

Bundesverfassungsgericht

Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

**Antrag auf abstrakte Normenkontrolle**  
**nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG**  
**und Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG**

der Abgeordneten des Deutschen Bundestags


Doris Achelwilm, Grigorios Aggelidis, Gökay Akbulut, Renata Alt, Luise Amtsberg, Christine Aschenberg-Dugnus, Lisa Badum, Annalena Baerbock, Simone Barrientos, Dr. Dietmar Bartsch, Nicole Bauer, Margarete Bause, Dr. Danyal Bayaz, Canan Bayram, Jens Beeck, Lorenz Gösta Beutin, Matthias W. Birkwald, Heidrun Bluhm-Förster, Dr. Jens Brandenburg, Mario Brandenburg, Michel Brandt, Dr. Franziska Brantner, Agnieszka Brugger, Sandra Bubendorfer-Licht, Christine Buchholz, Dr. Birke Bull-Bischoff, Dr. Marco Buschmann, Karlheinz Busen, Jörg Cezanne, Dr. Anna Christmann, Carl-Julius Cronenberg, Sevim Dağdelen, Dr. Janosch Dahmen, Britta Katharina Dassler, Fabio De Masi, Dr. Diether Dehm, Ekin Deligöz, Bijan Djir-Sarai, Anke Domscheit-Berg, Katharina Dröge, Christian Dürr, Hartmut Ebbing, Harald Ebner, Klaus Ernst, Dr. Marcus Faber, Susanne Ferschl, Daniel Föst, Brigitte Freihold, Otto

Fricke, Sylvia Gabelmann, Matthias Gastel, Kai Gehring, Stefan Gelbhaar, Nicole Gohlke, Katrin Göring-Eckardt, Erhard Grundl, Dr. Gregor Gysi, Thomas Hacker, Dr. André Hahn, Anja Hajduk, Reginald Hanke, Heike Hänsel, Britta Haßelmann, Peter Heidt, Katrin Helling-Plahr, Markus Herbrand, Torsten Herbst, Katja Hessel, Dr. Gero Clemens Hocker, Manuel Höferlin, Dr. Bettina Hoffmann, Dr. Christoph Hoffmann, Dr. Anton Hofreiter, Matthias Höhn, Ottmar von Holtz, Reinhard Houben, Andrej Hunko, Ulla Ihnen, Olaf in der Beek, Dieter Janecek, Ulla Jelpke, Gyde Jensen, Dr. Christian Jung, Dr. Kirsten Kappert-Gonther, Kerstin Kassner, Uwe Kekeritz, Dr. Achim Kessler, Katja Keul, Sven-Christian Kindler, Katja Kipping, Karsten Klein, Maria Klein-Schmeink, Dr. Marcel Klinge, Daniela Kluckert, Pascal Kober, Dr. Lukas Köhler, Carina Konrad, Jan Korte, Sylvia Kotting-Uhl, Jutta Krellmann, Oliver Krischer, Wolfgang Kubicki, Konstantin Kuhle, Christian Kühn, Stephan Kühn, Alexander Kulitz, Renate Künast, Markus Kurth, Alexander Graf Lambsdorff, Caren Lay, Monika Lazar, Ulrich Lechte, Sven Lehmann, Sabine Leidig, Steffi Lemke, Ralph Lenkert, Michael Leutert, Stefan Liebich, Christian Lindner, Dr. Tobias Lindner, Michael Georg Link, Dr. Gesine Lötzsich, Oliver Luksic, Thomas Lutze, Till Mansmann, Dr. Jürgen Martens, Pascal Meiser, Christoph Meyer, Irene Mihalic, Amira Mohamed Ali, Cornelia Möhring, Niema Movassat, Norbert Müller (Potsdam), Alexander Müller, Claudia Müller, Roman Müller-Böhm, Beate Müller-Gemmeke, Frank Müller-Rosentritt, Zaklin Nastic, Ingrid Nestle, Dr. Alexander S. Neu, Prof. Dr. Martin Neumann, Matthias Nölke, Thomas Nord, Dr. Konstantin von Notz, Omid Nouripour, Friedrich Ostendorff, Cem Özdemir, Petra Pau, Lisa Paus, Sören Pellmann, Victor Perli, Tobias Pflüger, Filiz Polat, Hagen Reinhold, Ingrid Remmers, Martina Renner, Bernd Reuther, Bernd Riexinger, Tabea Rößner, Claudia Roth, Dr. Manuela Rottmann, Corinna Rüffer, Manuel Sarrazin, Dr. h. c. Thomas Sattelberger, Christian Sauter, Frank Schäffler, Ulle Schauws, Dr. Wieland Schinnenburg, Dr. Frithjof Schmidt, Stefan Schmidt, Charlotte Schneidewind-Hartnagel, Eva-Maria Schreiber, Kordula Schulz-Asche, Matthias Seestern-Pauly, Frank Sitta, Dr. Petra Sitte, Judith Skudelny, Dr. Hermann Otto Solms, Helin Evrim Sommer, Bettina Stark-Watzinger, Kersten Steinke, Dr. Marie-Agnes Strack-Zimmermann, Friedrich Straetmanns, Benjamin Strasser, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Margit Stumpp, Katja Suding, Dr. Kirsten Tackmann, Jessica Tatti, Linda Teuteberg, Michael Theurer, Stephan Thomae, Manfred Todtenhausen, Dr. Florian Toncar, Markus Tressel, Jürgen Trittin, Prof. Dr. Andrew Ullmann, Gerald Ullrich, Alexander Ulrich, Dr. Julia Verlinden, Johannes Vogel, Kathrin Vogler, Dr. Sahra Wagenknecht, Andreas Wagner, Daniela Wagner,

Beate Walter-Rosenheimer, Sandra Weeser, Harald Weinberg, Katrin Werner, Nicole Westig, Wolfgang Wetzels, Katharina Willkomm, Hubertus Zebel, Gerhard Zickenheiner, Pia Zimmermann, Sabine Zimmermann,

sämtlich: Platz der Republik 1, 11011 Berlin

Prozessbevollmächtigte:

Prof. Dr. Sophie Schönberger, 

Namens und in Vollmacht der Antragsteller beantrage ich,

**festzustellen, dass Artikel 1 Nr. 3-5 des fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl. I S. 2395) mit Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig ist,**

und gleichzeitig,

**im Wege der vorläufigen Regelung anzuordnen, dass Artikel 1 Nr. 3-5 des fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl. I S. 2395) bei der Wahl zum 20. Deutschen Bundestag nicht anzuwenden ist.**

Die Vollmachten liegen als *Anlage 1* bei.

## **Begründung:**

### **A. Sachverhalt**

Gegenstand des Antrags sind Artikel 1 Nr. 3-5 des fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl. I S. 2395, beigelegt als Anlage 2). Durch Nr. 3 der Norm wurde § 6 BWahlG einer umfassenden Änderung unterzogen. Nr. 4 der Vorschrift sieht eine darauf beruhende redaktionelle Anpassung in § 46 BWahlG, Nr. 5 eine darauf beruhende inhaltliche Anpassung von § 48 BWahlG vor. Ziel des Gesetzes ist es insofern, das Sitzzuteilungsverfahren bei der Wahl zum Deutschen Bundestag zu modifizieren. Zum einen wird eine Regelung in den Gesetzestext aufgenommen, mit der in Zukunft „bis zu drei“ Überhangmandate unausgeglichen bleiben sollen. Zum anderen soll die Berechnung der Anzahl der „Ausgleichsmandate“ so modifiziert werden, dass die Hälfte der auf eine nicht „überhängenden“ Landesliste einer „Überhangpartei“ rechnerisch entfallenden Mandate zur internen Kompensation von Überhangmandaten herangezogen werden können.

Zur Regelung über die unausgeglichenen Überhangmandate in Nr. 3 führt die Gesetzesbegründung aus:

*„Der Entwurf nimmt nunmehr zur Reduzierung der Bundestagsgröße drei Überhangmandate in Kauf, indem er bei der Berechnung der Sitzzahlerhöhung nach § 6 Absatz 5 Satz 4 bis zu drei nicht anrechenbare Direktmandate unberücksichtigt lässt, und erst danach der Ausgleich durch Sitzzahlerhöhung einsetzt, so dass bei der endgültigen Sitzverteilung in der 2. Stufe nach § 6 Absatz 6 Satz 4 und 5 künftig bis zu drei unausgeglichene Überhangmandate entstehen können. Die damit in Kauf genommene Proporzbeeinträchtigung dürfte noch nicht dazu führen, dass der Ausgleich zwischen dem Anliegen möglichst proportionaler Abbildung des Zweitstimmenergebnisses und dem mit der Personenwahl verbundenen Belang uneingeschränkter Erhalts von Wahlkreismandaten nicht mehr als gewahrt anzusehen wäre.“*

Zur Änderung der Verteilung errungener Mandate auf die Landeslisten bei Parteien, die Überhangmandate erringen, führt der Gesetzentwurf auf:

*„So wie der Entwurf künftig eine maßvolle Disparität zwischen Listenmandaten und Wahlkreismandaten sowie eine geringfügige Verzerrung des Parteienproporz durch die Inkaufnahme von bis zu drei unausgeglichene Überhangmandaten in Kauf nimmt, wird eine Verzerrung des föderalen Proporz durch Anrechnung von Direktmandaten auf Listenmandate in anderen Ländern teilweise in Kauf genommen. Denn wenn die Sitzzahlerhöhung nach § 6 Absatz 5 Satz 1 BWG künftig nicht mehr in Höhe der in der ersten Stufe aus der Wahl nach Landeslisten zuzüglich der darauf nicht anrechenbaren Direktmandate, sondern nur noch die Zahl der Direktmandate oder, wenn diese höher ist, den Mittelwert zwischen der Zahl der Direktmandate und der Zahl der Listenmandate garantiert, dann ist den Landeslisten nur noch die Hälfte der Listenmandate garantiert, die andere Hälfte kann zur Anrechnung von Direktmandaten in anderen Ländern benutzt werden.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 7.

Zur durch Nr. 5 erfolgenden Anpassung in § 48 BWahlG führt der Gesetzentwurf aus:

*„§ 48 Absatz 1 Satz 2 trifft eine Sonderregelung für den Fall, dass ein Wahlkreisabgeordneter einer Partei mit unausgeglichene Überhangmandaten aus dem Bundestag ausscheidet, wenn der Abgeordnete aus einem Land kommt, in dem eine Überhangmandatssituation vorlag. Durch die Änderung in Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc können zukünftig wieder bis zu drei Überhangmandate auftreten. Nach der endgültigen Sitzverteilung in der zweiten Stufe fallen zwar maximal drei Überhangmandate bei einer Partei an; diese lassen sich aber bei mehr Überhangsituationen einer Partei als für sie entfallende Überhangmandate nicht ermitteln, Daher könnte jedes Direkt-*

*mandat einer Partei in Ländern mit Überhangsituationen potentiell ein unausgeglichenes Überhangmandat sein. Die für diesen Fall durch das Gesetz zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl. I S. 394) in § 48 Absatz 1 Satz 2 getroffene Regelung, die durch das 22. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 3. Mai 2013 (BGBl. I S. 1082) gegenstandslos wurde, wird dadurch wieder erforderlich. Der wieder eingefügte § 48 Absatz 1 Satz 2 führt dazu, dass die in § 48 Absatz 1 Satz 1 für solche Fälle grundsätzlich geregelte Nachbesetzung aus der Landesliste, für die der Abgeordnete bei der Wahl aufgetreten ist, nicht zur Anwendung kommt, wenn der Abgeordnete aus einem Land kommt, in dem eine Überhangmandatssituation vorlag, solange die betroffene Partei unausgeglichene Überhangmandate im Sinne des § 6 Absatz 6 Satz 4 erlangt hat.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 9.

### **B. Zulässigkeit des Antrags auf abstrakte Normenkontrolle**

Der Antrag ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG zulässig. Die 217 Antragsteller sind Mitglieder des Bundestages. Zusammen stellen sie mehr als ein Viertel der 709 Mitglieder des Bundestags. Sie halten den antragsgegenständlichen Artikel 1 Nr. 3-5 des fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl. I S. 2395) aus den nachfolgend näher bezeichneten Gründen für mit Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und 21 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig.

### **C. Begründetheit des Antrags auf abstrakte Normenkontrolle**

Der Antrag auf abstrakte Normenkontrolle ist begründet. Die angegriffenen Normen verstoßen gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgende Gebot der Normenklarheit, das im Bereich des Wahlrechts durch das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG konkretisiert wird (dazu unter I.). Durch die Gewährung von drei ausgleichslosen Überhangmandaten verstoßen sie zudem gegen die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG (dazu unter II.).

## **I. Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit**

### **1. Verfassungsrechtlicher Maßstab**

Nach dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG ist der Gesetzgeber gehalten, Gesetze hinreichend bestimmt zu fassen.

BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 78, 205 (212); 103, 332 (384); 131, 316 (342).

Welcher Grad an Bestimmtheit geboten ist, lässt sich nicht generell und abstrakt festlegen, sondern hängt von der Eigenart des Regelungsgegenstands und dem Zweck der betreffenden Norm ab.

BVerfGE 89, 69 (84); 103, 111 (135); 123, 39 (78 f.); 131, 316 (342).

Die Notwendigkeit der Auslegung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung nimmt ihr noch nicht die Bestimmtheit, die der Rechtsstaat von einem Gesetz fordert.

BVerfGE 78, 205 (212); 83, 130 (145); 119, 394 (416); 131, 316 (342).

Trotzdem setzt das Rechtsstaatsprinzip der Offenheit gesetzlicher Formulierungen klare Grenzen. Dies ergibt sich zum einen schon objektiv aus der Funktion der Gesetzgebung, die in einem sehr grundlegenden Sinne darin liegt, normative Regeln durch den Gesetzgeber als demokratisch legitimiertes Organ treffen zu lassen. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet es daher, den Willen der an der Gesetzgebung beteiligten Verfassungsorgane zurechenbar festzustellen.

BVerfGE 106, 310 (332).

Nur wenn dieser Wille feststellbar ist, kann überhaupt eine demokratisch legitimierte Entscheidung vorliegen.

Darüber hinaus erfordert das Rechtsstaatsprinzip auch eine hinreichende Klarheit gesetzlicher Regelungen im Hinblick auf den Normunterworfenen. Gesetzliche Regelungen müssen so gefasst sein, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag.

BVerfGE 45, 400 (420); 58, 257 (278); 62, 169 (183); 83, 130 (145); 108, 52 (75);  
131, 88 (123).

Die Anforderungen an die Normenklarheit sind daher erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert.

BVerfGE 62, 169 (183); 83, 130 (145); 108, 52 (75).

Allerdings gelten diese erhöhten Anforderungen der Normenklarheit nicht nur bei Eingriffen in die Freiheitssphäre des Einzelnen. Auch bei der Gewährung von Leistungen müssen die Normen in ihrem Inhalt entsprechend ihrer Zwecksetzung für die Betroffenen klar und nachvollziehbar sowie in ihrer Ausgestaltung widerspruchsfrei sein.

BVerfGE 108, 52 (75).

Nichts Anderes kann gelten, wenn keine Grundrechte, sondern ein grundrechtsgleiches Rechte wie das Wahlrecht des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG betroffen ist. Das Recht, an der Wahl der Volksvertretung teilzunehmen, ist „das vornehmste Recht des Bürgers im demokratischen Staat.“

BVerfGE 1, 14 (33); 151, 1 (46); 151, 152 (166).



Das Wahlrecht ist der wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe. In der vom Grundgesetz gestalteten Staatsordnung kommt der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages eine maßgebliche Bedeutung zu. Ohne freie und gleiche Wahl desjenigen Organs, das einen bestimmenden Einfluss auf die Regierung und Gesetzgebung des Bundes hat, bleibt das konstitutive Prinzip personaler Freiheit unvollständig.

BVerfGE 123, 267 (340).

Wenn das verfassungsunmittelbar garantierte Wahlrecht auf einfachgesetzlicher Ebene durch das Bundeswahlgesetz ausgestaltet wird, so wirkt es daher unmittelbar auf die Ausübung dieses höchsten demokratischen Rechts ein. In mindestens gleicher Weise wie im Hinblick auf klassische Freiheitsrechte muss daher auch die gesetzliche Ausgestaltung des Wahlrechts so hinreichend bestimmt und klar erfolgen, dass für den Bürger erkennbar ist, in welcher Weise sich seine Stimmabgabe auf die Zusammensetzung des von ihm gewählten Parlaments auswirkt.

Die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen werden daher im vorliegenden Fall verstärkt und verschärft durch die Anforderungen des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG. Denn im demokratischen Verfassungsstaat erfüllt die Wahl in besonderer Weise die Aufgabe, als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes zu wirken.

