

JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 67

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-157052-0 / eISBN 978-3-16-159056-6
ISSN 0075-2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Die Wahl

SOPHIE SCHÖNBERGER: Die personalisierte Verhältniswahl – eine Dekonstruktion	1
JOACHIM BEHNKE: Die Unausweichlichkeit der Reform des Wahlsystems nach seinem offenkundigen Scheitern bei der Bundestagswahl 2017	23
FABIAN MICHL und ROMAN KAISER: Wer hat Angst vorm Gerrymander? Manipulative Wahlkreiszuschnitte in Deutschland	51
HEIKE MERTEN: Nach der Wahl ist vor der Wahl. Funktionen der Parteien bei der Wahlvorbereitung und deren Kontrolle	107
THORSTEN KINGREEN: Die Wahl der Qual: Sozialwahlen in der Sozialversicherung	139
BERNARD DOLEZ und ANNIE LAURENT: Die französische Phobie gegen die Verhältniswahl: Rekonstruktion einer Pathologie	161
JÖRG LUTHER: Die römischen Passionen des Wahlrechts	191
CHRISTINA BINDER: Wählen außerhalb des Heimatlandes: Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme	209
FRITHJOF EHM: Der Schutz des Wahlrechts durch regionale Menschenrechtsgerichtshöfe. Ein Beitrag zu ausgewählten Fällen der jüngeren Rechtsprechung	233

Abhandlungen und Aufsätze

THOMAS VON DANWITZ: Zukunft des Grundgesetzes	249
MICHAEL RIEGNER: Transformativer Konstitutionalismus und offene Staatlichkeit im regionalen Verfassungsvergleich mit Lateinamerika	265

FABIAN WESSELMANN: Die Politik der Bundesrichterberufung. Aus dem Inneren des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG	301
--	-----

*Debatte: Perspektivenerweiterung durch Genderforschung
in der Rechtswissenschaft*

CATHARINE A. MACKINNON im Gespräch mit SUSANNE BAER: Gleichheit, realistisch	361
UTE SACKSOFSKY: Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht	377
EVA KOCHER: Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht	403
FRIEDERIKE WAPLER: Politische Gleichheit: demokratietheoretische Überlegungen	427
ELISABETH HOLZLEITHNER: Geschlecht als Anerkennungsverhältnis. Perspektiven einer Öffnung der rechtlichen Kategorie im Zeichen des Prinzips gleicher Freiheit	457
THERESIA DEGENER: Die UN Behindertenrechtskonvention – Ansatz einer inklusiven Menschenrechtstheorie	487

Porträts und Erinnerungen

BERNHARD MÜLLENBACH: Hugo am Zehnhoff – Preußischer Justizminister in der Weimarer Republik. Ein Beitrag zu seinem Bild	509
FRANK SCHORKOPF: Robert Krawielickis (1905–1966) Arbeit am Schmelztiegel eines allgemeinen europäischen Rechts. Eine biographische Erkundung in die Verfassungs- rechtsgeschichte der europäischen Integration	553

Entwicklungen des Verfassungsrechts

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: On Presidentialism. The Problem of the System of Government in Argentina, Brazil, and Colombia	567
ATTILA VINCZE, HERBERT KÜPPER und CLAUDIA FUCHS: Die Beziehungen zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und den Obergerichten in Mitteleuropa. Eine vergleichende Analyse	601

Schwerpunktthema: Die Wahl

Die personalisierte Verhältniswahl – eine Dekonstruktion

von

Prof. Dr. Sophie Schönberger (Düsseldorf)

Inhalt

I. Einleitung: Das personalisierte Verhältniswahlrecht in der Krise	1
II. Strukturbedeutungen des Wahlsystems	3
1. Mandatsverteilung unter den Bewerbern	4
2. Machtverteilung innerhalb der Parteien	6
3. Narrative Funktion	7
III. Strukturentscheidungen des personalisierten Verhältniswahlsystems	8
1. Mandatsverteilung zwischen den Bewerbern: Zwei-Stimmen-System und Mandatszahl	9
2. Machtverteilung innerhalb der Parteien: Bedeutungsgewinn und -verlust der Landesebene	15
3. Narrative Funktion: Die unendliche Geschichte der Personalisierung	17
IV. Ausblick	21

I. Einleitung: Das personalisierte Verhältniswahlrecht in der Krise

Das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag befindet sich in der Krise. Mögen hartnäckige Verfechter auch nach wie vor die internationale Vorbildfunktion betonen:¹ Nach vier Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts innerhalb von drei Jahren, mit denen Teile des Bundeswahlgesetzes für verfassungswidrig erklärt wurden,² und einem ungewollt auf die internationale Rekordgröße von 709 Abgeordneten angeschwollenen Bundestag liegt das strukturelle Problem des Wahlsystems auf der Hand.

