurf verändert. Wie oben dargestellt, wird mit den vorgeschlagenen Regelungen grundsätzlich auf die Vergabe von Wahlkreismandaten ohne Zweitstimmendeckung verzichtet. Jenseits der erfolgreichen Kandidatur parteiunabhängiger Wahlkreisbewerber werden Sitze nur vergeben, wenn und soweit diese durch Listenstimmen gedeckt sind.

Der Gesetzesentwurf zeigt an einigen Stellen das Verständnis, dass dies als Entwicklung hin zu einem Wahlsystem verstanden werden soll, in dem die Wahl in den Wahlkreisen Teil einer – komplexen – Verhältniswahl sind. Aus dieser Sicht wäre die Wahl zum Bundestag insgesamt als bundesweite Verhältniswahl auf der Grundlage von Landeslisten zu verstehen, und die Wahl in den Wahlkreisen wäre nur noch ein unselbständiges Teilelement dieser Verhältniswahl.

Diese Sicht kann daran anknüpfen, dass nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BWahlG für die Wahl zum Deutschen Bundestag die Grundsätze der Verhältniswahl gelten sollen. Der Systematik und der Begründung nach soll hier wohl eine Systementscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Verhältniswahl ausgedrückt werden, was dann allerdings sprachlich nur zum Teil gelungen ist. Weiter wird in § 1 Abs. 2 S. 2 BWahlG die Listenwahl dadurch sprachlich aufgewertet, dass die bisher als Zweitstimme bezeichnete Listenwahlstimme nun als Hauptstimme bezeichnet und die Erststimme zur Wahlkreisstimme umbenannt wird.

Für eine Systemumstellung bzw. Systementscheidung im Sinne eines umfassenden Verhältniswahlrechts kann auch § 1 Abs. 3 Satz 1 BWahlG angeführt werden, der die Vergabe der auf die Landeslisten entfallenden Sitze betrifft und die Wahlkreiswahl als Vorrangregelung im Rahmen der Vergabe der Listensitze einfügt. Weiter hält § 1 Abs. 3 Satz 2 BWahlG fest, dass

jede Partei in jedem Land für diejenigen ihrer Bewerber, die in den Wahlkreisen in diesem Land die Mehrheit der Wahlkreisstimmen erhalten haben, die Sitzzahl erhält, die von den auf die Partei entfallenden Hauptstimmen gedeckt ist; dies wird als Hauptstimmendeckung bezeichnet.

Schließlich sind die Regelungen über das Nachrücken konsequent am einem Verständnis der Wahlkreiswahl als Teil der Verhältniswahl ausgerichtet.

## **2. Möglichkeit der Verwaisung von Wahlkreisen**

Damit – und insoweit anders als die bislang von den Regierungsfractionen vorgebrachten Überlegungen und Modelle – verzichtet der Gesetzesentwurf auch darauf, für den Fall, dass nicht sämtliche Wahlkreissieger eine Listenstimmendeckung haben, durch Gestaltung der Sitzzuteilungsregelungen auf andere Art und Weise sicherzustellen, dass jeder Wahlkreis mit einem Wahlkreisbewerber im Bundestag präsent ist.

Die bislang von den Regierungsfractionen vorgeschlagenen Modelle beruhten weitestgehend auf dem Grundsatz, in jedem Wahlkreis ein aus der Wahlkreiswahl hervorgehendes Mandat zuzuteilen. Auch bei den Modellen, die das Mandat nicht stets dem eigentlichen Wahlkreissieger zuordnen, sondern gegebenenfalls auch dem zunächst Zweitplatzierten oder einem mit Ersatzstimmen ermittelten „Ersatzsieger“, bleibt es dabei, dass ein so im Wahlkreis ermittelter Wahlkreisbewerber das Mandat erhält. Die entsprechenden Gestaltungen der Mandatzuordnung haben gemeinsam, dass der eigentliche Wahlkreissieger das Mandat nicht erhält, sondern ein anderer Wahlkreisbewerber, weshalb bereits dadurch die Wahlkreiswahl als personale Mehrheitswahl erheblich modifiziert und im Ergebnis geschwächt wird, was aus der Sicht der Wahlrechtsgleichheit eine Beeinträchtigung der personalen Mehrheitswahl im Wahlkreis darstellt.

