

Die Beeinflussung des Maßstabs durch den Gegenstand des Wahlrechts

Matthias Rossi

I. Einleitung

Dieser Beitrag beschränkt sich nicht auf die Einführung und Ausgestaltung von Ersatzstimmen, sondern thematisiert das grundsätzliche Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und seiner Konkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht auf der einen Seite und den Spielräumen des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Wahlrechts auf der anderen Seite. Wenn er insofern ganz generell die Möglichkeiten des Gesetzgebers in den Blick nimmt, die nun schon in der dritten Legislaturperiode avisierte Reform des Wahlrechts voranzutreiben und womöglich gar zu einem (einstweiligen) Ende zu bringen, wird das Kernthema dieses Tagungsbandes, die Einführung von Ersatzstimmen, nicht verlassen, aber doch erweitert.

Anliegen des Beitrags ist es, allen beteiligten politischen Akteuren wie vor allem auch der sie beobachtenden Öffentlichkeit die Scheuklappen abzunehmen, die gerade beim Wahlrecht wie angewachsen erscheinen. Dabei ist das Wahlrecht sehr viel weniger verfassungsrechtlich determiniert, als gemeinhin angenommen und je nach parteipolitischen Präferenzen auch explizit postuliert wird: Auch und gerade bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ist die Versuchung groß, die eigenen politischen Wünsche als zwingende verfassungsrechtliche Gebote darzustellen. Nicht zu leugnen ist freilich, dass die gelebte Verfassungspraxis der Bundestagswahlen zu einer „Verfassungskultur“ geführt hat, an die sich Wähler und Parteien gleichermaßen gewöhnt und auf die sie sich eingestellt haben. Deshalb haben sich bisherige Vorschläge zu einer Reformierung des Wahlrechts überwiegend auf systemnahe Optionen beschränkt, unabhängig davon, ob sie primär negative Stimmgewichte vermeiden¹ oder die Größe des Bundestages verkleinern wollten. Doch zuletzt ist erkannt worden, dass die Größe des Bundestages nur ein Symptom, nicht hingegen das eigentliche

1 Vgl. etwa Pukelsheim/Rossi, JZ 2010, S. 922; Birkmeier/Oelbermann/Pukelsheim/Rossi, KritV 2011, S. 55.

Problem des Wahlrechts ist. Vorschläge, die „Aufblähung“ des Parlaments durch eine Reduzierung (also durch einen Neuzuschnitt) der Wahlkreise zu verhindern, wirkten insofern stets nur als Flickschusterei an einem System, dessen Grundstrukturen kaum noch zu erkennen sind.

So sehr man in einer Demokratie darüber streiten kann und auch diskutieren muss, ob deshalb eine Änderung der Grundstrukturen notwendig ist, so wenig steht doch außer Frage, dass dies jedenfalls eine mögliche Option ist. Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber immer wieder daran erinnert, dass ihm bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt und dass es ihm grundsätzlich offensteht, die Wahl als Mehrheitswahl oder als Verhältniswahl auszugestalten, beide Systeme miteinander zu verbinden oder strikt im Sinne eines Grabensystems voneinander zu trennen.² Auch in seinem knappen Beschluss zu Eventualstimmen betont das Bundesverfassungsgericht, „dass es [...] Sache des Gesetzgebers [ist], die mit einem Eventualstimmenrecht verbundenen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen und auf dieser Grundlage über dessen Einführung zu entscheiden.“³

Und doch hat auch das Bundesverfassungsgericht mit seinen präzisen und mitunter kleinteiligen Entscheidungen zwangsläufig dazu beigetragen, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers kleiner wurde, jedenfalls soweit an der bisherigen Kombination einer „mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ (§ 1 Abs. 1 BWahlG) festgehalten werden sollte. Beide, Bundestag und Bundesverfassungsgericht, haben sich bei der Ausgestaltung des Wahlrechts von einer breiten Straße auf immer engere Wege und zuletzt, so wird es jedenfalls empfunden, auf schmale Pfade begeben. Verantwortlich für die Wegwahl ist dabei nicht und schon gar nicht in erster Linie, was deutlich hervorzuheben ist, das Bundesverfassungsgericht. Jedenfalls kann ihm nicht die Absicht unterstellt werden, dem für das Wahlrecht verantwortlichen Gesetzgeber immer engere Grenzen zu setzen. Zutreffend ist aber auch, dass die verfassungsrechtlichen – oder verfassungsgerichtlichen – Maßstäbe immer enger geworden sind und dass dem deutschen Wahlrecht damit insbesondere im Namen der Wahlrechtsgleichheit Fesseln angelegt sind, die im Rechtsvergleich als eng und einschnürend empfunden werden müssen.

Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht, diese Fesseln wieder zu lockern.

2 BVerfGE 131, 316 (335 f.).

3 BVerfGE 146, 327 (361).

Auf der einen Seite könnte das Bundesverfassungsgericht die anstehende Hauptsacheentscheidung zum geltenden Wahlrecht nutzen, um seine Maßstäbe zu konzentrieren und konsolidieren, sich selbst gegebenenfalls also auch zu korrigieren. Denn das Wahlrecht als Herz der repräsentativen Demokratie braucht Luft zum Atmen. Allerdings stehen dieser Möglichkeit die (weniger rechtlich als institutionssoziologisch und faktisch begründete) Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts und auch die berechtigten Erwartungen der Kritiker des geltenden Wahlrechts entgegen, die sich ja gerade auf die bislang etablierten Maßstäbe berufen. Von Bedeutung wird das Urteil zum „alten“, durch die Änderungen im Jahr 2021 nur leicht modifizierten Wahlrecht von 2013⁴ weniger für das konkrete Wahlrecht sein, das trotz manchen politischen Unsicherheiten parallel zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bereits novelliert sein wird. Jenseits seiner konkreten Bedeutung für die allgemeine Legitimation des 20. Bundestages und für die Frage, ob die Wahl im Land Berlin nachgeholt werden muss, wird das Urteil vielmehr wegen seiner Maßstabsbildung bzw. -konkretisierung von langfristiger Bedeutung sein.

Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber es in der Hand, die Pfadabhängigkeit im Wahlrecht zu beenden und den verfassungsrechtlichen Maßstab wenn auch nicht auf Null zu setzen, so doch wieder erheblich zu verbreitern. Zurück auf Los! – ist deshalb eine Option, die das Spiel neu beginnen lassen kann, denn – und dies ist die zentrale These des Beitrags, die sich in dem Titel widerspiegelt – mit dem gesetzlichen Wahlrecht verändert sich auch der verfassungsrechtliche Maßstab. Die Entscheidung, eine „systemnahe“ Reform des Wahlrechts zu verwirklichen oder einen Wechsel des Systems zu bewirken, determiniert zugleich auch die verfassungsrechtlichen Grenzen – oder positiver ausgedrückt: die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten.

II. Verfassungsrecht und Verfassungskonkretisierung

Um diese These zu belegen, bedarf es eines Blicks auf das Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungskonkretisierung. Dabei besteht im Wahlrecht – wie etwa auch im Parteienrecht – die Besonderheit, dass die Verfassungskonkretisierung nicht etwa in erster Linie dem Verfassungsgericht, sondern umgekehrt zunächst dem Bundestag aufgegeben ist. Er bestimmt

4 Zu diesem imperfekten Wahlrecht vgl. *Pukelsheim/Rossi*, ZG 2013, 209 ff.

nach Art. 38 Abs. 3 GG „das Nähere“, er ist verantwortlich für die Schaffung und Ausgestaltung eines vollzugstauglichen Wahlrechts.

1. Grundgesetz und Gesetzgeber

Solche Regelungsaufträge enthält das Grundgesetz auch an vielen anderen Stellen. Sie betreffen etwa, um nur einige Beispiele zu nennen, im Bereich der Grundrechte die Kriegsdienstverweigerung und den Ersatzdienst sowie das Asylrecht, im Bereich der Bundesverwaltung den Luftverkehr, die Eisenbahn und die Bundesautobahnen sowie im Bereich der Finanz- und Haushaltsverfassung zahlreiche Regelungen über die Einnahmen und Ausgaben von Bund, Ländern und Gemeinden. Zum Teil erschöpft sich die Bedeutung dieser verfassungsrechtlichen Regelungsaufträge in einer föderalen Kompetenzzuweisung, soweit sie nämlich die Ausgestaltung explizit einem *Bundesgesetz* übertragen. Zum Teil geht ihre Bedeutung aber insoweit darüber hinaus, als sie Verfassungsrecht im materiellen Sinne betreffen. Das Verfassungsrecht im materiellen Sinne umfasst die Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen über Grundlagen, Organisation und Tätigkeit des Staates sowie über die Stellung der Bürger im Staat, also alle Bestimmungen, die ihrem „Wesen“ nach zum Staatsrecht gehören.⁵

