

Das Konzept einer Ersatzstimme für die Erststimme als wesentliches Element des Ampelvorschlags zur Verhinderung der Bundestagsvergrößerung im Mai 2022

Joachim Behnke

1. Einführung

Seit April 2022 tagt die sogenannte Wahlrechtskommission des Bundestags¹, deren Aufgabe laut des Einsetzungsbeschlusses vom 16. März u. a. darin besteht: „Die Kommission soll sich auf der Grundlage der Prinzipien der personalisierten Verhältniswahl mit Vorschlägen befassen, die eine effektive Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße bewirken und nachhaltig das Anwachsen des Bundestages verhindern“. Schon zu Beginn der Kommissionsarbeit legten die drei Obleute der Ampelkoalition der Öffentlichkeit einen Vorschlag vor, mit dem dieses Problem behoben werden könnte². Die Radikalität dieses Vorschlags besteht darin, dass er die strikte Einhaltung der Regelgröße garantieren würde. Hat eine Partei in einem Bundesland in mehr Wahlkreisen eine relative Mehrheit an Erststimmen für ihre jeweiligen Wahlkreiskandidaten erhalten, als ihr dort eigentlich zustehen, was bisher zu entsprechenden Überhangmandaten geführt hätte, dann soll diese Partei nach diesem Vorschlag nur noch so viele Direktmandate erhalten, wie ihr proportional zu den Zweitstimmen zustehen. In Bayern hatte bei der Bundestagswahl z. B. die CSU 45 der 46 Direktmandate gewonnen, tatsächlich aber hätten ihr aufgrund ihrer Zweitstimmen nur 34 Mandate zugestanden. Für die Auswahl der berücksichtigungsfähigen Wahlkreiskandidaten mit einer relativen Mehrheit werden diese nach ihrem Erststimmenanteil in eine Rangfolge gebracht und nur die vorderen Plätze, die noch durch die Zweitstimmen gedeckt sind, werden vergeben. Allerdings gäbe es nach diesem Vorschlag Wahlkreise, für die kein direkt gewählter Abgeordneter mehr

1 Der genaue Titel lautet „Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit“.

2 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/ampel-koalition-will-mit-wahlrecht-reform-bundestag-verkleinern-18037826.html>

in den Bundestag einzieht. Jenseits verfassungsrechtlicher und repräsentationstheoretischer Bedenken muss dies zumindest als Schönheitsfehler des Vorschlags angesehen werden. Um dieses Problem zu beheben, sah der Vorschlag daher eine Art von Nachrückerregelung vor. Bei dieser sollte eine Ersatzstimme für die Erststimme im Wahlkreis zum Einsatz kommen. Jeder Wähler soll demnach nicht nur seinen höchstpräferierten Wahlkreiskandidaten nennen, sondern auch seinen zweitpräferierten, der an seiner Stelle gewählt werden sollte, wenn der Höchstpräferierte nicht mehr wählbar ist, weil sein Mandat nicht durch Zweitstimmen gedeckt wäre. Die betroffenen Ersatzstimmen werden den regulären Erststimmenergebnissen der noch vorhandenen Kandidaten zugeschlagen und gewählt ist nun als Wahlkreismandatsträger, wer die meisten dieser kombinierten Stimmen aufweist.

Diese Ersatzstimmenkonstruktion war das wirklich neuartige Element im Ampelvorschlag vom Mai 2022. Im Gesetzesentwurf, den die Ampel dann schließlich im Januar 2023 vorlegte, kommt er allerdings nicht mehr vor. Dennoch gibt es viele gute Argumente, die für eine solche Konstruktion sprechen und die nun im Folgenden detaillierter erläutert werden sollen.

2. Die Ausgangslage

Das Problem der Überhangmandate dominiert seit nunmehr über 30 Jahren die Debatte um eine Wahlrechtsreform. Blieben die Überhangmandate früher noch zur Gänze unausgeglichen und führten so zu einer starken Verzerrung des Parteienproporz, so wurden sie mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2012³ für verfassungswidrig erklärt, wenn sie einen Umfang erreichen würden, der mit dem „Charakter einer Verhältniswahl“ nicht mehr vereinbar wäre. Das Wahlgesetz von 2013 sah als Reaktion auf das Urteil einen vollständigen Ausgleich der Überhangmandate vor. Dies hatte 2013 zur Folge, dass der Bundestag um 33 Sitze auf 631 Mandate vergrößert werden musste⁴, 2017 wuchs der Bundestag dann auf 709 Sitze

3 Vgl. BVerfG, 2 BvF 3/11 vom 25. Juli 2012, http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs2012_0725_2bvf000311.html (abgerufen am 24.1.2023)

4 Was allerdings streng genommen nicht an Überhangmandaten lag, sondern am Ausgleich für eine Überrepräsentation der CSU in Bayern, da im ersten Zuteilungsschritt eine Verteilung der Mandate im Verhältnis zur Bevölkerung vorgenommen wurde und so u. a. wegen einer unterdurchschnittlichen Wahlbeteiligung in Bayern dort zu viele Sitze verteilt worden waren (vgl. Joachim Behnke, „Das neue Wahlgesetz – oder:

an. Mit dem Wahlgesetz von 2020 sollte dieser Anstieg mit Hilfe sogenannter „Dämpfungmaßnahmen“ zumindest eingeschränkt werden, tatsächlich vergrößerte sich der Bundestag aber bei der Bundestagswahl 2021 noch einmal auf 736 Sitze. Dabei orientierte sich 2021 der Ausgleich an der CSU, da diese die durch Überhangmandate am stärksten überrepräsentierte Partei war. Die Logik des Ausgleichs ist denkbar einfach. Der Bundestag wird solange vergrößert, bis durch die Anzahl der Sitze, auf die eine Partei aufgrund der Zweitstimmen Anspruch hat, alle von ihr gewonnenen Direktmandate abgedeckt sind⁵. Der Bundestag hätte daher eigentlich sogar auf 787 Sitze vergrößert werden müssen, denn dann hätte die CSU einen Sitzanspruch auf 45 Mandate aufgrund ihrer Zweitstimmen gehabt, mit dem die gewonnenen Direktmandate dann gedeckt gewesen wären. Allerdings sieht das Wahlgesetz von 2020 vor, dass drei Überhangmandate unausgeglichen bleiben dürfen⁶. Der Bundestag musste also vergrößert werden, bis nur 42 der 45 Direktmandate der CSU gedeckt waren, dies war bei 733 Sitzen der Fall. Zuzüglich der drei unausgeglichenen Überhangmandate wurde so eine Endgröße von 736 Sitzen erzielt.

