

## **Grundkurs Öffentliches Recht I**

Donnerstag, den 1. November 2001

### **I. Das Wahlsystem bei den Bundestagswahlen**

#### **1. Das personalisierte Verhältniswahlsystem nach dem BWahlG**

Das Grundgesetz enthält in Art. 38 I 1 GG die Wahlrechtsgrundsätze. Ob die Wahlen zum Deutschen Bundestag als Verhältniswahlen oder als Mehrheitswahlen oder nach Maßgabe einer Mischung beider Systeme durchgeführt werden, lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen; die Wahlrechtsgrundsätze sind mit beiden Systemen kompatibel. Dabei ist zumindest einer der Wahlrechtsgrundsätze, die Wahlrechtsgleichheit, mit dem Wahlsystem eng verbunden. Wahlrechtsgleichheit bedeutet in einem Verhältniswahlsystem etwas anderes (Erfolgswertgleichheit) als in einem Mehrheitswahlsystem (dort annähernd gleiche Größe der Wahlkreise). Die Systemfrage wird vom Grundgesetz nicht entschieden. Dies geschieht im Bundeswahlgesetz, in welchem der einfache Gesetzgeber nach Art. 38 III GG das Nähere regeln soll und darf.

Das BWahlG ist nun darzustellen. Dabei kann es nicht um Details gehen, sondern nur um Grundzüge, eben um die Wesensmerkmale des Wahlsystems. In § 1 I 2 BWahlG wird dieses charakterisiert als ein Verhältniswahlsystem, das mit einer Personenwahl verbunden ist. Das BWahlG entscheidet sich damit weder für ein reines Verhältniswahlsystem noch für ein Mehrheitswahlsystem, sondern für eine Mischung von beiden, bei der die Elemente der Verhältniswahl dominieren. Die Dominanz des Verhältniswahlsystems kommt richtig in der Wahlkampfaussage der politischen Parteien zum Ausdruck, dass es auf die Zweitstimme ankomme. Die Zweitstimme ist nämlich Ausprägung des Verhältniswahlsystems; sie wird einer Landesliste einer politischen Partei gegeben; das Kräfteverhältnis der politischen Parteien im Bundestag richtet sich nach der Zahl der auf sie entfallenden Zweitstimmen. Die Erststimme ist dagegen Ausprägung des Mehrheitswahlrechts. Sie wird einem Wahlkreisbewerber gegeben. Über sie beeinflusst der Wähler die personelle Zusammensetzung des Parlaments, aber grundsätzlich nicht das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien. Für das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien ist die Erststimme grundsätzlich irrelevant, weil gemäß § 6 IV 1 BWahlG die Zahl der von den Parteien in den Wahlkreisen eines Landes errungenen Sitze von der für jede Landesliste ermittelten Abgeordnetenzahl abgerechnet wird. Die auf Landeslisten entfallende Abgeordnetenzahl wird dabei regelmäßig größer sein, weil sie ein Anteil an der Gesamtzahl der Abgeordneten – 598 – und kein Anteil an der Zahl der Wahlkreismandate – nur 299 – ist.

Der Dualismus von Verhältnis- und Mehrheitswahl beim Wahlrecht für den Deutschen Bundestag zeigt sich bei der Wahlhandlung, bei der Wahlvorbereitung und, vor allem, bei der Berechnung des Wahlergebnisses.

#### **2. Die Wahlhandlung**

Gemäß § 4 BWahlG hat jeder Wähler zwei Stimmen, eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten, eine Zweitstimme für die Wahl einer Landesliste. Politisch gesehen ist die Zweitstimme die wichtigere. Bei der Ermittlung des Wahlergebnisses werden aber als erstes die Erststimmen ausgezählt und in Parlamentssitze umgerechnet. Dies rechtfertigt die Bezeichnung.

#### **3. Die Wahlvorbereitung**

Damit der Wähler bei der Wahl diese zwei Stimmen abgeben kann, müssen Wahlvorbereitungsmaßnahmen getroffen werden. Diese Maßnahmen sind für die Erst- und für die Zweitstimme unter-

schiedlich.