Seit der letzten größeren Änderung im Jahr 2013, mit der überstürzt die Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts für die unmittelbar bevorstehende Bundestagswahl umgesetzt wurden, kommt die politische Debatte um eine Reform deshalb auch nicht mehr zur Ruhe. Bereits in der ersten Sitzung des 2013 neu gewählten Bundestags mahnte der damalige Bundestagspräsident Norbert Lammert eine Re-

¹ So etwa *Manow, Mixed Rules, Mixed Strategies*, 2016.

² BVerfGE 124, 1 – Negatives Stimmgewicht; BVerfGE 130, 212 – Minderjährigenanteile in Wahlkreisen; BVerfGE 131, 316 – Negatives Stimmgewicht II; BVerfGE 132, 39 – Wahlrecht von Auslandsdeutschen.

form des gerade geänderten Wahlrechts an.³ Der Alterspräsident des nachfolgenden Bundestags, Hermann-Otto Solms, tat es ihm vier Jahre später gleich,⁴ ohne dass in der Zwischenzeit realistische Anstrengungen für einen entsprechenden Prozess unternommen worden wären. Schließlich kündigte auch der neue Bundestagspräsident Wolfgang Schäuble mehrfach an, sich um eine entsprechende Reform bemühen zu wollen.⁵

Die Notwendigkeit einer solchen Reform erschließt sich schnell, wenn man das geltende Bundestagswahlssystem und seinen nur noch schwer nachvollziehbaren Sitzverteilungsmechanismus genauer in den Blick nimmt. Das Wahlssystem zum Deutschen Bundestag beruht seit dem Jahr 1953 auf einem Zwei-Stimmen-System. Mit der ersten Stimme werden nach dem Prinzip relativer Mehrheit in den zurzeit 299 Wahlkreisen sogenannte Direktkandidaten als Abgeordnete gewählt. Mit der Zweitstimme werden nach dem Prinzip der Verhältniswahl Kandidaten der von den politischen Parteien aufgestellten Landeslisten gewählt. Die Besonderheit am deutschen Wahlssystem ist nun, dass das Ergebnis beider Stimmen miteinander verrechnet wird: Die für die Verhältniswahl maßgebliche Zweitstimme entscheidet also allein über die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments. Die Sitzverteilung nach der Zweitstimme bezieht sich daher nicht nur auf die Anzahl der Sitze des Bundestages abzüglich der durch Erststimme direkt gewählten Abgeordneten, sondern schließt deren 299 Mandate mit ein. Der Sache nach werden daher zunächst 299 Mandate mehr vergeben als der Bundestag tatsächlich hat, um dann diese Wahlkreismandate mit den Listenmandaten der Parteien verrechnen zu können.

In der derzeit geltenden Fassung des Bundeswahlgesetzes erfolgt die derart vorzunehmende Sitzverteilung in einem komplexen mehrstufigen System, das jedenfalls für den Wähler kaum noch durchschaubar ist. Dafür werden in einem ersten Schritt schon vor der Wahl fiktive Sitzkontingente pro Bundesland gebildet, indem die 598 Sitze, die die Mindestgröße des Bundestags bilden, anhand der Bevölkerungszahl proportional auf die Bundesländer verteilt werden. Nach der Wahl werden dann zunächst für jedes Bundesland diese fiktiven Sitzkontingente auf die Parteilisten nach der Anzahl der Zweitstimmen im jeweiligen Bundesland verteilt, wobei die Listen solcher Parteien außer Betracht bleiben, deren Zweitstimmenanteil bundesweit die 5%-Hürde nicht überschreitet. Diese für jede Partei ermittelte Mandatszahl wird mit der Anzahl der durch die Partei im Bundesland gewonnenen Direktmandate abgeglichen. Die höhere der beiden Zahlen bildet das Mindestsitzkontingent der Partei für das jeweilige Bundesland. Werden nun in einem weiteren Rechenschritt die Mindestsitzkontingente aller Parteien in allen Bundesländern zusammengezählt, so ergibt diese Zahl die Mindestmandatszahl im neuen Bundestag. Diese Mindestmandatszahl wird nun anhand des bundesweiten Zweitstimmenergebnisses wiederum rechnerisch auf die Parteien verteilt. Das rechnerische Ergebnis wird nun wiederum mit dem Mindestsitzkontingent jeder Partei auf Bundesebene abgeglichen. Wird dieses Mindestsitzkontingent nicht für alle Parteien erreicht, wird rechnerisch die Ge-

³ BT-Plenarprotokoll 18/1 v. 22.10.2013, 8.

⁴ BT-Plenarprotokoll 19/1 v. 24.10.2017, 4.

⁵ Erstmals kurz nach der Wahl in einem Interview mit der Zeitschrift „Das Parlament“ v. 30.10.2017, S. 2.

samtzahl der Bundestagsmandate so lange erhöht, bis bei proportionaler Verteilung der Mandate auf die Parteien nach dem Zweitstimmenanteil jede Partei mindestens ihr Mindestsitzkontingent erhält. Die so errechneten Mandate für jede Partei werden dann in einem letzten Schritt nach dem Zweitstimmenergebnis auf die einzelnen Landeslisten aufgeteilt, wobei hier die im jeweiligen Land von einer Partei errungenen Wahlkreismandate angerechnet werden.

