

reize für ein taktisches Stimmensplitting in Grenzen halten und nicht signifikant über die bereits jetzt bestehenden Anreize hinausgehen werden.

Schließlich unterlassen *Pukelsheim* und *Rossi* es, die Vorteile unverbundener Landeslisten aufzuführen, die vor allem im Vergleich mit den anderen Optionen deutlich werden. Ein Grabensystem, bei dem ein Teil der Mandate nach Verhältniswahlrecht, der andere Teil nach Mehrheitswahlrecht vergeben wird, ein reines Verhältniswahlrecht sowie ein reines Mehrheitswahlrecht führten bei gleichbleibendem Wahlverhalten der Bürger zu ganz erheblich anderen Mandatsverteilungen und damit zu politischen Verschiebungen und Verwerfungen, die so verfassungsrechtlich nicht notwendig sind. Zu Veränderungen des regionalen Wählerwillens und des Proporztes zwischen den Landesverbänden führen auch die Modelle, die eine Kompensation von in einzelnen Ländern entstehenden Überhangmandaten vorsehen, entweder mit Listenmandaten derselben Partei in anderen Ländern¹² oder mit Ausgleichsmandaten, die aus den Landeslisten der anderen Parteien besetzt werden.¹³ Auch Modelle einer einheitlichen Bundesliste nehmen auf die bundesstaatliche Gliederung und den entsprechenden Aufbau der Parteien deutlich weniger Rücksicht,¹⁴ als dies bei einer Trennung der Landeslisten der Fall ist.

Sicher mag man eine Trennung der Landeslisten in Hinsicht auf die Folgen und Wirkungen bei entsprechenden politischen Präferenzen auch negativer bewerten und eine der anderen Lösungsoptionen als vorzugswürdig ansehen können. Der Vergleich mit den Vor- und Nachteilen der anderen Lösungen, die innerhalb des verfassungsrechtlich eröffneten Spielraums des Gesetzgebers liegen, legt aber nahe, auch die Trennung der Landeslisten als mögliche Lösung in Betracht zu ziehen. Und es ist sicher unzutreffend, eine Trennung der Landeslisten als verfassungsrechtlich so problembeladen zu bewerten, dass diese Option im weiteren Fortgang der Reformdiskussion außer Betracht bleiben sollte.

Professor Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.,
Universität Heidelberg

¹² Entsprechende Kritik: *Mager/Uerpman* DVBl. 1995, 273, 278; *Poschmann* BayVBl. 1995, 299, 302; *Papier* JZ 1996, 265, 273 f.; *Pauly* AöR 123 (1998), 232, 264; *Badura*, in: *Bonner Kommentar GG* (September 2007), Anh. z. Art. 38 Rn. 58; *Pukelsheim/Maier* ZParl 2008, 312, 315, 322; *Meyer* DVBl. 2009, 137 f.

¹³ Entsprechende Kritik: *Badura*, in: *Bonner Kommentar GG* (Fn. 12), Anh. z. Art. 38 Rn. 58.

¹⁴ Entsprechende Kritik: *Mager/Uerpman* DVBl. 1995, 273, 278; *Poschmann* BayVBl. 1995, 299, 302; *Papier* JZ 1996, 265, 272 f.; *Badura*, in: *Bonner Kommentar GG* (Fn. 12), Anh. z. Art. 38 Rn. 58.

Schlusswort

Zur Erwidern von Bernd Grzeszick JZ 2011, 242

Bernd Grzeszick favorisiert bei der bis zum 30. 6. 2011 anstehenden Neuregelung des Bundeswahlrechts ganz offensichtlich getrennte Landeslisten. Ein solcher Vorschlag wird auch – wenn noch nicht öffentlich – von der CDU-Fraktion im Bundestag erhoben, wobei offen bleibt, ob damit primär negative Stimmgewichte ausgeschlossen oder erwartete Überhangmandate erhalten werden sollen. Unabhängig davon, welche politische Partei aus welchen Gründen welche Reform des Wahlrechts befürwortet, zielte unser Beitrag auf eine sachliche Diskussion des Für und Wider verschiedener Optionen, wobei wir all solche Überlegungen ausgeklammert

haben, die sich weit vom bisherigen Wahlsystem entfernen und deshalb nicht mehr als systemnah bezeichnet werden können. Im Sinne einer sachlichen Diskussion nutzen wir das Privileg zu einem Schlusswort nicht zu einer Werbung für andere Möglichkeiten der eingeforderten Reparatur des Wahlrechts,¹ sondern nehmen zu den aufgeworfenen Punkten in der Reihenfolge ihres Vorbringens Stellung:

