

Welzel, Dieter  
Auf der Nachbarsheide 6  
53773 Hennef  
1. Semester Zusatzstudium Wirtschafts- und Arbeitsrecht  
Matr.-Nr.: 2902761

Hennef, 28. August 2002

Einführung in das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland  
bei Prof. Dr. Dimitris Th. Tsatsos  
Sommersemester 2002  
Einsendearbeit zur Kurseinheit 4

**Sachverhalt:**

Der Wahlberechtigte W will die Bundestagswahl 1998 im Oktober desselben Jahres für ungültig erklären lassen. Seiner Ansicht nach liegen verschiedene erhebliche Mängel vor:

1. Einige kleinere Parteien erreichten weniger als 5 % der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen. Zudem konnten Sie kein Direktmandat in einem Wahlkreis erlangen, so dass sie bei der Verteilung der Sitze des Bundestages gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 BWahlG nicht berücksichtigt wurden. W sieht darin einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.
2. Die F-Partei, die lediglich 3,5 % der Zweitstimmen erhielt, konnte dagegen in 4 Wahlkreisen Direktmandate erringen und wurde daher gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1, 2. Fall BWahlG bei der Verteilung der Sitze des Bundestages berücksichtigt. W hält diese sogenannte „Grundmandatsklausel“ für verfassungswidrig.
3. Ferner erzielte die B-Partei 12 Überhangmandate. W hat errechnet, dass die B-Partei aufgrund dieser zusätzlichen Mandate durchschnittlich nur 65.000 Zweitstimmen für einen Sitz im Bundestag benötigte. Andere Parteien benötigten dagegen im Durchschnitt zwischen 67.000 und 69.000 Zweitstimmen für einen Sitz. Ohne die Gewährung von Überhangmandaten hätte die B-Partei durchschnittlich 68.193 Stimmen pro Mandat benötigt. W möchte wissen, wie die Überhangmandate entstehen, und ob die Gewährung dieser Mandate an die B-Partei verfassungsgemäß ist.

Frage 1: Bestehen die von W gerügten Wahlfehler?

Frage 2: Wie kann W die Wahl für ungültig erklären lassen?

## **Zu Frage 1: Bestehen die von W gerügten Wahlfehler?**

### **1. Verfassungsmäßigkeit der 5%-Sperrklausel**

#### **a) Fallfrage**

W sieht in der Regelung des § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG, wonach grundsätzlich nur Parteien berücksichtigt werden, welche die 5%-Hürde überwinden, einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Diese Verfassungsnorm enthält die fünf Wahlrechtsgrundsätze, nach denen Abgeordnete des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt werden.

#### **b) Problemstellung**

Die 5%-Sperrklausel könnte gegen den Grundsatz der gleichen Wahl verstoßen, der bestimmt, dass jedermann sein aktives und passives Wahlrecht in formal gleicher Weise ausüben kann. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl besagt, dass jede gültig abgegebene Stimme gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben muss. D.h., jede Stimme muss den gleichen Zählwert und grundsätzlich auch den gleichen Erfolgswert aufweisen. Zwischen Zähl- und Erfolgswert einer Stimme darf dabei nicht aufgrund von Bildung, Religion, Rasse, Geschlecht, Vermögen (z.B. durch Steuerleistungen) oder politischer Meinung des Wählers differenziert werden (kein Klassenwahlrecht). Daraus folgt, dass der Grundsatz „one man, one vote“ ohne geschlechtsspezifische Aussage zu gelten hat.

Es könnte also sein, dass die 5%-Sperrklausel gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verstößt, da sie bei der Abwägung zwischen der Repräsentation aller politischen Gruppen im Parlament und der Regierbarkeit des Staates ausschließlich der Regierbarkeit dient. Sie soll dazu beitragen, dass sich im Bundestag Mehrheiten bilden und Entscheidungen herbeigeführt werden können.

#### **c) Argumente für die Verfassungswidrigkeit**

Gegen die 5%-Sperrklausel bestehen hierbei folgende Bedenken:

- Fraglich erscheint, ob ein stärkerer politischer Pluralismus im Parlament tatsächlich zu einer Unregierbarkeit führen würde.

- Kleineren Gruppen wird es erheblich erschwert, an der Willensbildung teilzunehmen. Damit wird die Möglichkeit begrenzt, politische Aktivitäten einzubeziehen. Mithin besteht die Gefahr der Erstarrung des Parteiensystems und der Politik.