Dieses überaus komplexe und schwer verständliche System ist das Ergebnis mehrerer Gesetzesänderungen, die dem Grunde, aber nicht der Sache nach durch vorhergehende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erzwungen wurden. Die letzten Gesetzesänderungen dienten insofern vor allem dem Zweck, das Entstehen von mehrheitsverzerrenden Überhangmandaten sowie den paradoxen Effekt des sogenannten negativen Stimmgewichts zu verhindern, bei dem es tatsächlich aufgrund der Spezifika des Sitzverteilungssystems in sehr besonderen Konstellationen dazu kommen konnte, dass eine größere Anzahl von Zweitstimmen zu einer geringeren Anzahl von Mandaten für eine Partei führte.⁶ In ihrer konkreten Ausgestaltung sind sie das Resultat einer politischen Praxis, in der die Akteure versuchten, die vom Bundesverfassungsgericht aufgeworfenen sehr grundlegenden Strukturprobleme durch möglichst geringfügige Anpassungen am geltenden Recht zu lösen. Das personalisierte Verhältniswahlssystem selbst wurde hingegen in der politischen Diskussion als solches nie auf den Prüfstand gestellt.⁷ So sehr also um die Reform des Wahlrechts gestritten wurde und gestritten wird, so selten wird und wurde dabei doch die Frage nach der Funktionalität des Wahlsystems als Ganzem gestellt.

Vor diesem Hintergrund will der folgende Beitrag einen Schritt zurücktreten und nach den strukturellen Bedeutungen fragen, die Entscheidungen über das Wahlrecht im politischen System haben (II.). Mithilfe dieses Rasters werden die Grundbedingungen des personalisierten Verhältniswahlsystems des Bundeswahlgesetzes in den Blick genommen und auf ihre Funktionalität hin untersucht (III.).

II. Strukturbedeutungen des Wahlsystems

Die Frage nach der strukturellen Bedeutung des Wahlrechts im demokratischen System scheint auf den ersten Blick banal. Es erfüllt in erster Linie die praktische Funktion, die demokratische Willensbildung real zu ermöglichen, den Wählern eine demokratische Entscheidung zu übertragen und, vor allem, die Bedingungen dafür zu schaffen, dass konkrete Personen ausgewählt und in das Parlament entsandt werden können. Diese Funktion wird zunächst einmal von jedem Wahlrecht erfüllt, das demokratischen Mindeststandards entspricht, ist also dem Grunde nach wahlsystemunabhängig. Jenseits dieser Grundparameter ist die konkrete Ausgestaltung des

⁶ Zum negativen Stimmgewicht und der Beanstandung durch das Bundesverfassungsgericht s. nur *Lenski*, AöR 134 (2009), 473 (490 ff.); zu den Konstellationen, in denen dieser Effekt heute noch auftreten kann, s. *Behnke*, ZParl 2014, 17 (25 ff.).

⁷ Das Gleiche gilt im Wesentlichen auch für die Wissenschaft, vgl. etwa nur *Behnke*, ZParl 2010, 247 ff.; *Pappi/Hermann*, ZParl 2010, 260 ff.; *Lübbert/Arndt/Pukelsheim*, ZParl 2011, 426 ff.; *Behnke/Grotz*, ZParl 2011, 419 ff.; *Strohmeier*, ZParl 2011, 186 ff.; *Grotz*, in: *Jesse/Sturm* (Hrsg.), Bilanz der Bundestagswahl 2009, 2013, 411 ff.; *Nohlen*, Wahlrecht und Parteiensystem, 7. Aufl. 2014, 394 ff.

Wahlsystems jedoch auch für andere, die Realität des demokratischen Gemeinwesens maßgeblich prägende Parameter von ganz erheblicher Bedeutung.⁸ Zunächst ist sie maßgeblicher Faktor für die Machtverteilung unter den demokratischen Bewerbern. Die Frage, wie die demokratische Entscheidung des Wählers in eine Auswahlentscheidung hinsichtlich der Parlamentsbewerber umgewandelt wird, ist insofern von einschneidender Bedeutung für die Frage, wer den demokratischen Wettbewerb für sich entscheiden kann (1.). In den modernen Wahlsystemen, die maßgeblich von einer Vorauswahl von Kandidaten durch politische Parteien abhängig sind, entscheidet das Wahlsystem darüber hinaus auch ganz entscheidend über die Machtverteilung bei der Kandidatenauswahl innerhalb der Parteien (2.). Schließlich hat das Wahlsystem aber auch eine aus juristischer Sicht meist nur entfernt angedeutete narrative Funktion, durch die auf psychologischer Ebene die Legitimation des demokratischen Systems beim Wähler abgesichert werden soll (3.).

