

Rechtsgutachtliche Stellungnahme zu den  
**Verfassungsrechtlichen Folgen des gesetzgeberischen Unterlassens,  
eine verfassungsmäßige Regelung des Wahlrechts zu treffen**

von Professor Dr. Dres. h.c. *Hans-Jürgen Papier*

unter Mitarbeit von *Christoph Krönke*

## Inhalt

<b>A. Gegenstand des Gutachtens .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008.....</b>	<b>1</b>
I. Die Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG .....	1
II. Die aus der Rechtsverletzung resultierenden Wahlfehler mit Mandatsrelevanz.....	2
III. Die vom Gericht festgestellten Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit.....	3
1. Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung .....	3
2. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Neuregelung und die vorläufige Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Regelungen.....	4
<b>C. Die materielle Rechtslage nach Ablauf der Neuregelungsfrist .....</b>	<b>7</b>
I. Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Pflicht zur Neuregelung des Wahlrechts .....	7
II. Fortgeltung und Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Vorschriften des Wahlrechts?.....	8
III. Die Abhaltung von Bundestagswahlen auf der Grundlage des verfassungswidrigen Wahlrechts und ihre Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht .....	10
<b>D. Verfassungsprozessuale Möglichkeiten zur Beseitigung der     Verfassungswidrigkeit .....</b>	<b>12</b>
I. Mögliche verfassungsprozessuale Rechtsbehelfe .....	12
1. Anträge im abstrakten Normenkontrollverfahren.....	12
a) Antragsgegenstand .....	12
b) Antragsgrund und objektives Klarstellungsinteresse .....	13
c) Ergebnis zur abstrakten Normenkontrolle .....	15
2. Verfassungsbeschwerden von Wahlberechtigten und Wahlbewerbern wegen Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.....	16
a) Tauglicher Beschwerdegegenstand und Fristbindung .....	16
b) Beschwerdebefugnis, insbesondere gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit .....	17
c) Ergebnis zur Verfassungsbeschwerde.....	19
3. Anträge im Organstreitverfahren von einzelnen Abgeordneten wegen Verletzung ihrer Statusrechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG.....	19
4. Anträge im Organstreitverfahren von Parteien wegen Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status .....	20
5. Einstweiliger Rechtsschutz.....	21
II. Die prozessualen Folgen einer nachträglichen Regelung des Wahlrechts .....	21
<b>E. Zusammenfassung.....</b>	<b>22</b>

## **A. Gegenstand des Gutachtens**

Die SPD-Bundestagsfraktion hat mich gebeten, rechtsgutachtlich zu den verfassungsrechtlichen Folgen Stellung zu nehmen, die sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber es entgegen der vom Bundesverfassungsgerichts mit Urteil vom 3. Juli 2008 gesetzten Vorgabe unterlassen hat, bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung des Wahlrechts zu treffen. Dazu sind zunächst der Inhalt und die wesentlichen Gründe des Urteils darzulegen (B.). Auf dieser Grundlage können die materiell-rechtliche Rechtslage nach dem 30. Juni 2011 (C.) sowie die prozessualen Möglichkeiten zur Beseitigung etwaiger Verfassungsverstöße (D.) näher geprüft werden.

## **B. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008**

### **I. Die Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG**

In seinem Urteil vom 3. Juli 2008 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen eines Wahlprüfungsbeschwerdeverfahrens, welches die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag am 18. September 2005 betraf, festgestellt, dass § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verstößt, soweit die Anwendung dieser Vorschrift es ermöglicht, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten („negatives Stimmgewicht“) führt.<sup>1</sup> Dieser Effekt des negativen Stimmgewichts ergibt sich, zusammenfassend formuliert, aus der Mandatsverteilung über verbundene Landeslisten im Zusammenwirken mit der Entstehung von Überhangmandaten.<sup>2</sup>

Die Regelungen zur Sitzverteilung bei verbundenen Landeslisten finden sich in § 7 BWahlG und kommen wegen der von den Parteien stets praktizierten Verbindung ihrer Landeslisten regelmäßig zur Anwendung. § 7 Abs. 3 BWahlG regelt dabei die „Unterverteilung“ der unter Berücksichtigung der Zweitstimmen auf eine Landeslistenverbindung bundesweit entfallenden Bundestagssitze auf die einzelnen Landeslisten der Verbindung. Mit dem in Satz 2 enthaltenen Verweis auf § 6 Abs. 4 BWahlG wird geregelt, dass von den auf eine der Landeslisten entfallenden Sitzen zunächst die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des betreffenden Landes errungenen Direktmandate abzuziehen sind und die übrigen Sitze anschließend aus der

---

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (298 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. dazu anschaulich S.-C. Lenski, AöR 134 (2009), 473 (490 ff.).

Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt werden. Dieser Vorgang ist mit Blick auf das negative Stimmgewicht an sich noch unbedenklich. Der Verweis auf § 6 Abs. 5 BWahlG betrifft allerdings den Fall, dass die Zahl der errungenen Direktmandate die Anzahl der auf eine Landesliste nach Maßgabe der Zweitstimmenzahl entfallenden Sitze übersteigt, und ordnet an, dass der betreffenden Partei die überzähligen Mandate („Überhangmandate“) auch in diesem Falle zustehen. Die hierin angelegte Möglichkeit der Entstehung von Überhangmandaten im Rahmen der Unterverteilung bildet die Voraussetzung für den Eintritt des Effekts negativen Stimmgewichts: Sofern eine Partei in den Wahlkreisen eines Landes mehr oder ebenso viele Direktmandate errungen hat, als ihr nach den auf die betreffende Landesliste entfallenden Stimmen zustehen, kann ein Weniger an Zweitstimmen für diese Landesliste dazu führen, dass die Gesamtzahl der bundesweit auf die Partei entfallenden Sitze zwar gleich bleibt, die Landesliste aber aufgrund der geringeren Zweitstimmenzahl bei der Unterverteilung der Mandate ein Mal weniger zum Zuge kommt und das betreffende Mandat auf eine andere Landesliste der Partei entfällt, der dort keine Überhangmandate entstanden sind. Im Ergebnis wird der Partei dann aufgrund einer geringeren Zahl an Zweitstimmen ein Bundestagsmandat mehr zugeteilt. Dieser Effekt ist mit den durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Grundsätzen der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl nicht vereinbar.

## **II. Die aus der Rechtsverletzung resultierenden Wahlfehler mit Mandatsrelevanz**

Mit Blick auf die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag begründete diese sich aus der Anwendung des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG ergebende Rechtsverletzung nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts einen Wahlfehler mit Mandatsrelevanz<sup>3</sup>, da es ohne die betreffenden Regelungen, die den Effekt des negativen Stimmgewichts auslösen, zu einer anderen Zusammensetzung des 16. Deutschen Bundestags gekommen wäre.<sup>4</sup> Es handele sich bei jenem Effekt des negativen Stimmgewichts nämlich nicht um eine seltene Ausnahmerecheinung, sondern er wirke sich regelmäßig auf das Wahlergebnis aus, wenn bei einer Wahl zum Deutschen Bundestag Überhangmandate entstehen;<sup>5</sup> dies gelte auch für die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag. Die Rechtsverletzung betreffe schließlich auch nicht nur einzelne Mandate oder Wahlkreise, sondern wirke sich auf die Sitzverteilung im Deutschen

---

<sup>3</sup> Das Erfordernis eines Wahlfehlers mit Mandatsrelevanz ergibt sich nach ständiger Rspr. seit BVerfGE 4, 370 (372 f.) aus dem Sinn und Zweck des Wahlprüfverfahrens und des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, die richtige Zusammensetzung des Bundestages zu gewährleisten. Vgl. dazu auch BVerfGE 37, 84 (89); 48, 271 (280); 59, 119 (123).

<sup>4</sup> BVerfGE 121, 266 (310 f.).

<sup>5</sup> BVerfGE 121, 266 (301 f., 311), unter Verweis auf *D. Ehlers/M. Lechleiter*, JZ 1997, 761 (763).

Bundestag insgesamt aus, da eine Eingrenzung der Wahlfehler, die durch die Anwendung der verfassungswidrigen Normen entstanden sind, kaum möglich sei.<sup>6</sup>

### III. Die vom Gericht festgestellten Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit

Trotz der festgestellten Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Wahlrechtsnormen sowie der daraus folgenden mandatsrelevanten Wahlfehler, welche die Wahl insgesamt betrafen, hat das Bundesverfassungsgericht die betreffenden Vorschriften indes nicht für nichtig und die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag insgesamt nicht für ungültig erklärt, mit der Folge, dass der 16. Deutsche Bundestag aufzulösen gewesen wäre. Vielmehr hat das Gericht sowohl bezüglich der bereits betroffenen Wahl als auch mit Blick auf die in Rede stehenden Wahlrechtsbestimmungen einen anderen Weg gewählt.