Dazu zählt ohne Frage das Wahlrecht, das in einer ausschließlich repräsentativ ausgestalteten Demokratie essenziell ist für die Legitimationsvermittlung vom Volk als Inhaber der Staatsgewalt auf die sie ausübenden Staatsorgane. Insofern sind das Wahlgesetz, daneben aber etwa auch das Abgeordnetengesetz, das Parteiengesetz, das Bundesverfassungsgerichts-gesetz und viele andere Gesetze als verfassungskonkretisierende Gesetze zu qualifizieren. Bereits diese abstrakte Charakterisierung verdeutlicht, dass das Verfassungsrecht eben nicht nur der Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht, sondern auch der Konkretisierung durch den Gesetzgeber zugänglich ist. Verfassungsauslegung und Verfassungskonkretisierung stehen dabei grundsätzlich in einem Wechselverhältnis zueinander, sie beeinflussen und bedingen sich gegenseitig. Allerdings kommt der Verfassungskonkretisierung insofern eine größere Bedeutung zu, als sie für die Staatspraxis im Allgemeinen und die Durchführung von Wahlen im

5 Vgl. statt vieler Kloepfer, „Verfassungsrecht, Bd. I“, § 1 Rn. 107 ff.

Besonderen unverzichtbare Voraussetzung ist. Die etwas zurückhaltende Qualifizierung des Art. 38 Abs. 3 GG als „Regelungsauftrag“ darf deshalb nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich genau genommen um eine Regelungspflicht handelt. Diese Pflicht erschöpft sich freilich nicht im erst- und einmaligen Erlass eines Wahlgesetzes, sondern erstreckt sich – dies ist das Ergebnis der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Verfassungsinterpretation – auf die Pflicht, das Wahlrecht an der politischen Wirklichkeit auszurichten und es also zu ändern, wenn sich die tatsächlichen oder normativen Grundlagen geändert haben.⁶

a) Pflicht zur Gestaltungsfreiheit bei der Gesetzgebung

Besteht also eine Pflicht des Gesetzgebers, ein Wahlgesetz zu erlassen und unter Umständen eben auch anzupassen, kommt ihm dabei grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Dies betont auch das Bundesverfassungsgericht seit einem Urteil im ersten Band der Entscheidungssammlungen in ständiger Rechtsprechung, die es etwa in BVerfGE 121, 266 (296) wie folgt zusammenfasst:

„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 [...]. 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. 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

6 Vgl. bspw. BVerfGE 1, 208 (259); 120, 82 (107); 129, 300 (321); 135, 259 (287).

wird, die Systeme sachgerecht zusammenwirken und Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl nicht gefährdet werden.“

b) Verfassungsbindung des Wahlgesetzgebers

Bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ist der Gesetzgeber aber nicht vollständig frei, sondern in mehrfacher Hinsicht gebunden. Fünf verfassungsrechtliche Maßstäbe lassen sich benennen, die seine Gestaltungsoptionen leiten und begrenzen:

In erster Linie ist der Gesetzgeber an die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gebunden. „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt.“, heißt es in dieser Bestimmung, auf den der Gesetzgebungsauftrag des Art. 38 Abs. 3 GG zur Ausgestaltung „des Näheren“ nach Wortlaut und Systematik erkennbar bezogen ist. Im Einzelnen freilich entfalten die einzelnen Wahlrechtsgrundsätze unterschiedliche Bindungswirkungen. Denn wenn sie nach dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auch vorbehaltlos gewährleistet sind und Art. 38 III GG gerade keinen Gesetzesvorbehalt darstellt,⁷ sind Einschränkungen doch nach allgemeinen Grundsätzen durch die Notwendigkeit eines Ausgleichs mit kollidierenden Verfassungsgütern im Sinne praktischer Konkordanz zu rechtfertigen.⁸ Bereits hier kommt das Bundesverfassungsgericht ins Spiel, das eben nicht nur die allgemeinen Inhalte der einzelnen Wahlrechtsgrundsätze durch entsprechende Konkretisierungen bestimmt, sondern mit der Rechtfertigbarkeit von Eingriffen zugleich auch deren Reichweite. Dabei hat es sehr früh anerkannt, dass bei der Wahrnehmung des Regelungsauftrags in Art. 38 III GG „nicht jeder dieser [Wahlrechts-]Grundsätze in voller Reinheit verwirklicht werden kann.“⁹ Ohne die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu jedem einzelnen Wahlrechtsgrundsatz an dieser Stelle zu rekapitulieren, kann für alle festgehalten werden, dass sich die Einschränkung nicht zwingend als notwendig darstellen muss, sondern schon durch „Gründe gerechtfertigt sein kann, „die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das [dem jeweiligen Wahlrechtsgrundsatz] die Waage halten kann.“¹⁰

7 Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Art. 38 Rn. 66.

8 Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Art. 38 Rn. 65.

