

# LEGITIMITÄT Gegen LEGALITÄT: Ist der Deutsche Bundestag demokratisch legitimiert?

Unser Gastautor wirft diese Frage kenntnisreich auf und verbindet sie mit einer einmaligen Initiative.

## Die Figur des nicht-gewählten Abgeordneten im deutschen Wahlrecht

Von Dr. Manfred C. Hettlage \*)

### *Das Abstrakt*

*Gesetze sind dazu da, beim Wort genommen zu werden. Das gilt vor allem für das Grundgesetz. In Art. 38 Abs. 1 GG heißt es: „Die Abgeordneten werden (...) gewählt.“ Bei den sog. Ausgleichsmandaten, die mit dem 22. Wahlrechts-Änderungsgesetz auch im Bund eingeführt wurden, ist das nicht der Fall, denn sie setzen den Überhang voraus. Er kann aber erst festgestellt werden, wenn die Wahllokale geschlossen und Stimmen ausgezählt sind. Und niemand ist befugt, das Wahlergebnis nachträglich zu ergänzen, zu verbessern oder auszugleichen. Werden die Listenplätze nachgeschoben, muss darüber auch eine Nachwahl abgehalten werden.*

Frühling lässt sein blaues Band wieder flattern durch die Lüfte. So heißt es in einem Gedicht, das Eduard Mörike 1828 verfasst hat. Wenn der Kuckuck ruft, ist der Frühling da. Doch ist er nicht nur Frühlingsbote, er ist auch Brutparasit. Er legt seine Eier in fremde Nester und überlässt anderen Vögeln die Sorge für den Nachwuchs. Ein Kuckucksei ist also etwas Fremdes, etwas das nicht so ist wie es erscheint. Deshalb liegt der Vergleich nahe: Ausgleichsmandate werden den Wählern untergeschoben wie Kuckuckseier.

Die Wähler haben nicht mit den amtlichen Stimmzetteln entschieden, wer in welchem Bundesland, von welcher Partei ein Ausgleichsmandat erhalten soll. Eine konkrete Wahlhandlung über den Mandatsausgleich gibt es nicht. Es kann sie nicht geben. Denn der Ausgleich setzt den Überhang voraus. Der Überhang kann aber erst festgestellt und anschließend auch ausgeglichen werden, wenn die Wahllokale geschlossen sind und sich gezeigt hat, dass eine Partei mit den Zweitstimmen für ihre Landesliste weniger Sitze erlangt hat, als sie mit den Erststimmen im gleichen Land Direktmandate erzielen konnte. Doch die Abgeordneten werden gewählt. So steht es im Grundgesetz. - Und niemand ist befugt, das Wahlergebnis auszugleichen!

### **Ohne Kandidat kein Mandat**

Die Wahlhandlung, die von den Juristen auch als Wahlgeschäft bezeichnet wird, muss also abgeschlossen, und die Stimmen ausgezählt sein, bevor der Wahlleiter überhaupt wissen kann, wie hoch der von ihm vorzunehmende Ausgleich ausfallen muss, um den Überhang zu egalisieren. Wer in den Bundestag einzieht und wer nicht, das entscheidet jedoch der Volkssouverän, also das Wahlvolk, und zwar alleine, auf amtlichen Stimmzetteln und in Wahlkabinen. Man hätte also für den Wahlausgleich wenigstens eine Eventualstimme benötigt oder besser noch eine richtige Nachwahl abhalten müssen, mit allem was dazu gehört. Beides hat es weder bei der Bundestagswahl 2017 noch bei der Vorgänger-

wahl 2013 gegeben. In beiden Wahlen gab es niemand, der für ein Ausgleichsmandat auch nur kandidiert hätte. Und ohne Kandidat natürlich keine Mandat, auch kein Ausgleichsmandat.

Die Sache kommt keineswegs so harmlos daher wie des Frühlings blaues Bandō. Denn der Bundestag hat in voller Besetzung 598 Mitglieder. Es gab 2017 aber 709 Abgeordnete, 111 Mandatsträger mehr als der Bundestag überhaupt Sitze hat. Man glaubt es nicht, aber so ist es tatsächlich. Und wenn man die Sache auf den Prüfstand stellt, dann zeigt sich, dass bei der Wahl 46 Überhänge entstanden sind, mehr als je zuvor. Dieser Rekord an 46 Überhängen wurde ausgeglichen, aber nicht durch 46, sondern durch 65 nachgeschobene Ausgleichsmandate. Das hat es in einem so gewaltigen Ausmaß nie zuvor gegeben. Der deutsche Michel, reibt sich verduzt die Augen: Im Bundestag tummeln sich also 65 Abgeordnete, die gar nicht gewählt worden sind? Ja so ist es! Und tatsächlich beteiligen sie sich - sogar noch vor der Kanzlerwahl - an Beschlussfassung über die Erhöhung der Diäten.

