

(Art. 67 BGG.), und er wirkt bei der Wahl des BPräs. mit (Art. 54 BGG.). Einigkeit bestand im OrgA. auch darüber, daß die Schaffung einer zweiten Kammer notwendig ist (vgl. dazu die allgemeinen Erläuterungen im Abschn. IV und zu den Art. 50, 51). Abweichend von der WRV. ist ein Auflösungsrecht des BPräs. gegenüber dem BT. nur in begrenztem Umfange vorgesehen (s. Art. 63, 68 BGG.). Ein Selbstauflösungsrecht des BT. kennt das BGG. nicht.

2. Die *Bezeichnung BT.* wurde schon im HChE. gewählt; sie blieb unangefochten bis zur 9. Sitz. des Plen. am 6. Mai 1949. Auf dieser Sitzung beantragte Abg. *Wagner* (SPD.) (s. Drucks. Nr. 880; Plen. StenBer. S. 182) die Bezeichnung „Volkstag“. Abg. *Seebohm* (DP.) beantragte die Bezeichnung „Reichstag“. Beide Anträge wurden abgelehnt.

3. Der BT. ist nach dem BGG. (wie nach der WRV.) *Mitträger der Souveränität* (s. dazu auch Art. 21 BGG.: „Die Parteien wirken ... mit“). Für den RT. nach der RV. 71 war das nicht der Fall; der RT. war nur dazu berufen, den Souverän zu beschränken; Souverän war die Gesamtheit der deutschen Bundesfürsten und der Freien Städte, repräsentiert im kaiserlichen BRat, in dem der Kaiser als Organ des Reiches nicht vertreten war.

4. Über die Befugnisse des BT. äußern sich außerhalb des Abschnittes III die Artikel 29, 54, 56, 61, 63, 66, 67, 68, 69, 76, 77, 79, 81, 83, 94, 95, 98, 113, 114, 121, 122, 123, 136, 137, 144.

5. Die *erste BT.-Wahl* fand am 14. August 1949 statt; es wurden 402 Abgeordnete gewählt, die sich wie folgt verteilen: CDU./CSU. = 139; SPD. = 131; FDP. = 52; KPD. = 15; Bayernpartei = 17; DP. = 17; WAV. = 12; Zentrum = 10; Dt. Rechtspartei = 5; SSW. = 1; Unabhängige = 2; Dt. Block Flensburg = 1.

Schneider-Dennewitz

Artikel 38

(1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.

(2) Wahlberechtigt ist, wer das einundzwanzigste, wählbar, wer das fünfundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat.

(3) Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.

Materialien: Behandelt im HChE. Art. 45, 46; im PR. OrgA.: 2. Sitz. v. 16. 9. 48, 6. Sitz. v. 24. 9. 48, 11. Sitz. v. 7. 10. 48, 20. Sitz. v. 5. 11. 48 (Drucks. Nr. 63, 102, 167, 265); HptA.: 2. Sitz. (1. Les.) v. 11. 11. 48, 30. Sitz. (2. Les.) v. 6. 1. 49, 32. Sitz. (2. Les.) v. 7. 1. 49, 48. Sitz. (3. Les.) v. 9. 2. 49, 57. Sitz. (4. Les.) v. 5. 5. 49 (Drucks. Nr. 288, 522, 525, 613, 932; gedr. StenBer. S. 2--11, 369--371, 390).

Fassungen: OrgA. v. 24. 9., 7. u. 18. 10., 5. 11. 48 (Drucks. Nr. 87, 167, 203, 248, 265); ARA. v. 10. 11. u. 13. 12. 48, 25. 1. u. 2. 5. 49 (Drucks. Nr. 267, 370, 543, 751); HptA. v. 11. 11. u. 10. 12. 48, 20. 1., 10. 2. u. 5. 5. 49 (Drucks. Nr. 288, 340, 535, 604/675, 850); FünfA. v. 5. 2. 49 (Drucks. Nr. 591); Plen. (2. Les.) v. 6. 5. 49 (Drucks. Nr. 833).

