

## Le i t s a t z

zum Urteil des Zweiten Senats vom 3. Juli 2008

- 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07 -

§ 7 Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Absätze 4 und 5 des Bundeswahlgesetzes verletzt die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl, soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann.



**Im Namen des Volkes**

**In den Verfahren  
über  
die Wahlprüfungsbeschwerden**

1. des Herrn Dr. F...

- Bevollmächtigter: Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Meyer,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin -

gegen den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 14. Dezember 2006 - WP  
162/05 - (BTDrucks 16/3600) -

**- 2 BVC 1/07 -,**

2. des Herrn Z...

- Bevollmächtigter: Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Meyer,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin -

gegen den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 14. Dezember 2006 - WP  
179/05 - (BTDrucks 16/3600) -

**- 2 BVC 7/07 -**

hat das Bundesverfassungsgericht - Zweiter Senat - unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Vizepräsident Hassemer,  
Broß,  
Osterloh,  
Di Fabio,  
Mellinghoff,  
Lübbe-Wolff,  
Gerhardt,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. April 2008 durch

### **Urteil**

für Recht erkannt:

1. § 7 Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Absätze 4 und 5 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 11. März 2005 (Bundesgesetzblatt I Seite 674) verletzt Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes, soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann.
2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.
3. Im Übrigen werden die Wahlprüfungsbeschwerden zurückgewiesen.
4. Die Bundesrepublik Deutschland hat die notwendigen Auslagen dieses Verfahrens dem Beschwerdeführer zu 1. vollumfänglich und dem Beschwerdeführer zu 2. zur Hälfte zu erstatten.

### **Gründe:**

#### **A.**

Die Wahlprüfungsbeschwerden betreffen die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Effekts des so genannten negativen Stimmgewichts oder inversen Erfolgswerts. Hierunter wird eine Paradoxie im Verfahren der Mandatzuteilung verstanden, die darin besteht, dass ein Zugewinn von Zweitstimmen einer Partei zu einem Mandatsverlust bei genau dieser Partei und umgekehrt die Verringerung der Anzahl der Zweitstimmen zu einem Mandatsgewinn führen kann.

1

#### **I.**

Der von den Beschwerdeführern angegriffene Effekt des negativen Stimmgewichts tritt im Zusammenhang mit Überhangmandaten bei der Verteilung von Mandaten auf verschiedene verbundene Landeslisten auf und beruht auf einem Zusammenspiel der Normen des § 7 Abs. 3 Satz 2 und § 6 Abs. 4 und Abs. 5 Bundeswahlgesetz (BWG).

2

1. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BWG werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestags, deren regelmäßige Zahl nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BWG 598 beträgt, nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt. Diese Verbindung von Personen- und Verhältniswahl wird im Bundeswahlgesetz dadurch verwirklicht, dass jeder Wähler nach § 4 BWG zwei Stimmen erhält. Das Element der Personenwahl findet darin seinen Ausdruck, dass 299 Abgeordnete, also

3

die Hälfte, gemäß den § 1 Abs. 2, § 4 BWG mit der ersten Stimme auf der Grundlage von Kreiswahlvorschlägen in Wahlkreisen nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt werden. Mit der zweiten Stimme werden die übrigen 299 Abgeordneten aufgrund von Landeswahlvorschlägen (Landeslisten) der politischen Parteien nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt (§ 1 Abs. 2, § 4 Halbsatz 2, § 27 Abs. 1 Satz 1 BWG).

Das Verhältnis von Erst- und Zweitstimme ist in § 5 bis § 7 BWG geregelt, nach denen die Sitze im Deutschen Bundestag zugeteilt werden. Für die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag galten diese Regelungen in der Fassung der Bekanntmachung des Bundeswahlgesetzes vom 23. Juli 1993 (BGBl I S. 1288, ber. S. 1594), zuletzt geändert durch das Siebzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 11. März 2005 (BGBl I S. 674).

Diese Bestimmungen hatten folgenden Wortlaut:

#### § 5

##### Wahl in den Wahlkreisen

In jedem Wahlkreis wird ein Abgeordneter gewählt. Gewählt ist der Bewerber, der die meisten Stimmen auf sich vereinigt. Bei Stimmengleichheit entscheidet das vom Kreiswahlleiter zu ziehende Los.

#### § 6

##### Wahl nach Landeslisten

(1) Für die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze werden die für jede Landesliste abgegebenen Zweitstimmen zusammengezählt. Nicht berücksichtigt werden dabei die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, der gemäß § 20 Abs. 3 oder von einer Partei, für die in dem betreffenden Lande keine Landesliste zugelassen ist, vorgeschlagen ist. Von der Gesamtzahl der Abgeordneten (§ 1 Abs. 1) wird die Zahl der erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen, die in Satz 2 genannt oder von einer nach Absatz 6 nicht zu berücksichtigenden Partei vorgeschlagen sind.

(2) Die nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze werden auf die Landeslisten auf der Grundlage der nach Absatz 1 Sätze 1 und 2 zu berücksichtigenden Zweitstimmen wie folgt verteilt. Die Gesamtzahl der verbleibenden Sitze, vervielfacht mit der Zahl der Zweitstimmen, die eine Landesliste im Wahlgebiet erhalten hat, wird durch die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten geteilt. Jede Landesliste erhält zunächst so viele Sitze, wie ganze Zahlen auf sie entfallen. Danach zu vergebende Sitze sind den Landeslisten in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile, die sich bei der Berechnung nach Satz 2 ergeben, zuzuteilen. Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das vom Bundeswahlleiter zu ziehende Los.

(3) Erhält bei der Verteilung der Sitze nach Absatz 2 eine Landesliste, auf die mehr als die Hälfte der Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Lan-

deslisten entfallen ist, nicht mehr als die Hälfte der zu vergebenden Sitze, wird ihr von den nach Zahlenbruchteilen zu vergebenden Sitzen abweichend von Absatz 2 Sätze 4 und 5 zunächst ein weiterer Sitz zugeteilt. Danach zu vergebende Sitze werden nach Absatz 2 Sätze 4 und 5 zugeteilt.

(4) Von der für jede Landesliste so ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze abgerechnet. Die restlichen Sitze werden aus der Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt. Bewerber, die in einem Wahlkreis gewählt sind, bleiben auf der Landesliste unberücksichtigt. Entfallen auf eine Landesliste mehr Sitze als Bewerber benannt sind, so bleiben diese Sitze unbesetzt. 14

(5) In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach den Absätzen 2 und 3 ermittelte Zahl übersteigen. In einem solchen Falle erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Abs. 1) um die Unterschiedszahl; eine erneute Berechnung nach den Absätzen 2 und 3 findet nicht statt. 15

(6) Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Satz 1 findet auf die von Parteien nationaler Minderheiten eingereichten Listen keine Anwendung. 16

## § 7 17

### Listenverbindung 18

(1) Landeslisten derselben Partei gelten als verbunden, soweit nicht erklärt wird, dass eine oder mehrere beteiligte Landeslisten von der Verbindung ausgeschlossen sein sollen. 19

(2) Verbundene Listen gelten bei der Sitzverteilung im Verhältnis zu den übrigen Listen als eine Liste. 20

(3) Die auf eine Listenverbindung entfallenden Sitze werden auf die beteiligten Landeslisten entsprechend § 6 Abs. 2 verteilt. § 6 Abs. 4 und 5 gilt entsprechend. 21

2. Das Bundeswahlgesetz ist durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl I S. 394) geändert worden. Die Verteilung der Sitze auf die Landeslisten der Parteien gemäß den für die Listen abgegebenen gültigen Zweitstimmen soll zukünftig nach dem Divisorverfahren mit Standardrundung Sainte-Laguë/Schepers berechnet werden. Die Änderung wurde damit begründet, dass die vorher anzuwendende Quotenmethode mit Ausgleich nach größten Resten Hare/Niemeyer sowohl bei der bundesweiten Verteilung der Sitze auf die verbundenen Landeslisten (§ 6 Abs. 2 und 3 BWG) als auch bei der Verteilung auf die jeweils beteiligten Landeslisten (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 2 BWG) zu paradoxen Ergebnissen führten, die mit dem neuen Verfahren vermieden würden (vgl. BTDrucks 16/7461, S. 9). 22

Dem entsprechend wurden die Sätze 2 bis 5 in § 6 Abs. 2 BWG wie folgt neu gefasst: 23

„Jede Landesliste erhält so viele Sitze, wie sich nach Teilung der Summe ihrer im Wahlgebiet erhaltenen Zweitstimmen durch einen Zuteilungsdivisor ergeben. Zahlenbruchteile unter 0,5 werden auf die darunter liegende ganze Zahl abgerundet, solche über 0,5 werden auf die darüber liegende ganze Zahl aufgerundet. Zahlenbruchteile, die gleich 0,5 sind, werden so aufgerundet oder abgerundet, dass die Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze eingehalten wird; ergeben sich dabei mehrere mögliche Sitzzuteilungen, so entscheidet das vom Bundeswahlleiter zu ziehende Los. Der Zuteilungsdivisor ist so zu bestimmen, dass insgesamt so viele Sitze auf die Landeslisten entfallen, wie Sitze zu vergeben sind. Dazu wird zunächst die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten durch die Gesamtzahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze geteilt. Entfallen danach mehr Sitze auf die Landeslisten als Sitze zu vergeben sind, ist der Zuteilungsdivisor so heraufzusetzen, dass sich bei der Berechnung die zu vergebende Sitzzahl ergibt; entfallen zu wenig Sitze auf die Landeslisten, ist der Zuteilungsdivisor entsprechend herunterzusetzen.“ 24

3. Die Mandatzuteilung vollzieht sich nach diesen Regelungen in mehreren Schritten. Zunächst werden die in den Wahlkreisen errungenen Mandate ermittelt. Sodann wird die jeder Landesliste zustehende Abgeordnetenzahl berechnet. Schließlich werden für die endgültige Mandatsverteilung die in den Wahlkreisen errungenen Mandate auf die für jede Landesliste ermittelte Abgeordnetenzahl angerechnet. 25

a) In jedem der 299 Wahlkreise wird ein Abgeordneter nach den Grundsätzen der relativen Mehrheitswahl gewählt (§ 5 Satz 1 und 2 BWG). Diese Direktmandate verbleiben dem gewählten Bewerber und damit der Partei, für die er kandidiert hat, auf jeden Fall (§ 6 Abs. 5 Satz 1 BWG), also auch dann, wenn die Zahl der von einer Partei in einem Land errungenen Direktmandate die Zahl der ihr nach dem Anteil der Wählerzweitstimmen zustehenden Sitze übersteigt. 26

b) § 6 und § 7 BWG schließen an die Personenwahl in den Wahlkreisen ein System des verhältnismäßigen Ausgleichs an, das sicherstellen soll, dass die Zusammensetzung des Bundestags sich im Wesentlichen nach dem Verhältnis der für die (nach § 6 Abs. 6 BWG zu berücksichtigenden) Parteien abgegebenen Stimmen (Zweitstimmen) bemisst. In einem ersten Schritt wird berechnet, wie viele Sitze jeder Landesliste einer Partei nach der Zahl der von ihr errungenen Zweitstimmen zustehen (§ 6 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 6, § 7 Abs. 3 Satz 1 BWG). Anschließend wird die Sitzverteilung unter Berücksichtigung des Erststimmenergebnisses errechnet (§ 6 Abs. 4 und 5, § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG). 27

aa) § 6 Abs. 2 BWG zielt darauf ab, die Sitze im Deutschen Bundestag entsprechend den Zweitstimmen zu verteilen. Die Zahl der einer jeden Partei zufallenden Sitze sollte sich zur Gesamtzahl der Sitze des Parlaments so verhalten wie die Zahl der für diese Partei abgegebenen gültigen Zweitstimmen zur Gesamtzahl aller gültigen 28

Zweitstimmen.

Nach der zum Zeitpunkt der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag geltenden Regelung war die Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze, vervielfacht mit der Zahl der Zweitstimmen, die eine Landesliste (oder eine als Liste geltende Listenverbindung, § 7 Abs. 2 BWG) erhalten hatte, durch die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten zu teilen. Jede Landesliste erhielt zunächst so viele Sitze, wie ganze Zahlen auf sie entfielen. Die danach noch zu vergebenden Sitze waren in der Reihenfolge der höchsten bei der Teilung sich ergebenden Zahlenbruchteile zuzuweisen. Dieses Verfahren der so genannten mathematischen Proportion, das von den Mathematikern Hare und Niemeyer entwickelt worden ist, hatte seit dem Siebten Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 8. März 1985 (BGBl I S. 521) das bis dahin geltende d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren abgelöst.

29

Nach der Neuregelung des § 6 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl I S. 394) wird die Zahl der Sitze, die den einzelnen Parteien zuzuteilen sind, nach einem Divisorverfahren gemäß Sainte-Laguë/Schepers mit Hilfe eines Zuteilungsddivisors ermittelt. Dieser wird anhand der insgesamt zu berücksichtigenden Zweitstimmen und der zu vergebenden Sitze bestimmt, indem zunächst die Zweitstimmenzahl durch die Sitzzahl geteilt und der resultierende Quotient dann so herauf- oder herabgesetzt wird, dass die Summe der damit für die einzelnen Landeslisten (oder die als Liste geltende Listenverbindung, § 7 Abs. 2 BWG) ermittelten und gerundeten Sitzzahlen mit der Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze übereinstimmt. Bei den ermittelten Sitzzahlen werden die Zahlenbruchteile unter 0,5 auf die darunter liegende ganze Zahl abgerundet, solche über 0,5 auf die darüber liegende ganze Zahl aufgerundet. Zahlenbruchteile, die genau gleich 0,5 sind, werden standardmäßig so auf- oder abgerundet, dass die Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze eingehalten wird.

30

bb) Nimmt eine Partei nur mit einer Landesliste oder mit mehreren nicht verbundenen Landeslisten an der Bundestagswahl teil, bemisst sich das Zuteilungsverfahren alleine nach § 6 Abs. 2 BWG. Bisher hat sich noch keine bundesweit auftretende Partei mit nicht verbundenen Landeslisten an einer Bundestagswahl beteiligt. Das Risiko, ein Mandat zu verlieren, wäre ohne Verbindung der Landeslisten erhöht (vgl. Meyer, KritV 77 <1994>, S. 312 <319 f.>).

