

Missbrauch der Gestaltungsformen des Wahlrechts: die Überhangmandate?

Von Dr. Manfred C. Hettlage*)

Überhangmandate gehören zum Erscheinungsbild des deutschen Wahlrechts seit 1949. Das Verfassungsgericht hat schon 1957 seine Stimme erhoben und kritisiert: „Gewiss, eröffnet das Institut der Überhangmandate Manipulationsmöglichkeiten. Deren Verfassungsmäßigkeit müsste aber im Falle eines Missbrauchs angezweifelt werden.“ Zwar kam es immer wieder zu Streitigkeiten vor dem Verfassungsgericht, es gab aber kein höchstrichterliches Urteil, das den Missbrauch unterbunden und vom Gesetzgeber ein Wahlrecht ohne Überhangmandate verlangt hätte.

Das Stimmensplitting ist die Mutter der Überhangmandate. Es ist nämlich ein großer Unterschied, ob man mit beiden Stimmen über ein und denselben Abgeordneten – also zweimal – abstimmt oder ob man beide Stimmen von einander separiert und dann mit beiden, von einander getrennten Stimmen zwei verschiedene Abgeordnete wählt: einen nur mit der Erststimme, einen anderen nur mit der systemwidrig abgetrennten Zweitstimme. Genau dieses Stimmensplitting ist die Hauptursache für die Überhänge. In der Tat gibt es ein beeindruckendes Beispiel dafür, wie sich der Wahlsieg durch systematisch herbeigeführte Überhänge gleichsam „ergaunern“ lässt: nämlich durch eine bundesweite Ausdehnung der CSU.¹ Darüber ist 1976 zwischen den beiden Schwesterparteien CDU und CSU ein heftiger Streit entbrannt, der in späterer Zeit immer wieder aufflammte. Über eine bundesweite CSU hatte man schon bei der Wahl von 1972 diskutiert. Aber auch 1976 ist es nicht dazu gekommen.

Ein „ergaunerter“ Wahlsieg?

Man kann der CSU keinen Vorwurf machen, wenn das Verfassungsgericht das Stimmensplitting zulässt² und die herrschende Meinung dem folgt.³ Die CSU wollte in einigen ausgewählten Wahlkreisen außerhalb Bayerns, in denen die CDU zuvor nicht siegreich war, allein für die Erststimmen kandidieren, auf eine eigene CSU-Landeslisten in dem entsprechenden Bundesland jedoch verzichten. In den ausgewählten Ländern sollte die große Schwesterpartei, also die CDU, allein für die Zweitstimmen antreten, ihre Wähler aber dazu aufrufen, mit den Erststimmen in handverlesenen Wahlkreisen die Kandidaten der CSU zu wählen. Die CSU verzichtet außerhalb Bayerns auf eine Landesliste und die CDU schickt gegen die CSU in den Wahlkreisen keine Gegenkandidaten ins Rennen. Wenn sich die CSU auf die Erststimmen und die CDU auf die Zweitstimmen fokussieren, können sich beide Parteien zusammen durch Stimmensplitting den Wahlsieg sichern. Und das ist mit Zustimmung des Verfassungsgerichts auch heute noch möglich. Es lässt sich also nicht übersehen: Die gespaltene Abstimmung, das sog. Splitting ist die Hauptursache für die Überhänge.

CDU und CSU hatten 1976 mit 48,6 % der Zweitstimmen die absolute Mehrheit nur knapp verfehlt. Nach dem Motto: Getrennt marschieren, vereint schlagen, hätte zum gemeinsamen Sieg nur wenig gefehlt. Die CSU hätte außerhalb Bayerns vielleicht einige Direktmandate „abstauben“ können. Und die von den Erststimmen abgespaltenen Zweitstimmen wären trotzdem bei der CDU zu Buche ge-

*) Der Autor lebt in München und hat als rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Publizist und Blogger mehrere Bücher zum Wahlrecht veröffentlicht, zuletzt „One man one vote – eine Stimme ist genug“, 2019 (ISBN 978-3-96138-100-5) und „BWahlG Gegenkommentar, 2. Auflage 2018, (ISBN 978-3-96138-053-4).

1 Vgl. dazu Theo Waigel, Erinnerungen, „Ehrlichkeit ist eine Währung“, 2019, S. 54 ff.

2 Vgl. BVerfGE 5, 7 (82); BVerfGE 7 63 (73); BVerfGE 79, 161 (167); BVerfGE 95, 335 (362).

3 Strelen, in: Schreiber, BWahlG 2017, § 4 Rdnr. 5.

schlagen, obwohl sie das jeweils entsprechende Direktmandat verfehlt hat. Diese trickreiche Wahlhilfe auf Gegenseitigkeit hätte 1976 schon genügt, um den beiden Schwesterparteien den gemeinsamen Wahlsieg zu bringen. Ohne Stimmensplitting bei der CDU ginge das nicht.