1. Mandatsverteilung unter den Bewerbern

Die erste und offensichtlichste Funktion eines Wahlsystems liegt darin, Regeln bereitzustellen, mit denen aus der Wahlentscheidung der Wähler Mandatsverteilungsentscheidungen zwischen den Wahlbewerbern generiert werden können. Diese Mandatsverteilungsentscheidungen sind im letzten Schritt immer Personalauswahlentscheidungen: Es müssen die konkreten Personen ermittelt werden, die durch die Wahl ein Bundestagsmandat erhalten. In den modernen Demokratien wird diese Entscheidung in aller Regel in der einen oder anderen Form durch die politischen Parteien kanalisiert. Elemente einer Personenwahl vermischen sich daher in mehr oder weniger großem Umfang mit denjenigen einer Parteienwahl.

Die großen Unterschiede, die die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem bei der Mandatszuteilung ausmacht, werden besonders deutlich, wenn man die idealtypische Unterscheidung von Verhältnis- und Mehrheitswahl in den Blick nimmt.⁹ Während bei einem reinen Mehrheitswahlsystem alle Mandate über Wahlkreise vergeben werden, wobei das Mandat derjenige Wahlkreisbewerber erhält, der jeweils die Mehrheit auf sich vereinigt, werden bei einem reinen Verhältniswahlsystem alle Mandate anhand des Stimmenanteils vergeben, den eine Partei mit ihren Bewerberlisten prozentual im Wahlgebiet erhalten hat. In einem stark vereinfachten Modell mit zwei Parteien, in dem Partei A gleichmäßig im gesamten Wahlgebiet 60%, Partei B hingegen 40% der Stimmen erhält, würde bei einer Verrechnung nach einem reinen Mehrheitswahlsystem Partei A alle Mandate erhalten. Bei einer reinen Verhältniswahl entfielen hingegen nur 60% aller Mandate auf sie, während Partei B die

⁸ Die vorliegende Darstellung wählt hier in ihrer Grundausrichtung zunächst einen analytischen Blickwinkel, der mit der geltenden Verfassungslage abgeglichen wird. Dabei geht es gerade nicht um eine „demokratiethoretisch“-normative Bewertung des Wahlsystems, wie sie in der Politikwissenschaft vorherrscht und sich an Kriterien wie Repräsentativität, Regierbarkeit, Personalisierung, Verständlichkeit und Legitimität orientiert, vgl. dazu nur *Behnke/Grotz/Hartmann*, *Wahlen und Wahlsysteme*, 2017, 63 ff.; ähnlich *Nohlen*, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 7. Aufl. 2014, 187 ff.

⁹ Zur Unterscheidung vgl. nur grundlegend *Nohlen*, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 7. Aufl. 2014, 141 ff.; *Behnke/Grotz/Hartmann*, *Wahlen und Wahlsysteme*, 2017, 88 ff.

restlichen 40% der Mandate erhielt. Bei einem Grabenwahlsystem schließlich, bei dem die Hälfte der Mandate nach dem Mehrheitswahlsystem über Wahlkreise und die andere Hälfte nach dem Verhältniswahlsystem vergeben wird, entfielen 80% der Mandate auf die A Partei und nur 20% der Mandate auf B. Der einzige Unterschied, der die so unterschiedliche Zusammensetzung des Parlaments begründet, liegt hier allein in der Entscheidung über das Wahlsystem, während die Entscheidung der Wähler völlig identisch bleibt.

So einschneidend auch die Auswirkungen der Wahlsystementscheidungen auf die Zusammensetzung des Parlaments und damit auf das politische System überhaupt sind: Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Entscheidung zwischen diesen Systemen in erster Linie um eine politische Entscheidung, die im Grundsatz nicht rechtlich determiniert ist.¹⁰ Der Bundesgesetzgeber ist daher in seiner Entscheidung für ein Wahlsystem grundsätzlich frei.¹¹ Bei der genauen Ausgestaltung ist der Gesetzgeber gleichwohl an die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gebunden. Als zentral erweisen sich dabei die Wahlrechtsgrundsätze der Unmittelbarkeit sowie der Gleichheit der Wahl. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl fordert zum einen, dass die Wahlentscheidung des Wählers ohne weitere Zwischenschritte die Zusammensetzung des Parlaments bestimmt, d.h. insbesondere ohne die Zwischenschaltung von Wahlmännern. Zum anderen folgt aus ihm die Notwendigkeit, dass der Wähler vor dem Wahlakt erkennen können muss, welche Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben und wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann.¹² Die Gleichheit der Wahl erfordert demgegenüber vom Wahlsystem, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können, und ist eine der wesentlichen Grundlagen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, wie sie das Grundgesetz verfasst.¹³

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht auch weitere ungeschriebene Anforderungen an das Wahlsystem aus der Verfassung abgeleitet. Neben der generellen Fähigkeit, den gewählten Abgeordneten überhaupt demokratische Legitimation vermitteln zu können, gehört dazu das Erfordernis, dass die zu wählende Volksvertretung funktionsfähig ist. Darüber hinaus muss der Gesetzgeber auch „berücksichtigen“, dass er die Funktion der Wahl als Vorgang der Integration politischer Kräfte sicherstellen und zu verhindern suchen soll, dass gewichtige Anliegen im Volk von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben.¹⁴ Welche normativen Anforderungen genau aus diesen Sätzen folgen sollen, ist bisher in der Rechtsprechung jedoch noch nicht näher geklärt.