#### **d) Argumente für die Verfassungsmäßigkeit**

Den vorgenannten gewichtigen Bedenken ist jedoch entgegen zu halten:

- Die 5%-Sperrklausel wirkt nicht absolut, da auch das Erringen dreier Direktmandate bereits für die Repräsentanz der Partei entsprechend ihrem Zweitstimmenergebnis im Bundestag ausreicht (vgl. § 6 Abs. 1, 2, 4 und 6 S. 1 BWahlG).
- Deutschland hat aufgrund des Fehlens einer 5%-Sperrklausel während der Weimarer Republik bereits erlebt, wie ein stärkerer Pluralismus im Parlament tatsächlich zu einer Unregierbarkeit führte.
- Dem Quorum von 5% liegt eine Abwägung des Gesetzgebers zwischen dem politischen Pluralismus im Bundestag und einer potentiellen Unregierbarkeit Deutschlands, also keine Willkürentscheidung zugrunde. Hierbei hat der Gesetzgeber dem Ziel der Regierbarkeit die höhere Priorität eingeräumt. Den politischen Pluralismus im Bundestag hat er aber nicht völlig außer acht gelassen. Vielmehr hat er das Quorum nicht unter, aber auch nicht über 5% angesetzt. Bei einem geringeren Quorum dürfte die Sperrwirkung gegen Splitterparteien zwecks Vermeidung einer potentiellen Unregierbarkeit nicht hinreichend hoch sein. Demgegenüber würde ein höheres Quorum einen zu starken Eingriff in den politischen Pluralismus im Bundestag bewirken. Die sich aus einem über 5% liegenden Quorum eventuell ergebende weitere Verbesserung der Regierbarkeit wäre allerdings höchstens beim Vorliegen ganz besonders zwingender Gründe noch zu rechtfertigen und zulässig.

#### **e) Ergebnis**

Die Argumente für die derzeitige Ausgestaltung der 5%-Sperrklausel in § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG überwiegen sowohl quantitativ als nach meiner Auffassung auch qualitativ die gewichtigen Bedenken. Besondere Umstände des

Einzelfalles, nach denen ein Quorum von 5% unzulässig wäre, sind für mich nicht erkennbar.

Mithin verstößt m.E. die 5%-Sperrklausel nicht gegen Art. 38 Abs. 6 S. 1 GG und wurden einige kleinere Parteien, die weniger als 5% der im Wahlgebiet abgegebenen Zweitstimmen erreichten und zudem kein Direktmandat erlangten, bei der Verteilung der Sitze im Bundestag gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG zu Recht nicht berücksichtigt.

## **2. Verfassungsmäßigkeit der „Grundmandatsklausel“**

### **a) Fallfrage**

W hält ferner die „Grundmandatsklausel“ des § 6 Abs. 6 S. 1, 2. HS BWahlG für verfassungswidrig. Infolge dieser Regelung wurde die F-Partei - trotz Scheitern an der 5%-Sperrklausel des § 6 Abs. 6 S. 1, 1. HS BWahlG - bei der Sitzverteilung nach dem Proportionalverfahren gemäß § 6 Abs. 2 BWahlG berücksichtigt. Die „Grundmandatsklausel“ des § 6 Abs. 6 S. 1, 2. HS BWahlG könnte möglicherweise gegen den Grundsatz der gleichen Wahl des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verstoßen.

### **b) Problemstellung**

Nach § 5 BWahlG hätte die F-Partei lediglich die vier in den Wahlkreisen errungenen Mandate zugeteilt werden dürfen, nicht aber darüber hinaus Listsitze. Die alternativ den Zugang zum Verhältnisausgleich eröffnende „Grundmandatsklausel“ des § 6 Abs. 6 S. 1, 2. HS BWahlG könnte deshalb gegen die Wahlrechtsgleichheit des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und die gemäß Art. 21 Abs. 1, 38 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgte Chancengleichheit der Parteien verletzen.

Aus dem Grundsatz der Erfolgswertgleichheit bei der Verhältniswahl folgt, dass dem Gesetzgeber für Differenzierungen des Erfolgswerts der Wählerstimmen ein eng bemessener Spielraum verbleibt. Differenzierungen sind deshalb lediglich unter Voraussetzungen gerechtfertigt, die durch „zureichenden“ aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe zusammengefasst werden können. Hierzu zählt insbesondere die Verwirklichung der mit der Parlamentswahl verfolgten Ziele. Dazu gehören:

- Die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und
- die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung.

Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihres Zweckes geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. Zwar nimmt jede weitere Zugangsmöglichkeit den durch eine (5%-)Sperrklausel bewirkten Eingriff in die Wahlgleichheit teilweise zurück und schwächt damit die Intensität des Eingriffs ab. Dies erfolgt indessen um den Preis, dass eine neue Ungleichheit zwischen den von der Abmilderung begünstigten und den hiervon weiterhin ausgeschlossenen Parteien geschaffen wird, die auch das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Parteien berührt. Insoweit bedarf die weitere Differenzierung rechtfertigender Gründe. Bei deren Bewertung kann allerdings die zugleich bewirkte Abmilderung der Intensität einer anderen wahlrechtlichen Differenzierung mit in Rechnung gestellt werden.

### **c) Argumente für die Verfassungswidrigkeit**

Gegen die Rechtfertigung der „Grundmandatsklausel“, die den Zweitstimmen für Parteien, welche das 5%-Quorum nicht erreicht haben, unterschiedliche Erfolgskraft gibt, spricht:

- Da mit der Personenwahl verfolgte Anliegen, eine persönliche Bindung der Wahlkreiskandidaten zu ihrem Wahlkreis herzustellen, kann nicht rechtfertigen, dass mit dem Gewinn von Wahlkreisen auch Landeslistenmandate vergeben werden.
- Die „Grundmandatsklausel“ ist selbst dann noch erfüllt, wenn die Grundmandatewahlkreise räumlich weit auseinander liegen.
- Die „Grundmandatsklausel“ kontaktiert das mit der (5% -)Sperrklausel verfolgte Anliegen, Splitterparteien vom Parlament fernzuhalten, um so dessen Handlungsfähigkeit zu sichern. Dieser Regelungszweck wird unterlaufen, wenn kleine Schwerpunktparteien nur wegen des Erwerbs von drei Direktmandaten für alle ihre Zweitstimmen Sitze zugeteilt erhielten.