Der CDU-Vorsitzende, Helmut Kohl, lehnte eine solche Wahlabsprache kategorisch ab. Franz Josef Strauß schäumte vor Wut und wollte 1976 deshalb sogar die Fraktionsgemeinschaft im Bundestag auflösen. Helmut Kohl hätte also schon 1976 Kanzler werden können. Ein oder zwei vom Direktmandat abgespaltene, d.h. „entpersonalisierte“ Listenplätze bei der CDU hätten genügt und die Rechnung wäre aufgegangen. Ein Wahlsieg war 1976 zum Greifen nahe. Helmut Kohl griff aber nicht zu und sollte tatsächlich erst 1982 durch einen Koalitionswechsel der FDP Kanzler werden.

Wäre es 1976 in ausgesuchten Wahlkreisen zu einer bundesweiten Ausdehnung der CSU allein bei den Erststimmen gekommen und hätte die CDU in den Wahlkreisen keine Gegenkandidaten gegen die CSU aufgestellt, hätte man damit rechnen müssen, dass die politischen Gegner gegen diesen gemeinschaftlichen Missbrauch der Gestaltungsformen des Wahlrechts durch die beiden Schwesterparteien Sturm laufen. Ein Drittel der Abgeordneten hätte schon genügt, um die leidigen „Überhänge“ nach Art. 93 Abs. (1) Ziff. 2 GG einer höchstrichterlichen Normenkontrolle zu unterwerfen. Den Verfassungsrichtern in Karlsruhe wäre es allerdings nicht leicht gefallen, die schon früh erkannten „Manipulationsmöglichkeit“ tatsächlich zu unterbinden, denn sie haben das Stimmensplitting und den sich daraus bei der CDU ergebenden Zweitstimmen-Aufwuchs seit je her anerkannt.

598 reguläre und 598 irreguläre Mandate

Der Bundestag besteht aus 598 Mitgliedern. Es gibt aber nur 299 Wahlkreise. Deshalb können nur 299 Abgeordnete mit beiden Stimmen gewählt werden. Beim verbleibenden Rest kommt dagegen allein die bloße Verhältniswahl zum Zuge. Und: „Eine bloße Verhältniswahl schließt die Verfassung aus“⁴. „Die Unmittelbarkeit der Wahl verbietet (...) die indirekte Wahl (...)“⁵. Damit alle Abgeordneten zweimal gewählt werden können, muss die Zahl der 299 Wahlkreise auf die Zahl der 598 Mitglieder des Bundestages angehoben werden. Das steht aber bei keiner der Fraktionen im Deutschen Bundestag auf der Reform-Agenda

Hält man sich die Dimensionen vor Augen, die 2017 erreicht wurden und die künftig noch übertroffen werden können, kommen ernsthafte Zweifel auf, ob der objektive Wahlgesetzgeber das Stimmensplitting tatsächlich zulassen wollte. Erstens können in 299 Wahlkreisen nur 299 Volksvertreter mit beiden Stimmen gewählt werden. Die Zahl der 299 Wahlkreise reicht von vorne herein nicht aus, um alle 598 regulären Volksvertreter im Bundesstag mit beiden Stimmen zu wählen. Hinzu kommen daher zweitens 299 reguläre Listenplätze. Deshalb ist das aktuell geltende Verfahren von vorne herein keine „personalisierte“ sondern nur eine „teipersonalisierte“ Verhältniswahl.

Wird drittens die auf 299 Abgeordnete beschränkte Zwillingwahl missachtet, werden also die Erststimmen von den Zweitstimmen getrennt, können im Extremfall irregulär noch einmal weitere 299 von den Direktmandaten abgespaltene Listenplätze hinzukommen - die sog. „Überhangmandate“. Der Bundestag kann theoretisch also auf insgesamt 897 Abgeordnete anwachsen: nämlich 299 Direktmandate, 299 reguläre Listenplätze und weitere 299 irreguläre „Überhänge“, d.h. durch Splitting zusätzlich entstandene Listenplätze. Wird viertens jeder „Überhang“, der entstehen kann, nachträglich auch noch „ausgeglichen“, kämen weitere 299 irreguläre Bonus- oder Aufstockungsmandate hinzu. Bei einem proportionalen Ausgleich ergibt sich demnach ein mögliches Maximum von 1196 Mandaten. Ist der Ausgleich überproportional, wie es 2013 und 2017 ja der Fall war, kann die „wunderbare Vermehrung“ der Mandate sogar noch größer werden. Doch dabei macht das Wahlvolk nicht mehr mit.