31

Für Landeslisten derselben Partei, die kraft der Fiktion des § 7 Abs. 1 BWG als verbunden gelten, werden die Sitze in einem zweistufigen Verfahren ermittelt. Zunächst ist zu berechnen, wie viele Sitze auf die einzelnen Listenverbindungen und die nicht verbundenen Listen entfallen (sog. Oberverteilung). Jede Listenverbindung gilt nach § 7 Abs. 2 BWG als eine Liste. § 7 BWG schafft keine echte Bundesliste; lediglich für die Berechnung der Mandatsverteilung auf der Stufe der Oberverteilung gelten die einzelnen Landeslisten als verbunden (Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 7 Rn. 3). In einem zweiten Schritt wird ermittelt, wie viele der von der Listenverbindung errungenen Sitze den einzelnen Landes-

32

listen zuzuweisen sind (sog. Unterverteilung). Insoweit bestimmt § 7 Abs. 3 Satz 1 BWG, dass § 6 Abs. 2 BWG entsprechend gilt.

cc) Damit die verhältnismäßige Sitzzuteilung ungeachtet der vorgeschalteten Personenwahl in den Wahlkreisen verwirklicht wird, werden in einem zweiten Abschnitt der Sitzzuteilung die in den Wahlkreisen errungenen Mandate auf die einer jeden Partei zugefallenen Sitze angerechnet. Die Modalitäten dieser Verrechnung sind in den § 6 Abs. 4 und 5, § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG geregelt.

33

Grundsätzlich sind von der auf jede Landesliste entfallenden Abgeordnetenzahl die von jeder Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze abzuziehen (§ 6 Abs. 4 Satz 1 BWG). Aus den Landeslisten werden nur diejenigen Sitze besetzt, die nach Abzug der in den Wahlkreisen errungenen Direktmandate verbleiben (§ 6 Abs. 4 Satz 2 BWG); die direkt gewählten Bewerber bleiben gemäß § 6 Abs. 4 Satz 3 BWG unberücksichtigt.

34

Dieses Anrechnungsverfahren bewirkt, dass grundsätzlich die Erststimme nur darüber entscheidet, welche Personen als Wahlkreisabgeordnete in den Bundestag einziehen, dass sich die Mehrheitsverhältnisse aber - im Grundsatz - allein nach dem Zweitstimmenverhältnis richten. Zu Ausnahmen von diesem Grundsatz und damit zu einer möglichen Beeinflussung der Mehrheitsverhältnisse durch die Erststimme kommt es immer dann, wenn diese Verrechnung unterbleibt. Dies ist möglich, wenn mit der Erststimme ein Bewerber gewählt wird, der von keiner an der Wahl teilnehmenden Partei oder von einer Partei vorgeschlagen wurde, für die keine Landesliste zugelassen worden ist, wenn eine Partei ein oder zwei Direktmandate erringt und aufgrund ihres zu geringen Zweitstimmenanteils an der Sperrklausel des § 6 Abs. 6 BWG scheitert und wenn eine Partei in den Wahlkreisen eines Landes mehr Sitze erringt, als ihr nach dem Anteil der zu berücksichtigenden Zweitstimmen zustehen. Für den letzteren Fall bestimmt § 6 Abs. 5 BWG, dass die in den Wahlkreisen errungenen Mandate der Partei verbleiben und sich die Gesamtzahl der Sitze im Bundestag um diese Überhangmandate erhöht (vgl. dazu BVerfGE 95, 335 ff.).

35

Für Listenverbindungen verweist § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG auf das Verrechnungsverfahren nach § 6 Abs. 4 BWG und die Regelung der Überhangmandate nach § 6 Abs. 5 BWG. Bei der Wahl mit verbundenen Listen werden daher die Wahlkreismandate und die Listenmandate entsprechend § 6 Abs. 4 und 5 BWG verrechnet. Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 4 BWG ist damit auch bei verbundenen Listen das in § 6 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 BWG vorgeschriebene Anrechnungsverfahren durchzuführen. Mit der Verweisung auf § 6 Abs. 5 BWG sieht § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG die entsprechende Anwendung der Regelung über das Bestehenbleiben von Überhangmandaten und über das Unterbleiben eines Ausgleichs auf verbundene Listen vor.

36

4. Diese Berechnung der Mandatzuteilung durch § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG kann zu der Paradoxie des negativen Stimmgewichts führen und bewirken, dass der Gewinn von Zweitstimmen einer Partei zu einem Man-

37



datsverlust bei genau dieser Partei führt.

a) Stehen der Zahl der gewählten Wahlkreisbewerber einer Partei in einem Land nur ebenso viele oder weniger nach Zweitstimmen auf die Landesliste (unter)verteilte Sitze gegenüber, dann kann es für die Partei günstiger sein, weniger Zweitstimmen in einem Land zu erhalten, wenn dadurch die Sitzzahl in der bundesweiten Oberverteilung zwischen den verschiedenen Parteien nicht beeinflusst wird. Einfluss hat die niedrigere Stimmzahl dann allein auf die Unterverteilung der Sitze auf die einzelnen Landeslisten der betroffenen Partei. Denn eine niedrigere Anzahl an Zweitstimmen kann bei der Unterverteilung dazu führen, dass eine andere Landesliste vorrangig zum Zuge kommt. Büßt die Partei in dem Land, in dem sie ein Überhangmandat gewonnen hat, ein Listenmandat in der Unterverteilung ein, so erleidet sie dadurch keinen Nachteil, weil ihre Liste ohnehin nicht zum Zuge kommt und sie die ihr zustehenden Wahlkreismandate nicht verlieren kann. Eine andere Landesliste der Partei erhält hingegen einen Sitz mehr. Damit gewinnt die betroffene Partei bundesweit durch den geringeren Stimmenanteil einen Sitz hinzu. Auch umgekehrt ist dieser Effekt denkbar. Eine Partei kann durch mehr Zweitstimmen ein Überhangmandat verlieren und somit in der Gesamtmandatszahl schlechter stehen (vgl. Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761 <763>; Meyer, KritV 77 <1994>, S. 312 <321>).

38

Die Möglichkeit der Entstehung von Überhangmandaten allein führt nicht zum Auftreten von negativem Stimmgewicht. Möglich ist dieses nur aufgrund der spezifischen Regelungen des Bundeswahlgesetzes, nach denen die Verteilung der Listenmandate in einem zweistufigen Verfahren zunächst auf die Parteien (Oberverteilung, § 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BWG) und dann auf die verbundenen Landeslisten derselben Partei (Unterverteilung, § 6 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 3 BWG) erfolgt. Ein negatives Stimmgewicht kann - unter der Voraussetzung der Entstehung von Überhangmandaten - nur im Rahmen der Unterverteilung auftreten; denn nur hier können zusätzliche Stimmen einer Partei in einem Land dazu führen, dass dieser in einem anderen Land weniger Listenmandate zugeteilt werden (vgl. Meyer, KritV 77 <1994>, S. 312 <323>; Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761).

39

b) Die Wahrscheinlichkeit, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts auftritt, steigt mit der Zahl der Überhangmandate. Diese entstehen umso eher, wenn in einem Land mehr als zwei Parteien größere Anteile der Zweitstimmen erhalten, ohne gleichzeitig Direktmandate zu gewinnen, oder wenn eine Partei alle Direktmandate mit nur knapper relativer Mehrheit erringt. Gemäß § 7 Abs. 3 und Abs. 2, § 6 Abs. 2 BWG hängt die Zahl der auf jede Landesliste entfallenden Mandate von der Zahl der abgegebenen Stimmen ab und sinkt daher bei niedriger Wahlbeteiligung in einzelnen Ländern. Weil die Zahl der Wahlkreismandate in jedem Land demgegenüber konstant bleibt, kommt es auch hierdurch zu einer Verkleinerung des Spielraums für den Verhältnisausgleich und damit zu einer höheren Wahrscheinlichkeit des Entstehens von Überhangmandaten. Das gleiche gilt generell in kleinen Ländern, in denen nur wenige Mandate vergeben werden. Insgesamt wirken sich diese Faktoren derzeit vor allem in den östlichen Ländern und in den Stadtstaaten aus. So sind die Wähler des

40

Landes Bremen regelmäßig von dem Effekt des negativen Stimmgewichts betroffen (vgl. Fehndrich, Spektrum der Wissenschaft, 1999, S. 70 <71>).

c) Der Effekt des negativen Stimmgewichts kann in den seltenen Fällen, in denen eine Nachwahl gemäß § 43 BWG an einem anderen Tag als dem Tag der Hauptwahl durchgeführt wird und das Ergebnis der Hauptwahl vor der Nachwahl bekannt ist, bewusst eingesetzt werden. In diesen Fällen können Berechnungen dazu angestellt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Effekt des negativen Stimmgewichts eintreten kann, und die Wähler der Nachwahl können sich in ihrem Wahlverhalten hierauf einstellen.

41

Dies war bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag im Wahlkreis 160 in Dresden, in dem die Direktkandidatin der NPD plötzlich verstorben war, der Fall. Das Ansetzen der Wahl in diesem Wahlkreis am Tag der Hauptwahl war aus organisatorischen Gründen nicht mehr möglich, so dass ein Nachwahltermin festgelegt werden musste (vgl. Pressemitteilung des Bundeswahlleiters vom 9. September 2005). Das erste vorläufige amtliche Ergebnis der Haupt-Bundestagswahl vom 18. September 2005 wurde am frühen Morgen des 19. September 2005 vom Bundeswahlleiter verkündet. Die Zweitstimmenanteile für die einzelnen Parteien und die jeweiligen Mandatszahlen der Landeslisten, einschließlich der Überhangmandate, wurden somit zunächst ohne die Ergebnisse des Wahlbezirks 160 errechnet (vgl. Pressemitteilung des Bundeswahlleiters vom 19. September 2005).

42

In dieser Situation konnten vergleichsweise präzise Berechnungen dazu angestellt werden, welches Zweitstimmenergebnis in jenem Wahlbezirk zum Gewinn oder Verlust eines Überhangmandats oder zu Mandatsverschiebungen, die den Effekt des negativen Stimmgewichts mit sich bringen, führen würde. In den Medien wurden in den Tagen bis zur Wahl entsprechende Berechnungen publiziert. In der Presse wurde erläutert, dass die CDU bei einer Zweitstimmenanzahl von mehr als 41.225 Stimmen ein Mandat verlieren, bei einer niedrigeren Zweitstimmenzahl jedoch ein Mandat gewinnen könnte. Denn bei mehr als 41.225 Zweitstimmen würde sie zwar ein Listenmandat hinzugewinnen; da jedoch bereits nach dem vorläufigen Ergebnis vom Tag der Hauptwahl in Sachsen drei Überhangmandate gewonnen waren, würde ein zusätzliches Listenmandat für Sachsen nicht zum Tragen kommen. In Sachsen hätte sich somit nichts am Landes-Wahlergebnis geändert. Jedoch hätte die CDU insgesamt ein Mandat verloren. Dieser Mandatsverlust wäre in Nordrhein-Westfalen eingetreten, da die CDU in diesem Land dann - nach einer erneuten Unterverteilung der Zweitstimmenergebnisse unter Berücksichtigung der Zweitstimmen des Wahlkreises 160 - einen zu geringen Nachkommaanteil erreicht hätte, um ein zusätzliches Mandat im Rahmen der Unterverteilung zu erlangen. Der Gewinn des Direktmandats war für die CDU jedenfalls anzustreben, da er zu einem weiteren Überhangmandat führen konnte. Das von den Wählern der CDU in Dresden vor diesem Hintergrund anzustrebende Zweitstimmenergebnis war insbesondere deshalb von Bedeutung, weil die CDU im Wahlkreis 160 bei der Bundestagswahl im Jahr 2002 etwa 50.000 Stimmen auf sich vereinigen konnte (vgl. Wittrock/Todt, „Warum die Union in Dresden nicht ge-

43

winnen darf“, Spiegel-Online vom 19. September 2005). Ausgehend von einer in etwa ähnlichen Wählerstruktur mussten nunmehr viele CDU-Wähler ihre Zweitstimme einer anderen Partei geben, um zu verhindern, dass die CDU bundesweit ein Mandat verliert. Gleichzeitig bestand für die Wähler anderer Parteien die Möglichkeit, ihre Zweitstimme der CDU zu geben, gerade damit diese ein Mandat verliere. Die Parteien in Dresden stellten ihren Wahlkampf jedenfalls teilweise auf diese Vorhersagen ein; so warb z. B. die CDU ausdrücklich nur noch um die Erststimmen der Wähler (vgl. Sattar, „Symbolik einer Nachwahl“, FAZ vom 1. Oktober 2005).

Das Wahlergebnis in Dresden lässt darauf schließen, dass sich jedenfalls die Wähler der CDU von den Presseberichten leiten ließen und ein entsprechend taktisches Wahlverhalten zeigten: Die CDU gewann das Direktmandat im Wahlkreis 160, hatte jedoch ein ungewöhnlich niedriges Zweitstimmenergebnis von insgesamt lediglich 38.208 Stimmen, das unter der prognostizierten Marke von 41.225 Zweitstimmen lag und sich deutlich von der Zahl der Erststimmen von insgesamt 57.931 unterschied (vgl. Wahlkreisergebnis des Wahlkreises 160 - Dresden I). Profitiert von dem Wahlverhalten der CDU-Wähler hat die FDP, die mit einem Ergebnis von 16,6 % der Zweitstimmen ihr Wahlergebnis von 2002 (7,0 %) um fast zehn Prozentpunkte in diesem Wahlkreis steigerte. Die CDU hat damit insgesamt ein Überhangmandat mehr in Sachsen gewonnen, ohne ein Listenmandat zu verlieren.

44

Darüber hinaus hatte die Systematik des Wahlrechts eine Verschiebung in der Sitzverteilung zwischen den einzelnen Landeslisten der CDU zur Folge: Statt eines CDU-Abgeordneten aus Nordrhein-Westfalen zog nunmehr, aufgrund des rechnerisch günstigeren Nachkommaanteils beim Zweitstimmenergebnis, eine CDU-Abgeordnete aus dem Saarland in den Bundestag ein. Ähnliche Verschiebungen ergaben sich auch bei der FDP (vgl. Pressemitteilung des Bundeswahlleiters vom 2. Oktober 2005; „CDU gewinnt ein zusätzliches Mandat“, FAZ.NET vom 3. Oktober 2005). Auch eine solche Verschiebung in der Mandatsbesetzung kommt nur deshalb zustande, weil es eine getrennte Ober- und Unterverteilung bei Listenverbindungen und Landeslisten gibt.