1. Verfassungsgerichtliche Prämisse

Nicht zutreffend ist, dass das *BVerfG* der Auffassung ist, der föderale Proporz der Zweitstimmen solle möglichst genau im Wahlergebnis der einzelnen Landeslisten wiedergegeben werden. An der von *Grzeszick* zitierten Stelle der Entscheidung² interpretiert das *BVerfG* nicht das Grundgesetz und formuliert insoweit keine verfassungsrechtliche Anforderung, sondern gibt nur die Intention des geltenden Wahlrechts wieder. Bei dessen verfassungsrechtlicher Würdigung hebt das *BVerfG* gerade umgekehrt hervor, dass föderale Belange bei der Ausgestaltung des Wahlrechts zwar berücksichtigt werden und auch eine angemessene Differenzierung der Wählerstimmen rechtfertigen können.³ Doch die Entscheidung beruht ja gerade auf der Annahme, dass „die föderalen Belange kein derart hohes Gewicht haben, dass sie den durch den Effekt des negativen Stimmgewichts verbundenen erheblichen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen können.“⁴

Zutreffend ist sicherlich, dass das *BVerfG* sich – vermeintlich – offen zeigt für alle möglichen gesetzlichen Ausgestaltungen des Wahlrechts und explizit auch den Verzicht auf Listenverbindungen erwähnt.⁵ Doch entscheidend ist auch für das *BVerfG* letztlich die Wahlrechtsgleichheit,⁶ und eben diese wird beim föderalen Eigenständigkeitsmodell nahezu zwangsläufig beeinträchtigt (s. u. 3.).

2. Demokratie und Bundesstaat

Selbstverständlich besteht zwischen demokratischen und bundesstaatlichen Strukturen weder verfassungsrechtlich noch staatsrechtlich ein Widerspruch. Vielmehr wird dem bundesstaatlichen Aufbau in der Regel eine demokratieverstärkende Wirkung beigemessen. Von diesen abstrakten staatsformbezogenen Überlegungen ist jedoch die staatsorganisatorische Frage zu unterscheiden, in welchen Organen das demokratische Prinzip und das föderale Prinzip ihren institutionellen Ausdruck finden. Das von Art. 20 Abs. 1 Satz 1 GG als Inhaber aller Staatsgewalt benannte Volk ist jedenfalls das gesamte Deutsche Volk. Die bundesweiten Wahlen der Abgeordneten des Bundestages als Vertreter des ganzen Volkes (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) dokumentieren insoweit den maßgeblichen Akt der Ausübung dieser Staatsgewalt durch ihren Inhaber. Entscheidend ist dabei, dass das Grundgesetz den Inhaber der Staatsgewalt an dieser zentralen Stelle wie an anderen Stellen nicht etwa als eine Art plurale Einheit im Sinne der Summe der Völker der Bundesländer versteht, sondern als Singulus.⁷ So wenig deshalb föderale Aspekte bei der Inhaberschaft der Staatsgewalt einbezogen sind, so wenig dürfen sie bei der Ausübung dieser Staatsgewalt in der Weise berücksichtigt werden, dass den Ländern im Bundestag be-

¹ Zur Möglichkeit einer schonenden Verbindung von Personen- und Verhältniswahl zum Abbau negativer Stimmgewichte bei Bundestagswahlen vgl. etwa *Birkmeier, Oelbermann, Pukelsheim, Rossi* KritV. 1/2011, i. E.

² *BVerfGE* 121, 266, 302.

³ *BVerfGE* 121, 266, 303.

⁴ *BVerfGE* 121, 266, 304.