- Es besteht eine verfassungsrechtlich bedenkliche Diskrepanz zwischen der Stimmenzahl, die aufzubringen ist, um die 5%-Hürde zu überwinden, und der Stimmenzahl, mit der drei Wahlkreise direkt errungen werden können. Damit wird der Grundsatz des gleichen Erfolgswertes für jede Stimme in unzulässiger Weise verletzt.

#### **d) Argumente für die Verfassungsmäßigkeit**

Demgegenüber sprechen folgende Rechtfertigungsgründe und Gegenargumente für die Verfassungsmäßigkeit der „Grundmandatsklausel“:

- Die „Grundmandatsklausel“ dient dem von der Verfassung legitimierten Zweck des Ausgleichsteils gegenläufiger Ziele, nämlich ein funktionsfähiges Parlament zu schaffen und eine effektive Integration des Staatsvolkes zu bewirken. Hieran knüpft die Regelung an geeignete und verfassungsrechtlich unbedenkliche Kriterien. Sie stellt sicher, dass sich das Ausmaß der Differenzierungen im Rahmen des gesetzgeberischen Konzepts hält.
- Bei der Festlegung eines Kriteriums, das Rückschlüsse auf die Integrationskraft politischer Parteien erlaubt, ist der Gesetzgeber nicht darauf beschränkt, auf den Erfolg einer Partei in der Verhältniswahl abzustellen, der an ihren Stimmenergebnissen im gesamten Wahlgebiet gemessen werden kann. Der Gesetzgeber kann - wie er es mit der „Grundmandatsklausel“ getan hat - eine besondere politische Kraft einer Partei vielmehr auch aus dem Ausmaß ihres Erfolgs in der Mehrheitswahl ableiten, die nach dem System der personalisierten Verhältniswahl der proportionalen Sitzverteilung vorgeschaltet ist.
- Findet ein parteiangehöriger Wahlkreiskandidat das Vertrauen der Mehrheit der Wähler im Wahlkreis, so darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass hierin zugleich ein besonderes Maß an Zustimmung zu der hinter dem Kandidaten stehenden Partei liegt. Gelingt es in seltenen Ausnahmefällen einer Partei, mit ihren Kandidaten mehrere Wahlkreismandate zu erringen, ohne aber in ihrem Gesamtergebnis die (5%-)Sperrklausel zu überwinden, so kann der Gesetzgeber in diesem sich bereits in Parlamentssitzen niederschlagen den Erfolg ein Indiz dafür sehen, dass diese Partei besondere Anliegen aufgegriffen hat, die eine Repräsentanz mit al-

len errungenen Zweitstimmen an der Verteilung der Listenmandate rechtfertigen.

- Der Gesetzgeber kann sich mit der „Grundmandatsklausel“ als alternativer Zugangshürde auf eine Rechtspraxis stützen, die von der deutschen Wahlrechtstradition (Weimarer Zeit), dem Landeswahlrecht (z.Zt. in Berlin, Brandenburg, Sachsen und Schleswig-Holstein) und Wahlgesetzen des Auslandes (z.B. in Dänemark und Österreich) bestätigt wird.
- Der Gesetzgeber muss sich bei seiner Einschätzung und Bewertung nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren. Nach bisherigen Erfahrungen bleibt das Erringen von drei oder mehr Wahlkreisen durch eine kleine Partei die seltene Ausnahme. Zwischen der Bundestagswahl 1957 und der hier in Rede stehenden Wahl ist der Gewinn von vier Wahlkreisen durch die PDS im Wahljahr 1994 die Ausnahme gewesen. Angesichts dieser politischen Wirklichkeit muss der Gesetzgeber nicht in Rechnung stellen, dass die „Grundmandatsklausel“ zu einer die Funktionsfähigkeit des Bundestages beeinträchtigenden Aufsplitterung der im Parlament vertretenen Kräfte führen kann.
- Die „Grundmandatsklausel“ ist auch unter dem Gesichtspunkt der Wahl- und Chancengleichheit ein rechtlich geeignetes Anknüpfungskriterium. Es handelt sich dabei um ein „zahlenmäßiges Kriterium“, das sich erst im Wahlgang konkretisiert. Jede Partei - entsprechenden Wählerzuspruch vorausgesetzt - kann die „Grundmandatsklausel“ erfüllen. Sie verhält sich daher - anders als Gesichtspunkte, die an bestimmte Eigenschaften von Parteien anknüpfen - im Wahlwettbewerb neutral.
- Die Regelung des § 6 Abs. 6 S. 1, 2. HS BWahlG wird auch nicht durch den Einwand in Frage gestellt, die „Grundmandatsklausel“ sei zu weit gefasst und eröffne deshalb sinnwidrig auch solchen Parteien den Zugang zum Verhältnisausgleich, die drei Direktmandate nicht in einer Region, sondern „verstreut“ über das gesamte Bundesgebiet erringen. Der Gesetzgeber darf die Aussagekraft der „Grundmandatsklausel“ vielmehr ohne Rücksicht auf regionale Nähe aus dem Wahlkreiserfolg ableiten.

