



Öffentliche Anhörung
des Innenausschusses des
Deutschen Bundestages
Berlin, 5. September 2011

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)327 F

Prof. Dr. Frank Schorkopf

Geschäftsführender Direktor

Georg-August-Universität
Juristische Fakultät
Institut für Völkerrecht und Europarecht
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Europarecht

Göttingen, 31. August 2011

Stellungnahme zu der geplanten Änderung des Bundeswahlgesetzes (BT-Drucks 17/6290, 17/5895, 17/5896 und 17/4694)

I. Regelungsauftrag: absolutes negatives Stimmgewicht beseitigen

1. Das gegenwärtige Wahlsystem im Bund beruht auf einem historischen, politischen Kompromiss des Deutschen Bundestages. Es steht für einen institutionellen Ausgleich zwischen den Befürwortern eines reinen Mehrheitswahlrechts einerseits und eines reinen Verhältniswahlrechts andererseits. Die Abgeordneten werden seit 1956 im Kern unverändert nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BWahlG). Diese Grundentscheidung ist vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung verfassungsrechtlich unbeanstandet geblieben. Das Wahlsystem hat sich in der **Verfassungspraxis** seit mehr als fünf Jahrzehnten **bewährt** und ist **Teil des deutschen Verfassungslebens** geworden.
2. In diesem Zeitraum hat es stets verfassungsrechtliche Streitigkeiten über Einzelfragen gegeben, in denen der Gesetzgeber aufgefordert worden ist, das im Wahlrecht verkörperte „materielle Verfassungsrecht“ dem Grundgesetz anzupassen. Mit dem Urteil vom 8. Juli 2008 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 121, 266 ff.) einzelne Regelungen des Bundeswahlgesetzes über die Sitzzuteilung für verfassungswidrig erklärt (§ 7 Abs. 3 S. 2 iVm § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG), soweit diese den Effekt des negativen Stimmgewichts hervorrufen. Das Gericht hat den Gesetzgeber aufgefordert, den verfassungswidrigen Zustand zu korrigieren.

3. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat den konkreten Auftrag erteilt, den Effekt des **absoluten negativen Stimmgewichts** zu beseitigen. Ein solches absolutes negatives Stimmgewicht liegt vor, wenn mehr *Zweitstimmen* für eine Partei zu weniger Mandaten *derselben* Partei – auf einer einzelnen Landesliste oder auf den verbundenen Landeslisten – führen oder umgekehrt weniger Zweitstimmen einer Partei bundesweit mehr Mandate einbringen. Die Parteien sollen ihren Erfolg allein über die Summe der für sie abgegebenen Wählerstimmen definieren. Jede Zweitstimme soll zugunsten der Partei, für die sich der Wähler entschieden hat, prinzipiell eine positive Wirkung entfalten können.
4. Entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Gesetzentwürfe ist die auf die Gesamtzahl der Abgeordnetensitze bezogene Mandatszahl einer Partei (absolutes negatives Stimmgewicht). Der prozentuale Anteil der gewählten Partei an der Gesamtzahl der vergebenen Mandate (relatives negatives Stimmgewicht) ist dagegen **nicht Teil des Problems**, das vom Bundesverfassungsgericht für korrekturbedürftig erklärt worden ist.
5. Das negative Stimmgewicht hat eine Reihe von **Ursachen**, die sich aus der Entscheidung des Gesetzgebers für eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ergeben. Die beiden Teilwahlordnungen der Mehrheits- und der Verhältniswahl werden miteinander verschränkt, so dass Regeln für die Verrechnung von Erst- und Zweitstimmen gefunden werden müssen. Im Grundsatz gilt, dass ein negatives Stimmgewicht auftreten kann, wenn die Mandatszuteilung in einer Teilwahlordnung von den Ergebnissen in der anderen Teilwahlordnung abhängig ist (Bedingungszusammenhang).
6. Das Bundesverfassungsgericht sieht den Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht daran gehindert, „eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ohne den Effekt des negativen Stimmgewichts anzuordnen“ (BVerfGE 121, 166, 307). Es schlägt Problemlösungen vor, die u.a. Überhangmandate bei der Oberverteilung berücksichtigen, die Listenverbindungen aufheben oder die eine Bundestagswahl hälftig nach dem Mehrheits- und hälftig nach dem Verhältniswahlprinzip (Grabensystem) vorsehen.

