



DER GENERALSEKRETÄR

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Zweiter Senat  
- Der Vorsitzende -  
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

Berlin, 13. Juni 2005

**Betr.: Wahlprüfungsbeschwerden gegen die Gültigkeit der Wahl zum 15. Deutschen Bundestag - 2 BvC 6/03, 2 BvC 1/04, 2 BvC 4/04, 2 BvC 6/04, 2 BvC 11/04**

**- Stellungnahme der Christlich Demokratischen Union Deutschlands -**

Aufgrund Ihres Schreibens vom 3. Mai 2005 nehme ich hiermit im Namen der Christlich Demokratischen Union Deutschlands unter Wahrung der gestellten Frist bis zum 15. Juni 2005 Stellung zu den in den genannten Wahlprüfungsbeschwerden aufgeworfenen Rechtsfragen des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag.

## **Übersicht**

- I. Verfahren im Bundeswahlausschuss
- II. Verstoß gegen Wahlrechtsgleichheit bei Berliner Zweitstimmen
- III. Überhangmandate rechtlich bedenklich und aus demokratischer Sicht nicht wünschenswert
- IV. Mündliche Verhandlung

## I. Verfahren im Bundeswahlausschuss

Die Christlich Demokratische Union Deutschlands hat bereits in der Sitzung des Bundeswahlausschusses am 09. Oktober 2002, vertreten durch den Beisitzer Dr. Hausmann, unter Hinweis auf die Entscheidung des Hohen Gerichtes vom 23. November 1998 (BVerfG 79, 161 ff.) das Problem der so genannten Berliner Zweitstimmen und ihre verfassungsrechtliche Bedenklichkeit zum Gegenstand der Beratungen im Bundeswahlausschuss gemacht. Es ist damals die Rechtsauffassung vertreten worden, dass die Entscheidung des Hohen Gerichtes von 1998 eine hinreichende Grundlage dafür bietet, die verfassungswidrige Regelungslücke des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG im Rahmen einer analogen Anwendung bereits bei der Ermittlung des Ergebnisses für die Wahl zum 15. Deutschen Bundestag zu schließen. Die CDU Deutschlands hat damals die Rechtsauffassung vertreten, dass unter Berücksichtigung des Urteils des Hohen Gerichtes aus dem Jahr 1988 bei der Ermittlung der abgegebenen gültigen Zweitstimmen der § 6 Abs. 1 S. 2 insoweit analog anzuwenden ist. Die Folge wäre, dass bei der Ermittlung der abgegebenen gültigen Zweitstimmen die Zweitstimmen der Wähler, die in den Wahlkreisen 1986 u. 1987 mit ihren Erststimmen die dort erfolgreichen Wahlkreisbewerber der PDS gewählt haben, unberücksichtigt bleiben müssen.

Unbeschadet der Tatsache, dass eine analoge Anwendung der genannten Rechtsvorschrift zum derzeitigen Zeitpunkt durch die Faktizität des Zeitablaufs nicht mehr durchführbar ist, vertritt die CDU Deutschlands nach wie vor die Auffassung, dass es sich hier um eine rechts- bzw. verfassungswidrige Regelungslücke im Bundeswahlgesetz handelt, die ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Erfolgswertgleichheit darstellt. Insbesondere vertritt die CDU Deutschlands die Rechtsauffassung, dass eine Nichtberücksichtigung von Zweitstimmen der Erststimmenwähler einer Partei, die das 5 % Quorum verfehlt, den im § 6 Abs. 1 S. 2 BWG geregelten Tatbeständen entspricht und demzufolge eine gleichgerichtete Konsequenz in Form der Streichung dieser Zweitstimmen notwendig ist.

In der Sitzung des Bundeswahlausschusses am 09. Oktober 2002 sind angesichts dieser verfassungsrechtlich problematischen Lage und im Sinne der Durchsetzung des Urteils des Hohen Gerichtes aus dem Jahr 1988 zahlreiche rechtliche Bedenken gegen die

Anerkennung der Zweitstimmen, wie sie im vorläufigen amtlichen Endergebnis vorgenommen wurde, vorgetragen worden. Auch wenn es im Bundeswahlausschuss nicht zu einer Mehrheitsentscheidung gekommen ist, eine analoge Anwendung vorzunehmen, so hat der Bundeswahlausschuss gleichwohl einmütig beschlossen, den Bundesgesetzgeber zu einer Novellierung des § 6 BWG aufzufordern bzw. eine solche zu erwägen.