#### 1. Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung

Zum einen hat das Bundesverfassungsgericht von einer teilweisen oder vollständigen Ungültigerklärung der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag abgesehen, da das Interesse am Fortbestand der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit der Wahlrechtsbestimmungen gewählten Volksvertretung den festgestellten Wahlfehler überwiege.<sup>7</sup> Da der Wahlfehler sich nicht auf bestimmte Mandate oder Wahlkreise beschränke, sondern die gesamte Wahl betreffe, scheide eine teilweise Ungültigerklärung der Wahl aus und käme nur eine Ungültigerklärung der Wahl insgesamt und damit eine Auflösung des Bundestages in Betracht.<sup>8</sup> Da der Wahlfehler allerdings auf der Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des Bundeswahlgesetzes beruhe und eine Ungültigerklärung der Wahl durch das Gericht *ex nunc* wirken würde, der Bundestag also mit sofortiger Wirkung aufgelöst wäre, hätte der Bundestag nicht mehr die Möglichkeit, eine verfassungsmäßige Regelung des Wahlrechts zu treffen.<sup>9</sup> Auch der nächste Bundestag würde daher auf verfassungswidriger Grundlage gewählt, zumal es wegen der Komplexität der zu regelnden Materie nicht in Betracht komme, dass das Bundesverfassungsgericht selbst – kraft der Vollstreckungsklausel des § 35 BVerfGG – die Rechtsgrundlage für die Bundestagswahl bereitstelle.<sup>10</sup> Die Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts könne demnach ohnehin nur durch einen Bundestag behoben werden, der selbst auf der Grundlage jener verfassungswidri-

---

<sup>6</sup> BVerfGE 121, 266 (312).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (312 f.).

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (312). Nicht erwogen hat das Bundesverfassungsgericht eine Beschränkung der Legislaturperiode, wie sie etwa das Landesverfassungsgericht des Landes Schleswig-Holstein in seinem Urteil vom 30. August 2010 angeordnet hat, vgl. LVerfGSchlHolst, Urteil v. 30.8.2010, LVerfG 1/10, Rn. 28 ff.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (313).

<sup>10</sup> BVerfGE 121, 266 (313).

gen Vorschriften gewählt worden sei.<sup>11</sup> Angesichts dieses Dilemmas und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass insgesamt nur relativ wenige Mandate von der verfassungswidrigen Sitzberechnung berührt würden, sei die Legitimation des Bundestages in seiner Gesamtheit nicht derart betroffen, dass eine sofortige Auflösung gerechtfertigt wäre.<sup>12</sup>

## 2. *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Neuregelung und die vorläufige Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Regelungen*

Über diese Feststellungen zur Gültigkeit der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag hinaus hat das Bundesverfassungsgericht außerdem auch die weitere Behandlung der verfassungswidrigen Vorschriften des Wahlgesetzes gewürdigt. Das Gericht hat insoweit davon abgesehen, die in Rede stehenden Vorschriften des Wahlgesetzes für nichtig zu erklären, und sich vielmehr auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelungen beschränkt. Eine solche Unvereinbar- oder Verfassungswidrigkeitserklärung nimmt das Bundesverfassungsgericht in bestimmten Fällen vor, wenn sich die für Normprüfungsentscheidungen an sich vorgesehene Nichtigkeitsfolge<sup>13</sup> ihrerseits als verfassungsrechtlich nicht unproblematisch erweist. Die vorliegende Entscheidung zeichnete sich insofern dadurch aus, dass das Bundesverfassungsgericht den vorgefundenen Verfassungsverstoß aufgrund der „Komplexität der zu regelnden Materie“<sup>14</sup> allein mit der Anordnung der Nichtigkeitsfolge nicht hätte beheben können und zwangsläufig in die Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers hätte eingreifen müssen, wenn es eine verfassungsgemäße Ersatzregelung getroffen hätte. Zutreffend wird in diesem Zusammenhang von einer „verfassungswidrigen Rechtslage“ oder verfassungswidrigen „Normenrelationen“ gesprochen, da die verfassungswidrige Norm nicht sauber isoliert werden kann.<sup>15</sup> So führte das Gericht in seinem Urteil aus, dass sich der durch das gegenwärtige Wahlrecht ermöglichte Effekt des negativen Stimmgewichts „nicht isoliert beheben“ lasse,<sup>16</sup> da die betreffenden Normen des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG einen

---

<sup>11</sup> BVerfGE 121, 266 (313).

<sup>12</sup> BVerfGE 121, 266 (313 f.).

<sup>13</sup> Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz sieht für Normprüfungsentscheidungen grundsätzlich vor, dass mit dem Grundgesetz unvereinbare Vorschriften für nichtig erklärt werden, vgl. insbesondere §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG. Dennoch ist die Unvereinbarerklärung von Normen mittlerweile zumindest gesetzlich erwähnt, vgl. §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG.

<sup>14</sup> BVerfGE 121, 266 (313).

<sup>15</sup> Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, DVBl. 1971, 842 (847) („verfassungswidrige Rechtslage“); *H. Maurer*, in: FS W. Weber, 1974, S. 348 (354) („relativer Verfassungsverstoß“); *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 213 f.; *ders.*, JZ 1983, 41 (45) („verfassungswidrige Normenrelationen“). Im Tenor des Urteils sowie durch die gesamte Urteilsbegründung hindurch zeigt sich dies besonders deutlich daran, dass § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG für verfassungswidrig erklärt wurden, „so weit hierdurch der Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht wird“, vgl. BVerfGE 121, 266 (266, 298, 310, 314).

<sup>16</sup> BVerfGE 121, 266 (315).

schwerlich abtrennbaren Bestandteil eines komplexen Regelungssystems zur Berechnung der Sitzverteilung im Deutschen Bundestag bildeten.<sup>17</sup> Die Behebung der Verfassungswidrigkeit dieser Normen betreffe daher „nicht nur die Unterverteilung von Sitzen bei Listenverbindungen einer Partei, sondern das gesamte Berechnungssystem der Sitzverteilung im Deutschen Bundestag“.<sup>18</sup> Jede auch nur geringfügige Änderung der Vorschriften hätte möglicherweise weit reichende und verfassungsrechtlich ihrerseits nicht unproblematische Konsequenzen für das Wahlsystem insgesamt. Wie das Verfassungsgericht bemerkt, würde gerade etwa durch die Nichtigkeitsklärung des für verfassungswidrig befundenen § 7 Abs. 3 Satz 2 BWahlG „das personale Element [der Wahl] in einem zentralen Punkt verändert, weil nunmehr ein Direktmandat erst dann gewonnen wäre, wenn es von einer entsprechenden Anzahl von Zweitstimmen ‚gedeckt‘ wäre“,<sup>19</sup> zumal eine Verrechnung der nach den Zweitstimmen zugewiesenen Mandate mit den Direktmandaten nach der Streichung nicht mehr geregelt wäre. Auch die für einen Direktkandidaten mehrheitlich abgegebenen Stimmen würden sich folglich nur dann in einem Mandat niederschlagen, wenn eine ausreichende Zahl an Listenplätzen vorhanden ist. Diese für sich systemwidrige Regelungslücke verstieße als Konsequenz der Nichtigkeitsfolge gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl und hätte ihrerseits verfassungsrechtlich keinen Bestand. Schließlich verneinte das Gericht auch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschriften.<sup>20</sup>

Die Beseitigung der festgestellten Verfassungswidrigkeit kann daher nur erfolgen, wenn weiter greifende Änderungen des Wahlsystems vorgenommen werden. Da sich hier verschiedene Möglichkeiten anbieten – das Gericht nennt beispielhaft den grundsätzlichen Verzicht auf die Listenverbindung nach § 7 BWahlG<sup>21</sup> sowie die landeslistenübergreifende, also im Rahmen der „Oberverteilung“ erfolgte Verrechnung von Direktmandaten und Zweitstimmenmandaten<sup>22</sup> –, deren Auswahl zuvörderst eine politische Entscheidung darstelle, sei es in erster Linie

---

<sup>17</sup> BVerfGE 121, 266 (314).

<sup>18</sup> BVerfGE 121, 266 (314).

<sup>19</sup> BVerfGE 121, 266 (315).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (308 ff.).