Für die Erststimme ist zweierlei erforderlich: die Einteilung des Wahlgebietes in Wahlkreise und die Nominierung von Bewerbern für diese Wahlkreise. Die Wahlkreiseinteilung ist Sache des Gesetzgebers. Gemäß § 2 II BWahlG ergibt sie sich aus einer Anlage zum BWahlG. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Wahlkreise so einzuteilen und diese Einteilung gegebenenfalls zu ändern, dass sie, gemessen an der Bevölkerungszahl, annähernd gleich groß sind. Dieser Pflicht ist der Gesetzgeber in der Vergangenheit häufig nicht nachgekommen. Inzwischen steht fest, dass die Hauptursache für die ungewöhnlich hohe Zahl von Überhangmandaten bei der Wahl zum 13. Deutschen Bundestag im Jahr 1994 darin lag, dass die Wahlkreise in den neuen Bundesländern im Durchschnitt kleiner waren als die Wahlkreise in den alten Bundesländern. Die neuen Bundesländer hatten nämlich von der Wahlkreiseinteilung 1990 bis zur Bundestagswahl 1994 ca. 5 % ihrer Bevölkerung an die alten Bundesländer verloren.

**Wahlkreisbewerber** können nach § 18 I BWahlG von den Parteien, aber auch unmittelbar von den Wahlberechtigten aufgestellt werden. Bei den Wahlkreisbewerbern gibt es kein Vorschlagsmonopol der Parteien. Eine solche Monopolisierung verstieße nach Ansicht des BVerfG gegen die Grundsätze der allgemeinen, gleichen und freien Wahl (E 41, 399, dort zum gesetzlichen Ausschluss eines parteiunabhängigen Bewerbers von der damaligen Wahlkampfkostenerstattung). Parteiunabhängige Bewerbungen für ein Bundestagsmandat sind möglich. Sie kommen in der Praxis aber kaum vor. Die Einzelheiten des Nominierungsverfahrens sind in den §§ 18 ff. BWahlG geregelt.

Für die Zweitstimme ist die Aufstellung von **Listen** erforderlich. Listen enthalten die Namen von Bewerbern, die nach Maßgabe des Wahlerfolges der Liste in der dort vorgegebenen Reihenfolge in das Parlament einziehen. Die hierzu maßgebende Regelung trifft § 27 I 1 BWahlG: "Landeslisten können nur von Parteien eingereicht werden." Diese Regelung ist in zweifacher Hinsicht aufschlussreich. Erstens begründet sie ein Listenmonopol der Parteien; zweitens knüpft sie an die bundesstaatliche Gliederung des Wahlgebietes an.

Das Listenmonopol der politischen Parteien lässt sich aus der Definition des Begriffs "Partei" in § 2 I ParteienG rechtfertigen. Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder in einem Landtag mitwirken wollen. Es ist deshalb kaum eine Organisation vorstellbar, die Landeslisten aufstellt, aber nicht Partei ist.

Die Verknüpfung von Listenaufstellung und bundesstaatlicher Gliederung ist eine Absage an eine Bundesliste, auf welche die Bundeszentralen der Parteien einen viel stärkeren Einfluss hätten. Dadurch, dass nach Landeslisten, nicht nach Bundeslisten gewählt wird, erhalten die politischen Kräfte in den einzelnen Bundesländern ein stärkeres Gewicht. Es wird sichergestellt, dass die Zusammensetzung des Parlamentes in regionaler Hinsicht allein vom Wählervotum abhängt, nicht vom Willen der Parteien. Weiterhin wird sichergestellt, dass die politischen Parteien ihrerseits die föderale Gliederung des Staates in ihre Organisationsstrukturen übernehmen. Das Landeslistenprinzip wirkt damit einer Machtkonzentration bei den Bundeszentralen der Parteien entgegen.

Dies sei am Beispiel der neuen Bundesländer erläutert. Dort verfügen alle Parteien – mit Ausnahme der PDS – nur über relativ wenig Mitglieder. Entsprechend schwach sind die Organisationsstrukturen. Gäbe es bei den Wahlen zum Deutschen Bundestag für jede Partei nur eine Liste, eine Bundesliste nämlich, die das gesamte Wahlgebiet umfasst, so würde es den ostdeutschen Landesverbänden wegen ihrer Schwäche schwerfallen, ihre Kandidaten auf aussichtsreichen Listenplätzen zu platzieren. Zu diesem Zweck müssten sie auf einer Bundesversammlung ihrer Partei die erforder-