⁵ *BVerfGE* 121, 266, 303 u. 307.

⁶ *BVerfGE* 121, 266, 307.

⁷ Vgl. *BVerfGE* 83, 37 ff.

stimmte Sitzkontingente zugewiesen sind. Die Länder wirken bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes abschließend durch den Bundesrat mit, wie Art. 50 GG betont, nicht hingegen durch aus ihrem Gebiet gewählte Mitglieder des Bundestages. Die inhaltlich-organisatorische Kongruenz zwischen dem Demokratieprinzip und dem Bundestag auf der einen Seite und dem Bundesstaatsprinzip und dem Bundesrat auf der anderen Seite unterscheidet den Staat und die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland etwa von der Europäischen Union. Dass dabei insbesondere die Kontingentierung der den einzelnen Mitgliedstaaten im Europäischen Parlament zustehenden Sitze zusammen mit den unterschiedlichen Wahlverfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten dazu führt, dass dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl auf europäischer Ebene derzeit nicht Rechnung getragen wird und er vorsorglich noch nicht einmal als primärrechtlicher Maßstab von Art. 14 Abs. 3 EUV aufgeführt wird, soll hier nur am Rande in Erinnerung gerufen werden.

3. Wahlrechtsgleichheit

Dabei ist es gerade die Wahlrechtsgleichheit, die das *BVerfG* zum zentralen Maßstab des einfach-gesetzlichen Wahlrechts erhoben hat. Getrennte Landeslisten bergen aber das sehr viel größere Potential, die Wahlrechtsgleichheit zu beeinträchtigen.

Erstens variiert die Erfolgswertgleichheit zwischen Wählern derselben Partei in unterschiedlichen Bundesländern in Abhängigkeit davon, ob diese Partei in einem Land Überhangmandate erzielt oder nicht: Ist dies nicht der Fall, entfaltet die Zweitstimme die ihr zugesprochene Wirkung, während sie wirkungslos bleibt, wenn die Partei Überhangmandate erzielt. Ein CDU-Wähler in Nordrhein-Westfalen auf der einen Seite und ein CDU-Wähler in Baden-Württemberg auf der anderen Seite mögen dieses Beispiel anhand des Wahlergebnisses von 2009 personalisieren – der rheinländische CDU-Wähler hätte doppelt so viel Einfluss auf die Sitzverteilung wie der badische. Sie wären freilich kein Einzelfall. Vielmehr wäre die Zweitstimme für rund ein Fünftel der Wähler wirkungslos geblieben.

Getrennte Landeslisten verletzen insoweit zweitens nicht nur die Gleichheit der Wahl, sondern berühren das Wahlsystem als solches: Der auf den Stimmzetteln zu findende Hinweis, die Zweitstimme sei die „maßgebende Stimme für die Verteilung der Sitze insgesamt auf die einzelnen Parteien“, wäre ebenso unzutreffend wie irreführend. Vielmehr wäre dem Wahlsystem insofern der Charakter einer Verhältniswahl genommen. Die durch getrennte Landeslisten nicht ausgeschlossenen Überhangmandate könnten im Übrigen eine Größe annehmen, die mit einer Verhältniswahl nicht mehr vereinbar wäre. In Baden-Württemberg etwa machten die zehn Überhangmandate bei einem zu erwartenden Sitzkontingent von 75 der 598 Sitze etwa 13 Prozent aus. Zwar ließe sich auch eine reine Mehrheitswahl mit den grundgesetzlichen Anforderungen vereinbaren, allerdings mit Blick auf die Wahlrechtsgleichheit nur, wenn die derzeitige Divergenz der Wahlkreisgröße erheblich reduziert werden würde.