Schließlich ist bisher in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwas unklar geblieben, inwiefern Aspekte der föderalen Gleichheit, die normativ im Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verankert sind, bei der Ausgestaltung des

¹⁰ BVerfGE 3, 19 (24); 59, 119 (124); 95, 335 (349).

¹¹ BVerfGE 1, 208 (246); 6, 84 (90); 34, 81 (100); 131, 316 (334f.). A.A. grundlegend Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, 1973, der das reine Mehrheitswahlsystem im Grundsatz für mit der Gleichheit der Wahl unvereinbar hält.

¹² BVerfGE 95, 335 (350); unter Verweis auf BVerfGE 47, 253 (279ff.).

¹³ BVerfGE 79, 169 (170); 85, 148 (157); 121, 266 (295); 124, 1 (18).

¹⁴ Zusammenfassend BVerfGE 131, 316 (335) m.w.N.

Wahlsystems eine Rolle spielen. Insofern hat das Gericht zwar ausgeführt, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, föderale Belange bei der Gestaltung des Wahlrechts zum Bundestag als dem unitarischen Vertretungsorgan zu berücksichtigen.¹⁵ Entscheidet er sich allerdings trotzdem für ein System, in dem der „föderale Proporz“ für die Mandatsverteilung von Relevanz ist, soll diese Strukturentscheidung sogar geeignet sein, Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.¹⁶ In einem solchen Fall kommt dem Wahlsystem dann nicht mehr nur die Aufgabe zu, die Mandatsverteilung zwischen den einzelnen Bewerbern bzw. zwischen den einzelnen Parteien zu organisieren. Vielmehr nimmt es auch eine Auswahlentscheidung hinsichtlich der föderalen Repräsentation auf der Gesamtstaatsebene über die Auswahl der Abgeordneten vor.

2. Machtverteilung innerhalb der Parteien

Neben diesen offensichtlichen Funktionen der Mandatszuteilung zwischen den Bewerbern kommt dem Wahlsystem, jedenfalls unter den verfassungsrechtlichen Prämissen des Grundgesetzes, auch eine entscheidende Bedeutung im Hinblick auf die Machtverteilung innerhalb der sich zur Wahl stellenden Parteien zu. Denn mit der Strukturentscheidung darüber, in welcher Weise und auf welcher Ebene die Kandidaten für die Wahlen aufzustellen sind, wird auch eine Entscheidung darüber getroffen, auf welcher Ebene innerhalb der Parteien und damit auch durch welche Parteimitglieder die zentralen Personalentscheidungen für die Wahl getroffen werden.

Zentraler verfassungsrechtlicher Maßstab für die Regeln, nach denen eine Kandidatenaufstellung durch die Parteien erfolgt, sind dabei zum einen das Gebot innerparteilicher Demokratie aus Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG, zum anderen die Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, die zwar nicht unmittelbar auf die Wahlvorbereitungshandlungen durch die Parteien Anwendung finden, gleichwohl aber auf sie eine gewisse Vorwirkung entfalten.¹⁷ Die Kandidaten müssen daher durch die Parteien in einem demokratischen Verfahren aufgestellt werden, das insbesondere den Anforderungen an eine freie, gleiche und geheime Wahl entspricht.¹⁸

Diese demokratischen Grundsätze erfordern auch, dass die innerparteiliche Kandidatenaufstellung auf der Ebene der Partei stattfindet, für die die Kandidatenaufstellung erfolgt. Wahlkreisandidaten müssen daher auf Wahlkreisversammlungen, Landeslisten auf Landeswahlversammlungen aufgestellt werden. Je größer die Bedeutung von Wahlkreisandidaten ist, desto wichtiger ist dementsprechend innerparteilich die Rolle der unterschiedlichen Wahlkreisversammlungen, d.h. von Mitgliedern und Parteiführungsgremien auf lokaler Ebene. Sind hingegen die Landeslisten von entscheidender Bedeutung für die Mandatszuteilung, sind vor allen Dingen die Landeswahlversammlungen und damit auch die Parteiführungsgremien auf Landesebene maßgeblich. Das bedeutet, dass die für die innerparteilichen Machtverhält-

¹⁵ BVerfGE 6, 84 (99); 16, 130 (143); 95, 335 (402).

¹⁶ BVerfGE 95, 335 (402); 121, 266 (303); 131, 316 (345).

¹⁷ BVerfGE 89, 243 (251); Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 21 Rn. 351; Lenski, PartG und Recht der Kandidatenaufstellung, Einl. zum Recht der Kandidatenaufstellung Rn. 1.