lichen Mehrheiten finden. Anders nach dem Landeslistenprinzip. Hier stellt jede Partei in jedem Bundesland eine eigene Liste auf. Infolgedessen müssen die ostdeutschen Landesverbände der politischen Parteien bei der Listenaufstellung nicht mit den stärkeren westdeutschen Verbänden konkurrieren. Es gibt keine Bundesliste, auf der Bewerber aus Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern usw. irgendwo plaziert wären. Es gibt stattdessen für jede Partei 16 Landeslisten, unter anderen eine für Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern. Über die Aufstellung der Landeslisten entscheiden allein die politischen Kräfte in dem jeweiligen Land. Wieviele Bewerber von den einzelnen Listen in den Bundestag einziehen können, hängt ab von der Zahl der Zweitstimmen, die auf die einzelnen Listen entfallen. Diese Zahl wiederum hängt ab von der Größe des Bundeslandes, von der Wahlbeteiligung und, vor allem, von dem relativen Wahlerfolg der Parteien. Wenn z.B. in den ostdeutschen Bundesländern die Wahlbeteiligung geringer ist als in den westdeutschen Bundesländern, ist die Konsequenz, dass die ostdeutschen Bundesländer im Bundestag schwächer vertreten sind als die westdeutschen.

#### **4. Die Ermittlung des Wahlergebnisses**

Nach der Schließung der Wahllokale für die so vorbereitete Wahl ist das Wahlergebnis zu ermitteln. Die Erst- und Zweitstimmen müssen in Parlamentssitze umgerechnet werden. Nach § 1 I 1 BWahlG besteht der Deutsche Bundestag aus grundsätzlich 598 Abgeordneten. Um, ausgehend von den Wählerstimmen, die Namen dieser Abgeordneten zu ermitteln, sind mehrere Schritte erforderlich, die ich Ihnen jetzt der Reihenfolge nach darstelle.

(1) Von den Abgeordneten werden 299 nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen und die übrigen nach Landeswahlvorschlägen (Landeslisten) gewählt (§ 1 II BWahlG). Demgemäß ist das Bundesgebiet in 299 Wahlkreise eingeteilt und stellen die Parteien in den Bundesländern Listen auf.

(2) In jedem Wahlkreis wird ein Abgeordneter gewählt. Gewählt ist, wer die meisten Erststimmen auf sich vereinigt. Bei Stimmgleichheit entscheidet das Los; der reine Zufall gilt hier also als Ausdruck höchster Gleichheit. Dies alles ist § 5 BWahlG zu entnehmen. Auf diese Weise sind von den grundsätzlich 598 Mandaten 299 definitiv vergeben.

(3) Das Weitere richtet sich nach der Zweitstimme und nach den Landeslisten. Um den nächsten Rechenschritt zu erläutern, muss ich eines vorwegschicken. Die politischen Parteien stellen zwar Landeslisten und keine Bundesliste auf. Gleichwohl gelten die Landeslisten derselben Partei nach § 7 I BWahlG als verbunden. Die 16 Landeslisten der SPD gelten mithin als verbunden; gleiches trifft zu für die 15 Landeslisten der CDU. Verbundene Listen gelten gemäß § 7 II BWahlG bei der Sitzverteilung im Verhältnis zu den übrigen Listen als eine Liste.

(4) Davon ausgehend muss ermittelt werden, wieviele gültige Zweitstimmen auf die verbundenen Landeslisten der politischen Parteien entfallen. Es muss z.B. ermittelt werden, wieviele Zweitstimmen auf die 16 verbundenen Landeslisten der SPD bzw. die 15 verbundenen Landeslisten der CDU entfallen. Diese in wenigen Fällen noch zu bereinigende Zweitstimmenzahl wird gleich 100 Prozent gesetzt.

(5) Ihr steht gegenüber die Gesamtzahl von 598 Abgeordneten. Dies ist wichtig. Bei der Berechnung des Zweitstimmenergebnisses wird nicht von der Hälfte der Zahl der Mandaten ausgegangen, ausgegangen, obwohl die andere Hälfte definitiv an Wahlkreisbewerber vergeben ist. Eine Doppelvergabe von Mandaten wird dadurch ausgeschlossen, dass das Erststimmenergebnis auf das Zweitstimmenergebnis angerechnet wird. Dazu muss aber das Zweitstimmenergebnis erst einmal ermittelt sein. Zu diesem Zweck ist von der Gesamtzahl der Abgeordneten auszugehen.

