

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)327 E



**Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A.
(Harvard)**

Fachbereich Rechtswissenschaft
Institut für öffentliches Recht

Telefon +49 (0 69) 7 98 - 3 42 85

Telefax +49 (0 69) 7 98 - 3 45 13

E-Mail Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

Sekretariat.Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

31. August 2011

Goethe-Universität Frankfurt am Main
Postfach 11 19 32, D-60054 Frankfurt am Main

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des
Deutschen Bundestages am Montag, dem 5. September 2011 zu vier
Gesetzesentwürfen zur Änderung des Bundeswahlgesetzes
- BT-Drs. 17/6290, 17/5895, 17/5896, 17/4694 -**

Mit seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung für die Wahlen zum Deutschen Bundestag zu treffen. Diese Frist ist inzwischen verstrichen. Eine Reform des Wahlrechts ist daher von höchster Dringlichkeit. Wichtigste Aufgabe der Reform ist selbstverständlich die Schaffung eines verfassungsgemäßen Wahlrechts. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verlangt dies die Beseitigung des negativen Stimmengewichts, also eine Reform des Verfahrens der Sitzzuteilung. Die Stellungnahme wird daher allein zu diesem Fragenkomplex Stellung nehmen.

I. „Berliner Zweitstimmen“

Alle Gesetzesentwürfe (bis auf den Gesetzesentwurf der Linken, der die 5%-Klausel ganz entfallen lassen will) gehen das Problem der sog. „Berliner Zweitstimmen“ an. Sie schließen die Zählung der Zweitstimmen von den Wählern aus, die ihre Erststimme

einem erfolgreichen Wahlkreiskandidaten gegeben haben, dessen Partei nicht an der Sitzverteilung teilnimmt, weil die Partei weder 5% der Stimmen noch drei Direktmandate gewonnen hat. Diese Änderung ist zu begrüßen. Denn die Berücksichtigung dieser Zweitstimmen führt zu einem doppelten Stimmgewicht und verletzt daher die Wahlrechtsgleichheit. Das Bundesverfassungsgericht hat auf dieses Problem bereits mehrfach hingewiesen und den Gesetzgeber zu einer Regelung aufgefordert (BVerfGE 79, 161, 168; 122, 304, 312).

II. Überhangmandate (ohne Verrechnung oder Ausgleich)

Die Ursache des vom Bundesverfassungsgericht monierten negativen Stimmengewichts sind Überhangmandate. Von zentraler Bedeutung ist daher die Frage, ob es für ein verfassungsmäßiges Wahlrecht ausreicht, das negative Stimmengewicht, das durch das Zusammenspiel von Ober- und Unterverteilung entsteht, zu beseitigen oder ob darüber hinaus das Problem der Verzerrung der verhältnismäßigen Repräsentation durch Überhangmandate grundsätzlich angegangen werden muss.

Überhangmandate verletzen die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und verstoßen damit ebenso wie die „Berliner Zweitstimmen“ gegen die Wahlrechtsgleichheit. Rechtfertigungsgründe für diese Durchbrechung der Erfolgswertgleichheit sind nicht gegeben. Insbesondere folgen sie nicht aus dem Wahlsystem der mit einer Personenwahl verbundenen Verhältniswahl. Dies zeigt schon die Möglichkeit von Ausgleichsmandaten, wie sie in zahlreichen Bundesländern besteht.

Anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1997. Damals hatte das Gericht wegen Stimmgleichheit eine Verfassungswidrigkeit der Überhangmandate (ohne Verrechnung oder Ausgleich) nicht feststellen können. Es wäre jedoch ein Irrtum anzunehmen, dass Überhangmandate (ohne Ausgleich) auch heute noch als verfassungsmäßig anzusehen sind. Ausschlaggebend hierfür sind drei Gründe:

1. Legt man die Argumentation der die Entscheidung tragenden Richter zugrunde, unterliegt die Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten Grenzen, denn es wird ausdrücklich verlangt, dass „sich die Zahl der Überhangmandate in Grenzen hält“ (BVerfGE 95, 335, 365). Das Gericht hält diese Grenze für überschritten, „wenn sich

Verhältnisse einstellen, unter denen Überhangmandate von Wahl zu Wahl regelmäßig in größerer Zahl anfallen“ (BVerfGE 95, 335, 365 f.). Diese Entscheidung erging im Jahr 1997, also im Hinblick auf die Wahlen 1994, bei denen erstmals Überhangmandate in erheblichem Ausmaß anfielen; im Vergleich zu früheren Jahren hatte sich die Anzahl der Überhangmandate auf das mehr als zweieinhalbfache erhöht.¹ Insofern ist nachvollziehbar, dass die Richter damals noch von einer Sondererscheinung in den ersten Jahren nach der Wiedervereinigung ausgingen und annahmen, dass sich nicht absehen lasse, wie sich die Lage weiterentwickeln würde (vgl. aaO, S. 366 f.). Inzwischen hat sich gezeigt, dass die große Zahl der Überhangmandate keine Ausnahme darstellt, sondern bei fast allen Wahlen eingetreten ist. In den sechs Wahlen seit 1990 fielen fast fünf Mal so viele Überhangmandate an wie in den sieben Wahlen zuvor. Selbst unter Zugrundelegung der Auffassung der Richter, die am großzügigsten Überhangmandate ohne Ausgleich verfassungsrechtlich zulassen, ist hat sich damit ein Handlungsauftrag für den Gesetzgeber „aufgrund der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse“ (aaO S. 366) ergeben.

