

Die verkannte Rechtsnatur der Überhangmandate

Von Dr. Manfred C. Hettlage *)

Das Abstrakt

Überhangmandate sind ein Etikettenschwindel. Es gibt keine unmittelbar gewählten Abgeordneten, denen ihr demokratisch erworbenes Direktmandat tatsächlich gar nicht zustünde. Zwei Stimmen sind immer auch zwei Wahlen. Wer mit zwei Stimmen wählt, kann nicht erwarten, dass die Ergebnisse der beiden Wahlen auch deckungsgleich sind. Würde man nur mit einer Stimme wählen, wäre der ganze Spuk sofort vorbei.

Dunkle Wolken ziehen sich über der Berliner Republik zusammen. Das Wahlrecht muss erneut geändert werden. Das hat der Bundestagspräsident Wolfgang Schäuble mehrfach öffentlich eingestanden. Auch würden die Fraktionen des Bundestages die Mängel des 22. Wahlrechts-Änderungsgesetzes inzwischen einräumen und wie Schäuble "eine Reform von der Reform" verlangen. Dies alles muss auf dem Hintergrund der Wahlanfechtung von 50 Beteiligten gesehen werden, die beim Bundestag unter dem Aktenzeichen WP 193/17 anhängig ist. Sie haben Eilantrag gestellt, die 65 Abgeordneten, die lediglich ein nachgeschobenes Ausgleichsmandat bekleiden, so lange von der Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung auszuschließen, bis die Streitfrage in der Hauptsache entschieden ist. Niemand dürfe über den Kopf der Wähler hinweg das Wahlergebnis nachträglich ausgleichen. Deshalb seien die 65 Abgeordneten mit Aufstockungsmandat keine gesetzlichen Volksvertreter. Diesen Antrag auf einstweiligen Rechtsbehelf hat der Bundestag ignoriert. Dagegen haben die 50 Beteiligten beim Verfassungsgericht in Karlsruhe Beschwerde eingelegt. Sie ist dort unter dem Aktenzeichen 2 BvQ 33/18 anhängig.

Die sogenannte „Verhältniswahl“ hat ihren Verfassungsrang verloren

Angesichts der Erfahrungen der Weimarer Republik einigte man sich im parlamentarischen Rat darauf, die Anordnung der Verhältniswahl aus der Verfassung zu streichen und die konkrete Ausgestaltung des Wahlrechts dem einfachen Gesetzgeber zu überlassen. Man konnte sich aber nicht auch darauf verständigen, zum „Westminster-Modell“ einer Direktwahl aller Parlamentarier in überschaubaren Wahlkreisen zu wechseln, das in Großbritannien seit 1429 in den Urkunden nachgewiesen werden kann.¹ Stattdessen versuchte man es mit einer Doppelwahl. Das Verfassungsgericht in Karlsruhe wird nicht müde, daran zu erinnern, dass die Verfassung kein bestimmtes Wahlsystem anordnet. Es stuft aber die klassische Direktwahl in überschaubaren Wahlkreisen, in denen mit einfacher Stimmenmehrheit entschieden wird, immer als zulässig ein.² Es gibt kein einziges Urteil, in dem die Stichwahl verlangt wird.

Die sogenannte „Verhältniswahl“ – was immer man darunter konkret zu verstehen hat – sie hat also 1949 zumindest ihren Verfassungsrang verloren.³ Die klassische Direktwahl in überschaubaren Wahlkreisen, in der siegt, wer die meisten Stimmen hat, blieb damit in Reichweite. Sie wurde aber 1949 in das einfache Wahlgesetz, das bei der ersten Doppelwahl vom 14. August 1949 zur Anwendung kam, nur fragmentarisch übernommen: Den Stimmzettel konnten die Wähler damals nur einmal kennzeichnen. Sie trafen damit aber zwei Entscheidungen – eine über die Person des Wahlkreisbewerbers und noch eine über die Mannschaftsstärke seiner Partei im jeweiligen Bundesland. Es geht hier also um eine föderative Grabenwahl.