(6) Es folgt die sogenannte **Oberverteilung** der Sitze. Darunter versteht man die Aufteilung der Sitze auf die politischen Parteien auf Bundesebene, die Bildung des Bundesproporztes. Bevor ich auf Einzelheiten komme, ein einfaches Beispiel mit fingierten Zahlen. Die SPD hat bundesweit 25 Millionen von insgesamt 50 Millionen Zweitstimmen errungen. Dies entspricht einem Prozentwert von 50 und ergibt 50 % von 598, also 299 Mandate. Das Rechenverfahren ergibt sich aus § 6 II BWahlG. Nach seinen Erfindern, zwei Mathematikern, wird es Hare-Niemeyer-Verfahren genannt. Nach § 6 II 2 BWahlG läuft dieses Verfahren auf einen Dreisatz hinaus. Die Gesamtzahl der zu vergebenden Mandate wird mit der Gesamtzahl der Zweitstimmen multipliziert, welche eine verbundene Landesliste bundesweit errungen hat, und dies wird dividiert durch die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden verbundenen Landeslisten. Das Ergebnis werden, anders als in dem Beispielfall, keine vollen Mandatszahlen sein. So ist vorstellbar, dass der SPD 300,25 Mandate und der CDU 260,5 Mandate zugewiesen werden. 0,25 oder 0,5 Mandate gibt es aber nicht, weil man Abgeordnete nicht in Bruchteile zerlegen kann. Dieses Problem wird in § 6 II 3 - 5 BWahlG gelöst. Jede Landesliste enthält zunächst so viele Mandate, wie ganze Zahlen auf sie entfallen. Die SPD erhält in dem Beispielfall also zunächst 300 und die CDU 260 Mandate. Danach zu vergebende Mandate sind in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile zu vergeben. Dass noch Mandate zu vergeben sind, ergibt sich daraus, dass die Bruchteile unberücksichtigt bleiben. In der Summe machen sie zumindest die Zahl 1 aus. Im Beispielfall fällt dieses Mandat der CDU zu, weil ihr Bruchteil (0,5) größer ist als der Bruchteil der SPD (0,25). Als Ergebnis der Oberverteilung steht das bundesweite politische Kräfteverhältnis zwischen den Parteien, die sich an der Wahl beteiligt haben, im Deutschen Bundestag fest. Dieses Ergebnis ist Gegenstand von Hochrechnungen, wie sie kurz nach Schließung der Wahllokale über die Medien verbreitet werden.

(7) Auf die Oberverteilung folgt die **Unterverteilung**. Bei ihr geht es darum festzustellen, wieviel Mandate von der Gesamtzahl der Mandate, welche eine Partei bundesweit errungen hat, auf die einzelnen Landeslisten der Partei entfallen. Hat die Oberverteilung z.B. ergeben, dass der SPD bundesweit 300 Mandate zustehen, so wird bei der Unterverteilung ermittelt, wieviele von diesen Mandaten auf die einzelnen Landeslisten, etwa die Landesliste Berlin, entfallen. Auch dies geschieht nach dem Verfahren Hare-Niemeyer. Einschlägig ist § 6 II, diesmal ohne § 7 II BWahlG. Als Ergebnis mag sich ergeben, dass die SPD in Berlin 15 Mandate errungen hat.

(8) Es läge nahe, nun zu sagen, dass die ersten 15 Bewerber von der Berliner Landesliste der SPD in den Bundestag einziehen. Die Regelung im BWahlG ist aber eine andere und muss eine andere sein, weil die Wahlkreismandate, die eine Partei errungen hat, noch angerechnet werden müssen. Bei den beiden Dreisatzrechnungen im Rahmen der Zweitstimmenauswertung wird von der Gesamtzahl von grundsätzlich 598 Abgeordneten ausgegangen, ohne dabei zu berücksichtigen, dass 299 Mandate schon an Wahlkreisbewerber vergeben sind. Nach der Oberverteilung und der Unterverteilung sind die Wahlkreismandate anzurechnen. Zu diesem Zweck ordnet § 6 IV BWahlG an, dass von der für jede Landesliste ermittelten Abgeordnetenzahl die Zahl der Sitze abgerechnet wird, die eine Partei in den Wahlkreisen eines Landes errungen hat. Entfallen auf die Berliner Landesliste der SPD 15 Sitze, so müssen von dieser Zahl also die Wahlkreismandate abgerechnet werden, welche die SPD in Berlin gewonnen hat. Wir unterstellen, dass die SPD in Berlin 10 Direktmandate erhalten hat. Folglich verbleiben 5 Mandate, die über die Berliner Landesliste der SPD besetzt werden. Maßgebend ist dabei die Reihenfolge, die in der Liste festgelegt ist, wobei Bewerber, die schon in einem Wahlkreis gewählt sind, aus der Liste gestrichen werden (§ 6 IV 2, 3 BWahlG).