II. Die Gesetzentwürfe

7. Die vier Gesetzentwürfe werden dem verfassungsgerichtlichen Korrekturauftrag nur teilweise gerecht.
8. Der Gesetzentwurf der Fraktion **Bündnis 90/Die Grünen** (BT-Drucks 17/4694) setzt für die Problemlösung bei den Überhangmandaten (§ 6 Abs. 4 BWahlG) an. Bei der Oberverteilung der Sitze auf die verbundenen Landeslisten einer Partei werden errungene Direktmandate, denen keine ausreichende Zweitstimmenanzahl für die Landeslisten gegenübersteht, nicht besetzt. Dieser Kappung in der Oberverteilung steht die Verrechnung möglicher Überhangmandate in der Unterverteilung zur Seite. Bei der Verteilung der Sitze einer Partei auf die einzelnen Landeslisten werden Überhangmandate einer Landesliste mit Listenmandaten anderer Landeslisten verrechnet. Wahlbewerber mit dem geringsten Zweitstimmenanteil erhalten kein Mandat. Der Entwurf hat den Vorteil, dass das absolute negative Stimmgewicht beseitigt und die gesetzliche Zahl der Mitglieder des Bundestages (§ 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG: 598 Abgeordnete) stets eingehalten wird. Der Entwurf hat jedoch den schwerwiegenden Nachteil, dass gewonnene Direktmandate, hinter denen ein entsprechender Wählerwille steht, entweder nicht besetzt oder durch Mandate anderer Landeslisten ausgeglichen werden. Direktmandate werden geschwächt und das regionale Vertretungsgleichgewicht im Bundestag wird verzerrt. Die Regelungen des Gesetzentwurfs greifen erheblich in das geltende Wahlsystem ein und sind verfassungswidrig, soweit sie mit Zweitstimmen nicht unterlegte Direktmandate unbesetzt lassen.
9. Der Gesetzentwurf der **Fraktion Die Linke** (BT-Drucks 17/5896) wählt denselben Ausgangspunkt wie der vorgenannte Entwurf. Der Unterschied besteht darin, dass alle errungenen Direktmandate in der Oberverteilung zugunsten der anderen verbundenen Landeslisten ausgeglichen werden. Dies führt zu einer gewichtigen Vergrößerung der Abgeordnetenzahl des Deutschen Bundestages, abhängig von der jeweiligen Zahl an Überhangmandaten. In der Unterverteilung werden mögliche Überhangmandate durch Listenmandate, wie im Entwurf der SPD-Fraktion, kompensiert. Der Entwurf hat den Vorteil, dass er das absolute negative Stimmgewicht beseitigt. Er tritt jedoch in den Hintergrund mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Hürden, die von zusätzlichen Reformvorschlägen des Entwurfs errichtet werden. Abgesehen von einem Minderjährigenwahlrecht und der Abschaffung der 5%-Sperrklausel ist jedenfalls das geplante Aus-

länderwahlrecht eindeutig verfassungswidrig. Der Gesetzentwurf steht insgesamt für eine grundlegende Änderung des Wahlrechts („Das Wahlrecht wird umfassend reformiert“, BT-Drucks 17/5896, S. 2) und geht weit über den Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts weit hinaus.