¹⁸ Vgl. zu diesen Anforderungen etwa nur jüngst VerfGH Sachsen, JZ 2018, 771 ff.

nisse wichtigen Kandidatenaufstellungen für Wahlen stärker zentralisiert und von der Führungsspitze der Partei gesteuert werden können.

Die Frage nach Elementen föderaler Gleichheit im Wahlsystem kann sich schließlich auch im Hinblick auf die Machtverteilung innerhalb der Parteien stellen. Wenn sich Parteien etwa mit verschiedenen Landeslisten zur Wahl stellen, muss das Wahlsystem insofern auch die Frage beantworten, in welchem Verhältnis diese Listen zueinander stehen, ob also auch innerhalb der Partei die errungenen Mandate strikt nach föderalem Proporz verteilt werden sollen oder es zwischen den Listen derselben Partei zu Anrechnungsmechanismen kommen kann. In den bisherigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es um die Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit durch Aspekte des „föderalen Proporz“ ging, waren es tatsächlich in erster Linie solche Fragen der innerparteilichen föderalen Mandatsverteilung, über die der Sache nach entschieden wurde.

3. Narrative Funktion

Neben diesen unmittelbaren, handfesten Aspekten hat die Entscheidung für ein Wahlsystem schließlich auch eine weiche Seite, über die eine demokratische Narration entwickelt und darauf aufbauend bestimmte psychologische Effekte erzielt werden.¹⁹ Letztlich ist es diese narrative Ebene, auf die das Bundesverfassungsgericht anspielt, wenn es aus dem Grundgesetz ungeschriebene Anforderungen dahingehend ableitet, dass der Gesetzgeber die Funktion der Wahl als Vorgang der Integration politischer Kräfte sicherstellen soll.²⁰

Erste Ansätze zur theoretischen Konzeptualisierung dieser Funktion hat *Christoph Möllers* unter dem Stichwort der expressiven Demokratie skizziert und selbst auf die Unfertigkeit dieser Unternehmung verwiesen.²¹ Dieses demokratietheoretische Modell, das er dem Konzept der repräsentativen Demokratie entgegenhalten will, bezieht sich in seinem Ansatz zunächst nur auf die Frage der Konstituierung des demokratischen Legitimationssubjektes, geht aber in seinen Implikationen weit darüber hinaus, wenn es Demokratie vor allen Dingen über demokratische Verfahren und demokratische Praxis beschreiben will.²² Ein demokratisches Repräsentationsorgan müsse in diesem Sinne nichts abbilden, sondern eine Praxis gleicher Freiheit zum

¹⁹ *Grotz*, in: *Jesse/Sturm* (Hrsg.), *Bilanz der Bundestagswahl 2009*, 2013, 411 (413); *Behnke/Grotz/Hartmann*, *Wahlen und Wahlsysteme*, 2017, 106 ff., betrachten demgegenüber unter Verweis auf die eingespielte Terminologie in der Politikwissenschaft als psychologische Wirkung die Lenkungseffekte, die das Wahlsystem auf das Kandidatur-, Koalitions- und Wählerverhalten hat. Dabei geht es allerdings vor allem um tatsächliche Effekte im Gegensatz zu den hier untersuchten normativen Ansprüchen.

²⁰ S.o. Fn. 14.

²¹ *Möllers*, in: *Heinig/Terhechte* (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, 131 (133 mit Fn. 6); vgl. auch *v. Achenbach*, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*, 2014, 387.

²² *Möllers*, in: *Kreide/Niederberger* (Hrsg.), *Transnationale Verrechtlichung*, 2008, 160 (167 ff.); *Möllers*, *Demokratie*, 2008, Rn. 31 f.

Ausdruck bringen.²³ Als demokratisches Verfahren nimmt er dabei im Wesentlichen den Akt der Wahl in den Blick, den er jedoch tatsächlich weniger mit Blick auf Verfahren und Praktiken, sondern vor allem aus einer sprachtheoretischen Perspektive als sprachlich vermittelter Kommunikationsakt rekonstruieren will. Die narrativen und psychologischen Effekte der Wahl werden damit jedoch gerade nicht in den Blick genommen.

Vielsprechender, auch im Hinblick auf die Bedeutung des Wahlsystems für den demokratischen Prozess, scheint es daher zu sein, nicht das Expressive, sondern das Performative der Demokratie in den Vordergrund zu stellen.²⁴ In diesem Sinne wird Demokratie weniger im Sinne einer expressiven Demokratie zum Ausdruck gebracht, als vielmehr im Sinne einer performativen Demokratie inszeniert.²⁵ Wesentliches Element einer solchen demokratischen Inszenierung ist dabei nach *Pierre Bourdieu* die soziale Magie, die dadurch entsteht, dass die demokratisch „Repräsentierten“ an genau diese Repräsentation der Gruppe durch den Repräsentanten glauben.²⁶ Aufgabe des Repräsentanten ist es in diesem Sinne „die Gruppe zu inszenieren, wobei es ihm gelingen muss, dass jene, die ihn beobachten, ihn als Repräsentant der Gruppe erkennen und anerkennen – und also seiner Darstellung Glauben schenken.“²⁷ Wesentlicher Faktor dafür, dass eine solche Anerkennung tatsächlich stattfinden kann, ist nicht nur die Arbeit der Abgeordneten im Parlament, sondern auch die Ausgestaltung des Wahlrechts und vor allem ihre kommunikative Vermittlung gegenüber den Wählern, die den Wahlakt als Akt der Repräsentation begreifen müssen.