- Schließlich stellt die Gesamtregelung des § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG sicher, dass bundesweit keine höhere Sperrwirkung als das verfassungsrechtlich noch zulässige 5%-Quorum erfüllt wird.

### e) Ergebnis

Aus meiner Sicht über die Rechtfertigungsgründe und Argumente für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des § 6 Abs. 6 S. 1, 2. HS BWahlG nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ die Gegenargumente. Die „Grundmandatsklausel“ des § 6 Abs. 6 S. 1, 2. HS BWahlG ist nach meiner Auffassung demnach nicht verfassungswidrig und wurde zu Recht bei der F-Partei angewandt.

## 3. Das Entstehen von Überhangmandaten

Überhangmandate entstehen in der Bundesrepublik Deutschland nach dem geltenden BWahlG als eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl (§ 1 Abs. 1 S. 2 BWahlG) gestaltete Wahlrecht wie folgt:

- a) Von den grundsätzlich 598 Mitgliedern des deutschen Bundestages (§ 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG) wird die eine Hälfte in den Wahlkreisen direkt nach den Grundsätzen der *Mehrheitswahl* (§ 5 BWahlG) mit der Erststimme und die andere Hälfte über die Landeslisten der Parteien mit dem System der *Verhältniswahl* (§ 6 BWahlG) mit der Zweitstimme gewählt.
- b) Von den für jede Landesliste ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des betreffenden Landes errungenen Wahlkreismandate abgerechnet (§ 6 Abs. 4 S. 1 BWahlG). Die restlichen Sitze werden aus der Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge nach dem Verfahren Hare-Niemeyer besetzt. Bewerber, die in einem Wahlkreis gewählt sind, bleiben auf der Landesliste unberücksichtigt (§ 6 Abs. 4 S. 2 und 3 BWahlG). Durch die in § 6 Abs. 4 BWahlG vorgeschriebene Verrechnung der Wahlkreismandate mit den Sitzen, die jeder Partei aufgrund der Zweitstimmen in einem Land zustehen, wird die Gesamtzahl der Sitze - unbeschadet der vorgeschalteten Personenwahl - so auf die Parteien verteilt, wie es dem Verhältnis der Summen ihrer Zweitstimmen entspricht.

c) Die Verbindung der Verhältniswahl mit Elementen der Mehrheitswahl führt dazu, dass die Abrechnung der unmittelbar errungenen Mandate nicht stets einen vollen Ausgleich der Sitzverteilung im Sinne des Proporz bewirken kann und soll. Der Gesetzgeber hat in § 6 Abs. 5 S. 1 BWahlG klargestellt, dass die im jeweiligen Land in den Wahlkreisen errungenen Sitze einer Partei verbleiben. Dadurch erhöht sich die Gesamtzahl der Mitglieder des Bundestages entsprechend (§ 6 Abs. 5 S. 2 BWahlG). Dieses Ergebnis hält der Gesetzgeber auch bei den Listenverbindungen aufrecht, die Verteilungsgrundsätze gelten dort gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG entsprechend. Überhangmandate entstehen mithin als Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, dass Wahlkreismandate auf die Sitze der Landesliste verrechnet werden sollen, die unterschiedlichen Wahlerfolge der Direktwahl und der Listenwahl im Land jedoch eine solche Verrechnung nicht stets (voll) zulassen. Oder in anderen Worten: Übersteigt die Anzahl der Wahlkreismandate die Zahl der zugeteilten Sitze, ergeben sich Überhangmandate. Überhangmandate sind demnach keine den Parteien außerhalb des Proporz zugeteilten Landeslistenmandate sondern Direktmandate.

#### **4. Verfassungsmäßigkeit der Überhangmandate**

##### **a) Fallfrage**

W möchte wissen, ob die Gewährung der 12 Überhangmandate an die B-Partei verfassungsgemäß ist. Die Zuteilung der Überhangmandate ergibt sich aus § 6 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG. Es stellt sich mithin die Frage, ob diese Regelung ohne Ausgleich gegen den Grundsatz der gleichen Wahl des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und die gemäß Art. 21 Abs. 1, 38 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgte Chancengleichheit der Parteien verstößt.

##### **b) Problemstellung**

Die §§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG regeln, dass die in den Wahlkreisen errungenen Sitze auch dann einer Partei verbleiben, wenn sie die Zahl ihrer Landeslistenmandate übersteigen (Überhangmandate). Diese Regelung könnte, da nach dem BWahlG andere Parteien keine Ausgleichsmandate erhalten und die Überhangmandate auch nicht mit einer entsprechenden Zahl

von Listenmandaten, welche die Partei in anderen Bundesländern errungen hat, verrechnet werden, die Wahlgleichheit nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und die in Art. 21 Abs. 1, 38 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgte Chancengleichheit der Parteien verletzt.