10. Der Gesetzentwurf der **Fraktion der SPD** (BT-Drucks 17/5895) setzt darauf, Überhangmandate vollständig durch Ausgleichs(listen)mandate für die anderen, verbundenen Landeslisten proportional zu kompensieren. Der sich daraus ergebenden, erheblichen Vergrößerung der Abgeordnetenzahl des Deutschen Bundestages soll dadurch Rechnung getragen werden, dass für die nächste Wahlperiode das Verhältnis von Direkt- und Listenmandaten zulasten der Wahlkreismandate geändert werden würde. Der Gesetzentwurf hat den entscheidenden Nachteil, dass das absolute negative Stimmgewicht nicht beseitigt wird. Der Effekt wirkt sich weiterhin auf das Verfahren der Mandatszuteilung aus, die gegenüber dem geltenden BWahlG unverändert bleibt. Der Effekt wird im Hinblick auf die Überhangmandate lediglich in seinen Folgen gemildert, weil die an den Zweitstimmen gemessene, proportionale Zusammensetzung des Parlaments durch zusätzliche Mandate hergestellt wird. Außerdem gehen mit dem Konzept der Ausgleichsmandate nebst verkleinerter Wahlkreiszahl weitere Nachteile einher: Die Listenmandate werden gegenüber Direktmandaten doppelt gestärkt und damit die „Politik vor Ort“ geschwächt. Da die Regelungen nicht die engen Voraussetzungen erfüllen, die das Bundesverfassungsgericht für eine noch hinnehmbare, niedrige Wahrscheinlichkeit des negativen Stimmgewichts formuliert hat, ist der Gesetzentwurf in der vorliegenden Form verfassungswidrig.
11. Der Gesetzentwurf der **Fraktionen der CDU/CSU und der FDP** (BT-Drucks 17/6290) streicht die Möglichkeit der Listenverbindung und führt einen neuen Verteilungsschritt ein, der zu zusätzlichen Erfolgswertmandaten führen kann. Der für das absolute negative Stimmgewicht verantwortliche Bedingungs Zusammenhang von Direkt- und Listenmandaten wird durchbrochen, indem die Landeslisten getrennt voneinander zur Wahl gestellt und von den Mandatsverteilungsregeln berücksichtigt werden. Die für die Mandatszuteilung auf die Landeslisten verfügbare Sitzzahl in einem Land ist abhängig von der Wahlbeteiligung. Durch die beabsichtigte Zuteilung von Erfolgswertmandaten wird die Chance von Zweitstimmen in kleineren Teilwahlgebieten erhöht, auch im Ergebnis mandatswirksam zu sein. Die Regelungen des Gesetzentwurfs haben den Vorteil, dass

sie das absolute negative Stimmgewicht für die politische Wirklichkeit ausschließen (vgl. BT-Drucks 17/6290, S. 9) und gleichzeitig das geltende Wahlsystem nur geringfügig verändern. Außerdem hat die vorgeschlagene Regelung mittelbar die staatspolitisch wünschenswerte Wirkung, dass die aktive Beteiligung an der Bundestagswahl gefördert wird. Der Entwurf hat den Nachteil, dass er die Gesamtzahl der Abgeordneten – wenn auch nur geringfügig – zusätzlich erhöht. Der Entwurf hat die Regelung über das Erfolgswertmandat (§ 6 Abs. 2a BWahlG-E) zudem in sprachlich voraussetzungsreicher Form und an systematisch unglücklicher Stelle in das Bundeswahlgesetz eingefügt. Eine sprachlich bereinigte Fassung des § 6 Abs. 2a BWahlG-E müsste in der Absatzreihenfolge des § 6 BWahlG verschoben werden, um den insgesamt verfassungsmäßigen Regelungsentwurf glatt zu ziehen (siehe Ziff. III).

III. Erfolgswertmandate

12. Die strikte Trennung der Landeslisten im Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU und der FDP hat zur Folge, dass es Teilwahlgebiete mit geringen Sitzzahlen geben wird. In diesen Teilwahlgebieten mit einer vergleichsweise geringen Bevölkerungs- und damit Wählerzahl, insbesondere im Saarland (derzeit 8 Sitze) und in der Freien Hansestadt Bremen (derzeit 5 Sitze), werden erhebliche Zweitstimmenanteile für ein Mandat benötigt. Diese „natürliche Sperrklausel“, die jenseits der gesetzlichen 5%-Sperrklausel liegt (§ 6 Abs. 6 BWahlG), wird als kritisches Argument gegen die Listentrennung angeführt.
13. Die Kritik richtet sich dabei einseitig an den prozentualen Zweitstimmenanteilen aus und lässt unerwähnt, dass sich die erforderliche Stimmenzahl pro Sitz auch in den kleinen Teilwahlgebieten im Rahmen der Stimmzahl hält, die in den anderen, größeren Teilwahlgebieten für ein Listenmandat erforderlich ist. An der Kritik ist richtig, dass in den Ländern wie Bremen und dem Saarland die **Wahrscheinlichkeit erhöht** ist, dass Zweitstimmen für kleinere Parteien „verloren“ sein könnten, weil sie nach den tatsächlichen politischen Verhältnissen nur geringe Aussicht auf Mandatswirksamkeit haben. Dass solche Zweitstimmen in die Berechnung der bundesweiten 5%-Sperrklausel einbezogen werden, kann diesem Befund keine positive Wendung geben.
14. Die Neuregelung einer Erfolgswertkorrektur durch § 6 Abs. 2a des Entwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP ist geeignet, das genannte Problem durch die Zutei-