(9) Auf diese Weise lassen sich die Namen der insgesamt 598 Abgeordneten ermitteln. Die Ober- und die Unterverteilung beziehen sich auf die Gesamtzahl dieser Abgeordneten. Dass gleichwohl nur die Hälfte der Abgeordneten über die Liste in das Parlament gelangt, wird dadurch erreicht, dass auf

das Listenergebnis das Ergebnis in den Wahlkreisen angerechnet wird. Da in Wahlkreisen die Hälfte der Mandate vergeben wird, verbleibt für die Listen die andere Hälfte. Durch die Anrechnung der Wahlkreis- auf die Listenergebnisse wird weiterhin erreicht, dass für den politischen Proporz zwischen den Parteien und für den regionalen Proporz innerhalb der Parteien die Zweitstimme maßgebend ist.

(10) In seltenen Fällen kann es dazu kommen, dass die Zahl der Wahlkreise, die eine Partei in einem Bundesland errungen hat, größer ist als die Zahl der Mandate, welche auf die Landesliste dieser Partei entfallen. Dieser Fall läge vor, wenn der Landesliste der SPD in Berlin 10 Sitze zuständen, die SPD in Berlin aber 11 Wahlkreise errungen hätte. Es ist dann nicht möglich, die Wahlkreismandate mit den Listenmandaten vollständig zu verrechnen. Es ergäbe sich dann ein negativer Wert, der keinen Sinn macht. – 1 Sitze gibt es nicht. Es gibt auch keinen Sinn, den überzähligen Sitz zu Lasten anderer Landeslisten derselben Partei zu verrechnen, denn dies hieße, den Wahlerfolg dieser Partei in einem Bundesland zu Lasten des Wahlerfolges derselben Partei in einem anderen Bundesland gehen zu lassen. In einem solchen Fall spricht man von Überhangmandaten. Sie sind in § 6 V BWahlG geregelt. Der Überhang an Direktmandaten verbleibt der Partei. In dem Beispielsfall zieht die SPD Berlin mit 11 Abgeordneten in den Bundestag ein, obwohl ihr nach Maßgabe der Zweitstimmen nur 10 Abgeordnete zustehen. Den anderen Parteien wird kein Ausgleich gewährt. Die Gesamtzahl der Abgeordneten des Bundestages erhöht sich um den Überhang. Diese Erhöhung beruht darauf, dass das Erststimmenergebnis mit dem Zweitstimmenergebnis nicht vollständig verrechnet werden kann. Wenn das Zweitstimmenergebnis auf der Grundlage von 598 Abgeordneten ermittelt wird, muss ein Überhang aus der Erststimme über diese Zahl hinausgehen. Der gegenwärtige Deutsche Bundestag besteht aus 672 Abgeordneten, weil 1994 die ungewöhnlich hohe Zahl von 16 Überhangmandaten angefallen ist. 12 von diesen Überhangmandaten sind der CDU zugefallen, die 4 verbleibenden der SPD. Dadurch ist die Mehrheit der gegenwärtigen Regierungskoalition im Bundestag von nur einer auf immerhin 13 Stimmen angewachsen. Auf die gesamte Zeit der Bundesrepublik Deutschland bezogen hat die CDU von der Überhangmandatsregelung in § 6 V BWahlG erheblich stärker profitiert als die SPD; andere Parteien haben von ihr nicht profitiert.

## II. BVerfGE 95, 335

Die Regelung über die Überhangmandate ist der Schlussstein im Wahlsystem des BWahlG. Sie kommt erst zur Anwendung, nachdem alle anderen Rechenschritte durchlaufen und Berechnungsregeln angewandt worden sind. Weiterhin betrifft sie das Verhältnis von Mehrheitswahl im Wahlkreis und Verhältniswahl nach Landeslisten, das Verhältnis von Erststimme und Zweitstimme und damit eine Schlüsselfrage des gemischten Wahlsystems, für das sich das BWahlG entschieden hat. Entsprechend groß war die Aufmerksamkeit, auf welche die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Überhangmandate vom 10. April 1997 gestoßen ist.