## **II. Verstoß gegen Wahlrechtsgleichheit bei Berliner Zweitstimmen**

Mit der Berücksichtigung der Zweitstimmen aus den beiden durch die PDS-Direktkandidatinnen errungenen Wahlkreisen beim amtlichen Endergebnis wurde gegen den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 GG verstoßen, ganz so wie dies das Hohe Gericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1988 (BVerfGE 79, 161 ff., 168), für diesen - damals theoretischen Fall - bereits vorhergesehen hat. Das Gericht hat in seiner Entscheidung in § 6 Abs. 1 S. 2 BWG eine Gesetzeslücke erkannt, die im Widerspruch zum Prinzip der gleichen Wahl aus Art. 38 GG und zum Grundsatz des gleichen Erfolgswertes aller Stimmen steht. Diese Lücke besteht darin, dass Zweitstimmen nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn Kandidaten einer Partei, die die 5-% Sperrklausel nicht erfüllt haben, ein oder zwei Wahlkreismandate erhalten haben. Die Berücksichtigung dieser besagten Zweitstimmen ermöglicht jedoch einen doppelten Stimmerfolg und verstößt somit gegen den Grundsatz der Erfolgswertgleichheit aller Stimmen aus Art. 38 GG.

Im deutschen Wahlrecht gilt das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Dieses Prinzip konkretisiert sich darin, dass jede Stimme den gleichen Erfolgswert besitzen muss, also kein Stimmberechtigter mehr Wirkung mit seinen Stimmen erreichen kann, als andere Wähler. Im deutschen Wahlrecht gilt das Prinzip der gleichen Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG mit der Zähl- und Erfolgswertgleichheit der Stimmen sowie der rechtlichen Erfolgschancengleichheit hinsichtlich der Einflussnahme auf das Wahlergebnis. Dieses Prinzip konkretisiert sich darin, dass jede Stimme den gleichen Erfolgswert besitzen muss, also kein Stimmberechtigter mehr Wirkung mit seinen Stimmen erreichen kann, als andere Wähler (BVerfGE 41, 399 ff., 413; 51, 222 ff., 234; 69, 92 ff., 106; 71, 81 ff., 94; in der Literatur dazu: Maunz in: Maunz/Dürig, Art. 38 Rdnr. 49; Badura in: BK, Anl. zu Art. 38,

BWG Rdnr. 9; v Münch in: v. Münch/Kunig, Art. 38 Rdnr. 41 f; Kretschmer in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 38, Rdnr. 10c ff.).

Um diesen Grundsatz der Erfolgswertgleichheit sicherzustellen, sieht das BWG in § 6 Abs. 1 S. 2 zwei Fälle ausdrücklich vor, in denen die Zweitstimmen bestimmter Wähler nicht berücksichtigt werden dürfen. Dabei geht es um die Zweitstimmen von Wählern, die mit der Erststimme entweder Einzelkandidaten oder Wahlkreisbewerber gewählt haben, für die keine Landesliste zugelassen war. Solche Zweitstimmen sind nach der genannten Vorschrift des BWG immer dann nicht zu berücksichtigen, wenn die Erststimme zu einem Direktmandat geführt hat. Anderenfalls hätten solche Stimmen einen doppelten Erfolgswert und der Grundsatz der Wahlgleichheit wäre verletzt. Deshalb ermittelt der Wahlleiter alle entsprechenden Zweitstimmen, die dann bei den Landeslistenstimmen nicht berücksichtigt werden (§ 6 Abs. 1 BWG, § 77 Abs. 4 BWO).

Daher werden gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 BWG die Zweitstimmen derjenigen Wähler nicht berücksichtigt, die mit der Erststimme erfolgreich im Wahlkreis einen parteiunabhängigen Einzelbewerber oder den Kandidaten einer Partei gewählt haben, für den keine Landesliste zugelassen war. Anderenfalls hätten solche Stimmen einen doppelten Erfolgswert und der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit wäre verletzt. Mit ihrer Erststimme nämlich könnten die Wähler erfolgreich einen Wahlkreisbewerber einer Partei wählen und mit ihrer Zweitstimme darüber hinaus einem Listenbewerber einer anderen Partei zu einem Mandat verhelfen.

Nach ausdrücklicher Stellungnahme des Hohen Gerichts in dem Urteil von 1988 wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens „ersichtlich übersehen, dass diese Konstellation Wählern, die mit ihrer Zweitstimme Parteien bedacht haben, die an der Sitzverteilung teilnehmen, einen doppelten Stimmerfolg ermöglicht und daher auch eine Änderung des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG veranlasst war“ (BVerfGE 79, 161 ff.).

Darin macht das Hohe Gericht deutlich, dass die hier in Rede stehenden Sperrklauselfälle mit den in § 6 Abs. 1 S. 2 BWG ausdrücklich genannten Fällen gleichzusetzen und dementsprechend gleich zu behandeln sind.