2. Die Rechtsprechung des Gerichts in den Jahren seit der Entscheidung von 1997 ist restriktiver gegenüber Überhangmandaten geworden. 2008 betont das Gericht, aus dem formalen Charakter des Grundsatzes der Wahlgleichheit folge, „dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen bleibt“. Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten Grundes (BVerfGE 121, 266, 297; 124, 1, 19). In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 hat das Gericht die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten ohne Verrechnung oder Ausgleich ausdrücklich offen gelassen (BVerfGE 122, 304, 310). Das Gericht selbst sieht also diese Frage nicht als bereits entschieden an.

3. Das bestehende System der Überhangmandate ist äußerst manipulationsanfällig. Dies war zwar schon immer der Fall, doch ist es in früheren Jahren kaum erkannt und wenig erörtert worden. Spätestens seit der Wahl im Jahr 2005 mit der Dresdener Nachwahl hat sich dies geändert. Es hat sich gezeigt, dass die Möglichkeit des Stimmensplittings jedenfalls in einigen Bundesländern gezielt ausgenutzt wird, um ein

¹ Die Zahl der Überhangmandate betrug 1994 16, 1990 6 und 1961 5. Bei allen anderen Wahlen waren nicht mehr als drei Überhangmandate angefallen.

doppeltes Stimmengewicht zu erhalten. Wenn Wähler eine Präferenz für eine bestimmte Koalition haben, ist es strategisch sinnvoll, die Erststimme dem Wahlkreiskandidaten der großen Partei, die Zweitstimme der Liste der kleinen Partei zu geben. Dies ist sinnvoll – wohlgemerkt – nicht nur für die Anhänger der kleinen Partei, sondern auch für die Anhänger der großen Partei. Ein Wahlrecht, das in diesem Ausmaß für Manipulationen anfällig ist, verstößt gegen die Wahlrechtsgleichheit.

III. Zum Entwurf der CDU/CSU-Fraktion und der FDP-Fraktion

Der Koalitionsentwurf genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Zum einen behält er die Möglichkeit der ausgleichs- oder verrechnungslosen Überhangmandate bei. Schon aus diesem Grunde ist er verfassungswidrig. Zum anderen unterliegt er weiteren erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Auswahl des Wahlsystems zuerkannt. Die Wahlrechtsgleichheit verlangt aber, dass das gewählte Wahlsystem folgerichtig umzusetzen ist. Das Wahlrecht ist eines der Fundamente der Demokratie, indem es bestimmt, wer die Mehrheit im Parlament erhält und damit imstande ist, die Regierung auszuüben. In den Worten des Gerichts: „Ein Wahlsystem, auf dem die Mandatsverteilung beruht, muss grundsätzlich frei von willkürlichen und widersinnigen Effekten sein“ (BVerfGE 121, 266, 300). Indem es die einfache Mehrheit in der Hand hat, die Spielregeln der Herrschaftsausübung festzulegen, muss gewährleistet sein, dass die Mehrheit nicht beliebige Elemente verschiedener Ausgestaltungen des Wahlsystems mischt, um sich selbst Vorteile zu verschaffen. Diesem Gedanken der Folgerichtigkeit genügt der Koalitionsentwurf bei weitem nicht.²

1. Der Entwurf hebt die Möglichkeit der Listenverbindung auf und verteilt die Sitze allein auf Ebene der Länder. Doch wird dieser Grundgedanke der Trennung nicht

² Siehe dazu die Analyse aus politikwissenschaftlicher Sicht: Joachim Behnke, „Dies ist das Wahlsystem meines Missvergnügens“ – Eine Kritik des Entwurf<es, die Verf.> der CDU/CSU und FDP für eine Reform des Wahlgesetzes, http://www.zepelin-university.de/deutsch/lehrstuehle/politikwissenschaft/CDU_Wahlreformentwurf.pdf (letzter Zugriff 31.8.2011), der ich zahlreiche wertvolle Hinweise verdanke.

durchgehalten. Sowohl für die 5%-Klausel als auch für die Reststimmenverwertung wird das gesamte Bundesgebiet der entscheidende Bezugspunkt. Dies passt nicht zusammen. Es ist kein rechtfertigender Grund für diesen Wechsel der Bezugsebene erkennbar.