Vgl. BVerfGE 6, 84 (92 f.); 71, 81 (97); 95, 408 (419); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019, - 2 BvC 62/14 -, Rn. 44.

Nur durch die Wahl, die eine echte politische Willensbildung des demos zu organisieren vermag, kann sich das demokratische Prinzip verwirklichen. Es ist die verfassungsunmittelbare Aufgabe des Gesetzesgebers, diese besondere Funktion der Wahl sicherzustellen.

BVerfGE 6, 84 (92 f.); 14, 121 (135 f.); 24, 300 (341); 41, 1 (13 f.); 41, 399 (421)];  
51, 222 (236); 71, 81 (97); 95, 408 (419).

Eine solche Integrationsfunktion kann der Wahlvorgang jedoch nur dann erfüllen, wenn das Wahlrecht so verständlich ist, dass der Wahlakt von den Wählerinnen und Wählern als legitimer demokratischer Akt wahrgenommen wird. Nur dann, wenn auch in groben Zügen erkennbar und verständlich ist, wie die einzelne Stimme in Mandate umgerechnet wird, können die Wählerinnen und Wähler den Wahlakt als einen Vorgang erleben, in dem sie tatsächlich im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG Einfluss auf die Ausübung von Staatsgewalt ausüben können und so die Ausübung staatlicher Gewalt durch das Parlament legitimieren.

Darüber hinaus erfordert auch die aus dem Demokratieprinzip folgende Wesentlichkeitslehre, dass die Regeln des Wahlverfahrens verbindlich und vollständig durch den Gesetzgeber entschieden werden. In ständiger Rechtsprechung leitet das Bundesverfassungsgericht auch aus dem Demokratieprinzip die Verpflichtung des Gesetzgebers ab, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.

BVerfGE 49, 89 (126); 77, 170 (230 f.); 98, 218 (251); 136, 69 (114); 150, 1 (96).

Die Entscheidung wesentlicher Fragen ist daher dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten.

BVerfGE 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 ff.); 48, 210 (221); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (269 ff.); 61, 260 (275); 83, 130 (142, 151 f.); 101, 1 (34); 108, 282 (311); 136, 69 (114); 139, 19 (45); 150, 1 (96).

Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen

auszubilden und zu vertreten. Geboten ist ein Verfahren, das sich durch Transparenz auszeichnet und das die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet.

BVerfGE 139, 19 (46); 150, 1 (96 f.).

Diese Anforderungen müssen in besonderer Weise gelten, wenn es um die Ausgestaltung des Wahlrechts als seinerseits für die Demokratie unverzichtbares Wesenselement geht. Eine für den demokratischen Prozess wesentlichere Frage ist kaum vorstellbar. Nur der Gesetzgeber selbst als unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ kann daher die Regeln bestimmen, nach denen die weiteren demokratischen Legitimationsakte der Herrschaftsunterworfenen sich vollziehen sollen.

In diesem Sinne hat auch das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont, dass im Wahlrecht besonders hohe Anforderungen an die Rechtsklarheit zu stellen sind.

BVerfGE 79, 161 (168); 121, 266 (316); 122, 304 (311).

## **2. Fehlende Klarheit der angegriffenen Normen**

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird die angegriffene Neuregelung nicht gerecht. Der geänderte Normtext ist vielmehr an zahlreichen Stellen überaus lückenhaft und unvollständig und weist darüber hinaus systematisch Brüche auf, die eine klare und eindeutige methodengeleitete Auslegung nicht möglich machen. Dies führt dazu, dass bei Anwendung der angegriffenen Vorschriften wesentliche Fragen nicht durch den Gesetzgeber vorherbestimmt sind, sondern vom Bundeswahlleiter im Wege der gesetzgeberisch nicht angeleiteten Normauslegung beantwortet werden müssten. Damit würde dem Bundeswahlleiter als gesetzessvollziehender Stelle ein unmittelbarer Einfluss auf die Umrechnung des Wahlergebnisses in Bundestagsmandate eingeräumt.

Um die fehlende Klarheit der angegriffenen Normen deutlich zu machen, wird im Folgenden das in § 6 BWahlG normierte Sitzzuteilungsverfahren Schritt für Schritt erläutert. Dabei kann aufgezeigt werden, wo der Wortlaut der Vorschrift mithilfe juristischer Auslegungsmethoden präzise bestimmt werden kann und wo die Bestimmungen keine hinreichend

genaue Anweisung für die Verwaltung zur Ermittlung des Wahlergebnisses bieten. Die Sitzzuteilung nach der Neufassung des § 6 BWahlG wird dabei exemplarisch anhand der Wahlergebnisse der Bundestagswahl 2017 durchgerechnet, wie Sie auf der Internetseite des Bundeswahlleiters veröffentlicht wurden:

<https://www.bundeswahlleiter.de/bundestagswahlen/2017/ergebnisse/bund-99.html>

#### **a) § 6 Abs. 1 BWahlG**

§ 6 Abs. 1 bestimmt – unverändert zur Vorgängerregelung –, wie die für die Sitzzuteilung zu berücksichtigenden Zweitstimmen zu ermitteln sind. Die Vorschrift lautet:

*„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 Absatz 3 oder von einer Partei vorgeschlagen ist, die nach Absatz 3 bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt wird oder für die in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist. Von der Gesamtzahl der Abgeordneten (§ 1 Absatz 1) wird die Zahl der erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen, die in Satz 2 genannt sind.“*

Satz 1 legt also fest, dass für jede Landesliste die auf sie entfallenden Zweitstimmen zusammengezählt werden. Satz 2 nennt zwei Fälle, in denen die auf eine Liste entfallenden Zweitstimmen nicht berücksichtigt werden: Wenn in einem Wahlkreis ein parteiloser Bewerber oder ein solcher Bewerber, dessen Partei an der 5%-Hürde gescheitert ist, als Wahlkreis-kandidat gewählt wurde, werden die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die mit der Erststimme für diesen Kandidaten gestimmt haben, nicht in die Addition der Zweitstimmen mit einbezogen. Für den Fall, dass auf diese Weise Wahlkreiskandidaten ohne Parteibindung erfolgreich sind, wird für die weitere Berechnung die Anzahl dieser Kandidaten von der in § 1 Abs. 1 genannten Abgeordnetenzahl von 598 abgezogen.

Bei der Bundestagswahl 2017 ist es keinem Wahlkreiskandidaten ohne Parteibindung gelungen, ein Wahlkreismandat zu gewinnen. Für das Wahlergebnis dieses Jahres ordnet § 6 Absatz 1 daher nur an, dass die Zweitstimmen, die auf eine Landesliste einer Partei entfallen, in einem ersten Auszählungsschritt zusammenzurechnen sind.

#### **b) § 6 Abs. 2 BWahlG**

§ 6 Abs. 2 BWahlG regelt – ebenfalls unverändert durch die Neuregelung – den sogenannten „ersten Verteilungsschritt“. Es handelt sich um eine reine Rechenoperation, mit der keine Mandatzuteilung verbunden ist. Das Ergebnis dieser Berechnung dient lediglich als Zwischenschritt für die weitere Berechnung der Mandatzuteilung. Die Vorschrift lautet:

*„In einer ersten Verteilung wird zunächst die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) in dem in Satz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren den Ländern nach deren Bevölkerungsanteil (§ 3 Absatz 1) und sodann in jedem Land die Zahl der dort nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze auf der Grundlage der zu berücksichtigenden Zweitstimmen den Landeslisten zugeordnet. Jede Landesliste erhält so viele Sitze, wie sich nach Teilung der Summe ihrer 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 Zahl 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 Zahl der jeweils 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.“*

Satz 1 ordnet zwei verschiedene Rechenoperationen an. Zunächst wird bestimmt, dass die Gesamtzahl der gesetzlichen Sitze, d.h. die regulären 598 Parlamentsmandate, auf die Bundesländer nach deren Bevölkerungszahl zu verteilen sind. Das auf diese Weise ermittelte fiktive Sitzkontingent pro Bundesland wird sodann nach Maßgabe der zu berücksichtigenden Zweitstimmen auf die Landeslisten verteilt. Die Einschränkung auf „zu berücksichtigende“ Zweitstimmen bezieht sich dabei zum einen auf die Sonderregelung des Abs. 1 S. 2, zum anderen auf die spätere Regelung in Absatz 3, welche die sogenannte 5%-Hürde normiert.

Hinsichtlich der Frage, wie diese Berechnung zu erfolgen hat, verweist Satz 1 auf das in Satz 2 bis 7 beschriebene Berechnungsverfahren. Bei dem hier beschriebenen Berechnungsverfahren handelt es sich um das sogenannte „Divisorverfahren mit Standardrundung“, teilweise auch „St.-Laguë/Schepers“ genannt.

S. dazu ausführlich *Pukelsheim, Sitzzuteilungsmethoden*, Berlin 2016, S. 13 ff.; 72 f.

Dabei wird die Rechenoperation im Gesetzeswortlaut nicht chronologisch wiedergegeben, enthält aber alle wesentlichen Rechenschritte, die hier noch einmal erläutert werden sollen.

*„Jede Landesliste erhält so viele Sitze, wie sich nach Teilung der Summe ihrer erhaltenen Zweitstimmen durch einen Zuteilungsdivisor ergeben.“*

Mit dieser allgemeinen Beschreibung in Satz 2 wird angezeigt, dass die Berechnung der Sitzzahl nach der Divisormethode erfolgt. Wesentliches Element für die Berechnung ist daher die Bestimmung des richtigen Zuteilungsdivisors. Wie der Zuteilungsdivisor bestimmt wird, ist in den Sätzen 4-7 erläutert. Steht der Zuteilungsdivisor fest, werden die auf die jeweiligen Landeslisten entfallenen Zweitstimmen durch diesen Divisor geteilt. Das Ergebnis dieser Division, der Quotient, bestimmt die Anzahl der auf eine Landesliste entfallenden Sitze. Entsprechend ist das Verfahren anzuwenden, wenn Sitze nicht auf Landeslisten, son-

dern im ersten Schritt des Satzes 1 auf Bundesländer verteilt werden. Dann wird die Bevölkerungszahl jedes Landes (gem. § 3 Abs. 1 BWahlG bezogen auf die deutsche Bevölkerung) durch diesen Zuteilungsdivisor geteilt.

Diese Rechenoperation soll im Folgenden am Beispiel der Bundestagswahl 2017 veranschaulicht werden:

S. dazu auch *Der Bundeswahlleiter*, Erläuterung des Verfahrens der Umrechnung von Wählerstimmen in Bundestagssitze mit dem endgültigen Wahlergebnis der Bundestagswahl 2017, abrufbar unter [https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/992a9841-b869-49a6-b7b9-0b1366bf2589/btw17\\_erl\\_sitzzuteilung.pdf](https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/992a9841-b869-49a6-b7b9-0b1366bf2589/btw17_erl_sitzzuteilung.pdf).

Der ermittelte **Zuteilungsdivisor** (dazu unten) für die Verteilung der Gesamtsitze auf die Bundesländer nach ihrer Bevölkerungszahl liegt hier bei **122.650**. Durch diesen Divisor ist für jedes Bundesland die Bevölkerungszahl zum Stichtag 30.6.2016 zu teilen. Das Ergebnis dieser Berechnung ergibt den Zuteilungsquotienten:

<b>Bundesland</b>	<b>Deutsche Bevölkerung zum 30.6.2016</b>	<b>Zuteilungsquotient (= Bevölke- rungszahl / Zuteilungsdivisor)</b>
Schleswig-Holstein	2.673.803	21,80
Mecklenburg-Vorpommern	1.548.400	12,63
Hamburg	1.525.090	12,43
Niedersachsen	7.278.789	59,35
Bremen	568.510	4,64
Brandenburg	2.391.746	19,50
Sachsen-Anhalt	2.145.671	17,49

Berlin	2.975.745	24,26
Nordrhein-Westfalen	15.707.569	128,07
Sachsen	3.914.671	31,92
Hessen	5.281.198	43,06
Thüringen	2.077.901	16,94
Rheinland-Pfalz	3.661.245	29,85
Bayern	11.362.245	92,64
Baden-Württemberg	9.365.001	76,36
Saarland	899.748	7,34

Dieser Zuteilungsquotient muss nun gerundet werden, um eine (notwendigerweise ganzzahlige) Sitzzahl zu erhalten. Das BWahlG bestimmt dazu:

*„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 Zahl der zu vergebenden Sitze eingehalten wird; ergeben sich dabei mehrere mögliche Sitzzuteilungen, so entscheidet das vom Bundeswahlleiter zu ziehende Los.“*

Das Gesetz normiert also die sogenannte Standardrundung (auch kaufmännische Rundung genannt), die am konkreten Rechenbeispiel zu folgenden Ergebnissen führt:

<b>Bundesland</b>	<b>Deutsche Bevölkerung zum 30.6.2016</b>	<b>Zuteilungs- quotient</b>	<b>Sitzzahl (Rundungsergebnis)</b>
Schleswig-Holstein	2.673.803	21,80	22
Mecklenburg-Vorpommern	1.548.400	12,63	13



Hamburg	1.525.090	12,43	12
Niedersachsen	7.278.789	59,35	59
Bremen	568.510	4,64	5
Brandenburg	2.391.746	19,50	20
Sachsen-Anhalt	2.145.671	17,49	17
Berlin	2.975.745	24,26	24
Nordrhein-Westfalen	15.707.569	128,07	128
Sachsen	3.914.671	31,92	32
Hessen	5.281.198	43,06	43
Thüringen	2.077.901	16,94	17
Rheinland-Pfalz	3.661.245	29,85	30
Bayern	11.362.245	92,64	93
Baden-Württemberg	9.365.001	76,36	76
Saarland	899.748	7,34	7

In entsprechender Weise ist die Rechenoperation durchzuführen, wenn nicht die Gesamtsitzzahl von 598 Mandaten auf die einzelnen Bundesländer, sondern die für jedes Bundesland ermittelte Sitzzahl auf die dort zu berücksichtigenden Landeslisten verteilt wird. Dies sei hier am Beispiel des Landes Thüringen veranschaulicht. Nach der obenstehenden Berechnung entfällt auf dieses Bundesland eine (fiktive) Mandatszahl von 17. Diese 17 Mandate sind auf die Landeslisten von CDU, SPD, Die Linke, AfD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen nach ihrem Zweitstimmenergebnis zu verteilen. Der (im noch zu erläuternden Verfahren bestimmte) **Zuteilungsdivisor** hat den Wert **68.000**. Dies führt zu folgender Berechnung:

Partei	Zweitstimmen	Zuteilungsquotient	Sitze
CDU	372.258	5,47	5

AfD	294.069	4,32	4
DIE LINKE	218.212	3,21	3
SPD	171.032	2,52	3
FDP	101.129	1,49	1
GRÜNE	53.340	0,78	1

Wie der Zuteilungsdivisor zu bestimmen ist, auf dem diese Rechnung beruht, normieren die Sätze 4-7:

*„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 Zahl der jeweils 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.“*

Ausgangspunkt für die Berechnung des Zuteilungsdivisors ist daher zunächst die Anzahl der zu verteilenden Sitze:

*„Dazu wird zunächst die Gesamtzahl der Zweitstimmen aller zu berücksichtigenden Landeslisten durch die Zahl der jeweils nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze geteilt.“*

Als Anfangsdivisor für die Berechnung wird also der Quotient aus der Summe aller zu berücksichtigenden Zweitstimmen (bzw. bei der Berechnung der Länderkontingente: der Gesamtbevölkerungszahl) und der Gesamtzahl der zu verteilenden Mandate gewählt. Bei der Verteilung der Gesamtsitzzahl auf die Bundesländer ist daher der Quotient aus der Gesamtzahl der deutschen Bevölkerung und der Zahl von 598 Mandaten als erster Anfangsdivisor

zu wählen. Bei einer deutschen Bevölkerung zum Stichtag 30.6.2016 von 73.377.332 Personen führt dies zu einem **Anfangsdivisor** von  $73.377.332 / 598$ , d.h. **122.704,5685618729**.