4 BVerfG v. 26.2.1998, BVerfGE 97, 317 (323).

5 BVerfGE 47, 253 (279 ff).

Das ist keine graue Theorie. 2017 gaben 3,85 Mio. Wähler ihre Erststimme für den gewünschten Wahlkreisbewerber ab, wählten seine Partei aber nicht mit der Zweitstimme. Umgekehrt wählten 2,08 Mio. Wähler mit der Zweitstimme die gewünschte Partei, verweigerten aber dem von ihr aufgestellten Kandidaten die Erststimme. Und dieses Splitting genügte schon für 46 Überhänge und 65 Ausgleichsmandate.⁶ Der Ausgleich war größer als der Überhang. Ein solcher Aufwuchs des Bundestages um insgesamt 111 Mitglieder wird inzwischen aber nicht mehr akzeptiert.

Verfassungsgarantie in Bayern?

Die Wahlrechtsgrundsätze sind nach § 28 GG und § 38 GG in Bund und Land identisch. Man darf daher nicht unterschlagen: Die Verfassung des Freistaates Bayern geht in Art. 14 Abs. 3 letzter Satz von der unbegrenzten Zulässigkeit aller Überhang- und Ausgleichsmandate aus. Dort heißt es: „*Durch Überhang und Ausgleichsmandate kann die Zahl der Abgeordneten (...) überschritten werden.*“ Die bayerische Verfassungsgarantie übersteigt die einfachrechtliche Bestandsgarantie der Überhänge in § 6 Abs. (4) Satz 2 BWahlG, die es ja auch noch gibt

Wenn also das Verfassungsgericht schon 1957 „*Missbrauchsmöglichkeiten*“ spricht, entsteht ein unauflösbares Dilemma: Niemand kann für eine „*Missbrauchsmöglichkeit*“ eine Bestandsgarantie abgeben. Hinzu kommt das Urteil des Verfassungsgerichts in Schleswig-Holstein v. 30.8.2010.⁷ Denn es hat verlangt, „*ein Landeswahlrecht zu schaffen, das in der politischen Realität die Entstehung von Überhang- und Ausgleichsmandaten soweit wie möglich zu verhindert.*“

„*Ausgleichssitze sind Zusatzsitze.*“⁸ Es gibt demnach im Landtag von Bayern 180 Plätze, aufgeteilt in 91 Direktmandate und 89 Listenplätze. Tatsächlich entstanden 2018 aber 10 Überhänge und 15 Ausgleichsmandate, wohlgemerkt allein in Bayern! Im Münchner Maximilianeum sitzen also – mit Billigung des bayerischen Verfassungsgerichtshofes – nicht 180 sondern 205 Landtagsabgeordnete. Anders als im Bund nahm in Bayern für lange Zeit niemand an dem irregulären Aufwuchs der Listenplätze um 25 Sitze Anstoß. Es gab lange niemand, der eine Reform auch für das bayerische Wahlgesetz gefordert hätte.

Es war deshalb gut und richtig, den Beschluss des bayerischen Verfassungsgerichtshofes vom 28.10.2019⁹ vor dem Bundesverfassungsgericht im Wege einer Verfassungsbeschwerde anzugreifen.¹⁰ Nach einem vorangegangenen Einspruch gegen die Gültigkeit der Landtagswahl von 2018 hatte sich das bayerische Verfassungsgericht in einem anschließenden Wahlprüfungsverfahren über alle vorgetragenen Einwände hinweggesetzt, hielt an der erst 1994 eingeführten Verfassungsgarantie der uneingeschränkten Zulässigkeit der bayerischen Überhang- und Ausgleichsmandate fest, hat also alles so belassen wie bisher. Die vor dem BVerfG in Karlsruhe dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde - nach § 93b BVerfGG in Verbindung mit § 93 a BVerfGG - nicht zur Entscheidung angenommen.¹¹ Sie blieb also erfolglos.

Erstmalig hatte der Bayerische Verfassungsgerichtshof mit seinem Beschluss v. 28.10.2019¹² jedoch den ursächlichen Zusammenhang zwischen Stimmensplitting und Überhangmandaten anerkannt und festgehalten, das die gespaltene Abstimmung „*wesentlich zum Entstehen von Überhangmandaten beiträgt*“. Trotzdem bleibe die Zulassung des Stimmensplittings - also der Vergabe von Erst- und der Zweitstimmen an Kandidaten unterschiedlicher Parteien „*gerechtfertigt*“.