Diese Judikatur hat das Hohe Gericht mit seiner Entscheidung zu den Überhangmandaten aus dem Jahre 1997 noch einmal unterstrichen: „Anders ist dies, soweit die Erststimme für einen nicht von einer Partei vorgeschlagenen Wahlkreisbewerber oder für einen von einer Partei vorgeschlagenen Wahlkreisbewerber, die nicht mit einer Landesliste im betreffenden Land kandidiert, abgegeben wird. Die Erfolgchance dieser Wähler, nicht nur über ihre Zweitstimme, sondern auch über ihre Erststimme Einfluss auf die Zusammensetzung des Bundestages nehmen zu können, ist hier - ex ante betrachtet - höher im Vergleich zu den übrigen Wählern.

Denn bei einem derart beschriebenen Wahlverhalten steht vorher fest, dass die Stimmen dieser Wähler schon deshalb doppeltes Gewicht für die Zusammensetzung des Bundestages gewinnen können, weil die Abrechnung eines Wahlkreismandates mangels Landesliste von vornherein unmöglich ist. Wenn der Gesetzgeber unter der Voraussetzung, dass sich ein solcher Wahlkreisbewerber im Wahlkreis durchsetzt, die von diesen Wählern abgegebenen Zweitstimmen nicht wertet (§ 6 Abs. 1 S. 2 BWG), stößt dies auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Es wahrt gerade die Gleichheit der Erfolgchancen aller Stimmen“ (BVerfGE 95, 335 ff., 357).

Für die Zusammensetzung des Bundestages sind - abgesehen von den Überhangmandaten (§ 6 Abs. 5 BWG) - nur die für die Landeslisten abgegebenen Zweitstimmen (§ 6 Abs. 1 S. 1 BWG) maßgebend. Die von den einzelnen Parteien errungenen Direktmandate werden von den Landeslistenmandaten abgezogen (§ 6 Abs. 4 S. 1 BWG) und die restlichen Sitze aus der Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt (§ 6 Abs. 4 S. 2 BWG). Sieht man wiederum von den Überhangmandaten ab, hat jeder Wähler daher nur eine Stimme von Gewicht, nämlich die Zweitstimme, während die Erststimme der Personenauswahl dient.

Problematisch ist dieses Wahlrecht dann, wenn die Möglichkeit einer Anrechnung nicht gegeben ist. Dieser Fall tritt ein, wenn im Wahlkreis ein Kandidat erfolgreich ist, der entweder als Einzelkandidat nach § 20 Abs. 3 BWG oder als Kandidat einer Partei, für die im betreffenden Land keine Landesliste zugelassen war, gewählt worden ist oder der als Kandidat einer Partei aufgetreten ist, die weder die 5%-Hürde (gemessen an den insgesamt abgegebenen gültigen Zweitstimmen) erreicht noch mindestens drei

Direktmandate errungen hat (§ 6 Abs. 6 BWG). Für die ersten beiden Fälle legt § 6 Abs. 1 S. 2 BWG fest, dass die Zweitstimmen ihrer Wähler nicht mehr dem allgemeinen Verhältnisausgleich der Landeslisten zu Grunde gelegt werden. Da in den vorliegenden Fällen eine Berücksichtigung der Zweitstimmen das Stärkeverhältnis der Parteien beeinflussen kann, ohne dass der gewählte Direktkandidat zu Lasten eines auf diesen Listen erhobenen Mandats in Ansatz gebracht werden kann, wird ein doppelter Stimmerfolg durch § 6 Abs. 1 S. 2 BWG verhindert. Für den dritten genannten hier eingetretenen Fall der Wahl eines Abgeordneten einer Partei, deren Landesliste an der 5%-Sperrklausel und der Grundmandatsklausel scheitert und die deswegen nicht am verhältnismäßigen Listenausgleich teilnimmt, enthält § 6 Abs. 1 S. 2 BWG das Gebot der Nichtberücksichtigung der Zweitstimmen der schon mit der Erststimme erfolgreichen Wähler nicht.

Alle drei Fälle haben gemeinsam, dass die Möglichkeit einer Anrechnung gerade nicht gegeben ist, und zwar dies infolge eines Stimmensplittings der Wähler (Poschmann, ThürVBl. 2003, 121 ff., 123). Ebenso wie in den von § 6 Abs. 1 S. 2 BWG ausdrücklich erfassten Fällen, stellt sich die Frage der Berücksichtigung der Zweitstimmen bei den Berliner Zweitstimmen nur im Fall eines Stimmensplittings, denn bei homologem Stimmverhalten wird die für die Splitterpartei abgegebene Zweitstimme schon nach § 6 Abs. 6 BWG nicht für die Sitzverteilung herangezogen. Der durch ein Stimmensplitting mögliche doppelte Stimmerfolg im vorliegenden Fall muss somit i.S.d. verfassungsmäßigen Gebots der Erfolgswertgleichheit der Stimmen aus Art. 38 GG ebenso verhindert werden wie in den Fällen des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG.

Hier kann auch nicht hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Fälle auf die subjektive Sichtweise der Wähler abgestellt werden. Denn entscheidend für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Wahl ist letztlich nicht die Vorhersehbarkeit des doppelten Stimmerfolgs für den Wähler, sondern das faktische Ergebnis, denn auch nur dieses ist einer Korrektur zugänglich, um die Vereinbarkeit der Wahl mit der Verfassung zu gewährleisten. Anderenfalls liefe in dieser Frage Art. 41 GG leer, der die verfassungsrechtliche Gewährleistung unseres Wahlrechts als objektiven Wahlrechts bildet; daher dürfen hier nicht subjektive Aspekte, wie die Frage der Vorhersehbarkeit des doppelten Stimmerfolgs durchgreifen. Schließlich besteht auch der Regelungszweck des

§ 6 Abs. 1 S. 2 BWG darin, die Erfolgswertgleichheit der Stimmen zu gewährleisten, also einen in diesen Fällen möglichen doppelten Stimmerfolg zu verhindern (so auch BVerfGE 5, 77 ff., 82; 7, 63 ff., 73 ff.).

Zudem ist es dem Gesetzgeber nur in gewissen, eng umschriebenen Grenzen ausnahmsweise erlaubt, bei der Verhältniswahl vom Grundsatz der Erfolgsschancengleichheit abzuweichen und beim Erfolgswert der Wählerstimmen Differenzierungen vorzunehmen. Solche Ausnahmeregelungen wurden vom Bundesverfassungsgericht nur in Bezug auf die Überhangmandate anerkannt, da in diesen Fällen eine nachträgliche Anrechenbarkeit ausgeschlossen, d.h. gar nicht erst möglich war. Im vorliegenden Fall sind jedoch keinerlei Gründe ersichtlich, die sachlich zwingend eine differenzierte rechtliche Betrachtung der drei Sachverhalte fordern (dieser Ansicht ist auch Schreiber in NVwZ 2003, 402 ff., 405).

Insbesondere ist im Gegensatz zu den Überhangmandaten eine gesonderte Berechnung und damit eine nachträgliche Korrektur im hier problematischen Fall grundsätzlich möglich. Somit ist eine Gleichbehandlung der Splitting-Sonderfälle verfassungsnäher und verfassungs- und rechtspolitisch überzeugender.

Die drei genannten Konstellationen, von denen zwei in § 6 Abs. 1 S. 2 BWG ausdrücklich geregelt sind, sind folglich sehr wohl miteinander vergleichbar, wie dies das Hohe Gericht in seiner Entscheidung von 1988 auch getan hat.

Das Hohe Gericht hat im Jahre 1988 die Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG geprüft und bereits bei dieser Gelegenheit eine Regelungslücke für den nun vorliegenden - damals rein theoretischen Fall - festgestellt (BVerfGE 79, 161 ff., 168). Diese ist nach Auffassung des Hohen Gerichtes im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens entstanden. Nach der ursprünglichen Regelung im Bundeswahlgesetz (§ 9 Abs. 4 BWG, 1953) waren Landeslisten nämlich schon dann bei der Mandatsverteilung zu berücksichtigen, wenn sie in einem Wahlkreis einen Kandidaten durchgebracht hatten. Nach der Heraufsetzung der Zahl der Grundmandate auf drei, wurde zwar der neue § 6 Abs. 1 S. 3, nicht aber § 6 Abs. 1 S. 2 BWG geändert und den neuen Voraussetzungen angepasst. Nach dem Hohen Gericht wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens „ersichtlich übersehen, dass diese

Konstellation Wählern, die mit ihrer Zweitstimme Parteien bedacht haben, die an der Sitzverteilung teilnehmen, einen doppelten Stimmerfolg ermöglicht und daher auch eine Änderung des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG veranlasst war“.

Damit hat das Hohe Gericht die absolute Vergleichbarkeit der beiden im Gesetz geregelten Fälle mit dem erkennbar übersehenen Fall festgestellt. Das Hohe Gericht hat auch seine Anregung an den Gesetzgeber, tätig zu werden, ausdrücklich nur mit dem Gebot der Rechtsklarheit begründet. Auch damit macht das Gericht klar, dass die konstitutive Rechtslage aus seiner Sicht durch die Gleichstellung der Fälle entschieden ist, so dass der Fall der Sperrklausel mit den in § 6 Abs. 1 S. 2 BWG genannten Fällen gleichzusetzen und die Vorschrift entsprechend anzuwenden ist.

### **III. Überhangmandate rechtlich bedenklich und aus demokratischer Sicht nicht wünschenswert**

Ebenso steht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Überhangmandaten in Frage, da auch diese gegen den Grundsatz der Erfolgswertgleichheit aus Art. 38 GG verstoßen. Das Hohe Gericht hat diese bisher zwar (mit deutlichen Bedenken zugelassen), damit jedoch immer - ausgesprochen oder unausgesprochen - Bedingungen verknüpft. In der Vergangenheit sind durch aufgetretene Überhangmandate niemals Mehrheitsverhältnisse im Bundestag verändert bzw. hergestellt worden. Angesichts des knappen Ausgangs der Bundestagswahl 2002 erlangen die Überhangmandate allerdings nun eine gewisse Wahl entscheidende Bedeutung, weil die bisher zugelassenen Überhangmandate eine Veränderung der parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse bewirken. Somit ist das Proportionalverfahren bezüglich des Zweitstimmenergebnisses in unzulässiger Weise verletzt worden und damit gleichzeitig auch der in Art. 38 GG verankerte verfassungsrechtliche Grundsatz der Erfolgswertgleichheit aller Stimmen.

Das Hohe Gericht hat 1997 entschieden, dass Überhangmandate zwar zulässig sind, aber nur unter der Bedingung, dass die beiden Teilwahlsysteme - Wahl der Direktkandidaten in den Wahlkreisen mit der Erststimme und Wahl der Parteien nach Landeslisten mit der Zweitstimme - sachgerecht zusammenwirken. Diese Bedingung ist bei der Bundestagswahl



2002 nicht erfüllt worden. Die Unionsparteien haben - darauf ist hier in aller gebotenen Zurückhaltung hinzuweisen - wegen der vier SPD-Überhangmandate (gegenüber nur einem der CDU) mit 41,1 % aller Bundestagsabgeordneten eine niedrigere Proportionalquote erreicht, als ihr nach den Quoten der jeweiligen Teilwahlsysteme zustehen würden. Im Bereich der Direktkandidaten haben CDU und CSU mit 125 Mandaten eine Quote von 41,8%, bei den Listenmandaten mit 247 Mandaten eine Quote von 41,4% erreicht. Die Unionsparteien schneiden also durch die Kombination zweier Wahlsysteme schlechter ab als in jedem einzelnen dieser beiden Wahlsysteme. Die beiden Teilwahlsysteme haben also bei der Bundestagswahl 2002 nicht sachgerecht zusammenwirkt. Das Wahlrecht in seiner Ausformung durch die bisher zugelassenen Überhangmandate genügt daher den Anforderungen des Hohen Gerichtes nicht.

Das Hohe Gericht hat zu der verfassungsrechtlichen Problematik der Überhangmandate klargestellt, dass Prüfungsmaßstab für eine Verfassungswidrigkeit in erster Linie die Wahlrechtsgleichheit bildet (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG; BVerfGE 95, 335 ff., 349 ff.).

Diese Wahlrechtsgleichheit konkretisiert sich in der Zählwertgleichheit und der Gleichheit der Erfolgchance der Wählerstimmen. Da das Bundeswahlgesetz ein personalisiertes Verhältniswahlrecht konzipiert, muss die so konkretisierte Wahlrechtsgleichheit auf dieses Wahlsystem bezogen werden. Bei einer Vergleichsberechnung wie viele Wählerstimmen (Zweitstimmen) die einzelnen Parteien für die von ihnen errungenen Bundestagsmandate aufwenden müssen, um ihre Mandatszahl mit und ohne Überhangmandate zu erringen, zeigt sich die verfassungswidrige Disparität der Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Wahlrechtsgleichheit.

Für die Wahl zum 13. Deutschen Bundestag ergab sich bei einer durchschnittlichen Stimmenzahl von 69.182 Stimmen pro Bundestagsmandat (für alle Parteien) beispielsweise bei der CDU (12 Überhangmandate) eine Differenz von 3.411 Stimmen und bei der SPD (4 Überhangmandate) eine Differenz von 1.097 Stimmen je Mandat. Damit entsteht eine signifikante und disparate Abweichung, die an der Gleichheit der Erfolgchance der Wählerstimmen mehr als zweifeln lässt (vgl. für die Berechnung: BVerfGE 95, 335 ff., 389).

Denn bezieht man dieses Berechnungsergebnis auf das Stimmengewicht und damit den gleichen Erfolgswert, ist die disparate Ungleichheit offensichtlich. Diejenigen Wähler, die die Erst- und Zweitstimme unterschiedlichen Parteien gegeben haben, erzielen - soweit Überhangmandate auf das Stimmensplitting zurückzuführen sind - einen „doppelten“ Wahlerfolg: Das Überhangmandat (der einen Partei) kann von dem Listenkontingent der (anderen) mit der Zweitstimme gewählten Partei aufgrund der gesetzlichen Regelung (§ 6 Abs. 5 S. 1 BWG) nicht abgezogen werden.

Das Bundeswahlgesetz sagt aber eindeutig aus, dass der Gesetzgeber ein doppeltes Stimmengewicht grundsätzlich nicht zulässt: die Regelung des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG besagt eindeutig, dass die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, der gemäß § 20 Abs. 3 BWG oder von einer Partei, für die in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen worden ist, vorgeschlagen ist, nicht berücksichtigt werden (in BVerfGE 79, 161 ff., 166 ff., ausdrücklich erwähnt).

Dies ist die Konsequenz gesetzgeberischer Umsetzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit: Hat ein Wähler mit seiner Erststimme einen erfolgreichen parteiunabhängigen Bewerber gewählt (nämlich einen solchen nach § 20 Abs. 3 BWG oder den Bewerber einer Partei, für die in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist) so muss seine Zweitstimme notwendig für eine andere Landesliste abgegeben worden sein. Hätte der Gesetzgeber diese Normierung nicht vorgenommen, hätten die Erststimme und die Zweitstimme je einen eigenen Erfolgswert, ohne dass der von § 6 Abs. 4 BWG vorgeschriebene Verhältnisausgleich greifen würde.

Die Überhangmandate sind nach der derzeitigen Rechtslage ein zugelassener Fall der doppelten Gewichtung von Erst- und Zweitstimme, indem Überhangmandate anfallen, die ebenfalls nicht von dem Kontingent der Listenmandate abgezogen werden können. Dies ist durch das Hohe Gericht durch eine ex ante-Betrachtung im Jahr 1997 gerechtfertigt worden: Da der Wähler im vor hinein gar nicht wissen könne, welche Konsequenzen sein Wahlverhalten habe, bleibe insofern auch bei nicht verrechenbaren Überhangmandaten die Gleichheit der Erfolgchance gewahrt (BVerfGE 95, 335 ff., 362 f.).

Gleichwohl ist mehr denn je auf die Argumentation zu verweisen, nach der die Zuteilung von Überhangmandaten ohne Verrechnung oder Ausgleich als Verstoß gegen den Gewährleistungsinhalt der Wahlgleichheit und gegen die Chancengleichheit der Parteien anzusehen ist (so die dissentierenden Richter in BVerfGE 95, 335 ff., 367 ff.; ebenfalls: Dittmann, ZRP 1973, 25 ff., 27; Frowein, AöR 99, 72 ff., 95; Hegels, ZRP 1969, 105 f.; Höbe, JA 1996, 391; Klapp, Chancengleichheit von Landesparteien, 40 ff.; Mahrenholz, FS f. K. Graßhof, 75 ff., 84; v.Mangoldt/ Klein/Achterberg/Schulte, Art. 38 GG, Rdnr. 143; H. Meyer, KritV 1994, 312, ders. in: NJW 1995, 431; ders. in: Isensee/Kirchhof HdBStR, Bd. II, § 38, Rdnr. 31 ff., 51; Nicolaus, ZRP 1995, 251 ff.; ders., Demokratie, Verhältniswahl und Überhangmandate, 1995, 191; ders. NJW 1995, 1001 ff., ders., ZParl. 1995, 353 ff.; ders., ZParl. 1996, 383 ff.; ders., Staatswissenschaft und Staatspraxis 1997, 531 ff.; Schmidt, ZRP 1995, 91 ff.; Unterpaul, NJW 1994, 3267 ff.; Ipsen, JZ, 2002, 469 ff.; Schreiber, Hdb. des Wahlrechts, § 6 Fn. 43).

Dies ist nach dieser Ansicht der Fall, wenn eine Verschiebung des Gewichts der Wählerstimmen vorliegt, die in ihrem Ausmaß über Unschärfen hinausgeht, welche mit jeder Sitzzuteilung im Proportionalverfahren unausweichlich verbunden sind (BVerfGE 95, 335 ff., 386 f., dissentierende Richter). Die Rechtfertigung der systembedingten Ungleichbehandlung findet dann ihre absolute und verfassungsrechtlich zu legitimierende Grenze (BVerfGE 95, 335 ff., 392, dissentierende Richter): „Die durch ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten bewirkte ungleiche Gewichtung der Wählerstimmen ist nur gerechtfertigt, soweit sich das Ausmaß der Differenzierung noch im Rahmen von Unschärfen hält, die ohnehin zwingend auftreten, wenn Parlamentssitze in einem Proportionalverfahren zugeteilt werden; im übrigen scheidet eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe aus.“

Das Hohe Gericht könnte im Lichte dieser Argumentation erwägen, das Institut nicht ausgeglichener Überhangmandate, wie es in § 6 Abs. 5 BWG vorgesehen ist, in seiner rechtlichen Bewertung neuerlich und anders zu beurteilen (so auch W. Bausback, BayVBl. 1998, 654 ff., 660; C. Lenz, NJW 1997, 1534 ff., 1537; J. Ipsen, JZ 2002, 469 ff.). Seit dem Urteil von 1997 hat sich die rechtliche und tatsächliche Situation zusätzlich deutlich geändert. Den Überhangmandaten ist seither eine andere wahlrechtliche Qualität erwachsen, indem sie mehrheitsrelevant geworden sind sowie eine Destabilisierung des

Regierungssystem mit sich bringen. Das gleichermaßen vom Zufall abhängige Anfallen und Wegfallen der Überhangmandate bringt in das Regierungssystem ein verfassungsrechtlich bedenkliches Moment der Instabilität und Unsicherheit.

Spätestens seit den Bundestagswahlen zum 13. Deutschen Bundestag unterliegt das geltende Wahlrecht zudem insofern einer Umwandlung als die Überhangmandate in ihrer wahl- wie staatspraktischen Auswirkung einen Funktionswandel erfahren haben. Seit den genannten Bundestagswahlen haben die Wahlen durchweg zu Ergebnissen geführt, nach denen eine tragfähige Mehrheit im Deutschen Bundestag für die jeweilige Bundesregierung nur und erst durch die Überhangmandate erreicht werden konnte. Bei den drei letzten Bundestagswahlen haben die Überhangmandate eine entscheidende und zunehmende Bedeutung sowohl für die politische Konstellation zur Bildung von Koalitionsregierungen als auch auf die Wahl von Staatsämtern (Bundestagspräsident, Bundeskanzler) gehabt. Aus den Ergebnissen der letzten drei Bundestagswahlen muss daher der Schluss gezogen werden, dass die Existenz der Überhangmandate sich von einer rudimentären Ausprägung des personalisierten Verhältniswahlrechts zu einem wahlentscheidenden Faktor entwickelt hat. Dies erscheint sowohl verfassungsrechtlich im Blick auf Art. 38 GG, als auch wahlrechtlich und wahlpolitisch im Blick auf Art. 20 Abs. 2 GG bedenklich, sowie aus demokratischer Sicht keineswegs wünschenswert.

## **V. Mündliche Verhandlung**

Zugleich regt die Christlich Demokratische Union Deutschlands schließlich an, die genannten Wahlprüfungsbeschwerden entsprechend des § 25 BVerfGG aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden, da damit durchaus eine Förderung des Verfahrens verbunden wäre. Insbesondere würde in einer mündlichen Verhandlung die Frage zu klären sein, welche Motive den Bundesgesetzgeber dazu veranlasst haben nach dem Urteil des Hohen Gerichtes aus dem Jahre 1988 (BVerfG 79, 161 ff.) die durch das Gericht aufgezeigte systemwidrige Regelungslücke des § 6 Abs. 1 S. 2 BWG nicht durch eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schließen.

- Nur der Form halber sei an dieser Stelle auf den Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag (BT-Drucks. 15/4717) hingewiesen, mit dem dem Urteil des Hohen Gerichtes aus dem Jahre 1988 eine - wenn auch verspätete -, so doch um so mehr angemessene Berücksichtigung durch den Gesetzgeber verliehen werden und die rechts- und systemwidrige Regelungslücke im Falle der Berliner Zweitstimmen geschlossen werden sollte. -

Die Klärung der genannten Sachverhaltsfrage ist nach der Argumentation der Mehrheit im Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages von großer Bedeutung. Der Wahlprüfungsausschuss hat mehrheitlich eine Gleichbehandlung der in § 6 Abs. 1 S. 2 BWG genannten Fälle mit den Berliner Zweitstimmen abgelehnt, da der Gesetzgeber in Kenntnis der Anregung des Hohen Gerichtes in seiner Entscheidung von 1988 bewusst nicht tätig geworden sei und daher die Rechtsauffassung des Hohen Gerichtes nicht teile (BT-Drucks. 15/1850, S. 5 - Bericht der Abgeordneten Simm -).

Eine solch weitreichende Schlussfolgerung ist jedoch höchst fraglich, denn ebenso besteht die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber im vorliegenden Fall schlicht diese Anregung übersehen hat oder eine Änderung nur deswegen unterlassen hat, weil er das Eintreten eines solchen Falles nicht für wahrscheinlich hielt. Eine Verifizierung dieser für die Rechtsfrage wichtigen Sachverhaltsfrage kann sicher nur erfolgen, indem bei dem zuständigen Innenausschuss des Deutschen Bundestages bzw. des Bundesministeriums des Innern eine authentische und sichere Nachforschung über diese Frage angestellt wird. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob der Innenausschuss des Deutschen Bundestages sich seit dem Urteil des Hohen Gerichtes von 1988 zur Gültigkeit von Zweitstimmen nach § 6 Abs. 1 BWG mit der in diesem Urteil vom Hohen Gericht angeregten Änderung der genannten Wahlrechtsvorschrift befasst hat, bzw. aus welchem Grund er sich mit dieser Frage nicht befasst hat oder warum er bei einer Befassung keine Änderung der Gesetzeslage vorgenommen hat. Zu diesem Zweck wäre im Wahlprüfungsverfahren etwa eine Auskunft des Vorsitzenden bzw. des Sekretärs des Innenausschusses des Deutschen Bundestages oder der zuständigen Fachebene des Bundesministeriums des Innern durchaus in Erwägung zu ziehen gewesen. Dies hat jedoch gerade nicht stattgefunden und ist daher auch im Wahlprüfungsverfahren gerügt worden, als es um die Frage einer dort

grundsätzlich nach § 6 Abs. 1 a WPrüfG vorgesehenen mündlichen Verhandlung im Verfahren beim Deutschen Bundestag gegangen ist.

Die notwendige und wichtige Klärung dieser Sachverhaltsfrage könnte nunmehr in einer mündlichen Verhandlung durch das Hohe Gericht nachzuholen sein. Damit würde das Hohe Gericht zugleich auch ein richtungsweisendes Signal für die sorgfältige und gründliche Prüfung von Wahlprüfungsbeschwerden durch den Deutschen Bundestag setzen. Dies gilt um so mehr, als die genannten Rechtsfragen im Wahlprüfungsverfahren beim Deutschen Bundestag offenkundig nicht der erforderlichen gründlichen Prüfung durch eine mündliche Verhandlung, durch rechtsgutachtliche Stellungnahmen sowie durch sonstige Sachverhalts- und Rechtstatsachenklärung unterzogen worden ist.

Das gesamte Verfahren dieser genannten Wahlprüfungsbeschwerden zeigt zudem evident, dass es sich angesichts der anstehenden Rechtsfragen bei den genannten Wahlprüfungsbeschwerden keinesfalls um aussichtslose Wahlprüfungsbeschwerden oder gar um offensichtlich unbegründete Wahlprüfungsbeschwerden - wie dies im Wahlprüfungsausschuss bei der Frage über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unterstellt worden ist - handelt. Ganz im Gegenteil beweisen aktuelle Diskussionen in der Fachliteratur (Leisner, NJW 2005, 486 ff.; H.H. Klein in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 41 Rdnrn. 11, 74, 75 m. w. Nachweisen; Fromme, FAZ v. 24.3.2005, 10; Kommission des BMJ zur Entlastung des BVerfG, Bericht der Kommission 1998, 120 f.; Scholz/Hofmann, ZRP 2003, 39 ff.; Ipsen, DVBl 2003, 1013 ff.; Poschmann, ThürVBl. 2003, 121 ff.; Schreiber, NvWZ 2003, 403 ff.; Ipsen, JZ 2002, 469 ff.), dass das gesamte Wahlrecht sowie das Wahlprüfungsrecht sich in einem kritischen und die rechtstaatlichen Minimalgrundsätze tangierenden Zustand befindet (H.H. Klein in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 41 Rdnrn. 11, 74, 75 m. w. Nachweisen; Fromme, FAZ v. 24.3.2005, 10; Kommission des BMJ zur Entlastung des BVerfG, Bericht der Kommission 1998, 120 f.; Leisner, NJW 2005, 486 ff.).

Darüber hinaus stellen wahlrechtliche Fragen - auch und gerade kurz vor einer möglicherweise stattfindenden Neuwahl des Bundestages - staatspolitische bedeutsame Sachfragen dar, deren Behandlung und Entscheidung von solch großer Tragweite wie allgemeinem Interesse der gesamten Bevölkerung ist, dass sie der gründlichen Erörterung

in einer mündlichen Verhandlung angemessen erscheinen. Die Gültigkeit einer möglichen Neuwahl zum Deutschen Bundestag auf der Basis des geltenden Wahlrechts in der durch das Hohe Gericht überprüften und möglicherweise korrigierten Fassung bildet in hohem Maße die konstitutive Legitimation wie Basis für eine möglicherweise anstehende Neuwahl. Aus diesen Gründen könnte das Hohe Gericht jedenfalls erwägen, dem Gesetzgeber de lege ferenda Hinweise zu geben, wie die derzeitigen Problembereiche bundesdeutscher Wahlgesetzgebung pro futuro zu justieren wären.

  
Volker Kauder