2. Dem Gesetzentwurf gelingt es nicht, das negative Stimmengewicht zu beseitigen, sondern das negative Stimmengewicht tritt lediglich in anderen Konstellationen als bisher auf. Beispielsweise hat Behnke für die Wahl 2009 gezeigt, dass nach dem Koalitionsentwurf dann, wenn etwas mehr als 12.000 Wähler der Linken in Bayern nicht zur Wahl gegangen wären, die Linke insgesamt ein Bundestagsmandat mehr erhalten hätten.³ Damit wird genau der Grundsatz verletzt, den das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum negativen Stimmengewicht eingefordert hat: „Ein Berechnungsverfahren, das dazu führt, dass eine Wählerstimme für eine Partei eine Wirkung gegen die Partei hat, widerspricht aber Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl“ (BVerfGE 121, 266, 300).

3. Die Berechnung der Ländersitzkontingente nach der Wahlbeteiligung statt nach den Zweitstimmen ist ein Systembruch. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb für die Ländersitzkontingente die Wahlbeteiligung herangezogen wird. Diese Methode hat zur Folge, dass die Landeslisten von Parteien in Bundesländern, in denen besonders viele Wähler Parteien gewählt haben, die an der 5%-Hürde scheiterten, besonders stark im Bundestag vertreten sind. Ein wenig sinnvolles Ergebnis.

4. Die Reststimmenverwertung passt nicht zu dem für die Sitzverteilung verwendeten Verteilungsverfahren Sainte-Laguë/Schepers. Dieses Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass es – anders als Quota-Verfahren – mit Rundungen arbeitet. Es gibt nach diesem Verfahren also keine „Reststimmen“, sondern Zahlenbruchteile unter 0,5 werden ab-, Zahlenbruchteile über 0,5 aufgerundet. Es grenzt an Willkür, die Abrundungen als Reststimmen gesondert zu berücksichtigen, während die aufgerundeten Ergebnisse unberücksichtigt bleiben.

Zudem ist der Gesetzestext unklar formuliert. Nach dem Divisorverfahren gibt es keine „erforderlichen Zweitstimmen“, sondern es gibt eine Bandbreite möglicher

³ Behnke (Fn. 2), S. 33. Zusätzlich hätten durch die Reststimmenverwertung in diesem Fall SPD und CDU ein weiteres Mandat erhalten, so dass im Ergebnis weniger Wähler in Bayern zu drei zusätzlichen Sitzen im Bundestag geführt hätten. Auch dies ist ein wenig überzeugendes Ergebnis (aaO, S. 35).

Divisoren. Es werden also fiktive neue Quota eingeführt. Dies gilt zumal auf Bundesebene, wo bisher noch gar keine Sitzverteilung an Parteien stattfand. Die Reststimmenverwertung ist sachlich nicht zu rechtfertigen.

IV. Zu den anderen Gesetzentwürfen

Die anderen Gesetzentwürfe halten sich in dem Rahmen, den die Verfassung dem Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Wahlrechts vorgibt. Es liegt daher in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, sich für einen der Entwürfe zu entscheiden.

1. Eine Kompensation von Überhangmandaten durch Ausgleichsmandate an die anderen Parteien (SPD-Entwurf) ist mit verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar. Freilich hat ein solches Modell ein erhebliches Anwachsen der Zahl der Bundestagsabgeordneten zur Folge. Daher sollte ein solches Modell nur akzeptiert werden, wenn gleichzeitig die Zahl der Wahlkreise reduziert wird. Allenfalls als Übergangslösung wäre es für maximal eine Legislaturperiode hinnehmbar.

2. Auch gegen eine Verrechnung der Überhangmandate mit anderen Landeslisten derselben Partei (Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE) bestehen keine Bedenken; für das unitarische Organ Bundestag ist eine Berücksichtigung der föderalen Gliederung der Parteien zwar zulässig, aber nicht verfassungsrechtlich zwingend (BVerfGE 121, 266, 305). Konsequenterweise muss dann aber noch eine Regelung für den Fall getroffen werden, dass eine Partei mehr Direktmandate errungen hat, als ihr nach der verhältnismäßigen Zuteilung zustehen. Der Gesetzentwurf von DIE LINKE sieht für diesen Fall Ausgleichsmandate vor, eine sicherlich verfassungsrechtlich zulässige Methode. Der Gesetzentwurf von BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN will demgegenüber die überzähligen Wahlkreissitze der Kandidaten dieser Partei mit dem geringsten prozentualen Stimmenanteil nicht besetzen. Auch diese Methode unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

V. Schlussbemerkung

In die Diskussion sollte auch die Alternative einbezogen werden, zu einem System mit nur einer Stimme zurückzukehren (wie bei der Bundestagswahl 1949). Einer strategischen Nutzung des Stimmensplittings wäre damit die Grundlage entzogen und das Wahlrecht würde insgesamt transparenter werden.

Ein Wort zum Verfahren. Das Wahlrecht ist zu wichtig, als dass es aufgrund der bloßen einfachen Mehrheit im Bundestag geändert werden sollte. Es wäre fatal, wenn die derzeit bestehende Mehrheit ihre Position ausnutzen würde, um sich unangemessene Vorteile für die Zukunft zu sichern. Das Wahlrecht ist zentraler Baustein des demokratischen Systems. Als „materielles Verfassungsrecht“ (BVerfG) sollte seine Änderung im Konsens aller Parteien erfolgen.