### **Der Ausgleich überstieg den Überhang 2013 um das Siebenfache**

Mit Urteil v. 25.7.2012 (BVerfGE 131, 316) hat das Bundesverfassungsgerichts die leidigen Überhänge gedeckelt. Bei mehr als 15 ist Schluss. Der Bundestag beschloss daraufhin ein neues Wahlgesetz. Es ist bereits das 22. seiner Art in nur 18 Legislaturperioden. Nach neuem Recht sollen alle Überhänge ausgeglichen werden, so wie das in 13 von 16 Bundesländern in unterschiedlichen Varianten vorher schon geschah. Man wähnte sich also auf der sicheren Seite. Doch es kam anders. Zur allgemeinen Überraschung entstanden bei der anschließenden Bundestagswahl von 2013 zwar nur 4 Überhangmandate, die des Ausgleichs nicht bedurften, weil es ja viel weniger als 15 waren. Umso verblüffender war es, als der Wahlleiter das Wahlergebnis verkündete: Denn die 4 Überhänge sind trotzdem ausgeglichen worden, aber nicht durch 4, sondern durch 29 Ausgleichsmandate. Der Überhang überstieg den Ausgleich - ohne Not - um mehr das Siebenfache!

Zu allem Überfluss teilte der Wahlleiter mit, dass es auch dann zu einem Ausgleich kommen könne, wenn es gar keine Überhänge gegeben habe. Diesen bizarren Hinweis hat der Wahlleiter 2017 allerdings nicht mehr wiederholt. Die Wähler, die sich gegen diesen groben Unfug sofort zur Wehr setzten und die Wahl nach Art. 41 GG angefochten haben, erlitten jedoch eine totale Niederlage auf der ganzen Linie. Die beiden Wahleinsprüche (Az: WP 187/13 und WP 222/13) würden vom Bundestag im Plenum - ohne Aussprache - niedergestimmt. Und die beiden nachfolgenden Wahlprüfungs-Beschwerden (Az. 2 BvC 64/14 und 2 BvC 67/14) wurden vom Verfassungsgericht *ša*-limineō abgewiesen. Für die Kläger war das ein völlig unerwarteter Schock.

### **Der *š*Supergauō in der Geschichte der Bundesrepublik**

In dem Verfahren (Az. 2 BvC 64/14) erging die Entscheidung drei Tage vor der Bundestagswahl v. 24.9.2017. Für diese Feststellung hatte das Gericht mehr als zwei volle Jahre gebackt. Wenn etwas offensichtlich unbegründet ist, sollte man das sofort erkennen und nicht erst nach zwei Jahren. Die Sache lag aber ganz anders. Denn es ist ja nicht zu übersehen, dass die Überhänge höchstrichterlich gedeckelt sind und dass nachgeschobenen Ausgleichsmandate gar nicht demokratisch legitimiert sein können. Die Beschwerdeführer hatten außerdem einen Eilantrag gestellt. Damit wollten sie erreichen, dass die 29 Abgeordneten, die bei der Bundestagswahl 2013 lediglich ein dubioses Ausgleichsmandat erlangen konnten, so lange nicht an den Abstimmungen im Bundestag teilnehmen dürfen, bis das noch offene Verfahren in der Hauptsache entschieden sei. Die Richter ließen sich darauf aber nicht ein und erklärten das Verfahren in der Hauptsache durch Abweisung *ša* limineō für erledigt.

Wie gesagt wurde drei Tage später neu gewählt. Die Wahl fand am 24.9.2017 statt. Und dabei kam es zu 46 Überhangsmandaten. Sie wurden ausgeglichen, aber nicht durch 46 sondern durch 65 nachgeschobene Ausgleichsmandate - der *š*Supergauō in der Geschichte der Bundesrepublik seit 1949! Die acht Höchstrichter des zweiten Senats hätten das verhindern können, hätten sie die drei Tage noch abgewartet und sich die Angelegenheit nach der Wahl v. 24.9.2017 noch einmal genauer überlegt, statt die Wahlprüfungs-Beschwerde (2 BvC 64/14) unmittelbar vor Torschluss *ša* limineō zurückzuweisen. Der 18. Deutsche Bundestag hat also 598 Mitglieder. Es gibt aber 709 Mandate, 111 mehr als das

hohe Haus Sitze hat. Sie sind aufgeteilt in 46 Überhänge, die vom Verfassungsgericht gedeckelt wurden: Mehr als 15 sind unzulässig. Hinzu kommen 65 Ausgleichsmandate, die den Wählern wie Kuckuckseiern untergeschoben wurden. Und ob man den Willen der Wähler deckeln kann, schon daran nagt der Zweifel. Den Willen der Wähler auszugleichen, wenn die Wahllokale schon geschlossen sind, das ist jenseits von allem, was recht und billig ist.