9 BVerfGE 3, 19 (24).

10 Mit Bezug auf den Grundsatz der Gleichheit der Wahl BVerfGE 95, 408 (418).

Vermittelt über zwei allgemeine rechtsstaatliche Anforderungen an die Gesetzgebung begrenzen die Wahlrechtsgrundsätze zweitens über ihre spezifische, je eigene Bedeutung hinaus den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers: Das Wahlrecht muss in sich stimmig und kohärent und es muss folgerichtig ausgestaltet sein. Wenn das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Folgerichtigkeit – zu Recht¹¹ – außerhalb des Steuerrechts¹² in jüngster Zeit auch nicht mehr als entscheidungsrelevanten Maßstab herangezogen hat, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass er gerade für die Rechtfertigung etwaiger Eingriffe in Wahlrechtsgrundsätze von essentieller Bedeutung ist. Bereits früh hat das Bundesverfassungsgericht deshalb klargestellt, dass

„innerhalb jedes Abschnitts der Wahl [...] Folgerichtigkeit herrschen muss. Wenn die Entscheidung für einen zusätzlichen Verhältnisausgleich fällt, muß in diesem Teil des Wahlverfahrens auch die Wahlgleichheit in ihrer spezifischen Ausprägung für die Verhältniswahl beachtet werden.“¹³

Der für sich selbst inhaltslose Maßstab der Folgerichtigkeit bewirkt dabei eine Selbstbindung des Gesetzgebers,¹⁴ die vereinfacht im Satz Goethes zum Ausdruck kommt: „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“. Hervorzuheben ist freilich, dass auch das Gebot der Folgerichtigkeit nicht absolut gilt, sondern seine Nichtbeachtung durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann.

Drittens unterliegt das Wahlrecht darüber hinaus besonders hohen Anforderungen an die Rechtsklarheit, wie das Bundesverfassungsgericht nicht müde wird zu betonen,¹⁵ ohne bislang das Wahlrecht jemals an diesem Maßstab hat scheitern lassen. Der Verlauf der mündlichen Verhandlung am 18. April 2023 über das Wahlrecht 2013 hat Spekulationen geweckt, im anhängigen Verfahren werde die Kompliziertheit des Wahlrechts möglicherweise zu seiner Achillesferse. Der Streit, ob alle Wähler oder nur wenige Experten das Wahlrecht verstehen müssen, betrifft dabei aber letztlich allein

11 Vgl. Rossi, „Inkonsequente Gesetzgebung“, in: Koch/Rossi (Hrsg.), „Kodifikation in Europa“, 2012, S. 149 ff.

12 Vgl. Jahndorf, StW 2016, S. 256 ff.

13 BVerfGE 1, 208 (246).

14 Vgl. Meßerschmidt, „Gesetzgebungsermessens“, 2000, S. 30 ff.; Klopfer, „Zur Bindung von Gesetzen an Gesetze“, in: ders. (Hrsg.), „Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung“, 2011, S. 93 ff.

15 Vgl. zuletzt BVerfGE 159, 40 (69) mit umfangreichen Verweisen auf die frühere Rechtsprechung.

die Frage, wie eine inhaltliche Entscheidung für ein Wahlsystem und ein Sitzzuteilungsverfahren im Gesetz selbst dargestellt und abgebildet wird. Es ist insofern letztlich ein formaler Maßstab, dem durch entsprechende Gesetzestechniken im Grunde leicht Genüge getan werden kann. Hingegen sind keine wahlrechtlichen Grundentscheidungen denkbar, die nur deshalb verfassungswidrig wären, weil sie nicht hinreichend klar darstellbar wären.

Viertens ist die Ausgestaltung des Wahlrechts an der politischen Wirklichkeit auszurichten, wie das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner ersten Entscheidung zum Wahlrecht betont¹⁶ und seitdem immer wieder wiederholt hat.¹⁷ Dies ist ein ausgesprochen interessanter Maßstab, der sogleich noch einmal aufzugreifen ist, weil er die grundsätzliche und fast schon philosophische Frage nach dem Verhältnis von Sein und Sollen betrifft. „Darf“ sich die Wirklichkeit nur im Rahmen des Rechts entfalten oder muss sich das Recht einer veränderten Wirklichkeit anpassen? Dass – bezogen auf das Wahlrecht – etablierte Parteien tendenziell eher auf die Kontinuität des geltenden Rechts vertrauen und neu formierte sich tendenziell mehr Einfluss durch eine Änderung des Rechts erhoffen, liegt auf der Hand. Doch es geht bei der Aufteilung des Kuchens nicht um alte und junge Hungrige, sondern um große und kleine Stücke. Insofern verändern sich auch die konkreten Interessen der einzelnen Parteien in Abhängigkeit von ihrem jeweiligen Wahlergebnis. Bereits dies zeigt, dass eine subjektive Betroffenheit keine gute Voraussetzung für die Ausgestaltung des Wahlrechts ist. Dass die Wahlrechtskommission in der 19. und 20. Legislaturperiode vom Bundestag eingesetzt und entsprechend der Stärkeverhältnisse der einzelnen Fraktionen auch mit Sachverständigen besetzt war, schuf insofern nicht die notwendige Distanz. Dass das Abstimmungsverhalten beim Beschluss über den Schlussbericht nun nicht nur von den Abgeordneten, sondern auch von den Sachverständigen in fast allen Punkten exakt entlang der Fraktionsgrenzen erfolgte,¹⁸ indiziert, dass das Trauerspiel beim Wahlrecht von der Kommission als Marionettentheater fortgesetzt wurde.