3. Lösungswege

Um das Problem der Vergrößerung des Bundestags in den Griff zu bekommen, sind viele Vorschläge gemacht worden, die sich danach unterteilen lassen, ob sie einen echten Systemwechsel darstellen oder grundsätzlich am bestehenden System der personalisierten Verhältniswahl festhalten wollen, dies aber durch entsprechende Modifikationen resilient gegen eine unmäßige Vergrößerung des Bundestags machen wollen.

Was lange währt, wird nicht unbedingt gut“, in: Reimut Zohlnhöfer/ Thomas Saalfeld (Hrsg.): „Politik im Schatten der Krise. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2009–2013“, Springer VS, Wiesbaden, 2014, S. 49–71).

- 5 Das Wahlgesetz von 2020 sah allerdings noch den Mechanismus vor, die auszugleichenden Überhangmandate dadurch zu reduzieren, dass ein Teil von ihnen mit Listenmandaten der Überhangspartei in anderen Bundesländern verrechnet worden wäre. Für 2021 war dieser Mechanismus irrelevant, weil die CSU nur in Bayern antritt und somit keine Listenmandate in anderen Bundesländern errungen hat.
- 6 Diese Regelung ist hochumstritten. Es liegt in diesem Zusammenhang eine Klage vor dem Bundesverfassungsgericht vor, die noch nicht entschieden ist.

3.1. Systemwechsel

Da die Bundestagsvergrößerung die Konsequenz ist aus den komplizierten Zusammenhängen bei der Verrechnung von Direktmandaten mit Listenmandaten, ist klar, dass das Problem sofort gelöst wäre, wenn es nur noch Listenmandate (reine Verhältniswahl) oder nur noch Direktmandate gäbe (Mehrheitswahl). Beide Systeme wurden in der jahrzehntelangen Debatte zwar gelegentlich eingebracht, keines aber hat sich als Alternative mit realistischen politischen Verwirklichungschancen herauskristallisiert.

Eine Mischung aus Verhältniswahl- und Mehrheitswahlsystem wäre das Grabenwahlsystem. Im Grabenwahlsystem würden Verhältniswahl und Mehrheitswahl in zwei getrennten Teilbereichen unabhängig voneinander nebeneinander bestehen. Es käme also zu keiner Verrechnung der Direktmandate mit den Listenmandaten, wodurch es zu einem starken Effekt im Sinne des Mehrheitswahlsystems kommt. In der Wahlrechtskommission wurde ein Vorschlag dieser Art von den von der Union benannten Experten gemacht.⁷ Da dieser Vorschlag aber aller Voraussicht nach sehr einseitig zu Gunsten der Union ausfallen würde, ist er umstritten und seine Realisierungschancen dürften ebenfalls als vernachlässigbar angesehen werden.

Ein weiteres Verfahren, das in der Diskussion immer wieder erwähnt wird und inzwischen auch mehrere prominente Fürsprecher hat, lehnt sich an die Logik des früheren Wahlsystems von Baden-Württemberg an. In diesem System existieren weiterhin Wahlkreise, in denen die Wähler neben ihrer Parteistimme auch eine Stimme für die Wahlkreiskandidaten abgeben, es gibt aber keine Direktmandate mehr. Die Ergebnisse in den Wahlkreisen werden lediglich zur Konstruktion einer parteiinternen Rangordnung herangezogen, die man als eine Art dynamischer, durch die Wahl selbst generierte virtuelle „Liste“ ansehen kann. Ein bestimmter Teil der Sitze, die einer Partei aufgrund ihrer Zweitstimmen zustehen, wird dann anhand dieser virtuellen Liste vergeben, der Rest anhand der von den Parteien eingereichten starren Listen.⁸

7 Bernd Grzeszick/ Rudolf Mellinghoff/ Stefanie Schmahl: „Demokratie nachhaltig zukunftsfähig gestalten: Ein echtes Zwei-Stimmen-Wahlrecht für den Bundestag“, Kommissiondrucksache 20(31)027, 2022; zur Kritik Joachim Behnke, „Kontroverse in der Wahlrechtskommission des Bundestages: Grabenwahl versus Verhältniswahl mit eingebettetem Personalwahlelement“, in: ZParl 53/4, 2022, S. 479–506.

8 Vgl. u. a. Albert Funk: „Einfach, gerecht, demokratisch, bundesstaatlich – Das Zwei-Listen-Modell als Ausweg aus der Sackgasse der deutschen Wahlrechtsdebatte“, in: ZG 33, 2018, S. 35–46.

3.2. Modifikationen des bestehenden Systems der personalisierten Verhältniswahl

Tiefgreifende substanzielle Reformen von Wahlsystemen und erst recht echte Systemwechsel sind in etablierten Demokratien ausgesprochen seltene Ereignisse. Nach Nohlen treten sie nur in „extraordinary historical situations“⁹ auf. In der Regel geht einer solchen grundlegenden Wahlreform eine politische Krise voraus, die vom politischen Ergebnis der Wahl ausgeht. Dies ist bei der vorliegenden Diskussion sicherlich nicht der Fall. Daher ist es wenig überraschend, dass es sich bei den am stärksten diskutierten Reformentwürfen lediglich um Modifikationen des bestehenden Systems handelt.