Die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich vorgegebene Wahlgleichheit wirkt sich in der Mehrheitswahl und in der Verhältniswahl jeweils unterschiedlich aus:

Die *Mehrheitswahl* zeichnet sich dadurch aus, dass nur die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen mit gleichem Zählwert zu Mandatszuteilung führen. Die auf den Minderheitskandidaten entfallenden Stimmen bleiben hingegen bei der Vergabe der Parlamentssitze unberücksichtigt. Die Wahlgleichheit fordert hier, dass bei der Wahl von Abgeordneten in sogenannten Ein-Personen-Wahlkreisen (Personenwahl) alle Wähler auf der Grundlage möglichst gleich großer Wahlkreise, bemessen nach der Zahl der in ihnen zusammengefaßten deutschen Bevölkerung, und dann annähernd gleichem Stimmengewicht am Kreationsvorgang teilnehmen können.

Hingegen bedeutet Wahlgleichheit bei der *Verhältniswahl*, dass jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments haben kann. Daraus ergeben sich Anforderungen einer Erfolgswertgleichheit der Verhältniswahl für das Sitzzuteilungsverfahren nach der Stimmabgabe, in welchen die Zahlen der für die Listen abgegebenen Stimmen zueinander ins Verhältnis gesetzt und danach die in der Listenwahl zu vergebenden Sitze zugeteilt werden.

Die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem (Verhältniswahl, Mehrheitswahl oder Kombination beider Systeme) bedeutet zugleich, dass der Gesetzgeber die im Rahmen des jeweiligen Systems geltenden Maßstäbe der Wahlgleichheit zu beachten hat. Der Gesetzgeber gibt also dem Wähler jeweils die Wege vor, auf denen sich für sie die Wahlgleichheit verwirklicht. Aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers für die mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl, ist er verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, alle Sitze im Deutschen Bundestag letztlich nach dem Verhältnis der für die Parteien abgegebenen Stimmen zu verteilen. Vielmehr muss der Gesetzgeber bei der Ausschöpfung des durch Art. 38 Abs. 3 GG eröffneten breiten Entschei-

dungsspielraum insoweit lediglich dafür Sorge tragen, dass die Gleichheit der Wahl im jeweiligen Teilsystem gewährt wird. Hierbei kann es jedoch zum Konflikt zwischen der sich gegebenenfalls in Überhangmandaten manifestierenden Wahlgleichheit der personalisierten Verhältniswahl und der Anforderung an eine grundsätzliche Erfolgswertgleichheit der Verhältniswahl kommen.

Den gleichen Anforderungen hat das Wahlrecht auch im Hinblick auf die gemäß Art. 21 Abs. 1, 38 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Chancengleichheit der Parteien zu genügen.

### **c) Argumente für die Verfassungsmäßigkeit**

Für die Zulässigkeit der Überhangmandate gemäß §§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG ohne Ausgleichsregelung spricht:

- Mit der Entscheidung des Gesetzgebers, die Hälfte der Abgeordneten in den Wahlkreisen, die andere Hälfte über Parteilisten - und zwar vorgeordnet vor den Verhältnisausgleich - wählen zu lassen, kommt der verhältnismäßigrechtlichen Erfolgswertgleichheit aller Stimmen nur eine von vornherein begrenzte Tragweite zu. Die Rechtfertigung dieser differenzierenden Regelung ergibt sich aus der Entscheidung des Gesetzgebers für eine personalisierte Verhältniswahl mit ihrem besonderen Anliegen, durch die Wahl der Wahlkreiskandidaten eine engere persönliche Beziehung zumindest der Hälfte der Abgeordneten des Deutschen Bundestages zu ihrem Wahlkreis zu gewährleisten. Daraus folgt: Solange die Wahlkreise annähernd gleich groß sind, ist die durch Überhangmandate verursachte Abweichung von dem Erfordernis des gleichen Erfolgswerts jeder Stimme als notwendige Folge des besonderen Charakters der personalisierten Verhältniswahl mit dem Grundgesetz vereinbar.
- Mit keinem Sitzverteilungsverfahren (Höchstzahlverfahren nach d'Hondt, Verteilungsverfahren nach Niemeyer) kann die absolute Gleichheit der Erfolgswerte der Stimmen bei der Verhältniswahl erreicht werden. So benötigen die anderen Parteien im Durchschnitt zwischen 67.000 um 69.000 Zweitstimmen für einen Sitz. Dass die B-Partei aufgrund der Überhangmandate durchschnittlich nur 65.000 Zweitstimmen für einen

---

Sitz im Deutschen Bundestag benötige, ist deshalb ebenfalls hinzunehmen.