III. Strukturentscheidungen des personalisierten Verhältniswahlsystems

Überträgt man dieses Analyseraster auf die personalisierte Verhältniswahl nach dem Bundeswahlgesetz, stellen sich viele ihrer systematischen Grundentscheidungen als überaus inkonsistent dar. Das betrifft sowohl die Frage nach der Mandatsverteilung zwischen den Bewerbern (1.) als auch die Mandatsverteilung innerhalb der Parteien (2.). Schließlich ist auch die narrative Dimension des personalisierten Wahlrechts tatsächlich mehr als brüchig, obwohl die Rechtsprechung genau diese Dimension immer wieder zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Wahlrechtsgrundsätze heranzieht (3.).

²³ Möllers, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 131 (133); Möllers, Demokratie, 2008, Rn. 31 f.

²⁴ Vgl. dazu, allerdings fokussiert auf die Seite der demokratischen Institutionen, S. Schönberger, Der Staat 56 (2017), 441 (468 ff.).

²⁵ Zu den unterschiedlichen Bedeutungen und den Begriffsverschiebungen des Terminus „Performanz“ vgl. nur statt vieler Christensen/Lerch, in: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Bd. 3: Recht vermitteln, 55 ff.; allgemein: Bachmann-Medick, Cultural turns, 2006, 104 ff.

²⁶ Bourdieu, Das politische Feld, 2001, 99. Zu dieser Dimension des Glaubens nicht nur an die Repräsentation, sondern an das Recht insgesamt vgl. etwa nur Viggiani, Rivista Italiana di Filosofia del Linguaggio, 2014, 325 ff.

²⁷ Jentges, Die soziale Magie politischer Repräsentation, 2010, 61. Diese Beschreibung ist schlüssig, obwohl Jentges im Folgenden einem sehr bildlichen Konzept der Repräsentation folgt.

1. Mandatsverteilung zwischen den Bewerbern: Zwei-Stimmen-System und Mandatszähl

Beim System der personalisierten Verhältniswahl hat sich der Gesetzgeber dem Grunde nach für ein reines Verhältniswahlsystem entschieden.²⁸ Seitdem über die mögliche Vergrößerung des Bundestags ein vollständiger Abgleich mit den Direktmandaten erfolgt, also keine unausgeglichene Überhangmandate mehr entstehen können, existieren auch keine Verzerrungen des Verhältnismaßstabs mehr durch das Element der Wahlkreisandidaturen.

So klar die Strukturentscheidungen in dieser Hinsicht zu sein scheinen, so diffizil ist doch die Ausgestaltung des Wahlsystems an anderen mit der Mandatsverteilung zusammenhängenden Punkten. Dies betrifft zum einen den Zusammenhang zwischen Stimmabgabe und Wahlentscheidung im Zwei-Stimmen-System, zum zweiten die Berücksichtigung föderalen Proporz im Wahlsystem und, darauf aufbauend, drittens die Gesamtgröße des Bundestags.

a) Stimmabgabe und Wahlentscheidung im Zwei-Stimmen-System

Gem. § 4 BWahlG hat jeder Wähler eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten und eine Zweitstimme für die Wahl einer Landesliste. Da das Wahlsystem im Ergebnis auf einer reinen Verhältniswahl zwischen Kandidaten der politischen Parteien beruht, entscheidet allein die Zweitstimme über die parteipolitische Zusammensetzung des Bundestags. Der Erststimme soll hingegen die Aufgabe zukommen, ein Element der Personenwahl in das Wahlsystem zu integrieren. Die Frage, welche Personenwahl genau der Wähler mit Wahrnehmung seiner Erststimme trifft, d.h. zwischen welchen Wahlalternativen genau er sich entscheidet, scheint auf den ersten Blick banal: Da er mit seiner Erststimme einen Wahlkreisabgeordneten wählt, muss seine Wahlmöglichkeit diejenige zwischen den verschiedenen als Wahlkreisbewerbern zugelassenen Kandidaten sein. Eine solche einfache Wahlalternative würde sich bei Ausübung der Erststimme allerdings tatsächlich nur dann stellen, wenn es sich bei dem Wahlsystem des Bundeswahlgesetzes um eine mit der Verhältniswahl unverbundene Personenwahl handeln würde. Dadurch, dass die Ergebnisse der Personenwahl mit denen der Verhältniswahl verrechnet werden, die Erststimme also nicht für sich alleine wirkt, sondern immer eine Wechselwirkung mit dem Ergebnis der Zweitstimmen zeitigt, ist eine solche eindimensionale Betrachtung der Wirkungsweise der Erststimme allerdings stark verkürzt und gibt die Wahlalternativen nicht zutreffend wieder.²⁹