Auch wenn man mehr oder weniger beim bestehenden System bleibt, kann eine Vorentscheidung dahingehend getroffen werden, dass schon die Entstehung von Überhangmandaten verhindert oder zumindest unwahrscheinlicher gemacht werden soll. In der Regel werden hierbei entweder die Reduktion der Anzahl der Wahlkreise oder die Einführung von Zwei- oder Mehrpersonenwahlkreisen als angemessenes Mittel erwogen.¹⁰ Allerdings könnten diese Mechanismen die Einhaltung der Regelgröße nicht garantieren. Sie müssten daher immer noch mit zusätzlichen Mechanismen kombiniert werden, wenn die Regelgröße strikt gelten soll.

Jede Reform ist bestimmten Restriktionen unterworfen, die im Wesentlichen in drei normativen Bedingungen bestehen, die sich als grundsätzlich wünschenswerte Eigenschaften eines Wahlsystems in Form der personalisierten Verhältniswahl verstehen lassen. Dabei handelt es sich um die folgenden drei Bedingungen.

1. Aufrechterhaltung des Interparteienproporz: Die endgültigen bundesweiten Sitzzahlen der Parteien sollen dem Verhältnis ihrer bundesweit erzielten Zweitstimmen entsprechen.
2. Unantastbarkeit der Direktmandate: Direktmandate, d. h. Wahlkreismandate, die eine Partei dadurch errungen hat, dass ihr Kandidat im

9 Dieter Nohlen: „Changes and Choices in Electoral Systems“, in: Arend Lijphart/Bernard Grofman (Hrsg.): „Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives“, 1984, S. 217.

10 Vgl. u. a. Friedrich Pukelsheim, „598 Sitze im Bundestag statt 709? 200 Wahlkreise statt 299!“, in: DVBl., 2018, S. 153–160; Joachim Behnke, „Einfach, fair, verständlich und effizient – personalisierte Verhältniswahl mit einer Stimme, ohne Direktmandate und einem Bundestag der Regelgröße“, in: ZParl, 50/3, 2019, S. 630–654.

Wahlkreis eine relative Mehrheit an Erststimmen gewonnen hat, sollen der Partei ungeschmälert zugeteilt werden.

3. Unantastbarkeit der Listenmandate: Listenmandate, die einer Partei proportional zu ihren Zweitstimmen in einem Bundesland zustehen, ausgehend von der Regelgröße des Bundestags von 598 Sitzen, sollen der jeweiligen Landesliste der Partei in vollem Umfang zustehen.

Der Preis, den man bezahlen muss, wenn man auf der Einhaltung von allen drei Bedingungen besteht, ist allerdings hoch und lässt sich in Form eines „Unvereinbarkeitstheorems“ formulieren¹¹: *Wenn es zu einer größeren Anzahl von Überhangmandaten kommt, ist es nicht möglich, dass die Bedingungen der Unantastbarkeit der Direktmandate, der Unantastbarkeit der Listenmandate und die Aufrechterhaltung des Interparteienproporzes eingehalten werden können, ohne dass es zu einer deutlichen Vergrößerung des Parlaments kommt.*

Damit aber bleiben dem Gesetzgeber nur noch zwei Alternativen, zwischen denen er sich entscheiden muss:

1. Besteht man auf der Einhaltung der drei normativen Bedingungen, dann kommt es zu einer extremen Vergrößerung des Bundestags.
2. Besteht man auf der Einhaltung der Sollgröße, dann muss die Einhaltung mindestens einer der normativen Bedingungen aufgegeben werden.

Für jede der drei normativen Bedingungen gibt es eine korrespondierende Stellschraube, an der man drehen kann, wenn man die jeweilige Bedingung aufzugeben bereit ist:

1. Zulassung unausgeglichener Überhangmandate (Aufgabe Interparteienproporz)
2. Zulassung unbesetzter Wahlkreise. Ein Kandidat, der eine relative Mehrheit an Erststimmen gewonnen hat, erhält nicht mehr zwangsläufig auch ein Wahlkreismandat. (Aufgabe Garantie Direktmandate)
3. Listenmandate einer Partei können gestrichen werden, um Überhangmandate der Partei in anderen Bundesländern zu kompensieren. (Aufgabe Garantie Listenmandate)

11 Vgl. ausführlicher Joachim Behnke, „Die Unausweichlichkeit der Reform des Wahlsystems nach seinem offenkundigen Scheitern bei der Bundestagswahl 2017“, in: Susanne Baer/ Oliver Lepsius/ Christoph Schönberger/ Christian Waldhoff/ Christian Walter (Hrsg.): „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“, Band 67, 2019, S. 23–49.

Die Aufgabe des Proporzfordernisses scheint aus elementaren demokratietheoretischen Erwägungen in Hinsicht auf die Gleichheit der Wähler problematisch. Die Verrechnung von Listenmandaten mit Überhangmandaten erweist sich spätestens aufgrund der Ergebnisse von 2021 als untauglich. Damit bleibt die Nichtvergabe von Überhangmandaten als das vermutlich immer noch kleinste Übel übrig, das man für die Verkleinerung des Bundestags akzeptieren muss. Ein weiterer Vorteil dieses Wegs besteht darin, dass dies die einzige Stellschraube ist, die die strikte Einhaltung der Sollgröße garantieren kann. Dabei erscheint es in gewisser Weise auch am konsequentesten, die Überhangmandate direkt dort zu beseitigen, wo sie entstehen, nämlich auf der Ebene der Länder. Eine Kappung nur der Überhangmandate, die auf Bundesebene anfallen, würde implizieren, dass die restlichen Überhangmandate durch Verrechnung mit Landeslisten kompensiert werden müssten. Dies kann u. U. zu erheblichen Verzerrungen des föderalen Proporzes führen und scheint auch aus Fairness- und Gerechtigkeitsgründen schwer zu begründen.¹² Ein Vergleich der Alternativen bei Abwägung der jeweils mit der Wahl einer bestimmten Option verbundenen Nachteile und Vorteile legt daher den Schluss nahe, dass ein solches Kappungsmodell viele Vorzüge hat.¹³