Erst bei der zweiten Bundestagswahl konnten die Wähler den Stimmzettel zweimal kennzeichnen: einmal mit der Erststimme für die Person des örtlichen Wahlkreis-

¹ Vgl. dazu Joachim Raschke, *Wie wählen wir morgen? Verhältnis und Mehrheitswahl in der Bundesrepublik*, Hrsg. Bundeszentrale für politische Bildung, 3. Aufl. 1969, S. 13.

² Vgl. auch Karl-Ludwig Strelen in: Schreiber, *BWahlG*, 9. Aufl. 2013, § 1, Rdnr. 109: „*In Gegensatz zur WRV enthält das Grundgesetz keine Aussage zum Wahlsystem.*“ – Gleichwohl verlangt das GG in Art. 38 die unmittelbare Personenwahl. Und es nicht zu übersehen, dass die Listenwahl lediglich eine mittelbare Wahl der Abgeordneten ist. Denn auf dem Stimmzettel wird nicht der Name einer Person, sondern der Name einer Partei gekennzeichnet, wie sich aus § 30 Abs. (2) Ziff. 2 *BWahlG* zweifelsfrei ergibt.

³ Streichung der Verhältniswahl aus Art. 22 *WRV* hatte zur Folge, dass im Wortlaut von § 38 *GG* die unmittelbare Personenwahl übrig blieb.

bewerbers in den damals 224 Wahlkreisen und noch einmal für eine Partei mit ihrer Landesliste in einem der damals zehn Bundesländer. Und diese Doppelwahl war die Geburtsstunde des sogenannten Stimmensplittings. Denn zwei Stimmen sind zwei Wahlen. Gibt man beide Stimmen der Zwillingswahl für eine Person und dessen Partei ab, entsteht daraus nur ein Mandat. Spaltet man dagegen beide Stimmen auf und gibt sie getrennt für eine Person auf der einen Seite und für eine Landespartei auf der anderen Seite ab, dann entstehen daraus am Ende zwei Mandate (doppelter Stimmenerfolg).

Das Stimmensplitting und die damit verbundene Verdoppelung des Stimmenerfolgs ist also die Hauptursache für die sogenannten „Überhangmandate“. Es muss aber noch andere Ursachen geben. Denn man konnte die Stimmen 1949 gar nicht voneinander trennen. Der Stimmzettel wurde nur einmal gekennzeichnet. Das Stimmensplitting, die gespaltene Abstimmung war also ausgeschlossen. Und trotzdem gab es zwei Überhänge: Einen in Bremen für die SPD und einen für die CDU in Baden-Württemberg. Es muss daher noch andere Gründe für die Überhänge geben als die gespaltene Abstimmung in einer Zwillingswahl mit Erst- und Zweitstimme.⁴

Das Problem gibt es seit 1949

Überhangmandate gibt es also seit Gründung der Bundesrepublik im Jahre 1949.⁵ Und sie haben das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe seit dieser Zeit in Atem gehalten.⁶ Das liegt an dem in Art. 41 Grundgesetz festgelegten Rechtsweg für die Überprüfung der verfassungskonformen Zusammensetzung des Parlaments. Dort heißt es in Abs. (1): *„Die Wahlprüfung ist Sache des Bundestages.“* Und weiter in Abs. (2): *„Gegen die Entscheidung des Bundestages ist die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht zulässig.“* Die Urheber der Verfassung haben für die Wahlprüfung also einen außerordentlichen Rechtsweg „sui generis“ geschaffen, mit

⁴ Andere von K.-L. Strelen, aaO, (Fn 3), § 6 Rdnr 30 nicht genannte Gründe sind, z.B. die Grundmandate nach § 6 Abs. (3) BWahlG und die parteiunabhängigen Einzelbewerber (Bürgerkandidaten) nach § 20 Abs. (3) BWahlG. 1949 gab es außerdem noch drei parteiunabhängige Wahlkreis-Sieger, die immer zu Überhängen führen. Das hat es danach nie wieder gegeben.