45

## II.

1. Beide Beschwerdeführer wenden sich mit ihren Wahlprüfungsbeschwerden gegen das Bundeswahlgesetz, soweit es den Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht. Der Beschwerdeführer zu 2. rügt darüber hinaus, dass die nichtöffentliche Nachzählung in bestimmten Wahlkreisen einen Wahlfehler darstelle.

46

a) aa) Der Beschwerdeführer zu 1. legte mit Schreiben vom 14. November 2005 Einspruch gegen die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag ein und rügte das Phänomen des negativen Stimmgewichts. Dieser Effekt trete regelmäßig auf und sei vorhersehbar. Er stehe nicht mit einem bestimmten Sitzverteilungsverfahren oder einem Rundungs- oder Diskretisierungseffekt im Zusammenhang. Dies sei dem Deutschen Bundestag seit mindestens zehn Jahren bekannt. Dieser Fehler im Wahlrecht habe Einfluss auf das Wahlverhalten, wobei kein koordiniertes Wahlverhalten notwendig

47

sei, weil jede Zweitstimme die Überhangmandatswahrscheinlichkeit der gewählten Landesliste reduziere.

Auswirkungen des negativen Stimmgewichts seien auch bei der Bundestagswahl 2005 zu beobachten gewesen. Wenn die CDU in Sachsen 4.000 Zweitstimmen mehr erhalten hätte, hätte sie deswegen einen Sitz im Bundestag weniger erhalten. Ein weiterer Sitz für die CDU hätte sich auch dann ergeben, wenn alle Wähler der CDU aus dem Wahlkreis Freiburg von den Wahlurnen ferngeblieben wären; die CDU hätte jedoch ein Mandat verloren, wenn sie alle 44.641 Nichtwähler des Wahlkreises Calw (oder eines anderen Wahlkreises in Baden-Württemberg) zur Stimmabgabe für sich bewegt hätte. Hätte die SPD in Thüringen 40.000 Zweitstimmen weniger erhalten, gäbe es einen SPD-Abgeordneten mehr. Gleiches gelte für das Saarland, auch dort hätten 40.000 Zweitstimmen weniger für die SPD dazu geführt, dass die SPD insgesamt ein Mandat mehr errungen hätte. Hätte die SPD in einem der Länder Mecklenburg-Vorpommern, Hamburg, Saarland, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Brandenburg oder Bremen 70.000 Stimmen weniger erhalten, hätte dies der SPD ebenfalls einen Sitz mehr eingebracht. In Mecklenburg-Vorpommern hätte die SPD ein Überhangmandat gewonnen, wenn die SPD-Wähler in den Wahlkreisen Stralsund und Greifswald nicht gewählt hätten.

48

Insbesondere im Wahlkreis 160 in Dresden, in dem eine Nachwahl stattgefunden habe, sei der Einfluss des negativen Stimmgewichts offenbar gewesen: Durch Informationen in der Presse hätten die Wähler dieses Wahlkreises gewusst, dass die CDU, hätte sie mehr als 42.000 Zweitstimmen erlangt, insgesamt einen Sitz verloren hätte.

49

Ein Verteilsystem, das negative Stimmgewichte ermögliche, sei keine Wahl im Sinne des Art. 38 GG. Eine Wahl liege nur dann vor, wenn eine Partei umso mehr Sitze erhalte, je mehr Stimmen sie erziele. Es widerspreche dem Wählerwillen, wenn eine Stimmabgabe für eine Partei zu einem Sitzverlust führen könne. Auch sei der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verletzt, da die Stimmen nicht direkt wirkten, Anhänger einer Partei vielmehr gezwungen seien, ihrer Partei die Stimme zu verweigern, um sie zu unterstützen. Schließlich sei auch die Freiheit der Wahl durch die beschriebenen Wirkungen der Stimmabgabe verletzt, weil Wähler davon abgehalten würden, überhaupt ihre Stimme abzugeben.

50

bb) Der Beschwerdeführer zu 2. legte am 18. November 2005 Einspruch gegen die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag ein. Er rügte, dass der negative Stimmeffekt in mehreren Ländern aufgetreten sei und führte hierzu Beispiele an. Hätten in Sachsen mindestens 3.387 Wähler mehr die CDU gewählt, wäre auf die CDU bundesweit ein Sitz weniger entfallen. Gleiches wäre geschehen, wenn in Baden-Württemberg mindestens 40.756 Wähler mehr die CDU gewählt hätten. Hätten in Baden-Württemberg jedoch mindestens 49.501 Wähler weniger die CDU gewählt, so hätte die CDU bundesweit einen Sitz mehr gewonnen. Hätten in Bremen mindestens 36.577 Wähler weniger die SPD gewählt, hätte diese Partei einen Sitz mehr erlangt; in Brandenburg

51

hätten zu diesem Ergebnis 63.350 Wähler weniger die SPD wählen müssen, in Hamburg 19.499 Wähler, in Mecklenburg-Vorpommern 44.144 Wähler, im Saarland 17.101 Wähler, in Sachsen-Anhalt 52.458 Wähler und in Thüringen 10.912 Wähler. Ein Mandat verloren hätte die SPD, wenn sie entweder in Sachsen-Anhalt oder in Brandenburg 17.559 Zweitstimmen mehr erhalten hätte.

52  
Sofern eine Partei in einem Land mindestens ebenso viele Direktmandate erringe, wie ihrer Landesliste Sitze zustünden, sei das Eintreten einer negativen Wirkung einer Zweitstimme für diese Landesliste wahrscheinlicher als eine positive. Der diesbezügliche Grad der Wahrscheinlichkeit lasse sich von vornherein abschätzen. Eine besondere Situation habe sich durch die Nachwahl in Dresden ergeben: Dass dort mögliche Auswirkungen einer bestimmten Stimmabgabe durch die Medien vermittelt worden seien, habe sich mit hoher Wahrscheinlichkeit auf das Ergebnis dieser Nachwahl ausgewirkt. Hierdurch sei Art. 38 Abs. 1 GG hinsichtlich der Freiheit und der Unmittelbarkeit der Wahl verletzt.

53  
Darüber hinaus rügte der Beschwerdeführer zu 2., es sei gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl verstoßen worden. In etlichen Wahlbezirken seien die Stimmen zur Ermittlung des amtlichen Endergebnisses komplett neu ausgezählt worden. In Bremen hätten diese Auszählungen jedoch nicht öffentlich stattgefunden, sondern im Rahmen der nicht-öffentlichen Prüfungen gemäß § 76 Abs. 1 der Bundeswahlordnung im Bremer Wahlamt. Hierin liege ein Verstoß gegen das Öffentlichkeitsprinzip. Die in Bezug auf das bremische Landtagswahlrecht vertretene Gegenauffassung des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen (Urteil vom 5. November 2004 - St 2/04 -, LVerfGE 15, 180 ff.) überzeuge nicht. Ähnlich wie in Bremen habe auch in anderen Ländern eine Neuauszählung der Stimmen stattgefunden. Hierzu benennt der Beschwerdeführer jeweils die Wahlkreise und die Anzahl der dort betroffenen Wahlbezirke. Ob die dort durchgeführten Neuauszählungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit vorgenommen wurden, sei dem Beschwerdeführer nicht bekannt. Er regt diesbezüglich eine Überprüfung durch den Wahlprüfungsausschuss an.

54  
cc) Zu beiden Wahleinsprüchen nahm der Bundeswahlleiter Stellung. Er verwies darauf, dass die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag ordnungsgemäß nach den Bestimmungen des Bundeswahlrechts durchgeführt und die Sitzverteilung nach dem geltenden Recht vorgenommen worden sei.

55  
Der Bundeswahlleiter bestätigte die Möglichkeit, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Zunahme von Zweitstimmen für eine Partei zu einer Abnahme bei ihren Mandaten führen könne und umgekehrt. Dies finde seine Ursache in der Regelung des § 6 Abs. 5 BWG zu den Überhangmandaten. Bei gleicher Anzahl der nach § 6 Abs. 1 bis 3 BWG nach dem Zweitstimmenanteil ermittelten Bundestagsmandate für die Partei insgesamt entfalle bei der Unterverteilung der Mandate auf die einzelnen Landeslisten auf das Land des Stimmenzuwachses ein Sitz mehr zu Lasten eines anderen Landes. Infolge der Verrechnung mit den in diesem Land errungenen Direktmandaten wirke sich der Gewinn des weiteren Listenmandats im Land des Stimmen-

zuwachsen jedoch nicht mandatsvermehrend aus, sondern verringere die Zahl der dort für die Partei anfallenden Überhangmandate um eins.

Der gemeinsame Kreiswahlleiter für die Wahlkreise 54 (Bremen I) und 55 (Bremen II) bestätigte die Nachzählung im Wahlkreis 54 für 6 der 200 Urnen- und 5 der 49 Briefwahlbezirke sowie im Wahlkreis 55 für 3 der 208 Urnen- und 4 der 53 Briefwahlbezirke. Die Nachzählungen seien vom Kreiswahlleiter unter Hinzuziehung von Bediensteten der Verwaltung im Rahmen der Vorbereitung der Sitzung des gemeinsamen Kreiswahlausschusses zur Ermittlung und Feststellung des endgültigen Wahlergebnisses im jeweiligen Wahlkreis vorgenommen worden. Er sei damit seiner Pflicht nach § 76 Abs. 1 BWO nachgekommen und habe unvollständig oder widersprüchlich ausgefüllte Wahlniederschriften aufzuklären versucht, was nur durch eine erneute Auszählung möglich gewesen sei. Dies sei nicht als Ergebnisfeststellung zu verstehen, sondern lediglich als Vorbereitung der Entscheidung des Kreiswahlausschusses, die wiederum in öffentlicher Sitzung getroffen werde. Der Landeswahlleiter der Freien Hansestadt Bremen bestätigte die Feststellung des Kreiswahlleiters und schloss sich dessen Auffassung an.

56

dd) Der Deutsche Bundestag wies die Wahleinsprüche mit Beschluss vom 14. Dezember 2006 zurück, weil sie offensichtlich unbegründet seien (BTDrucks 16/3600, Anlage 11 und 12). Ein Wahlfehler liege nicht vor. Die Bundestagswahl 2005 sei im Einklang mit den Vorgaben des Bundeswahlgesetzes durchgeführt worden. Das Phänomen der negativen Stimmgewichte sei durch die Ausgestaltung des geltenden Wahlrechts bedingt. Der Deutsche Bundestag und sein Wahlprüfungsausschuss seien jedoch nicht dazu berufen, die Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsvorschriften festzustellen. Auch sei das Phänomen bekannt und in vorigen Verfahren vor dem Deutschen Bundestag und dem Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet worden. Insbesondere habe das Bundesverfassungsgericht in zu diesem Punkt eingelegten Wahlprüfungsbeschwerden darauf verwiesen, dass mit der Entscheidung des Gesetzgebers für eine personalisierte Verhältniswahl der Erfolgswertgleichheit aller Stimmen nur eine von vornherein begrenzte Tragweite zukomme. Damit bewirke der beanstandete Effekt nicht die Verfassungswidrigkeit der geltenden Normen.

57

Die Gefahr des negativen Stimmgewichts ändere nichts daran, dass es sich um eine durch das einfache Wahlrecht ausgestaltete Wahl im Sinne des Art. 38 GG handle. Ebenso wenig seien die Grundsätze der freien und unmittelbaren Wahl verletzt. Zwar müsse für den Wähler erkennbar sein, wie sich seine Stimme auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken könne. Dies könne aber nur im Sinne einer Kenntnis der theoretisch denkbaren Wirkungen zu verstehen sein, da die tatsächlichen Wirkungen stets im Zusammenhang mit der Stimmabgabe aller Wähler eintreten könnten und von den durch das Wahlrecht gesetzten Rahmenbedingungen abhängen. Ebenso wie die Wähler hinnehmen müssten, dass ihre Stimme möglicherweise z. B. wegen Verfehlens der 5%-Hürde keine Berücksichtigung fände, müsse auch eine mögliche „schädliche“ Wirkung der Stimme hingenommen werden. Die Entschließungsfreiheit der Wähler sei nicht durch die Unsicherheit über die Aus-

58

wirkungen ihrer Stimmabgabe oder Hinweise auf mögliche taktische Stimmabgaben begrenzt. Dies gelte auch für die Nachwahl in Dresden. Zwar sei dort die Möglichkeit von Konsequenzen der Stimmabgabe qualitativ anders zu beurteilen als bei der Hauptwahl; jedoch handele es sich hierbei um nicht zu vermeidende Folgen der Nachwahl.