<sup>21</sup> BVerfGE 121, 266 (315). Streng genommen könnte dieser Verzicht das Problem des negativen Stimmgewichts nicht vollständig ausräumen, da es auch bei Wahlen nach getrennten Landeslisten dazu kommen kann, dass ein Mehr an Zweitstimmen in einem Land, in dem die betreffende Partei Überhangmandate erzielt, zu einem Verlust an Sitzen für die Partei aus einer anderen Landesliste führt. Vgl. dazu *H. Meyer*, DVBl. 2009, 137 (141) und *S.-C. Lenski*, AöR 134 (2009), 473 (494 f.), die als Lösung andenken, die Länder zu abgeschlossenen Wahlgebieten zu machen, also die Zahl der auf ein Bundesland anfallenden Mandate festzulegen.

<sup>22</sup> BVerfGE 121, 266 (315). Vgl. den entsprechenden Vorschlag von *H. Meyer*, DVBl. 2009, 137 (144 f.).

„Aufgabe des Gesetzgebers, den Regelungskomplex, der zum Auftreten des negativen Stimmgewichts führen kann, zu ändern“.<sup>23</sup>

Zusammen mit der Unvereinbarerklärung hat das Gericht freilich festgehalten, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, den „verfassungswidrigen Zustand ... zu beheben“<sup>24</sup> und „eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen“<sup>25</sup>. Die Feststellung dieser gesetzgeberischen Pflicht ist dem besonderen Charakter des Ausspruchs bloßer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz geschuldet, da die Verfassungswidrigkeit durch die verfassungsgerichtliche Entscheidung selbst gerade nicht behoben wird. Die Neuregelungspflicht wird dabei allerdings nicht etwa erst durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts begründet, sondern leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, genauer: aus der in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsverbindlichkeit (auch) des Gesetzgebers in Verbindung mit den jeweils konkret verletzte Verfassungsnormen ab.<sup>26</sup> Die Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung des Wahlrechts erweist sich damit als verfassungsrechtlich begründete Rechtsfolge der grundgesetzwidrigen, weil gegen die Grundsätze der gleichen und unmittelbaren Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßenden Gesetzeslage.

Die Unvereinbarerklärung des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG und die korrespondierende verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Behebung der Verfassungswidrigkeit durch eine Neuregelung des Wahlrechts hat das Bundesverfassungsgericht schließlich – wie mittlerweile fast üblich<sup>27</sup> – mit der Bestimmung einer „angemessenen Frist“<sup>28</sup> verknüpft und dabei den Zeitraum bis zum 30. Juni 2011 als eine solche befunden.<sup>29</sup> Im Rahmen der Festsetzung dieser Frist hat das Gericht zum einen den von Verfassung wegen beachtlichen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum berücksichtigt, welcher ausreichend Zeit erfordere, „um die verschiedenen Regelungsalternativen und deren Auswirkungen auf das Wahlrecht angemessen zu berücksichtigen und zu gewichten“.<sup>30</sup> Zum anderen müsse das Gesetzgebungsverfahren allerdings „so rechtzeitig abgeschlossen sein, dass sich die Parteien bei

---

<sup>23</sup> BVerfGE 121, 266 (313).

<sup>24</sup> BVerfGE 121, 266 (316).

<sup>25</sup> So der Tenor des Urteils, BVerfGE 121, 266 (267).

<sup>26</sup> Vgl. dazu ausführlich etwa *M. Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 32 ff., 87 ff.; *C. Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, S. 154 f.

<sup>27</sup> Vgl. die Nachweise bei *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, S. 263 (mit Fn. 117).

<sup>28</sup> BVerfGE 121, 266 (314 ff.).

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (267, 316).

<sup>30</sup> BVerfGE 121, 266 (315 f.).

der Aufstellung ihrer Kandidaten auf die neue Rechtslage einstellen können“.<sup>31</sup> Mit Blick auf die Wahl zum 17. Deutschen Bundestag im September 2009 hätte dies erfordert, dass das Gesetzgebungsverfahren spätestens bis zum April 2009 hätte abgeschlossen sein müssen. Da der Gesetzgeber in diesem Fall lediglich etwa neun Monate für die Neuregelung des Wahlrechts habe, bestehe die Gefahr, dass die Regelungsalternativen nicht hinreichend sorgfältig „bedacht“ und „erörtert“ werden können. Im Übrigen wies das Gericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die gegenwärtigen Regelungen der Sitzverteilung ein „für den Wähler kaum noch nachzuvollziehendes Regelungsgeflecht“ darstelle und der Gesetzgeber nun die Gelegenheit bekommen solle, die Sitzverteilung „auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage“ zu stellen.<sup>32</sup> Aus diesen Gründen sei es verfassungsrechtlich ausnahmsweise hinnehmbar, dass auch der 17. Deutsche Bundestag auf der Grundlage der verfassungswidrigen Regelungen des gegenwärtigen Wahlrechts gewählt werde. Die vorläufige Anwendbarkeit jener Regelungen sei allerdings begrenzt, der Gesetzgeber habe die Neuregelung bis spätestens zum 30. Juni 2011 zu treffen.

### **C. Die materielle Rechtslage nach Ablauf der Neuregelungsfrist**

#### **I. Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Pflicht zur Neuregelung des Wahlrechts**

Mit dem Verstreichenlassen der Neuregelungsfrist verstößt der Gesetzgeber gegen seine verfassungsrechtlich begründete und vom Bundesverfassungsgericht konkretisierte Pflicht aus Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zur Beseitigung des festgestellten Verfassungsverstoßes durch Erlass einer verfassungsgemäßen Regelung der Mandatszuteilung bei der Wahl zum Deutschen Bundestag. Es kommt dabei nicht in Betracht, dass sich der Gesetzgeber zur Rechtfertigung seines Untätigbleibens auf die besondere Schwierigkeit der Materie oder erschwerende äußere Umstände beruft. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Besonderheiten einer Wahlrechtsnovellierung, wie bereits dargelegt, bei der Festsetzung der Neuregelungsfrist hinreichend in Rechnung gestellt und war im Schrifttum gar dafür kritisiert worden, die Frist allzu großzügig bemessen zu haben.<sup>33</sup>

Zu bemerken ist freilich, dass die Pflicht des Gesetzgebers zur Neuregelung des Wahlrechts mit dem Fristablauf nicht etwa erlischt. Vielmehr wird das Unterlassen einer Behebung der Verfassungsverstöße nunmehr selbst zum Verfassungsverstoß und damit auch selbst angreif-

---

<sup>31</sup> BVerfGE 121, 266 (316).

<sup>32</sup> BVerfGE 121, 266 (316).

<sup>33</sup> Vgl. nur die Kritik bei *G. Roth*, NVwZ 2008, 1199 (1201); *H. Meyer*, DVBl. 2009, 137 (145 f.).

bar. Die Neuregelungspflicht des Gesetzgebers besteht indes ungemindert, wenn nicht gar intensiver fort.

## **II. Fortgeltung und Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Vorschriften des Wahlrechts?**

Im Übrigen erweist sich die Beurteilung der materiellen Rechtslage aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Regelung der verfassungsgerichtlichen Unvereinbarerklärung als durchaus problematisch. Im Grundsatz gilt, dass eine vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärte Norm nicht mehr angewandt werden darf,<sup>34</sup> es sei denn, das Bundesverfassungsgericht ordnet die weitere Anwendbarkeit des für unvereinbar erklärten Rechts ausdrücklich an. So hat das Gericht beispielsweise im Tenor seiner Entscheidung zur Erbschaftsteuer vom 7. November 2006 festgestellt, dass das „bisherige Recht bis zu einer Neuregelung weiterhin anwendbar“ und der Gesetzgeber dazu verpflichtet sei, „eine Neuregelung spätestens zum 31. Dezember 2008 zu treffen“.<sup>35</sup> Auch in seiner Entscheidung zur Befreiung kommunaler Wählervereinigungen von der Erbschafts- und Schenkungsteuer vom 17. April 2008 ordnete das Gericht an, dass die für verfassungswidrig erklärte Norm des § 13 Abs. 1 Nr. 18 ErbStG vom 17. April 1974 „längstens bis zum 30. Juni 2009 weiter anzuwenden“ sei.<sup>36</sup> Noch etwas deutlicher lautete der Tenor der Entscheidung zur Vermögensteuer vom 22. Juni 1995: „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Dezember 1996 zu treffen. Längstens bis zu diesem Zeitpunkt ist das bisherige Recht weiterhin anwendbar.“ Als derart eindeutig erweist sich die Anordnung des Gerichts in seiner Entscheidung zu den hier in Rede stehenden Wahlrechtsnormen allerdings nicht, da das Gericht lediglich festgestellt hat: „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.“<sup>37</sup> Fraglich ist daher, wie sich die Rechtslage nach dem 30. Juni 2011 nun darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht ist in seiner Urteilsbegründung davon ausgegangen, dass „die Sitze im kommenden Bundestag – wie in den vergangenen Jahrzehnten – noch nach § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG zugeteilt werden“<sup>38</sup> dürfen, dass also die für verfassungswidrig befundenen Vorschriften noch als Grundlage für die Wahl zum 17. Deutschen Bundestag herangezogen werden durften. Es kann daher angenommen werden,

---

<sup>34</sup> Vgl. etwa BVerfGE 82, 126 (155); 84, 168 (187); 107, 150 (185 f.).