Das BVerfG hatte sich in dieser Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob die Regelung des § 6 V BWahlG zu den Überhangmandaten mit dem Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimme vereinbar ist. Es konnte nachgewiesen werden, dass bei der Wahl zum 13. Deutschen Bundestag die CDU für ein Mandat weniger Zweitstimmen benötigte als die anderen Parteien, weil ihr die Überhangmandate zugute kamen. Aus der Sicht des einzelnen Wählers stellt die Überhangmandatsregelung sich so dar, dass der Wähler, der Überhangmandate verursacht, ein doppeltes Stimmgewicht hat, weil seine Erststimme zum Erfolg führt, aber nicht mit der Zweitstimme verrechnet werden kann, so dass er im Ergebnis einen doppelten Erfolgswert erzielt.

Gleichwohl hat das BVerfG mit einer 4 zu 4 - Entscheidung die Überhangmandatsregelung für

verfassungsgemäß erklärt. 4 zu 4 - Entscheidung bedeutet, dass 4 der 8 Richter des zuständigen 2. Senats die Verfassungsmäßigkeit der Regelung bejahten und die 4 verbleibenden Richter sie verneinten. Für diesen Fall ordnet § 15 III 3 BVerfG an, dass ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden kann. Einer der Kernsätze in der Entscheidungsbegründung der vier Richter, welche die Entscheidung tragen, lautet: "Mit der Entscheidung des Gesetzgebers, die Hälfte der Abgeordneten in den Wahlkreisen, die andere Hälfte über Parteilisten – und zwar vorgeschaltet vor den Verhältnisausgleich – wählen zu lassen, kommt der verhältniswahlrechtlichen Erfolgswertgleichheit aller Stimmen nur eine von vornherein begrenzte Tragweite zu." Wie die 5-%-Klausel weicht die Überhangmandatsregelung vom Gebot der Erfolgswertgleichheit ab. Anders als die 5-%-Klausel bedarf die Überhangmandatsregelung aber keiner besonderen Rechtfertigung durch zwingende Gründe. Vielmehr gilt der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit für die Überhangmandatsregelung nicht, soweit diese die zwingende Folge des Umstandes ist, dass das Bundestagswahlrecht auch ein Mehrheitswahlrecht ist. In einem Mehrheitswahlsystem gibt es nämlich keine Erfolgswertgleichheit. Zwingende Folge des geltenden Wahlsystems ist die Überhangmandatsregelung. Sie beruht nämlich darauf, dass die Erst- und die Zweitstimme unterschiedlich abgegeben werden und wirken können. Infolgedessen ergibt sich die Vereinbarkeit der Überhangklausel mit der Wahlrechtsgleichheit daraus, dass sie Ausfluss des Mehrheitswahlsystems ist. Allerdings muss in einem Mehrheitswahlsystem der Gesetzgeber für annähernd gleich große Wahlkreise sorgen. Die Hauptursache für das gehäufte Auftreten von Überhangmandaten bei der letzten Bundestagswahl waren Unstimmigkeiten bei der Wahlkreiseinteilung. Wenn die Wahlkreise in einem Bundesland zu klein sind, d.h. zu wenig wahlberechtigte Bewohner haben, bedeutet dies zweierlei: Erstens wird das Zweitstimmenergebnis der Landeslisten aller Parteien in der Relation zu anderen Bundesländern niedrig sein. Zweitens wird die Zahl der in diesem Bundesland zu vergebenden Direktmandate relativ hoch sein. Beides zusammen genommen, begründet bei einer Partei, die im Landesdurchschnitt eine knappe absolute Mehrheit erringt, eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Zahl von Direktmandaten die Zahl von Listenmandaten übersteigt, auf die die Direktmandate angerechnet werden können. Daraus folgert das BVerfG, dass aus der Existenz einer Überhangmandatsregelung strenge Anforderungen an die Wahlkreiseinteilung abzuleiten seien. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Wahlkreise gleich groß und gleichmäßig auf die Bundesländer verteilt seien. Gemessen an der Bevölkerungszahl, dürften die Abweichungen vom Durchschnitt maximal 25 % nach oben wie nach unten betragen. Dann nämlich sei die Wahrscheinlichkeit von Überhangmandaten gering, was dem Umstand Rechnung trage, dass Überhangmandate in einem Verhältniswahlsystem ein Fremdkörper sind und dass das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich ein Verhältniswahlsystem ist.