### **Niemand kann über sich selbst Richter sein**

Die Abgeordneten können den Parteien nach der Wahl nicht einfach zugeteilt werden. *§ Die Abgeordneten werden (...) gewählt.* So steht es in Art. 38 Grundgesetz. Doch das deutsche Wahlgesetz steht damit auf Kriegsfuß. Es gibt 65 Mitglieder im Bundestag, die nicht gewählt worden sind. Und das kollidiert mit Art. 38 GG, so sehr dass es raucht. Eine Gruppe von mehr als 50 Beteiligten hat deshalb nach Art. 41 GG auch gegen die Bundestagswahl v. 24.9. 2017 wiederum Einspruch eingelegt. Das Verfahren ist unter den Aktenzeichen WP 193/17 beim Berliner Parlament seit November 2017 anhängig. Die 709 Parlamentarier werden voraussichtlich erst im Herbst 2018 im Plenum abstimmen, ob der Bundestag dem Antrag auf Wiederholung der Wahl unter einem verfassungskonformen Wahlgesetz stattgibt oder nicht. Der Bundestag wird zum Richter in eigener Sache. Das wussten schon die alten Römer: *§ Nemo iudex in sua causa.* Niemand kann Richter sein über sich selbst. Und in der Tat hat der Bundestag seit 1949 noch nie einem Wahleinspruch stattgegeben. Die Beteiligten des Einspruchs (WP 193/17) rechnen daher mit der üblichen Zurückweisung. Dagegen können sie nach Art. 41 Abs. 2 GG vor dem Verfassungsgericht Wahlprüfungs-Beschwerde einlegen und wollen das auch tun.

Nachdem an der Kanzlerwahl 111 überzählige Abgeordnete mitgewirkt haben, von denen 46 Überhangmandate bekleiden, die allgemein missbilligt werden und sogar höchstrichterlich gedeckelt sind, und den Parteien 65 nachgeschobene Aufstockungsmandate zugeteilt wurden, ohne dass die davon Begünstigten gewählt worden sind, ist der Geduldsfaden schlussendlich gerissen. Die 50 Beteiligten haben am 28. März 2018 beim Deutschen Bundestag in Schriftform eine einstweilige Anordnung beantragt und förmlich zustellt. Mit der Zustellung wollen sie erreichen, dass die 65 der insgesamt 709 Abgeordneten, die lediglich ein nachgeschobenes Ausgleichsmandat bekleiden, solange nicht an der parlamentarischen Willensbildung teilnehmen und von allen Abstimmungen im Plenum und den Ausschüssen, insbesondere im Wahlprüfungs-Ausschuss ausgeschlossen bleiben, bis der Bundestag in der Hauptsache über den Wahleinspruch entschieden hat. Der Schriftsatz für den Antrag auf einstweilige Anordnung ist im Internet zugänglich unter: <http://www.manfredhettlage.de/2216-2/>

### **§ Wir sind die Wähler, wir bestimmen, wer in den Bundestag einzieht und wer nicht**

Der Wählerwille wurde zuerst vom Verfassungsgericht gedeckelt und dann vom Wahlgesetzgeber ausgeglichen. Und weil der Ausgleich höher ausfiel als der Überhang, hatte schon der frühere Parlamentspräsident, Prof. Norbert Lammert, vorgeschlagen auch den Ausgleich zu deckeln. *§ Ist es auch Wahnsinn, so hat es doch Methode.* Das rebellische Motto, das sich die 50 Kläger auf die Fahnen geschrieben haben, lautet daher: *§ Niemand hat das Recht, das Wahlergebnis zu deckeln oder auszugleichen, und schon gar nicht, wenn die Wahllokale schon geschlossen sind. Wenn die Wähler nicht das letzte Wort haben, dann haben sie auch nicht das entscheidende Wort. Wir sind die Wähler. Wir sind der Souverän. Wir entscheiden, wer in das Parlament einzieht. Wer nicht gewählt worden ist, kann nicht im Parlament sitzen. ó Punkt!*

*\*) Der Autor lebt in München und hat als rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Publizist mehrere Bücher zum Wahlrecht veröffentlicht. Zuletzt: § BWahlG Gegenkommentar, zweite, aktualisierte und erweiterte Auflage, 2018, ISBN 978-3-96138-053-4. Vgl. zur Person des Autors und zum Wahlrecht vgl. dessen Internetseite: [www.manfredhettlage.de](http://www.manfredhettlage.de)*