Die Erststimme kann hinsichtlich der Auswahl, die mit ihr getroffen wird, daher nur zusammen mit der Zweitstimme richtig erfasst werden. Der Wähler entscheidet nämlich mit seiner Erststimme nicht nur, ob Direktkandidat A oder Direktkandidat

²⁸ Grundlegend BVerfGE 6, 84 (90); 13, 127 (129); 16, 130 (139); 66, 291 (304); 95, 335 (357 f.); 121, 266 (297); noch deutlicher zuletzt BVerfGE 131, 316 (357 ff.); a.A. Pappi/Hermann, ZParl 2010, 260 (270 f.).

²⁹ S. hierzu und zum Folgenden Lenski, AöR 134 (2009), 473 (497 ff.).

B in den Bundestag einzieht, sondern im gleichem Maße auch darüber, ob die der A-Partei nach dem Ergebnis der Zweitstimmen zustehenden Mandate durch den Direktkandidaten oder vielmehr durch einen Listenkandidaten besetzt werden soll.³⁰ Durch diese Verquickung zweier Wahlentscheidungen entsteht ein äußerst komplexes Entscheidungsmuster: Votiert ein Wähler sowohl mit seiner Erst- als auch mit seiner Zweitstimme für die A-Partei, so bringt er mit seiner Zweitstimme zunächst seinen Willen zum Ausdruck, dass die A-Partei möglichst viele Sitze im Bundestag erhält. Mit seiner Erststimme drückt er demgegenüber zum einen aus, dass er lieber den Direktkandidaten der A-Partei als einen anderen Direktkandidaten im Bundestag vertreten wissen möchte. Diese Auswahl geht aber nicht über den Aussagegehalt seiner Zweitstimme hinaus, da er hier ja bereits seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, dass die A-Partei möglichst viele und damit mehr Mandate als alle anderen Parteien erhält. Insofern deckt sich die Wahlentscheidung aus der Erststimme mit derjenigen der Zweitstimme. Darüber hinaus bringt der Wähler aber – und hier kommt der Erststimme eigenständige Bedeutung gegenüber der Zweitstimme zu – zum Ausdruck, dass er lieber den Direktkandidaten als einen Listenkandidaten für die A-Partei im Bundestag sehen möchte. Freilich wird dem Wähler diese Entscheidungsalternative in den seltensten Fällen bewusst sein.

Votiert ein Wähler hingegen mit der Zweitstimme für die A-Partei, mit der Erststimme aber für den Wahlkreiskandidaten der B-Partei, liegt also ein Fall des sog. Stimmensplittings vor, so stellt sich die dahinterliegende Wertung als deutlich komplexer dar. Zunächst einmal bringt der Wähler mit seiner Zweitstimme auch hier seinen Willen zum Ausdruck, dass die A-Partei möglichst viele Sitze und damit mehr Sitze als die anderen Parteien im Bundestag erhält. Betrachtet man den Aussagewert der Erststimme demgegenüber zunächst isoliert, scheint er sich in Widerspruch zu demjenigen der Zweitstimme zu setzen: Denn mit der Erststimme votiert der Wähler dafür, dass lieber der Kandidat der B-Partei als die Kandidaten anderer Parteien in den Bundestag einziehen soll.³¹

Als überhaupt in irgendeiner Weise nachvollziehbare Wahlentscheidung erweist sich dieses Verhalten nur, wenn man die wahlrechtliche Verquickung beider Stimmen in die Betrachtung mit einbezieht. Dann kann sich eine solche Form des Stimmensplittings nämlich zum einen als eine „wenn-schon-dann-aber“-Entscheidung darstellen: Der Wähler will zwar eigentlich, dass die A-Partei und nicht die B-Partei möglichst viele Sitze im Bundestag erhält. Wenn die B-Partei aber schon ein Mandat erringen kann, so soll dieses lieber von dem Direktkandidaten als von einem Listenkandidaten besetzt werden. Der Wähler übt in dieser Konstellation also eine Wahloption über die personale Zusammensetzung einer Bundestagsfraktion aus, deren Zustandekommen er mit seiner Stimme gar nicht unterstützt.

Dieser scheinbare Widerspruch im Wählerverhalten konnte bis zur letzten großen Wahlrechtsreform noch dann aufgehoben werden, wenn man das strategische Stimmensplitting als legitime Option in das Wahlsystem integrierte, durch das bewusst

³⁰ Meyer, KritV 77 (1994), 312 (328 Fn. 47), spricht insofern von einem „trüben Licht“, das auf die Persönlichkeitswahl fällt.

³¹ Auf diese Möglichkeit als Errungenschaft des personalisierten Verhältniswahlrechts weist ausdrücklich Jung, NVwZ 2004, 703 (704), hin.