Die mögliche Verletzung der Wahlrechtsgleichheit kann je nach Kontingentierung der den einzelnen Ländern zustehenden Sitze im Bundestag schließlich auch mit einer Verletzung der Chancengleichheit der politischen Parteien einhergehen. Unsere bereits abstrakt vorgetragenen Bedenken⁸ lassen sich insofern durch konkrete Zahlen unterlegen: Legt man das Wahlergebnis von 2009 zu Grunde, stünde Bremen ein Kon-

tingent von fünf von 598 Sitzen zu. Insofern wäre ein Zweitstimmenanteil von 14 % erforderlich, um sicher einen Sitz zu erhalten. Die mittelbare Sperrklausel läge bei 8 % und somit deutlich über der derzeitigen unmittelbaren Sperrklausel von 5 %.⁹

Diese gravierenden Einwände gegen das föderale Eigenständigkeitsmodell verlieren ihre verfassungsrechtliche Relevanz nicht durch den Hinweis auf die Möglichkeit, länderübergreifende Wahlkreisverbände zu schaffen. Vielmehr offenbart die Notwendigkeit dieser Korrektur die Widerspruchlichkeit eines solchen Wahlsystems: Unter Verweis auf die Bundesstaatlichkeit wird zunächst eine Wahl nach getrennten Landeslisten gefordert, deren Verfassungsmäßigkeit dann nur sichergestellt werden kann, wenn jedenfalls die kleineren Länder zu einem Wahlkreisverband zusammengefasst werden.

4. Strategisches Stimmensplitzen

Zuzustimmen ist *Grzeszick* darin, dass die Möglichkeit, mit der Erststimme den Kandidaten einer anderen Partei als derjenigen zu wählen, der man seine Zweitstimme gibt, von der Freiheit der Wahl gedeckt ist. Dies haben wir bereits hervorgehoben.¹⁰ Unser Einwand bezieht sich insofern nicht auf die in Ausübung seiner Freiheit vorgenommene kalkulierte Stimmabgabe des Wählers, sondern auf die möglicherweise kalkulierte Nichtausübung dieser Freiheit durch die das Wahlrecht beschließende Mehrheit des Bundestages.

5. Alternativen

Was schließlich den Einwand betrifft, unser Beitrag hätte die Vorteile unverbundener Landeslisten nicht hinreichend mit den Nachteilen alternativer Wege aus der Verfassungswidrigkeit abgewogen, so offenbart sich hier eine Wertung, die unserer eben widerspricht. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit haben wir die in der Fachwelt diskutierten und entsprechend zitierten Optionen wiedergegeben und freuen uns, eine weitere pointierte Stellungnahme hervorgerufen zu haben. Dass neben systemnahen Optionen zur Novellierung des Wahlrechts um so mehr andere Möglichkeiten bestehen, je weniger man der Entscheidung des *BVerfG* ein absolutes Verbot negativer Stimmgewichte entnimmt,¹¹ liegt auf der Hand. Insofern ist es zu begrüßen, dass jedenfalls die Fachwelt die gesetzgeberische Pflicht zur Novellierung des Wahlrechts für umfassende Diskussionen nutzt.

Die weitgehend hinter verschlossenen Fraktionstüren voranschreitenden Überlegungen zur Reform des Wahlrechts erscheinen dagegen als parteitaktisches Nullsummenspiel und damit zugleich als demokratisches Trauerspiel: Anstatt unter dem Schleier des ungewissen Ausgangs künftiger Wahlen ein Wahlsystem zu kreieren, das den unterschiedlichen Polen der Wahlrechtsgrundsätze, der Chancengleichheit der politischen Parteien und auch der Abgeordnetengleichheit, ergänzt um föderale Aspekte und Anforderungen an Transparenz und Folgerichtigkeit, hinreichend Rechnung trägt, betreiben die (parti-)politischen Akteure ganz offensichtlich eine Rechnung, wie sie bei prognostiziertem (und das heißt doch ungewissem!) Wählerverhalten jedenfalls zu demselben,

⁹ Das *BVerfG* spricht an Stelle von mittelbarer und unmittelbarer Sperrklausel von faktischer und rechtlicher Sperrklausel (vgl. *BVerfGE* 108, 82) und übersieht insofern, dass auch die durch die Sitzzahl bewirkte Sperrklausel rechtlicher Natur ist. Vgl. *Rossi ZJS* 2008, 304, 305.

¹⁰ *JZ* 2010, 922, 928.