- Im übrigen setzt sich die Annahme, dass Überhangmandate nur im Rahmen der durch das mathematische Sitzzuteilungsverfahren ohnehin unvermeidbaren Ungleichheiten verfassungsrechtlich zulässig seien, dem Einwand aus, dass die Differenzierung des Stimmgewichts im Sitzzuteilungsverfahren aus der Notwendigkeit eines solchen mathematischen Verfahrens folgt, das nur für die Verhältniswahl gilt. Überhangmandate sind indes unmittelbar errungene Wahlkreismandate. Sie werden nicht aufgrund einer Proportionalrechnung zugeteilt, können mithin von vornherein nicht mit der Unschärfe eines solchen Rechenverfahrens gerechtfertigt werden.
- Das geltende BWahlG gewährleistet, dass jeder Wähler mit seiner Erst- und seiner Zweitstimme und in deren Zusammenwirken die gleiche rechtliche Möglichkeit hat, auf das Wahlergebnis Einfluß zu nehmen. Auch die Möglichkeit von Überhangmandaten führt nicht dazu, dass einzelnen Wählern eine im voraus berechenbare Chance eröffnet wird, mit ihren Stimmen einen „doppelten“ Erfolg in Bezug auf die Besetzung des Bundestages zu erzielen, der sie gleichheitswidriger Weise gegenüber anderen Wählern begünstigte.
- Den Mitgliedern des Wahlrechtsausschusses war bereits mit dem Wahlgesetz zum ersten Bundestag der Bundesrepublik Deutschland bewusst, dass sich bei dem gewählten Wahlsystem „personalisierte Verhältniswahl“ Überhangmandate ergeben können. Auf die Möglichkeit einer Ausgleichsregelung hatte der Gesetzgeber bereits damals verzichtet.
- Der Grundcharakter der Wahl als Verhältniswahl wird aufgehoben, wenn sich das Wahlverfahren von den Grundentscheidungen des Gesetzes entfernt. Ein solcher Fall tritt ein, wenn Überhangmandate von Wahl zu Wahl regelmäßig in größerer Zahl anfallen. Orientierungspunkt hierfür ist der für die (5%-)Sperrklauselregelung maßgebliche Zahlenwert. Wird diese Grenze überschritten, so führt das Verfahren nicht mehr mit hinreichender Zuverlässigkeit zu Wahlergebnissen, in denen die Gewichtung

der gesetzlichen Vorgaben deutlich zum Ausdruck kommt. Erst dann sind die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG berührt.

#### **d) Argumente für die Verfassungswidrigkeit**

Für die Verfassungswidrigkeit der §§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG ohne Ausgleichsregelung spricht dagegen:

- Jede Wahlkreisstimme hat ex ante die gleiche rechtliche Möglichkeit, im Zusammenwirken mit dem Wahlverhalten aller anderen Wahlberechtigten ein Überhangmandat mitzutragen. Das bedeutet aber nur, dass dann jedem Wähler die gleiche rechtliche Möglichkeit eröffnet ist, an einer Regelung teilzuhaben, die zu einem ungleichen Ergebnis führt: Er hat nur die gleiche rechtliche Chance, zu der Gruppe der Wähler zu gehören deren Stimmen stärker als die anderer Wähler Einfluß auf die politische Zusammensetzung des Parlaments nehmen können. Damit ist aber gerade nicht gewährleistet, dass alle Wähler durch ihre Stimmabgabe gleichen Einfluß nehmen können. Eine solche Regelung genügt daher den Anforderungen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht.
- Überhangmandate sind keine Direktmandate, denn sie werden aus den Parteilisten besetzt. Sie erhöhen die reguläre Sitzzahl des Bundestages. Elemente der Mehrheitswahl tragen diese zusätzlichen Sitze nicht. Die Zuteilung von Überhangmandaten außerhalb der proportionalen Verteilung der regulären Sitze ist als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit zu bewerten. Die Zuteilung von Überhangmandaten ohne Ausgleich oder Verrechnung behandelt Wählerstimmen im Sitzzuteilungsverfahren ungleich und greift in die Chancengleichheit der Parteien ein.
- Die zur Personenwahl vorgeschaltete Mehrheitswahl wird über den Verhältnisausgleich mit der Verhältniswahl zusammengeführt. Die Mehrheitswahl bestimmt die Kandidaten von 299 Bundestagssitzen, die Verhältniswahl verteilt alle 598 Bundestagssitze nach Proporz, der Verhältnisausgleich führt das Gewicht von Wahlkreis- und Listenstimme zu einem Stimmerfolg zusammen. Es will so die gleiche Behandlung aller Wählerstimmen in diesem Verfahren der Sitzzuteilung gewährleisten. Die Wahlrechtsgleichheit lässt keinen Raum dafür, die Erfolgswertgleichheit

---

nur für einen Teil dieses einheitlichen Gesamtkonzeptes der Sitzzuteilung herzustellen. Die personalisierte Verhältniswahl des BWahlG verteilt alle regulären Bundestagssitze - und damit auch die 29 Direktmandate - nach Proporz.