<sup>35</sup> BVerfGE 117, 1 (2).

<sup>36</sup> BVerfGE 121, 108 (109).

<sup>37</sup> BVerfGE 121, 266 (267).

<sup>38</sup> BVerfGE 121, 266 (316).

dass die in Rede stehenden Vorschriften jedenfalls bis zum Ablauf der gesetzten Frist mit dem 30. Juni 2011 anwendbar bleiben sollten. Des Weiteren könnte man vermuten, dass die Vorschriften nicht mehr für nachfolgende (regelmäßige) Bundestagswahlen herangezogen werden dürfen und mit dem Ablauf des 30. Juni 2011 daher unanwendbar werden sollten.<sup>39</sup> Das Gericht hatte zwar die Vorschriften nur für verfassungswidrig befunden, „soweit hierdurch der Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht wird“,<sup>40</sup> hatte allerdings zugleich die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschriften verneint.<sup>41</sup> Zwingend ist die Unanwendbarkeit der Vorschriften nach dem 30. Juni 2011 freilich nicht, da sich diese Frist – wie der Tenor der Entscheidung nahelegt – auch ausschließlich auf die Neuregelungspflicht des Gesetzgebers beziehen könnte, ohne zugleich eine Aussage zur Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Vorschriften zu treffen.

Umgekehrt wäre andererseits auch denkbar, dass die angegriffenen Normen mit dem Fristablauf vollends ungültig und damit nichtig werden, also die etwa in §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG vorgesehene Regelfolge eintreten würde. Dies würde dann zwar einer aufschiebend befristeten Nichtigkeitklärung der Normen gleichkommen, die im Bundesverfassungsgerichtsgesetz – anders als die Unvereinbarerklärung (vgl. §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG) – keinerlei gesetzlichen Niederschlag gefunden hat;<sup>42</sup> gänzlich ausschließen lässt sich diese Rechtsfolge freilich auch nicht.<sup>43</sup>

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass sich der rechtliche Status der in Rede stehenden Wahlrechtsnormen mit dem Ablauf des 30. Juni 2011 nicht eindeutig bestimmen lässt. Einzig die Unvereinbarkeit der Vorschriften mit dem Grundgesetz steht fest. Die Vorschriften könnten daher jedenfalls nicht im Rahmen einer künftigen Bundestagswahl der Mandatsverteilung zugrunde gelegt werden, ohne dass dies zu mandatsrelevanten Wahlfehlern führen würde, sofern es zur Entstehung von Überhangmandaten käme.<sup>44</sup> Andererseits wäre, wie das Bundesverfassungsgericht zur Begründung seiner Unvereinbarerklärung ausgeführt hatte, die Verfassungswidrigkeit der wahlrechtlichen Regelungen insgesamt durch einen Wegfall des § 7 Abs.

---

<sup>39</sup> Vgl. zu dieser *möglichen* Bedeutung der Fristsetzung auch *M. Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 105 f.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (266, 298, 310, 314).

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 121, 266 (308 ff.).

<sup>42</sup> Vgl. *M. Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 89 f.

<sup>43</sup> Vgl. auch die vorsichtige Formulierung bei *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, S. 264: „Die Unvereinbarerklärung lässt die verfassungswidrige Norm *zunächst* bestehen.“ (ohne Hervorhebung im Original).

<sup>44</sup> Vgl. zu den möglichen Folgen einer Anwendung der für verfassungswidrig erklärten Vorschriften bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag sogleich unten S. 10 ff.

3 Satz 2 BWahlG nicht behoben, da dies zu einer Regelungslücke mit weitreichenden und systemwidrigen Effekten bei der Sitzzuteilung führte, die ihrerseits verfassungswidrig wären.<sup>45</sup> Die wahlgesetzlichen Regelungen der Sitzzuteilung sind damit aus verfassungsrechtlicher Sicht schlichtweg inoperabel, die Rechtslage (oder: „Normenrelation“<sup>46</sup>) insgesamt bleibt daher verfassungswidrig und unklar.

### **III. Die Abhaltung von Bundestagswahlen auf der Grundlage des verfassungswidrigen Wahlrechts und ihre Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht**

Es stellt sich damit die aus heutiger Sicht noch hypothetische Frage, ob und mit welchen rechtlichen Folgen auf der Grundlage der verfassungswidrigen Regelungen des Bundeswahlgesetzes die Wahl zum 18. Deutschen Bundestag abgehalten werden könnte. Wird eine solche Wahl auf der Grundlage des gegenwärtigen Wahlrechts durchgeführt – sei es unter Anwendung des § 7 Abs. 3 Satz 2 BWahlG, sei es unter Verzicht auf die dort vorgesehene Verrechnung der Listenmandate mit den Direktmandaten –, so unterliegt diese Wahl wiederum der Wahlprüfung durch den Bundestag (vgl. Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG), dessen Entscheidung mit der Wahlprüfungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht angreifbar wäre (vgl. Art. 41 Abs. 2 GG). Das Bundesverfassungsgericht würde feststellen, dass die Wahl zum Teil auf keiner anwendbaren oder zumindest auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage durchgeführt worden ist, da der Gesetzgeber die vormals festgestellten Verfassungsverstöße nicht beseitigt hat und auch die Nichtanwendung des § 7 Abs. 3 Satz 2 BWahlG die Verfassungswidrigkeit der Sitzzuteilung nicht zu beheben vermag. Diese Rechtsverletzung würde auch Wahlfehler mit Mandatsrelevanz begründen, sofern es bei der Wahl – wovon auszugehen ist – zur Entstehung von Überhangmandaten kommt oder gekommen wäre.

Das Gericht hätte in diesem Fall über die Rechtsfolgen dieser Wahlfehler zu entscheiden. Die Verfassungsverstöße würden dabei im Vergleich zu den im Zusammenhang mit der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag festgestellten Wahlfehlern ungleich schwerer wiegen, da die Wahl nun sehenden Auges und – anders als die Wahl zum 17. Deutschen Bundestag – unter Verstoß gegen die vom Gericht formulierte Neuregelungspflicht auf der Grundlage einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage abgehalten worden wäre. Demgegenüber müsste die Einschätzung darüber, ob der Gesetzgeber imstande wäre, innerhalb eines vertretbaren Zeitrahmens eine verfassungskonforme Wahlrechtsregelung zu treffen, angesichts der dann erfolgten Missach-

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu oben S. 4 f.

<sup>46</sup> So *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 213 f.; *ders.*, JZ 1983, 41 (45).

tung der Neuregelungspflicht deutlich negativer ausfallen. Es dürfte demnach zu vermuten sein, dass das Gericht in diesem Falle nicht – unter erneutem Verweis auf das oben geschilderte Dilemma<sup>47</sup> – dem Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung den Vorrang vor den festgestellten Wahlfehlern einräumen und auf die Ungültigerklärung der Wahl insgesamt sowie die Auflösung des Bundestages verzichten würde. Im Falle der Auflösung des Bundestages müsste das Bundesverfassungsgericht dann freilich, auf der Grundlage der Vollstreckungsklausel des § 35 BVerfGG, selbst eine verfassungskonforme Übergangswahlregelung treffen, um zu vermeiden, dass der verfassungswidrige Zustand bei der dann erneut notwendigen Wahl zum Deutschen Bundestag perpetuiert wird.

