

Sachverhalt

- Das neue Bundestagswahlrecht -

Gehen Sie von dem folgenden, frei erfundenen Sachverhalt aus:

Nach langen Debatten beschließt der Bundestag am 17.6.2020 eine Novelle des Bundeswahlgesetzes, die nach der gebotenen Mitwirkung von Bundesrat und Bundespräsident am 5.8.2020 im Bundesgesetzblatt verkündet wird und am 6.8.2020 in Kraft tritt. Im Rahmen dieses Wahlrechtsänderungsgesetzes (WÄG) werden Änderungen an § 3 und § 6 sowie der Anlage zu § 2 Abs. 2 BWahlG vorgenommen.

Anlass für die Reform des Wahlrechts ist das Anwachsen der Gesamtzahl der Sitze des Bundestages. Dies hatte in den Jahren zuvor eine breite öffentliche Diskussion ausgelöst. Im Zentrum dieser Diskussion stand, neben der Anzahl der Wahlkreise, die Verteilung der Mandate auf die Länder und die Landeslisten der Parteien anhand der Zweitstimmen nach § 6 BWahlG, insbesondere die Zuteilung der so genannten Überhangmandate gem. § 6 Abs. 4 S. 2 BWahlG sowie der Ausgleichsmandate gem. § 6 Abs. 5 BWahlG.

Die Ergebnisse der letzten Bundestagswahlen hatten dazu geführt, dass die Anzahl der durch die zweitstimmenstärkste Partei aufgrund der Erststimmenergebnisse gewonnenen Wahlkreise und Direktmandate in einigen Bundesländern die Zahl der Mandate, die dieser Partei anhand ihres Zweitstimmenanteils gem. § 6 Abs. 2 BWahlG zustanden, zunehmend überschritt, so dass es zu einem Anstieg der Zahl der Überhangmandate kam. Da gem. § 6 Abs. 5 BWahlG für jedes Überhangmandat ein Ausgleich vorzunehmen war, der zur Zuteilung von Ausgleichsmandaten führte, um den Stimmenproporz beizubehalten und die Sitzverteilung im Bundestag nicht gegenüber dem Zweitstimmenergebnis zu verzerren, kam es zu einem Anwachsen der Gesamtzahl der Sitze im Bundestag über die in § 1 Abs. 1 BWahlG genannte Zahl hinaus. Prognosen ergaben zudem, dass aufgrund möglicher weiterer Veränderungen im Parteiensystem ein weiteres Anwachsen des Bundestages über die Zahl von 709 Sitzen des im Jahr 2017 gewählten Bundestages hinaus bei zukünftigen Wahlen ohne eine Änderung des Wahlrechts wahrscheinlich wäre.

Das WÄG sieht nun Folgendes vor:

§ 6 Abs. 4 BWahlG bleibt unverändert, und es können weiterhin Überhangmandate entstehen. Allerdings werden bis zu 15 Überhangmandate einer Fraktion nicht ausgeglichen. Erst für jedes diese Zahl überschreitende Überhangmandat soll ein Ausgleich entsprechend der bislang gültigen Regelung i. S. v. § 6 Abs. 5, 6 BWahlG stattfinden.

Gleichzeitig soll die Anzahl der Wahlkreise von bislang 299 auf 270 Wahlkreise verringert werden, wozu die Anlage zu § 2 Abs. 2 BWahlG entsprechend geändert wird. Um den Neuzuschnitt der Wahlkreise zu erleichtern und zumindest einige Wahlkreise nach bisherigem Zuschnitt zu erhalten, wird zudem § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG geändert. Dieser sah bislang vor, dass die Bevölkerungszahl eines Wahlkreises „nicht um mehr als 15 vom Hundert“ von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise abweichen soll; bei einer Abweichung von mehr als 25 vom Hundert war eine Neuabgrenzung vorzunehmen. Künftig soll diese nun nicht um mehr als 25 vom Hundert hiervon abweichen, wobei nun bei einer Abweichung von mehr als 35 vom Hundert eine Neuabgrenzung vorzunehmen ist.

Ziel der Regelung ist damit zwar keine feste Deckelung der Gesamtzahl der Sitze, aber ein Aufhalten der fortschreitenden Vergrößerung des Bundestages und eine Verringerung gegenüber der aktuellen tatsächlichen Anzahl der Sitze.