Solche Begrenzungsmodelle führen als Folge zwangsläufig zu nichtvergebenen Wahlkreisen. Ob man nun eine Nachrückerregelung für die ansonsten verwaisten Wahlkreise einführt, ist aber lediglich eine Modifikation des Kappungsmodells. Allerdings sind verwaiste Wahlkreise unbestreitbar eine unschöne Eigenschaft eines Wahlsystems, auch wenn sie nicht per se verfassungsrechtlich oder demokratietheoretisch hochproblematisch sein müssen. Eine entsprechende Regelung, die hier Abhilfe schafft, kann daher aber auf jeden Fall hilfreich sein, die grundsätzliche Akzeptanz eines Kappungsmodells zu erhöhen.

4. Die „Folk“-Variante und die Ersatzstimmenvariante der Nachrückerregelung

In der Diskussion um verwaiste Wahlkreise werden im Wesentlichen zwei Vorschläge genannt, wie dieses Problem in Form von Nachrückerregelungen gelöst werden könnte.

¹² Joachim Behnke (2019a), „Einfach, fair, verständlich und effizient...“, a. a.O., S. 643 ff.

¹³ Vgl. auch Hans Meyer, „Welche Medizin empfiehlt sich gegen einen adipösen Bundestag?“, in: AÖR 143, 2018, S. 521–553.

4.1. Die Folk-Variante der Nachrückerregelung: Ersatz des Ersten durch den Zweiten

Den ersten Vorschlag nenne ich die „Folk-Variante“. Denn er ist die „Lösung“, die jedem unmittelbar als erstes in den Sinn kommt, wenn man über das Problem nachzudenken beginnt. Wenn der Kandidat mit den meisten Stimmen im Wahlkreis nicht zum Zug kommen kann, weil das entsprechende Mandat nicht durch Zweitstimmen gedeckt wäre, dann soll eben derjenige mit den zweitmeisten Stimmen zum Zug kommen.¹⁴

Die Lösung ist denkbar unkompliziert, worin auch ihr wesentlicher Vorteil besteht. Sie wäre in der Praxis einfach umzusetzen, ohne dass es einer Änderung der Stimmgestaltung auf den Wahlzetteln bedürfte. In normativer Hinsicht aber ist sie offenkundig problematisch. Denn es ist kaum zu erkennen, inwiefern ein solcher Wahlkreismandatsträger dieses Mandat auch „verdient“ haben sollte. Das Erfordernis der Zweitstimmendeckung legt fest, dass nur jemand, dessen Mandat auch durch die Zweitstimmen gedeckt ist, ein Mandat erhalten kann, es bedeutet aber sicherlich nicht, dass *irgendein* Kandidat, bei dem die Zweitstimmendeckung gegeben wäre, dieses Mandat erhalten kann, sondern es bedarf dazu einer besonderen „Qualifikation“ dieses Kandidaten. Das Erringen des besten Ergebnisses in Form einer relativen Mehrheit kann als eine solche Qualifikation interpretiert werden, aber inwiefern sollte das für das zweitbeste Ergebnis gelten, wenn wir nur *einen* Preis zu vergeben haben? In diesem Sinn argumentiert auch die Verfassungsrechtlerin Sophie Schönberger, nach der es verfassungsrechtlich unproblematisch sei, „eine weitere Bedingung neben dem Erringen der relativen Mehrheit an die Zuteilung des Mandats zu knüpfen“, aber nicht möglich „vom Erfordernis der Mehrheit als demokratischer Entscheidungsregel abzusehen“¹⁵. Problematisch an diesem Modell ist überdies, dass ausgerechnet die größte Wählergruppe damit völlig wirkungslos bleiben würde.¹⁶

14 Vgl. u. a. Volker Meier/ Niklas Potrafke, „Zur Reform des Bundestagswahlrechts: Zwei Modellvorschläge“, in: ifo Schnelldienst, 72, 2019, S. 40–41.

15 Sophie Schönberger, „Verkleinerung des Bundestages in Richtung der gesetzlichen Regelgröße. Stellungnahme für die Sitzungen der Kommission zur Reform des Wahlrechts am 19. Mai, 2. Juni und 23. Juni 2022“, Kommissionsdrucksache 20(31)010, S. 26.

16 Vgl. auch Christoph Möllers/ Lennart Kokott/ Lukas Vogt, „Die Eventualstimme als legitimierender Faktor. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Eventualstim-

Nun ist es aber nicht unüblich, dass der „Zweite“ zum Zug kommt bei einer Preisverleihung, wenn der „Erste“ nicht zum Zug kommen kann, weil er z. B. disqualifiziert worden ist. Dies wirft daher für die Beurteilung die entscheidende Frage auf: „Wer ist eigentlich der „Zweite“, wenn der Erste ausscheidet?“ oder genauer „Wer sollte den Ersten als Gewinner ersetzen, wenn der Erste ausscheidet?“