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht sich in seiner Begründung zu dem Urteil vom 3. Juli 2008 aufgrund der Komplexität der zu regelnden Materie noch außerstande gesehen, selbst die Rechtsgrundlage für die Bundestagswahl bereitzustellen.<sup>48</sup> Diese Bewertung ist indes auf der Grundlage der damaligen Sachlage erfolgt und müsste angesichts der veränderten Umstände, also vor allem der gesetzgeberischen Untätigkeit, im Rahmen einer erneuten Entscheidung anders ausfallen. Insbesondere ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass das Bundesverfassungsgericht gemäß § 35 BVerfGG die Grundlage für die Durchführung von Wahlen bereitstellt. Diese Möglichkeit hatte das Gericht selbst im Rahmen seiner Entscheidung zum Wahlrecht für die erste gesamtdeutsche Bundestagswahl vom 29. September 1990 in Betracht gezogen.<sup>49</sup> Es hatte damals nur deswegen von einer solchen Übergangsregelung abgesehen, da sich die beteiligten Verfassungsakteure glaubhaft als willens und in der Lage dazu erklärten, die im Verfahren festgestellten Verfassungsverstöße rechtzeitig vor der Wahl durch eine gesetzliche Neuregelung zu beheben.

---

<sup>47</sup> Vgl. dazu oben S. 3 f.

<sup>48</sup> BVerfGE 121, 266 (313).

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 82, 322 (352): „Aus dem Urteil ergibt sich, dass der Gesetzgeber neue wahrrechtliche Regelungen zu treffen hat. Dabei ist allerdings äußerst kurzfristiges Handeln geboten, denn der Gesetzgeber hat dafür zu sorgen, dass zwischen dem Zeitpunkt der Verkündung einer Neuregelung und den – gegebenenfalls zu ändernden – Terminen des Bundeswahlgesetzes den Parteien und politischen Vereinigungen der notwendige Zeitraum verbleibt, um sich auf die neue Gesetzeslage einzustellen. Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung haben in der mündlichen Verhandlung erklärt, sie seien bei Ergehen einer die Verfassungswidrigkeit der streitbefangenen Vorschriften feststellenden Entscheidung des Senats willens und in der Lage, rechtzeitig ... die erforderlichen Änderungen des Bundeswahlgesetzes vorzunehmen. Davon geht der Senat aus. Er sieht deshalb im gegenwärtigen Zeitpunkt davon ab, durch Erlass einer Anordnung nach § 35 BVerfGG selbst die rechtliche Grundlage für die Durchführung der Wahlen bereitzustellen.“

Wie eine solche gerichtliche Übergangsregelung aussehen könnte, soll hier indes nicht entschieden werden. Das Gericht selbst hatte in seinem Urteil bereits Lösungsmöglichkeiten angedeutet, die insoweit Bedeutung erlangen könnten. Die vom Gericht erlassene Regelung wäre allerdings in jedem Falle nur eine vorläufige und könnte eine Neuregelung durch den Gesetzgeber dauerhaft nicht entbehrlich machen.

#### **D. Verfassungsprozessuale Möglichkeiten zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit**

Fraglich ist, welche verfassungsprozessualen Möglichkeiten bestehen, um – untechnisch gesprochen – die geschilderte verfassungswidrige Rechtslage bereits im Vorfeld einer Wahl zu beheben.

##### **I. Mögliche verfassungsprozessuale Rechtsbehelfe**

Als mögliche verfassungsprozessuale Rechtsbehelfe zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit kommen Anträge im abstrakten Normenkontrollverfahren (1.), Verfassungsbeschwerden (2.) sowie verschiedene Anträge im Organstreitverfahren (3. und 4.) in Betracht. Auch eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG ist jeweils anzudenken (5.).

###### *1. Anträge im abstrakten Normenkontrollverfahren*

In Frage kommen zunächst Anträge im abstrakten Normenkontrollverfahren, die gemäß § 76 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG von der Bundesregierung, einer Landesregierung oder einem Viertel der Mitglieder des Bundestages gestellt werden könnten.

###### *a) Antragsgegenstand*

Als Antragsgegenstand wäre dabei zwar nicht an das Unterlassen des Gesetzgebers zur Neuregelung zu denken – eine abstrakte Normerlassklage sieht das Verfassungsprozessrecht nicht vor. In Betracht kommen insofern allerdings die bereits im Rahmen des Verfahrens aus dem Jahr 2008 angegriffenen, damals für verfassungswidrig erklärten Regelungen des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG. Dies würde zu der freilich ungewöhnlichen und so bislang noch nicht aufgetretenen Situation führen, dass Gegenstand des Verfahrens Regelungen bildeten, die bereits Gegenstand einer zuvor ergangenen verfassungsgerichtlichen Normprüfungsentscheidung gewesen sind, mit der die Verfassungswidrigkeit jener Regelungen – mit der Wirkung des § 31 BVerfGG – festgestellt worden ist.

b) *Antragsgrund und objektives Klarstellungsinteresse*

Fraglich ist mit Blick auf einen Antrag im abstrakten Normenkontrollverfahren das Vorliegen des erforderlichen Antragsgrundes respektive des erforderlichen objektiven Interesses an einer klarstellenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>50</sup> Man könnte einwenden, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 3. Juli 2008 die Vorschriften bereits für verfassungswidrig erklärt und überdies zwar nicht im Tenor der Entscheidung, wohl aber in den Urteilsgründen ausgeführt habe, dass sich die Verfassungswidrigkeit der Regelungen über die Sitzverteilungen nicht allein durch eine Streichung des § 7 Abs. 3 Satz 2 BWahlG beheben lasse. Im Ergebnis stehe damit fest, dass die bestehende Rechtslage verfassungswidrig sei und die in Rede stehenden Regelungen nicht mehr zulässigerweise angewandt werden dürften. Angesichts der eindeutigen Formulierung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG („bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche *Vereinbarkeit* von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze“) bestehe damit kein Anlass für eine abstrakte Normenkontrolle.

Bei der Prüfung des erforderlichen Antragsgrundes und des objektiven Klarstellungsinteresses könnte allerdings die besondere rechtliche Situation zu berücksichtigen sein, die eine verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärung von Rechtsnormen grundsätzlich mit sich bringt. Dazu ist zunächst aufzuzeigen, worin der eigentliche Zweck der abstrakten Normenkontrolle besteht, und inwiefern dieser Zweck in den Erfordernissen eines Antragsgrundes und eines objektiven Klarstellungsinteresses zur Geltung kommt.

Nach dem in der deutschen Staatsrechtslehre vorherrschenden Verständnis ist ein verfassungswidriges Gesetz prinzipiell nichtig, das heißt die Frage nach der Vereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz ist regelmäßig zugleich eine Frage nach ihrer Gültigkeit. Dementsprechend wird eine verfassungswidrige Norm vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeiten (§ 13 BVerfGG) im Regelfall auch für nichtig erklärt, vgl. §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG. Das traditionelle Rechtsfolgenverständnis der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen liegt offensichtlich auch der Bestimmung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zugrunde, die als den erforderlichen Grund für den Antrag zur abstrakten Normenkontrolle Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die *Vereinbarkeit* einer Norm mit dem

---

<sup>50</sup> Die Rechtskraft der Entscheidung vom 3. Juli 2008 dürfte dagegen keine Rolle spielen, da diese das Bundesverfassungsgericht nur bindet, „wenn es sich um denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien handelt“, vgl. BVerfGE 104, 151 (196); dies wäre vorliegend zumindest mit Blick auf die Identität der Verfahrensbeeteiligten nicht der Fall. Die Bindungswirkung der Entscheidung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG trifft das Bundesverfassungsgericht im Übrigen grundsätzlich nicht, vgl. dazu bereits BVerfGE 4, 31 (38).