⁵ Überhänge: vor der Wiedervereinigung: 1949: 2 (5); 1953: 3; 1957: 3; 1961: 5; (1965 bis 1976: 0); 1980: 1; 1983: 2; 1987: 2. Und Überhänge nach der Wiedervereinigung: 1990: 6; 1994: 16; 1998: 13; 2002: 5; 2005: 16; 2009: 24; 2013: 4; 2017: 46 (= Allzeitrekord).

⁶ Vgl. die Entscheidungssammlung im Internet: <http://www.wahlrecht.de/wahlpruefung/index59.htm>

dem Bundestag als Eingangsinstanz und dem Verfassungsgericht als der alleine zuständigen Letztinstanz. In Abs. (3) heißt es schließlich: „*Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.*“ Und das ist mit dem Wahlprüfungsgesetz vom 12. März 1951 (BGBl I S. 166) geschehen.⁷

Wegen der Überhangmandate kommt nicht nur das Verfassungsgericht, sondern auch das Wahlrecht des Bundes nicht zur Ruhe. Insgesamt gab es 22 Wahlrechtsänderungsgesetze in nur 19 Legislaturperioden. Und dreimal musste das Gesetz nachgebessert werden, weil es das Verfassungsgericht im Zusammenhang mit den Überhängen verlangt hatte: 1998,⁸ 2008,⁹ und 2012.¹⁰ Doch was verbirgt sich hinter diesem Wort, das kein Rechtsbegriff mit strenger Legaldefinition ist. Überhangmandate werden von der herrschenden Meinung missbilligt. Sie kommen nur vor, wenn man mit zwei Stimmen wählt. Nur so kann die Zahl der in einem Bundesland von einer Partei mit den Zweitstimmen erworbenen Listenplätze hinter der Zahl der von ihr mit den Erststimmen erlangten Direktmandate zurückbleiben (Mandatsdifferenz). Entstehen in einem Bundesland bei einer Partei mehr Direktmandate als Listenplätze, wird landauf landab kritisiert, dass die überzähligen Direktmandate der Partei nicht zustünden,¹¹ weil dadurch die Sollzahl der Mitglieder des Parlaments gesprengt wird.

Zum Problem wird diese Auffassung dadurch, dass alle 299 Abgeordneten mit Direktmandat ordnungsgemäß gewählt worden sind und deshalb zu Recht in das Parlament einziehen. Der regional zuständige Wahlleiter teilt den in ihren Wahlkreisen gewählten Abgeordneten nach § 41 BWahlG sogar mit, dass sie gewählt worden sind, und fordert sie auf, sich zur konstituierenden Sitzung des Bundestages zu begeben, um als gesetzlich gewählte Mitglieder des Hohen Hauses an der parlamentarischen Willensbildung mitzuwirken. Und niemand kann einem ordnungsgemäß gewählten Mitglied des Parlaments vorhalten, dass er sein Mandat zu Unrecht bekleide. Das ist das Dilemma, für das es keine überzeugende Lösung gibt.

⁷ Zuletzt geändert durch Art. 2 „Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen v. 12.7.2012 (BGBl I S. 1501).

⁸ Nachrücker-Entscheidung, BVerfG v. 26.2.1998, BVerfGE 97, 317.

⁹ Entscheidung zum negativen Stimmengewicht, BVerfG v. 3.7.2008, BVerfGE 121, 266.

¹⁰ Entscheidung zur Deckelung der Überhänge, BVerfG v. 25.7.2012, BVerfGE 131, 316.

¹¹ Vgl. statt aller Wikipedia: Suchwort Überhang; ähnlich auch Duden (24. Aufl. 2006).