190 Abgeordnete verschiedener Oppositionsfraktionen sind empört. Sowohl die Gewährung von Überhangmandaten, ohne dass diese ausgeglichen würden, als auch die Ermöglichung eines weniger gleichmäßigen Zuschnitts der Wahlkreise verstoße gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Sie wenden sich daher mit formgemäßem Antrag am 17.9.2020 an das Bundesverfassungsgericht, um das WÄG für nichtig erklären zu lassen. Vertreter der Regierungsfraktionen wenden ein, dass die geringe Zahl von unausgeglichenen Überhangmandaten nicht ins Gewicht falle. Zudem sei es wichtig, die historisch gewachsenen Wahlkreise nur so geringfügig wie möglich verändern zu müssen. Die Regelungen seien daher sehr wohl verfassungsgemäß. Aber selbst wenn das BVerfG zu einem anderen Ergebnis kommen sollte: eine Nichtigkeit könne es in keinem Fall feststellen, da die nächste Bundestagswahl bereits in etwas mehr als einem Jahr stattzufinden habe (vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 3 GG, § 16 BWahlG) – ein teilweise nichtiges Wahlrecht wäre in dieser Situation undenkbar.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Bearbeitungsvermerk:

Zur Lösung des Falles ist ein Gutachten anzufertigen, Einzelheiten zu diesem entnehmen Sie bitte den folgenden Hinweisen. Dabei ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen, gegebenenfalls hilfgutachterlich, einzugehen.

1. Es gilt eine absolute Obergrenze von 10 Seiten. Aus Gründen der Gleichbehandlung im Prüfungsverfahren können Teile einer Bearbeitung, die über die absolute Obergrenze hinausgehen, bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden. Bei der Berechnung der Obergrenze kommt es auf den reinen Text, nicht auf Titelblätter etc. und nicht auf die ehrenwörtliche Erklärung an.

2. Die Bearbeitung hat die folgenden Formatierungsvorgaben einzuhalten:

- Ränder: links 6 cm, rechts 1 cm, unten und oben 2 cm
- Schriftart und -größe: Times New Roman, 12pt
- Zeilenabstand: 1,5
- Zeichenabstand: normal

3. In Anbetracht der Kürze der Bearbeitungszeit muss die Hausarbeit kein Literatur- und kein Abkürzungsverzeichnis enthalten. Es ist nicht erforderlich, benutzte Literatur in Fußnoten nachzuweisen. Etwaige wortwörtliche Übernahmen sind entsprechend der Maßstäbe guter wissenschaftlicher Praxis mit Anführungszeichen zu kennzeichnen. Eine Quellenangabe ist nicht erforderlich.

4. Bitte schicken Sie Ihre Bearbeitung per E-Mail an oeffentl-re@rewiss.fu-berlin.de. Einsendeschluss ist am auf die Themenausgabe folgenden Tag, 10.00 Uhr. Versenden Sie Ihre E-Mail rechtzeitig. Verzögerungen und Störungen der Übermittlung müssen, soweit sie nicht von der Universität zu vertreten sind, zu Ihren Lasten gehen.

5. Die Hausarbeit muss in einem anonymisierten pdf enthalten sein, das auf einem Titelblatt oben links ihre Matrikelnummer und Ihre Initialen enthält, aber weder im Text noch im Dateinamen oder in den als Dateieigenschaften gespeicherten Daten einen sonstigen Hinweis auf Ihre Identität enthalten darf.

6. Die ehrenwörtliche Erklärung kann als zusätzliches pdf beigefügt werden. Das Dokument kann entweder als Scan-Datei oder Fotografie angehängt werden. Einen Mustertext finden Sie auf der Website des Fachbereichs. Falls Sie die Erklärung in das pdf Ihrer Hausarbeit integrieren, bezieht sich die Seitenzahlobergrenze selbstverständlich nicht auf diese Erklärung.

7. Prüfen Sie rechtzeitig, ob das pdf fehlerfrei erzeugt worden ist und geöffnet werden kann. Technische Störungen gehen zu Ihren Lasten, wenn nicht festgestellt werden kann, dass die Hausarbeit fristgerecht im Fachbereich eingegangen ist.

B. Wollen Sie das Risiko zu Ihren Lasten gehender technischer Störungen vermeiden, können Sie einen Ausdruck Ihrer Hausarbeit (der mit dem per E-Mail eingereichten pdf aber nicht übereinstimmen muss) per Post — eine persönliche Abgabe am Arbeitsbereich ist nicht möglich — an Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitsbereich Prof. Dr. Heintzen, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin, einsenden. Der Brief muss zum Nachweis der rechtzeitigen Abgabe den Poststempel des Tages der Themenausgabe(!) tragen. Auf diesem Weg fristgerecht eingehende Hausarbeiten werden nur dann zur Korrektur herangezogen, wenn von Ihnen kein lesbares pdf fristgerecht eingegangen ist.

Lösung

Die Kurzzeithausarbeit behandelt schwerpunktmäßig Fragen des Wahlrechts. Wesentliche Hinweise für eine mögliche Lösung ergeben sich aus BVerfGE 131, 316 zur Frage der Zulässigkeit von nicht ausgeglichenen Überhangmandaten und BVerfGE 95, 335 zur Frage der zulässigen Abweichung der Wahlkreisgröße vom Durchschnitt.

Weitere Literaturhinweise:

Zu möglichen Reformen des Wahlrechts zur Begrenzung der Größe des Bundestages siehe *Boehl*, Zu viele Abgeordnete im Bundestag?, ZRP 2017, 197. Übersichtlich zu den Wahlrechtsgrundsätzen, auch zur Erfolgswertgleichheit, siehe *Voßkuhle/Kaufhold*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Wahlrechtsgrundsätze, JuS 2013, 1078. Zu den Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG siehe *Aust/Meinel*, JuS 2014, 25 sowie *dies.*, JuS 2014, 113.

Gutachten

Die Abgeordneten könnten im Wege der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG gegen das WÄG vorgehen. Diese hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die abstrakte Normenkontrolle ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, § 76 ff. BVerfGG gegeben sind.

I. Zuständigkeit

Das BVerfG ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG für die abstrakte Normenkontrolle von Bundesgesetzen zuständig.

II. Antragsberechtigung

Die antragstellenden Abgeordneten müssten antragsberechtigt sein. Dies sind gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 BVerfGG die Bundesregierung, eine Landesregierung

sowie ein Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages. In Betracht kommt hier mithin die Variante „ein Viertel der Mitglieder des Bundestags“. Der Deutsche Bundestag hat insgesamt 709 Mitglieder. Zum Erreichen des Quorums von einem Viertel sind daher mindestens 178 Mitglieder als Antragsteller nötig. Hier haben sich insgesamt 190 Mitglieder des Bundestags an das BVerfG gewandt, so dass diese auch antragsberechtigt sind.

Anmerkung: Angesichts der antragstellenden Bundestagsabgeordneten hätte hier auch an ein Organstreitverfahren gedacht werden können. In diesem sind gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG Fraktionen antragsberechtigt. Allerdings sind laut Sachverhalt Abgeordnete verschiedener Fraktionen Antragsteller, so dass diese Möglichkeit ausscheidet. In Frage kommen könnte noch eine Antragsberechtigung einzelner Abgeordneter im Organstreitverfahren als „andere Beteiligte“ gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, auch der Antragsgegenstand, das WÄG, schließt das Organstreitverfahren nicht aus, da sich auch ein Organstreitverfahren auf ein Gesetz beziehen kann. Allerdings ergibt sich jedenfalls anhand des Begehrens der Abgeordneten, das Gesetz für nichtig erklären zu lassen, dass hier letztlich nur die abstrakte Normenkontrolle einschlägig sein kann, da dies nur mit einem Normenkontrollantrag erreicht werden kann, siehe § 78 Satz 1 BVerfGG.

III. Antragsgegenstand

Das WÄG müsste auch einen tauglichen Antragsgegenstand darstellen. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG kann das gesamte Bundes- und Landesrecht Prüfungsgegenstand einer abstrakten Normenkontrolle sein, unabhängig von seiner Rangstufe. Überprüft werden können grundsätzlich nur bereits verkündete Rechtsnormen. Sie müssen allerdings noch nicht in Kraft getreten sein. Beim WÄG handelt es sich um ein Parlamentsgesetz des Bundes, das auch bereits verkündet und in Kraft getreten ist. Das WÄG ist daher ein zulässiger Antragsgegenstand.

IV. Antragsgrund

Beim abstrakten Normenkontrollverfahren handelt es sich um ein objektives Beanstandungsverfahren. Eine subjektive Rechtsverletzung der Antragsteller ist nicht erforderlich. Allerdings müssen gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz gegeben sein. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG geht sogar noch hierüber hinaus, nach diesem ist die Überzeugung von der Nichtigkeit der angegriffenen Rechtsnorm erforderlich. Ob es sich bei § 76 Abs. 1 Nr. 1 um eine zulässige

Konkretisierung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 handelt oder ob sich aus letzterem ein allein maßgeblicher, strengerer Maßstab ergibt, ist umstritten. Im vorliegenden Fall sind die Antragsteller jedoch von der Nichtigkeit des WÄG überzeugt. Mithin sind auch die strengeren Anforderungen des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG erfüllt, so dass der Streit an dieser Stelle keiner Entscheidung bedarf. Ein tauglicher Antragsgrund ist gegeben.

Korrekturanmerkung: Wird hier von „Antragsbefugnis“ statt von „Antragsgrund“ gesprochen, ist dies nicht negativ zu werten.

V. Form und Frist

Der abstrakte Normenkontrollantrag ist an keine Frist gebunden. § 23 Abs. 1 BVerfGG sieht vor, dass der Antrag schriftlich zu erfolgen hat, zudem ist eine Begründung erforderlich. Diese Erfordernisse sind laut Sachverhalt eingehalten.

VI. Zwischenergebnis

Der Antrag auf abstrakte Normenkontrolle ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG begründet, wenn das WÄG mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Dies ist der Fall, wenn das WÄG formell und/oder materiell verfassungswidrig ist.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das WÄG ist formell verfassungswidrig, wenn es gegen Vorschriften zur Zuständigkeit, zum Verfahren oder zur Form zustande gekommen ist. Im Hinblick auf Verfahren und Form ergeben sich hier keine Bedenken.

Im Rahmen der Zuständigkeit müsste dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des WÄG zugestanden haben. Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG liegt die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern. Dem Bund steht diese dagegen nur zu, soweit ihm das Grundgesetz diese ausdrücklich einräumt. In den Art. 71 ff. GG findet sich bezüglich des Wahlrechts weder ein konkurrierender noch ein ausschließlicher Kompetenztitel zugunsten des Bundes.

Allerdings bestimmt Art. 38 Abs. 3 GG, dass das Nähere zu Art. 38 Abs. 1 und 2 GG ein Bundesgesetz bestimmt. Hieraus folgt für das Wahlrecht zur Bundestagswahl eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes.¹ Der Bund war mithin zuständig.

Das WÄG ist somit formell verfassungsgemäß.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das WÄG könnte allerdings materiell verfassungswidrig sein. Dies wäre der Fall, wenn dessen Bestimmungen gegen Normen des Grundgesetzes verstoßen.

1. Verfassungsmäßigkeit des Nicht-Ausgleichs von Überhangmandaten

Der neu geregelte § 6 Abs. 5 BWahlG sieht zum einen vor, dass bis zu 15 Überhangmandate nicht ausgeglichen werden. Erst für jedes diese Zahl überschreitende Überhangmandat soll ein Ausgleich entsprechend der bislang gültigen Regelung i. S. v. § 6 Abs. 5, 6 BWahlG stattfinden. Dies könnte gegen die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 geregelten Wahlgrundsätze verstoßen. Danach sind die Abgeordneten des Bundestages in Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl zu wählen. Fraglich ist, inwiefern die Zuteilung von nicht ausgeglichenen Überhangmandaten mit der Gleichheit der Wahl zu vereinbaren ist.

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl verlangt, dass jede abgegebene Stimme den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis hat. Alle Kandidaten müssen demnach die gleiche Chance haben, Stimmen für sich zu gewinnen.² Umstritten ist allerdings, welche genauen Anforderungen hieraus für die Gestaltung des Wahlsystems erwachsen, die dem Bundesgesetzgeber gem. Art. 38 Abs. 3 GG aufgegeben ist. Diese hängen auch davon ab, für welche Grundstruktur des Wahlsystems sich der Gesetzgeber entscheidet.³ Grundsätzlich sind verschiedene Wahlsysteme möglich, die sich ihrer Grundstruktur nach als Mehrheitswahlrecht oder Verhältniswahlrecht bezeichnen lassen. Art. 38 Abs. 1 GG lässt die Auswahl zwischen den Systemen offen, der Gesetzgeber kann sich daher im Grunde frei zwischen Wahlsystemen entscheiden, die der einen oder anderen Grundstruktur entsprechen.⁴ Dabei können auch Elemente beider

¹ Siehe nur *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 11. Aufl. 2018, Rn. 71.

² *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2013, 1078 (1079).

³ BVerfGE 131, 316 (359), siehe auch *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2013, 1078 (1079).

⁴ Für die wohl herrschende Meinung siehe nur BVerfGE 124, 1, 19; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2013, 1078. Dieser Punkt ist nicht unumstritten, teilweise wird bezweifelt, dass ein reines Mehrheitswahlrecht dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl, wie er in Art. 38 Abs. 1 S. 1 geregelt ist, überhaupt genügen würde, vgl. *Michael/Morlok*, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 225. Da allerdings kein Mehrheitswahlrecht besteht und auch die

Systeme zu einem Mischsystem verbunden werden, so wie es der Gesetzgeber bei der geltenden personalisierten Verhältniswahl in §§ 4 ff. BWahlG getan hat. Notwendig ist allerdings eine folgerichtige, das heißt widerspruchsfreie Ausgestaltung des Wahlrechts. Da die personalisierte Verhältniswahl zwar ein Mischsystem ist, das auch Elemente der Mehrheitswahl enthält, ihrem Grundcharakter nach aber eine Verhältniswahl ist, muss das System folgerichtig den Anforderungen genügen, die sich aus den Wahlgrundsätzen an eine Verhältniswahl ergeben.

Aus dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl ergeben sich für Mehrheits- und Verhältniswahl jeweils unterschiedliche Anforderungen. Bei der Mehrheitswahl muss jede Stimme annähernd den gleichen Zählwert haben⁵, das heißt alle Stimmen werden zunächst gleich gewichtet. Allerdings führen letztlich nur die Stimmen für den Mehrheitskandidaten zur Mandatszuteilung, Stimmen für unterlegene Bewerber bleiben ohne jeden Erfolg.⁶ Bei einer Verhältniswahl dagegen müssen die abgegebenen Stimmen grundsätzlich neben dem gleichen Zählwert auch den gleichen Erfolgswert besitzen, das heißt, dass jede gleich gezählte Stimme auch die gleiche „Mandatsbewirkungskraft“ haben soll.⁷ Die Zusammensetzung des Parlaments soll somit bei einer Verhältniswahl möglichst exakt das Verhältnis der von den Parteien gewonnenen Stimmen widerspiegeln.

Überhangmandate können bei der personalisierten Verhältniswahl i. S. v. §§ 4 ff. BWahlG entstehen, da die in den Wahlkreisen gewonnenen Mandate einer Partei gem. § 6 Abs. 4 BWahlG auch dann zugesprochen werden, wenn ihr nach dem Stimmenverhältnis nur in geringerer Zahl Parlamentssitze zustünden. Hier ergibt sich im Hinblick auf den Erfolgswert der Stimmen eine Ungleichheit: Nur diejenigen Erststimmen, die zu Überhangmandaten führen, haben dann einen Erfolgswert. Dieser Erfolgswertungleichheit kann dadurch begegnet werden, dass so viele Ausgleichsmandate zugeteilt werden (und der Zuteilungsdivisor soweit erhöht wird), bis eine dem Zweitstimmenergebnis entsprechende, proportionale Sitzverteilung erreicht ist, wie es § 6 Abs. 5 BWahlG bislang vorsah. Die Erfolgswertgleichheit wäre dann nicht mehr berührt. Allerdings sollen nach dem neuen § 6 Abs. 5 BWahlG die ersten 15 Überhangmandate nun nicht mehr ausgeglichen werden, so dass eine Erfolgswertungleichheit unvermeidbar ist, wenn aufgrund des Wahlergebnisses Überhangmandate entstehen.

Gesetzesänderung, um die es hier geht, das geltende Wahlrecht nicht zu einem reinen Mehrheitswahlrecht macht, ist dieser Streit hier nicht weiter relevant.

⁵ BVerfGE 1, 208, 244; 13, 127, 129; st. Rspr.

⁶ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2013, 1078 (1079).

⁷ Krüper, JURA 2013, 1147 (1148).

Einschränkungen der Erfolgswertgleichheit der Stimmen sind allerdings nicht schlechthin unzulässig. Sie müssen, wie auch Beschränkungen anderer Wahlrechtsgrundsätze, durch die Notwendigkeit des Schutzes anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang gerechtfertigt sein.⁸ Es muss sich dabei um Gründe handeln, die „von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann“.⁹ Dies sind beispielsweise die Verwirklichung der mit der Parlamentswahl verfolgten Ziele, die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges oder die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung.¹⁰ Das Anfallen von Überhangmandaten ist dem System der personalisierten Verhältniswahl immanent. Wie die Personalisierung der Verhältniswahl an sich, dient damit auch die Zuteilung von Überhangmandaten dazu, dem Wähler auch im Rahmen einer Verhältniswahl die Wahl von Persönlichkeiten zu ermöglichen. Für dieses personale Element hat der Gesetzgeber sich im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis legitimerweise entschieden, er darf diesem daher auch einen gewissen Vorrang vor anderen Belangen einräumen.¹¹ Auf diese Weise möchte der Gesetzgeber die Verbindung zwischen Wählern und Abgeordneten, die das Volk repräsentieren, stärken und zugleich in gewissem Umfang der dominierenden Stellung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG) ein Korrektiv im Sinne der Unabhängigkeit der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) entgegensetzen.¹² Eine zumindest hälftige Besetzung des Bundestages durch direkt gewählte Abgeordnete, die eine engere persönliche Beziehung zu ihrem Wahlkreis haben, kann nur erreicht werden, wenn alle erfolgreichen Direktkandidaten, auch über das nach dem Proporz ermittelte Sitzkontingent der Landesliste ihrer Partei hinaus, in den Bundestag einziehen.¹³

Dieses Anliegen ist hinreichend gewichtig, um im Grunde auch die Zuteilung von ausgleichslosen Überhangmandaten zu rechtfertigen. Denn zwar könnten die Überhangmandate ausgeglichen werden. Allerdings ist dies zwangsläufig mit der Möglichkeit einer (im einzelnen nicht vorhersehbaren) Erhöhung der Sitzzahl des Bundestages verbunden, wodurch wiederum das Ziel, den Bundestag zur Hälfte durch direkt gewählte Abgeordnete zu besetzen, nicht verwirklicht werden könnte und Beeinträchtigungen des föderalen Proporztes zu erwarten wären.¹⁴ Gleichwohl darf der Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl, bei der alle Stimmen annähernd den gleichen Erfolgswert haben, dabei nicht aufgehoben werden. Der Gesetzgeber muss diese nicht vollständig miteinander in Einklang zu bringenden Anliegen in einen Ausgleich bringen und darf dabei das Anliegen einer proportionalen Verteilung der Gesamtzahl

⁸ Michael/Morlok, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 225.

⁹ BVerfGE 124, 1 (19).

¹⁰ BVerfGE 124, 1 (19).

¹¹ BVerfGE 131, 316 (363 f.).

¹² BVerfGE 131, 316 (364 f.).

¹³ BVerfGE 131, 316 (366).

¹⁴ BVerfGE 131, 316 (366).

der Sitze grundsätzlich zurückstellen und Überhangmandate ohne Wiederherstellung des Proporz zulassen – allerdings nur in gewissem Maß. Die Zahl der Überhangmandate darf dabei nicht größer sein als etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten.¹⁵

Nach der hier getroffenen Regelung sollen nur die ersten 15 Überhangmandate ohne Ausgleich bleiben. Die Fraktionen des Bundestages bestehen aus mindestens 5 % seiner Mitglieder (vgl. § 10 Abs. 1 GOBT). Bei einer gesetzlichen Mitgliederzahl von 598 gem. § 1 Abs. 1 BWahlG, die sich bei der Zuteilung von Überhangmandaten entsprechend erhöht, ist diese Grenze also gewahrt. Die Ungleichheit bezüglich des Erfolgswerts der Stimmen durch die Nicht-Zuteilung von Überhangmandaten in dieser Höhe ist somit verfassungsrechtlich gerechtfertigt, der Grundsatz der Gleichheit der Wahl ist nicht verletzt.

Anmerkung: Diese Lösung entspricht im Wesentlichen der Auffassung des BVerfG. Eine andere Auffassung zur umstrittenen Rolle der Erfolgswertgleichheit ist gut vertretbar und sollte, wenn sie gewählt und entsprechend begründet wird, durch die Korrektur ebenso honoriert werden. Vertretbar wäre es sowohl, Abweichungen von der Erfolgswertgleichheit im hier vorliegenden Ausmaße oder sogar generell für verfassungswidrig zu halten, als auch einen noch größeren Spielraum des Gesetzgebers zu sehen, Überhangmandate nicht auszugleichen. Letzteres könnte sich etwa auf die Erwägung stützen, dass es dem Gesetzgeber schließlich auch erlaubt sei, sich insgesamt für eine Mehrheitswahl zu entscheiden, bei welcher es auf den Erfolgswert der Stimmen gar nicht ankomme – dann müsse er auch im Rahmen eines Mischsystems auf Erfolgswertgleichheit in weiteren Teilen verzichten können (so argumentieren etwa die Richter Di Fabio und Mellinghoff in ihrem Minderheitsvotum zur Entscheidung BVerfGE 129, 300, 348 f. zur Fünf-Prozent-Sperrklausel).

Weitere Anmerkung für die Korrektur: Von den Studierenden werden keine Ausführungen zum Wahlsystem in dieser Tiefe erwartet. Wichtig ist, dass das Problem der mangelnden Erfolgswertgleichheit bei der Zuteilung von Überhangmandaten ohne Ausgleich gesehen und behandelt wird.

Ein weiteres Problem, das sich ergeben kann, wenn eine Zuteilung von nicht ausgeglichenen Überhangmandaten erfolgt,¹⁶ ist das so genannte negative Stimmgewicht. Dieses beschreibt

¹⁵ BVerfGE 131, 316 (367), vgl. auch *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2013, 1078 (1080).

¹⁶ Dieses ist allerdings auch dann nicht gänzlich ausgeschlossen, wenn die Überhangmandate vollständig ausgeglichen werden, siehe dazu *Krüper*, JURA 2013, 1147 ff.

den Effekt, dass eine Stimme für eine Partei infolge des Verfahrens zur Berechnung der Mandatsverteilung sich nicht zu Gunsten dieser Partei auswirkt, sondern zu einem Verlust an Mandaten führen kann. Dies könnte einen Verstoß gegen den Grundsatz der (Erfolgswert-)Gleichheit der Wahl sowie der Unmittelbarkeit der Wahl darstellen. Im Zusammenwirken mit bestimmten anderen Elementen einer personalisierten Verhältniswahl kann die Zuteilung von Überhangmandaten unter Umständen dazu führen, dass ein solches negatives Stimmgewicht entsteht. Einen wesentlichen Einfluss auf dessen mögliche Entstehung übte aber die durch § 6 Abs. 1 BWahlG in der bis 2013 gültigen Fassung vorgesehene Kopplung der Anzahl der durch Zweitstimmen zu erreichenden Sitze pro Land an die Wahlbeteiligung im jeweiligen Land aus, es erfolgte zunächst eine Verteilung der Listenmandate auf die Parteien („Oberverteilung“) und dann auf die miteinander verbundenen Landeslisten dieser Partei („Unterverteilung“). Der seit 2013 gültige § 6 Abs. 1 BWahlG sieht aber keine solche Kopplung mehr vor.¹⁷ Nach verbreiteter Ansicht ist ein negatives Stimmgewicht daher nun kaum noch möglich.¹⁸ Dies dürfte auch dann noch gelten, wenn entsprechend der hier durch das WÄG vorgesehenen Novelle eine (begrenzte) ausgleichlose Verteilung von Überhangmandaten vorgenommen wird. Von einem Verstoß gegen die Gleichheit der Wahl durch das WÄG aufgrund der Möglichkeit des Eintretens negativen Stimmgewichts ist somit nicht auszugehen.

Korrekturanmerkung: Ausführungen zum negativen Stimmgewicht, auf welches auch der Sachverhalt nicht hinweist, werden von den Studierenden nicht erwartet. Erst recht kann keine mathematische Einschätzung erwartet werden, inwiefern ein negatives Stimmgewicht auch nach der fiktiven neuen Regelung noch möglich ist. Sollten zum Problem des neg. Stimmgewichts dennoch Ausführungen erfolgen, ist dies positiv zu bewerten, wobei eine Ablehnung im hier geschilderten Sinne, aber auch die Annahme der Möglichkeit und ein Verstoß gegen Wahlrechtsgrundsätze als vertretbar gewertet werden sollten.

2. Verringerung der Anzahl der Wahlkreise

Es könnte erwogen werden, ob die vorgesehene Reduzierung der Anzahl der Wahlkreise die durch Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Wahlgrundsätze verletzt. Allerdings macht dieser gerade keine konkreten Vorgaben zur Ausgestaltung des Wahlsystems. Eine Vorgabe für die

¹⁷ Michael/Morlok, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 242.

¹⁸ Butzer, in BeckOK GG, Art. 38 Rn. 88; Michael/Morlok, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 242; Holste, NVwZ 2012, 8 ff.; ders., NVwZ 2013, 529; anderer Ansicht nach kann auch nach jetzt gültiger Rechtslage ein negatives Stimmgewicht in einigen Konstellationen entstehen, was etwa mit den Größenschwankungen des Bundestages aufgrund der Ausgleichsmandate begründet wird, siehe z. B. Behnke, Zeitschrift für Politik 2015, 123 ff.

Größe und Anzahl möglicher Wahlkreise lässt sich der Norm nicht entnehmen, zur Einrichtung von personengebundenen Elementen wie der Wahl von Direktkandidaten in Wahlkreisen macht sie vielmehr überhaupt keine Angaben. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der legitimen Festlegung eines Wahlsystems jedoch folgerichtig und widerspruchsfrei vorzugehen und die Vorgaben der Wahlgrundsätze für das gewählte System zu berücksichtigen. Die Einrichtung weniger, dafür größerer Wahlkreise berührt diese, insbesondere die Gleichheit der Wahl, aber für sich genommen nicht, zumindest solange die Wahlkreise sich in ihrer Größe nicht wesentlich unterscheiden.

3. Ermöglichung des noch stärker ungleichen Zuschnitts von Wahlkreisen

Allerdings könnte die Änderung von § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verstoßen. Diese ermöglicht es, beim Zuschnitt der Wahlkreise um 25 vom Hundert vom Durchschnitt der Bevölkerungszahl der Wahlkreise abzuweichen und eine Neufestlegung erst bei einer Abweichung von 35 vom Hundert vorzunehmen. Ungleich große Wahlkreise betreffen die Gleichheit der Wahl. Hat beispielsweise ein Wahlkreis 100 000 Wahlberechtigte, so hat ein Bürger ein Hunderttausendstel an „Mandatsbestimmungsmacht“, in einem Wahlkreis mit 125 000 oder 135 000 Wahlberechtigten sinkt diese entsprechend. Die Erfolgswertgleichheit ist daher nur begrenzt gewährleistet.¹⁹ Eine Ungleichverteilung kann aber auch hier gerechtfertigt werden. Es müssten wiederum Rechtsgüter von Verfassungsrang vorliegen, die nicht hinter der Wahlrechtsgleichheit zurückstehen müssen.²⁰ Dass sich eine gleich große Gestaltung der Wahlkreise nur näherungsweise verwirklichen lässt, ergibt sich dabei bereits aus der Natur der Sache. Unvermeidliche Bevölkerungsschwankungen verhindern eine exakt gleiche Verteilung der Wahlberechtigten auf die Wahlkreise. Auch ist es nach Ansicht des BVerfG für den Gesetzgeber legitim, möglichst eine Deckung der Wahlkreisgrenzen mit historisch verwurzelten Verwaltungsgrenzen anzustreben.²¹ Eine gewisse Ungleichverteilung ist daher hinzunehmen und vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum gedeckt. Fraglich ist das zulässige Maß. Während das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1963²² einen Neuzuschnitt, der bei einer Abweichung vom Durchschnitt von 33 1/3 von Hundert erfolgen musste, noch für zulässig hielt, legte es in einer Entscheidung aus dem Jahr ²³ strengere Maßstäbe an und erklärte ebenjene Grenze für unzulässig. Dass in den auf diese Entscheidung folgenden Jahren und bis zuletzt eine Neuzuteilung der Wahlkreise gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG bei einer Abweichung bereits von 25 vom Hundert stattzufinden hatte und stattfand,

¹⁹ Michael/Morlok, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 226.

²⁰ BVerfGE 124, 1 (19).

²¹ BVerfGE 16, 130 (140 f.)

²² BVerfGE 16, 130 (140 f.)

²³ BVerfGE 95, 335 (364 f.).

zeigt, dass dies praktisch möglich ist. Maximale Abweichungen um 35 vom Hundert, wie sie die Reform vorsieht, würden einen ganz erheblichen Eingriff in die Gleichheit der Wahl darstellen, der sich vor diesem Hintergrund nicht rechtfertigen lässt. Die Neuregelung von § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG verstößt daher gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl

Korrekturanmerkung: Sollte eine Bearbeitung hier anstelle des aufgezeigten Lösungsweges, was vertretbar ist, zu dem Ergebnis kommen, dass die Neuregelungen insgesamt, also auch die Neufassung von § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG, nicht gegen das Grundgesetz verstoßen, wäre das sich bezüglich einer möglichen (Teil-)Nichtigkeit bei Verfassungswidrigkeit ergebende Problem, auf welches auch im Sachverhalt hingewiesen wird, im Folgenden hilfsgutachterlich zu behandeln.

IV. Zwischenergebnis

Die Neuregelung des § 6 Abs. 5 GG ist verfassungsgemäß, die Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG ist dagegen verfassungswidrig.

C. Ergebnis

Der Antrag auf abstrakte Normenkontrolle ist begründet. Gem. § 78 S. 1 BVerfGG erklärt das Bundesverfassungsgericht die gegen das Grundgesetz verstoßenden Vorschriften, hier also § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG, grundsätzlich für nichtig. Hiervon abweichend erklärt das Bundesverfassungsgericht die jeweiligen Normen allerdings in bestimmten Fällen nicht für nichtig, sondern lediglich für mit dem Grundgesetz unvereinbar. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bei Nichtigkeit der Vorschrift eine Regelungslücke entstünde, die noch weniger mit dem Grundgesetz vereinbar wäre als eine Fortgeltung der angegriffenen Norm. Zur bloßen Unvereinbarkeitserklärung kommt es auch dann, wenn neben der Beseitigung bzw. Nichtigkeit einer Norm unterschiedliche Möglichkeiten zur Beseitigung des Verfassungsverstößes bestehen, so dass eine Auswahl getroffen werden muss, die dem Gesetzgeber vorbehalten ist und nicht im Rahmen der Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts liegt.²⁴

Im vorliegenden Fall würde eine schlichte Nichtigkeitserklärung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG dazu führen, dass gar keine Regelung über die Grenze zulässiger Abweichungen der Wahlkreisgröße vom Durchschnitt bestünde. Dieser Zustand wäre, gerade vor dem Hintergrund,

²⁴ Übersichtlich hierzu Aust/Meinel, JuS 2014, 113 (114 f.).

dass die nächste Bundestagswahl gem. Art. 39 Abs. 1 Satz 3 GG, § 16 BWahlG frühestens im August und spätestens im Oktober 2021, also im Zeitpunkt der Stellung des Antrags in etwa einem Jahr, stattzufinden hat, noch weniger mit dem Grundgesetz vereinbar als die geltende Regelung. Eine Nichtigkeit scheidet daher aus. Angesichts des knappen Zeitraumes bis zur nächsten Wahl wäre auch die Festlegung einer neuen Rechtsgrundlage für den Wahlkreiszu-schnitt zum jetzigen Zeitpunkt problematisch. Das Bundesverfassungsgericht wird daher nur die Verfassungswidrigkeit der Norm feststellen²⁵ sowie deren begrenzte Fortgeltung anordnen und dem Gesetzgeber die Neuregelung in angemessener Frist, bis rechtzeitig vor der über-nächsten Bundestagswahl, aufgeben.

Korrekturanmerkung: Eine andere Möglichkeit, zu der das BVerfG greifen könnte, sofern es der Ansicht wäre, dass dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist, ist die Nichtigkeitsklärung der Norm des neuen § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG bei gleichzeitigem Wiederauflebenlassen von deren Vor-gängernorm, des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG a. F., so dass es nicht an einer Regelung zum Wahlkreiszu-schnitt fehlen würde, sondern ein Zuschnitt nach der alten Regelung zu erfolgen hätte. Dies erscheint vor dem Hintergrund des Ersetzens der gesetzgeberischen Entscheidung nicht unproblematisch, aber vertretbar. Gleiches gilt für das Ersetzen der Regelung durch eine eigene, vom BVerfG festgesetzte übergangsweise Ersatzregelung, zu deren Festlegung das BVerfG greifen könnte, wenn es auch die vorherige Regelung für verfassungswidrig hielte.

Sofern Bearbeitungen der Hausarbeit zuvor von der Verfassungswidrigkeit auch des neuen § 6 Abs. 5 BWahlG ausgegangen sind, stellt sich das Problem eines noch weniger mit dem Grund-gesetz zu vereinbarenden Zustandes noch deutlicher, denn § 6 Abs. 5 ist von zentraler Bedeu-tung für das gesamte Zuteilungsverfahren der Mandate, so dass eine Nichtigkeit dann erst recht ausscheiden müsste.

²⁵ Auf diese Weise agierte das BVerfG etwa auch in BVerfGE 95, 335 (364 f.), indem es am 10. April 1997 ent-schied, dass die gegenwärtige Wahlkreiseinteilung zu ungleich sei, eine Neueinteilung von Wahlkreisen aber nicht schon „kurzfristig“ zur nächsten Bundestagswahl im Herbst 1998, sondern erst zur übernächsten Bundes-tagswahl zu erfolgen hätte.