- An der Vergabe der zusätzlichen Bundestagssitze, die außerhalb des Proporztes zugeteilt werden, kann nicht jeder Wähler mit gleichen Erfolgchancen mitwirken. Während Wähler, die zum Entstehen von Überhangmandaten beitragen, mit Erst- und Zweitstimme Einfluß auf die politische Zusammensetzung des Bundestages nehmen können, kann dies die Vielzahl der Wähler nicht, deren Erststimmen diese Erfolgskraft durch die Verrechnung der Wahlkreismandate genommen wird. Daher können nicht alle Wähler durch ihr Wahlverhalten im Verhältnis zum Wahlverhalten aller anderen Wahlberechtigten gleiche Erfolgchancen verwirklichen.
- Der sich aus der (5%-)Sperrklausel des § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG ergebende „Zahlenwert“ kann keinen „Orientierungspunkt“ dafür bieten, bis zu welcher Grenze Überhangmandate mit der Wahlgleichheit vereinbar sind. Bei der (5%-)Sperrklauselregelung geht es um die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments. Die Entscheidung, welche Erfolgswertdifferenzierungen dafür erforderlich sind, besagt nichts dazu, inwieweit Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit zur Gewährleistung anderer Verfassungsprinzipien (etwa die Bindung des Abgeordneten an seinen Wahlkreis) hinnehmbar sind.
- Die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten ist nicht geeignet, die Parteien zu effektiver Wahlkreisarbeit und in ihrem Bemühen um überzeugungskräftige Wahlkreiskandidaten anzuspornen, weil selbst die überzeugendste Wahlkreisarbeit mit besonders attraktiven Kandidaten das Anfallen zusätzlicher Sitze nicht wahrscheinlicher macht. Überhangmandate entstehen nur, wenn die Landesliste einer Partei ein Defizit an Zweitstimmen gegenüber der Zahl der erzielten Direktmandate von vornherein den besonders erfolgreichen Landesverbänden vorenthalten, die Wahlkreise mit deutlichen Mehrheiten erringen und die - wie etwa die CSU in Bayern - ihre Attraktivität für die Wähler auch und vor allem da-

durch bestätigt finden, dass sie in besonderem Maße die für das Kräfteverhältnis im Bundestag maßgeblichen Zweitstimmen auf sich ziehen. Solchen Parteien kommt die Überhangmandateregelung trotz besonders überzeugungskräftiger Kandidaten nicht zugute. Umgekehrt fallen gerade solchen Landesverbänden einer Partei Überhangmandate zu, die besonders wenige Zweitstimmen - z.B. wegen Stimmensplittings - erreicht haben und die mithin den Wählern als Partei nicht besonders attraktiv erschienen sind. Zudem begünstige Wahlkreisgewinne mit nur knapper relativer Mehrheit die Entstehung von Überhangmandaten. Stellt man ferner in Rechnung, dass das Anfallen von Überhangmandaten durch eine geringe Wahlbeteiligung oder auch durch eine hohe Zahl ungültiger Stimmen in dem betreffenden Bundesland begünstigt wird, unterstreicht dies, dass das Konzept des Anreizes nicht trägt.

- Für die Rechtfertigung ausgleichsloser Überhangmandate muss die Rechtsentwicklung seit 1949 ebenso berücksichtigt werden wie der Umfang, in welchem seit 1949 Differenzierungen durch Überhangmandate aufgetreten sind. Die Entstehungsgeschichte der Wahlgesetze von 1949, 1953 und 1956 zeigt, dass der Wahlgesetzgeber
  - Überhangmandate als „gewissen Schönheitsfehler“ ansah,
  - lediglich von einem als zu kompliziert beurteilten Ausgleichsverfahren zurückgeschreckt war und
  - bereit war, ausgleichslose Überhangmandate hinzunehmen, weil er davon ausging, diese könnten ohnehin nur in äußerst geringer Zahl anfallen.

Inzwischen sieht aber die Verfassungsrealität anders aus und ist die Zahl der ausgleichslosen Überhangmandate von sechs in 1990 auf 16 in 1994 bzw. 13 in 1998 „hochgeschneit“:

- Entstehen nur sehr wenige ausgleichslose Überhangmandate, so verursacht dies nur so geringe Differenzierungen, dass sie entweder noch innerhalb dieser Marge liegen oder nicht zu größeren Abweichungen vom Erfolgswert der begünstigten Wählerstimmen führen, als sie durch die Marge ohnehin auftreten. Soweit jedoch durch die ausgleichslose Zutei-

lung von Überhangmandaten eine Differenzierung des Erfolgswert der Wählerstimmen eintritt, welche die Marge überschreitet gibt es hierfür keinen rechtfertigenden zwingenden Grund. Hier hat die B-Partei nicht wenige, sondern beachtliche 12 Überhangmandate erzielt. Sie benötigte deshalb lediglich durchschnittlich 68.193 Stimmen pro Mandat mehr. Damit befand sich die B-Partei ohne Überhangmandate im Durchschnitt der anderen Parteien, der zwischen 67.000 und 69.000 Zweitstimmen für einen Sitz beträgt. Durch die Überhangmandate hat die B-Partei nicht nur weniger als der Durchschnitt der anderen Parteien an Stimmen pro Mandat benötigt, sondern auch eine deutlich begünstigende Abweichung vom Erfolgswert realisiert. Mithin gibt es für die 12 Überhangmandate der B-Partei keinen rechtfertigenden zwingenden Grund.