Zu den Rügen des Beschwerdeführers zu 2. gegen die Neuauszählungen stellte der Bundestag fest, dass eine Verletzung von Vorschriften des Bundeswahlgesetzes oder der Bundeswahlordnung nicht erkennbar sei. Hierbei handele es sich vielmehr um Vorarbeiten des Kreiswahlleiters im Hinblick auf die Entscheidungen des Kreiswahlausschusses. Die vorbereitende Tätigkeit des Kreiswahlleiters nehme die Entscheidung des Kreiswahlausschusses nicht vorweg; ein solcher Eingriff sei auch nicht vorgetragen worden. Hinsichtlich der weiteren Ausführungen zu Neuauszählungen der Stimmen habe der Einspruchsführer nicht geltend gemacht, dass Pflichten und Befugnisse des Kreiswahlleiters verletzt worden seien. 59

b) Gegen die Zurückweisung der Wahleinsprüche haben beide Beschwerdeführer das Bundesverfassungsgericht angerufen. 60

aa) Der Beschwerdeführer zu 1. erhob mit Schriftsatz vom 18. Januar 2007, ergänzt durch den Schriftsatz vom 7. Februar 2007, Wahlprüfungsbeschwerde. Er schildert einzelne Beispiele zum Auftreten des negativen Stimmgewichts und begründet seine Wahlprüfungsbeschwerde damit, dass hieraus eine Verletzung von Art. 38 GG, insbesondere der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl, resultiere. Es liege bereits keine „richtige“ Wahl vor. Die Unmittelbarkeit der Wahl sei verletzt, weil die Stimmen nicht direkt wirkten, sondern Anhänger einer Partei gezwungen seien, ihrer Partei die Stimme zu verweigern. Eine Verletzung der Freiheit der Wahl liege vor, weil die Wähler, die ihrer Partei mit ihrer Stimme schaden könnten, davon abgehalten würden, dieser Partei ihre Stimme zu geben. Der beschriebene Wahlfehler sei durch eine Reihe von Alternativen zu vermeiden, bei denen ein sachgerechtes Zusammenwirken der einzelnen Elemente des Wahlsystems gewährleistet sei. 61

Eine Wahl, bei der eine Partei nicht umso mehr Sitze erhalte, als sie Stimmen erhalten habe, sondern unter Umständen weniger Sitze erhalte, weil sie mehr Stimmen bekommen habe, sei nicht als Wahl im Sinne des Art. 38 GG anzusehen. Der Effekt des negativen Stimmgewichts verletze darüber hinaus die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl. Die Gleichsetzung von wirkungslosen mit schädlichen Stimmen sei nicht statthaft, denn schädliche Stimmen stellten eine qualitative Änderung der Wahl dar, die sogar mehr sei als eine Verletzung der Wahlgleichheit, die möglicherweise hingenommen werden könnte. Der Einfluss des negativen Stimmgewichts zeige sich insbesondere am Beispiel der Nachwahl in Dresden, bei der in Kenntnis der Möglichkeit des negativen Stimmgewichts der Effekt desselben von Wählern genutzt worden sei. Für den Effekt des negativen Stimmgewichts gebe es keinen rechtfertigenden Grund; der Wahlfehler, der in diesem Effekt liege, sei auf unterschiedliche Weisen vermeidbar. 62

bb) Der Beschwerdeführer zu 2. erhob mit Schriftsatz vom 14. Februar 2007 Wahlprüfungsbeschwerde. 63

Er rügt die Dauer des Verfahrens vor dem Deutschen Bundestag. Da einem aufgrund einer ungültigen Wahl zusammengesetzten Bundestag die nötige demokratische Legitimation fehle, bedürfe es einer raschen Entscheidung über die Gültigkeit der Wahl. 64

Der Bundestag sei auch verpflichtet, gerügte Verfassungsverstöße zu prüfen; dies folge aus Art. 20 Abs. 3 GG. Zwar bestehe keine Verwerfungskompetenz des Bundestages, jedoch könnte der Bundestag, käme er zu der Ansicht, dass eine Norm verfassungswidrig sei, diese im Wege der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hätte er dann das Verfahren auszusetzen. 65

Jedenfalls sei das Wahlprüfungsverfahren vor dem Bundestag aber dadurch widersprüchlich und verstoße gegen Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG, dass der Bundestag zwar Einsprüche, die sich auf die Nichtigkeit von Normen bezögen, als „offensichtlich unbegründet“ behandle, sich aber gleichwohl mit dem Vorwurf eingehend auseinandersetze. Dies geschehe mit dem Ziel, die Verfassungskonformität ausdrücklich festzustellen. Es widerspreche den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens, als Einspruchsführer ein zweistufiges Verfahren durchlaufen zu müssen, wenn die erste Stufe, die die Voraussetzung für das Betreten der zweiten Stufe darstelle, die Rüge, die auf der zweiten Stufe behandelt werden solle, gar nicht akzeptieren dürfe. Die Entscheidungspraxis des Deutschen Bundestages sei verfassungswidrig. 66

Hinsichtlich des negativen Stimmgewichts erläutert der Beschwerdeführer zu 2., dass dies durch das Zusammenwirken des Instituts der Listenverbindung (§ 7 BWG) mit der kompensationslosen Zuteilung von Überhangmandaten (§ 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 5 Satz 2 BWG) verursacht werde. Dieser Effekt sei auch bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag aufgetreten. Der diesbezügliche Vergleich mit der 5%-Klausel sei abzulehnen, da bei dieser wenigstens vorhersehbar sei, dass die abgegebene Stimme die Chance einer Partei, die 5%-Hürde zu erreichen, erhöhe. Ob eine Stimme schädlich oder nützlich sei, sei bei der Frage des negativen Stimmgewichts jedoch nicht sicher von vornherein zu beurteilen. Zudem sei auch die 5%-Hürde verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Das Auftreten des negativen Stimmgewichts könne jedoch innerhalb des bestehenden Systems der personalisierten Verhältniswahl durch eine Änderung des Bundeswahlgesetzes vermieden werden. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, aus den bestehenden Möglichkeiten die seiner Ansicht nach zweckmäßigste auszuwählen. 67

Hinsichtlich der ebenfalls gerügten Neuauszählung von Stimmen in einigen Wahlkreisen trägt der Beschwerdeführer zu 2. vor, dass eine nichtöffentliche Nachzählung unter keinen Umständen rechtliche Wirkung entfalten könne, auch wenn keine Anhaltspunkte für Manipulationen vorlägen. Zwar könne der Kreiswahlleiter Nachzählungen durchführen, sofern dies zur Aufklärung von Unstimmigkeiten notwendig sei; 68



jedoch seien die Ergebnisse dann nur eingeschränkt verwertbar. Sofern die Ergebnisse der nicht-öffentlichen Nachzählung von denen der öffentlichen Auszählung durch den Wahlvorstand abwichen, könne dies keine öffentliche Nachzählung ersetzen. Auch eine nachträgliche „Absegnung“ durch den Wahlvorstand ändere hieran nichts. Nachdem der Bundestag keine weiteren Nachforschungen angestellt habe, habe der Beschwerdeführer bei den 13 in der Niederschrift der 3. Sitzung des Bundeswahlausschusses vom 7. Oktober 2005 erwähnten Wahlkreisen nachgefragt, ob die Nachzählungen öffentlich oder nicht-öffentlich gewesen seien. Fünf Kreiswahlleiter hätten geantwortet. Der Beschwerdeführer zu 2. benennt in diesem Zusammenhang die Wahlkreise 84, 77 und 79, in denen eine nicht-öffentliche Nachzählung der Stimmen erfolgt sei und Korrekturen stattgefunden hätten, ohne jedoch die Art der Nachbesserung genauer zu konkretisieren. Es sei davon auszugehen, dass in wesentlich mehr als den benannten Wahlbezirken Nachzählungen stattgefunden hätten.

2. Die Wahlprüfungsbeschwerden wurden dem Deutschen Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung, allen Länderregierungen, den Bundesverbänden der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien (CDU, SPD, Die Grünen, FDP, Linkspartei, CSU) und dem Bundeswahlleiter zugestellt; ihnen wurde Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Der Bundeswahlleiter ging davon aus, dass die diesbezüglichen Fragen in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt seien. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner grundlegenden Entscheidung vom 10. April 1997 (BVerfGE 95, 335 ff.) im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichheit der Wahl festgestellt, dass sowohl die Entscheidung des Gesetzgebers, das Auftreten ausgleichsloser Überhangmandate zuzulassen, als auch das Sitzverteilungsverfahren nach Hare/Niemeyer mit Art. 38 Abs. 1 GG vereinbar seien. Als systemimmanente Folge dieser gesetzgeberischen Entscheidung sei auch das Phänomen des negativen Stimmgewichts verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Beschwerdebelegungen enthielten keine neuen Gesichtspunkte. Die anderen Äußerungsberechtigten sahen von einer Stellungnahme ab.

69

3. Der Senat hat nach der Änderung des Bundeswahlgesetzes durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl I S. 394) um Auskunft gebeten, welche Auswirkungen die Umstellung auf das Divisorverfahren mit Standardrundung Sainte-Laguë/Schepers habe.

70

Die Beschwerdeführer teilen mit, dass es sich bei dem negativen Stimmgewicht nicht um einen Rundungseffekt, sondern um einen Effekt handle, der vom Zuteilungsverfahren (also der Rundungsregel) unabhängig sei. Der Effekt des negativen Stimmgewichts beruhe darauf, dass die Landeslisten einer Partei als Listenverbindung verbunden seien und somit untereinander um die der Partei zustehenden Mandate konkurrierten, es hierbei zu internen Überhangmandaten kommen könne, wenn eine Landesliste zu wenig Zweitstimmen erhalte, um die in diesem Land errungenen Wahlkreissitze im Verhältnisausgleich abzudecken, und diese internen Überhangmandate nicht ausgeglichen würden, sondern die Zahl der einer Partei insgesamt zustehenden Sitze erhöhten. Der Effekt des negativen Stimmgewichts trete daher un-

71

abhängig vom gewählten Rechenverfahren - sei es Hare/Niemeyer, Sainte-Laguë/Schepers, d'Hondt oder ein anderes - auf. Auf die Wahrscheinlichkeit und die Vorhersehbarkeit des negativen Stimmgewichts habe die Änderung des § 6 BWG keinen Einfluss. Aufgrund des etwas anderen Rundungsprinzips, nach dem die Verfahren arbeiteten, würden sich lediglich die genauen Grenzen, ab welcher Zahl an mehr oder weniger Zweitstimmen ein negatives Stimmgewicht auftrete, leicht verschieben. Die Beschwerdeführer belegen dies mit mehreren Rechenbeispielen. Die künftige Ersetzung des Verfahrens nach Hare/Niemeyer durch Sainte-Laguë/Schepers sei daher für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung.

Der Bundeswahlleiter bestätigt, dass das Auftreten des negativen Stimmgewichts durch das neue Divisorverfahren Sainte-Laguë/Schepers nicht verhindert werde, weil dieses seine Ursache im Zusammenwirken der in § 6 BWG getroffenen Regelungen zu den Überhangmandaten habe. Allerdings könne festgestellt werden, dass bei dem Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers, anders als bei dem Verfahren nach Hare/Niemeyer, der Stimmenzuwachs oder -verlust immer in einem Land mit Überhangmandaten erfolgen müsse, um den beschriebenen Effekt zu erreichen. Insgesamt sei der Einfluss des neuen Berechnungsverfahrens auf den Effekt des negativen Stimmgewichts eher marginal, also nicht geeignet, den Effekt substantiell zu vermindern oder gar zu beseitigen.

72

4. In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten ihr Vorbringen bekräftigt und vertieft. Die Vertreter des Deutschen Bundestages vertraten ebenso wie der Bundeswahlleiter die Auffassung, das geltende Wahlrecht verstoße nicht gegen das Grundgesetz. Der Effekt des negativen Stimmgewichts sei als Folge des föderal ausgestalteten Stimmsystems gerechtfertigt.

73

Für die CDU nahm Prof. Dr. Peter M. Huber Stellung. Er führte aus, dass Art. 20 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 GG die Erfolgswertgleichheit der Stimmen gebiete. Überhangmandate beeinträchtigten die Erfolgswertgleichheit und bedürften der Rechtfertigung. Der Effekt des negativen Stimmgewichts reduziere die mit den Überhangmandaten verbundene Verzerrung der Erfolgswertgleichheit; denn dieser Effekt führe dazu, dass die mit der Zuerkennung des Überhangmandats verbundene gleichheitswidrige Privilegierung einer (anderen) Landesliste rückgängig gemacht und das Direktmandat auf das Zweitstimmenaufkommen der (eigenen) Landesliste angerechnet werden könne. Eine andere Ausgestaltung des Wahlsystems sei nicht geboten, weil dies zulasten konkurrierender Verfassungsentscheidungen gehe.

74

Der Senat hat außerdem Prof. Dr. Friedrich Pukelsheim, Lehrstuhl für Stochastik und ihre Anwendungen, Institut für Mathematik der Universität Augsburg, als sachverständige Auskunftsperson geladen. Dieser nahm insbesondere zu den Entstehungsvoraussetzungen des Effekts des negativen Stimmgewichts und dessen Bedeutung für die Zusammensetzung des Deutschen Bundestages Stellung.

75

## B.

Die zulässigen Wahlprüfungsbeschwerden haben keinen Erfolg, soweit sie sich gegen das Verfahren vor dem Deutschen Bundestag und gegen die Nachzählung der Stimmen in einzelnen Wahlbezirken wenden. Soweit das geltende Wahlrecht ermöglicht, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann, liegt ein Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl vor. Dieser Wahlfehler führt jedoch nicht zur Ungültigerklärung der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag. 76

## I.

Soweit der Beschwerdeführer zu 2. geltend macht, der Bundestag habe das Zügigkeitsgebot verletzt, indem er erst ein Jahr nach der Bundestagswahl über seinen Einspruch entschieden habe und weil er die von ihm gerügten Verfassungsverstöße nicht geprüft habe, hat die Wahlprüfungsbeschwerde keinen Erfolg. 77

1. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens überprüft das Bundesverfassungsgericht den angegriffenen Beschluss des Deutschen Bundestages in formeller und materieller Hinsicht. Mängel im Verfahren des Bundestages, wie sie der Beschwerdeführer vorab geltend macht, können für die Beschwerde nur dann beachtlich sein, wenn sie wesentlich sind und der Entscheidung des Bundestages die Grundlage entziehen (vgl. BVerfGE 89, 243 <249>). Solche Verfahrensverstöße sind hier nicht erkennbar. 78

Auch wenn das Verfahren hier zwischen Einlegung des Wahleinspruchs und der Entscheidung des Deutschen Bundestages über ein Jahr gedauert hat, handelt es sich noch nicht um einen schwerwiegenden Verfahrensfehler. Allein die Dauer des Verfahrens entzieht der Entscheidung des Bundestages nicht die Grundlage. 79

2. Das Verfahren vor dem Deutschen Bundestag, bei dem in ständiger Praxis die Verfassungsmäßigkeit von Wahlrechtsnormen nicht geprüft wird, sondern einer Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht vorbehalten bleibt, begründet keinen Wahlfehler (vgl. BVerfGE 89, 291 <300>). Eine Pflicht des Deutschen Bundestages zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Normen im Wahleinspruchsverfahren besteht nicht. Zwar ist der Deutsche Bundestag, wie der Beschwerdeführer zu Recht vorträgt, gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die Verfassung gebunden. Hieraus kann jedoch keine Pflicht abgeleitet werden, die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Bestimmungen des Bundeswahlgesetzes zu prüfen. Das Grundgesetz selbst, das dem Deutschen Bundestag die Aufgabe der Wahlprüfung zuweist (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG), sieht dabei die Möglichkeit einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) nicht vor. Dem Deutschen Bundestag fehlt bereits die Vorlageberechtigung. Gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG kann nur ein Gericht anlässlich einer konkreten Entscheidung zum Bundesverfassungsgericht vorlegen. Der Deutsche Bundestag ist kein Gericht; gleiches gilt für den Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, der 80

die Beschlüsse des Deutschen Bundestages im Einspruchsverfahren gegen die Bundestagswahl vorbereitet. Eine analoge Anwendung des Art. 100 Abs. 1 GG kommt nicht in Betracht. Hiergegen spricht bereits die enumerative Aufzählung der Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz und in anderen Bundesgesetzen (vgl. Art. 93 Abs. 3 GG). Ebenso fehlt es an der Vergleichbarkeit der Ausgangslage; denn der Bundestag wird - anders als Gerichte - in eigener Sache tätig (vgl. H. H. Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 41 Rn. 73; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 41 Rn. 16; Meyer, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 94). Auch eine Pflicht des Deutschen Bundestages, ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung der Verfassungskonformität von Normen des Bundeswahlgesetzes oder der Bundeswahlordnung einzuleiten, besteht nicht.