Und damit ist zugleich fünftens eine Brücke geschlagen zur Parteien-demokratie, die in Art. 21 GG ihren besonderen verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden hat, daneben aber natürlich schon in den Grundrechten wurzelt. Die Demokratie in Deutschland beruht nicht nur auf der Betätigungsfreiheit bereits existierender politischer Parteien, sondern auch

16 BVerfGE 1, 208 (259).

17 Vgl. bspw. BVerfGE 135, 259 (287); 129, 300 (321); 120, 82 (107).

18 So F.A.Z. v. 29.04.2023, S. 1.

auf der Gründungsfreiheit weiterer Parteien. Zudem sind die politischen Parteien, auch dies muss immer wieder in Erinnerung gerufen werden, eben nur zur „Mit“-Wirkung an der politischen Willensbildung des Volkes aufgerufen.

Mit dem Demokratieprinzip ist zuletzt der Grund oder Fluchtpunkt der Verfassungsbindung des Wahlgesetzgebers benannt: Sämtliche verfassungsrechtlichen Schranken dienen der Sicherung und Entfaltung des Demokratieprinzips, auch wenn umgekehrt dessen Konturen durch die Ausgestaltung des Wahlrechts konkretisiert werden. Aber im Kern steht das Wahlrecht im Dienst des Demokratieprinzips. Kennzeichnend für eine Demokratie ist, um das in aller Kürze zu rekapitulieren, unter anderem die Chance einer politischen Minderheit, bei den nächsten Wahlen zur Mehrheit werden zu können.

2. Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht

Diese verfassungsrechtlichen Maßstäbe sind es, die das Bundesverfassungsgericht ins Spiel bringt. Während der Gesetzgeber den Gegenstand des Wahlrechts ausgestaltet, konkretisiert das Verfassungsgericht quasi von umgekehrter Seite dessen Maßstab. Insoweit kommt es zu dem vielfach beschriebenen Wechselspiel zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht, das gerade in Bezug auf das Wahlrecht als ermüdend empfunden wird.

Dass der Gestaltungsspielraum dabei zunehmend kleiner wurde, hat vielfältige Ursachen – neben der Bindung des Gesetzgebers an die Entscheidungen des Gerichts und dessen eigene Selbstbindung spielen sicherlich auch die einen oder anderen privaten Akteure eine Rolle, die das Bundesverfassungsgericht überhaupt erst mit Teilaspekten und grundsätzlichen Fragen befasst haben. Freilich darf der Finger nicht auf die gerichtet werden, die entgegen der politischen Mehrheit auf einen rechtlichen Mangel hinweisen. Aber klüger wäre es sicherlich, nicht erst nach, sondern vor Anwendung des Wahlrechts Klarheit über dessen Verfassungskonformität zu erhalten.

Insofern sollte nicht nur der Inhalt des Wahlrechts, sondern auch das Verfahren zu seinem Erlass auf den Prüfstand gestellt werden und ein gesondertes Verfahren entwickelt werden, das vielleicht auch eine antizipierte Normprüfung durch das Bundesverfassungsgericht impliziert. Weil auch sie den Konflikt zwischen dem wahlrechtsändernden Bundestag und

dem wahlrechtskontrollierenden Bundesverfassungsgericht nicht vollständig verhindern kann, ist es notwendig, eine demokratische Selbstverständlichkeit zu konkretisieren und in Verfassungsrecht zu gießen: Ein Parlament darf die Grundlagen seiner Macht stets nur für die Zukunft ändern. Änderungen des Wahlrechts – wie im Übrigen auch des Parteienrechts und des Abgeordnetenrechts – sollten grundsätzlich nur für die übernächste Legislaturperiode beschlossen werden können. Ein solcher „zeitlicher Unterbrecher“ schaffe nicht nur Distanz, sondern auch Zeit für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung. Dass neben einem zeitlichen vor allem auch ein institutioneller „Unterbrecher“ sinnvoll wäre, etwa in Gestalt obligatorischer Volksentscheidungen,¹⁹ ergibt sich daneben aus dem besonderen Charakter des Wahlrechts als materiellem Verfassungsrecht – das zu ändern eben nicht der *pouvoir constitué* zusteht, sondern der *pouvoir constituant* vorbehalten ist.