Grundgesetz sieht. Das eigentliche Ziel der abstrakten Normenkontrolle liegt freilich nicht allein in der Klärung der Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Norm, sondern, wie § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG mit dem Abstellen auf die Nichtigkeit insoweit treffender zum Ausdruck bringt, auch in der Klarstellung der von einer möglicherweise verfassungswidrigen Norm ausgehenden Rechtswirkungen, im Regelfall also in der Klärung der *Geltung* der Norm. Demgemäß verlangt auch das Bundesverfassungsgericht für die Zulässigkeit einer abstrakten Normenkontrolle ein besonderes objektives Interesse „an der Klarstellung der *Geltung* der Norm“. <sup>51</sup> Darüber hinausgehend sind selbst bereits außer Kraft getretene Normen im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle noch überprüfbar, sofern „von ihnen noch immer Rechtswirkungen ausgehen“ können. <sup>52</sup> Zweck der abstrakten Normenkontrolle ist es damit, „durch Klärung der verfassungsrechtlichen Lage dem Rechtsfrieden zu dienen“. <sup>53</sup> Da die Regelfolge der Verfassungswidrigkeit einer Norm in der Nichtigkeit dieser Norm besteht, wird eine Entscheidung des Gerichts über die Verfassungswidrigkeit diesem Zweck im Regelfall auch gerecht, da es die Norm zugleich für nichtig erklärt. <sup>54</sup>

Der Sinn und Zweck der abstrakten Normenkontrolle könnte auch für die hier zur Diskussion stehende Gestaltung von Bedeutung sein. Von der Regelfolge der Nichtigkeit weicht die verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärung einer verfassungswidrigen Norm ab. Zusammen mit der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der Norm stellt das Gericht in einem solchen Fall gerade keine die Verfassungsmäßigkeit herstellende und auf Endgültigkeit angelegte Rechtsfolge fest, sondern erwartet vielmehr ein gestalterisches Tätigwerden des Gesetzgebers, der seinerseits die Verfassungswidrigkeit beheben und zugleich eine Klärung der objektiven Rechtslage herbeiführen soll. Bleibt dieses gesetzgeberische Tätigwerden aus, so besteht die mit der Verfassungswidrigkeit der Norm verbundene Rechtsunsicherheit fort, obwohl bereits festgestellt wurde, dass die Norm verfassungswidrig ist. Es lässt sich daher mit gutem Grunde argumentieren, dass auch in dieser Situation ein Bedürfnis nach einer abstrakten Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht besteht, die diesen Zustand zu beseitigen vermag. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch im vorliegenden Fall, da die Rechtslage mit dem Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Neuregelungsfrist nach wie vor höchst unsicher ist, auch wenn die Verfassungswidrigkeit der beanstandeten Normen feststeht. Ange-

---

<sup>51</sup> BVerfGE 88, 203 (334), ohne Hervorhebung im Original.

<sup>52</sup> BVerfGE 100, 249 (257).

<sup>53</sup> BVerfGE 79, 311 (326).

<sup>54</sup> Gleiches gilt freilich auch dann, wenn das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die in Rede stehende Vorschrift verfassungsgemäß ist. Durch eine entsprechende Entscheidung des Gerichts werden die die Rechtssicherheit gefährdenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit beseitigt.

sichts dieser misslichen Rechtslage erscheint es in der Tat erforderlich, dass dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit gegeben wird, den verfassungswidrigen Zustand (selbst) zu beheben und im Rahmen einer erneuten Sachentscheidung für Rechtsklarheit zu sorgen. Dies könnte zum einen durch Nichtigerklärung oder Unvereinbarerklärung der in Rede stehenden Vorschriften ohne Anordnung der vorübergehenden weiteren Anwendbarkeit geschehen. Nach der hier vertretenen Auffassung<sup>55</sup> könnte das Gericht zum anderen auf der Grundlage des § 35 BVerfGG<sup>56</sup> zusätzlich anordnen, dass die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die dabei vorzunehmende Sitzverteilung nur auf der Grundlage eines neuen, verfassungsgemäßen Wahlrechts erfolgen dürfen, und dass – sollte eine rechtzeitige verfassungsgemäße Neuregelung nicht getroffen werden – die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die Sitzverteilung nach Maßgabe einer vom Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung zu treffenden, verfassungsgemäßen Übergangsregelung zu erfolgen haben. War das Gericht nämlich bei seiner Entscheidung aus dem Jahr 2008 noch davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber innerhalb der ihm gesetzten Frist eine verfassungskonforme Rechtslage schaffen würde, besteht nun eine die Rechtssicherheit erheblich gefährdende Lage, die eine erneute klarstellende Normenkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht mit Blick auf die Verfassungswidrigkeit der Normen, wohl aber bezüglich der daraus abzuleitenden Rechtsfolgen notwendig machen dürfte.

c) *Ergebnis zur abstrakten Normenkontrolle*

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Ziel eines Antrages im abstrakten Normenkontrollverfahren muss es sein, dass die Vorschriften des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig oder für mit der Verfassung unvereinbar erklärt werden – und zwar abweichend von der „Erstentscheidung“ vom 3. Juli 2008 *ohne (vorübergehende) Weitergeltung* –, dass die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die dabei vorzunehmende Sitzverteilung nur auf der Grundlage eines neuen, verfassungsgemäßen Wahlrechts erfolgen dürfen, und dass – sollte eine rechtzeitige verfassungsgemäße Neuregelung durch den Gesetzgeber nicht getroffen werden – die Wahlen zum 18. Deutschen

---

<sup>55</sup> Vgl. zur Kompetenz des Gerichts zum Erlass einer entsprechenden Übergangsregelung bereits oben S. 11.

<sup>56</sup> § 35 BVerfGG ist grundsätzlich auch im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens anwendbar, vgl. etwa BVerfG, Beschluss v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 177.

Bundestag und die Sitzverteilung nach Maßgabe einer vom Bundesverfassungsgericht zu treffenden, verfassungsgemäßen Übergangsregelung der Mandatsverteilung zu erfolgen haben.<sup>57</sup>

Eine solche Übergangsregelung könnte das Gericht nach der hier vertretenen Ansicht auf der Grundlage des § 35 BVerfGG treffen. Zu beachten wäre freilich, dass eine entsprechende Vollstreckungsanordnung nicht zur Disposition der Antragsteller stünde, da sie vom Gericht grundsätzlich von Amts wegen getroffen wird.<sup>58</sup>

Etwas anderes würde lediglich für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG gelten, in deren Rahmen ebenfalls eine entsprechende Übergangsregelung der Mandatsverteilung getroffen werden könnte, und die sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag ergehen könnte.<sup>59</sup> Die Erfolgsaussichten eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG hängen allerdings von den dort genannten Voraussetzungen ab. Insbesondere müsste der Erlass der Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten sein, § 32 Abs 1 BVerfGG. Diese Voraussetzungen dürften etwa dann gegeben sein, wenn die Bundestagswahl unmittelbar bevorsteht oder eine Auflösung des Bundestages zu befürchten ist und eine rechtzeitige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache nicht mehr in Betracht kommt.

## 2. *Verfassungsbeschwerden von Wahlberechtigten und Wahlbewerbern wegen Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG*

Des Weiteren kommen als mögliche Rechtsbehelfe Verfassungsbeschwerden von Wahlberechtigten und Wahlbewerbern wegen einer Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in Betracht.

### a) *Tauglicher Beschwerdegegenstand und Fristbindung*

Die in Rede stehenden Wahlrechtsnormen scheiden dabei als taugliche Beschwerdegegenstände aus, da Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG nur binnen eines Jahres seit Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden können und daher insoweit bereits

---

<sup>57</sup> Vgl. im Ergebnis wohl ebenso A. P. Pohle, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, 1979, S. 163; M. Sachs, NVwZ 1982, 659 f.; M. Kleuker, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 104. Ausdrücklich gegen eine erneute Vorlage K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, S. 264.

<sup>58</sup> Vgl. K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, S. 289.

<sup>59</sup> Vgl. etwa BVerfGE 42, 103 (119 f.). Von Amts wegen kann das Gericht eine einstweilige Anordnung allerdings nur zur Sicherung eines anhängigen oder zu erwartenden Verfassungsrechtsstreits erlassen.

verfristet wären. Beschwerdegegenstand könnte somit nur der durch Unterlassen begangene Verstoß des Gesetzgebers gegen seine Pflicht zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit der Wahlrechtsnormen sein. Eine solche grundsätzlich denkbare Verfassungsbeschwerde gegen ein Unterlassen der öffentlichen Gewalt<sup>60</sup> unterläge keiner Fristbindung nach § 93 BVerfGG,<sup>61</sup> sondern wäre zulässig, solange die angegriffene Unterlassung andauert.<sup>62</sup>

*b) Beschwerdebefugnis, insbesondere gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit*

Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Behebung der Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts wurde bereits oben bejaht.<sup>63</sup> Ein Verstoß gegen diese Pflicht würde die Wahlberechtigten und Wahlbewerber auch in ihrem subjektiven aktiven beziehungsweise passiven Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG berühren,<sup>64</sup> da dieses Recht zwingend einfachgesetzliche Vorschriften voraussetzt, die eine den Wahlrechtsgrundsätzen genügende Mandatsverteilung gewährleisten. Die bisherigen Regelungen verstoßen, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, gegen die Grundsätze der gleichen und unmittelbaren Wahl, da sie es ermöglichen, dass unter Umständen ein Mehr an Zweitstimmen zu einer geringeren Mandatszahl führt; dies betrifft sowohl die Rechte der Wahlberechtigten als auch der Wahlbewerber. Sofern die betreffenden Regelungen nach dem 30. Juni 2011 unanwendbar werden, besteht außerdem eine Regelungslücke, welche die Erlangung von Direktmandaten in systemwidriger Weise übermäßig erschwert.<sup>65</sup> Auch die für einen Direktkandidaten mehrheitlich abgegebenen Stimmen schlagen sich folglich nur dann in einem Mandat nieder, wenn eine ausreichende Zahl an Listenplätzen vorhanden ist. Auch diese Rechtslage verstößt gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl.