6 Zum Rechenweg vgl. BWahlG Gegenkommentar, 2. Aufl. 2018, Anhang, Tabelle 1, „Splittingwähler 2009, 2013, 2017“, S. 109.

7 In: JZ 2011, 254 ff; 261 ff; auch in: NordÖR 19/2010, S. 389 ff, und S. 401 ff.

8 Vgl. Strelen/Schreiber, BWahlG 2017, § 1 Rdnr 29.

9 ByVGH, Beschluss v. (Vf. 74-III-18)

10 Beschluss v. 2.5.2020, AktenZ. 2 BvC 2016/19.

11 Vgl. BVerfG v. 2020, 2 BvR 2016/19

12 AktenZ: Vf. 74-III-18

Anders als im bayerischen Landeswahlgesetz wird § 1 Abs. 1 Satz 2 BWahlG für den Bund dagegen angeordnet, „nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ abzustimmen. Und das schließt die getrennte, die gespaltene, die unverbundene Abstimmung mit Erst- und Zweitstimme bei Bundestagswahlen schon „de lege lata“ aus. Das Verfassungsgericht in Karlsruhe hat jedoch die unverbundene Abstimmung, also das Splitting immer wieder anerkannt. Deshalb gehören das Splitting und die dadurch verursachten Überhänge bis heute - „contra legem“ - zum festen Bestandteil aller Bundestagswahlen seit 1953. Bei der ersten deutschen Bundestagswahl im Jahre 1949, konnte man den Stimmzettel nur einmal kennzeichnen. Das Stimmensplitting war damals noch ausgeschlossen.

Das Splitting ist ungesetzlich

Bundestagswahlen erfolgen also in einer sehr verfahrenen Situation. Das Stimmensplitting ist ungesetzlich.¹³ Doch niemand kümmert sich darum. Die in § 1 Abs. (2) Satz 2 BWahlG gesetzlich angeordnete Verbundabstimmung würde den Überhängen den Garaus machen, vorausgesetzt sie wird bei den konkreten Wahlen tatsächlich praktiziert. Das ist aber nicht der Fall. Schlimmer noch werden die aus dem Splitting hervorgehenden Überhänge nach § 6 Abs. (4) Satz 2 BWahlG sogar einfachrechtlich garantiert – ein fundamentaler Selbstwiderspruch, mit dem sich niemand abfinden kann. Ohne Splitting oder fast keine Überhänge. Fällt das Splitting, fallen die Überhänge und mit ihnen die Ausgleichsmandate. Das ist die abstrakte Rechtslage, doch die konkrete Wirklichkeit ist eine andere.

Eine wirksame Reform des Wahlrechts lässt sich also mit einfachen Mitteln erreichen: Das Stimmensplitting muss weg. Die im Gesetz verankerte Verbundabstimmung muss in der Praxis tatsächlich vollzogen werden. Werden alle Abgeordneten mit beiden Stimmen gewählt, verlieren die großen Parteien ihre Überhänge und die kleinen ihre Ausgleichsmandate. Man kann also mit zwei Stimmen wählen, wenn man das unbedingt will. Doch beide Wahlentscheidungen müssen miteinander kompatibel sein und dürfen nicht durch Splitting von einander getrennt werden. Wer dagegen am Splitting festhält, der billigt auch die damit verbundenen „Missbrauchsmöglichkeiten“ wie sie in den „Kreuther Beschlüssen“ der CSU 1972 und 1976 unübersehbar zu Tage traten.

Das Verfahren der personalisierten Verhältniswahl geht davon aus, dass die Abgeordneten mit beiden Stimmen gewählt werden. Man darf deshalb nicht daher hinweggehen, dass es regulär 598 Mitglieder des Bundestages gibt, aber nur 299 Wahlkreise zur Verfügung stehen. Die personalisierte Verhältniswahl darf nicht auf halbem Wege stehen bleiben. Um alle Abgeordneten mit beiden Stimmen wählen zu können, ist es unerlässlich, die Zahl der 299 Wahlkreise auf die Zahl der 598 Mitglieder des Bundestages anzuheben. Die 299 Wahlgebiete für die Direktmandate müssen also halbiert und damit verdoppelt werden. Wenn das mit Wirkung für 2021 nicht mehr zu schaffen ist, kann das gleichwohl für 2025 jetzt schon beschlossen werden.

¹³ Vgl. Publicus / Der Online-Spiegel für das öffentliche Recht, „Das Stimmensplitting muss weg“, Ausg. 2010.2. <https://publicus.boorberg.de/das-stimmensplitting-muss-weg/>