Hier geht der vorgelegte Gesetzesentwurf einen Schritt weiter. Im Fall fehlender Zweitstimmendeckung für sämtliche Wahlkreisgewinner wird darauf verzichtet, dass jeder Wahlkreis mit einem Wahlkreisbewerber im Bundestag präsent ist und in Kauf genommen, dass Wahlkreise verwaist bleiben. Im Ergebnis wird damit die Bedeutung der Wahlkreiswahl noch weiter reduziert, als dies bei den Modellen der Fall ist, die durch Ausgestaltung der Zuteilungsregelungen sicherstellen, dass jeder Wahlkreis zumindest mit einem Wahlkreisbewerber im Bundestag präsent ist, auch wenn dies nicht stets der eigentliche Wahlkreissieger ist.

## **3. Legitimatorische Bedeutung der Wahl mit Mehrheit im Wahlkreis**

Allerdings gibt es auch Gründe dafür, dass die Personenwahl mit Mehrheit im Wahlkreis weiterhin eine eigenständige Bedeutung hat. Für eine Qualifizierung der Personenwahl im Wahlkreis als eigenständige Mehrheitswahl spricht vor allem die legitimatorische Bedeutung dieser Wahl aus Sicht der Bürger.

Neben der Listenwahl erfolgt weiterhin eine Wahl im Wahlkreis über die dort antretenden Bewerber mit einer eigenständigen Stimme. Aus der Perspektive der Bürger sind deshalb mit der Wahl im Wahlkreis weiterhin die Wirkungen verbunden, die eine Personenwahl mit Mehrheit im Wahlkreiswahl nach der Rspr. des BVerfG auszeichnen: Durch die Wahl eines Wahlkreiskandidaten sollen die so gewählten Abgeordneten eine engere persönliche Beziehung zu ihrem Wahlkreis haben; die Verbindung zwischen Wählern und Abgeordneten, die das Volk repräsentieren, soll so gestärkt und zugleich in gewissem Umfang der dominierenden Stellung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes ein Korrektiv im Sinne der Unabhängigkeit der Abgeordneten entgegengesetzt werden (dazu nur BVerfGE 131, 316, 365 f. m.N.).

Dieser Unterschied zwischen Wahl im Wahlkreis und Listenwahl prägt auch die innerparteilichen Nominierungsprozesse. Auch in diesen ist die Wahl im Wahlkreis weiterhin von der Listenwahl zu unterscheiden: Die Bewerber für die Wahlen in den Wahlkreisen werden von den Kreisverbänden aufgestellt, wogegen die Listenkandidaten auf der Ebene des Landesverbandes ausgewählt werden.

Dies spricht dafür, dass die Personenwahl durch Mehrheit im Wahlkreis weiterhin eine eigenständige Bedeutung hat. Diese unterscheidet sich auch von der Personalisierung, die z.B. bei offenen Listen erreicht wird. Denn bei diesen stehen allen Wählern im Land alle Kandidaten der Listen zur Auswahl, wogegen die Wahl im Wahlkreis lokal und personal weiter radiziert ist: Die Wähler im Wahlkreis entscheiden über die dort antretenden Bewerber, die zuvor von den Kreisverbänden der Parteien aufgestellt wurden.

Dem entsprechend wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes eingeräumt, dass die Wahl im Wahlkreis „damit ihre politische Bedeutung für eine lokal verwurzelte, bürgernahe Demokratie, für die Repräsentation der lokalen Ebene und die örtliche Aufstellung der Bewerber“ bewahrt (GE S. 11 oben). Auch an anderer Stelle wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs die Bedeutung der Wahlkreisabgeordneten herausgehoben, da argumentiert wird, dass nach der Reform der relative Anteil der Wahlkreisabgeordneten an der Gesamtzahl der Abgeordneten größer sei als nach derzeit geltendem Wahlrecht und die Wahlkreisabgeordneten deshalb einen relativen Bedeutungsgewinn erführen (GE S. 11 unter b)).

Schließlich ist im Vorgriff auf die konkrete Ausgestaltung i.S.d. „Wie“ der Nichtzuteilung bzw. Kappung festzuhalten, dass ein mit einer kleinen Mehrheit gewählter Wahlkreissieger keineswegs stets ein politisch schwacher Bewerber ist. Ein knapper und an Prozenten gemessen schwacher Sieg kann insbesondere auch dadurch bedingt sein, dass der Sieger starke und zahlreiche Konkurrenz hatte, gegen die er sich aber durchsetzen konnte. Aus diesem Grund wird eine Kappung des Überhangs in der Literatur als „eklatant gegen Gerechtigkeitsgrundsätze“ verstoßende, „reine Willkürentscheidung“ (Behnke, ZParl 2010, 247, 255) und „fundamentalen Fairnessempfindungen“ widersprechend (Behnke, ZParl 2012, 675, 684) angesehen.



#### **4. Vorrang der Wahlkreissieger vor bloßen Listensiegern bei Sitzvergabe**

Dass der Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen die mit der Mehrheit im Wahlkreis verbundene, besondere Legitimität anerkennt, zeigt sich bei der Vergabe der Sitze an die Bewerber. Denn die nach Listenwahl errungenen Sitze werden zunächst an die Bewerber vergeben, die auch den Wahlkreis gewonnen haben; die restlichen Sitze werden dann an die Bewerber vergeben, die nur Listensieger sind. Dadurch wird den Wahlkreissiegern Vorrang vor den Bewerbern eingeräumt, die nur Listensieger sind.

Dieser Vorrang der Wahlkreissieger vor den bloßen Listensiegern ist nur durch die besondere Legitimität zu begründen, die mit der Mehrheit im Wahlkreis verbunden ist, und auf die bei der Vergabe der Sitze zurückgegriffen wird. Denn würde die Wahl im Wahlkreis als Teil der landesweiten Verhältniswahl verstanden, wäre nicht zu erklären, weshalb nur die Wahlkreissieger Vorrang erhalten. Vielmehr wäre es dann konsequent, sämtliche auch in einem Wahlkreis angetreten Bewerber einer Partei im jeweiligen Land nach ihrem relativen Wahlkreisergebnis zu reihen und die nach Listenwahl zustehenden Sitze in dieser Reihenfolge an die Bewerber zu vergeben, und damit gegebenenfalls auch an Bewerber, die in einem Wahlkreis im Land angetreten sind, aber dort keine Mehrheit erhalten haben.

Dass die Regelungen der Sitzvergabe eben dies nicht vorsehen, sondern nur den Sieg mit Mehrheit im Wahlkreis honorieren, zeigt deutlich, dass die Wahl mit Mehrheit im Wahlkreis auch nach dem Gesetzesentwurf eine Bedeutung hat, die mit einem Verständnis der Wahl im Wahlkreis als Teil einer Verhältniswahl nicht vereinbar ist. Der Vorrang nur der Wahlkreissieger reflektiert weiterhin die besondere Bedeutung der Wahl eines Bewerbers mit Mehrheit im Wahlkreis für die Sitzvergabe.

#### **5. Grundmandate und unabhängige Kandidaten**

Die legitimatorische Bedeutung der Wahl im Wahlkreis als Mehrheitswahl einer Person tritt noch an zwei weiteren Stellen besonders zu Tage: Bei der Grundmandatsklausel sowie bei der Sitzzuteilung an nicht parteigebundene Kandidaten.

In beiden Konstellationen werden Mandate aufgrund der Wahlkreiswahl auch dann zugeteilt, wenn sie nach den allgemeinen Regeln für die Verhältniswahl nicht zuzuteilen sind. Während bei der Grundmandatsklausel nur von der Anwendung der 5%-Sperrklausel abgesehen und das Prinzip der Deckung der Sitze durch Listenstimmen beibehalten wird, verzichtet die Regelung zu den unabhängigen Wahlkreisbewerbern auf eine Listenstimmendeckung und führt zur Vergabe von Sitzen allein aufgrund des Ergebnisses der Mehrheitswahl in Wahlkreisen.

Zwar können beide Konstellationen möglicherweise auch als Ausnahmefälle verstanden werden, in denen ein Abweichen von den allgemeinen Regeln für die Verhältniswahl gerechtfertigt sein kann und auf die Ergebnisse der Wahl in den Wahlkreisen zugegriffen

werden darf. Allerdings ist eine solche Lesart vor allem mit Blick auf die Grundmandatsklausel nicht unproblematisch.

Denn die Vereinbarkeit der Regelung zur Grundmandatsklausel mit der Gleichheit der Wahl wird bereits zum geltenden Wahlrecht angezweifelt, und die nach dem Gesetzesentwurf reduzierte Bedeutung der Wahl im Wahlkreis lässt die Rechtfertigung aus dem Gedanken, dass das Erringen von Mehrheiten auch nur in wenigen Wahlkreisen als Ausdruck eines gewissen politischen Gewichtes die Bevorzugung dieser Parteien rechtfertige, noch schwächer werden, weshalb die Grundmandatsklausel wohl zur verfassungswidrigen Systemausnahme würde.

Schließlich: Selbst wenn die Regelungen zu den beiden Konstellationen als zulässige Ausnahmefälle angesehen werden, setzen sie jeweils voraus, dass die Mehrheitswahl im Wahlkreis grundsätzlich eine eigenständige legitimatorische Bedeutung hat, die in diesen Konstellationen bei der Grundmandatsklausel verstärkt und bei der Sitzvergabe an unabhängige Bewerber allein zum Tragen kommt. Damit bestätigen sie das oben ermittelte Ergebnis, dass die Personenwahl durch Mehrheit im Wahlkreis auch nach dem Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen weiterhin eine eigenständige Bedeutung hat.

## **6. Begründung des Gesetzesentwurfes**

Die eigene Bedeutung der Wahlkreiswahl wird auch in der Begründung des Gesetzesentwurfes reflektiert. Denn neben den oben angeführten Passagen, in denen die vorgeschlagenen Regelungen als „reines Verhältniswahlrecht“ (GE S. 12 unter b) 1. Absatz) bezeichnet und als Übergang zu einem „streng durchgeführten Verhältniswahlrecht“ (GE S. 12 unter b) 2. Absatz) gesehen werden, finden sich in der Begründung auch Stellen, die zurückhaltender und differenzierter formuliert sind. Dort wird ausgeführt, dass „zwischen der Verhältniswahl und der Wahl in den Wahlkreisen durch das Prinzip der Hauptstimmendeckung eine Verbindung hergestellt wird“ (so GE S. 10 unter I.). Die Einbindung der Wahlkreiswahlen in die Prinzipien des Verhältniswahlrechts wird sodann näher so charakterisiert, dass dies als „Übergang hin zu einer wechselseitigen Konditionierung von Parteilisten- und Wahlkreiswahl mit dem Ziel des Vorrangs der Verhältniswahl“ zu verstehen sei (so GE S. 10 unter II.1.).

## **7. Ergebnis: Wahl mit Mehrheit im Wahlkreis weiterhin eigene Bedeutung**

Im Ergebnis sprechen daher erhebliche Gründe dafür, dass die Wahl im Wahlkreis ihre Bedeutung und damit ihren Charakter als Mehrheitswahl nicht gänzlich eingebüßt hat. Die Personenwahl als Mehrheitswahl im Wahlkreis ist nicht bloße Binnendifferenzierung innerhalb der Verhältniswahl, sondern hat weiterhin eine eigenständige Bedeutung.

## **II. Nichtzuteilung in Überhangsituation beeinträchtigt die Gleichheit der Wahl**

Diese Bedeutung der Wahl mit Mehrheit im Wahlkreis wird durch die in Überhangsituationen erfolgende Nichtzuteilung von Sitzen an Wahlkreissieger bzw. Kappung von Wahlkreissiegern

beeinträchtigt. Aus Sicht der Wahl im Wahlkreis ist die Ungleichbehandlung zwischen den Siegern offenbar: Obwohl sämtliche Sieger ihren Wahlkreis gewonnen haben, erhalten in Überhangsituationen einige in Folge der Kappung keinen Sitz. Dass eine – zur Kappung führende – Überhangsituation besteht, ist aber nicht allein Folge der Wahl in den Wahlkreisen, sondern zumindest auch der landesweiten Listenwahl, die aber nach den Grundsätzen der Verhältniswahl erfolgt. Die Kappung an die Überhangsituation zu knüpfen, ist deshalb ein Bruch mit dem System der Mehrheitswahl im Wahlkreis. Da die aus der Gleichheit der Wahl folgenden Anforderungen in Abhängigkeit vom System – Mehrheitswahl oder Verhältniswahl – unterschiedlich ausgeprägt sind, hat der Systembruch Folgen: Die mehrheitswahlrechtliche Gleichheit wird aus Gründen, die außerhalb der Mehrheitswahl im Wahlkreis liegen, beeinträchtigt.

Die in einer Überhangsituation erfolgenden Kappungen beeinträchtigen zugleich die mit der Wahl im Wahlkreis verbundenen legitimatorischen bzw. repräsentationslogischen Wirkungen: Die Rückkoppelung zwischen Bundestag und Wahlkreis wird geschwächt, die demokratische Responsivität des Parlaments nimmt ab, der Bundestag rückt ein Stück weit weiter von den Bürgern weg.

In der Begründung des Gesetzesentwurfes wird dieses Problem erkannt, allerdings sogleich zu relativieren versucht mit dem Verweis darauf, dass die Repräsentation der Wahlkreise auch im Fall einer Nichtzuteilung von Wahlkreismandaten wahrscheinlich bleibe, weil typischerweise mehrere Abgeordnete aus einem Wahlkreis kämen (GE S. 11 Absatz 2). Dies vermag aber nicht überzeugen, denn diese Abgeordneten sind nicht im Wahlkreis gewählt worden (dies sehend GE S. 11 Abs. 2 letzter Halbsatz), weshalb ihnen die durch eine mit Mehrheit gewonnene Wahl im Wahlkreis vermittelte, spezifische Legitimation fehlt. Zudem wird es regelmäßig zu dem Effekt kommen, dass der Wahlkreis insoweit nicht bzw. nicht nur durch den eigentlichen Wahlkreissieger repräsentiert wird, sondern zumindest auch durch Wahlkreisverlierer; damit wird aber das Ergebnis der Mehrheitswahl im Wahlkreis konterkariert.

Die in Überhangsituationen erfolgende Nichtzuteilung bzw. Kappung von Mandaten von Wahlkreissiegern führt daher zu einer relevanten Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl, die der Rechtfertigung bedarf.

### **III. Erforderliche Rechtfertigung nicht ersichtlich**

An entsprechend nötigen, zwingenden Gründen fehlt es aber wohl.

#### **1. Zur Größe und Funktionsfähigkeit des Bundestages**

In der Begründung des Gesetzesentwurfes wird als Ziel „die Rückkehr zur gesetzlich normierten Regelgröße des Bundestages“ genannt (GE S. 10 unter I.). Die Reduktion der Größe des Bundestages ist allerdings erst dann ein zwingender Grund, wenn die Größe eine Gefahr der

Verschlechterung oder Störung der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Funktionen des Bundestags begründet. Davon ist aber weder in der Begründung die Rede, noch ist dies bislang sonst hinreichend deutlich zu erkennen.

## **2. Zur Systementscheidung für eine Verhältniswahl**

Die Abweichung von den gleichheitsrechtlichen Grundsätzen der Mehrheitswahl kann auch nicht auf eine Systementscheidung für die Verhältniswahl gestützt werden. Denn wie oben ausgeführt, behält die Mehrheitswahl im Wahlkreis auch nach den Regelungen des Gesetzesentwurfes der Regierungsfractionen eigene wahlrechtliche Wirkungen, die am Gleichheitsmaßstab der Mehrheitswahl im Wahlkreis zu messen sind, weshalb die in Überhangsituationen erfolgende Kappung von Wahlkreismandaten einen Übergriff der Verhältniswahl in die Mehrheitswahl darstellt. Wie die gleichheitsrechtliche Bewertung ausfällt, wenn diese Sicht nicht geteilt und ein umfassender Systemwechsel zu einer Verhältniswahl angenommen wird, wird anschließend dargelegt.

Zuvor sei aber noch darauf hingewiesen, dass eine in Überhangsituationen greifende Kappung auch nicht mit Verweis auf die frühere Rechtslage zur Landtagswahl in Bayern verteidigt werden kann. Zwar trifft es zu, dass eine solche Regelung dort in Bezug auf die nach Landesrecht gebildeten Stimmkreise bestand und vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung vom November 1954 als verfassungsgemäß angesehen wurde. Allerdings ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage eine andere, da die Landesverfassung explizit den Grundsatz der verbesserten Verhältniswahl enthält. Dem entsprechend sind wahlrechtliche Regelungen, die der Logik der Verhältniswahl folgen und dazu führen, dass nach der Logik der Mehrheitswahl gewählte Stimmkreisbewerber in Überhangsituationen keinen Sitz erhalten, wegen der unmittelbar in der Verfassung enthaltenen Grundentscheidung für die Verhältniswahl unbedenklich. Eine solche verfassungsunmittelbare Grundentscheidung für die Verhältniswahl enthält das Grundgesetz aber nicht.

## **IV. Alternative: Annahme einer Systementscheidung für eine Verhältniswahl**

Vorstehend wurde gezeigt, dass nach dem Gesetzesentwurf die Wahl im Wahlkreis trotz des Grundsatzes der Listenstimmendeckung und der Möglichkeit des Verweisens von Wahlkreisen weiterhin eine eigene legitimatorische Bedeutung hat. Diese Sicht auf die Wahlkreise beruht auf einem Überwiegen der Gründe, die für eine eigene Bedeutung der Wahlkreiswahl als Mehrheitswahl im Wahlkreis sprechen.

Sollte diese Sicht nicht geteilt, sondern die Wahl im Wahlkreis als Teil einer Verhältniswahl angesehen werden, wäre in Überhangsituationen die Nichtzuteilung von Sitzen an Wahlkreissieger nicht als Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit anzusehen, sondern als Folge und konsequenter Ausdruck der Verhältniswahl.

## **1. Maßstab: Erfolgswertgleichheit in Abhängigkeit von Erfolg bei Listenwahl**

Allerdings folgt daraus dann nicht, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelungen der Sitzzuteilung verfassungsgemäß sind. Vielmehr ist die Gleichheit der Wahl weiterhin relevant, nun aber mit dem für Verhältniswahlen einschlägigen Maßstab.

Dem entsprechend ist zu prüfen, ob die für die Verhältniswahl maßgebliche Erfolgswertgleichheit dadurch berührt wird, dass die Zuteilung der Sitze an die Bewerber in nach Kriterien erfolgt, die an die Wahl im Wahlkreis anknüpfen: Der Vorrang der Wahlkreissieger auf der Liste und bei Überhangsituationen die Kappung bzw. Nichtzuteilung nach der relativen Höhe der Wahlkreismehrheit. Der für Verhältniswahlen einschlägige Maßstab ist dabei die Erfolgchancengleichheit in Abhängigkeit vom Erfolg des Bewerbers bei der Wahl nach Landeslisten.

## **2. Zuteilung nach Ergebnissen der Wahl im Wahlkreis Durchbrechung der Verhältniswahl**

Die Zuteilung der Sitze nach einem Vergleich der Ergebnisse der Sieger der Wahl im Wahlkreis vorzunehmen, passt aber nicht zum System der Verhältniswahl. Denn diese beruht auf der Wahl landesweiter Listen, und nicht auf der Wahl im Wahlkreis.

Dass die Zuteilung nach den Ergebnissen der Wahl im Wahlkreis aufgrund eines landesweiten Vergleiches dieser Ergebnisse erfolgen soll, ändert daran nichts, denn verglichen werden die Ergebnisse der Wahlen im Wahlkreis als Wahlen, die regional radiziert und auf die jeweiligen Bewerber in den Wahlkreisen bezogen sind. Anders ist dies z.B. bei Wahlen auf der Grundlage offener Listen, bei denen zwar gleichfalls eine Personalisierung durch Auswahl der Listenbewerber erfolgt, aber die Bewerber landesweit kandidieren und die Wähler landesweit innerhalb der Liste auswählen können, weshalb dies eine in das System der Verhältniswahl passende, kohärente Ausgestaltung ist.

Die Vergabe der Sitze an die Bewerber nach der möglichen Erringung einer Mehrheit im Wahlkreis auszurichten sowie in Überhangsituationen als weiteres, eigenständiges Element auf einen Vergleich der Ergebnisse der Wahl im Wahlkreis abzustellen, bricht dagegen mit dem System der Verhältniswahl.

Diese Wirkung des Gesetzesentwurfs wird aus der Perspektive der Wahlbewerber besonders deutlich. Denn deren Möglichkeit, einen Sitz im Bundestag zu erhalten, hängt nicht allein von Erfolg ihrer Liste und der individuellen Platzierung auf dieser Liste ab. Hinzu kommt stets die mögliche Erringung einer Mehrheit im Wahlkreis sowie in Überhangsituationen als weiteres, eigenständiges Element die Frage, wie groß der mit dem Wahlkreissieg errungene relative Stimmenanteil ist.

Die Vergabe der Sitze an die Bewerber nach der möglichen Erringung einer Mehrheit im Wahlkreis auszurichten sowie in Überhangsituationen auf einen Vergleich der Ergebnisse der

Wahl im Wahlkreis abzustellen, bricht daher mit dem System der Verhältniswahl und führt zu einer relevanten Ungleichbehandlung der Bewerber, die der Rechtfertigung bedarf.

Ein entsprechender zwingender Grund besteht aber nicht, denn es ist derzeit nicht ersichtlich, dass die Größe des Bundestages eine konkrete Gefahr der Verschlechterung oder Störung der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Funktionen des Bundestags begründet.

### **3. Überhangsituation schwachen Wahlkreissiegern nicht zurechenbar**

Dieser Bruch mit dem System der Verhältniswahl kann auch nicht mit der Annahme überwunden oder relativiert werden, dass der Erfolg im Wahlkreis mit dem Erfolg der Landesliste so weitgehend korreliert, dass ein Wahlkreissieg mit einer schwachen relativen Mehrheit im Wahlkreis Folgte eines schwachen Ergebnisses der Listenwahl sei, weshalb die Nichtzuteilung an den bzw. Kappung des schwachen Gewinners als (konsequente) Folge seiner schwachen relativen Mehrheit im Wahlkreis angesehen werden könne.

Eine solche Zurechnung scheidet bereits daran, dass Wahlkreis und Liste mit je eigenen Stimmen gewählt werden, die auch gesplittet abgegeben werden können. Dadurch besteht die Möglichkeit, im Wahlkreis für einen Bewerber einer Partei zu stimmen, ohne damit zugleich die Liste dieser Partei zu wählen. Der Wähler kann für einen Wahlkreisbewerber stimmen, ohne dass zugleich dessen Partei an Mandatschancen gewinnt. Der Gesetzesentwurf unterscheidet sich damit auch von herkömmlichen offenen Listen, bei denen Wahlbewerber einer anderen Partei nur dann zum Mandat verholfen werden kann, wenn zugleich in Kauf genommen wird, dass damit die eigentlich favorisierte Partei an Mandatschancen einbüßt.

Die Möglichkeit der Abgabe von zwei Stimmen, die verschiedene Bezugspunkte haben – Wahlkreis mit Mehrheitswahl und Landesliste mit Verhältniswahl –, ist somit nicht nur Beleg der eigenen Bedeutung der Wahl im Wahlkreis. Die Trennung in zwei Stimmen verhindert auch, dass der Erfolg oder Misserfolg der Landesliste einer Partei deren Wahlkreisbewerbern so weitgehend zugerechnet werden kann, dass die in Überhangsituationen erfolgende Nichtzuteilung bzw. Kappung von Mandaten relativ schwacher Wahlkreissieger als Konsequenz ihres schwachen Abschneidens im Wahlkreis angesehen werden kann (vgl. dazu auch Rauber, ZG 2020, S. 165-167).

### **4. (Nicht)Zuteilung nach Ergebnissen der Wahl im Wahlkreis nicht zu rechtfertigen**

Die Zuteilung der Sitze an die Bewerber nach der möglichen Erringung einer Mehrheit im Wahlkreis auszurichten sowie in Überhangsituationen auf einen Vergleich der Ergebnisse der Wahl im Wahlkreis abzustellen, verzerrt deshalb die Gleichheit der Verhältniswahl und ist eine relevante Beeinträchtigung, die der Rechtfertigung bedarf. An entsprechenden, zwingenden Gründen fehlt es aber wohl, wie oben bereits ausgeführt wurde.

## **5. Kein Rückfall auf die Mehrheitswahl und deren Gleichheitsmaßstab**

Zur Vermeidung dieses Ergebnisses könnte versucht werden, für das Anknüpfen an die Ergebnisse der Wahl in den Wahlkreisen auf den Gleichheitsmaßstab der Mehrheitswahl im Wahlkreis zu rekurrieren und so den für die landesweite Listenwahl einschlägigen Gleichheitsmaßstab der Verhältniswahl auszutauschen bzw. zu unterlaufen. Dies steht aber in Widerspruch dazu, dass die an eine Überhangsituation anknüpfende Nichtzuteilung bzw. Kappung von Mandaten nur dann und deshalb verfassungsrechtlich zulässig sein kann, wenn und weil den vorgeschlagenen Regelungen des Wahlrechts insgesamt eine grundlegende Systementscheidung zugunsten einer landesweiten Verhältniswahl entnommen wird. Wird – entgegen den oben dargelegten Gründen – eine solche umfassende Grundentscheidung angenommen, prägt sie aber den Gleichheitsmaßstab für die einzelnen wahlrechtlichen Regelungen der Sitzzuteilung, und kann bei deren Prüfung bzw. Rechtfertigung nicht auf den durch die umfassende Grundentscheidung ausgeschlossenen Maßstab der Mehrheitswahl im Wahlkreis zugegriffen werden.

## **V. In beiden Varianten Ausgestaltung rechtfertigungsbedürftig**

Im Ergebnis zeigt sich damit, dass der Gesetzesentwurf aus Sicht der Gleichheit der Wahl keine konsequente Verwirklichung einer Systementscheidung sein kann. Entweder behält die Mehrheitswahl im Wahlkreis eine eigenständige Bedeutung mit der Folge, dass die in Überhangsituationen erfolgende Kappung bzw. Nichtzuteilung rechtfertigungsbedürftig ist. Oder die Mehrheitswahl im Wahlkreis hat keine eigenständige Bedeutung mehr mit der Folge, dass ihr Einfluss auf die Sitzvergabe als Verzerrung der Erfolgswertgleichheit der Listenwahl rechtfertigungsbedürftig ist. An den in beiden Varianten von einer Rechtfertigung geforderten, zwingenden Gründen fehlt es aber wohl.

*Bernd Grzeszick*