

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache

20(4)171 G

Domerschulstraße 16
97070 Würzburg

Telefon 0931/31-82324

schmahl@jura.uni-wuerzburg.de

5. Februar 2023

Schriftliche Stellungnahme

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

zu dem

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfund-
zwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes;
Bundestags-Drucksache 20/5370 vom 24. Januar 2023**

I. Hintergrund und Bestandsaufnahme¹

Der Gesetzentwurf (Bundestags-Drucksache 20/5370) steht im Kontext der Debatten zur Begrenzung der Größe des Bundestages.² Während über dieses Ziel sehr weitgehende Einigkeit besteht, sind die Modalitäten, wie die Größe des Bundestages verringert werden kann, umstritten. Das Grundgesetz schreibt kein Wahlsystem vor, sondern normiert in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG lediglich Grundsätze, nach denen die Abgeordneten des Deutschen Bundestages gewählt werden. Die konkrete Ausgestaltung der Wahlrechtsgrundsätze obliegt gemäß Art. 38 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber. Diesem steht ein weiter Spielraum zur Ausgestaltung des konkreten Wahlsystems zu.³ Er kann insbesondere zwischen Verhältnis- und Mehrheitswahl oder einer Kombination beider Systeme entscheiden, solange und soweit er die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG beachtet.⁴

Im Einzelnen sieht der Gesetzentwurf vor, dass die Wähler wie bisher zwei Stimmen haben: (1) Die gegenwärtige Erststimme wird nach dem Entwurf künftig als „Wahlkreisstimme“ bezeichnet und regelungstechnisch auf den „zweiten Platz“ verwiesen. Mit der Wahlkreisstimme soll weiterhin nach den Prinzipien der Mehrheitswahl eine Abgeordnete in den Wahlkreisen gewählt werden. (2) Die gegenwärtige Zweitstimme wird in „Hauptstimme“ umformuliert; sie fungiert nunmehr auf dem „ersten Platz“. Nach wie vor soll sie für die parteiliche Zusammensetzung des Bundestages im Sinne der Verhältniswahl maßgeblich sein.

Der mit dem Gesetzentwurf verbundene Paradigmenwechsel besteht freilich nicht allein in dieser richtungsgebenden Umformulierung. Vielmehr besteht das grundstürzend Neue des Änderungsvorschlags darin, dass die ausschlaggebende Frage, welche Personen über die Wahlkreisstimme als direkt gewählte Abgeordnete ins Parlament einziehen, sich nicht mehr ausschließlich nach der Mehrheit der Stimmen im Wahlkreis richten soll. Als zusätzliche Bedingung muss nach diesem Modell stets eine Hauptstimmendeckung vorliegen. Auf diese Weise wird die Hauptstimme zur entscheidenden Determinante des Wahlergebnisses; die Wahlkreisstimme wird zu einer „Nebenstimme“ degradiert. Das Mandat erhält also nur derjenige, der in einem Wahlkreis die meisten Personenstimmen erhält und dessen Partei gleichzeitig über ein über die Listenstimmen errungenes Mandat verfügen kann. Ausweislich des Entwurfs soll damit die Größe des Bundestages künftig auf 598 Abgeordnete zuverlässig begrenzt werden.

II. Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Das vorgeschlagene Wahlsystem, auch bekannt als „Kappungssystem“, ist aus mehreren Gründen verfassungsrechtlich problematisch:

¹ Die männliche und die weibliche Form werden im Folgenden in willkürlichem Wechsel verwendet und schließen stets alle Geschlechter (m/w/d) ein.

² Vgl. dazu nur die Unterrichtung durch die Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit: Zwischenbericht, Bundestags-Drucksache 20/3250, 1.9.2022, S. 10 ff.

³ Grundlegend BVerfGE 3, 19 (24), st. Rspr. Aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 121, 266 (296); 123, 39 (71); 131, 316 (334 ff.).

⁴ BVerfGE 6, 84 (90); 6, 104 (111); 95, 335 (349 f.); 120, 82 (103); 121, 266 (296); sehr deutlich auch BVerfGE 131, 316 (335 f.).