- Die Ungleichgewichtigkeit von Wählerstimmen kann durch unterschiedliche im Auswahlermessen des Gesetzgebers stehende verfassungsfreundliche Maßnahmen vermieden werden. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit solcher Maßnahmen hat der Gesetzgeber sich an der gegenwärtigen politischen Wirklichkeit und nicht an abstrakt konstruierbaren Fällen zu orientieren.

#### **e) Ergebnis**

Nach meiner Auffassung fehlt es an dem rechtfertigenden zwingenden Grund für ausgleichslose Überhangmandate gemäß §§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG. Mithin sind §§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG verfassungswidrig. Es bedarf zumindest einer Ausgleichsregelung für den Fall, dass durch die Überhangmandate eine Differenzierung des Erfolgswerts der Wählerstimmen eintritt, welche die Marge überschreitet. D.h. für die 12 Überhangmandate der B-Partei, dass die Gewährung dieser Mandate ohne Ausgleichsregelung nach meiner Rechtsauffassung gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verstößt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung (BVerfGE 95, 335) keinen Verstoß gegen das GG festgestellt, da Stimmengleichheit vorlag (§ 15 Abs. 3 S. 4 BVerfGG).

## **Zu Frage 2: Wie kann W die Wahl für ungültig erklären lassen?**

W könnte versuchen, die Wahl im Wege des Wahlprüfungsverfahrens für ungültig erklären zu lassen.

### **1. Einspruchsverfahren beim Bundestag (Wahlprüfung)**

Dazu müsste W eine Entscheidung des Bundestages über die Gültigkeit der Wahl gemäß Art. 41 GG i.V.m. Wahlprüfungsgesetz (WahlprüfG) herbeiführen. Hierzu kann W schriftlich Einspruch beim Bundestag gegen die Gültigkeit der Wahl einreichen (§ 2 Abs. 2 und 3 WahlprüfG). Dieser Einspruch ist zu begründen (§ 2 Abs. 3 WahlprüfG) und muss binnen einer Frist von zwei Monaten nach dem Wahltag beim Bundestag eingehen (§ 2 Abs. 4 S. 1 WahlprüfG). Die Entscheidung des Bundestages wird durch den Wahlprüfungsausschuß vorbereitet (§ 3 Abs. 1 WahlprüfG), der den Einspruch nach den §§ 3 – 12 WahlprüfG prüft und seinen Entscheidungsvorschlag als Antrag dem Bundestag vorlegt (vgl. §§ 11 f. WahlprüfG). Nach § 13 WahlprüfG beschließt der Bundestag dann über den Antrag des Ausschusses mit einfacher Mehrheit. Im vorliegenden Fall ist die Zweimonatsfrist des § 2 Abs. 4 S. 1 WahlprüfG noch nicht verstrichen. W kann also die Wahl durch den Bundestag überprüfen lassen.

### **2. Beschwerdeverfahren beim Bundesverfassungsgericht**

Gemäß Art. 41 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG kann W - soweit seinem Einspruch nicht stattgegeben wurde - gegen den entsprechenden Beschluss des Bundestages Beschwerde beim BVerfG einlegen.

#### **A. Zulässigkeit**

Das Beschwerdeverfahren ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen des Art. 41 Abs. 2 GG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG erfüllt sind.

##### **I. Statthaftigkeit**

Die Beschwerde gemäß Art. 41 Abs. 2 GG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG ist statthaft gegen die Entscheidung des Bundestages über die Gültigkeit einer Wahl, wie sie im Falle des W eintreten kann.

## **II. Beteiligtenfähigkeit**

Als Wahlberechtigter ist W gemäß § 48 Abs. 1 BVerfGG beteiligtenfähig.

## **III. Beschwerdebefugnis**

Ein einzelner Wahlberechtigter – wie W – ist gemäß § 48 Abs. 1 BVerfGG nur zur Beschwerde befugt, soweit sein Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl vom Bundestag zurückgewiesen wurde und wenn ihm mindestens 100 Wahlberechtigte beitreten. Im Falle des W ist hiervon auszugehen.

## **IV. Form und Frist**

Gemäß §§ 23 Abs. 1, 48 Abs. 1 BVerfGG ist die Beschwerde schriftlich und mit einer Begründung versehen binnen einer Frist von zwei Monaten seit der Beschlussfassung des Bundestages beim BVerfG zu erheben.

## **B. Begründetheit**

Eine Wahlprüfungsbeschwerde ist begründet, wenn Wahlfehler vorliegen und diese auf die Mandatsverteilung Einfluss haben oder jedenfalls haben können.

Das BVerfG berücksichtigt dabei nur Rügen, die Gegenstand des Wahlprüfungsverfahrens vor dem Bundestag gewesen waren. Dabei prüft es nicht nur, ob das Wahlgesetz richtig angewandt wurde, sondern auch, ob dieses verfassungsgemäß ist.

Hier liegt nach meiner Auffassung ein Wahlfehler vor, da die Gewährung der Überhangmandate ohne Ausgleich an die B-Partei gegen den Grundsatz der gleichen Wahl des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verstößt und mithin verfassungswidrig ist. Eine Wahlprüfungsbeschwerde des W wäre demnach begründet.