Auch lässt sich die vom Bundesverfassungsgericht für Verfassungsbeschwerden gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen grundsätzlich geforderte besondere Anforderung bejahen, wonach sich der Beschwerdeführer auf einen „ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes“ berufen können muss, der „Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen bestimmt“.<sup>66</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 3. Juli 2008 eine entsprechende Pflicht des Gesetzgebers sowohl zeitlich als auch inhaltlich hinreichend genau vorge-

---

<sup>60</sup> Vgl. dazu bereits BVerfGE 6, 257 (264 ff.).

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 77, 170 (214).

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 6, 257 (266); 10, 302 (308); 69, 161 (167).

<sup>63</sup> Vgl. oben S. 4 ff.

<sup>64</sup> Vgl. zur Betroffenheit der Wahlberechtigten und Wahlbewerber grundsätzlich auch BVerfGE 82, 322 (336).

<sup>65</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 8 ff., 10 ff.

<sup>66</sup> Zitat nach BVerfGE 56, 54 (70). Vgl. ebenso BVerfGE 6, 257 (264); 8, 1 (9); 11, 255 (261 f.); 12, 139 (142); 23, 242 (249).

zeichnet. Auch ist der Gesetzgeber, wie vom Bundesverfassungsgericht bisweilen gefordert, seit der Entscheidung vom 3. Juli 2008 trotz der festgestellten Nachbesserungspflicht „gänzlich untätig geblieben“<sup>67</sup> und hat nicht etwa bestimmte Regelungen getroffen, an deren Inhalt nun verfassungsrechtliche Zweifel bestehen.

Bezweifeln könnte man möglicherweise die gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit der Wahlberechtigten und Wahlbewerber, da die aus der Unterlassung folgende subjektive Rechtsverletzung bei den Beschwerdeführern erst durch den Vollzug beziehungsweise Nichtvollzug der Wahlrechtsnormen im Rahmen der nächsten Wahl zum Deutschen Bundestag eintreten würde. Eine fehlende unmittelbare Betroffenheit lässt sich mit dem Verweis auf das Abwarten der Bundestagswahl allerdings nicht begründen, da den Trägern des Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG die Duldung einer verfassungswidrigen Wahl nicht zuzumuten ist. Im Übrigen würde die mit der Wahl zusammenhängende Verfassungsbeschwerde mit der Durchführung der Wahl unzulässig, weil dann das Wahlprüfverfahren den spezielleren Rechtsbehelf bildete. Die gegenteilige Annahme, eine Verfassungsbeschwerde im Vorfeld der Wahl wäre grundsätzlich unzulässig, stünde ganz offensichtlich nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>68</sup>

Allenfalls mit Blick auf die *gegenwärtige* Betroffenheit könnte man argumentieren, dass Wahlrechtsträger etwaige wahlrechtsbezogene Verfassungsbeschwerden nur in zeitlicher Nähe zu einer Bundestagswahl erheben könnten, sobald also etwa die Aufstellung der Listen oder der Kandidaten unmittelbar bevorstehe oder, soweit es um eine nicht regelmäßige Wahl zum Bundestag gehe, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Auflösung des Bundestages ersichtlich wären. Notfalls müssten die Betroffenen den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG begehren. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich für eine (sorgfältig durchdachte) Regelung des Wahlrechts durch den parlamentarischen Gesetzgeber ausgesprochen hat.<sup>69</sup> Auch im Falle einer Entscheidung des Gerichts, die selbst eine Übergangsregelung trifft, sollte der Gesetzgeber seinerseits zumindest die Chance erhalten, vor der nächsten Wahl selbst tätig zu werden. In die Bemessung einer adäquaten Vorlaufzeit wird man nicht zuletzt auch die Möglichkeit einer erneuten verfassungsgerichtlichen Überprüfung des neu erlassenen Wahlrechts einbeziehen müssen. Im Übrigen dient das in der Rechtsprechung des Gerichts entwickelte Kriterium der gegenwärtigen

---

<sup>67</sup> Vgl. zu diesem Erfordernis BVerfGE 56, 54 (71).

<sup>68</sup> Vgl. nur BVerfGE 82, 322 (336).

<sup>69</sup> Vgl. dazu BVerfGE 121, 266 (313 ff.).

Betroffenheit nicht allein der zeitlichen Hinauszögerung von Verfassungsbeschwerden bis zum spätestmöglichen Zeitpunkt, sondern soll vermeiden, dass Personen sie erheben, die „irgendwann einmal in der Zukunft (,virtuell’) ... betroffen sein könnten“<sup>70</sup>. Eine solche nur virtuelle Betroffenheit liegt im Falle von wahlrechtsbezogenen Verfassungsbeschwerden naturgemäß nicht vor, da eine Wahl zum Bundestag regelmäßig und definitiv, im vorliegenden Fall nämlich spätestens im Jahr 2013, stattfindet. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht die Betroffenheit von Beschwerdeführern im Rahmen von Wahlrechtsverfassungsbeschwerden regelmäßig ohne Weiteres bejaht.<sup>71</sup>

### *c) Ergebnis zur Verfassungsbeschwerde*

Mit einer Verfassungsbeschwerde, gestützt auf ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, könnten Wahlberechtigte und Wahlbewerber feststellen lassen, dass der Gesetzgeber durch sein Untätigbleiben gegen seine Pflicht zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit der Wahlrechtsnormen verstoßen hat. Ferner könnte das Gericht in dieser Entscheidung – im Wege einer Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG<sup>72</sup> – bestimmen, dass die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die dabei vorzunehmende Sitzverteilung nur auf der Grundlage eines neuen, verfassungsgemäßen Wahlrechts erfolgen dürfen, und dass – sofern eine rechtzeitige verfassungsgemäße Neuregelung durch den Gesetzgeber nicht getroffen wird – die Mandatsverteilung im Rahmen der Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag nach Maßgabe einer vom Bundesverfassungsgericht zu treffenden, verfassungsgemäßen Übergangsregelung zu erfolgen hat. Wiederum ist zu beachten, dass eine solche Übergangsregelung vom Gericht von Amts wegen getroffen wird und nicht zur Disposition der Beschwerdeführer stünde.<sup>73</sup>

### *3. Anträge im Organstreitverfahren von einzelnen Abgeordneten wegen Verletzung ihrer Statusrechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG*

Anträge einzelner Abgeordneter, die im Organstreitverfahren grundsätzlich ihre Rechte als Abgeordnete des Deutschen Bundestages aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG geltend machen können, hätten mangels Antragsbefugnis keinen Erfolg. Die statusspezifischen Rechte der bereits gewählten Abgeordneten des gegenwärtigen Bundestages werden durch die Wahlen zum nächsten Bundestag nicht berührt. Soweit sie sich in jenem Rahmen erneut zur Wahl stellen

---

<sup>70</sup> BVerfGE 60, 360 (371).

<sup>71</sup> Vgl. BVerfGE 82, 322 (336): „Liegt [die Verletzung] vor, so werden die Beschwerdeführer durch das Gesetz unmittelbar und gegenwärtig betroffen.“ Ebenso BVerfGE 1, 208 (237); 57, 43 (55).

<sup>72</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 11 f.

<sup>73</sup> Vgl. dazu und zur Möglichkeit eines Antrags auf Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG bereits oben S. 16.

möchten, sind sie in ihrer Stellung als Wahlbewerber betroffen und können diese, wie bereits dargelegt, im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen.