1. Zuvörderst ist bedenklich, gegen den Mehrheitswillen der Wähler Direktmandate in den Wahlkreisen nicht zuzuteilen, sondern zu „kappen“. Die Nichtzuteilung von Mandaten trotz erzielter Mehrheit der Stimmen im Wahlkreis ist nicht nur ein radikaler Leitbildwechsel, sondern vor allem mit den Vorgaben des Grundgesetzes nur schwerlich in Einklang zu bringen. Der Gesetzgeber kann nicht nach Belieben definieren, unter welchen Voraussetzungen ein Wahlkreis gewonnen wird. Die Mehrheitsregel ist unmittelbar im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) verankert und damit dem Gesetzgeber vorgegeben.⁵ Dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip ist eine „proporz-konditionierte Mehrheitsregel“ fremd. Dies gilt insbesondere im Wahlrecht, da nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts das personale Element des geltenden Wahlsystems dem Zweck dient, eine direkte Verbindung zwischen Wähler und Abgeordneten zu schaffen und zu stärken.⁶ Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die Person mit den meisten Wahlkreisstimmen ihr Mandat tatsächlich erhält, auch wenn ihre Partei nicht ausreichend Listenstimmen zur Deckung errungen hat.⁷ Die Wahl von Wahlkreisabgeordneten soll gerade ein Korrektiv zur dominierenden Stellung der Parteien bilden, die in den starren Landeslisten (vgl. § 27 Abs. 1 BWahlG) zum Ausdruck kommt.⁸

2. Der Gesetzentwurf gestaltet die Bundestagswahl im Ergebnis zu einer reinen Verhältniswahl um. Das Direktmandat, das im Entwurf nahezu vollständig marginalisiert wird, verfügt jedoch über einen eigenständigen legitimatorischen Wert, der nicht vernachlässigt werden darf. Das Direktmandat betont das personale Element der Wahl, begrenzt den Einfluss der Parteien und gestaltet die Wahl insgesamt bürgernäher und weniger anonym aus.⁹ Gerade in Zeiten, in denen die Bindung der Menschen zu den politischen Parteien stetig abnimmt, rückt bei der Wahlentscheidung zunehmend die Person und die örtlich radizierte Aufstellung der Wahlkreiskandidatinnen in den Vordergrund. Im Gegensatz zu den über die Liste gewählten Abgeordneten sind Wahlkreiskandidaten in erster Linie ihren Wählern und nicht einer Partei verpflichtet. Diese parteipolitische Unabhängigkeit kommt der Ausübung des freien Mandats im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG zugute. Das Direktmandat steht zudem für eine geringe Distanz zwischen Wählerinnen und Volksvertretern und ist deshalb geeignet, möglicher Politikverdrossenheit entgegenzuwirken.¹⁰ Es ist nicht zuletzt eine Kompensation dafür, dass auf der Bundesebene – anders als auf der Ebene der Länder – keine direktdemokratischen Elemente vorhanden sind.

3. Das geplante Kappungssystem legt nicht hinreichend offen, dass im Ergebnis allein die Verhältniswahl entscheidet und die Wahlkreiswahl keine echte Wahl mehr ist, sondern nur

⁵ Vgl. Unterrichtung (Fn. 2), S. 15. Vgl. auch *Philipp Austermann*, Zum Wahlrechtsreform-Vorschlag der Ampel-Koalition, RuP 58 (2022), S. 300 (301); *Matthias Friehe*, Gewählt ist der Letztplatzierte?, FAZ.net Einspruch, 31.5.2022, <https://www.faz.net/einspruch/einspruch-exklusiv-gewaeht-ist-der-letztplatzierte-18071651.html>.

⁶ BVerfGE 131, 316 (365 f.).

⁷ Ebenso *Halina Wawzyniak*, Verkleinerung Bundestag, Kommissions-Drucksache 20(31)008, 16.5.2022, S. 11, <https://www.bundestag.de/resource/blob/899552/1c187b302ec1bee11b14e6721988c3f7/K-Drs-008-Wawzyniak-Stellungnahme-Verkleinerung-Bundestag-data.pdf>.

⁸ BVerfGE 97, 317 (323); 131, 316 (365 f.).

⁹ Vgl. *Bernd Grzeszick/Rudolf Mellinghoff/Stefanie Schmahl*, Demokratie nachhaltig zukunftsfähig gestalten: Ein echtes Zwei-Stimmen-Wahlrecht für den Bundestag, Kommissions-Drucksache 20(31)027, 22. Juni 2022, S. 1, <https://www.bundestag.de/resource/blob/900098/860aad60e4b1fa60a35610e6605591bb/K-Drs-027-Thesenpapier-Prof-Dr-Grzeszick-Prof-Dr-h-c-Mellinghoff-Prof-Dr-Schmahl-Zwei-Stimmen-Wahlrecht-data.pdf>.

¹⁰ Vgl. Unterrichtung (Fn. 2), S. 13, 19 f.

noch eine Vorauswahl von Bewerbern in der Konkurrenz um Listenmandate. Trotz erzielter Mehrheit im Wahlkreis verfügt eine Wahlbewerberin bloß über die „Chance auf ein Mandat“.¹¹ Dies aber ist nicht hinreichend transparent und dem Wähler nicht plausibel zu vermitteln. Das Bundesverfassungsgericht betont zu Recht, dass das Wahlrecht das wichtigste staatsbürgerliche Teilhaberecht zur Ausübung der Staatsgewalt sei und es deshalb so formuliert werden müsse, dass die Mehrheit der wahlberechtigten Staatsbürger in der Lage sei, es in seinen Voraussetzungen und Wirkungen nachzuvollziehen.¹² Die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Wahlrechts sind nicht nur ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit und der politischen Praktikabilität, sondern auch Bedingung für die Akzeptanz bei den Bürgerinnen.¹³

4. Außerdem hängt nach dem Gesetzentwurf die Zuteilung des Mandats nicht nur vom jeweiligen Hauptstimmenergebnis der Parteien ab. Vielmehr wird die Grenze für die Zuteilung aufgrund der föderalen Ausgestaltung des Wahlrechts notwendigerweise in jedem Bundesland separat bestimmt. Die damit verbundenen unterschiedlichen Auswirkungen der Hauptstimmendeckung in den einzelnen Bundesländern verzeichnen aus bundesweitem Blickwinkel aber negative Einflüsse auf die in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Chancengleichheit der Kandidatinnen.¹⁴

5. Darüber hinaus liegt ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl vor, da die Wähler wegen der konditionalen Verbindung zwischen Haupt- und Wahlkreisstimme zum Zeitpunkt der Stimmabgabe nicht erkennen können, welche Erfolgchancen ihre Wahlkreisstimme hat.¹⁵

6. Der Denkklogik des Kappungssystems entsprechend dürften parteipolitisch unabhängige Wahlkreisbewerber schon von vornherein keinerlei Chance haben, ein Mandat zu erringen, da sie über keine Hauptstimmendeckung verfügen können. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Parteienmonopol bei der Kandidatenaufstellung aber unzulässig.¹⁶ Wohl aus diesem Grund sieht der Gesetzesentwurf eine Ausnahmeregelung dergestalt vor, dass ein Mandat an parteilose Kandidatinnen auch dann zugeteilt werden soll, wenn diese – mangels Bezugs zu einer Landesliste – über keine Hauptstimmendeckung verfügen. Ob eine solche Sonderregelung systemimmanent tragfähig ist, kann indes bezweifelt werden. Sie bringt bereits das gesetzgeberische Ziel, die Größe des Bundestages auf 598 Abgeordnete künftig zuverlässig zu beschränken, ins Wanken. Hinzu kommt, dass die Regel in der Praxis umgangen werden kann, wenn ein Kandidat vor der Wahl aus der Partei austritt, faktisch aber für diese kandidiert.¹⁷ Auch eine Aufstellung als Einzelbewerberin im Sinne des

¹¹ Begriff bei *Fabian Michl/Johanna Mittrop*, Abschied von der Personenwahl: Der Entwurf der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform, Verfassungsblog, 17.1.2023, <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-personenwahl/>.

¹² BVerfGE 121, 266 (316). Vgl. auch BVerfGE 79, 161 (168).

¹³ Unterrichtung (Fn. 2), S. 13.

¹⁴ *Austermann* (Fn. 5), S. 302. Zum Grundsatz der Chancengleichheit der Wahl vgl. BVerfGE 41, 399 (413 f.); 85, 148 (157).

¹⁵ Vgl. *Henner Jörg Boehl*, in: Wolfgang Schreiber (Hrsg.), BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 62. Zum Grundsatz der Vorhersehbarkeit und Unmittelbarkeit der Wahl vgl. BVerfGE 95, 335 (350); 121, 266 (307); 131, 316 (336).

¹⁶ BVerfGE 41, 399 (416 f.).

¹⁷ Vgl. Unterrichtung (Fn. 2), S. 18.