4.2. Ist der Zweite auch der „Zweite“, der zum Zug kommen sollte, wenn der Erste ausscheidet?

Die Antwort der Folkvariante auf die eben gestellte Frage, dass der Nachrücken der bisherige Zweite sein soll, scheint intuitiv einleuchtend, sie unterliegt aber einem konzeptionellen Irrtum. Es macht hier einen entscheidenden Unterschied, ob man unter dem „Zweiten“ denjenigen versteht, der nach dem Ersten ins Ziel kommt und dann den Preis für den Zweiten erhält, während der Erste seinen Preis für den ersten Platz schon erhalten hat, oder ob der „Zweite“ derjenige ist, der für den Ersten nachrücken soll, wenn dieser den Preis erst gar nicht erhält, also nur *ein* Preis überhaupt zu vergeben ist. Wenn wir von einer Nachrücker- oder Ersetzungsregel sprechen, dann erscheint es mir naheliegend bis unumgänglich, dass wir die zweite Sichtweise anwenden sollten. Es macht also einen entscheidenden Unterschied, ob der Zweite derjenige ist, der seinen Preis *nach* dem Ersten oder *anstatt* des Ersten erhält. Die Folk-Variante ignoriert diesen fundamental bedeutsamen Unterschied vollständig, was zur Folge hat, dass sie zwar als Zuteilungsregel in dem Sinn funktioniert, dass sie das Wahlkreismandat vergibt und der Wahlkreis somit „besetzt“ ist; es gibt aber keinerlei legitimatorischen Anspruch mehr, der auf Basis eines damit erworbenen „Verdienstes“ begründet werden könnte. Es scheint naheliegend und in Übereinstimmung mit der Logik der klassischen Mehrheitsregel, dass wir, wenn wir zwei Preise zu vergeben haben, diese an den Ersten und an den Zweiten vergeben. Wenn wir nun aber nur noch einen Preis zu vergeben haben und der Erste aus welchen Gründen auch immer nicht berücksichtigt werden kann, dann ist es nicht zwangsläufig eine gute Lösung – und unter bestimmten Umständen sogar eine ausgesprochen schlechte – diesen einen Preis an den Zweiten zu vergeben. Denn faktisch verhalten wir uns

menwahlrechts im Kontext der Diskussionen zur Wahlrechtsreform“, Kommissionsdrucksache 20(31)037, 2022, S. 4.

dann so, als ob weiterhin zwei Preise vergeben würden, und eliminieren einfach den ersten Preis. Das ist aber nicht dasselbe, wie wenn wir von Anfang an nur einen Preis zu vergeben haben. In diesem Fall sollten wir korrekterweise den Preis an denjenigen vergeben, der der Erste geworden wäre, wenn der ursprüngliche Erste gar nicht angetreten wäre. Unsere Verwirrung entsteht dadurch, dass in vielen uns vertrauten Kontexten der Zweite auch vermutlich derjenige ist, der der Erste geworden wäre, wenn der ursprüngliche Erste gar nicht angetreten wäre, z. B. bei Wettrennen. Aber in anderen Kontexten – und Wahlen sind der wohl wichtigste unter diesen – gilt dieser Zusammenhang gerade nicht.¹⁷

4.3. Die Ersatzstimmenregelung für die Bestimmung des Nachrückers:

Ersatz des Ersten durch den, der Erster wäre, wenn der ursprüngliche Erste nicht mehr antritt

Wenn also der „Zweite“ nicht als die zweitbeste Alternative angesehen wird, die dann zum Zug kommt, wenn der Erste schon dran war, sondern wenn der Zweite als erster „Ersatz“ oder „Nachrücker“ gedacht ist, wenn der Erste ausfällt bzw. wenn der ursprünglich Erste gar nicht mehr als Kandidat zur Verfügung steht, dann ist die Folk-Variante untauglich. Um den zweiten Platz im Sinne des verdienten Nachrückers zu ermitteln, sollte man dann vielmehr alle Stimmen für den Ersten aus allen Präferenzordnungen streichen und dann das Verfahren mit diesen reduzierten Präferenzordnungen von vorne durchführen. Genau dies ist die Vorgehensweise beim Ersatzstimmenverfahren, wie es im Ampelvorschlag vom Mai 2022 vorkam.¹⁸

Das Ersatzstimmenverfahren ist ein Spezialfall sogenannter Präferenzstimmgebungsverfahren, bei denen die Wähler eine Rangfolge über Parteien bzw. Kandidaten nach Maß ihrer Wertschätzung abgeben. Letztlich besteht der Zweck solcher Systeme darin, die Ergebnisse, die sonst anhand mehrerer Wahlgänge ermittelt werden müssten, in einem Durchgang zu erledigen. Zur Illustration der inhärenten Logik eines solchen Verfahrens kann man sich daher vorstellen, wie das Ergebnis aussehen würde, wenn es eine zweite Abstimmungsrunde gibt, nachdem einer der ursprünglichen

17 Vgl. zu „spoiler“-Effekten William Poundstone, „Gaming the vote: Why elections aren't fair (and what we can do about it)“, 2008.

18 Vgl. auch Joachim Behnke, „Das Trauerspiel der Wahlrechtsreformdebatte: strategische Blockaden und ein möglicher Weg aus der Sackgasse“, DVPW-Blogbeitrag vom 2.3.2020.

Kandidaten ausgeschieden ist, z. B. eine Nachwahl, weil einer der Kandidaten zwischenzeitlich gestorben ist. Im Prinzip gilt das aber auch für den typischen Fall von Nachwahlen in Mehrheitswahlssystemen, in denen nach dem Ausscheiden eines schon amtierenden Wahlkreisinhabers, z. B. aufgrund von Tod, ein neuer Wahlkreismandatsträger bestimmt werden muss. In beiden Fällen kämen wir niemals auf die Idee, einfach nur die Stimmen für den ausgeschiedenen Kandidaten zu streichen und dann einfach auf dieser reduzierten Basis das neue Ergebnis auf Basis der Zahlen der letzten Wahl zu ermitteln. Im Falle des Todes eines Wahlkreisabgeordneten in einem Mehrheitssystem würde das bedeuten, dass nun der Kandidat, der bei der ursprünglichen Wahl der Zweite gewesen ist, nachrückt. Es ist auch unmittelbar einleuchtend, warum wir ein solches Vorgehen für unzulässig halten würden. Nur weil ein Kandidat ausgeschieden ist, heißt dies nicht, dass wir die Präferenzen seiner ehemaligen Wähler ignorieren dürfen. Wenn uns diese Logik bei klassischen Nachwahlen einleuchtet, dann folgt daraus, dass wir auch die Ersatzstimmenregelung befürworten sollten. Denn es ist ja völlig unerheblich, aus welchen Gründen der ursprüngliche „Wahlkreisgewinner“ ausscheidet, ob nun durch Tod oder wegen mangelnder Zweitstimmendeckung seines Mandats; so oder so kann er nicht mehr gewählt werden und wir brauchen für ihn einen würdigen Ersatz.