lung einer begrenzten Zahl an Erfolgswertmandaten zu lösen. Die Regelung zieht für die Berechnung der zusätzlichen Mandate **allein die positiven Abweichungen** der auf die Landeslisten einer Partei entfallenen Zweitstimmen heran, die die im Bund erforderliche durchschnittliche Zweitstimmenzahl übersteigt („Reststimmen“). Nur durch die alleinige Berücksichtigung der positiven Abweichungen kann sichergestellt werden, dass ein erwartbares Erfolgswertmandat in einem kleinen Teilwahlgebiet nicht durch die negativen Abweichungen in einem großen Teilwahlgebiet konsumiert wird. Entscheidend ist, dass hinter den positiven Abweichungen nicht nur eine Rechengröße, sondern Wähler stehen, die ihre tatsächliche Stimme abgegeben haben.

15. Die Regelung zu den Erfolgswertmandaten ist besser geeignet als die andernorts vorgeschlagene Mindestsitzzahl pro Land, das Problem kleiner Teilwahlgebiete zu lösen. Eine Mindestsitzzahl pro Land, die nach einem Vorschlag bei zwölf Mandaten liegen soll, würde den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verletzen und das regionale Kräfteverhältnis im Bundestag untragbar verzerren.
16. Die Regelung des § 6 Abs. 2a BWahlG-E kann präziser formuliert werden. Sie ist außerdem in der Systematik des § 6 BWahlG zu verschieben (siehe Anhang). Das Normprogramm der §§ 5 und 6 BWahlG steht auch für den chronologischen Ablauf des Verfahrens der Sitzzuteilung. Eine Norm, die in dieser Paragraphen- und Absatzfolge nach hinten verschoben wird, wird dadurch erst zu einem späteren Zeitpunkt in dem Verfahren der Sitzzuteilung abgearbeitet. Aufgrund der Absatzfolge in der vorgeschlagenen Fassung werden mögliche Überhangmandate mit Erfolgswertmandaten verrechnet. Die Folge ist, dass es einen Bedingungs Zusammenhang zwischen Direkt- und Listenmandaten geben könnte. Dieser Vorschlag widerspricht dem ausdrücklichen Regelungsziel des Gesetzentwurfs der Fraktion der CDU/CSU und der FDP, das absolute negative Stimmgewicht zu beseitigen. Das Ziel kann vollständig erreicht werden, wenn die Regelung der Erfolgswertmandate (Absatz 2a) in der Systematik des § 6 BWahlG nach der Verrechnung der Überhangmandate (Absatz 5) eingefügt wird. Erfolgswertmandate fielen dadurch als zusätzliche Listenmandate an. Ein Bedingungs Zusammenhang bestünde nicht und das absolute negative Stimmgewicht wäre ausgeschlossen.