## II.

Soweit der Beschwerdeführer zu 2. sich gegen die nichtöffentliche Neuauszählung der Stimmen in einigen Wahlkreisen wendet, kann offen bleiben, ob die Wahlprüfungsbeschwerde den Anforderungen an die Begründungspflicht gemäß § 23 Abs. 1 BVerfGG genügt. Die Wahlprüfungsbeschwerde ist insoweit jedenfalls unbegründet, denn es liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl vor. 81

1. Die Öffentlichkeit der Wahl ist Grundvoraussetzung für eine demokratische politische Willensbildung (vgl. H. H. Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 38 Rn. 113; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 31 Rn. 2). Sie sichert die Ordnungsgemäßheit und Nachvollziehbarkeit der Wahlvorgänge und schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für begründetes Vertrauen der Bürger in den korrekten Ablauf der Wahl. Die Staatsform der parlamentarischen Demokratie, in der die Herrschaft des Volkes durch Wahlen mediatisiert, also nicht dauernd unmittelbar ausgeübt wird, verlangt, dass der Akt der Übertragung der staatlichen Verantwortung auf die Parlamentarier einer besonderen, öffentlichen Kontrolle unterliegt (vgl. NRW VerfGH, Urteil vom 19. März 1991 - 10/90 -, NVwZ 1991, S. 1175 <1179>). Die grundsätzlich gebotene Öffentlichkeit im Wahlverfahren umfasst das Wahlvorschlagsverfahren, die Wahlhandlung (in Bezug auf die Stimmabgabe durchbrochen durch das Wahlgeheimnis) und die Ermittlung des Wahlergebnisses (vgl. H. H. Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 38 Rn. 113). 82

Trotz des hohen Stellenwerts des verfassungsrechtlichen Gebots der Öffentlichkeit der Wahl folgt aus diesem Gebot jedoch nicht, dass sämtliche Handlungen im Zusammenhang mit der Ermittlung des Wahlergebnisses unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattfinden müssen. Tätigkeiten des Kreiswahlleiters, mit denen gemäß § 76 Abs. 1 BWO die - öffentliche - Ermittlung des Wahlergebnisses durch den Kreiswahlausschuss vorbereitet wird, unterliegen nicht von Verfassungs wegen zwingend dem Gebot unmittelbarer Öffentlichkeit. 83

Die Ordnungsgemäßheit und Nachvollziehbarkeit der Feststellung des Wahlergebnisses wird nicht in Frage gestellt, wenn für einzelne Nachzählungen seitens des Kreiswahlleiters im Rahmen seiner vorbereitenden Aufgaben nach § 76 Abs. 1 BWO die gebotene Öffentlichkeit nur mittelbar dadurch hergestellt wird, dass das Ergebnis solcher Nachzählungen der Überprüfung durch den Kreiswahlausschuss unterliegt, der auf der Grundlage der Vorbereitungen des Kreiswahlleiters die Feststellungen gemäß § 76 Abs. 2 BWO zu treffen hat und seinerseits gemäß § 10 Abs. 1 BWahlG in öffentlicher Sitzung entscheidet.

84

Sowohl bei der Feststellung des Wahlergebnisses gemäß § 41 Abs. 1 BWG als auch bei der Nachprüfung der Entscheidungen der örtlichen Wahlvorstände gemäß § 40 Satz 2 BWG wird der Kreiswahlausschuss durch die vorbereitenden Arbeiten des Kreiswahlleiters gemäß § 76 Abs. 1 BWO unterstützt. Dieser stellt gemäß § 76 Abs. 1 Satz 2 BWO nach den Wahlniederschriften der Wahlvorstände das endgültige Wahlergebnis zusammen. Sofern sich hierbei Bedenken ergeben, klärt er diese gemäß § 76 Abs. 1 Satz 4 BWO soweit wie möglich auf. Hierzu darf er sich auch Bediensteter der staatlichen Verwaltung bedienen (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 40 Rn. 4). Dass hierbei - insbesondere in den Fällen, in denen es Bedenken gegen die rechnerischen Feststellungen des Wahlvorstandes gibt - Nachzählungen notwendig sein können, liegt in der Natur der Sache. Ebenso liegt es in der Natur der Sache, dass ein etwaiger Nachzählungsbedarf sich erst im Zuge der Überprüfung der Wahlniederschriften herausstellt. Müssten solche Nachzählungen jeweils ihrerseits in unmittelbar öffentlichen Sitzungen erfolgen, die in geeigneter Weise und mit ausreichendem zeitlichen Vorlauf öffentlich anzukündigen wären, würde die endgültige Feststellung des Wahlergebnisses erheblich erschwert und verzögert.

85

Ungeachtet der Bedeutung der Aufgaben des Kreiswahlleiters ist seine Tätigkeit rein vorbereitender Natur (vgl. Seifert, Bundeswahlrecht, 3. Aufl. 1976, § 73 BWO Nr. 5; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 41 Rn. 4; StGH Bremen, LVerfGE 15, 180 <199>). Die von ihm gefundenen Ergebnisse ersetzen nicht die Entscheidung des Kreiswahlausschusses, sondern können lediglich Grundlage für dessen Entscheidungen sein (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 41 Rn. 4, 5). Dies gilt sowohl für die Zusammenstellung der einzelnen Zahlen, die das Wahlkreisergebnis beschreiben, als auch für die Tätigkeiten, die mögliche Korrekturen an einzelnen Wahlniederschriften der örtlichen Wahlvorstände vorbereiten. Der Kreiswahlausschuss ist an die Ergebnisse des Kreiswahlleiters nicht gebunden; er kontrolliert die Ergebnisse des Kreiswahlleiters und kann eigenständige Überprüfungen vornehmen und Nachzählungen durchführen (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 40 Rn. 4). Ob er solche Nachprüfungen anstellt, obliegt seinem pflichtgemäßen Ermessen (vgl. Seifert, Bundeswahlrecht, 3. Aufl. 1976, § 73 BWO Nr. 5; StGH Bremen, LVerfGE 15, 180 <200 f.>). Der Kreiswahlausschuss ist das Organ, welches das Ergebnis der Wahl mitsamt etwaigen Kor-

86

rekturen für den Wahlkreis nach außen verbindlich feststellt. Er verhandelt, berät und entscheidet in öffentlicher Sitzung. Die Wahrnehmung der Aufgaben des Kreiswahlleiters bei Nachzählungen bleibt schon dadurch nachvollziehbar und wenig missbrauchsgefährdet, dass der Kreiswahlleiter zu solchen Nachzählungen nur berechtigt ist, wenn sich im Zuge der Überprüfung der Wahl Niederschriften Bedenken ergeben, die nur auf diese Weise ausgeräumt werden können. Sowohl der Anlass für die Nachzählung als auch die Stimmigkeit der gefundenen Ergebnisse unterliegen der Prüfung durch den Kreiswahlausschuss, der sowohl bei sich ergebenden Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit der Entscheidungsvorbereitung durch den Kreiswahlleiter als auch ohne besonderen Anlass berechtigt ist, die Nachzählung in unmittelbarer Öffentlichkeit zu wiederholen. Unter diesen Rahmenbedingungen wird mit der durch § 10 Abs. 1 Satz 1 BWG vorgeschriebenen Öffentlichkeit der Sitzungen des Kreiswahlausschusses dem Kontrollzweck des Gebots der Wahlöffentlichkeit hinreichend Genüge getan.

2. Ein Wahlfehler im Zusammenhang mit der vorbereitenden Tätigkeit des Kreiswahlleiters bei der Neuauszählung der Stimmen kann danach nur festgestellt werden, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es bei der vorbereitenden Neuauszählung zu Unregelmäßigkeiten gekommen ist und der zuständige Wahlausschuss seinen Aufgaben nicht nachgekommen ist, etwa weil er trotz entsprechender Anhaltspunkte eine eigenständige Überprüfung und Nachzählung ermessensfehlerhaft ablehnt.

87

Einen derartigen Wahlfehler macht der Beschwerdeführer zu 2. jedoch nicht geltend. Er berichtet lediglich, dass in Bremen der Kreiswahlleiter für einzelne Stimmbezirke eine nichtöffentliche Nachzählung vorgenommen habe und dass Korrekturen vom Kreiswahlausschuss in öffentlicher Sitzung vorgenommen worden seien, ohne dass die Stimmen öffentlich nachgezählt worden seien. Er behauptet nicht, dass bei den Sitzungen der Kreiswahlausschüsse, in denen Korrekturen an den Wahl Niederschriften der Wahlvorstände vorgenommen wurden, die Öffentlichkeit nicht zugelassen wurde. Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten bei der vorbereitenden Nachzählung durch den gemeinsamen Kreiswahlleiter für die Wahlkreise 54 (Bremen I) und 55 (Bremen II) werden weder benannt noch sind diese ersichtlich. Ein Wahlfehler kann danach nicht festgestellt werden.

88

### III.

Der Effekt des negativen Stimmgewichts als Folge der angegriffenen gesetzlichen Regelungen kann dazu führen, dass die Zweitstimme eines Wählers ihre Wirkung in der Mandatsverteilung nicht zu Gunsten, sondern zu Lasten der gewählten Partei entfaltet. Diese Wirkung der Regelungen der Sitzzuteilung nach § 6 und § 7 BWG verletzen die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl.

89

1. Die Auslegung und Anwendung der § 6 und § 7 BWG durch den Bundeswahlleiter und den Bundeswahlausschuss sind allerdings nicht zu beanstanden. Das Bun-

90

desverfassungsgericht hat im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nach § 13 Nr. 3, § 48 BVerfGG jedoch nicht nur die Einhaltung der Vorschriften des Bundeswahlrechts durch die zuständigen Wahlorgane und den Bundestag zu gewährleisten, sondern prüft auch, ob die Vorschriften des Bundeswahlgesetzes mit den Vorgaben der Verfassung in Einklang stehen (BVerfGE 16, 130 <135 f.>; vgl. auch BVerfGE 21, 200 <204>; Magiera, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 41 Rn. 15).

2. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl trägt der vom Demokratieprinzip vorausgesetzten Gleichberechtigung der Staatsbürger Rechnung (vgl. BVerfGE 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 f.>; 99, 1 <13>). Die Gleichbehandlung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechts ist eine der wesentlichen Grundlagen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, wie sie das Grundgesetz verfasst (vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>). Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Er ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (vgl. BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 f.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>; 95, 408 <417>).

91

a) 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 Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben.

92

Dieser Maßstab wirkt sich in den Systemen der Mehrheits- und der Verhältniswahl unterschiedlich aus. Dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht es, dass nur die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen zur Mandatzuteilung führen. Die auf den Minderheitskandidaten entfallenden Stimmen bleiben hingegen bei der Vergabe der Mandate unberücksichtigt. Die Wahlgleichheit fordert hier über den gleichen Zählwert aller Stimmen hinaus nur, dass bei der Wahl alle Wähler auf der Grundlage möglichst gleich großer Wahlkreise und von daher mit annähernd gleichem Stimmgewicht am Kreationsvorgang teilnehmen können (BVerfGE 95, 335 <353>). Hingegen bedeutet Wahlgleichheit bei der Verhältniswahl, dass jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der Vertretung haben muss (vgl. BVerfGE 1, 208 <246 f.>; 16, 130 <139>; 95, 335 <353>). Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Zur Zählwertgleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu.

93

b) Art. 38 Abs. 1 und 2 GG umreißen Grundzüge der Wahl der Abgeordneten des Bundestages. Gemäß Art. 38 Abs. 3 GG bestimmt das Nähere ein Bundesgesetz; von dieser Ermächtigung hat der Gesetzgeber mit Erlass des Bundeswahlgesetzes Gebrauch gemacht. Aus dem Zusammenhang dieser Absätze, vor allem aber auch aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm wird deutlich, dass der Verfassungsgeber die konkrete Ausgestaltung des Wahlsystems bewusst offen gelassen hat (vgl.

94

BVerfGE 95, 335 <349>). Der Gesetzgeber ist insoweit aufgerufen, ein Stück materiellen Verfassungsrechts auszufüllen (vgl. BVerfGE 1, 208 <246>; 3, 19 <24>; 95, 335 <349>).

Der Gesetzgeber darf in Ausführung dieses Regelungsauftrags das Verfahren der Wahl zum Deutschen Bundestag als Mehrheitswahl oder als Verhältniswahl gestalten. Er darf auch beide Wahlsysteme miteinander verbinden (vgl. BVerfGE 6, 84 <90>; 6, 104 <111>; 95, 335 <349 f.>), etwa indem er eine Wahl des Deutschen Bundestages hälftig nach dem Mehrheits- und hälftig nach dem Verhältniswahlprinzip zulässt (Grabensystem), eine Erstreckung des Verhältniswahlprinzips auf die gesamte Sitzverteilung unter Vorbehalt angemessener Gewichtung der Direktmandate gestattet oder sich für eine andere Kombination entscheidet, wenn dabei die Gleichheit der Wahl im jeweiligen Teilwahlsystem gewahrt wird, die Systeme sachgerecht zusammenwirken und Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl nicht gefährdet werden.

95

c) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BWG nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass die Bundestagswahl - infolge des auf der zweiten Stufe der Wahl durchzuführenden und in § 6 Abs. 4 BWG normierten Verhältnisausgleichs und unbeschadet der Direktwahl der Wahlkreiskandidaten nach den Prinzipien der Mehrheitswahl - den Grundcharakter einer Verhältniswahl trägt (vgl. BVerfGE 6, 84 <90>; 13, 127 <129>; 16, 130 <139>; 66, 291 <304>; 95, 335 <357 f.>). Unabhängig davon, wie man den Einfluss der Personenwahl in diesem Wahlsystem im Einzelnen gewichtet, hat der gleiche Erfolgswert einer jeden Stimme für die Zuteilung der Parlamentssitze eine maßgebliche Bedeutung (vgl. BVerfGE 1, 208 <246>; 82, 322 <337>; 85, 148 <157>). Für die Direktwahl der Wahlkreiskandidaten kommt es hingegen auf die Erfolgchance einer jeden Stimme an.

96

d) Der Grundsatz der Wahlgleichheit unterliegt ebenso wie der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien keinem absoluten Differenzierungsverbot. Allerdings folgt aus dem formalen Charakter des Grundsatzes der Wahlgleichheit, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen bleibt. Es geht um die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts in formal möglichst gleicher Weise (vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <361>; 13, 243 <246>; 16, 130 <138>; 34, 81 <98 f.>; 95, 335 <353>; 95, 408 <417>; BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2008 - 2 BvK 1/07 -, Umdruck S. 35).

97

Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, „zwingenden“ Grundes (vgl. BVerfGE 6, 84 <92>; 51, 222 <236>; 95, 408 <418>; stRspr). Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die Differenzierung von Verfassungen wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellen muss, wie dies etwa in Fällen der Kollision des Grundsatzes der Wahlgleichheit mit den übrigen Wahlrechtsgrundsätzen oder den Grundrechten der Fall sein kann. Differenzierungen im Wahlrecht können auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfas-

98



sung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 95, 408 <418>). Es genügen in diesem Zusammenhang auch „zureichende“, „aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe“ (vgl. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>; 95, 408 <418>). Hierzu zählt insbesondere die Verwirklichung der mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehören die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (BVerfGE 95, 408 <418>).

Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. Ebenso können gefestigte Rechtsüberzeugung und Rechtspraxis Beachtung finden. Der Gesetzgeber muss sich bei seiner Einschätzung und Bewertung nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren (BVerfGE 95, 408 <418 f.> m.w.N.). Gegen die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien wird verstoßen, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein Ziel verfolgt hat, das er bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf, oder wenn die Regelung nicht geeignet und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen (BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2008 - 2 BvK 1/07 -, Umdruck S. 36).

99

3. Nach diesen Maßstäben verletzen § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG den Grundsatz der Gleichheit der Wahl, soweit hierdurch der Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht wird. Die Anwendung dieser Vorschriften des Bundeswahlgesetzes bewirkt durch diesen Effekt eine unterschiedliche Behandlung der von den Wählern abgegebenen Stimmen, die nicht durch einen zwingenden Grund im dargelegten Sinne legitimiert werden kann.

100

a) Der Effekt des negativen Stimmgewichts führt zu einer rechtserheblichen Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl zum Deutschen Bundestag.

101

aa) Das in § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG geregelte Zuteilungsverfahren kann dazu führen, dass in bestimmten Konstellationen abgegebene Zweitstimmen für solche Parteien, die Überhangmandate in einem Land gewinnen, insofern negativ wirken, als diese Parteien in demselben oder einem anderen Land Mandate verlieren. Umgekehrt ist es auch möglich, dass die Nichtabgabe einer Wählerstimme der zu unterstützenden Partei dienlich ist. Ob dieser Effekt des negativen Stimmgewichts bei einer bestimmten Wahl eintritt, hängt von unterschiedlichen Zusammenhängen ab, die - jedenfalls im vom Bundeswahlgesetz vorhergesehenen Normalfall - nicht vorhersehbar oder planbar sind und von dem einzelnen Wähler kaum beeinflusst werden können. Damit handelt es sich in aller Regel um eine zufällige Folge des Wählerverhaltens (vgl. Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761 <763>). Auch wenn der Wähler glaubt, mit seiner Stimme eine Partei zu unterstützen, kann das gegenwärtige Berechnungsverfahren dazu führen, dass genau das Gegenteil bewirkt wird.

102

bb) Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigt die Stimmengleichheit bei der Wahl zum Deutschen Bundestag in eklatanter Weise. Die Erfolgswertgleichheit fordert, dass der Erfolgswert jeder Stimme, für welche Partei sie auch immer abgegeben wurde, gleich ist. Dies bedeutet auch, dass sie für die Partei, für die sie abgegeben wurde, positive Wirkung entfalten können muss. Ein Wahlsystem, das darauf ausgelegt ist oder doch jedenfalls in typischen Konstellationen zulässt, dass ein Zuwachs an Stimmen zu Mandatsverlusten führt oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn selbst weniger oder auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen. 103

Die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen bei der Verhältniswahl verlangt nicht, dass sich - bei einer ex-post-Betrachtung - für jeden Wähler die ihm gewährleistete gleiche Erfolgchance auch als exakt „verhältnismäßiger“ Stimmerfolg realisiert haben muss. Soweit der Stimmanteil einer Liste oder Listenverbindung keine ganze Zahl darstellt, kann er schon deshalb nicht auf die Sitzvergabe übertragen werden, weil es Bruchteile von Sitzen nicht gibt. Wählerstimmen, die im Rechenverfahren beim Entstehen von Bruchteilen als „Reststimmen“ mitgewirkt haben, können daher dann keinen Erfolg erzielen, wenn der Bruchteil seiner Höhe nach nicht mehr zur Zuteilung eines Sitzes ausreicht (vgl. hierzu auch BVerfGE 79, 169 <171 f.>). Kann hingegen auf den Bruchteil noch ein Sitz zugeteilt werden, so erreichen die Wähler, die hierzu beigetragen haben, für ihre Stimmen eine vergleichsweise größere Erfolgskraft. In beiden Fällen führt das Sitzzuteilungsverfahren zu nicht exakt verhältnismäßigen und daher auch nicht exakt dem Grundsatz der Erfolgswertgleichheit entsprechenden, insofern also ungleichen Ergebnissen. Diese sind insoweit unausweichliche Folge eines jeglichen Verteilungsverfahrens (vgl. BVerfGE 95, 335 <372>). 104

Die Erfolgswertgleichheit ist aber verletzt, wenn die beabsichtigten positiven Wirkungen der Stimmabgabe in ihr Gegenteil verkehrt werden. Ein Wahlsystem, auf dem die Mandatsverteilung beruht, muss grundsätzlich frei von willkürlichen und widersinnigen Effekten sein (vgl. Ipsen, JZ 2002, S. 469 <473>). Es ist zwar ohne weiteres einsichtig, dass als unausweichliche Folge des Zuteilungsverfahrens möglicherweise einzelne Stimmen sich nicht zugunsten einer Partei auswirken können. Ein Berechnungsverfahren, das dazu führt, dass eine Wählerstimme für eine Partei eine Wirkung gegen diese Partei hat, widerspricht aber Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl. 105

cc) Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigt aber nicht nur die Erfolgswertgleichheit der abgegebenen Stimmen. Auch wenn es lediglich auf die Erfolgchancengleichheit der Stimmen ankäme, läge eine Ungleichbehandlung vor. Zwar könnte man theoretisch davon ausgehen, dass jede Stimme die Chance hat, der gewählten Partei zugute zu kommen. Entscheidend ist aber, dass die vom negativen Stimmgewicht betroffenen Stimmen nicht nur nicht gezählt werden, sondern zu 106

einem Mandatsverlust beitragen können. Der Erfolgchance steht damit eine Misserfolgsmöglichkeit gegenüber, die anders als die bloße Nichtwertung einer Stimme zu behandeln ist. Die Erfolgchancengleichheit erlaubt zwar, dass

- wie zum Beispiel im Mehrheitswahlrecht - Stimmen nicht gewertet werden, nicht aber, dass einer Wahlstimme neben der Chance, zum beabsichtigten Erfolg beizutragen, auch die Gefahr, dem eigenen Wahlziel zu schaden, innewohnt. Eben diese Gefahr realisiert sich mit dem Effekt des negativen Stimmgewichts.

dd) Dass die Gefahr des Auftretens des negativen Stimmgewichts bei realitätsge- 107  
rechter Betrachtung nicht gleichermaßen für alle Wahlberechtigten besteht, ist für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit nicht entscheidend. Tatsächlich bewirkt das Zusammenspiel der Unterverteilung auf die Landeslisten mit den politischen Gegebenheiten, dass die Wähler der Parteien, die keine Chancen haben, Direktmandate zu erringen, von dieser Gefahr praktisch nicht betroffen sind, während andere bei jeder Wahl damit rechnen müssen, die bevorzugte Partei werde stärker im Parlament vertreten sein, wenn man sich der Stimme enthielte oder sie sogar einem Konkurrenten gäbe. Unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen auf einzelne Parteien und den im Voraus ermittelbaren Chancen, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts eintritt, kann es hierauf für die Frage der Ungleichbehandlung nicht ankommen. Die tatsächlichen Auswirkungen sind Ergebnis einer in der gesetzlichen Regelung der § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG angelegten Ungleichbehandlung, die bei jeder Partei auftreten könnte.

ee) Der Effekt des negativen Stimmgewichts entsteht nicht nur in seltenen Ausnah- 108  
mefällen, die bei der verfassungsrechtlichen Bewertung des Wahlrechts vernachlässigt werden könnten. Er kann immer dann auftreten, wenn in einem Land, in dem Überhangmandate entstanden sind, in der Unterverteilung ein so hoher Reststimmenanteil besteht, dass mit nur wenigen Stimmen mehr ein weiteres Mandat in diesem Land zu Lasten einer anderen Landesliste derselben Partei entsteht (vgl. oben A. I. 4. a).

Das Zusammentreffen der verschiedenen Faktoren, die den Effekt des negativen 109  
Stimmgewichts verursachen, ist so wahrscheinlich, dass damit regelmäßig zu rechnen ist, wenn bei einer Wahl Überhangmandate entstehen (vgl. Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761 <763>). Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, in dem weniger Stimmen zu einem zusätzlichen Mandat führen. In der Literatur wurde der Effekt des negativen Stimmgewichts für viele Wahlen nachgewiesen (vgl. z.B. Meyer, KritV 77 <1994>, S. 312 <321 f.>; Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761 <763>; Behnke, Aus Politik und Zeitgeschichte 52/2003, S. 21 <23>, der einen Fall bei der Wahl 2002 aufführt, bei dem nur 549 Stimmen weniger zu einem weiteren Mandat geführt hätten). Auch die Beschwerdeführer haben zahlreiche Beispiele vorgetragen, deren Berechnung vom Bundeswahlleiter ganz überwiegend als zutreffend angesehen wird. Das Beispiel der Dresdener Nachwahl (vgl. oben A. I. 4. c) zeigt zudem, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts Auswirkungen auf das Wählerverhalten haben kann.

b) Die Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl durch das in § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG angelegte negative Stimmgewicht kann nicht durch „zwingende“ Gründe gerechtfertigt werden und ist auch keine zwangsläufige Folge des geltenden Wahlsystems. 110

aa) Die Regelungen, aus denen sich der Effekt des negativen Stimmgewichts ergibt, dienen zwar Belangen des föderalen Proporz, die bei der Ausgestaltung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag berücksichtigt werden können. Diese Aspekte bilden jedoch keinen zwingenden Grund, der geeignet wäre, den Effekt des negativen Stimmgewichts zu rechtfertigen. 111

(1) Die im Bundeswahlgesetz bestimmte Verrechnung der Direktmandate mit den Listenmandaten (erst) im Anschluss an die Unterverteilung, die zum Entstehen des negativen Stimmgewichts führen kann, dient in erster Linie der Wahrung eines föderalen Proporz. Mit der Anrechnung der Direktmandate nur auf die im Rahmen der Unterverteilung den Landeslisten entsprechend ihrem jeweiligen Zweitstimmenergebnis zugeteilten Sitze soll erreicht werden, dass der föderale Proporz der Zweitstimmen möglichst genau im Wahlergebnis der einzelnen Landeslisten wiedergegeben wird. Mit einem schlechten Listenergebnis eines Landesverbandes soll nicht ein anderer, bei den Zweitstimmen erfolgreicher Landesverband derselben Partei belastet werden, indem ihm zum Beispiel im Rahmen einer Verrechnung bei der Oberverteilung Mandate abgezogen werden. Die Direktmandate werden im Wesentlichen aus zwei Gründen erst nach der Unterverteilung der Zweitstimmen auf die Landeslisten verrechnet. Die Regelung soll in praktischer Hinsicht die gewachsenen Strukturen und Gliederungen der Parteien aufgreifen und sich nutzbar machen; gleichzeitig soll den regionalen Besonderheiten einzelner Länder Beachtung geschenkt werden, so dass auch diese bei der Bundestagswahl berücksichtigt werden. 112

(2) Föderale Belange können grundsätzlich bei der Ausgestaltung des Wahlrechts berücksichtigt werden und sind geeignet, eine angemessene Differenzierung der Wählerstimmen zu rechtfertigen. Das Bundesstaatsprinzip erlaubt dem Gesetzgeber, sich auch an dem gliedstaatlichen Aufbau der Bundesrepublik Deutschland zu orientieren. Auf dieser Grundlage formieren sich die Parteien als Landesparteien oder als Verbände von Bundesparteien (vgl. § 2 PartG). Die Rücksichtnahme auf die bundesstaatliche Gliederung und auf die ihr folgende Organisation der Parteien auch im Wahlrecht ist damit verfassungsrechtlich legitimiert (vgl. BVerfGE 95, 335 <350>). 113

Die Berücksichtigung föderaler Elemente im Bundeswahlgesetz dadurch, dass die Struktur der Parteien und ihre Gliederung in Landesverbände (vgl. Schreckenberger, ZParl 1995, S. 678 <682>; Wild, Die Gleichheit der Wahl, 2003, S. 249) beachtet werden, entspricht auch einem praktischen Bedürfnis bei der Durchführung der Wahl. Die Aufteilung in Landeslisten fördert zudem eine größere Überschaubarkeit des politischen Diskurses für die wahlberechtigten Bürger. 114

(3) Die Regelungen, aus denen sich der Effekt des negativen Stimmgewichts ergibt, überschreiten jedoch den verfassungsrechtlich zulässigen Gestaltungsrahmen des 115

Gesetzgebers. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, verfassungsrechtlich legitime Ziele und das Gebot der Wahlrechtsgleichheit zum Ausgleich zu bringen (vgl. BVerfGE 95, 408 <420>). Das Bundesverfassungsgericht achtet diesen Spielraum. Es prüft lediglich, ob dessen Grenzen überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (vgl. BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <237 f.>). Ein Verstoß gegen die Wahlgleichheit liegt jedoch vor, wenn die differenzierende Regelung nicht an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, wenn sie zur Erreichung dieses Zieles nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Zieles Erforderlichen überschreitet (vgl. BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <238>; 71, 81 <96>; 95, 408 <420>).