So berechtigt im Übrigen der Wunsch nach einem verlässlichen und dauerhaften Wahlrecht auch sein mag, so sehr ist eben auch zu berücksichtigen, dass das Wahlrecht gegebenenfalls an die sich verändernde Wirklichkeit angepasst werden muss. Die Frage, ob sich die Wirklichkeit nur im Rahmen des geltenden Wahlrechts entfalten darf oder ob umgekehrt dieser Rahmen an eine sich verändernde Wirklichkeit angepasst werden muss, ist vom Bundesverfassungsgericht mit Nachdruck und aus guten Gründen zu Gunsten einer Anpassungspflicht des Rechts entschieden worden. Denn die Voraussetzungen für eine gelebte Demokratie mit einer Willensbildung von unten nach oben werden namentlich durch die Gründungs- und Betätigungsfreiheit politischer Parteien und die effektive, also nicht nur formale Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen gewährleistet. Wenn sich in Wahrnehmung dieser Freiheits- und Mitwirkungsrechte ein Parteienspektrum und ein Wahlverhalten entwickelt, das eine Sitzzuteilung nach dem geltenden Wahlrecht erschwert, mit einer unsicheren Gesamtgröße des Bundestages einhergeht oder, schlimmer noch, dazu führt, dass eine relevante Anzahl von abgegebenen Stimmen in der Sitzzuteilung unberücksichtigt bleibt, dann ist dies nicht etwa hinzunehmen, sondern dann ist das Wahlrecht entsprechend anzupassen. Das sog. Böckenförde-Diktum, nach dem „der freiheitliche säkularisierte Staat [...] von Voraussetzungen [lebt], die er selbst nicht garantieren kann“, darf insoweit nicht resignativ verstanden werden, sondern bedeutet im Umkehrschluss vielmehr, dass der Staat alles tun muss, um diese Voraussetzungen jedenfalls so weit wie

19 Vgl. Rossi, *VerfBlog* 2021/8/19.

möglich zu gewähren. Im Idealfall wird ein Wahlsystem gefunden, dass mögliche Entwicklungen der Wirklichkeit bereits antizipiert und systemimmanent integriert. Ein solches Wahlsystem würde die ihm zukommende Stabilisierungsfunktion gleichermaßen erfüllen wie seine Flexibilitätsaufgabe. Es wäre ein resilientes Wahlrecht.

III. Beeinflussung des Maßstabs durch die Ausgestaltung des Wahlrechts

Von diesen grundsätzlichen Überlegungen abgesehen hat der Gesetzgeber es auch ohne zusätzliche direktdemokratische Legitimation in der Hand, den Maßstab zu beeinflussen, an dem das Bundesverfassungsgericht sein Produkt anschließend messen wird.

1. Entscheidung für Wahlsystem

a) Verhältnis- oder Mehrheitswahl

Ob der Gesetzgeber im Jahre 2022 wirklich noch frei ist, zwischen den Systemen der Verhältnis- und der Mehrheitswahl zu entscheiden, ist fraglich. Weniger als die über 70 Jahre gelebte Verfassungskultur als vielmehr der (berechtigte) Appell des Bundesverfassungsgerichts, bei der Ausgestaltung des Wahlrechts die politische Wirklichkeit zu berücksichtigen, spricht deutlich gegen die Möglichkeit, ein ausschließliches Mehrheitswahlrecht zu etablieren. Weil dies aber – jedenfalls auf nationaler Ebene – derzeit gar nicht zur Disposition steht, soll die Frage auch nicht vertieft werden.

b) Kombination aus Verhältnis- und Mehrheitswahl

Interessanter ist die Frage, wie Verhältnis- und Mehrheitswahl miteinander kombiniert werden können. Derzeit wird auf Bundesebene „nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ gewählt. Die genaue Formulierung lädt zu vielfältigen Auslegungsversuchen ein, die Verhältniswahl als bestimmendes Element zu begreifen, der die Personenwahl nur attributiv zugeordnet sei. Zwar erscheint eine solche Auslegung durchaus sympathisch, eine solche Interpretation überschreitet aber wohl die Intention des Gesetzgebers und vor allem die Grenzen der Auslegung. Entscheidend ist im Kontext der Wahlreform ohnehin viel-

mehr die Möglichkeit des Gesetzgebers, durch präzise Formulierungen exakt festzulegen, in welchem Verhältnis Mehrheits- und Verhältniswahl zueinander stehen sollen. An solche gesetzlichen Festlegungen ist das Bundesverfassungsgericht dann gebunden, wenn es etwa den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit getrennt auf zwei Teilsysteme oder verbunden auf das Gesamtergebnis zu beziehen hat.

c) Nullung der bisherigen Rechtsprechung

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Neubestimmung des Verhältnisses von Mehrheits- und Verhältniswahl, wie sie ja etwa durch die Nichtberücksichtigung des schwächsten Ergebnisses einer direkten Wahlkreiswahl im Falle von Überhangmandaten der betreffenden politischen Partei vorgenommen werden würde, ist das Bundesverfassungsgericht an diese Entscheidung gebunden. Die Neugestaltung des Wahlrechts bewirkt insoweit – jedenfalls partiell – eine Nullung der bisherigen Wahlrechtsprechung. Einwände, einem entsprechenden Wahlkreiskandidaten würde auf diese Weise die bereits vorgenommene Sitzzuteilung wieder genommen, verfangen nicht, weil der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass die Sitzzuteilung bei der Personenwahl künftig von zwei Voraussetzungen abhängen soll. Die in der politischen Diskussion häufig vorgebrachte Argumentation, einem Wahlkreisgewinner würde sein Sieg hinterher wieder aberkannt, ist erkennbar unzutreffend und leicht als – leider offenbar wirkmächtige – Demagogie zu entlarven. Ihr sollte journalistisch entgegengetreten werden, und sei es mit einem (hinkenden) Beispiel aus dem Fußball: Auch ein Tor zählt nur, wenn es nicht aus einer Abseitsposition heraus erzielt wird.

2. Umrechnung von Stimmen in Sitze

Denn nicht nur die Entscheidung für ein Wahlsystem bzw. für ein Mischmodell der Wahlsysteme, sondern auch die Umrechnung von Stimmen in Sitze unterliegt der Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Diese ist nicht bereits durch die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beschränkt, sondern grundsätzlich offen. Hier ist also zunächst Luft für die Einführung eines Ersatzstimmensystems, ohne dass ein solches bereits per se verfassungswidrig wäre. Dem in diesem Band ausführlich besprochen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung einer Eventualstimme ist insofern allein zu entnehmen, dass der Gesetzgeber

nicht verpflichtet ist, ein solches Wahlsystem einzuführen. Die fehlende Pflicht nimmt ihm freilich nicht die Möglichkeit, sich für ein Ersatzstimmensystem zu entscheiden.

3. Maßgebliche Zielsetzungen

Will der Gesetzgeber freilich nicht nur das Wahlrecht, sondern zugleich auch dessen verfassungsrechtlichen Maßstab verändern, ist er gehalten, seine Zielsetzungen möglichst klar zum Ausdruck zu bringen – im Idealfall im Gesetz selbst, nur notfalls auch in der Gesetzesbegründung.

Diese Klarstellungen sollten nicht nur eindeutig erkennen lassen, in welchem Verhältnis die zur Anwendung kommenden Wahlsysteme zueinander stehen, sondern sollten vor allem auch offenlegen, aus welchen Gründen sich das Gesetz für diese Kombination entscheidet. Damit kann er den rechtfertigenden Gründen für eine Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze entscheidendes Gewicht verleihen. Neben der Funktionsfähigkeit der Regierung – und zunächst der des Parlaments – ist ohne Frage auch die Begrenzung der Größe des Bundestages ein legitimes Ziel, unabhängig davon, ob primär auf dessen Entscheidungsfähigkeit oder auf finanzielle Aspekte abgehoben wird.

Insofern ist es ausgesprochen klug, dass der sog. Ampel-Entwurf für ein modifiziertes Wahlrecht²⁰ nicht nur das Sitzzuteilungsverfahren in den §§ 4 bis 6 BWahlG ändert, sondern vor allem auch § 1 BWahlG. Statt „Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ gelten für die Wahl zum Deutschen Bundestag künftig die „Grundsätze der Verhältniswahl“. Damit geht eine Veränderung des Maßstabs einher, die nicht nur die skizzierte Selbstbindung des Gesetzgebers betrifft, sondern eben auch das Bundesverfassungsgericht.

Der Bundestag wäre insofern auch frei, dies sei in diesem Band hervorgehoben, sich an zentraler Stelle für ein solches Ersatzstimmensystem, für ein Rangfolgensystem oder für sonstige Wahlsysteme zu entscheiden.

20 BT-Drs. 20/5370.

IV. *Beeinflussung des Wahlrechts durch die Ausgestaltung des Verfassungsrechts*

Abschließend sei neben dem verfassungskonkretisierenden Gesetzgeber und dem verfassungsinterpretierenden Verfassungsgericht auch noch die Rolle des verfassungsändernden Gesetzgebers beleuchtet. Denn natürlich erscheint es naheliegend, das Wahlrecht mit verfassungsändernder Mehrheit schlicht auf Verfassungsebene so festzuzurren, dass es dem Gesetzgeber erschwert wird, es mit einfacher Mehrheit wieder zu ändern. Ob der Demokratie in Deutschland damit ein Dienst erwiesen wird, sei dahingestellt. In jedem Fall kann ein solcher Eindruck entstehen, dass die grundsätzlichen Spielregeln dauerhaft und jedenfalls legislaturperiodenübergreifend zu Gunsten derjenigen politischen Parteien zementiert werden sollen, deren Abgeordnete in einer Legislaturperiode eine verfassungsändernde Mehrheit erreichen.

Dass dieser Versuch auch nach hinten losgehen kann, illustriert ein Beispiel aus dem Saarland. Dort ist im Jahre 2016 mit den Stimmen von SPD und CDU eine 5 %-Sperrklausel in Art. 66 Absatz 1 Satz 3 der Verfassung des Saarlandes aufgenommen worden. Doch diese Verankerung in der Verfassung bewirkt nicht etwa eine dauerhafte verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit, sondern verpflichtet den Gesetzgeber vielmehr, die bereits ex ante zu prognostizierenden und jedenfalls prognostizierbaren Eingriffe auf andere Weise zu minimieren. Denn die vom Bundesverfassungsgericht und auch vom Verfassungsgerichtshof des Saarlandes betonte Pflicht zur permanenten Überprüfung des geltenden Wahlrechts an der politischen Wirklichkeit ist keine rein formale Verpflichtung, sondern nur ein erster Schritt, der im zweiten Schritt gegebenenfalls eine Anpassung des Wahlrechts an die veränderte Wirklichkeit verlangt. Diese Option hat der Landtag sich aber genommen, indem er die Sperrklausel in einen verfassungsrechtlichen Rang gehoben hat und damit wohl meint, den Maßstab abschließend verändert zu haben, den der Verfassungsgerichtshof bei der Beurteilung der gesetzlichen Ausgestaltung des Wahlrechts und seiner Anwendung anzulegen hat.

Doch die von den Verfassungsgerichten betonte Pflicht zum permanenten Abgleich des Wahlrechts mit der politischen Wirklichkeit wird nicht allein durch die mit einer Sperrklausel einhergehenden Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit ausgelöst. Vielmehr muss stets das gesamte Wahlrecht mit all seinen Ausgestaltungen daraufhin überprüft werden, ob es mit der politischen Wirklichkeit noch in Einklang steht.

Die Evaluationspflicht selbst hat sich durch die Anhebung der Sperrklausel auf die Verfassungsebene also nicht geändert.

Verändert hat sich indes der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für den Fall, dass die veränderte politische Wirklichkeit zu massiven Eingriffen in die Wahlrechtsgrundsätze führt, namentlich in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit. Denn der (einfache) Gesetzgeber kann nun nicht mehr etwa schlicht das Quorum ändern, sondern muss andere Lösungen finden, um die entsprechenden Eingriffe quantitativ abzumildern oder qualitativ zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat sich mit der Anhebung der Sperrklausel auf die verfassungsrechtliche Ebene somit seinen eigenen Gestaltungsspielraum verengt.

Dieser unter der Geltung der Verfassung des Saarlands verengte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers steht einer Berufung auf die sog. Eventualstimmen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. September 2017 entgegen.²¹ Mag diese Entscheidung – von manchen sachwidrigen Argumenten abgesehen – auch insofern zutreffend sein, als es grundsätzlich keine verfassungsrechtliche Pflicht zu einem Wahlsystem gibt, das Eventualstimmen vorsieht, ein solches System aber verfassungsrechtlich zulässig wäre, so gilt dies eben nur, solange der Gesetzgeber über ausreichenden verfassungsrechtlich umgrenzten Spielraum verfügt, auf mit veränderten Umständen der politischen Wirklichkeit einhergehende Eingriffe in Wahlrechtsgrundsätze gesetzlich zu reagieren. In solchen Fällen kann er beispielsweise das Quorum einer Sperrklausel absenken oder sie vollständig aufheben. Fehlt ihm dieser Spielraum hingegen, weil er durch enge verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden ist, muss er sich entweder durch entsprechende verfassungsändernde Mehrheit wieder einen größeren Spielraum verschaffen oder innerhalb des begrenzten Spielraums mit neuen Instrumenten versuchen, den Wahlrechtsgrundsätzen zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Einführung eines Ersatzstimmenwahlsystems wäre eines dieser Instrumente.

21 BVerfGE 146, 327