IV. Überhangmandate

17. In Wahlkreisen errungene Sitze, die auf der Landesliste nicht mit einer ausreichenden Zahl an Zweitstimmen unterlegt sind, verbleiben einer Partei. Diese Überhangmandate sind **vollwertige Mandate**, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch in dem Fall, dass „sich darauf eine Mehrheit im Bundestag und die Wahl einer Bundesregierung gründen sollte“ (BVerfGE 95, 335, 358).
18. Die Gründe für das Entstehen von Überhangmandaten sind zahlreich und insbesondere sind die jeweiligen Kausalbeiträge der Einzelgründe und deren Wechselwirkung für den Entstehungsprozess ungeklärt. Zu den Gründen zählen neben einem überdurchschnittlichen Anteil von nichtwahlberechtigten Personen im Wahlkreis, eine unterdurchschnittliche Wahlbeteiligung, die übermäßige Zahl ungültiger Zweitstimmen in einem Land, die größere Anzahl erfolgreicher Parteien und eine ungleiche Wahlkreiseinteilung. Ein weiterer Grund kann ein individuelles, auf bestimmte politische Effekte ausgerichtetes Splitting der Erst- und Zweitstimme durch die Wähler sein (vgl. BVerfGE 95, 335, 345 f.).
19. Dadurch möglicherweise auftretende Beeinträchtigungen des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl sind nach der Verfassungsrechtsprechung gerechtfertigt, weil der Wähler in seiner Stimmabgabe frei ist und für die jeweilige Teilwahlordnung – die Direktwahl und die Listenwahl – ein unterschiedlicher Maßstab für die Erfolgswertgleichheit gilt. Die **Überhangmandate stehen nicht im Mittelpunkt des Urteils** des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Juli 2008. Das Urteil hat dem Gesetzgeber den begrenzten Auftrag erteilt, den Effekt des absoluten negativen Stimmgewichts zu beseitigen. Mit der Anerkennung von Überhangmandaten durch das geltende Wahlrecht ist eine Ursache gesetzt, die im weiteren Verlauf des Sitzzuteilungsverfahrens zum negativen Stimmgewicht führen kann. Aus diesem Grund ist diese Form des Direktmandats ein Ansatzpunkt für die Problemlösung. Der Gesetzgeber darf seiner Lösung dennoch die Annahme zugrunde legen, dass Überhangmandate für sich verfassungsmäßig sind.

V. Fazit

20. Der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP ist eine **angemessene Lösung**, den vom Bundesverfassungsgericht erteilten Auftrag zu erfüllen. Mit der vorgeschlagenen Problemlösung wird der im Bundeswahlgesetz verkörperte und in der Praxis bewährte Kompromiss über die „Grammatik der Macht“ fortgesetzt. Sie wahrt den unitarischen Charakter der Bundestagswahl und verzichtet darauf, durch einen gesetzlichen Wechsel des Wahlsystems die politischen Rahmenbedingungen in Deutschland grundlegend umzugestalten.

gez. Schorkopf

Anhang

Alternative Formulierung für die Regelung des Erfolgswertmandats

<p>§ 6 Abs. 2a BWahlG-E</p> <p>Ist der Quotient aus der Summe der positiven Abweichungen der auf die Landeslisten einer Partei entfallenen Zweitstimmen von den nach Absatz 2 Satz 6 für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen geteilt durch die im Wahlgebiet für einen der zu vergebenden Sitze erforderliche Stimmenzahl größer als 0,5, werden den Landeslisten dieser Partei mit der höchsten positiven Abweichung weitere Sitze nach Maßgabe des Absatzes 2 Satz 3 und 4 zweiter Halbsatz zugeweiht. In einem solchen Falle erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) um die Unterschiedszahl.</p>	<p>§ 6 Abs. 5a BWahlG (neu)</p> <p>Ist der Quotient aus der Summe der positiven Abweichungen der auf die Landeslisten einer Partei entfallenen Zweitstimmen geteilt durch die im Wahlgebiet für einen zu vergebenden Sitz erforderlichen durchschnittlichen Zweitstimmenzahl größer als 0,5, werden den Landeslisten dieser Partei mit der höchsten positiven Abweichung weitere Sitze nach Maßgabe des Absatzes 2 Satz 3 und 4 zweiter Halbsatz zugeweiht. In einem solchen Falle erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) um die Unterschiedszahl. Die durchschnittliche Zweitstimmenzahl ergibt sich aus dem Ergebnis der Teilung aller im Wahlgebiet nach Absatz 1 Satz 4 berücksichtigungsfähigen Zweitstimmen durch die Gesamtzahl der Sitze nach Absatz 1 abzüglich der auf erfolgreiche Wahlkreisbewerber nach § 6 Absatz 1 Satz 4 entfallenen Sitze.</p>
---	--