#### 4. *Anträge im Organstreitverfahren von Parteien wegen Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status*

In Betracht kommen schließlich Anträge politischer Parteien im Organstreitverfahren. Auch sie können jeweils als „anderer Beteiligter“ im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG eine „Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status durch die rechtliche Gestaltung des Wahlverfahrens im Wege des Organstreites geltend machen“<sup>74</sup>. Zu diesem Status gehört auch ihre Chancengleichheit bei Wahlen,<sup>75</sup> die aus Art. 21 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG folgt. Sie wäre durch die für verfassungswidrig befundenen Normen des Wahlrechts auch verletzt, da sich nach jener Rechtslage für eine Partei abgegebene Stimmen unter bestimmten Umständen nachteilig für diese auswirken können.<sup>76</sup> Gleiches gilt für den Fall, dass die betroffenen Regelungen mit dem Ablauf der Neuregelungsfrist unanwendbar geworden sind,<sup>77</sup> da die hierdurch bewirkte Kopplung der Direktmandate an eine hinreichende Zahl an Listenplätzen es kleineren, nur örtlich starken Parteien mit Aussichten auf Direktmandate praktisch unmöglich machen würde, ihre Direktmandate auch behalten zu dürfen. Den Gesetzgeber trifft somit wegen Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 21 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG auch gegenüber den politischen Parteien eine Pflicht zur Behebung der verfassungswidrigen Rechtslage, gegen die er durch das Unterlassen einer Neuregelung innerhalb einer angemessenen Frist verstoßen hat. Auch die Parteien können sich daher, wie schon die Träger des Wahlrechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG über die Verfassungsbeschwerde, im Wege von Organstreitverfahren verfassungsgerichtlich gegen das Unterlassen einer Behebung der Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts zur Wehr zu setzen.

Ziel des Antrags müsste neben der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des gesetzgeberischen Unterlassens außerdem sein, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung – im Rahmen einer Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG<sup>78</sup> – anordnet, dass die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die dabei vorzunehmende Sitzverteilung nur auf der Grundlage eines neuen, verfassungsgemäßen Wahlrechts erfolgen dürfen, und dass – sofern eine rechtzeitige verfassungsgemäße Neuregelung durch den Gesetzgeber nicht getroffen

---

<sup>74</sup> Zitat nach BVerfGE 82, 322 (335). Vgl. ebenso die ständige Rspr. seit BVerfGE 4, 27.

<sup>75</sup> So bereits BVerfGE 1, 208 (241, 255).

<sup>76</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang auch BVerfGE 121, 266 (297 ff.).

<sup>77</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 8 ff., 10 ff.

<sup>78</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 11 f.

wird – die Mandatsverteilung im Rahmen der Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag nach Maßgabe einer vom Bundesverfassungsgericht zu treffenden, verfassungsgemäßen Übergangsregelung zu erfolgen hat.<sup>79</sup>

Richtiger Antragsgegner im Organstreitverfahren wäre der Bundestag. Anders als die Verfassungsbeschwerde unterläge der Antrag im Organstreitverfahren allerdings – trotz eines Fortdauerns des Unterlassens<sup>80</sup> – gemäß § 64 Abs. 3 BVerfGG einer Fristbindung von sechs Monaten nach Bekanntwerden des Unterlassens. Da das Untätigbleiben des Gesetzgebers vorliegend mit dem Ablauf des 30. Juni 2011 in einen Verfassungsverstoß umschlägt, dürfte die Antragsfrist am 1. Juli 2011 zu laufen beginnen.<sup>81</sup>

### 5. *Einstweiliger Rechtsschutz*

Soweit Rechtsbehelfe in den jeweiligen Hauptsacheverfahren statthaft sind, können die Beschwerdeführer und Antragsteller grundsätzlich auch einstweilige Anordnungen nach § 32 BVerfGG begehren, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind. Denkbar wäre, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer solchen Anordnung auch selbst übergangsweise eine rechtliche Grundlage für die Mandatsverteilung bereitstellt,<sup>82</sup> sofern der Gesetzgeber eine verfassungsgemäße Neuregelung nicht rechtzeitig zu treffen vermag. Der Erlass einer solchen Anordnung würde allerdings voraussetzen, dass die Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist, § 32 Abs 1 BVerfGG. Diese Voraussetzungen dürften dann gegeben sein, wenn die Bundestagswahl unmittelbar bevorsteht oder eine Auflösung des Bundestages zu befürchten ist und eine rechtzeitige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache nicht mehr in Betracht kommt.

## **II. Die prozessualen Folgen einer nachträglichen Regelung des Wahlrechts**

Zu beachten ist schließlich, dass die geprüften Rechtsbehelfe im Falle einer nachträglichen Regelung des Wahlrechts unzulässig würden: Mit Blick auf ein abstraktes Normenkontrollverfahren würde der Antragsgegenstand wegfallen; die auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gestützten

---

<sup>79</sup> Vgl. dazu und zur Möglichkeit eines Antrags auf Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG bereits oben S. 16.

<sup>80</sup> Vgl. dazu BVerfGE 118, 244 (256).

<sup>81</sup> Wegen der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen zeitlichen Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Neuregelungspflicht ist das sonst übliche Abstellen auf den Zeitpunkt, in dem „sich der Antragsgegner erkennbar weigert, in der ihm angesonnenen und nach dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis gebotenen Weise tätig zu werden“, nicht geboten. Vgl. dazu BVerfGE 118, 244 (257).

<sup>82</sup> Vgl. zur Kompetenz des Gerichts zum Erlass einer solchen Übergangsregelung bereits oben S. 11 f.

Verfassungsbeschwerden wären mangels Beschwerdebefugnis unzulässig, da der Gesetzgeber nicht mehr gänzlich untätig geblieben wäre; entsprechendes gälte für Anträge politischer Parteien im Organstreitverfahren. Im Falle einer Neuregelung durch den Gesetzgeber müsste diese, sofern gegen sie verfassungsrechtliche Bedenken erhoben werden, daher zum Gegenstand eines erneut anzustrebenden verfassungsgerichtlichen Verfahrens gemacht werden.

## **E. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lassen sich die verfassungsrechtlichen Folgen der Missachtung der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Neuregelungsfrist wie folgt formulieren:

1. Der Gesetzgeber verstößt mit dem Unterlassen einer Neuregelung gegen seine aus Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG folgende verfassungsrechtliche Pflicht zur Behebung der Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts. Der Sitzverteilungsmechanismus des geltenden Wahlrechts bleibt nach wie vor insgesamt verfassungswidrig.
2. Eine auf der Grundlage der (noch) geltenden wahlrechtlichen Regelungen abgehaltene Bundestagswahl müsste vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines Wahlprüfungsbeschwerdeverfahrens für ungültig erklärt werden, der gewählte Bundestag würde aufgelöst. Das Gericht könnte in dieser Entscheidung gemäß § 35 BVerfGG übergangsweise selbst eine vorläufige rechtliche Grundlage für die Durchführung einer neuen Bundestagswahl bereitstellen.
3. Die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Rechtslage könnte im Wege einer abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG), im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde eines Wahlberechtigten oder eines Wahlbewerbers (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), gestützt auf deren Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, sowie im Zuge eines von einer politischen Partei angestrebten Organstreitverfahrens (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), gestützt auf Art. 21 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, einer verfassungsgerichtlichen Prüfung zugeführt werden.
4. a) Ziel einer abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) wäre es, die Vorschriften des § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig oder für mit der Verfassung unvereinbar erklären zu lassen, und zwar abweichend von der „Erstentscheidung“ vom 3. Juli 2008 *ohne (vorübergehende) Weitergeltung*. Im Rahmen der Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1

Nr. 4a GG) und der Organstreitverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) könnte festgestellt werden, dass der Gesetzgeber durch sein Untätigbleiben gegen seine Rechtspflicht zur Behebung der Verfassungswidrigkeit der Wahlrechtsnormen verstoßen hat.

b) Das Gericht könnte dabei jeweils auf der Grundlage des § 35 BVerfGG anordnen, dass die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die dabei vorzunehmende Sitzverteilung nur auf der Grundlage eines neuen, verfassungsgemäßen Wahlrechts erfolgen dürfen, und dass – sollte eine rechtzeitige verfassungsgemäße Neuregelung durch den Gesetzgeber nicht getroffen werden – die Wahlen zum 18. Deutschen Bundestag und die Sitzverteilung nach Maßgabe einer vom Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung zu treffenden, verfassungsgemäßen Übergangsregelung der Mandatsverteilung zu erfolgen haben.

c) Sofern eine Bundestagswahl unmittelbar bevorsteht und eine rechtzeitige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache nicht mehr in Betracht kommt, könnte eine solche Übergangsregelung auch im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG erlassen werden.

5. Im Falle einer Neuregelung durch den Gesetzgeber würden die eingelegten Rechtsbehelfe unzulässig. Die Neuregelung könnte dann – wenn und soweit gegen sie verfassungsrechtliche Bedenken erhoben werden – zum Gegenstand eines erneut anzustrebenden verfassungsgerichtlichen Verfahrens gemacht werden.

München, den 11. Juli 2011

(Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier)