

Art. 38 GG

Erste Änderung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag verfassungskonform

BVerfG, Urt. v. 29.11.2023 – 2 BvF 1/21, BeckRS 2023, 33683

Prüfungsrelevanz

Das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag ist relevant wie selten: Mit der hier dargestellten Entscheidung behandelt das BVerfG einen ersten Schritt zur Verkleinerung des Bundestages, der 2020 beschlossen wurde. Über die am 14.06.2023 in Kraft getretenen weiteren Änderungen des Bundeswahlgesetzes, die u.a. die Abschaffung der sog. Grundmandatsklausel und der Überhang- und Ausgleichsmandate beinhaltet, muss das BVerfG in einem gesonderten Verfahren entscheiden. Es bleibt also spannend!

Fall

Die Wahl zum Deutschen Bundestag ist im Bundeswahlgesetz (BWahlG) als personalisierte Verhältniswahl ausgestaltet. Jeder Wahlberechtigte erhält zwei Stimmen: Mit der Erststimme wird im Rahmen der Mehrheitswahl in 280 Wahlkreisen eine Kandidatin oder ein Kandidat gewählt. Der oder die Gewählte erhält ein Direktmandat. Die Zweitstimme wird für die Landesliste einer Partei abgegeben. Dabei ist als Verhältniswahl das prozentuale Stimmenverhältnis maßgeblich. Nach Auszählung der Stimmen werden zunächst die 598 Sitze des Bundestages (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG a.F.) nach dem Stimmenverhältnis über die Bundesländer auf die Landeslisten der Parteien verteilt. Bei dieser Verteilung werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen ein Direktmandat errungen haben (sog. Sperr- und Grundmandatsklausel). Von der auf diese Weise für jede Landesliste ermittelten Sitzzahl wird die Zahl der errungenen Wahlkreismandate abgezogen. Sofern eine Landesliste mehr Direktmandate errungen hat, als ihr Sitze nach dem Zweitstimmenverhältnis zustehen, bleiben diese Mandate als sog. Überhangmandate erhalten. Da hierdurch das bei Ausgestaltung als Verhältniswahl maßgebliche Stimmverhältnis verzerrt wurde, sah das BWahlG die Zuteilung von Ausgleichsmandaten für die übrigen Landeslisten vor, bis das Stimmverhältnis erreicht war. Die Sitzverteilung im Bundestag sollte also stets das Stimmenverhältnis der Zweitstimmen widerspiegeln. Dies führte bei den letzten Bundestagswahlen dazu, dass der Bundestag statt der gesetzlich vorgesehenen 598 Sitze über 709 bzw. 736 Sitze verfügt.

Um der Bundestagsvergrößerung, welche den Bundestag an die Grenzen seiner Arbeits- und Handlungsfähigkeit bringen und die Akzeptanz des Parlaments in der Bevölkerung beeinträchtigen könne, zu vermindern, beschloss der Bundestag formell verfassungskonform die Änderung des BWahlG dahingehend, dass eine Landesliste künftig drei Überhangmandate erringen kann, ohne dass diese ausgeglichen werden müssen (§ 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG). Ist die hiergegen zulässigerweise von der G-Fraktion eingeleitete abstrakte Normenkontrolle begründet?

Bearbeitungsvermerk: Auf die Frage der Bestimmtheit der Normen und des Zeitpunkts des Inkrafttretens der Neuregelungen ist nicht einzugehen.

Leitsätze

1. Da gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen von dem Ziel des eigenen Mandats leiten lässt, unterliegt die Ausgestaltung des Wahlrechts hinsichtlich der Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben strikter verfassungsrechtlicher Kontrolle.

2. Sowohl das Ziel der Personenwahl, eine engere Bindung der Wählenden an die Gewählten zu ermöglichen, als auch das Ziel der Verhältniswahl, alle Parteien in einem den Stimmenzahlen entsprechenden Verhältnis im Parlament abzubilden, sind verfassungslegitim. Beide Ziele lassen sich innerhalb eines Wahlsystems allerdings nicht in voller Reinheit verwirklichen.

3. Die Zuerkennung ausgleichsloser Überhangmandate ist zumindest so lange verfassungskonform, wie sie die Zahl der Hälfte der für eine Fraktionsgründung erforderlichen Abgeordneten nicht übersteigt.

§ 6 BWahlG i.d.F. von 2020

(1) ¹Für die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze werden die für jede Landesliste abgegebenen Zweitstimmen zusammengezählt ... ³Von der Gesamtzahl der Abgeordneten (§ 1 Absatz 1) wird die Zahl der erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen.

(4) ... ²In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die ... ermittelte Zahl übersteigen.

(5) ¹Die Zahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze wird so lange erhöht, bis jede Partei ... mindestens die Gesamtzahl der ihren Landeslisten ... zugeordneten Sitze erhält. ... ⁴Bei der Erhöhung bleiben in den Wahlkreisen errungene Sitze ... bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt.

Ausführlich zur abstrakten Normenkontrolle: AS-Skript Staatsorganisationsrecht (2024), Rn. 551 ff.

Aufbau: Wahlgleichheit

- Regelungsbereich
- Ungleichbehandlung
- Rechtfertigung
 - Verfassungslegitimes Ziel
 - Geeignetheit
 - Erforderlichkeit

Die vorliegende Entscheidung können Sie auch hören: Als Folge „Unser Bundestag soll kleiner werden – Teil 1“ des AS-Podcasts „Die Juraflüsterer“! Hier geht es direkt zum Podcast:



Wenn Sie sich noch einmal ausführlich mit den Wahlrechtsgrundsätzen befassen wollen: Eine verständliche Darstellung finden Sie im AS-Skript Staatsorganisationsrecht (2024), Rn. 221 ff.!

Lösung

Die abstrakte Normenkontrolle ist begründet, soweit § 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG mit höherrangigem Bundesrecht unvereinbar ist (§ 78 S. 1 BVerfGG). Die Neuregelung ist mit den Wahlrechtsgrundsätzen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sowie dem Recht der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 GG unvereinbar, wenn sie in den Regelungsbereich eingreift und der Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

I. Die Zuerkennung ausgleichsloser Überhangmandate könnte die **Wahlgleichheit** sowie die **Chancengleichheit der Parteien** betreffen.

1. Nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, gleicher, freier und geheimer Wahl gewählt.

„[160] Aus dem **Grundsatz der Wahlgleichheit** folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den **gleichen Zählwert** und die **gleiche rechtliche Erfolgchance** haben muss. Alle Wählerinnen und Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis nehmen können. Bei der Verhältniswahl verlangt der Grundsatz der Wahlgleichheit darüber hinaus, dass jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Volksvertretung haben muss. Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Zur Zählwert- und Erfolgchancengleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu, die verlangt, dass jede gültige Stimme mit gleichem Gewicht bewertet wird, ihr mithin ein anteilmäßig gleicher Erfolg zukommt.“

2. Darüber hinaus ist die besondere Rolle der **politischen Parteien** zu berücksichtigen. Aus **Art. 21 Abs. 1 GG** folgt insoweit der Grundsatz **gleicher Wettbewerbschancen der politischen Parteien**.

„[163] ... Er beinhaltet, dass jeder Partei grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden müssen. Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen. Deshalb muss in diesem Bereich – ebenso wie bei der durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgten gleichen Behandlung der Wählerinnen und Wähler – Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn verstanden werden. Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die auf die Chancen der Parteien im politischen Wettbewerb zurückwirkt, sind ihrem Ermessen besonders enge Grenzen gesetzt.“

II. In der ausgleichslosen Gewährung von drei Überhangmandaten könnte eine **Ungleichbehandlung** liegen, die in die vorstehenden Rechte eingreift.

1. Dies betrifft zum einen den Grundsatz der **Gleichheit der Wahl**.

„[170] ... Aufgrund des durch die Anrechnung der Wahlkreismandate auf die Listenmandate einer Partei herbeigeführten Verhältnisausgleichs kann grundsätzlich jeder Wähler nur einmal (mit seiner Zweitstimme) Einfluss auf die proportionale Zusammensetzung des Parlaments nehmen. Die Erststimme bleibt demgegenüber grundsätzlich ohne Auswirkung auf die Verteilung der Mandate auf die politischen Parteien. Fällt jedoch ein Überhang an, so tragen Wählerinnen und Wähler mit ihrer Erststimme zum Gewinn von Wahlkreismandaten bei, die nicht mehr mit Listenmandaten

verrechnet werden können und die deshalb den auf der Grundlage des Zweitstimmenergebnisses ermittelten Proporz durchbrechen. Damit gewinnt neben der Zweitstimme auch die Erststimme Einfluss auf die politische Zusammensetzung des Bundestages. Da diese Wirkung nur bei denjenigen Wählerinnen und Wählern eintritt, die ihre Erststimme einem erfolgreichen Wahlkreisbewerber gegeben haben, dessen Partei in dem betreffenden Land einen Überhang erzielt, ist die **Erfolgswertgleichheit** beeinträchtigt. Zwar hat jeder Wähler gleichermaßen die Chance, zur Gruppe derjenigen zu gehören, deren Stimmen stärkeren Einfluss auf die politische Zusammensetzung des Parlaments nehmen. Jedoch ist – schon ex ante betrachtet – gerade nicht gewährleistet, dass alle Wählerinnen und Wähler durch ihre Stimmabgabe gleichen Einfluss auf die Sitzverteilung nehmen können.“

2. Zudem könnte eine **Ungleichbehandlung der Parteien** vorliegen.

„[171] Auch die **Chancengleichheit der politischen Parteien** ... ist nur gewahrt, wenn jede Partei ... annähernd dieselbe Stimmenzahl benötigt, um ein Mandat zu erringen. Bei einer Partei, die einen Überhang erzielt, entfallen jedoch auf jeden ihrer Sitze weniger Zweitstimmen als bei einer Partei, der dies nicht gelingt.“

Soweit nicht mehr alle Überhangmandate vollständig ausgeglichen werden, liegt eine Ungleichbehandlung vor, die einen Eingriff in die Wahlgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und die Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG darstellt.

III. Dieser Eingriff könnte **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** sein.

1. Eine **Einschränkungsmöglichkeit** der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit sieht das Grundgesetz jedenfalls nicht ausdrücklich vor.

„[164] Die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien unterliegen **keinem absoluten Differenzierungsverbot**. Allerdings folgt aus ihrem formalen Charakter, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Diese bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines **besonderen, sachlich legitimierten Grundes**.“

2. § 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG müsste dementsprechend ein verfassungslegitimes Ziel verfolgen und dies in verfassungskonformer Weise umgesetzt haben.

a) Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich **Aufgabe des Gesetzgebers** ist, die verfolgten Zwecke mit dem Gebot der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien zum Ausgleich zu bringen. Das **BVerfG** könnte deshalb **in der Überprüfung eingeschränkt** sein.

„[166] ... Das Bundesverfassungsgericht prüft lediglich, ob die **verfassungsrechtlichen Grenzen eingehalten** sind, **nicht** aber, ob der Gesetzgeber **zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen** gefunden hat. Es kann, sofern die differenzierende Regelung an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl oder der Chancengleichheit der Parteien nur feststellen, wenn die Regelung zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Ziels Erforderlichen überschreitet. [167] Dies ändert nichts daran, dass dem **Gesetzgeber** für Differenzierungen im Rahmen der Wahlgleichheit nur ein **eng bemessener Spielraum** verbleibt. Da gerade bei der Wahlgesetzgebung die **Gefahr** besteht, dass die **jeweilige Parlamentsmehrheit** sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen **von dem Ziel des eigenen Mandatserhalts leiten lässt**, unterliegt

Obwohl es sich hier um besondere Gleichheitsrechte handelt, verwendet das BVerfG den sonst nur bei Freiheitsgrundrechten gebräuchlichen Begriff des Eingriffs.

Die besonderen Gleichheitsrechte können nur zugunsten mindestens gleichrangigen kollidierenden Verfassungsrechts eingeschränkt werden. Diese Dogmatik wendet das BVerfG auch auf die besonderen Gleichheitsrechte aus Art. 3 Abs. 3 GG an, wie die Entscheidung zum Legasthenie-Vermerk in Abiturzeugnissen zeigt, die Sie ebenfalls in diesem Heft nachlesen können.

Da mit dem Ziel der Stärkung der engeren persönlichen Beziehung zwischen Wählerinnen und Wählern und den von ihnen gewählten Abgeordneten ein ausreichendes verfassungslegitimes Ziel vorliegt, lässt es das BVerfG ausdrücklich offen, ob die hinter der Begrenzung des Anwachsens der Bundestagsgröße stehenden Befürchtungen, der Deutsche Bundestag könne die Grenzen seiner Arbeits- und Handlungsfähigkeit erreichen (so ausdrücklich in der Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 19/22504, S. 1, 5) für sich genommen die durch die Zulassung von ausgleichslosen Überhangmandaten verursachte Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Dabei ist es ohne Belang, ob es sich um eine bewusst herbeigeführte Konsequenz oder eine ungewollte Nebenfolge der gesetzgeberischen Systementscheidung handelt.

die Ausgestaltung des Wahlrechts hinsichtlich der Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben **strikt verfassungsrechtlicher Kontrolle**. Das Gericht prüft daher in vollem Umfang, ob eine Regelung, die in die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien eingreift, durch einen Grund gerechtfertigt ist, der von der Verfassung legitimiert und von einem Gewicht ist, das den genannten Grundsätzen die Waage halten kann, sowie ob die getroffene Regelung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist.“

b) Als besonderes, verfassungslegitimes Ziel kommt hier das **Anliegen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl** in Betracht.

„[175] ... Auf diese Weise möchte der Gesetzgeber die **Verbindung zwischen den Wählerinnen und Wählern und Abgeordneten stärken** und zugleich in gewissem Umfang der dominierenden Stellung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes ein Korrektiv im Sinne der Unabhängigkeit der Abgeordneten entgegensetzen. Durch die Wahl der Wahlkreiskandidaten soll annähernd die Hälfte der Abgeordneten in einer **engeren persönlichen Beziehung zu ihrem Wahlkreis** stehen. Dieses Ziel kann nur verwirklicht werden, wenn der erfolgreiche Kandidat sein Wahlkreismandat auch dann erhält, wenn das nach dem Proporz ermittelte Sitzkontingent der Landesliste seiner Partei zur Verrechnung nicht ausreicht.

[176] Dieses Anliegen ist **hinreichend gewichtig**, um die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten in begrenztem Umfang zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat sich für ein Wahlsystem entschieden, das sowohl dem Anliegen einer Personenwahl als auch dem Ziel der Verhältniswahl, alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis im Parlament abzubilden, Rechnung tragen will.“

c) Das Ausmaß der ausgleichslosen Zuteilung von Überhangmandaten muss sich jedoch **innerhalb des gesetzgeberischen Konzepts** einer personalisierten Verhältniswahl halten und muss zu diesem Zweck **geeignet** und **erforderlich** sein.

„[189] ... Der Gesetzgeber ist im Rahmen des ihm durch Art. 38 Abs. 3 GG übertragenen Gestaltungsauftrags befugt, ein Wahlsystem zu schaffen, das sowohl dem Anliegen einer Personenwahl als auch dem Ziel der Verhältniswahl, alle Parteien in einem den Stimmenzahlen entsprechenden Verhältnis im Parlament abzubilden, möglichst Rechnung trägt. **Beide von der Verfassung legitimierten Ziele lassen sich innerhalb eines Wahlsystems nicht in voller Reinheit verwirklichen**. Sie stehen in einem **Spannungsverhältnis**, das sich nur durch einen vom Gesetzgeber vorzunehmenden Ausgleich beider Prinzipien auflösen lässt. Im Rahmen des ihm insoweit zukommenden Gesetzgebungsauftrags darf der Gesetzgeber das Anliegen einer proportionalen Verteilung der Gesamtzahl der Sitze zurückstellen und Überhangmandate ohne Wiederherstellung des Proporz zulassen, solange sich die damit verbundene Differenzierung des Erfolgswertes der Wählerstimmen innerhalb des gesetzgeberischen Konzepts hält.“

aa) Innerhalb des Konzepts einer personalisierten Verhältniswahl hält sich die Gewährung ausgleichsloser Überhangmandate indes nur, wenn der Grundcharakter der Wahl als einer am Ergebnis der für die Parteien abgegebenen Stimmen orientierten Verhältniswahl nicht aufgehoben wird.

„[177] ... Es ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, die Zahl hinnehmbarer Überhangmandate festzulegen. Dabei hat er jedoch zu beachten, dass Überhangmandate nur in eng begrenztem Umfang mit dem

Charakter der Wahl als Verhältniswahl vereinbar sind. Fallen sie regelmäßig in größerer Zahl an, widerspricht dies der Grundentscheidung des Gesetzgebers für die personalisierte Verhältniswahl. [Ein angemessener] Ausgleich zwischen dem Anliegen möglichst proportionaler Abbildung des Zweitstimmenergebnisses im Deutschen Bundestag und dem mit der Personenwahl verbundenen Belang uneingeschränkter Erhalts der Wahlkreismandate [ist] dann nicht mehr als gewahrt [anzusehen], **wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl überschreitet.**“

Nach § 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT kann eine Fraktion von mindestens fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages gebildet werden, die derselben Partei oder solchen Parteien angehören, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen. Es sind demnach mindestens 30 Abgeordnete zur Fraktionsgründung erforderlich. Die ausgleichslose Zubilligung von drei Überhangmandaten erreicht die Hälfte dieser Zahl nicht, sodass das Gewicht der damit einhergehenden Gleichheitsbeeinträchtigung deutlich begrenzt wird.

bb) Die Anerkennung ausgleichsloser Überhangmandate ist **geeignet**, die Verbindung zwischen den Wählerinnen und Wählern und den von ihnen gewählten Abgeordneten zu stärken.

cc) Erforderlich ist die Zuerkennung solcher Überhangmandate allerdings nur, wenn kein milderes, gleich geeignetes Mittel in Betracht kommt. Als ein solches milderes Mittel kommt der **vollständige Ausgleich aller Überhangmandate** in Betracht.

„[187] ... Zwar ist die durch den Anfall von Überhangmandaten bewirkte Differenzierung des Erfolgswertes der Wählerstimmen mit einer personalisierten Verhältniswahl nicht zwangsläufig verbunden, weil der gestörte Proporz durch Zuteilung von Ausgleichsmandaten wiederhergestellt werden könnte. Allerdings erfordert eine vollständige Verwirklichung des Ziels der Verhältniswahl eine im Einzelnen **nicht vorhersehbare Erhöhung der Sitzzahl des Bundestages**, wodurch das Ziel, die Abgeordneten des Deutschen Bundestages annäherungsweise zur Hälfte personenbezogen zu legitimieren, nicht erreicht werden könnte. Demnach stellt der Vollaussgleich kein gegenüber der begrenzten Zulassung von Überhangmandaten ebenso wirksames Mittel zur Stärkung des Elements der Personenwahl dar.“

Damit ist die Regelung auch erforderlich. Die Zuerkennung von ausgleichslosen Überhangmandaten ist damit zumindest im nunmehr vorgesehenen Umfang verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Grundsatz der Wahlgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG sind damit nicht verletzt. Das BWahlG n.F. ist demzufolge mit höherrangigem Bundesrecht vereinbar.

Ergebnis: Die zulässige abstrakte Normenkontrolle ist unbegründet.

In seiner Entscheidung setzt sich das BVerfG auch mit der Bestimmtheit der Neuregelung auseinander und stellt dabei fest, dass an wahlrechtliche Normen kein über das allgemeine Gebot hinreichender Bestimmtheit und Klarheit der Gesetze hinausgehender Maßstab anzulegen sei. Es dürfte dementsprechend nicht erforderlich sein, das Sitzzuteilungsverfahren im BWahlG dergestalt zu regeln, dass es von allen Wahlberechtigten problemlos verstanden werden könnte.

RA Christian Sommer

Eine Regelung, nach der die Landeslisten der Parteien abwechselnd mit Frauen und Männern zu besetzen sind, kann hingegen weder zugunsten des Demokratieprinzips noch zugunsten der Förderpflicht des Staates zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung bestehender Nachteile gerechtfertigt werden, vgl. ThürVerfGH RÜ 2020, 655 mit **RÜ-Video 10/20**:

