

Prof. Dr. Ernst Gottfried Mahrenholz

29.04.2009

Statement zur Anhörung im Ausschuss für die öffentliche Anhörung des Innenausschusses
des Bundestages am 04. Mai 2009

I.

Im Interesse der Vermeidung von Wiederholungen möchte ich mich darauf beschränken, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es dem Bundestag freisteht, für die Bundestagswahl im September 2009 das Wahlgesetz entsprechend dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 03. Juli 2008 zu ändern. Die Diskussion der gesetzlichen Bestimmungen spare ich aus, weil hier die Herren Meyer und Pukelsheim mit eigenen Vorschlägen an die Öffentlichkeit getreten sind und jedenfalls, wenn ich recht weiß, auch zwei Fraktionen en Detail beraten haben. Ich habe gegen keinen der Vorschläge einen ernsthaften Einwand.

II.

Steht es dem Bundestag also frei, das Wahlgesetz jetzt zu ändern oder unter Ausschöpfung der Frist des BVerfG?

Der Tenor des einschlägigen Urteils vom 03. Juli 2008 lautet unter Nr. 2:

"Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen."

Der Gesetzgeber hat also hiernach die Freiheit, das Bundeswahlgesetz für die kommende Bundestagswahl entsprechend den Vorgaben des Gerichts zu ändern oder diese Änderung aufzuschieben und für die kommende Wahl von einem insofern verfassungswidrigen Bundeswahlgesetz auszugehen.

Die genaue Betrachtung der hier vom Gericht bewilligten Freiheit führt indessen zu Einwendungen gegen diesen zeitlichen Gestaltungsspielraum.

Die erste Frage, die zu beantworten ist, lautet: Reicht für die Legitimität des Handelns des Bundestags die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts aus, wonach der Gesetzgeber Handlungsfreiheit bis zum 30. Juni 2011 hat?

Die Antwort muss zum einen davon ausgehen, dass der Bundestag sein Handeln unmittelbar auf das Grundgesetz zurückführen muss. Die einzige Ausnahme hiervon ist eine Interpretation der Verfassung nach § 31 BVerfGG, die den Bundestag bindet. Dann hat das Nachdenken des Bundestages über die richtige Auslegung der Normen des Grundgesetzes sein Ende, soweit das BVerfG Recht gesprochen hat.

Einen solchen Fall haben wir hier nicht. Vielmehr räumt das Gericht eine Frist ein, überlässt es also dem Bundestag, innerhalb der Frist neues Recht zu setzen. Also hat der Bundestag sein Handeln unmittelbar nach dem Grundgesetz auszurichten. Er ist, wie alle Verfassungsorgane, "unmittelbar zum Grundgesetz", so wie Leopold von Ranke erklärt hat, jede Epoche sei "unmittelbar zu Gott", und das war auch normativ gemeint.

Ist die erste Frage also beantwortet im Sinne einer unmittelbaren Bindung des Handelns des Bundestages an das Grundgesetz, so lautet die zweite Frage: Was besagt das Grundgesetz? Es enthält zwei Bestimmungen. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 39 Abs. 1 Satz 1. Der erste Satz verpflichtet den Bundestag auf die gesetzgeberische Durchsetzung der fünf Wahlgrundsätze. Art. 39 Abs. 1 Satz 1 setzt die vierjährige Wahlperiode fest. Dieser Festsetzung folgen in Art. 39 weitere aber technische Einzelheiten. Der den Bundestag bindende erste Satz gehört unmittelbar zu Art. 38 Abs. 1 Satz 1. Verfassungssystematisch könnte er ohne weiteres in Art. 38 eingefügt werden, weil er mit Art. 38 eine untrennbare Einheit bildet. Keine der beiden Bestimmungen ist nach der Logik des demokratischen Gedankens, der das Grundgesetz beherrscht, ohne die andere vorstellbar. Beiden Grundsätzen ist als einer untrennbaren Einheit Geltung zu verschaffen. Ein Bundestag, der gleiches Wahlrecht verwirklichen will, muss dies für die kommende Wahlperiode tun. Dispensiert er sich von dieser Verpflichtung, stellt er sich über das Grundgesetz. Er verlässt den Grundsatz, dass die Demokratie ein government by law and not by men ist, um Art. XXX der Verfassung von Massachusetts aus dem Ende des 18. Jahrhunderts zu zitieren.

Um einen Vergleich heranzuziehen: In der Reform des Erbschaftsteuerrechts hat das Gericht eine Frist nach billigem Ermessen gesetzt. Die Verfassung hatte hierzu nichts zu sagen. Der

Reform des Wahlgesetzes aber hat das Grundgesetz einen Zeithorizont gesetzt. Und so wenig wie der Bundestag den Zusammenhang von Art. 38 und 39 GG auflösen kann, kann dies das BVerfG. Diese beiden Bestimmungen besagen: Jede Wahl, ausnahmslos, muss den fünf Wahlgrundsätzen entsprechen. .

Natürlich fragt man sich, vor allen Dingen als ehemaliges Mitglied dieses Senats, wie es zu der weitaus greifenden Ermächtigung des Gerichts an den Bundestag kommen konnte. Ich will mich an den Spekulationen nicht beteiligen. Ich bemerke nur, dass es Gründe des Gesetzesrechts sind, mit denen das BVerfG den Verfassungsbefehl überspielt. Kein Satz weist darauf hin, dass hier eine Problematik des Verhältnisses von gesetzlichem Wahlrecht und verfassungsrechtlichem Wahlrecht gesehen worden ist.

Damit bin ich bei meinem Schlussgedanken: Wie will der Bundestag ein Stillhalten gegenüber den Wählern verantworten?

Der Leitsatz 1 spricht davon, dass es das gegenwärtige Wahlgesetz ermöglicht, ich zitiere jetzt wörtlich, "dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann." Dies ist zurückhaltend ausgedrückt, wie es einem Leitsatz geziemt. Im Urteil selbst wird der Senat sehr viel deutlicher: "Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigt die Stimmgleichheit bei der Wahl zum Deutschen Bundestag in eklatanter Weise ... Ein Wahlsystem, dass ... in typischen Konstellationen zulässt, dass ein Zuwachs von Stimmen zu Mandatsverlusten führt oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn weniger ... Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen!" *Widersinnig erscheinen!* Ob dies geschehen soll, ist die Frage vor der der Bundestag steht; die Frage also, ob dem Volk ein Wahlgesetz *vorenthalten* wird, in dem jede Stimme einen positiven Zählwert hat. Und unter den vielen Gleichheitsaspekten, die ein Gesetzgeber zu beachten hat, ist dies die schlichteste und grundlegende Forderung der Wahlrechtsgleichheit: Gleichheit im Zählwert.

Zusammengefasst: Die Art. 38 und 39 GG sind im Sinne zwingenden Rechts dahin auszulegen, dass nach dem gegenwärtigen Wahlrecht im September nicht gewählt werden darf.