Überhänge sind ein Etikettenschwindel

Bei den Bundestagswahlen werden seit 2002 in 299 Wahlkreise exakt 299 Abgeordnete direkt gewählt.¹² Daher kann niemand behaupten, es gebe irgendwelche direkt gewählte Abgeordnete, denen ihre Mandate in Wahrheit gar nicht zustünden. Zwar fehlen im Fall der „Überhangmandate“ bei einer Landespartei die in einer „personalisierten“ Verhältniswahl dazugehörenden Listenplätze. Denn es handelt sich ja um eine Doppelwahl. Die einer Partei fehlenden Listenplätze fallen aber nicht einfach weg, sie werden vielmehr von anderen, von Konkurrenzparteien des Landes errungen, denen es nicht gelang, die dazugehörenden Direktmandate zu erzielen. Das Skandalon ist also nicht das Direktmandat-ohne-Listenplatz, sondern umgekehrt der systemwidrig abgespaltene Listenplatz-ohne-Direktmandat. Werden bei den irreführend sog. „Überhangmandaten“ in Wahrheit mehr Listenplätze an Landesparteien verteilt als dem Land zustehen? Ja, so ist es!

Und genauso sieht es auch der Gesetzgeber. Denn in § 6 Abs. 4 Satz 2 BWahlG erkennt er die sog. „Überhänge“ (Direktmandat ohne Listenplatz) rechtlich an. Damit erzwingt er, die abgespaltenen Listenplätze-ohne-Direktmandat – also das Splitting als systemwidrig einzustufen und zu verwerfen. Sowohl Hans Meyer¹³ in seinem Kommentar zur sog. Vier-zu-Vier-Grundsatzentscheidung, als auch Ralph Backhaus¹⁴, beide kommen zu dem gleichen Ergebnis: *„Überhangmandate sind (...) keine Direktmandate sondern Listenmandate.“* Das deutsche Wahlsystem ist eine Grabenwahl. Auf der einen Seite wird mit Erst- und Zweitstimme zweimal gewählt, auf der anderen Seite wird über die verbleibenden Listenplätze allein mit der Zweitstimme nur einmal abgestimmt. Auf der Seite der Zwillingwahl kann und darf es keine gespaltene Abstimmung, also kein Stimmensplitting geben, wenn man Überhänge – so gut es eben geht – vermeiden will. Würde man allein das Splitting unterbinden, würde das die sogenannten „Überhänge“ schon drastisch reduzieren;

¹² Zum nachfolgenden Text vgl. BWahlG Gegenkommentar, 2. Aufl. 2018, S. 65 f.

¹³ Vgl. Hans Meyer, Die Zukunft des Bundeswahlrechts, 2010, S. 44.

¹⁴ Vgl. Ralph Backhaus, Marburg Law Review (ML) 1/2015, 18 ff (20 u. 22): *„Mit der Zuteilung der Sitze an die in den Wahlkreisen erfolgreichen Bewerber ist die Mehrheitswahl beendet (...). Überhangmandate entstehen vielmehr erst im Rahmen der Sitzzuteilung nach § 6 Abs. 2 BWahlG (...). Darum muss die Zahl der 299 (...) Listenmandate erhöht werden („Unterschiedszahl“ i.S.v. § 6 Abs. 5, Satz 2 BWahlG); die dabei entstehenden zusätzlichen Mandate können nur aus den Landeslisten der Parteien besetzt werden. Überhangmandate sind darum als Listenmandate dem verhältniswahlrechtlichen Teil der Wahl zuzuordnen.“*

und würde man statt mit zwei Stimmen nur mit einer, also nur mit der Erststimme wählen, wäre der ganze Spuk ohnehin verschwunden.

**) 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, ISDN 978-3-96138-053-4. Vgl. zur Person des Autors und zum Wahlrecht vgl. dessen Internetseite: www.manfredhettlage.de*