§ 20 Abs. 3 BWahlG könnte die anvisierte strenge Proporzbindung, die mit der Hauptstimmendeckung verbunden ist, nicht unerheblich lockern.¹⁸

7. Als verfassungsrechtlich zweifelhaft erweist sich ferner die im Gesetzentwurf weiterhin enthaltene Grundmandatsklausel, wonach bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten auch Parteien berücksichtigt werden, die in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Der geltende § 6 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BWahlG, der nunmehr vergleichbar unter § 4 Abs. 2 Nr. 2 BWahlG-Entwurf firmiert, ist vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtlich zulässiger Eingriff in die Erfolgswertgleichheit angesehen worden, um eine effektive Integration des Staatsvolkes zu bewirken.¹⁹ Im Kappungsmodell ist die Grundmandatsklausel aber systemfremd, da sie insoweit das Direktmandat vom ansonsten bestehenden Erfordernis der Hauptstimmendeckung löst. Erreichen die Kandidatinnen einer Partei in drei Wahlkreisen eine Mehrheit der Stimmen, ohne zugleich über eine entsprechende Hauptstimmendeckung zu verfügen, dürften bei folgerichtiger Anwendung der Listendeckung noch nicht einmal die Direktmandate vergeben werden; eine Beteiligung am Proporz wäre erst recht ausgeschlossen. Dass die Grundmandatsklausel dennoch im Gesetzentwurf enthalten ist, lässt sich rechtlich nicht widerspruchsfrei begründen. Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts muss das Verfahren der Mandatzuteilung jedoch grundsätzlich frei von widersinnigen und willkürlichen Effekten sein.²⁰

III. Verfassungspolitische Bedenken

Schließlich bestehen an dem Gesetzentwurf auch verfassungspolitische Bedenken. Aufgrund der erforderlichen Hauptstimmendeckung für ein Direktmandat kann der Fall eintreten, dass bestimmte Wahlkreise im Bundestag nicht durch Wahlkreiskandidaten vertreten werden, obwohl sie eine Mehrheit der Stimmen erhalten haben. Dies wäre in allen Wahlkreisen der Fall, in der nach dem jetzigen Wahlsystem Überhangmandate entstehen.²¹ Es ist für die lokale Repräsentanz und Nähe zu den Bürgerinnen aber nicht zufriedenstellend, wenn in einzelnen Wahlkreisen keine Repräsentation durch eine direkt gewählte Person gegeben wäre, während die meisten Wahlkreise eine Direktvertretung hätten.²² Derart verwaiste Wahlkreise sind zumindest verfassungspolitisch fragwürdig.

IV. Ergebnis

Von der Einführung eines Kappungssystems ist aus den vorstehenden Gründen abzusehen. Ergänzend gebe ich zu bedenken, welche politischen Signalwirkungen eine solche Änderung des BWahlG auf die wahlberechtigten Bürger hätte, wenn erstmals Wahlkreissiegerinnen ein

¹⁸ Vgl. *Michl/Mittrop* (Fn. 11).

¹⁹ BVerfGE 95, 408 (420 ff.).

²⁰ BVerfGE 121, 266 (300); 131, 316 (336).

²¹ Dieses Defizit räumt auch der Gesetzentwurf ein, vgl. Bundestags-Drucksache 20/5370, S. 11.

²² So auch *Christoph Möllers/Lennart Kokott/Lukas Vogt*, Die Eventualstimme als legitimierender Faktor, KommissionsDrucksache 20(31)037, 21.7.2022, S. 3, <https://www.bundestag.de/resource/blob/904696/4273b2f41aca53de523af174b799ae08/K-Drs-037-Prof-Dr-Moellers-Stellungnahme-Eventualstimme-data.pdf>.

Sitz im Deutschen Bundestages verweigert würde. Die Gefahr einer Delegitimierung der repräsentativen Demokratie wäre wohl nicht von der Hand zu weisen. Dies gilt umso mehr, als verfassungskonforme Vorschläge zu einer Änderung des Wahlrechts vorliegen, mit denen die gegenwärtige Größe des Bundestages ebenfalls erheblich gesenkt werden könnte. Zu verweisen ist zum einen auf die – dem Ausschuss für Inneres und Heimat gleichfalls überwiesene – Bundestags-Drucksache 20/5353 vom 24. Januar 2023, die die bisherigen, mit dem Grundgesetz zweifellos kompatiblen „Stellschrauben“ des Bundeswahlrechts beibehält, sie jedoch mit dem Ziel einer Verkleinerung des Bundestages in verfassungsgemäßer Weise enger zurrt. Zum anderen wäre die Einführung eines asymmetrischen echten Zwei-Stimmen-Wahlrechts²³ eine verfassungskonforme Variante, um die Größe des Bundestages verlässlich zu begrenzen.

gez. Prof. Dr. Stefanie Schmahl

²³ Vgl. Grzeszick/Mellinghoff/Schmahl (Fn. 9).