### **III. BVerfGE 95, 408**

Eine einstimmig ergangene Entscheidung des BVerfG vom selben Tage beschäftigt sich mit der Grundmandatsklausel in § 6 VI 1 BWahlG. Danach gilt die 5-%-Klausel nicht für Parteien, die mindestens drei Wahlkreise errungen haben. Hiervon profitierte bei der Wahl zum 13. Deutschen Bundestag die PDS. Sie kam bundesweit nur auf 4,4 %. Da sie aber in Berlin 4 Direktmandate errungen hatte, war sie im 13. Bundestag nicht nur mit diesen 4 Direktmandaten, sondern darüber hinaus mit so vielen Abgeordneten vertreten, wie proportional 4,4 % der Zweitstimmen entsprechen. Dies sind 30 Abgeordnete. Man kann dies auch so ausdrücken: Die 4 erfolgreichen Wahlkreisbewerber verhalfen 26 Listenbewerbern zum Einzug in den Bundestag, die ansonsten an der 5 % - Hürde gescheitert wären.

Auch die Grundmandatsklausel führt zu einer Erfolgswertungleichheit. Dies wird deutlich, wenn man zwei Fälle vergleicht. (1) Eine Partei erhält weniger als 5 % der Zweitstimmen, gewinnt aber drei Wahlkreise. Dann werden auch die Zweitstimmen bei der Berechnung des Wahlergebnisses

berücksichtigt. Sie haben einen Erfolgswert. (2) Eine Partei erhält weniger als 5 % der Zweitstimmen und gewinnt nicht drei Wahlkreise. Dann werden die Zweitstimmen bei der Berechnung des Wahlergebnisses nicht berücksichtigt. Sie haben keinen Erfolgswert. Dies ist eine Ungleichbehandlung im Erfolgswert. Anders als bei den Überhangmandaten kann man bei den Grundmandaten nicht sagen, für sie gelte der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit nicht, weil sie Teil des Mehrheitswahlrechts seien. Die Grundmandatsklausel betrifft vielmehr nur die Zweitstimmen; sie gehört zu dem Teil des Wahlsystems, der vom Verhältniswahlrecht geprägt wird; hier gilt der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit uneingeschränkt.

Wie bei der 5%-Klausel muss das BVerfG darum fragen, ob die Abweichung vom Gebot der Erfolgswertgleichheit der Stimmen durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden könne. Dies wird vom BVerfG bejaht. Als zwingenden Grund führt das BVerfG die effektive Integration des Staatsvolkes an. Gegen dieses Prinzip werde verstoßen, wenn eine politische Kraft, die, was bei kleinen Parteien nur sehr selten vorkomme, mindestens drei Wahlkreise errungen hat, nicht in das Parlament einziehen dürfe. Mich persönlich überzeugt diese Erwägung nicht, weil es bei der Grundmandatsklausel nicht darum geht, ob eine solche Kraft überhaupt in das Parlament einzieht – dies ist unstreitig –, sondern nur darum, in welcher Stärke dies der Fall ist. Vgl. Heintzen, DVBl. 1997, S. 744.

Die Entscheidung zu den Grundmandaten verdeutlicht einmal mehr, dass Verfassungsrecht case law ist. Verfassungsrecht kann man nur begreifen, wenn man die Rechtsprechung des BVerfG kennt. Und von dieser Rechtsprechung wird man enttäuscht sein, wenn man sie als den schematischen Vollzug vorgegebener Regeln begreifen will. Wenn man davon ausgeht, muss vieles in der Rechtsprechung des BVerfG als willkürlich oder über das Grundgesetz hinausgehend erscheinen. Das BVerfG wendet das Grundgesetz nicht an, so wie der BGH das BGB oder das StGB anwendet. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil die Aussagen des Grundgesetzes kürzer und interpretationsoffener sind. Vielleicht tröstet es Sie zu erfahren, dass die Erfahrungen, die Sie mit dem Verfassungsrecht und dem BVerfG machen, in den angelsächsischen Ländern auf das gesamte Recht verallgemeinert werden. Dort ist Recht überwiegend case law, also Fallrecht, einzelfallbezogenes Recht, im Unterschied zu gesetztem, abstrakt formuliertem Recht. Case law kann man nur verstehen, wenn man neben den Rechtsregeln die cases kennt. Zu diesem Zweck ist – und hier wiederhole ich mich – das Studium der Leitentscheidungen des BVerfG unverzichtbar.