¹¹ Für ein nur relatives, also der Abwägung mit anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben offenes Verbot negativer Stimmgewichte *Birkmeier, Oelbermann, Pukelsheim, Rossi KritV.* 1/2011, i. E.

möglichst aber sogar zu einem besseren Ergebnis gelangen als bislang. Dies zeigt einmal mehr, dass das Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht nicht in die Hände des einfachen Gesetzgebers gehört, sondern mindestens der Entscheidung einer qualifizierten Mehrheit, vielleicht sogar einer Entscheidung des Volkes bedarf. Dafür wäre freilich eine Verfassungsänderung von Nöten, zu der sich die Mitglieder des Bundestages und des Bundesrates aber wohl nicht bereit finden werden.

Professor Dr. Friedrich Pukelsheim und
Professor Dr. Matthias Rossi, Universität Augsburg

Tagungsbericht

Gesetzgebungsoutsourcing – Gesetzgebung durch Rechtsanwälte?

Wissenschaftliche Tagung des Instituts für Gesetzgebung und Verfassung e.V. (IGV) an der Humboldt-Universität zu Berlin am 24. September 2010

Als der Bundeswirtschaftsminister zu Guttenberg im Juli 2009 (s)einen Entwurf für ein „Gesetz zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes“ auf dem Briefbogen der Kanzlei Linklaters ins Kabinett einbrachte, war die Praxis des „Gesetzgebungsoutsourcing“ – bis dato auch in der juristischen Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt – mit einem Schlag in aller Munde. Nun widmete das neu gegründete Institut für Gesetzgebung und Verfassung e.V. (IGV) diesem Phänomen seine Eröffnungsveranstaltung. Weder Skandalisierung noch Verharmlosung sei dabei das Ziel, betonte Professor Dr. Michael Kloepfer (Humboldt-Universität zu Berlin, Präsident des IGV) in seinen eröffnenden Worten. Vielmehr sollten eine kritische Bestimmung der rechtlichen Grenzen und Möglichkeiten der Beteiligung von Rechtsanwälten an der Gesetzgebung vorgenommen sowie Einsichten in die tatsächlichen Umstände solcher Beratungen gewonnen werden. Das Tagungsprogramm folge dieser doppelten Zielsetzung: Der Vormittag widme sich den grundsätzlichen – politischen, verfassungs-, haushalts- und berufsrechtlichen – Fragen, während der Nachmittag anhand mehrerer Fallstudien die (beteiligten) Rechtsanwälte zu Wort kommen lassen werde.

Den Vormittag eröffnete der Parlamentarische Staatssekretär Dr. Max Stadler MdB (BMJ) mit der Frage, ob das Gesetzgebungsoutsourcing „Bereicherung oder Armutzeugnis?“ sei. Die Vorbereitung der Gesetzgebung sei zentrale Aufgabe der zuständigen Ministerien, und bei dieser erfolgreichen Tradition solle es im Regelfall auch bleiben. Dennoch sei die Hinzuziehung externer Beratung bis hin zur Formulierung eines Gesetzentwurfs rechtlich zulässig, insbesondere sei diese Entwurftätigkeit entgegen der Ansicht von Julian Krüper (JZ 2010, 655) nicht als hoheitliche Aufgabe im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG anzusehen. Unter bestimmten Bedingungen sei das Gesetzgebungsoutsourcing sogar angezeigt, insbesondere bei großer Zeitnot und bei Mangel an sachkundigem ministeriellem Personal für einen hochkomplexen Einzelfall. Die Finanzmarktkrise der Jahre 2008/2009 sei ein solcher Fall gewesen. Unter der Voraussetzung einer sorgfältigen Sachverhaltsanalyse und der Abwägung aller Handlungsalternativen könne der projektbezogene Einsatz von Anwälten für Spezialmaterien also durchaus eine Bereicherung darstellen.

Dr. Karl Heinz Däke (Bund der Steuerzahler Deutschland) widersprach dieser Darstellung energisch. Die Beratung

durch Externe habe ein zweifelhaftes Maß angenommen. Die dafür ausgegebenen rund 40 Mio. Euro jährlich seien zum größten Teil verschwendet; nur durch eine Rückbesinnung von Parlament und Ministerien auf ihre Kernaufgaben sei dem beizukommen. Wo allerdings der Einsatz Externer unverzichtbar sei, müsse größtmögliche Transparenz herrschen, insbesondere müssten alle Beratungsaufträge ausgeschrieben werden und die Bundesregierung jährlich über ihre Ausgaben Bericht erstatten.