Man kann sich das Wirken einer derartigen Nachrückerregelung gut veranschaulichen, wenn man von zwei Lagern ausgeht, die jeweils aus mehreren Parteien bestehen, und wenn es innerhalb jedes Lagers eine dominante Partei gibt. Der nächstbeste Repräsentant, wenn der Erste nicht zum Zug kommt, ist dann wahrscheinlich nicht der dominante Kandidat im Minderheitenlager, sondern der zweitbeliebteste Kandidat im Mehrheitslager. Stellen wir uns vor, es gibt vier Kandidaten A, B, C und D in einem Wahlkreis, wobei zwei „Lager“ aus den Wählern von AB und CD bestehen, so dass ein Wähler aus einem Lager immer noch jeden Kandidaten aus diesem Lager besser findet als irgendeinen Kandidaten des anderen Lagers. Im ersten „Wahldurchgang“ hat A die höchste Stimmenzahl und C die zweithöchste. Kann A nun aber das Wahlkreismandat nicht erhalten, weil er zwischenzeitlich gestorben ist, dann würden bei einer Nachwahl seine Anhänger B wählen, womit B den Wahlkreis erhalten würde. Man kann statt Lagern auch von ideologischer Nähe sprechen. Nehmen wir an, A sei ein Kandidat, der leicht rechts von der Mitte steht, B steht leicht links von der Mitte und C steht weit rechts. Die ursprünglichen Wähler von A würden, wenn A nicht mehr gewählt werden kann, B eindeutig gegenüber C bevorzugen. Tatsächlich wird dieser Effekt auch durch Simulationen

bezüglich der Bundestagswahl 2021 bestätigt. Die Ersatzstimmenregel führt mit einer klaren Tendenz dazu, dass der Nachrücker weiter in der Mitte steht als der Kandidat mit den ursprünglich zweitmeisten Stimmen. Dabei gilt, dass weiter in der Mitte stehende Kandidaten in der Regel von einer Mehrheit einem extremen Kandidaten vorgezogen werden.

5. Kritik am Ersatzstimmenverfahren

Das Ersatzstimmenverfahren, wie es von der Ampel im Mai 2022 vorgestellt worden war, stieß auf nicht wenig Kritik. Dies ist nicht verwunderlich, weil Präferenzstimmgebungsverfahren hierzulande weitgehend unbekannt sind. Ein großer Teil der Kritik speist sich daher aus Missverständnissen über diese Form der Stimmverrechnung.

5.1. Verfassungsrechtliche Kritik: Doppelte Erfolgschance

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird vor allem der Vorwurf erhoben, ein Ersatzstimmenverfahren führe zu einer „doppelten Erfolgschance“¹⁹ für die Wähler des Wahlkreisersten, weil diese ja sozusagen zum zweiten Mal zum Zuge kämen, nachdem ihre Erstpräferenz übergangen wird, weil der auf ihr angegebene Kandidat aufgrund mangelnder Zweitstimmendeckung ausgeschieden ist.

Der diesen Einschätzungen zugrundeliegende Irrtum liegt darin, dass geglaubt wird, dass die Wähler in Präferenzstimmgebungsverfahren, weil sie auf ihrem Stimmzettel mehrere Namen angeben, auch mehrere Stimmen hätten. Tatsächlich aber verfügen die Wähler weiterhin nur über *eine* Stimme, nur dass diese eine Stimme hier durch eine Liste von Namen ausgedrückt wird. Diese Rangliste über mehrere Parteien bzw. mehrere Kandidaten bestimmt aber lediglich, für wen diese Stimme konkret wirksam wird, wenn im Zug des Verfahrens manche Kandidaten schon aus dem Spiel sind. Die Wähler verfügen also niemals über zwei (wirksame) Stimmen, sondern immer nur über eine, die in der jeweiligen Phase des Auswertungsverfahrens gewertet wird, wobei eine weiter unten auf der Liste stehende „Stimme“ nur wirksam wird, wenn die weiter oben stehenden

19 Sophie Schönberger (2022), a. a.O., S. 26; ähnlich aber auch Bernd Grzeszick, „Ampel-Pläne evident verfassungswidrig“, LTO v. 24.05.2022.

„Stimmen“ nicht gezählt worden sind. Es kommt daher auch nicht zu Problemen mit der Zählwertgleichheit oder zu einer doppelten Erfolgchance. Denn eine solche gäbe es ja nur, wenn der Wähler sowohl mit der ersten als auch der zweiten Präferenz zum Zuge kommen könnte. Tatsächlich funktioniert das System aber so, dass er entweder mit der ersten oder der zweiten zum Zuge kommt, ganz analog zum Verfahren mit zwei Wahlgängen. Die doppelte Erfolgchance wird damit explizit ausgeschlossen, weil der Wähler mit seiner Ersatzstimme nur zum Zug kommen kann, wenn seine Erstpräferenz nicht mehr gewertet werden kann, weil sie für einen unwählbaren Kandidaten abgegeben wurde.²⁰