Die Regelung der § 6 und § 7 BWG, wonach die Direktmandate auf die nach der Unterverteilung auf Landesebene errechnete Anzahl der Listenmandate angerechnet werden, ist zwar geeignet, die bundesstaatliche Gliederung und den ihr folgenden Aufbau der Parteien im Wahlrecht zu berücksichtigen. Diese föderalen Belange haben aber kein derart hohes Gewicht, dass sie den durch den Effekt des negativen Stimmgewichts verbundenen erheblichen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen könnten. 116

Der Eingriff in die Gleichheit der Wahl durch den Effekt des negativen Stimmgewichts ist von hoher Intensität. Er führt nicht nur dazu, dass Wählerstimmen bei der Zuteilung der Mandate unterschiedlich gewichtet werden, sondern bewirkt, dass der Wählerwille in sein Gegenteil verkehrt wird, indem sich eine Stimmabgabe zu Lasten der gewählten Partei auswirkt. Die Wirkung des negativen Stimmgewichts ist willkürlich. 117

Demgegenüber kommt dem föderalen Element hier kein hinreichendes Gewicht zu. Der Gesetzgeber hat die bundesstaatliche Gliederung und den daraus folgenden Aufbau der Parteien im Wahlrecht in vielfältiger Weise berücksichtigt. So sind bei der Wahlkreiseinteilung die Ländergrenzen einzuhalten (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BWG). Die Kandidatenaufstellung auf den Landeslisten entspricht der Ländergliederung und folgt dem gliedstaatlichen Aufbau der Parteien (vgl. §§ 21, 27 BWG). Grundlage der Verteilung der Mandate sind die Landeslisten der Parteien (§§ 6, 7 BWG). Diese Regelungen sind unabhängig von § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG, die zu dem Effekt des negativen Stimmgewichts führen. Weder die Wahl nach Landeslisten noch die Beachtung der Ländergrenzen bei der Wahlkreiseinteilung führen zwangsläufig zum Effekt des negativen Stimmgewichts. Vielmehr wird dieser Effekt dadurch verursacht, dass die Vorteile verbundener Landeslisten durch die Reststimmenverwertung und die Vorteile möglicher Überhangmandate kombiniert und in jeweils optimaler Weise genutzt werden sollen. Diese Gesichtspunkte stehen jedoch der Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl, die mit dem negativen Stimmgewicht einhergeht, deutlich nach. 118

Grundsätzlich tragen Regelungen, die die föderale Gliederung von Parteien berück- 119

sichtigen, zu einer wirkungsvollen Integration bei, wie sie ein Grundanliegen der Wahl ist. Andererseits beeinträchtigt der Effekt des negativen Stimmgewichts die Integrations- und Legitimationsfunktion der Wahl tiefgreifend, weil der Wähler weder Erfolgswert noch Erfolgchance seiner Stimme vorhersehen kann, und der Wählerwille in sein Gegenteil verkehrt wird, ohne dass der Wähler sich darauf einstellen könnte. Hinzu kommt, dass bei knappen Mehrheitsverhältnissen der Effekt des negativen Stimmgewichts Auswirkungen auf parlamentarische Mehrheit und Regierungsbildung haben kann.

Bei der Gewichtung des Anliegens einer föderalen Zuordnung der Stimmen ist zu berücksichtigen, dass es bei der Wahl zum Bundestag um die Wahl des unitarischen Vertretungsorgans des Bundesvolkes geht (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 3 Rn. 5; Nicolaus, Grundmandatsklausel, Überhangmandate und Föderalismus, 1996, S. 55). Die gewählten Abgeordneten sind gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Vertreter des ganzen Volkes. Belange der Länder werden auf Bundesebene grundsätzlich durch den Bundesrat wahrgenommen. Der Bundesgesetzgeber ist bei der Wahl zum Bundestag als dem unitarischen Verfassungsorgan des Bundes daher nicht verpflichtet, föderative Gesichtspunkte zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 6, 84 <99>; 16, 130 <143>; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 3 Rn. 5).

120

Die Gliederung in Landeslisten entspricht vor allem historisch gewachsenen Traditionen und orientiert sich an der ursprünglichen Struktur der Parteien in der Bundesrepublik Deutschland. Die Unterteilung in Landeslisten dient in erster Linie der Vorbereitung und Durchführung der Wahl (Jakob, Überhangmandat und Gleichheit der Wahl, 1998, S. 125). Dass föderale Belange nicht das System des Bundeswahlgesetzes bestimmen, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Bundeswahlgesetzes: Hier war von vornherein an ein System der personalisierten Verhältniswahl gedacht. Ursprünglich wurde dabei eine Bundesliste zur Verteilung der Listensitze bevorzugt; diese musste jedoch auf Druck der Alliierten zu Gunsten von Landeslisten weichen. Die Vorgaben der Alliierten sind in der Folge jedoch wieder relativiert worden. Dies betrifft sowohl das Verbot von Listenverbindungen als auch die Idee, den Ländern feste Sitzzahlen zuzusprechen; maßgeblich ist nunmehr die Wahlbeteiligung in jedem einzelnen Land, was zu erheblich unterschiedlichen Repräsentationen der einzelnen Länder führen kann.

121

bb) Die Regelungen des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG sind auch nicht geboten, um eine mit den Überhangmandaten möglicherweise verbundene Verzerrung der Erfolgswertgleichheit zu reduzieren. Dies folgt schon daraus, dass diese Regelungen nicht folgerichtig auf die Reduzierung von Überhangmandaten abgestimmt sind. Abgesehen davon kann der Effekt des negativen Stimmgewichts nicht nur zu einer Reduzierung von Mandaten führen; vielmehr kann - wie das Beispiel der Dresdener Nachwahl (dazu oben A. I. 4. c) zeigt - der gegenteilige Effekt eintreten, wenn ein Weniger an Stimmen zu mehr Mandaten einer Partei führt. In diesen Fällen kommt es zu einer noch stärkeren Verzerrung der Erfolgswert-

122

gleichheit.

cc) Der Effekt des negativen Stimmgewichts ist schließlich keine zwangsläufige Folge einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 BWG). Ein solches Wahlsystem erfordert keine Ausgestaltung, nach der sich die für eine Partei abgegebenen Stimmen zu ihrem Nachteil auswirken können oder die Nichtabgabe einer Stimme der unterstützten Partei zu nützen vermag. Der Effekt des negativen Stimmgewichts hängt von verschiedenen Faktoren, vor allem aber von der Konzeption der Verrechnung der Erst- mit den Zweitstimmenmandaten ab, die das Wahlsystem als solches nicht determinieren. Die Art der Verrechnung ist nicht durch das personale Element des Mehrheitswahlsystems bedingt. Vielmehr handelt es sich um einen Systembruch des geltenden Wahlrechts, indem einerseits für die Ausnutzung von Stimmresten nach § 7 Abs. 1 BWG länderübergreifende Listenverbindungen gebildet werden, diese aber andererseits nicht die Grundlage der Verrechnung von Wahlkreis- und Listenmandaten sind. 123

Von Verfassungs wegen ist der Gesetzgeber nicht gehindert, eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ohne den Effekt des negativen Stimmgewichts anzuordnen. Denkbar wäre zum Beispiel eine Berücksichtigung von Überhangmandaten bei der Oberverteilung, der Verzicht auf Listenverbindungen nach § 7 BWG oder eine Wahl des Deutschen Bundestages hälftig nach dem Mehrheits- und hälftig nach dem Verhältniswahlprinzip (Grabensystem). Je nachdem, für welche Alternative sich der Gesetzgeber entscheidet, kann es zu Beeinträchtigungen des föderalen Proportzes, der personalen Elemente, der Genauigkeit der verhältnismäßigen Repräsentation der Parteien oder der Reststimmenverwertung bei Landeslisten kommen. Die sich hieraus ergebenden Nachteile sind aber jeweils nicht derart gewichtig, dass sie die massive Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit durch den Effekt des negativen Stimmgewichts überwiegen. 124

4. § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG verletzt auch die verfassungsrechtlich verbürgte Unmittelbarkeit der Wahl. 125

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl fordert ein Wahlverfahren, in dem der Wähler vor dem Wahlakt erkennen kann, welche Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben und wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann (vgl. BVerfGE 47, 253 <279 f.>; 95, 335 <350>); jede Stimme muss bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden (vgl. BVerfGE 97, 317 <326>). Für den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl ist zwar nicht entscheidend, dass die Stimme tatsächlich die vom Wähler beabsichtigte Wirkung entfaltet; ausreichend ist die Möglichkeit einer positiven Beeinflussung des Wahlergebnisses. 126

Diese Voraussetzungen sind in den Fällen des negativen Stimmgewichts nicht erfüllt. Der Wähler kann unter der Geltung der § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG schon nicht erkennen, ob sich seine Stimme stets für die zu wählende Partei und deren Wahlbewerber positiv auswirkt, oder ob er durch seine Stim- 127

me den Misserfolg eines Kandidaten seiner eigenen Partei verursacht. Insoweit trägt der Vergleich des Wahlprüfungsausschusses des Deutschen Bundestages zwischen der 5%-Klausel und dem Effekt des negativen Stimmgewichts (vgl. BTDrucks 16/3600, Anlage 11) nicht. Zwar besteht bei der Sperrklausel die Möglichkeit, dass die gewählte Partei weniger als 5 % aller abgegebenen Zweitstimmen erhält und somit nicht im Verteilungsverfahren des § 6 BWG berücksichtigt wird. Anders als beim Effekt des negativen Stimmgewichts entfalten diese Stimmen jedoch keine Wirkung. Die Wirkungen einer Sperrklausel sind insofern vorhersehbar, als es allein auf das Überschreiten dieser Schwelle ankommt, um den Wählerstimmen den gleichen Erfolgswert zukommen zu lassen. Solche Zweitstimmen hingegen, die den Effekt des negativen Stimmgewichts herbeiführen, wirken sich negativ aus, ohne dass dies für den Wähler vorhersehbar wäre. Die vom Wähler beabsichtigte Stärkung einer politischen Kraft kann diese aufgrund des Effekts des negativen Stimmgewichts auch schwächen. Gesetzliche Regelungen, die derartige Unwägbarkeiten nicht nur in seltenen und unvermeidbaren Ausnahmefällen hervorrufen, sind mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl nicht zu vereinbaren.

#### IV.

§ 7 Abs. 3 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG erlaubt keine verfassungskonforme Auslegung, die den Effekt des negativen Stimmgewichts vermeidet. Zwar wird in der Literatur vertreten, dass die von § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG bestimmte entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 4 BWG dahin zu verstehen sei, dass der in § 6 Abs. 4 BWG mehrfach verwendete Begriff der „Landesliste“ durch den Begriff „Listenverbindung“ zu ersetzen sei (Nicolaus, Demokratie, Verhältniswahl und Überhangmandate, 1995, S. 100 ff.; ders., NJW 1995, S. 1001 <1002 f.>; vgl. auch Hobe, JA 1996, S. 391 <395>). Eine solche Interpretation soll eine bundesweite Verrechnung der Wahlkreismandate mit allen Listenmandaten der verbundenen Listen ermöglichen. Dem Vorteil der Zusammenrechnung der Zweitstimmen entspräche eine Verrechnung der so errungenen Listenmandate mit den Wahlkreismandaten auf Bundesebene. Parallel zu dieser Auslegung sei die Verweisung in § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG teleologisch so zu reduzieren, dass nicht § 6 Abs. 5 BWG insgesamt, sondern lediglich § 6 Abs. 5 Satz 1 BWG entsprechend anzuwenden sei, denn nur so käme es im Ergebnis zu einer rein listeninternen Verrechnung der über § 7 Abs. 3 BWG entstandenen Überhangmandate (vgl. Hobe, JA 1996, S. 391 <395>; Nicolaus, NJW 1995, S. 1001 <1004>; Naundorf, ZParl 1997, S. 5 <12>).

128

§ 7 Abs. 3 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG lässt eine derartige Auslegung nicht zu. Sie würde auch der ständigen Praxis der Wahlorgane (vgl. BVerfGE 95, 335 <348>) und der überwiegenden Auffassung in der Literatur (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 7, Rn. 5 m.w.N.) widersprechen. Der Gesetzgeber des Bundeswahlgesetzes 1956 ging davon aus, dass nach seiner Regelung Überhangmandate der begünstigten Partei ohne Verrechnung verblieben (vgl. BTStenBer II/5322). Bei der Einführung von § 7 Abs. 2

129



BWG sollte zudem lediglich die Rechtslage an das, was zu diesem Zeitpunkt bereits von allen Parteien praktiziert wurde, nämlich die Verbindung ihrer Listen zu einer fiktiven Bundesliste für die Oberverteilung, angepasst werden (BTDrucks 7/2873, S. 35 <Gesetzesentwurf der Bundesregierung - Begründung zu § 7 Abs. 1 BWG i.d.F. des Gesetzes vom 24. Juni 1975, BGBl I S. 1593>). § 7 Abs. 2 BWG ist denn auch kein Gebot der bundesweiten Verrechnung von Überhangmandaten zu entnehmen (vgl. Ehlers/Lechleitner, JZ 1997, S. 761 <763>). Vielmehr soll diese Regelung lediglich klarstellen, dass verbundene Listen im Rahmen der Oberverteilung der Sitze so zu behandeln sind, als gäbe es das Institut einer einheitlichen Bundesliste (vgl. BVerfGE 95, 335 <348>; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 7 Rn. 4). Weiterführende Folgen sollten hiermit nicht verbunden sein. Die Unterverteilung und die Behandlung eventuell auftretender Überhangmandate wird demgegenüber in § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 5 BWG geregelt. Schließlich würde auch die Verweisung des § 7 Abs. 3 Satz 1 BWG auf § 6 Abs. 4 und 5 BWG bei einem solchen Verständnis weitestgehend bedeutungslos oder irreführend (vgl. BVerfGE 95, 335 <348>).

## V.

§ 7 Abs. 3 Satz 2 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG ist danach verfassungswidrig, soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann. Dieser Wahlfehler hat auch Mandatsrelevanz, weil es ohne die Regelungen, die den Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglichen, zu einer anderen Zusammensetzung des 16. Deutschen Bundestages gekommen wäre. Gleichwohl zwingt diese Feststellung nicht dazu, der Wahlprüfungsbeschwerde stattzugeben und den 16. Deutschen Bundestag aufzulösen. 130

1. Ein Wahlfehler liegt immer dann vor, wenn durch die geltend gemachte Rechtsverletzung die gesetzmäßige Zusammensetzung der zu wählenden Körperschaft berührt sein kann (vgl. BVerfGE 29, 154 <165>; 40, 11 <29>; 59, 119 <123>). Dabei darf es sich nicht nur um eine theoretische Möglichkeit handeln; sie muss eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende sein (BVerfGE 89, 291 <304>); Vermutungen oder rein spekulative Annahmen genügen nicht. 131

Soweit § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG den Effekt des negativen Stimmgewichts zulässt, besitzen die hieraus folgenden Wahlfehler Mandatsrelevanz. Es handelt sich bei diesem Effekt nicht um eine sehr seltene Ausnahme, sondern er wirkt sich regelmäßig auf das Wahlergebnis aus, wenn bei einer Wahl zum Deutschen Bundestag Überhangmandate entstehen (vgl. oben A. I. 1. 4. b) und B. III. 3. a) ee). Dies gilt auch für die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag. Bei der Sitzverteilung nach der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag kam es insgesamt zu 16 Überhangmandaten. Der auf der Anwendung dieser Normen beruhende Effekt des 132

negativen Stimmgewichts hat sich bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag ausgewirkt: Wären zum Beispiel in Hamburg für die SPD etwa 19.500 Zweitstimmen weniger abgegeben worden, so hätte diese Partei im Ergebnis einen Sitz mehr im Deutschen Bundestag beanspruchen können. Damit haben 19.500 Wähler der SPD in Hamburg dieser Partei durch ihre Stimme geschadet. Die Stimmen dieser Wähler haben sich für die Mandatsverteilung zu lasten derjenigen Partei ausgewirkt, für die die Stimme abgegeben wurde. Die Mandatsrelevanz ist beim Auftreten des negativen Stimmgewichts regelmäßig zu bejahen, da dieser Effekt sich immer in Gewinn oder Verlust eines Mandats niederschlägt.

2. Auch wenn der Wahlfehler hier Mandatsrelevanz hat, führt er nicht zur Ungültigerklärung der Wahl und damit zur Auflösung des 16. Deutschen Bundestages. 133

a) In den Fällen, in denen ein Wahlfehler sich auf die Mandatsverteilung im Bundestag ausgewirkt haben kann, unterliegt die Wahlprüfungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs. Die Entscheidung darf nur so weit gehen, wie es der festgestellte Wahlfehler verlangt (vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 41 Rn. 20; H. H. Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 41 Rn. 112 ff.). Daraus folgt unter anderem, dass vorrangig ein Wahlfehler zu berichtigen ist, statt die Wahl zu wiederholen. Ist eine Wahl nur teilweise für ungültig erklärt worden und eine Wahlwiederholung insoweit unumgänglich, so darf diese nur dort stattfinden, wo sich der Wahlfehler ausgewirkt hat, also in dem betroffenen Stimmbezirk, Wahlkreis oder Land. 134

Grundsätzlich ist das Erfordernis des Bestandsschutzes einer gewählten Volksvertretung (vgl. BVerfGE 89, 243 <253>), das seine rechtliche Grundlage im Demokratiegebote findet, mit den Auswirkungen des festgestellten Wahlfehlers abzuwägen. Wahlbeeinflussungen einfacher Art und ohne jedes Gewicht führen nicht zur Ungültigkeit einer Wahl. Der Eingriff in die Zusammensetzung einer gewählten Volksvertretung durch eine wahlprüfungsrechtliche Entscheidung muss vor dem Interesse an der Erhaltung der gewählten Volksvertretung gerechtfertigt werden. Je tiefer und weiter die Wirkungen eines solchen Eingriffs reichen, desto schwerer muss der Wahlfehler wiegen, auf den dieser Eingriff gestützt wird (vgl. BVerfGE 103, 111 <135>). Die Ungültigerklärung einer gesamten Wahl setzt einen erheblichen Wahlfehler von solchem Gewicht voraus, dass ein Fortbestand der in dieser Weise gewählten Volksvertretung unerträglich erschiene (BVerfGE 103, 111 <134>). 135

b) Das Interesse am Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundeswahlgesetzes zusammengesetzten Volksvertretung überwiegt hier den festgestellten Wahlfehler. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass sich der Wahlfehler nicht auf bestimmte Mandate oder einzelne Landeslisten beschränken ließe; betroffen wäre die Wahl insgesamt. Eine Auflösung des Deutschen Bundestages, ohne dass zuvor dem Parlament Gelegenheit gegeben wird, das Bundeswahlgesetz anzupassen, würde darüber hinaus dazu führen, dass auch der dann zu wählende Bundestag auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage gewählt werden müsste. 136

Die Verfassungswidrigkeit des Effekts des negativen Stimmgewichts betrifft nicht nur einzelne Mandate oder Wahlkreise, sondern wirkt sich auf die Sitzverteilung im Deutschen Bundestag insgesamt aus. Eine Eingrenzung der Wahlfehler, die durch die Anwendung der verfassungswidrigen Normen entstanden sind, ist im vorliegenden Fall kaum möglich. Denn ob und mit welchen Wirkungen im Einzelnen der Effekt des negativen Stimmgewichts aufgetreten ist, kann nur durch die Darstellung einer hypothetisch-alternativen Stimmabgabe durch die Wähler gezeigt werden. In Abhängigkeit von den zugrunde gelegten Annahmen kann es dabei zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen mit Auswirkungen auf die Zahl der Sitze in verschiedenen Ländern kommen. Dies wird durch den Vortrag der Beschwerdeführer belegt. 137

Andererseits ist der Wahlfehler nicht so gewichtig, dass er die Auflösung des 16. Deutschen Bundestages rechtfertigen würde. Zwar haben sich auch bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag Stimmen zugunsten einer Partei zu deren Lasten ausgewirkt und umgekehrt. Dieser Wahlfehler beruht aber auf einer nicht ganz einfach nachzuvollziehenden Paradoxie des geltenden Bundeswahlgesetzes und betrifft insgesamt nur wenige Mandate des Deutschen Bundestages. Im vorliegenden Fall ergibt sich zudem die Besonderheit, dass der Wahlfehler auf der Verfassungswidrigkeit von Normen des Bundeswahlgesetzes beruht. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, den Regelungskomplex, der zum Auftreten des negativen Stimmgewichts führen kann, zu ändern, damit der Bundestag in Zukunft aufgrund eines in Einklang mit der Verfassung stehenden Gesetzes gewählt werden kann. Würde aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Bundestag aufgelöst, würde diese Entscheidung ex nunc wirken (vgl. H. H. Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 41 Rn. 113) mit der Folge, dass der Bundestag nicht mehr die Möglichkeit hätte, eine entsprechende Gesetzesänderung in die Wege zu leiten. Da es im Hinblick auf die Komplexität der zu regelnden Materie (s. auch unten B. VI. 2.) nicht in Betracht kommt, dass das Bundesverfassungsgericht die rechtliche Grundlage für die Durchführung der Wahlen bereit stellt (vgl. BVerfGE 82, 322 <352>), würde auch der nächste Bundestag aufgrund eines verfassungswidrigen Bundeswahlgesetzes gewählt werden, so dass das Bundeswahlgesetz ohnehin nur durch einen Bundestag geändert werden kann, der aufgrund des verfassungswidrigen Gesetzes gewählt worden ist. 138

Im Gegensatz dazu sind die Folgen einer Entscheidung, die die bisherige Rechtslage für eine angemessene Übergangszeit billigt, von Verfassungs wegen hinnehmbar. Der Effekt des negativen Stimmgewichts lässt sich zwar nicht bestimmten Mandaten oder Wahlkreisen zuordnen, sondern wirkt sich auf die gesamte Zusammensetzung des Deutschen Bundestages aus. Insgesamt können aber nur relativ wenige Mandate von den Veränderungen aufgrund der verfassungswidrigen Berechnung der Zahl der von den Parteien errungenen Sitze betroffen sein, so dass die Legitimation des Bundestages in seiner Gesamtheit nicht in einer Art und Weise betroffen ist, die eine sofortige Auflösung rechtfertigen würde. 139

## VI.

1. Die Wahlprüfungsbeschwerden haben danach nur insoweit Erfolg, als sie zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 3 Satz 2 im Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG führen, soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann. Diese Feststellung ist auch nach der Änderung des § 6 Abs. 2 BWG durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl I S. 394) zu treffen. Die Verteilung der Sitze auf die Landeslisten der Parteien gemäß den für die Listen abgegebenen gültigen Zweitstimmen soll nach dieser Gesetzesänderung zukünftig nach dem Divisorverfahren mit Standardrundung Sainte-Laguë/Schepers berechnet werden. Diese Änderung des Berechnungsverfahrens für die Zuteilung der Sitze bei einer Wahl zum Deutschen Bundestag beseitigt jedoch den Effekt des negativen Stimmgewichts nicht (vgl. oben A. II. 3.). Daher verletzt das Verfahren der Sitzzuteilung, soweit sie zu dem Effekt des negativen Stimmgewichts führt, auch nach der Neuregelung des § 6 Abs. 2 BWG die Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

140

2. Dem Gesetzgeber ist eine angemessene Frist einzuräumen, die Verfassungswidrigkeit des geltenden Wahlsystems zu beheben. Die Normen des § 6 Abs. 4 und 5, § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG, auf denen der Effekt des negativen Stimmgewichts beruht, sind Bestandteil eines komplexen Regelungssystems, nach dem die von einer Partei errungenen Sitze im Deutschen Bundestag berechnet werden. Die Behebung der Verfassungswidrigkeit dieser Normen betrifft nicht nur die Unterverteilung von Sitzen bei Listenverbindungen einer Partei, sondern das gesamte Berechnungssystem der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag. Selbst eine geringfügige Änderung des Bundeswahlgesetzes führt in der vorliegenden Konstellation möglicherweise zu weit reichenden strukturellen Veränderungen. Würde zum Beispiel der Verweis in § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG gestrichen, würde das personale Element in einem zentralen Punkt verändert, weil nunmehr ein Direktmandat erst dann gewonnen wäre, wenn es von einer entsprechenden Anzahl von Zweitstimmen „gedeckt“ wäre.

141

Der Effekt des negativen Stimmgewichts lässt sich daher nicht isoliert beheben, sondern erfordert grundlegende Vorarbeiten, die die verschiedenen Vor- und Nachteile in den Blick nehmen. Der Gesetzgeber hat mehrere Möglichkeiten der Neuregelung, die jeweils deutliche Auswirkungen auf die geltenden Regelungen der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag haben. Im Hinblick darauf, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts untrennbar mit den Überhangmandaten und der Möglichkeit von Listenverbindungen (§ 7 BWG) zusammenhängt, kann eine Neuregelung sowohl beim Entstehen der Überhangmandate oder bei der Verrechnung von Direktmandaten mit den Zweitstimmenmandaten oder auch bei der Möglichkeit von Listenverbindungen ansetzen. Je nachdem, für welche Alternative sich der Gesetzgeber entscheidet, ergeben sich Auswirkungen auf das gesamte Wahlsystem. Ein Verzicht auf Listenverbindungen nach § 7 BWG würde zum Beispiel die Unterteilung

142

in Landeslisten festigen, gleichzeitig aber dazu führen, dass Parteien, die in mehreren Ländern antreten, die in den Ländern anfallenden Reststimmen nicht nutzen könnten. Eine landeslistenübergreifende Verrechnung von Direktmandaten und Zweitstimmenmandaten würde beispielsweise Überhangmandate und damit den Effekt des negativen Stimmgewichts weitestgehend vermeiden, gleichzeitig aber dazu führen, dass für den Ausgleich fehlender Listenmandate auf einer Landesliste auf Mandate einer anderen Landesliste zurückgegriffen werden müsste.

Bei der Bestimmung der Frist, die dem Gesetzgeber zur Behebung des verfassungswidrigen Zustandes einzuräumen ist, ist einerseits zu bedenken, dass ein neuer Bundestag möglichst auf verfassungsrechtlich einwandfreier Grundlage gewählt wird. Andererseits fordert der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zustehende Gestaltungsspielraum ausreichend Zeit, um die verschiedenen Regelungsalternativen und deren Auswirkungen auf das Wahlrecht angemessen zu berücksichtigen und zu gewichten. Dies erfordert genügend Raum für Anhörungen und Abstimmungen auch mit den Parteien und deren Landesverbänden. Das Gesetzgebungsverfahren muss zudem so rechtzeitig abgeschlossen sein, dass sich die Parteien bei der Aufstellung ihrer Kandidaten auf die neue Rechtslage einstellen können.

143

Im Hinblick auf die hohe Komplexität des Regelungsauftrags und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Fristen zur Vorbereitung einer Bundestagswahl (vgl. §§ 18, 19 BWG) erscheint es danach unangemessen, dem Gesetzgeber aufzugeben, das Wahlrecht rechtzeitig vor Ablauf der gegenwärtigen Wahlperiode zu ändern. Das reguläre Gesetzgebungsverfahren müsste in diesem Fall spätestens im April 2009 abgeschlossen sein, damit das neue Recht bei den Vorbereitungen zur Wahl zum 17. Deutschen Bundestag berücksichtigt werden könnte. Ein derart kurzer Zeitraum birgt die Gefahr, dass die Alternativen nicht in der notwendigen Weise bedacht und erörtert werden können. Dem Gesetzgeber wäre damit auch die Möglichkeit genommen, das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen. Demgegenüber kann ausnahmsweise hingegenommen werden, dass die Sitze im kommenden Bundestag - wie in den vergangenen Jahrzehnten - noch nach § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG zugeteilt werden. Der Gesetzgeber hat den verfassungswidrigen Zustand aber spätestens bis zum 30. Juni 2011 zu beheben.

144

3. Mit Rücksicht darauf, dass die Beschwerdeführer zu Recht die Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des Bundeswahlgesetzes rügen, sind ihnen gemäß §§ 18, 19 WahlprüfG in Verbindung mit § 34a Abs. 3 BVerfGG insoweit die ihnen erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten. Danach sind dem Beschwerdeführer zu 1. die notwendigen Auslagen vollumfänglich und dem Beschwerdeführer zu 2., dessen Wahlprüfungsbeschwerde teilweise unbegründet ist, die Hälfte der notwendigen Auslagen zu erstatten.

145

**Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 3. Juli 2008 - 2 BvC 1/07**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 3. Juli 2008 - 2 BvC 1/07 - Rn. (1 - 145), [http://www.bverfg.de/e/cs20080703\\_2bvc000107.html](http://www.bverfg.de/e/cs20080703_2bvc000107.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2008:cs20080703.2bvc000107