Professor Dr. Matthias Rossi (Universität Augsburg) unternahm danach in seinem Vortrag eine Einordnung des Gesetzgebungsoutsourcing in den weiten Kosmos der „Erscheinungsformen nichtstaatlicher Einflüsse auf die staatliche Gesetzgebung“. Notwendig sei dazu eine multiperspektivische Darstellung, die sowohl nach Ebenen der Einflussnahme, Gesetzgebungsarten, unterschiedlichen nichtstaatlichen Akteuren als auch unterschiedlichen Arten der Einflussnahme differenziere. Diese Vielfalt reiche von den Formen direkter Demokratie und dem Petitionsrecht, als den Fällen nichtstaatlicher Einflussnahme auf die Gesetzgebung par excellence, bis hin zu Information durch und Kommunikation mit nichtstaatlichen Akteuren, wo das Gesetzgebungsoutsourcing schließlich zu verorten sei. Die Aufregung um das Gesetzgebungsoutsourcing sei nicht zuletzt auf die mit ihm einhergehende Verschiebung der Kräfteverhältnisse innerhalb des Kreises der nichtstaatlichen Akteure zurückzuführen – konkret bekämen die Parteien Konkurrenz. Dies müsse zum Anlass genommen werden, sich die konkreten institutionellen Vorteile der Parteien gegenüber allen anderen nichtstaatlichen Akteuren erneut vor Augen zu führen, insbesondere deren binnendemokratische und binnenpluralistische Verfasstheit. Rossi schloss mit einem insgesamt skeptischen Urteil: der Einfluss nichtstaatlicher Akteure sei zwar immer auch (kommunikative) Grundrechtsausübung und somit von der Rechtsordnung unter dem Grundgesetz gewollt – Zurückhaltung sei dennoch geboten, denn ohne generelle Gemeinwohlorientierung könne die Allgemeinverbindlichkeit der Gesetze verloren gehen: konkreter Konsens der unmittelbar Betroffenen drohe die abstrakte Akzeptanz aller zu ersetzen.

Privatdozent Dr. Kai von Lewinski (Humboldt-Universität zu Berlin) erörterte im Anschluss „Berufsrecht und Haftung beim Gesetzgebungsoutsourcing“. Das Berufsrecht habe keine klare Antwort auf die häufig geäußerten Bedenken, die betrauten Rechtsanwälte würden insgeheim die Interessen ihrer sonstigen Mandanten vertreten. „Branchennähe“ führe nämlich noch nicht zu einem Interessenkonflikt im berufsrechtlichen Sinne: das erfordere Sachverhaltsidentität (§ 3 BORA). Es sei insoweit allerdings daran zu denken, die berufsrechtliche Generalklausel des Würdigkeitsgebotes aus § 43 Abs. 1 Satz 2 BRAO mit neuem Leben zu erfüllen. Zu erinnern sei daran, dass das anwaltliche Verschwiegenheitsgebot (§ 43a Abs. 2 BRAO) ausschließlich Mandanteninteressen schütze, somit einer Offenlegung des Beratungsverhältnisses inklusive der Honorierung nicht entgegenstünde. Da sowohl eine Amtshaftung als auch eine Sachverständigenhaftung letztlich ausschieden, agierten Anwälte in diesem Feld außerdem ohne Haftungsrisiko.

Axel C. Fülges (Bundesrechtsanwaltskammer) sah insgesamt keinen Anlass für Dramatisierungen. Er widersprach der These seines Vorredners Däke: verschwenderisch wäre es vielmehr, wenn die Ministerien für alle noch so selten auftretenden Fälle (wie etwa eine globale Finanzkrise) Fachabteilungen vorhalten müssten. Die größere Kompetenz für Spezialmaterien sei mit Sicherheit in den Kanzleien zu finden. Im