Ein anschauliches Beispiel: Stellen wir uns eine große Hochzeitgesellschaft vor, bei der die Gäste vor dem letzten Gang danach befragt werden, welches der vier Desserts sie möchten: Tiramisu, Panna cotta, Creme caramel oder Tartufo. Unmittelbar bevor der Nachtisch serviert werden soll, erfährt die Restaurantleitung von einer sofort in Kraft tretenden Eilverordnung des Gesundheitsministeriums, nach der Tiramisu nicht mehr angeboten werden darf, weil es Inhaltsstoffe enthält, die schwerwiegende gesundheitliche Schäden nach sich ziehen. Die Kellner werden nun daher die Gäste, die Tiramisu gewählt hatten, noch einmal nach dem von ihnen gewünschten Dessert befragen, wobei Tiramisu eben nun nicht mehr zur Auswahl steht. Der von diesen Gästen nun angegebene Wunsch entspräche ihrer Zweitpräferenz, wenn die Kellner schon am Anfang alle Gäste gebeten hätten, über alle vier Desserts eine Rangordnung zu erstellen, für den Fall, dass bestimmte Desserts nicht zu Verfügung stehen würden. Die Zweitpräferenz auf dieser ursprünglichen Liste, wenn sie denn erhoben worden wäre, wäre demnach identisch mit dem aktuell geäußerten Wunsch aus der um Tiramisu reduzierten Auswahl. Die beiden Verfahren sind insofern funktional äquivalent, d. h. sie führen zu demselben Verteilungsergebnis bezüglich der Desserts. Der Gast, der ursprünglich Tiramisu gewollt hätte, hat aber sicherlich keine „doppelte Erfolgchance“ auf einen Nachtisch, weil er zuerst einen Wunsch nach Tiramisu geäußert hat und dann noch einen anschließenden nach einem anderen Nachtisch. Denn ganz bestimmt erhält er ja nicht Tiramisu und dann noch den von ihm gewünschten „Ersatznachtisch“. Ganz im Gegenteil: Würden wir diesem Gast nicht die Möglichkeit einräumen, einen „Ersatzwunsch“ zu äußern, ginge er völlig leer aus und wäre somit gegenüber allen anderen Gästen benachteiligt. Die Fairness gebietet, seinen Ersatzwunsch zum Zug kommen zu lassen, da

20 Vgl. auch Möllers/Kokott/Vogt (2022), a. a.O., S. 7.

seine Erstpräferenz nicht mehr zur Verfügung steht. Die „Ersatzstimme“ für Panna cotta oder was auch immer nun vom Gast bestellt wird stellt also keinen Vorteil dar, sondern sie verhindert, dass es zu einem Nachteil kommt.

5.2. Kritik die technische Umsetzung betreffend

Einige Kritikpunkte betreffen eher Aspekte der Effizienz und der technischen Umsetzung.²¹ Sie sind daher keine grundsätzlichen Einwände gegen die Anwendbarkeit bzw. Zulässigkeit des Verfahrens wie die verfassungsrechtliche Kritik, sondern lediglich Bedenken, inwieweit der Einsatz des Verfahrens denn überhaupt sinnvoll ist. Aber auch diese Kritik beruht im Wesentlichen auf Missverständnissen hinsichtlich des Verfahrens bzw. der damit verfolgten Intentionen.

Den ersten dieser untergeordneten praxisorientierten Kritikpunkte möchte ich als „Kanonen gegen Spatzen“-Argument bezeichnen. Es bezieht sich darauf, dass die Ersatzstimme ja nur bei einem sehr kleinen Bruchteil der Wähler überhaupt zum Einsatz komme, nämlich nur bei denjenigen, die in einem Wahlkreis, in dem ein Überhangmandat produziert wird, für den Kandidaten gestimmt haben, der eine relative Mehrheit erhalten hat, dessen Mandat aber durch die Zweitstimmen nicht gedeckt wäre. Aber dieser Einwand verkennt die Funktion einer „Ersatz“-Stimme, die häufig in der Literatur ja mit gutem Grund auch als Eventualstimme bezeichnet wird, auf grundlegende Weise. Denn der Sinn einer Eventualstimme besteht ja – wie der Name schon sagt – gerade darin, dass sie nur unter bestimmten Umständen eingesetzt wird, die im Idealfall gar nicht auftreten. Hier verhält es sich wie mit einem Reserverad beim Auto. Im Idealfall sollten wir gar nicht darauf zurückgreifen müssen, aber es stellt eine Versicherung für den Fall dar, *wenn* es benötigt wird.

Aus demselben Grund ist das Argument, es handle sich um eine „unechte“ Ersatzstimme, weil sie nicht unbedingt bei allen Wählern, sondern nur konditional eingesetzt wird, irreführend bzw. nicht stichhaltig. Abgesehen davon, dass die konditionale Verwendung von nachfolgenden Präferenzen ein konstitutives Merkmal jedes Präferenzstimmgebungsverfahrens ist, ver-

21 Vgl. u. a. Robert Vehrkamp, „Politikwissenschaftliche Einwände und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einführung einer ‚unechten‘ Ersatz-Erststimme“, Vortragsmanuskript anlässlich der „Initiativtagung Ersatzstimme“ am 22./23. Oktober 2022 in Berlin; in überarbeiteter Form abgedruckt im vorliegenden Band.

kennt es wieder, dass gerade *in* der konditionalen Verwendung des Verfahrens der Sinn der ganzen Konstruktion liegt.