Die Ländersitzkontingente werden dementsprechend wie folgt berechnet:

<b>Bundesland</b>	<b>Deutsche Bevölkerung zum 30.6.2016</b>	<b>Zuteilungsquotient (= Bevölke- rungszahl / Anfangsdivisor)</b>
Schleswig-Holstein	2.673.803	21,79
Mecklenburg-Vorpommern	1.548.400	12,62
Hamburg	1.525.090	12,43
Niedersachsen	7.278.789	59,32
Bremen	568.510	4,63
Brandenburg	2.391.746	19,49
Sachsen-Anhalt	2.145.671	17,49
Berlin	2.975.745	24,25
Nordrhein-Westfalen	15.707.569	128,01
Sachsen	3.914.671	31,90
Hessen	5.281.198	43,04
Thüringen	2.077.901	16,93
Rheinland-Pfalz	3.661.245	29,84
Bayern	11.362.245	92,60
Baden-Württemberg	9.365.001	76,32
Saarland	899.748	7,33

Rundet man die so ermittelten Zuteilungsquotienten auf ganze Sitzzahlen, so ergibt sich folgendes Ergebnis:

<b>Bundesland</b>	<b>Deutsche Bevölkerung zum 30.6.2016</b>	<b>Zuteilungs- quotient</b>	<b>Sitzzahl (Rundungsergebnis)</b>
Schleswig-Holstein	2.673.803	21,79	22
Mecklenburg-Vorpommern	1.548.400	12,62	13
Hamburg	1.525.090	12,43	12
Niedersachsen	7.278.789	59,32	59
Bremen	568.510	4,63	5
Brandenburg	2.391.746	19,49	19
Sachsen-Anhalt	2.145.671	17,49	17
Berlin	2.975.745	24,25	24
Nordrhein-Westfalen	15.707.569	128,01	128
Sachsen	3.914.671	31,90	32
Hessen	5.281.198	43,04	43
Thüringen	2.077.901	16,93	17
Rheinland-Pfalz	3.661.245	29,84	30
Bayern	11.362.245	92,60	93
Baden-Württemberg	9.365.001	76,32	76
Saarland	899.748	7,33	7
<b>Gesamt:</b>			<b>597</b>

Auf diese Weise werden jedoch weniger Sitze zugeteilt (nämlich 597) als tatsächlich zu vergeben sind (nämlich 598). Daher greift die folgende Bestimmung des Satzes 7:

*„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.“*

Der Divisor wird also schrittweise von 122.704,5685618729 herabgesetzt und es wird eine Proberechnung mit dem jeweils herabgesetzten Divisor durchgeführt. Wenn die Neuberechnung mit dem herabgesetzten Divisor ein Ergebnis hervorbringt, bei dem die Summe aller Sitzzahlen mit den tatsächlich zu vergebenden Sitzen übereinstimmt, wird die schrittweise Herabsetzung gestoppt. Der ermittelte Divisor ist der Zuteilungsdivisor. Im hier gezeigten Beispiel ist dies bei einem Divisor von 122.650 der Fall.

#### **c) § 6 Abs. 3 BWahlG**

§ 6 Abs. 3 BWahlG regelt – unverändert – leicht verständlich die 5%-Hürde, die sogenannte Grundmandatsklausel sowie die Rücausnahme dieser Regelung für Parteien nationaler Minderheiten. Die Vorschrift lautet:

*„Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 Prozent 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.“*

#### **d) § 6 Abs. 4 BWahlG**

§ 6 Abs. 4 BWahlG normiert – ebenfalls unverändert – einen weiteren Zwischenschritt. Die Vorschrift lautet:

*„Von der für jede Landesliste so ermittelten Sitzzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze (§ 5) abgerechnet. In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach den Absätzen 2 und 3 ermittelte Zahl übersteigen.“*

Es wird also eine weitere Rechenoperation durchgeführt. Von der errechneten Sitzzahl für jede Landesliste wird die Zahl der im jeweiligen Land von der betroffenen Partei errungenen Direktmandate subtrahiert. Auch dieser Zwischenschritt stellt noch keine Maßnahme der Mandatzuteilung, sondern allein einen vorbereitenden Rechenschritt dar. Die weiteren Regelungen des BWahlG nehmen nur an einer Stelle auf Absatz 4 Bezug, nämlich in § 6 Abs. 5 S. 4, wenn es um die ausgleichslosen Überhangmandate geht (dazu sogleich unter e) cc) (1) ). Entscheidend ist dabei jedoch nicht die durch die Rechnung ermittelte Differenz. Sie spielt für die weitere Mandatzuteilung keine Rolle. Relevant ist allein die Tatsache, ob die Differenz einen Wert größer oder gleich null oder einen Wert kleiner als null hat.

Für das Land Thüringen bei der Bundestagswahl 2017 ergibt sich dabei beispielhaft folgende Berechnung:

<b>Partei</b>	<b>Ermittelte Sitzzahl für die Landesliste</b>	<b>Gewonnene Direktmandate</b>	<b>Differenz</b>
CDU	5	8	- 3
AfD	4	0	4
DIE LINKE	3	0	3
SPD	3	0	3
FDP	1	0	1
GRÜNE	1	0	1

Für die anderen Bundesländer kann die entsprechende Rechnung mit den Wahlergebnissen der Bundestagswahl 2017 der amtlichen Berechnung des Bundeswahlleiters entnommen werden, abrufbar unter:

<[https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/dd81856b-7711-4d9f-98dd-91631ddbc37f/btw17\\_sitzberechnung.pdf](https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/dd81856b-7711-4d9f-98dd-91631ddbc37f/btw17_sitzberechnung.pdf)>.

Abs. 4 Satz 2 stellt klar, dass ein negativer Saldo bei dieser Berechnung nicht dazu führt, dass Wahlkreismandate nicht berücksichtigt würden.

#### **e) § 6 Abs. 5 BWahlG**

Während die zuvor erläuterten Bestimmungen durch die hier angegriffene Gesetzesänderung unangetastet blieben, wurde § 6 Abs. 5 BWahlG vollkommen neu gefasst. Er lautet nun wie folgt:

*„Die Zahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze wird so lange erhöht, bis jede Partei bei der zweiten Verteilung der Sitze nach Absatz 6 Satz 1 mindestens die Gesamtzahl der ihren Landeslisten nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze erhält. Dabei wird jeder Landesliste der höhere Wert aus entweder der Zahl der im Land von Wahlbewerbern der Partei in den Wahlkreisen nach § 5 errungenen Sitze oder dem auf ganze Sitze aufgerundeten Mittelwert zwischen diesen und den für die Landesliste der Partei nach der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 ermittelten Sitzen zugeordnet. Jede Partei erhält mindestens die bei der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 für ihre Landeslisten ermittelten Sitze. Bei der Erhöhung bleiben in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können, bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt. Die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) erhöht sich um die Unterschiedszahl.“*

Die Vorschrift regelt der Sache nach die Erhöhung der Gesamtzahl der Bundestagsmandate, die den Zweck hat, sogenannte Überhangmandate auszugleichen.

#### **aa) Satz 1**

Wie schon die Vorgängerregelung arbeitet die Norm dabei in Satz 1 mit einem Zirkelverweis auf Absatz 6. Absatz 5 Satz 1 bestimmt:

*„Die Zahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze wird so lange erhöht, bis jede Partei bei der zweiten Verteilung der Sitze nach Absatz 6 Satz 1 mindestens die Gesamtzahl der ihren Landeslisten nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze erhält.“*

Der in Bezug genommene Absatz 6 Satz 1 arbeitet seinerseits aber wiederum mit einem Verweis auf Absatz 5:

*„Die nach Absatz 5 zu vergebenden Sitze werden in jedem Fall bundesweit nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen in dem in Absatz 2 Satz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren auf die nach Absatz 3 zu berücksichtigenden Parteien verteilt.“*

Damit setzt die Berechnung nach Absatz 6 nach dem Wortlaut der Norm voraus, dass die Anzahl der zu vergebenden Sitze nach Absatz 5 bereits berechnet wurde. Die Berechnung nach Absatz 5 setzt ihrem Wortlaut hingegen voraus, dass bereits parallel eine Berechnung nach Absatz 6 durchgeführt wird. Bei strenger Beachtung des Wortlauts lässt sich die hier beschriebene Rechenoperation daher nicht durchführen. Unter Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung lässt sich die Bestimmung jedoch auslegen. Dort heißt es zur Neuregelung des Absatz 5:

*„Nach Satz 1 wird die Gesamtsitzzahl so weit erhöht, bis jede Partei bei der bundesweiten Oberverteilung nach Absatz 6 Satz 1 die Summe der Sitze, die den Landeslisten dieser Partei nach Maßgabe des Absatzes 5 Sätze 2 und 3 zugeordnet sind, erhält.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 8.

Bei der „Oberverteilung nach Absatz 6 Satz 1“ geht es dementsprechend – entgegen dem fehlerhaft formulierten Wortlaut – nicht allein um die einmalige Verteilung der Anzahl von Sitzen, die nach Absatz 5 berechnet wurde. Vielmehr ist hier wiederum ein stufenweises Verfahren durchzuführen. Führt die Verteilung der gesetzlichen Zahl von 598 Mandaten



nicht zu einem Ergebnis, bei dem auf die Landeslisten jeder Partei insgesamt mindestens die nach Absatz 5 Satz 2 und 3 zugeordneten Mandate entfallen, wird die Anzahl der Gesamtmandate schrittweise erhöht. Nach jedem Erhöhungsschritt wird die Berechnung nach Absatz 6 Satz 1 erneut vorgenommen. Führt diese Berechnung dazu, dass die genannten „Mindestsitze“ zugeteilt werden können, stoppt die Erhöhung.

### **bb) Sätze 2 und 3**

Um diese Rechenoperation durchführen zu können, ist es also notwendig, zunächst die Gesamtzahl der den Landeslisten einer Partei nach Absatz 5 Satz 2 und 3 zugeordneten Sitze (eben der genannten „Mindestsitze“) zu ermitteln. Diese beiden Sätze lauten wie folgt:

*„Dabei wird jeder Landesliste der höhere Wert aus entweder der Zahl der im Land von Wahlbewerbern der Partei in den Wahlkreisen nach § 5 errungenen Sitze oder dem auf ganze Sitze aufgerundeten Mittelwert zwischen diesen und den für die Landesliste der Partei nach der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 ermittelten Sitzen zugeordnet. Jede Partei erhält mindestens die bei der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 für ihre Landeslisten ermittelten Sitze.“*

Ausgangspunkt für die Berechnung der „Mindestsitze“ sind also zum einen die von einer Partei in dem jeweiligen Bundesland gewonnenen Wahlkreismandate, zum anderen die in der fiktiven „Erstberechnung“ nach Absatz 2 auf die Landesliste entfallenden Listenmandate. Aus beiden Zahlen wird ein Mittelwert gebildet. Absatz 5 Satz 2 bestimmt, dass die Anzahl der Mindestsitze für jede Landesliste entweder der Zahl der Wahlkreismandate oder aber dem genannten Mittelwert entspricht. Entscheidend ist jeweils der höhere dieser beiden Werte, er stellt die Anzahl der Mindestsitze dar.

Auch diese Operation kann am oben angeführten Beispiel des Landes Thüringen für die Bundestagswahl 2017 veranschaulicht werden:

Partei	Nach Abs. 2 ermittelte Sitzzahl für die Landesliste	Direktmandate	Mittelwert (aufgerundet)	Mindestsitze (= höherer Wert Direktmandate oder Mittelwert)
CDU	5	8	7	8
AfD	4	0	2	2
DIE LINKE	3	0	2	2
SPD	3	0	2	2
FDP	1	0	1	1
GRÜNE	1	0	1	1

Satz 3 bestimmt, dass jede Partei mindestens die bei der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 für ihre Landeslisten ermittelten Sitze erhält. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus:

*„Für den Fall, dass die Summe der auf diese Weise den Landeslisten zugeordneten Sitze die Summe der für die Landeslisten dieser Partei in der ersten Stufe nach den Absätzen 2 und 3 ermittelten Sitze unterschreitet, garantiert Satz 3 für jede Partei bei der bundesweiten Oberverteilung nach Absatz 6 Satz 1 zumindest die Summe der für ihre Landeslisten in der ersten Stufe nach den Absätzen 2 und 3 ermittelten Sitze.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 8.

Damit wird – angesichts des nicht ganz eindeutigen Wortlauts – klargestellt, dass diese Regelung in Satz 3 sich auf die *Summe* der Mindestsitze für alle Landeslisten einer Partei bezieht. Ist die Summe aller nach Absatz 5 Satz 2 berechneten Mindestsitze kleiner als die Summe aller für die Landeslisten nach Absatz 2 in der „Erstverteilung“ berechneten Sitze, so tritt diese Summe der „Erstverteilungssitze“ an die Stelle der Summe der „Mindestsitze“.

Im Ergebnis bedeutet dies rückbezogen auf Absatz 5 Satz 1, dass die Gesamtzahl der Mandate so lange erhöht wird, bis bei einer bundesweiten Verteilung der erhöhten Sitzzahl auf die Parteien nach den Regeln des Absatz 6 Satz 1, d.h. bei einer proportionalen Verteilung der Sitze nach dem Zweitstimmenergebnis entsprechend dem Divisorverfahren mit Standardrundung, jede Partei bundesweit mindestens so viele Sitze erhält, wie ihr bei der Berechnung nach den Sätzen 2 und 3 zusteht. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass 1.) die Verteilung der Sitze proportional nach dem Zweitstimmenergebnis erfolgt und 2.) jeder Partei die ihr zustehenden Mindestsitze, insbesondere also die gewonnenen Wahlkreismandate, zugeordnet werden.

#### **cc) Satz 4**

Satz 4 nimmt nun eine weitere Modifikation dieses Rechenprozesses zur Berechnung der Gesamtzahl der Abgeordnetenmandate vor. Die Vorschrift lautet:

*„Bei der Erhöhung bleiben in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können, bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt.“*

Die Gesetzesbegründung führt dazu aus:

*„Für die Erhöhung der Gesamtsitzzahl ordnet Satz 4 zudem an, dass bei der Erhöhung bis zu drei nach der ersten Stufe drohende Überhangmandate, also in einem Land errungene Wahlkreissitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 auf die für die Landesliste ermittelte Sitzzahl angerechnet werden können, unberücksichtigt bleiben. Die erhöhte Gesamtsitzzahl fällt darum also im Ergebnis um so viele Sitze zu niedrig für eine vollständige Anrechnung aller Wahlkreismandate aus, dass bei der endgültigen Verteilung nach Absatz 6 im Ergebnis bis zu drei Überhangmandate entstehen. Dadurch wird die nach bisherigem Recht für den Vollausgleich aller Überhangmandate erforderliche Bundestagsvergrößerung reduziert.“*

Hier handelt es sich um eine der zentralen Bestimmungen, die die fehlende Normklarheit der Neuregelung auslöst. Der neu eingefügte Normtext beschreibt keine Rechenoperation, die es ermöglichen würde, das von der Gesetzesbegründung gewünschte Ziel zu erreichen. Auch die Gesetzesbegründung erläutert diese Rechenoperation nicht. Sonstige Auslegungsmöglichkeiten, die dazu führten, dass dem Normtext eine eindeutige Rechenoperation entnommen werden könnte, bestehen nicht. Allein das Ziel, das der Gesetzgeber verfolgt, wird (mehr oder weniger) klar: Es sollen „*im Ergebnis bis zu drei Überhangmandate entstehen*“. Der Weg dorthin wird vom Gesetz hingegen schlicht nicht festgelegt.

Der Normanwender kann hier daher lediglich losgelöst von der gesetzlichen Regelung einen Rechenweg ***eigenständig entwickeln***, der zu dem in der Gesetzesbegründung genannten Ziel führt. Aus der Norm selbst geht dieser Rechenweg aber nicht hervor.

Dazu im Einzelnen:

### **(1) In der Gesetzesbegründung genanntes Ziel**

Die Gesetzesbegründung formuliert das durch die gesetzliche Regelung zu erreichende Ziel wie folgt:

*„Die erhöhte Gesamtsitzzahl fällt [...] im Ergebnis um so viele Sitze zu niedrig für eine vollständige Anrechnung aller Wahlkreismandate aus, dass bei der endgültigen Verteilung nach Absatz 6 im Ergebnis bis zu drei Überhangmandate entstehen.“*

Dies soll, so der Wortlaut der Norm, gelingen, indem die „in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können“ bei der Erhöhung der Gesamtmandatszahl „bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt“ bleiben. Um zu erkennen, wie die so umschriebene Rechenoperation aussehen könnte, müssen also drei Tatbestandsmerkmale ausgelegt werden. Zunächst ist zu ermitteln, was die „in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz

4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können“ sind. Zum zweiten ist zu ermitteln, wie viele unter „bis zu einer Zahl von drei“ zu verstehen sind. Drittens muss ermittelt werden, was unter „unberücksichtigt bleiben“ im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist.

**(2) „In den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können“**

Die Mandate, die nach der Regelung des Satzes 4 bei der Erhöhung „unberücksichtigt“ bleiben sollen, werden beschrieben als die „in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können“. Die Norm verweist also zunächst auf Absatz 4 Satz 1. Dieser lautet:

*„Von der für jede Landesliste so ermittelten Sitzzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze (§ 5) abgerechnet.“*

Beschrieben wird hier ein reiner Rechengvorgang, der auf die Sitzzuteilung im Übrigen keinen Einfluss hat. Es wird die Differenz gebildet zwischen dem in der ersten, rein rechnerischen (also in gewisser Weise fiktiven) Sitzzuteilung nach Ländersitzkontingenten auf jede Landesliste entfallenden Anzahl von Mandaten und der Anzahl der von der jeweiligen Partei im jeweiligen Land gewonnenen Wahlkreismandate. Wenn Absatz 4 Satz 1 darauf abstellt, dass Sitze „nicht abgerechnet werden können“, so ist damit der Fall gemeint, dass die Anzahl der gewonnenen Wahlkreismandate die Zahl der (fiktiv) zugeweilten Listenmandate übersteigt. Da das Ergebnis der Subtraktion in diesem Fall eine negative Zahl hervorbringt, die keiner Mandatszahl entsprechen kann, können die Sitze daher in diesem Sinne „nicht abgerechnet werden“. Sitze, die „nicht angerechnet werden können“, sind also solche, die in ihrer Anzahl die Zahl der (fiktiv) zugeweilten Listenmandate übersteigen.

Das zeigt, dass es sich bei den hier beschriebenen Sitzen nicht um konkrete Mandate handelt, die einzeln identifiziert werden könnten. Es geht vielmehr nur um eine bestimmte Anzahl von Mandaten, die einer Partei in einem Bundesland rechnerisch zustehen können.

Entsprechende Sitze können daher in allen Bundesländern für alle dort erfolgreichen Parteien entstehen. Bei der Bundestagswahl 2017 etwa entstand, wie sich aus der amtlichen Berechnung des Bundeswahlleiters ergibt, für folgende Parteien die folgende Anzahl solcher „nicht abrechenbarer“ Sitze:

<b>Bundesland</b>	<b>CDU</b>	<b>SPD</b>	<b>CSU</b>
Schleswig-Holstein	3	-	-
Mecklenburg-Vorpommern	2	-	-
Hamburg	-	2	-
Niedersachsen	-	-	-
Bremen	-	1	-
Brandenburg	3	-	-
Sachsen-Anhalt	4	-	-
Berlin	-	-	-
Nordrhein-Westfalen	-	-	-
Sachsen	3	-	-
Hessen	3	-	-
Thüringen	3	-	-
Rheinland-Pfalz	3	-	-
Bayern	-	-	7
Baden-Württemberg	11	-	-
Saarland	1	-	-
<b>Gesamt</b>	<b>36</b>	<b>3</b>	<b>7</b>

### **(3) „Bis zu einer Zahl von drei“**

Wenn damit geklärt ist, auf welche Art der Rechengröße sich die Beschreibung „in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können“ bezieht, so ist als nächstes zu ermitteln, wie die Angabe „bis zu einer Zahl von drei“ zu verstehen ist. Grundsätzlich sind hier

drei verschiedene Auslegungen denkbar. Zum einen könnte eine Zahl von bis zu drei Sitzen pro Landesliste gemeint sein, zum zweiten eine Zahl von bis zu drei Sitzen pro Partei, d.h. pro Gesamtsumme aller auf die Landeslisten einer Partei entfallenden Sitze, zum dritten eine Gesamtzahl von drei Sitzen bezogen auf alle Landeslisten aller Parteien.

Der Wortlaut der Vorschrift legt es nahe, von **bis zu drei Sitzen pro Landesliste**, d.h. pro Partei und Land, auszugehen. Die Norm beschreibt nämlich „Sitze, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für *die Landesliste* ermittelten Sitze abgerechnet werden können“, verwendet also das Wort Landesliste in der Einzahl. Es geht also um „Sitze, die nicht [...] von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können.“ Damit bezieht sich die Beschreibung dieser Sitze immer nur auf eine einzelne Landesliste, d.h. auf Wahlkreismandate einer Partei in einem Land. Wenn diese bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt bleiben, heißt das bei genauer Auslegung des Wortlauts, dass damit bis zu drei Sitze pro Land und Partei gemeint sind.

Gerechnet auf die Ergebnisse der Bundestagswahl 2017 hieße dies, dass für die CDU 3 Sitze in Schleswig-Holstein, 2 Sitze in Mecklenburg-Vorpommern, 3 Sitze in Brandenburg, 3 Sitze in Sachsen-Anhalt, 3 Sitze in Sachsen, 3 Sitze in Hessen, 3 Sitze in Thüringen, 3 Sitze in Rheinland-Pfalz, 3 Sitze in Baden-Württemberg und 1 Sitz im Saarland unberücksichtigt blieben, für die SPD 2 Sitze in Hamburg und 1 Sitz in Bremen und für die CSU 3 Sitze in Bayern.

Bei systematischer Auslegung im Regelungskontext des Absatz 5 könnte man demgegenüber auch zu der Auslegung gelangen, dass **bis zu drei Sitze pro Partei**, d.h. bis zu drei Sitze bezogen auf die Summe der den Landeslisten einer Partei zugeordneten Sitze, unberücksichtigt bleiben sollen. Hierfür spricht der Zusammenhang mit der Regelung in Absatz 5 Satz 1 und Satz 3. Denn der Mechanismus zur Erhöhung der Gesamtmandatszahl wird in Satz 1 wie folgt beschrieben: „Die Zahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze wird so lange erhöht, bis jede Partei bei der zweiten Verteilung der Sitze nach Absatz 6 Satz 1 mindestens die *Gesamtzahl der ihren Landeslisten* nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze erhält.“ Auch in Satz 3 wird auf die Summe der Landeslisten Bezug genommen, wenn es dort heißt: „Jede Partei erhält mindestens die bei der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 für *ihre Landeslisten* ermittelten Sitze.“ Insofern wäre es systematisch konsequent, auch bei

der „Nichtberücksichtigung“ von bis zu drei Sitzen auf die Gesamtzahl der von den Landeslisten einer Partei nicht abziehbaren Sitze abzustellen. Mit dem Wortlaut der Norm ist diese Auslegung jedoch schwer in Einklang zu bringen.

Gerechnet auf die Ergebnisse der Bundestagswahl 2017 würde diese Auslegung bedeuten, dass für CDU, SPD und CSU je drei Sitze unberücksichtigt blieben.

Schließlich könnte man die Regelung auch so verstehen, dass eine Zahl von **bis zu drei Sitzen bezogen auf alle Parteien in allen Bundesländern** gemeint ist. Die Beispielrechnungen, die im Rahmen der Expertenanhörung im Bundestagsinnenausschuss zugrunde gelegt wurden, gingen jedenfalls von einer solchen Auslegung aus.

*S. Pukelsheim, Stellungnahme zur Anhörung „Bundeswahlgesetz“ am Montag, 5. Oktober 2020, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 A neu; Behnke, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 5. Oktober 2020 in Berlin, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 D, S. 8, unter ausdrücklichen Hinweis auf den unklaren Wortlaut.*

Für eine solche Interpretation könnte die genetische Auslegung anhand der Gesetzesbegründung sprechen. Dort wird nämlich bezogen auf die endgültige Verteilung nach § 6 Absatz 6 ausgeführt, „dass bei der endgültigen Verteilung nach Absatz 6 im Ergebnis bis zu drei Überhangmandate entstehen“ sollen.

BT-Drs. 19/22504, S. 9.

Allerdings ist diese Herleitung schon deshalb keineswegs zwingend, weil sie sich auf einen anderen Abschnitt des Gesetzes, nämlich Absatz 6, und damit auch auf eine andere Rechenoperation bezieht, nicht jedoch auf Absatz 5 Satz 4. Ob eine entsprechende Auslegung des Absatz 5 Satz 4 tatsächlich diese numerisch identische Auswirkung auf das Entstehen



von Überhangmandaten nach Absatz 6 hat, hängt davon ab, wie man das Tatbestandsmerkmal des „unberücksichtigt bleiben“ auslegt.

Im Übrigen ist der methodische Wert der Gesetzesbegründung als Auslegungshilfe hier deutlich eingeschränkt. Das liegt zum einen daran, dass im Gesetzgebungsverfahren mehrfach auf die missverständliche Formulierung in § 6 Absatz 5 Satz 4 hingewiesen wurde,

So etwa sehr deutlich der Abgeordnete *Dr. Buschmann* in der Plenardebatte am 18. September 2020, BT-PlenProt. 19/177, S. 22328 D; außerdem *Behnke*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 5. Oktober 2020 in Berlin, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 D, S. 8; *Schönberger*, Änderung des Bundeswahlgesetzes. Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 5.10.2020, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 B, S. 5.

ohne dass der Gesetzgeber sich dazu veranlasst sah, eine Anpassung des Wortlauts dahingehend vorzunehmen, dass eindeutig eine Gesamtzahl von bis zu drei Sitzen unberücksichtigt bleiben soll. Damit hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, dass die Vorschrift einen Wortlaut erhält, der gerade nicht zu der Auslegung, es solle nur eine Gesamtzahl von bis zu drei Sitzen unberücksichtigt bleiben, passt.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Gesetzesmaterialien keine Rechtsquellen, sondern lediglich Rechtserkenntnisquellen darstellen.

*Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 354.

Sie können daher nicht zu einer verbindlichen Auslegung der Norm führen, selbst wenn aus ihnen ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers hervorginge. Vielmehr können sie lediglich einen gewissen Beitrag dazu leisten, ein Auslegungsergebnis zu plausibilisieren und zu festigen. Welche Rolle den Gesetzgebungsmaterialien dabei zukommt, hängt von verschiedenen Aspekten ab, die bei der gebotenen Gesamtwürdigung zu berücksichtigen sind: die Nähe des Beteiligten oder Organs, von dem die Äußerung stammt, zum schließlichen Ge-

gesetzgebungsakt, sowie seine Stellung im Gesetzgebungsverfahren, ferner die Frage, ob hinsichtlich des Gesetzes eine einheitliche oder doch zumindest deutlich überwiegende Auffassung herrschte, so dass auch einzelne Äußerungen als repräsentativ für die herrschend gewordene Auffassung verstanden werden können, oder ob das Gesetz sehr umstritten und letztlich nur das Ergebnis eines unklaren Formelkompromisses war, hinter dem eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung nicht auszumachen ist. In letzterem Fall ist die Aussagekraft der Materialien recht begrenzt.

*Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 159; zustimmend *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 353.

So liegt die Sache erkennbar hier.

Die Änderung des Bundeswahlgesetzes war zwischen den Koalitionsfraktionen von CDU/CSU und SPD lange Zeit höchst umstritten. Noch im März 2020 beschloss die SPD-Bundestagsfraktion ein Modell zur Wahlrechtsreform, das mit der nun beschlossenen Änderung nichts gemein hat und insbesondere auch keine Überhangmandate vorsah.

Eine faire und nachhaltige Wahlrechtsreform für Deutschland. Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion, abrufbar unter <https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/beschluss-wahlrecht-spd-20200303.pdf>.

Im Juli 2020 bemängelte der Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, *Dr. Rolf Mützenich*, dass die Union sich bei ihrem Vorschlag, die Zahl der Wahlkreise von 299 auf 280 zu verringern und sieben Überhangmandate nicht mehr durch Ausgleichsmandate zu kompensieren, weiterhin weigere, ihre Vorstellungen im Detail darzulegen.

*Lehmann/Tevs*, „Einer Regierungspartei nicht würdig“, Spiegel online v. 2.7.2020, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/wahlrecht-rolf-muetzenich-attackiert-union-scharf-fuer-blockade-a-3d4ba991-423b-4755-984e-9f0751491d3e>.

Der später erzielte Kompromiss, der der hier angegriffenen Gesetzesänderung zugrunde liegt, wurde am 25. August vom Koalitionsausschuss beschlossen, also einem Gremium, das im formalen Sinne mit der Gesetzgebung in keiner Weise befasst ist und von dessen 9 Mitgliedern lediglich 4 Mitglieder des Gesetzgebungsorgans Bundestag und Mitglieder der Fraktionen, die den späteren Gesetzentwurf eingebracht haben, sind. Bereits wenige Tage später, am 15.9.2020, wurde der entsprechende Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht.

BT-Drs. 19/22504.

Wie wenig konsentiert und wohldurchdacht dabei der Vorschlag war, zeigt nicht nur die entgegenstehende Beschlusslage der SPD-Bundestagsfraktion. Obwohl die Einigung wohl auf Vorüberlegungen der Bundestagsfraktion von CDU/CSU beruhte, gelang es der Fraktion nicht, am Tag nach der Einigung eine präzise Beschreibung des Reformmodells an die Öffentlichkeit zu geben. So heißt es in einer entsprechenden Pressemitteilung der Fraktion vom 26.8.2020:

*„Um die Größe des Deutschen Bundestags dauerhaft zu reduzieren, wird der **Zuteilungsschnitt** so modifiziert, dass er eine teilweise Verrechnung von Überhang- mit Listenmandaten der gleichen Partei ermöglicht und zugleich eine föderal ausgewogene Verteilung der Mandate ermöglicht.“*

<<https://www.cducsu.de/themen/koalitionsausschuss-einigt-sich-auf-wahlrechtsreform>>, Hervorhebung durch die Verfasserin.

Gemeint war wohl hier nicht der Zuteilungsschnitt – was auch immer das sein sollte –, sondern der **erste Zuteilungsschritt** bei der Verteilung der Mandate.

Eine im Gesetzgebungsorgan Bundestag konsentierende Auslegung der Vorschrift, die sich in der Gesetzesbegründung niedergeschlagen hätte, lag daher hier erkennbar nicht vor. Schon deshalb kommt den Gesetzesmaterialien nur eine sehr geringe Aussagekraft für die Auslegung zu, die keinerlei Eindeutigkeit herstellen kann.

Vor allen Dingen aber spricht gegen die Auslegung, dass lediglich parteiübergreifend eine Gesamtzahl von drei Mandaten gemeint ist, die Tatsache, dass aus dem Wortlaut in keiner Weise hervorgeht, wie eine solche Auswahlentscheidung zwischen Mandaten verschiedener Parteien erfolgen sollte. Es ist also schlicht nicht möglich, allein mithilfe des Wortlauts zu bestimmen, welche drei Sitze gemeint sein sollten, wenn diese Sitze parteiübergreifend bestimmt werden sollen. Auch in den Beispielrechnungen, die im Gesetzgebungsverfahren, insbesondere im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestags, vorgelegt wurden, gelang eine Bestimmung der konkreten drei Mandate allein über das Merkmal des „unberücksichtigt bleiben“ – und auch hier, wie sogleich gezeigt wird, allein durch eine Rechenoperation, die zwar zu einem praktikablen Ergebnis führt, im Wortlaut der Vorschrift aber keinerlei Grundlage hat.

#### **(4) „Unberücksichtigt bleiben“**

Damit wird die Frage entscheidend, was unter „unberücksichtigt bleiben“ im Sinne des § 6 Absatz 5 Satz 4 zu verstehen ist. Ausweislich des Wortlauts bezieht sich diese fehlende Berücksichtigung auf die in Absatz 5 geregelte Erhöhung der Sitzzahl. „Bei der Erhöhung bleiben die [näher beschriebenen] in den Wahlkreisen errungene Sitze [...] bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt.“ Dabei ist die Beschreibung „bleiben unberücksichtigt“ zunächst eine überaus vage Formel, die keine exakte mathematische Operation bei der Berechnung benennt – nicht zuletzt deshalb, weil der Verweis auf „die Erhöhung“ nicht besonders spezifisch ist. Wie das Tatbestandsmerkmal verstanden werden kann, hängt davon ab, wie man die Formulierung „bis zu einer Zahl von drei“ bei der Identifikation der betroffenen Sitze ausgelegt hat.

Hat man das Tatbestandsmerkmal „bis zu einer Zahl von drei“ so ausgelegt, dass dadurch eine vorab identifizierbare Zahl von Sitzen bezeichnet wird (entweder bis zu drei Sitze pro betroffener Partei oder bis zu drei Sitze pro Landesliste jeder betroffenen Partei), so lässt

sich das Tatbestandsmerkmal „bleiben unberücksichtigt“ auf zwei Weisen deuten. Zum einen könnte darunter zu verstehen sein, dass die ermittelte Zahl nicht zu berücksichtigender Sitze am Ende von der errechneten Gesamtmandatszahl, ab der ein proportionaler Vollaussgleich erreicht ist, abgezogen wird. Dies würde bedeuten, im engeren Sinne des Wortes die Sitzzahl bei der Erhöhung unberücksichtigt zu lassen. Dies würde allerdings nur zu einer Verringerung der Bundestagsgröße um bis zu drei Mandate im Vergleich zur Vorgängerregelung führen.

Naheliegender ist es daher, das „unberücksichtigt bleiben“ nicht im engeren Sinne bei der Erhöhung selbst, sondern vielmehr bei der *Berechnung* der Erhöhung ansetzen zu lassen. Eine solche Auslegung fügt sich auch in die Systematik der Vorschrift am Nahtlosesten ein. Das „unberücksichtigt bleiben“ wird dann direkt auf Absatz 5 Satz 1 bezogen, wonach die Zahl der Sitze so lange erhöht wird, bis jede Partei bei der proportionalen Verteilung der Sitze mindestens die Gesamtzahl der ihren Landeslisten nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze erhält. Genau diese letztgenannten Mindestsitze nach den Sätzen 2 und 3 sind es, bei denen die konkret ermittelten bis zu drei Sitzen „unberücksichtigt bleiben“ können. Die Sitze werden also für die Berechnung der Erhöhung von den Mindestsitzen der Parteien in den Ländern abgerechnet, bleiben also in diesem Sinne bei der Berechnung unberücksichtigt. Auf diese Weise werden in diesem Rechenschritt klassische Überhangmandate erzeugt – so, wie die Gesetzesbegründung es auch tatsächlich vorsieht.

Damit bleibt aber offen, wie das Tatbestandsmerkmal „unberücksichtigt bleiben“ ausgelegt werden kann, wenn die „bis zu drei“ Sitzen, die nicht berücksichtigt werden sollen, nicht konkret vorab identifiziert werden können, weil sie insgesamt für die Verteilung bei allen Parteien die Zahl von drei nicht überschreiten sollen und deshalb bei jeder der Parteien auftreten können, die auf der ersten Stufe der Verteilung einen Überhang aufweisen. Tatsächlich ist es nicht möglich, diese Mandate einfach bei der Berechnung „unberücksichtigt“ zu lassen, wenn man die Mandate als solche nicht einmal vorab einer Partei zuweisen kann. „Unberücksichtigt“ können nämlich nur solche Sitze bleiben, die identifizierbar sind, da nur sie umgekehrt auch individuell berücksichtigt werden können.

Die bisherigen Modellrechnungen, die Grundlage der Sachverständigenanhörung im Innenausschuss des Bundestages waren, haben dieses Problem der fehlenden Identifizierbarkeit dadurch „gelöst“, dass sie diese Mandate nicht lediglich „unberücksichtigt“ lassen, sondern

vielmehr ein Rechenverfahren einsetzen, das im Wortlaut der Norm in keiner Weise abgebildet wird. Dabei wird nicht, wie Absatz 5 Satz 1 es anordnet, „die Zahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze [...] so lange erhöht, bis jede Partei bei der zweiten Verteilung der Sitze nach Absatz 6 Satz 1 mindestens die Gesamtzahl der ihren Landeslisten nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze erhält.“ Vielmehr wird die Zahl der Sitze so lange erhöht, bis denjenigen Parteien, denen Sitze i.S.d. Absatz 5 Satz 4 zustehen, eine Zahl von Sitzen zugeordnet wird, die für alle diese Parteien zusammengerechnet die Summe der allen Landeslisten dieser Parteien nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze nicht um mehr als drei Sitze unterschreitet und gleichzeitig jede der anderen Parteien mindestens die Gesamtzahl der ihren Landeslisten nach den Sätzen 2 und 3 zugeordneten Sitze erhält. Für jeden Schritt der Erhöhung muss also nicht nur ermittelt werden, ob jede Partei für sich genommen ihr festgelegtes Mindestsitzkontingent erhält. Für die „Überhangparteien“ muss vielmehr zusätzlich bei jedem Schritt die Differenz zwischen ihrem Mindestsitzkontingent und dem ihnen in diesem Verteilungsschritt zugeordneten Sitze ermittelt werden. Der Wert dieses für jede Partei einzeln ermittelte Differenz wird dann für alle „Überhangparteien“ zusammengerechnet. Beträgt sie in der Summe nicht mehr als drei und wird gleichzeitig allen anderen Parteien mindestens ihr Mindestsitzkontingent zugeordnet, stoppt die schrittweise Erhöhung.

So die Berechnungen bei *Pukelsheim*, Stellungnahme zur Anhörung „Bundeswahlgesetz“ am Montag, 5. Oktober 2020, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 A neu, Anlage 5; *Behnke*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 5. Oktober 2020 in Berlin, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 D, S. 7.

Diese Rechenoperation führt zwar zu einem Ergebnis, das dem in der Gesetzesbegründung geäußerten Ziel wohl am Nächsten kommt. Im Wortlaut der Norm finden sich allerdings keine Anhaltspunkte, die eine solche Rechnung anleiten würden. Die Formulierung, dass bestimmte Mandate „unberücksichtigt bleiben“, weist keinerlei Zusammenhang zu der beschriebenen Rechnung auf.

Das Problem, dass sich die Überhangmandate nicht also solche identifizieren lassen, setzt sich im Übrigen bei der Regelung aus § 48 Abs. 1 BWahlG fort, da hier durch Identifizierung von Überhangmandaten darüber zu entscheiden, welche Mandate beim Ausscheiden eines Abgeordneten nachzubesetzen sind und welche nicht. Auch hier bietet das Gesetz keinerlei vollziehbare Regelung an, sondern ist derart unbestimmt, dass es letztlich nicht vollziehbar ist (dazu gleich unter g).

## **(5) Vergleichsrechnungen**

Wie wesentlich die Unterschiede dieser verschiedenen Auslegungen sind, wird deutlich, wenn man sich ihre Konsequenzen anhand einer Beispielrechnung mit den Ergebnissen der Bundestagswahl 2017 vor Augen führt.

### ***Variante 1: bis zu drei Sitze pro Landesliste***

Legt man die Auslegungsvariante zugrunde, dass bis zu drei Sitze pro Landesliste, d.h. pro Land und Partei, unberücksichtigt bleiben, sind davon insgesamt 36 Sitze für die CDU, 3 Sitze für die CSU und 3 Sitze für die SPD betroffen. Es ergeben sich zwei Berechnungsvarianten, je nachdem, ob man diese Sitze beim *Ergebnis* der Erhöhung nicht berücksichtigt, d.h. von der ermittelten Sitzzahl abzieht (Variante 1a), oder bei der *Berechnung* der Erhöhung nicht berücksichtigt (Variante 1b). Folgende Ergebnisse würden dabei jeweils erzielt:

#### ***Variante 1a:***

Alle Parteien erhalten ihre Mindestsitzkontingente bei einer Mandatszahl von 700. Davon entfallen 197 auf die CDU, 151 auf die SPD, 93 auf die AfD, 79 auf die FDP, 68 auf DIE LINKE, 66 auf Bündnis 90/Die Grünen und 46 auf die CSU. Hiervon werden die oben genannten 42 Sitze abgezogen. Es ergibt sich eine Gesamtgröße des Bundestages ohne Überhangmandate von 658 Sitzen.

#### ***Variante 1b:***

Von den Mindestsitzkontingenten der Überhangparteien (194 CDU, 101 SPD, 46 CSU) werden die oben genannten Sitze abgezogen. Dies ergibt neue Mindestsitzkontingente von 158 für die CDU, 98 für die SPD und 43 für die CSU. Alle Parteien erhalten dann ihre Mindestsitzkontingente bei einer Mandatszahl von 655 Sitzen. Davon entfallen 184 auf die CDU, 141 auf die SPD, 87 auf die AfD, 74 auf die FDP, 64 auf DIE LINKE, 62 auf Bündnis 90/Die Grünen und 43 auf die CSU. Es ergibt sich eine Gesamtgröße des Bundestages ohne Überhangmandate von 655 Sitzen.

### ***Variante 2: bis zu drei Sitze pro Partei***

Legt man die Auslegungsvariante zugrunde, dass bis zu drei Sitze pro Partei unberücksichtigt bleiben, sind davon je 3 Sitze für CDU, CSU und SPD betroffen. Es ergeben sich wiederum zwei Berechnungsvarianten, je nachdem, ob man diese Sitze beim *Ergebnis* der Erhöhung nicht berücksichtigt, d.h. von der ermittelten Sitzzahl abzieht (Variante 2a), oder bei der *Berechnung* der Erhöhung nicht berücksichtigt (Variante 2b). Folgende Ergebnisse würden dabei jeweils erzielt:

#### *Variante 2a:*

Alle Parteien erhalten ihre Mindestsitzkontingente bei einer Mandatszahl von 700. Davon entfallen 197 auf die CDU, 151 auf die SPD, 93 auf die AfD, 79 auf die FDP, 68 auf DIE LINKE, 66 auf Bündnis 90/Die Grünen und 46 auf die CSU. Davon werden die oben genannten 9 Sitze abgezogen. Es ergibt sich eine Gesamtgröße des Bundestages ohne Überhangmandate von 691 Sitzen.

#### *Variante 2b:*

Von den Mindestsitzkontingenten der Überhangparteien (194 CDU, 101 SPD, 46 CSU) werden die oben genannten je 3 Sitze abgezogen. Dies ergibt neue Mindestsitzkontingente von 191 für die CDU, 98 für die SPD und 43 für die CSU. Alle Parteien erhalten dann ihre Mindestsitzkontingente bei einer Mandatszahl von 677 Sitzen. Davon entfallen 191 auf die CDU, 146 auf die SPD, 90 auf die AfD, 77 auf die FDP, 66 auf DIE LINKE, 64 auf Bündnis



90/Die Grünen und 44 auf die CSU. Es ergibt sich eine Gesamtgröße des Bundestages ohne Überhangmandate von 677 Sitzen.

***Variante 3: bis zu drei Sitze insgesamt***

Die dritte Auslegungsvariante entspricht den Beispielrechnungen aus der Sachverständigenanhörung im Innenausschuss des Bundestages. Hier beträgt die Gesamtsitzzahl 683 ohne Überhangmandate.

**dd) Satz 5**

Satz 5 ordnet die Erhöhung der Sitzzahl noch einmal verbindlich an. Er lautet:

*„Die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) erhöht sich um die Unterschiedszahl.“*

Die Regelung soll klarstellen, dass es sich bei der zuvor ermittelten Erhöhung nicht lediglich um eine Rechenoperation handelt, sondern die erhöhte Mandatszahl tatsächlich der endgültigen Sitzverteilung zugrunde gelegt wird. Allerdings ist nicht ganz klar, welche Unterschiedszahl hier gemeint ist, um die sich die Gesamtzahl der Sitze erhöht, da in den Sätzen zuvor drei verschiedene Größen in Bezug genommen werden: die ursprüngliche Zahl zu vergebender Sitze basierend auf der gesetzlichen Regelgröße von 598 Mandaten nach § 1 Abs. 1, die Zahl der „nicht zu berücksichtigenden“ Mandate und schließlich die erhöhte Zahl der Mandate, die nach Satz 4 berechnet werden, ohne die dadurch erzielten Überhangmandate. Der Begriff Unterschiedszahl bezeichnet eine Differenz zwischen zwei Zahlen, kann sich also nur auf zwei dieser drei Werte beziehen. Gemeint ist vermutlich die Differenz zwischen der gesetzlichen Regelgröße und der erhöhten Zahl der Mandate ohne die Überhangmandate. Aus dem Wortlaut klar ablesbar ist dies jedoch nicht. Diese Unklarheiten bei der Bezugsgröße setzen sich im Übrigen im folgenden Absatz nahtlos fort, wo tatsächlich die Bezugsgröße von Satz zu Satz zu variieren scheint, obwohl nach dem Wortlaut immer dieselbe Bezugsgröße angesprochen wird.

## **f) § 6 Abs. 6 BWahlG**

§ 6 Absatz 6 BWahlG regelt die endgültige Sitzverteilung und zwar in Satz 1 auf der Ebene der sogenannten Oberverteilung, d.h. der bundesweiten Verteilung auf die Parteien, und in den folgenden Sätzen auf der Ebene der sogenannten Unterverteilung, d.h. der Verteilung innerhalb einer Partei.

Satz 1, der die Oberverteilung regelt, lautet:

*„Die nach Absatz 5 zu vergebenden Sitze werden in jedem Fall bundesweit nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen in dem in Absatz 2 Satz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren auf die nach Absatz 3 zu berücksichtigenden Parteien verteilt.“*

Unter dem „in Absatz 2 Satz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren“ ist das dort beschriebene Divisorverfahren mit Standardrundung zu verstehen, „die nach Absatz 3 zu berücksichtigenden Parteien“ sind diejenigen Parteien, die die 5 %-Hürde übersprungen haben (oder von ihr befreit sind). Nach dieser Maßgabe werden also „die nach Absatz 5 zu vergebenden Sitze“ bundesweit nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen auf die Parteien verteilt.

Unklar bleibt allerdings, was genau „die nach Absatz 5 zu vergebenden Sitze“ sind. Absatz 5 selbst verwendet diesen Begriff nicht und erläutert auch sonst nicht, welche Sitze im Verfahren nach Absatz 6 zu vergeben wären, sondern setzt das Verteilungsverfahren nach Absatz 6 vielmehr bereits als notwendigen Schritt voraus. Es kommen daher wiederum verschiedene Auslegungsvarianten in Betracht. Je nachdem, welcher Auslegung man im Hinblick auf Absatz 5 Satz 5 gefolgt ist, könnte sich die Wendung entweder auf die erhöhte Zahl der Sitze ohne die Überhangmandate oder auf die Gesamtzahl von Sitzen inklusive der Überhangmandate beziehen. Da die Überhangmandate aber gerade nicht proportional nach dem Zweitstimmenergebnis verteilt, sondern außerhalb dieses Verhältnisausgleichs stehen sollen, kann hier nur die Zahl der Sitze ohne die „nicht zu berücksichtigenden“ Überhangmandate gemeint sein. Diese werden nach dem Divisorverfahren mit Standardrundung auf die Parteien verteilt.

Allerdings führt diese Auslegung zu einem unauflösbaren Widerspruch mit Satz 2. Dort heißt es:

*„In den Parteien werden die Sitze nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen in dem in Absatz 2 Satz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren auf die Landeslisten verteilt; dabei wird jeder Landesliste mindestens die nach Absatz 5 Satz 2 für sie ermittelte Sitzzahl zugeteilt.“*

Dieser Satz wurde gegenüber der Vorgängerregelung nur leicht modifiziert und an die neu eingeführte Kategorie der Mindestsitze angepasst. Dort, wo jetzt auf die „nach Absatz 5 Satz 2 für sie ermittelte Sitzzahl“ Bezug genommen wird, wurde zuvor auf die „Zahl der in den Wahlkreisen des Landes von der Partei errungenen Sitze“ verwiesen. Bei dieser Modifizierung wurde allerdings übersehen, dass sich die hier vorzunehmende sogenannte Unterverteilung der einer Partei bundesweit zustehenden Mandate auf die Landeslisten durch die Gesetzesänderung in einem wesentlichen Punkt geändert hat. Waren nach der alten Gesetzeslage nämlich immer so viele Mandate zu verteilen, wie jeder Partei proportional nach ihrem Zweitstimmenergebnis zustanden, hat sich diese Situation durch die angegriffene Gesetzesänderung wieder geändert, da nun tatsächlich wieder unausgeglichene Überhangmandate entstehen sollen. Dass diese Modifikation an dieser Stelle schlicht übersehen wurde, lässt auch die Gesetzesbegründung erahnen, die an dieser Stelle ausführt:

*„In der zweiten Stufe der Sitzverteilung werden in der Unterverteilung nach Satz 2, **wie bisher**, die Sitze nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen nach dem in Absatz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren verteilt.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 9, Hervorhebung durch Verfasserin.

Damit passt aber die im Wesentlichen unangetastete Regelung des Absatz 6 Satz 2 nicht mehr in das Regelungskonzept. Geht man nämlich davon aus, dass nach Satz 1 nur die Gesamtzahl der Sitze **ohne** Berücksichtigung der Überhangmandate verteilt wird, so ist es

rechnerisch schlicht nicht möglich, diese Sitze nach Satz 2 nun so zu verteilen, dass „jeder Landesliste mindestens die nach Absatz 5 Satz 2 für sie ermittelte Sitzzahl zugeteilt“ wird, da eine solche Verteilung gerade nur unter Einbeziehung der Überhangmandate möglich ist. Auch dies kann an den Wahlergebnissen der Bundestagswahl 2017 erläutert werden. Legte man die Auslegung von Absatz 5 zugrunde, die die Sachverständigen *Prof. Dr. Pukelsheim* und *Prof. Dr. Behnke* für die Anhörung des Innenausschusses gewählt haben und die oben mit Variante 3 bezeichnet wird, würde der Wortlaut von Absatz 6 Satz 2 verlangen, dass man 193 CDU-Mandate so auf die Landeslisten verteilen müsste, dass dort die Mindestsitzzahlen von insgesamt 194 Mandaten zugeteilt werden. Für die CSU würde dies bedeuten, dass die bundesweit 44 ermittelten Proporzmandate so auf die Landesliste zu verteilen wären, dass dort der Mindestsitzanspruch von 46 Mandaten erfüllt würde. Die identischen Schwierigkeiten träten auch bei den anderen Auslegungsvarianten auf.

Dieser Widerspruch in der Regelung lässt sich nicht ohne Bruch auflösen. Sollen die Mandate tatsächlich so verteilt werden, dass jede Landesliste ihr Mindestsitzkontingent erhält, so muss die Anzahl der zu verteilenden Mandate nämlich erhöht werden auf die Zahl der zuvor nach Satz 1 ermittelten Sitzzahlen zuzüglich der nach Absatz 5 berechneten Überhangmandate. Im gerade genannten Rechenbeispiel für die Bundestagswahl 2017 (basierend auf der Modellrechnung der genannten Sachverständigen) würde das also bedeuten, dass die zu verteilenden Mandate für die CDU auf 194, für die CSU auf 46 Sitze erhöht würden. Dies bedeutet dann aber, dass die Zahl der zu verteilenden Sitze in Satz 1 und Satz 2 sich voneinander unterscheiden würden, obwohl Satz 2 ausdrücklich auf die in Satz 1 genannten Sitze Bezug nimmt und eine Erhöhung der zu verteilenden Sitzzahl im Wortlaut der Norm auch keinerlei Erwähnung findet.

Doch selbst wenn man einen solchen Wechsel der Bezugsgröße vornehmen würde, obwohl er im Gesetzeswortlaut nicht verankert ist und zum Wortlaut in Widerspruch steht, wäre damit die notwendige Berechnung immer noch nicht durch den Normtext so beschrieben, dass er durch die zuständige Behörde einfach vollzogen werden könnte. Denn Satz 2 verweist auf das „in Absatz 2 Satz 2 bis 7 beschriebene Berechnungsverfahren“, also das Divisorverfahren mit Standardrundung, das eine rein proportionale Verteilung nach Zweitstimmen vorsieht. Genau diese rein proportionale Verteilung nach Zweitstimmen soll hier aber gerade nicht vorgenommen werden, wenn jeder Landesliste ihr Mindestsitzkontingent ga-

rantiert wird. Vielmehr ist es gerade Ziel der Gesetzesänderung, eine innerparteiliche föderale Proporzverzerrung hinzunehmen, um eine leichte Dämpfungswirkung bei der Vergrößerung des Bundestages zu erzeugen. Das Divisorverfahren mit Standardrundung muss also modifiziert werden, wenn die Mindestsitze für jede Landesliste garantiert werden sollen. Wie diese Modifizierung tatsächlich aussehen soll, darüber gibt das Gesetz allerdings keinerlei Auskunft.

Die verbleibenden Sätze von Absatz 6 beschreiben nun, wie von dieser Gesamtzahl der auf eine Landesliste entfallenden Mandate diejenigen Sitze ermittelt werden, die tatsächlich aus der Landesliste zu besetzen sind und nicht auf ein Wahlkreismandat entfallen. Die entsprechende Regelung lautet:

*„<sup>3</sup>Von der für jede Landesliste ermittelten Sitzzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze (§ 5) abgerechnet. <sup>4</sup>In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach Satz 1 ermittelte Zahl übersteigen. <sup>5</sup>In diesem Fall erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) um die Unterschiedszahl; eine erneute Berechnung nach Satz 1 findet nicht statt.“*

Hier scheint sich nun erneut die Bezugsgröße der Berechnung mehrfach zu ändern. Denn zunächst wird in Satz 3 die für jede Landesliste ermittelte Sitzzahl zum Ausgangspunkt genommen, um die Zahl der im Land gewonnenen Wahlkreismandate abzuziehen. Satz 4 stellt dann jedoch nicht auf diese Größe ab, sondern auf die Differenz zwischen der Zahl der gewonnenen Wahlkreismandate und der „nach Satz 1 ermittelten Zahl“ von Sitzen, also die bundesweit im Rahmen der sogenannten Oberverteilung an eine Partei zugeteilten Sitze. Hier wird also in Satz 3 angeordnet, dass die Sitze, die nach Satz 2 bereits auf die Landeslisten verteilt wurden, einer Partei überhaupt erst auf Bundesebene verbleiben. Diese Sitze sollen nach Satz 5 die Gesamtzahl der Sitze erneut erhöhen, ohne dass eine proportionale Verteilung nach Absatz 6 Satz 1 erfolgen würde. Es sollen hier also endgültig die unausgeglichenen Überhangmandate entstehen. Wie allerdings dieser mehrfache Wechsel der Bezugsgröße in eine systematisch stringente und mit dem Wortlaut vereinbare Auslegung münden soll, ist schlicht nicht mehr ermittelbar.

**g) § 48 Abs. 1 BWahlG**

Diese fehlende Möglichkeit, den Zusammenhang zwischen Absatz 6 Satz 2 und 4 herzustellen, schlägt schließlich auch auf die geänderte Regelung in § 48 Absatz 1 BWahlG durch. Mit dem neu eigenfügten Satz 2 lautet die Vorschrift nun:

*„Wenn ein gewählter Bewerber stirbt oder dem Landeswahlleiter schriftlich die Ablehnung des Erwerbs der Mitgliedschaft erklärt oder wenn ein Abgeordneter stirbt oder sonst nachträglich aus dem Deutschen Bundestag ausscheidet, so wird der Sitz aus der Landesliste derjenigen Partei besetzt, für die der gewählte Bewerber oder ausgeschiedene Abgeordnete bei der Wahl aufgetreten ist. Dies gilt nicht, solange die Partei in dem betreffenden Land Mandate gemäß § 6 Absatz 6 Satz 4 innehat.“*

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

*„§ 48 Absatz 1 Satz 2 trifft eine Sonderregelung für den Fall, dass ein Wahlkreisabgeordneter einer Partei mit unausgeglichenen Überhangmandaten aus dem Bundestag ausscheidet, wenn der Abgeordnete aus einem Land kommt, in dem eine Überhangmandatssituation vorlag. Durch die Änderung in Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc können zukünftig wieder bis zu drei Überhangmandate auftreten. Nach der endgültigen Sitzverteilung in der zweiten Stufe fallen zwar maximal drei Überhangmandate bei einer Partei an; diese lassen sich aber bei mehr Überhangsituationen einer Partei als für sie entfallenden Überhangmandate nicht ermitteln, Daher könnte jedes Direktmandat einer Partei in Ländern mit Überhangsituationen potentiell ein unausgeglichenes Überhangmandat sein. Die für diesen Fall durch das Gesetz zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (BGBl. I S. 394) in § 48 Absatz 1 Satz 2 getroffene Regelung, die durch das 22. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 3. Mai 2013 (BGBl. I S. 1082) gegenstandslos wurde, wird dadurch wieder erforderlich. Der wieder eingefügte § 48 Absatz 1 Satz 2 führt dazu, dass die in § 48 Absatz 1 Satz 1 für solche Fälle grundsätzlich geregelte Nachbesetzung aus der Landesliste, für die der Abgeordnete bei der Wahl aufgetreten ist, nicht zur Anwendung kommt, wenn der Abgeordnete aus einem Land kommt, in dem eine*

*Überhangmandatssituation vorlag, solange die betroffene Partei unausgeglichene Überhangmandate im Sinne des § 6 Absatz 6 Satz 4 erlangt hat.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 9.

Der Wortlaut der Vorschrift ist in mehrfacher Hinsicht unklar. Zunächst ist durch die völlige systematische Unverständlichkeit von § 6 Abs. 6 S. 4 schon nicht klar zu ermitteln, um welche Mandate es sich hier eigentlich handelt und ob die Überhangmandate, um die es hier wohl gehen soll, tatsächlich erst auf der Ebene des § 6 Absatz 6 Satz 4 oder nicht vielmehr bereits durch § 6 Absatz 5 Satz 4 entstehen. Aus Sinn und Zweck der Regelung lässt sich allerdings wohl schließen, dass es sich vermutlich um die in Absatz 5 Satz 4 genannten bis zu drei Überhangmandate handelt.

Selbst wenn man aber bei der Auslegung der Vorschrift über diesen völlig unklaren Normverweis hinwegsehen würde, bliebe die Regelung immer noch deshalb unbestimmt, weil die Vorschrift von Mandaten „in dem betreffenden Land“ spricht, allerdings weder § 6 Absatz 5 Satz 4 noch Absatz 6 Satz 4 diese Mandate einem konkreten Land zuordnet. Damit ist auch diese Regelung aus sich heraus nicht vollziehbar.

In der Expertenanhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages wurde dieses Problem diskutiert, wobei zwei (bzw. drei) verschiedene Auslegungsvarianten vorgestellt wurden. (Mindestens) eine weitere Auslegungsvarianten ist denkbar.

#### **aa) Auslegungsvariante Pukelsheim: Berücksichtigung jedes „Überhanglandes“**

Der Sachverständige *Prof. Dr. Friedrich Pukelsheim* verwies im Innenausschuss darauf, dass dem Gesetzentwurf keinerlei Zuteilung der Überhangmandate auf konkrete Länder zu entnehmen sei. Deshalb müssten hier alle Länder in diesem Sinne „betroffen“ sein, für die in der „ersten Verteilung“ fiktive Überhänge vorgemerkt wurden, für die also die Zahl der gewonnenen Wahlkreismandate größer ist als die bei der ersten Verteilung nach Zweitstimmen errechnete Mandatszahl.

*Pukelsheim*, Stellungnahme zur Anhörung „Bundeswahlgesetz“ am Montag, 5. Oktober 2020, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 A neu, Anlage 4 Fn. 1.

Um zu ermitteln, ob das Mandat eines ausscheidenden Wahlkreisabgeordneten, der eine „Überhangpartei“ vertritt, nachbesetzt wird, wird also geprüft, ob es sich bei dem Land, in dem der Wahlkreis des ausscheidenden Abgeordneten liegt, um ein „Überhangland“ handelt. In diesem Fall wird das Mandat nicht nachbesetzt. Diese Prüfung wird beim Ausscheiden jedes Wahlkreisabgeordneten so lange durchgeführt, wie die Partei noch über unausgeglichene Überhänge verfügt.

Diese Auslegung führt dazu, dass bei den Überhangparteien bei einer Vielzahl von Bundesländern eine Nachbesetzung ausgeschiedener Wahlkreiskandidaten solange unterbleiben kann, bis keine Überhangmandate für diese Partei mehr bestehen. Sie wird in gewisser Weise durch die Gesetzesbegründung nahegelegt, die für die Ausnahme zur Nachrückerregelung darauf abstellt, dass „der Abgeordnete aus einem Land kommt, in dem eine Überhangmandatssituation vorlag“. Der Sachverständige *Prof. Dr. Pukelsheim* nennt diese Form der Überhangmandate daher auch „retardierte Kappungsmandate“ und zeigt damit auf, dass jedenfalls an diesem Punkt eine gewisse Nähe des Modells zu dem ursprünglich von der SPD-Bundestagsfraktion beschlossenen Vorschlag besteht.

Wendet man zur Veranschaulichung diese Auslegungsvariante auf das Ergebnis der Bundestagswahl 2017 an und legt im Übrigen für § 6 BWahlG die Auslegungsvorschläge der Sachverständigen aus der Anhörung im Innenausschuss zugrunde, so ergibt sich folgendes Bild: Für die zwei unausgeglichene Überhangmandate, die bei der CSU entstehen, erübrigt sich eine Zuweisung zu einer Landesliste, da nur eine Landesliste eingereicht wurde. Für das eine unausgeglichene Überhangmandat bei der CDU wird hingegen darauf abgestellt, in welchen Ländern die Zahl der Wahlkreismandate für die CDU größer ist als die Zahl der im ersten Verteilungsschritt nach § 6 Abs. 2 BWahlG fiktiv zugeteilten Listenmandate. Bei der Bundestagswahl 2017 war dies in 10 Bundesländern der Fall, nämlich in Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Hessen, Thüringen, Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und dem Saarland. Stammt ein ausscheidender Wahlkreisabgeordneter aus einem dieser Bundesländer, so wäre sein Mandat nicht nachzubetzen.



## **bb) Auslegungsvarianten Grzeszick: Durchschnitt von Zweitstimmen oder fiktive Erhöhung der Mandatszahl bei der Unterverteilung**

Eine andere Auslegung vertrat in der Anhörung der Sachverständige *Prof. Dr. Bernd Grzeszick*. Seine Ausführungen dazu lauten:

*„Um die Überhangmandate, die auf Parteien mit mehr als einer Landesliste entfallen, konkret einer Landesliste zuordnen zu können, ist auf der Ebene der Rechtsanwendung eine am Normzweck ausgerichtete Vergleichsberechnung durchzuführen. Ziel dieser Vergleichsberechnung muss es sein, die oder diejenigen Landeslisten der betreffenden Partei zu identifizieren, bei der oder denen die Wahlkreissitze am wenigsten mit Zweitstimmen „unterlegt“ sind. Dies kann dadurch erfolgen, dass bei einer die Sitzzahl fiktiv so lange zu erhöhen ist, bis alle – auch auf der Anzahl der Wahlkreissitze beruhenden – Mindestsitzansprüche dem Zweistimmenergebnis entsprechen bis auf die Anzahl der Überhangmandate.*

*Bei dieser Vergleichsberechnung erfolgt die Erhöhung der Sitzzahl die Erhöhung bewusst um drei Sitze niedriger, als nötig wäre, um alle Landesmindestsitzzahlen zu befriedigen (vgl. § 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG). Bei der Oberverteilung nach § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG werden also an die Parteien insgesamt 3 Sitze weniger als benötigt verteilt.*

*Bei der Unterverteilung nach § 6 Abs. 6 S. 2 1. Halbsatz BWahlG, die nach Zweitstimmenanteilen der Landeslisten nach der Divisormethode Sainte-Laguë/Schepers erfolgt (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2-7 BWahlG), stehen dann in den Überhangmandatsparteien etwas weniger Sitze zur Verfügung als benötigt werden, um alle Mindestsitzzahlen zu erfüllen, wie es § Abs. 6 S. 2 2. Halbsatz BWahlG verlangt.*

*Dennoch werden allen Landelisten nach § 6 Abs. 6 S. 2 2. Halbsatz BWahlG mindestens die Landesmindestsitzzahlen nach § 6 Abs. 5 S. 2 BWahlG zugeteilt, die immer mindestens die Zahl der Direktmandate im Land ist.*

*Damit die für alle Direktmandate reichenden Landes-Mindestsitzzahlen an die Landeslisten verteilt werden können, obwohl bei den Parteien in der Oberverteilung 3 Sitze zu wenig angekommen waren, muss um die Differenz von max. 3 zusätzlichen Sitzen die Gesamtsitzzahl erhöht werden (vgl. § 6 Abs. 6 S. 5 BWahlG).*

*Bei genau den (maximal 3) Landeslisten, bei denen nach Verteilung der Sitze nach § 6 Abs. 6 S. 2 1. Halbsatz BWahlG weniger Sitze ankommen würden, als gemäß § 6 Abs. 6 S. 2 2. Halbsatz BWahlG tatsächlich verteilt werden, um alle Direktmandate anzurechnen (vgl. § 6 Abs. 6 S. 3 BWahlG), entstehen darum Überhangmandate (§ 6 Abs. 6 S. 4 und 5 BWahlG). Das sind maximal drei, weil die Erhöhung (in § 6 Abs. 5 BWahlG) für alle Direktmandate abzüglich 3 (vgl. § 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG) reicht.“*

Grzeszik, Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen BT-Drs. 19/22504 und BT-Drs. 19/13512 und BT-Drs. 19/22894, S. 9 f.

Auf diese Ausführungen nahm erkennbar die Fraktion von CDU/CSU in der Beschlussempfehlung des Innenausschusses Bezug. Hierzu wird ausgeführt:

*„Um die Überhangmandate, die auf Parteien mit mehr als einer Landesliste entfielen, konkret einer Landesliste zuordnen zu können, sei auf der Ebene der Rechtsanwendung eine am Normzweck ausgerichtete Vergleichsberechnung durchzuführen. Ziel dieser Vergleichsberechnung müsse sein, die oder diejenigen Landeslisten der betreffenden Partei zu identifizieren, bei der oder denen die Wahlkreissitze am wenigsten mit Zweitstimmen „unterlegt“ seien. Dies könne dadurch erfolgen, dass bei einer Partei mit Überhangmandaten die Sitzzahl fiktiv so lange zu erhöhen sei, bis alle – auch die auf der Anzahl der Wahlkreissitze beruhenden – Mindestsitzansprüche dem Zweitstimmenergebnis entsprechen, bis auf die Anzahl der Überhangmandate.“*

BT-Drs. 19/23187, S. 6.

Die anderen Fraktionen verhielten sich zu dieser Frage im Rahmen der Beschlussempfehlung nicht.

Die Auslegungsvariante, die hier vorgeschlagen wird, setzt voraus, dass der Normanwender eine komplexe Vergleichsrechnung vornimmt. Einen Anhaltspunkt für diese Berechnung

oder gar eine Anleitung zu ihr enthält der Gesetzestext nicht einmal im Ansatz. Daher lassen sich schon den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Grzeszik im Grunde zwei verschiedene Rechenwege entnehmen: Zum einen wäre es möglich, sich am Durchschnitt von Zweitstimmen pro Sitz zu orientieren. Auf diese Weise würde man tatsächlich ermitteln, welche Sitze „am Wenigsten mit Zweitstimmen unterlegt“ sind. Dafür würde man für jedes Bundesland der „Überhangpartei“ die Anzahl der errungenen Zweitstimmen durch die Anzahl der endgültig zugeteilten Mandate teilen. Das Bundesland bzw. die Bundesländer mit dem kleinsten Quotienten wären dann das „Überhangland“ bzw. die „Überhangländer“.

Bezogen auf das Ergebnis der Bundestagswahl 2017 ergäben sich für das eine Überhangmandat der CDU folgende Quotienten:

<b>Bundesland</b>	<b>Zweitstimmen</b>	<b>Mandate</b>	<b>Quotient</b>
Schleswig-Holstein	583.135	10	58.313,5
Mecklenburg-Vorpommern	307.263	6	51.210,5
Hamburg	266.312	2	133.156
Niedersachsen	1.623.481	19	85.446,4
Bremen	83.409	1	83.409
Brandenburg	397.839	9	44.204,3
Sachsen-Anhalt	377.411	9	41.934,6
Berlin	424.321	5	84.864,2
Nordrhein-Westfalen	3.214.013	41	78.390,6
Sachsen	665.751	12	55.479,3
Hessen	1.033.200	17	60.776,5
Thüringen	372.258	8	46.532,3
Rheinland-Pfalz	848.003	14	60.571,6
Baden-Württemberg	2.061.687	38	54.254,9

Saarland	189.573	3	63.191
----------	---------	---	--------

Da Sachsen-Anhalt das Bundesland mit dem kleinsten Quotienten ist, würde daher in diesem Fall nur dann keine Nachbesetzung erfolgen, wenn der ausscheidende Wahlkreiskandidat aus diesem Bundesland stammt.

Alternativ könnte man den Auslegungsvorschlag von Prof. Dr. Grzeszick aber auch so verstehen, dass eine Vergleichsrechnung durchzuführen ist, bei der durch rechnerische Erhöhung der Sitzzahl ermittelt wird, in welcher Reihenfolge die Mindestansprüche der Landeslisten erreicht werden. Eine solche Rechenoperation setzt an bei der Unterteilung der für die Partei ermittelten Gesamtsitzzahl auf die einzelnen Bundesländer, wie sie in § 6 Abs. 6 S. 2 BWahlG (wenn auch in unzureichender Form) normiert ist. Bei dieser Unterteilung werden die Sitze auf die Bundesländer gerade nicht proportional nach Zweistimmen verteilt, sondern so verteilt, dass jeder Landesliste die nach Absatz 5 Satz 2 ermittelte Mindestsitzzahl zugeordnet wird. Die vorgeschlagene Vergleichsrechnung erhöht nun (fiktiv) die zu verteilende Mandatszahl schrittweise so lange, bis gleichzeitig jede Landesliste mindestens ihre Mindestsitzzahl erhält und die Mandate unter den Landeslisten dennoch proportional nach Zweitstimmenergebnis verteilt sind. Die Bundesländer, bei denen in diesem iterativen Verfahren zuletzt die proportionale Verteilung durch Erhöhung um ein weiteres Mandat erreicht wird, sind dann nach dieser Auslegungsvariante die „Überhangländer“.

Bezogen auf das Ergebnis der Bundestagswahl 2017 ergäben sich für das eine Überhangmandat der CDU folgende Berechnung: Bei einer fiktiven Unterverteilung von 267 Mandaten würde in jedem Bundesland bis auf Sachsen-Anhalt die Mindestsitzzahl der Mandatszahl nach proportionaler Verteilung entsprechen. Nur in Sachsen-Anhalt wäre die Mindestsitzzahl um ein Mandat größer als die Mandatszahl nach proportionaler Verteilung.

Bundesland	Mindestsitzzahl	Sitzzahl nach proportionaler Verteilung zum Zweitstimmenergebnis	Differenz
Schleswig-Holstein	10	12	
Mecklenburg-Vorpommern	6	7	

Hamburg	2	6	
Niedersachsen	19	35	
Bremen	1	2	
Brandenburg	9	9	
Sachsen-Anhalt	9	8	1
Berlin	5	9	
Nordrhein-Westfalen	41	69	
Sachsen	12	14	
Hessen	17	22	
Thüringen	8	8	
Rheinland-Pfalz	14	18	
Baden-Württemberg	38	44	
Saarland	3	4	

Demnach würde es sich auch nach dieser Berechnung bei Sachsen-Anhalt um das „Überhangland“ handeln. Es würde nur dann keine Nachbesetzung erfolgen, wenn der ausscheidende Wahlkreiskandidat aus diesem Bundesland stammt.

### cc) Weitere Auslegungsvariante

Genauso möglich und genauso wenig vom Gesetzestext vorgeschrieben wie ausgeschlossen wäre es allerdings auch, die Vergleichsrechnung derart anzustellen, dass nicht auf die proportionale Unterverteilung der Mandate nach Ermittlung der Gesamtsitzzahl abgestellt wird, sondern auf die nach Sitzkontingenten festgestellten Ergebnisse nach Landeslisten i.S.v. § 6 Abs. 2 BWahlG. Es würde dann die Summe der der Partei in den Ländern nach dem ersten Verteilungsschritt zustehenden Fiktivsitze proportional nach den auf die Landeslisten entfallenen Zweitstimmen auf die Länder verteilt. Diese Sitzzahl würde dann schrittweise so lange erhöht, bis gleichzeitig jede Landesliste mindestens ihre Fiktivsitze aus dem

ersten Verteilungsschritt erhält und die Mandate unter den Landeslisten dennoch proportional nach Zweitstimmenergebnis verteilt sind. Die Bundesländer, bei denen in diesem iterativen Verfahren zuletzt die proportionale Verteilung durch Erhöhung um ein weiteres Mandat erreicht wird, sind dann nach dieser Auslegungsvariante die „Überhangländer“.

Bezogen auf das Ergebnis der Bundestagswahl 2017 ergäben sich für das eine Überhangmandat der CDU folgende Berechnung: Die Summe aller fiktiven Sitzkontingente nach dem ersten Verteilungsschritt beträgt für die CDU 164. Erhöht man diese Zahl auf 166 und verteilt sie proportional nach dem Zweitstimmergebnis auf die Landeslisten der CDU, würde in jedem Bundesland bis auf Brandenburg das fiktive Sitzkontingent der Mandatszahl nach proportionaler Verteilung entsprechen. Nur in Brandenburg wäre die fiktive Sitzkontingent um ein Mandat größer als die Mandatszahl nach proportionaler Verteilung.

<b>Bundesland</b>	<b>Fiktives Sitzkontingent nach § 6 Abs. 2</b>	<b>Sitzzahl nach proportionaler Verteilung zum Zweitstimmenergebnis</b>	<b>Differenz</b>
Schleswig-Holstein	7	8	
Mecklenburg-Vorpommern	4	4	
Hamburg	3	4	
Niedersachsen	21	21	
Bremen	1	1	
Brandenburg	6	5	1
Sachsen-Anhalt	5	5	
Berlin	6	6	
Nordrhein-Westfalen	43	43	
Sachsen	9	9	
Hessen	14	14	
Thüringen	5	5	

Rheinland-Pfalz	11	11	
Baden-Württemberg	27	27	
Saarland	2	3	

Demnach würde es sich nach dieser Berechnung bei Brandenburg um das „Überhangland“ handeln. Es würde nur dann keine Nachbesetzung erfolgen, wenn der ausscheidende Wahlkreiskandidat aus diesem Bundesland stammt.

#### **dd) Keine vollziehbare Regelung**

Die Tatsache, dass im Gesetzgebungsverfahren derart unterschiedliche Auslegungsvarianten vorgelegt wurden, die sich beide im Ergebnis nicht direkt aus dem Wortlaut ableiten lassen, ohne dass eine Konsentierung der Auslegung erfolgte, und dass darüber hinaus sogar noch eine weitere Auslegungsvariante denkbar ist, für oder gegen die sich keine Anhaltspunkte im Gesetz finden lassen, zeigt erneut überdeutlich, dass ein einfacher Vollzug der Vorschrift durch die zuständige Behörde angesichts der Lückenhaftigkeit und Widersprüchlichkeit der Norm schlicht nicht möglich ist. Der Gesetzestext vermag hier die notwendigen Entscheidungen der Verwaltung in keiner Weise spezifisch vorzuzeichnen.

#### **h) Keine vollziehbare gesetzliche Entscheidung am verfassungsrechtlich zentralen Punkt der Mandatzuteilung**

Die vorstehenden Erläuterungen haben gezeigt, dass die angegriffene Neuregelung im Bundeswahlgesetz an zahlreichen Stellen hochgradig unpräzise, lückenhaft und widersprüchlich ist. Eine Anwendung des Gesetzes ist nicht möglich, ohne zahlreiche Anwendungsschritte vorzunehmen, die im Gesetzeswortlaut keine Grundlage haben. Ein eindeutiger Regelungsgehalt lässt sich – wie anschaulich die Nachrückerregelung in § 48 BWahlG zeigt – nicht einmal unter intensiver Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien entnehmen.

Dabei tauchen die Lücken, Ungenauigkeiten und Widersprüchlichkeiten nicht an zufälligen Punkten auf. Vielmehr wird das geänderte Gesetz immer dann lückenhaft, ungenau und

widersprüchlich, wenn es um die Einfügung der neuen bis zu drei unausgeglichene Überhangmandate geht – und damit genau um den Punkt, an dem eine massive Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen und der Chancengleichheit der Parteien entsteht (dazu sogleich). Die Frage, zugunsten welcher Partei eine Proporzverzerrung in welchem Umfang entsteht, ist also in hohem Maße davon abhängig, wie am Ende der Bundeswahlleiter die großen Lücken des Gesetzes ohne Anhaltspunkte im Wortlaut schließt und die systematischen Brüche durch Auslegung am Text vorbei umgeht. Damit ist die Normenklarheit der Vorschriften gerade an der Stelle nicht gegeben, die besondere Anforderungen an die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Norm stellt, weil an ihr wesentliche Eingriffe in verfassungsrechtliche Rechtspositionen von Wählern und Parteien vorgenommen werden. Damit liegt ein klarer Verstoß gegen das Gebot der Normklarheit vor.

## **II. Verstoß gegen Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit durch ausgleichslose Überhangmandate**

Selbst wenn man – entgegen dem tatsächlich verabschiedeten Wortlaut – davon ausgeht, dass das geänderte Gesetz eine hinreichend klare Regelung zur Zuteilung ausgleichsloser Überhangmandate enthielte, so würde die Vorschrift dennoch gegen das Grundgesetz verstoßen, namentlich gegen die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG. Das gilt unabhängig davon, ob man die neue gesetzliche Vorschrift so auslegt, dass bis zu drei ausgleichslose Überhangmandate pro Landesliste, pro Partei oder insgesamt zugelassen werden.

### **1. Verfassungsrechtlicher Maßstab**

Die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG erfordert, dass alle Bürger ihr Wahlrecht in formal gleicher Weise ausüben können. Dabei kann unterschieden werden zwischen der Zählwertgleichheit und der Erfolgswertgleichheit. Die Gleichheit des Zählwerts erfordert, dass jeder Wähler die gleiche Stimmenanzahl besitzt und jede abgegebene Stimme als eine Stimme zählt. Abweichungen von der Gleichheit des Zählwertes sind angesichts der in der demokratischen Grundordnung verankerten unbedingten Gleichheit aller Staatsbürger bei der Teilnahme an der Staatswillensbildung generell nicht zulässig.



BVerfGE 1, 208 (247).

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gleichheit des Erfolgswerts hängen hingegen von der Ausgestaltung des Wahlrechts ab. Ist das Wahlsystem als Mehrheitswahl ausgestaltet, fordert Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG lediglich die gleiche Erfolgchance aller Stimmen. Bei der Verhältniswahl muss – von unvermeidlichen Rundungen abgesehen – jede Stimme hingegen den gleichen Erfolgswert haben, d.h. jede Stimme muss bei der Umsetzung in die Zuteilung von Parlamentssitzen in gleicher Weise berücksichtigt werden.

Im Bundeswahlgesetz hat sich der Gesetzgeber im Ergebnis für ein Verhältniswahlsystem entschieden, bei dem ein grundsätzlich alle zu besetzenden Sitze umfassender Verhältnisausgleich vorgesehen ist. Damit hat er sich dem Gebot des gleichen Erfolgswerts jeder Stimme als der speziellen Ausprägung der Wahlrechtsgleichheit unterworfen.

BVerfGE 1, 208 (248); 6, 84 (90); 34, 81 (100); 82, 322 (337).

Abweichungen davon bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Das gilt insbesondere für solche Sitzzuteilungsregeln im Wahlrecht, die Abweichungen von der proportionalen Verteilung der Mandate nach dem Zweitstimmenergebnis der Parteien zulassen. Sie sind nur innerhalb äußerst enger Grenzen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Dieser Aspekt der Wahlgleichheit wird verstärkt durch die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG, denn durch eine ungleiche Gewichtung der auf die Parteien entfallenden Stimmen wird nicht nur die Gleichheit der Wählerstimmen, sondern auch die Gleichheit der Parteien in der Wahl als Wettbewerbsprozess berührt.

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat das Bundesverfassungsgericht daher der Möglichkeit des Gesetzgebers, ausgleichslose Überhangmandate zuzulassen, eine klare (nicht nur) numerische Grenze gesetzt. Es hat dazu wörtlich ausgeführt:

*„§ 6 Abs. 5 BWG verstößt insoweit gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, als er das ausgleichslose Anfallen von*

*Überhangmandaten in einem Umfang zulässt, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann. Dies ist der Fall, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet.“*

BVerfGE 131, 316 (357).

Und weiter:

*„Die durch die ungleiche Zuteilung von Überhangmandaten bewirkte ungleiche Gewichtung der Wählerstimmen ist durch die verfassungslegitime Zielsetzung der personalisierten Verhältniswahl, dem Wähler im Rahmen einer Verhältniswahl die Wahl von Persönlichkeiten zu ermöglichen, grundsätzlich gerechtfertigt. Der insoweit bestehende Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wird allerdings durch den Grundcharakter der Bundestagswahl als einer Verhältniswahl begrenzt. Die verfassungsrechtliche Grenze für die ungleiche Zuteilung von Überhangmandaten ist überschritten, wenn Überhangmandate im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke **zu erwarten** sind.“*

BVerfGE 131, 316 (363) (Hervorhebung durch Verfasserin).

Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Wahlrecht, das ungleiche Überhangmandate zulässt, mit dem Gebot der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen vereinbar ist, ist demnach im Hinblick auf den bisherigen Normbestand eine „*Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände*“, die den Gesetzgeber „*von Verfassungs wegen zu einer Neuregelung der Überhangmandate verpflichte[n]*“ kann.

BVerfGE 131, 316 (368).

Dies bedeutet, dass bis zu 15 unausgeglichene Überhangmandate als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden können, wenn sie sich als Nebenfolge zu einer wahlrechtlichen Systementscheidung im Zusammenspiel mit den tatsächlichen Umständen des Wählerverhaltens darstellen. Sie können jedoch nicht als gezieltes, potentiell mehrheitsverzerrendes Gestaltungsinstrument eingesetzt werden. Denn die Entscheidung stellt nicht darauf ab, dass *im Ergebnis* 15 Überhangmandate unausgeglichen bleiben dürfen. Sie stellt vielmehr Anforderungen an das Zusammenwirken von Wahlsystem und tatsächlichen Gegebenheiten des Wählerverhaltens. Nicht erst das tatsächliche Anfallen von mehr als 15 unausgegleichen Überhangmandaten wird als Verfassungsverstoß angesehen, sondern bereits die Situation, in der aufgrund des Wahlsystems und der tatsächlichen Umstände Überhangmandate im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke *zu erwarten sind*.

Damit korrespondieren die Ausführungen des Gerichts dazu, was überhaupt als Überhangmandat in diesem Sinne zu verstehen ist. Überhangmandate sind nach der Rechtsprechung nämlich

*„das Ergebnis eines nicht vollständig durchführbaren Verrechnungsverfahrens, das konzeptionell auf eine Verteilung der Gesamtzahl der Sitze auf die Parteilisten entsprechend dem Verhältnis der Summen ihrer Zweitstimmen ausgerichtet ist“.*

BVerfGE 131, 316 (361).

Überhangmandate in diesem Sinne, die bis zu einer Anzahl von 15 verfassungsrechtlich zulässig sein können, sind daher schon begrifflich nur solche Mandate, die aufgrund eines nicht vollständig durchführbaren Verrechnungsverfahrens entstehen, nicht jedoch solche Mandate, die bewusst aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung als proporzverzerrende Mandate erzwungen werden.

## **2. Verfassungsverstoß durch gesetzlich erzwungene Überhangmandate**

Gegen diese Vorgaben verstößt die hier angegriffene Gesetzesänderung. Dies ist offensichtlich für den Fall, dass man – dem Wortlaut entsprechend – davon ausgeht, dass bis zu drei Überhangmandate pro Landesliste zugelassen werden. Doch auch bei einer anderen Auslegung liegt ein Verfassungsverstoß vor. Denn in der Neufassung des Gesetzes entstehen die Überhangmandate nicht mehr einfach als Folge im System der personalisierten Verhältniswahl. Sie werden vielmehr vom Gesetzgeber bewusst erzwungen und stellen sich daher als willkürliche Verzerrung des Zweitstimmenproporz, nicht jedoch als notwendige Systemfolge der personalisierten Verhältniswahl dar.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Gesetzesänderung schon deshalb als verfassungswidrig dar, weil die mit ihr verbundene Proporzverzerrung gerade nicht dem besonderen Anliegen der Personalisierung dient, der sonst zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung von Erfolgswertgleichheit und Chancengleichheit herangezogen werden kann: Diesem Aspekt wäre mit einem Vollaussgleich von Überhangmandaten, wie das bisherige Wahlrecht ihn vorsieht, in gleicher Weise gedient. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass bei einer im Einzelnen nicht vorhersehbaren Erhöhung der Sitzzahl des Bundestages – abgesehen von damit verbundenen Praktikabilitätsproblemen – dessen Zusammensetzung das Ziel, die Abgeordneten des Deutschen Bundestages zur Hälfte personenbezogen zu legitimieren, nicht verwirklichen würde.

BVerfGE 131, 316 (366).

Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede proporzverzerrende Maßnahme, die den Anstieg der Abgeordnetenzahl im Bundestag dämpft, auch mit der Erfolgswertgleichheit der Stimmen vereinbar wäre. Denn ein Verstoß gegen die Wahlgleichheit liegt jedenfalls vor, wenn die Regelung, die den Erfolgswert differenziert zur Erreichung dieses Zieles nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Zieles Erforderlichen überschreitet.

BVerfGE 6, 84 (94); 51, 222 (238); 71, 81 (96); 95, 408 (420); 121, 266 (304).

Hier ist in jedem Fall zumindest die Grenze des für die Erreichung des Ziels Erforderlichen weit überschritten. Denn das Ziel, den Aufwuchs der Bundestagsgröße zu dämpfen, wird durch den Nichtausgleich von bis zu drei Überhangmandaten nur in derart geringer Weise gefördert, dass dieser Aspekt nicht genügt, um den damit verbunden Eingriff in Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien zu rechtfertigen. Bei einer Modellrechnung mit den Daten aus den zum 29.9.2020 verfügbaren Umfragen hat etwa Prof. Dr. Joachim Behnke errechnet, dass die Regelung über die drei unausgeglichene Überhangmandate (in der Auslegung, dass es sich nur um *insgesamt* drei Mandate handelt) das Anwachsen des Bundestags um genau sechs Mandate dämpfen würde, die Gesamtzahl der Abgeordneten also statt auf 761 auf 755 steigen würde.

*Behnke, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 5. Oktober 2020 in Berlin, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 D, S. 10.*

Die Gesetzesbegründung erkennt dieses verfassungsrechtliche Problem und nimmt auf die oben zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug. Hinsichtlich der durch die Gesetzesänderung vorgesehenen unausgeglichene Überhangmandate führt die Begründung wörtlich aus:

*„Die damit in Kauf genommene Proporzbeeinträchtigung dürfte noch nicht dazu führen, dass der Ausgleich zwischen dem Anliegen möglichst proportionaler Abbildung des Zweitstimmenergebnisses und dem mit der Personenwahl verbundenen Belang uneingeschränkter Erhalts von Wahlkreismandaten nicht mehr als gewahrt anzusehen wäre.“*

BT-Drs. 19/22504, S. 6.

Schon diese äußerst schwache Formulierung macht deutlich, dass der Gesetzgeber selbst erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität der neugetroffenen Regel hatte. Zu Recht: Sie ist mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.

#### **D. Zulässigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung**

Der Antrag auf einstweilige Anordnung ist nach § 32 BVerfGG zulässig. Er bezieht sich auf den gleichzeitig im Wege der abstrakten Normenkontrolle anhängig gemachten Streitfall. Der Antrag im Hauptsacheverfahren ist, wie oben dargelegt, seinerseits zulässig.

Dass im einstweiligen Anordnungsverfahren endgültig über die Nichtanwendung der angegriffenen Vorschriften im Bundeswahlgesetz bei der nächsten Bundestagswahl entschieden wird, steht der Zulässigkeit des Antrags nicht entgegen. Eine solche (teilweise) Vorwegnahme der Hauptsache ist nämlich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme und auch in anderer Weise ausreichender Rechtsschutz nicht mehr gewährt werden könnte.

BVerfGE 34, 160 (162 f.); 67, 149 (151); 108, 34 (40); 113, 113 (122); 130, 367 (369); 147, 39 (46 f.).

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Streitgegenstand durch ein einmaliges oder nur kurze Zeit währendes Geschehen bestimmt wird, auf das eine Hauptsacheentscheidung keinen Einfluss mehr nehmen könnte, weil es bis dahin bereits erledigt wäre.

*Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Werkstand: 60. EL Juli 2020, § 32 Rn. 48.

Genau so liegt der Sachverhalt hier. Der Streitgegenstand wird hier durch die Anwendung des geänderten Bundeswahlgesetzes bei der nächsten Bundestagswahl bestimmt, die im Herbst 2021 stattfinden wird. Da das Regelungen über die Mandatzuteilung immer nur bei einer Bundestagswahl, d.h. im Regelfall nur alle vier Jahre, zur Anwendung kommen, ist die Anwendung der Vorschriften des Bundeswahlgesetzes ganz überwiegend ein punktuelles Geschehen, das innerhalb einer Legislaturperiode nur einmal auftritt. Nachdem die Sitzteilung für den 20. Deutschen Bundestag stattgefunden hat, könnte daher Rechtsschutz nur dadurch gewährt werden, dass die Wahl im Wege der Wahlprüfungsbeschwerde für

ungültig erklärt und wiederholt würde. Dafür wäre es dann allerdings erforderlich, dass der nach den ungültigen Regelungen des BWahlG zusammengesetzte Bundestag ein neues Wahlgesetz beschlösse. Dies stellt keinen ausreichenden Rechtsschutz im Hinblick auf das Ziel der abstrakten Normenkontrolle dar, so dass die auf die nächste Bundestagswahl bezogene Vorwegnahme der Hauptsache hier ausnahmsweise zulässig sein muss.

### **E. Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet. Der gleichzeitig gestellte Antrag im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist nicht ohne Aussicht auf Erfolg, da er, wie unter B. und C. dargelegt, zulässig und begründet ist. Die danach vorzunehmende Folgenabwägung muss zugunsten des Erlasses einer einstweiligen Anordnung ausfallen. Dies gilt trotz des hier anzulegenden strengen Maßstabs.

### **I. Verfassungsrechtlicher Maßstab**

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG gegeben sind, ist wegen der weittragenden Folgen einer einstweiligen Anordnung regelmäßig ein strenger Maßstab anzulegen.

BVerfGE 55, 1 (3); 82, 310 (312); 94, 166 (216 f.); 104, 23 (27); 106, 51 (58); 132, 195 (232).

Bei der Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die in der Hauptsache begehrte Feststellung oder der in der Hauptsache gestellte Antrag erwiese sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet.

BVerfGE 89, 38 (43 f.); 103, 41 (42); 118, 111 (122).

Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens muss das Bundesverfassungsgericht die Folgen abwägen, die eintreten würden, wenn einerseits eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag in der Hauptsache aber Erfolg hätte, und andererseits die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.

BVerfGE 105, 365 (371); 106, 351 (355); 108, 238 (246); 125, 385 (393); 126, 158 (168); 129, 284 (298); 132, 195 (232 f.).

Der strenge Maßstab für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG erhöht sich, wenn der Vollzug eines Gesetzes ausgesetzt werden soll, weil dies einen erheblichen Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers darstellt.

BVerfGE 104, 23 (27); 104, 51 (55); 112, 284 (292); 122, 342 (361); 131, 47 (61); 140, 99 (106 f.); 140, 211 (219).

Müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe schon im Regelfall so schwer wiegen, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabdingbar machen, so müssen sie im Fall der begehrten Außervollzugsetzung eines Gesetzes darüber hinaus besonderes Gewicht haben.

BVerfGE 82, 310 (313); 104, 23 (27 f.); 117, 126 (135); 122, 342 (361 f.); 140, 99 (107); 140, 211 (219).



## **II. Schwerwiegende verfassungsrechtliche Folgen bei Nichterlass der einstweiligen Anordnung**

Ergeht die einstweilige Anordnung hier nicht, erweist sich die Hauptsache aber später als begründet, so entstehen derartig schwere verfassungsrechtliche Folgen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung dringend geboten ist. In diesem Fall würde nämlich der Bundeswahlleiter die Sitzzuteilung aufgrund einer Regelung vornehmen, die unvollständig und widersprüchlich ist und deshalb nicht schlicht am Gesetzeswortlaut orientiert von ihm vollzogen werden könnte. Vielmehr müsste der Bundeswahlleiter unter verschiedenen vertretbaren Auslegungen ohne hinreichende methodische Anhaltspunkte eine Variante auswählen und dabei insbesondere auch selbständig darüber entscheiden, bis zu welchem Umfang unausgeglichene Überhangmandate und damit eine Beeinträchtigung der Wahlrechts- gleichheit und der Chancengleichheit der Parteien hingenommen würden.

Veranschaulicht an der Beispielrechnung mit den Zahlen der Bundestagswahl 2017 hieße dies, dass eine Bundestagsgröße von 655 zuzüglich 36 Überhangmandaten für die CDU sowie je 3 Überhangmandaten für SPD und CSU genauso möglich wäre wie eine Bundestagsgröße von 691 Sitzen zuzüglich eines Überhangmandats für die CSU. Diese unterschiedlichen Auslegungsvarianten würden zunächst zu einer Differenz der Gesamtzahl der Abgeordneten führen, da der Bundestag in einem Fall eine Gesamtgröße von 697, im anderen Fall eine Gesamtgröße von 692 aufweisen würde. Vor allen Dingen aber würden sie zu einer deutlich unterschiedlichen parteipolitischen Zusammensetzung des Bundestags führen. Während im ersten Beispiel 220 von 697 Sitzen und damit 31,56 % der Sitze auf die CDU entfallen würden, wäre dies im zweiten Beispiel nur bei 195 von 693 Sitzen und damit nur bei 28,14 % der Sitze der Fall.

Damit würde der Bundeswahlleiter durch seine Auslegung des Gesetzes relativ frei, da methodisch nur vollkommen unzureichend angeleitet, über die Verteilung von mehr als drei Prozent der Bundestagsmandate entscheiden können. Ein solcher Vorgang wäre geeignet, das Vertrauen in die Wahl und damit die grundlegende Integrationsfunktion der Bundestagswahl massiv zu erschüttern und könnte einen kaum reparablen Schaden an der Demokratie verursachen.

Für das besondere Gewicht, das eine klare, verständliche und vollziehbare Regelung des Wahlrechts hat, spricht im Übrigen auch die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht

bereits mehrfach zugelassen hat, dass die Bundestagswahlen mit verfassungsrechtlich mangelbehafteten Regelungen durchgeführt wurden, um dem Gesetzgeber die notwendige Zeit zu verschaffen, eine normklare Neuregelung zu beschließen.

Vgl. BVerfGE 79, 161 (168); 121, 266 (316); 122, 304 (311).

Wenn diese verfassungsrechtliche Anforderung nun derart eklatant missachtet wird wie bei der angegriffenen Änderung, dann muss umgekehrt gelten, dass die Bundestagswahlen eher mit einer vom gesetzgeberischen Willen leicht überholten Regelung durchzuführen sind als mit einer unverständlichen. Denn in den genannten Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht die Anwendung des verfassungswidrigen Gesetzes zugelassen hat, folgte die Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts gerade nicht aus dessen fehlender Normklarheit, so dass ein gesetzmäßiger Vollzug der Regelung weiterhin möglich war. Genau an dieser Voraussetzung fehlt es allerdings hier, weil die Normen schlicht nicht angewendet werden können, ohne dass dem Bundeswahlleiter eine ganz erhebliche, gesetzlich nicht vorgezeichnete Einflussmöglichkeit auf die Zusammensetzung des Bundestags eingeräumt wird.

### **III. Weniger schwerwiegende Folgen bei Erlass der einstweiligen Anordnung**

Demgegenüber sind die Folgen bei Erlass der einstweiligen Anordnung, wenn die Hauptsache keinen Erfolg hat, als weniger schwerwiegend einzuordnen. Zwar würde tatsächlich eine gesetzgeberische Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht suspendiert. Dieser Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers wäre allerdings von geringer Intensität, da die einstweilige Anordnung nur die Bundestagswahl 2021 betreffen würde. Darüber hinaus wäre der Eingriff in die Zuständigkeit des Gesetzgebers auch in der Sache moderat, da nur derjenige Teil, der zu einer verfassungswidrigen Mandatsverteilung führen würde und ohne Weiteres – insbesondere auch ohne Verzerrung des gesetzgeberischen Willens – vom Rest der gesetzlichen Neuregelung abgetrennt werden kann, außer Anwendung gesetzt würde. Auch auf die Wahlvorbereitungshandlungen hätte eine solche einstweilige Anordnung keinerlei Auswirkungen, da die angegriffenen Regelungen alleine die

Berechnung der Mandatsverteilung, nicht jedoch den Prozess der Stimmabgabe (oder vorgelagert der Kandidatenaufstellung) betreffen.

Schließlich ist auch die Funktionsfähigkeit des Bundestags in keiner Weise dadurch berührt, dass Teile des neuen Bundeswahlgesetzes außer Kraft gesetzt werden, die einen weiteren Anstieg der Größe des Bundestags dämpfen sollen. Wie insbesondere der Sachverständige *Prof. Dr. Joachim Behnke* in der Anhörung im Innenausschuss dargelegt hat,

*Behnke, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 5. Oktober 2020 in Berlin, Ausschuss-Drucksache 19(4)584 D.*

sind die Dämpfungswirkungen der angegriffenen Regelung so gering, dass ihre Außervollzugsetzung die Funktionsfähigkeit des neu zu wählenden Bundestages nicht spürbar stärker beeinträchtigt als die Anwendung des neuen Wahlrechts. In einer Simulation mit 4000 Wahlergebnissen, die sie sich in einem Erwartungsumfeld befinden, das aufgrund der aktuellen Trends und Hintergründe als realistisch angenommen werden kann, ergaben sich folgende Kennwerte:

	Alte Rechtslage	Neue Rechtslage ab 2021
Mittelwert Bundestagsgröße	749,0	739,5
Anteil an Fällen mit einer Bundestagsgröße über 800	5,6 %	3,0 %
Anteil an Fällen mit einer Bundestagsgröße über 750	49,5 %	39,1 %
Anteil an Fällen mit einer Bundestagsgröße über 709	87,5 %	81,1 %
Anteil an Fällen mit einer Bundestagsgröße über 660	99,1 %	98,2 %

Anteil an Fällen mit einer Bundestagsgröße über 630	99,98 %	99,9 %
---	---------	--------

Der Mittelwert der Abweichung in der Gesamtmandatszahl aufgrund der gesetzlichen Neuregelung im Vergleich zur vorherigen Rechtslage beträgt nach diesen Berechnungen weniger als 10 Mandate. Dies ist keine Größe, die für die Funktionsfähigkeit des Bundestags von entscheidender Bedeutung wäre.

#### **F. Ergebnis**

Artikel 1 Nr. 3-5 des fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl. I S. 2395) verstoßen gegen Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und 21 Abs. 1 GG und sind nichtig. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung zu ihrer Außerkraftsetzung für die nächste Bundestagswahl ist erforderlich, um zu verhindern, dass wesentliche Entscheidungen über die Sitzzuteilung im neugewählten Bundestag ohne gesetzliche Grundlage allein durch die Verwaltung erfolgen.

Düsseldorf, den 1. Februar 2021

Prof. Dr. Sophie Schönberger