Den eigentlichen Zweck der Konstruktion ebenso verkennend ist der Vorwurf, mit der konditionalen Ersatzstimme werde das in ihr enthaltene „implizite Versprechen“ nicht eingelöst.²² Dieses implizite Versprechen soll darin bestehen, dass mit ihrer Hilfe die Ermittlung eines besseren Wahlkreissiegers ermöglicht werden soll. Wird die Ersatzstimme dann nicht im Sinne einer „echten“ Ersatzstimme für alle Wähler eingesetzt, bleiben sozusagen die Möglichkeiten des Verfahrens unausgeschöpft. Nun ist es nicht falsch, dass diese Möglichkeit bestünde; nur besteht in der Nutzung dieser Möglichkeit der Findung eines besseren Wahlkreissiegers eben nicht der eigentliche Zweck des Verfahrens. Wenn ich einen Hammer einsetze, um irgendetwas zu beschweren, ist es müßig darauf hinzuweisen, dass er noch besser zum Einschlagen von Nägeln genutzt werden könnte. Für den aktuellen Zweck aber benötige ich nur den Hammer *als* Gewicht. Oder zurück zum Ersatzrad: Wenn ich bei allen Autos von Anfang an das Reserverad montiere, anstatt nur bei denen, die einen Platten haben, upgrade ich nicht das „unechte“ Reserverad zum „echten“, sondern ich verkenne seinen Zweck, indem ich seine Verwendung auf absurde Weise überstrapaziere.

Der unkonditionierte allgemeine Einsatz der Ersatzstimme würde den eigentlichen Zweck sogar geradezu konterkarieren. Denn auch wenn ich nun erst einmal die „besseren“ Wahlkreissieger durch allgemeinen Einsatz der Ersatzstimme ermitteln würde, würde es dabei natürlich wieder genauso zu Überhangmandaten kommen, unter bestimmten Umständen könnten es sogar mehr sein als bei der normalen Verwendung der Ersatzstimme nur auf Bedarf. In Hinsicht auf die Bundestagsverkleinerung hätte man also nichts gewonnen, womöglich hätte man das Problem sogar verschärft.

Vor dem Hintergrund, dass auch bei der generellen Verwendung der Ersatzstimme wieder Direktmandate entstehen würden, die wegen mangelnder Zweitstimmendeckung gekappt werden müssten, wäre auch zu hinterfragen, ob es denn überhaupt ein Vorteil wäre, wenn die „Erstzuweisung“ der Wahlkreismandate nach diesem Verfahren erfolgen würde. Üblicherweise würde man hier folgendermaßen verfahren: Man selektiert in einer ersten „Vorauswahl“ die beiden Kandidaten mit der höchsten Anzahl von Erstpräferenzen. Dann überträgt man die Zweitpräferenzen aller Wähler, die für einen der anderen Kandidaten gestimmt haben, auf

22 Vehrkamp (2022-b), a. a.O., S. 1, bzw. *ders.*, „Echte‘ statt ‚unechte‘ Ersatz-Erststimme!“, abgedruckt im vorliegenden Band, Abschnitt 2.1.

einen der beiden „Stichwahl“-Kandidaten. Zweitpräferenzen, die für einen anderen Kandidaten abgegeben wurden, werden nicht gewertet. Derjenige der beiden „Stichwahl“-Kandidaten mit einer Mehrheit der so ermittelten Stimmenzahl erhält das Mandat. Ein solchermaßen ausgewählter Kandidat wäre in der Tat häufig ein besserer Repräsentant des Wahlkreises als einer, der lediglich durch eine einfache relative Mehrheit bestimmt wird. Aber er hätte dementsprechend auch eine stärkere legitimatorische Basis aufgrund der Stimmenergebnisse im Wahlkreis allein. Eine Nichtvergabe eines so gewonnenen Mandats wäre tendenziell daher schwieriger zu begründen als die eines Mandats, das nur aufgrund einer relativen Mehrheit gewonnen wurde.

6. Fazit

Die immer weiter ausufernde Bundestagsvergrößerung wird derzeit als das größte Problem unseres Wahlsystems betrachtet. Kappungsmodelle, die nicht durch Zweitstimmen gedeckte Direktmandate nicht vergeben, sind eine effektive und gut begründbare Methode, dieses Problem zu beheben. Allerdings wird es allgemein zumindest als mehr oder minder großes Problem betrachtet, wenn dadurch diese Wahlkreise gar nicht besetzt bleiben würden.

Die Ersatzstimmenregel, die im Ampelvorschlag vom Mai 2022 vorgesehen war, wäre geeignet, das Problem der ansonsten verwaisten Wahlkreise durch eine sinnvolle Nachrückerregelung zu beheben. Im Gegensatz zum einfacheren Verfahren für die Besetzung des Nachrückers durch den Zweiten im ursprünglichen Wahldurchgang verhilft es dem Wahlkreismandatsträger zu einer besseren legitimatorischen Basis, weil auch die Wähler des ausgeschiedenen Wahlkreiskandidaten, die ja zugleich auch die größte Wählergruppe sind, weiterhin an der Auswahl des Wahlkreiskandidaten beteiligt sind. Insbesondere ist das Verfahren effizient bei der Vermeidung extremer Wahlkreisgewinner. Die verfassungsrechtlichen und praxisorientierten Einwände sind nicht stichhaltig und fußen größtenteils auf Missverständnissen bei der Wirkungsweise des Verfahrens bzw. dem damit verfolgten Zweck. Solche Missverständnisse beruhen darauf, dass Präferenzstimmgebungsverfahren in Deutschland noch weitgehend unbekannt sind. Die Einführung eines Ersatzstimmenverfahrens auf der Bundesebene hätte somit auch die Chance eröffnet, die Öffentlichkeit mit der Wirkungsweise solcher Präferenzstimmgebungsverfahren vertraut zu machen, die ja auch

in anderen Kontexten, insbesondere Bürgermeisterwahlen, äußerst sinnvoll eingesetzt werden könnten. Es ist daher bedauerlich, dass dieses Element im Gesetzesentwurf der Ampel vom Januar 2023 wieder rausgefallen ist. Aber zumindest hat es eine gewisse Öffentlichkeit erlangt und somit besteht die nicht ganz unrealistische Aussicht, dass man sich des Verfahrens wieder erinnert, wenn die Probleme, die es beheben könnte, noch drängender geworden sind.