Frühere Ausschlußf.: Art. 45, 46, 47.

1. Entstehungsgeschichte:

1. Zum *Wahlssystem* vgl. die Erl. zum Abschn. III. Das Wahlssystem ist mit voller Absicht nicht im BGG. festgelegt worden; die Entscheidung darüber wurde in das künftige, noch nicht ergangene Bundeswahlgesetz verlegt (StenBer. des HptA., S. 2). Der Juristische Ausschuß der MinPräs. der elf deutschen Länder äußert sich in seinen „Empfehlungen“ (gedr., herausgeg. vom Büro der MinPräs., 1949, S. 4) dazu: „Der Ausschuß sieht angesichts des überwiegend politischen Charakters eines Wahlgesetzes von einem Vorschlag ab. Er beschränkt sich auf die Empfehlung, das derzeitige Wahlgesetz (d. h. das für den ersten Bundestag beschlossene Wahlgesetz) nicht, auch nicht einstweilen zu verlängern, da es vom juristischen Standpunkt erhebliche Unstimmigkeiten, insbesondere in § 10 aufweist.“ Dazu auch: W. Jellinek, § 10 (3) d. Wahlges. zum 1. BT. (Tragweite einer angeblich nichtssagender Bestimmung [DOV. 1949, S. 287]).

2. Art. 38 BGG. äußert sich nicht über die *Zahl der Abgeordneten*. Schon in den Verhandl. des OrgA. war Streit über diese Frage entstanden. Strittig war die Zahl. Als höchste Zahl wurde 400 genannt, als niedrigste Zahl 240 (darüber und auch zu den folgenden Ausführungen: *Walter*, CDU., im HptA., gedr. StenBer. S. 2). Die Zahl dürfe nicht zu klein sein, damit die Verbindung zwischen Wählern und Gewählten vorhanden sei. Der OrgA. entschied sich für die Zahl 300. Im HptA. (2. Sitz. v. 11. Nov. 1948; StenBer. S. 3) wurden Bedenken gegen die Nennung einer Zahl geäußert (Menzel, Heuß). *Heuß* meinte insbesondere, man solle die Zahl dem freibleibenden Spiel überlassen, wie in der Weimarer Zeit seit dem automatischen Wachsen je nach der Wahlbeteiligung. Wenn aber eine Zahl in der Verf. genannt werden solle, so die Zahl 400. *Seebohm* (DP.) sprach sich ebenfalls gegen eine Zahl aus (a. a. O.). Der HptA. entschied sich für die Fortlassung einer Zahl.

3. Die in der 2. Sitz. d. HptA. beschlossene Fassung „Groß-Berlin hat das Recht, Abg. zu entsenden“ (StenBer. S. 7) wurde im BGG. gestrichen; ihr Inhalt fand in veränderter Form in § 26 des Wahlges. zum ersten BT. v. 15. Juni 1949 dahin Aufnahme: „Groß-Berlin hat das Recht, bis zum Ein-

tritt des Landes Berlin in die BRepD. acht Abg. mit beratender Funktion in den BT. zu entsenden".

4. Die schon in der WRV. enthaltene Bestimmung (Art. 22), daß die Wahl allgemein, gleich, unmittelbar und geheim ist, wurde in der 10. Sitz. des Plen. (StenBer. S. 228) durch das Wort „frei“ ergänzt. Der dahingehende Antrag wurde ohne Begründung gestellt und ohne Aussprache angenommen.

5. Der HChE. wie der OrgA. sahen bereits für das aktive Wahlrecht das 21. und für das passive Wahlrecht das 25. Lebensjahr vor (Art. 22 WRV. hatte das aktive Wahlrecht auf das 20. Lebensjahr festgesetzt). In der 2. Sitz. des HptA. (StenBer. S. 8) sprach sich Abg. Renner (KPD.) in Anlehnung an die ostdemokratischen Auffassungen für das 18. bzw. 21. Lebensjahr aus.

6. Im OrgA. (Drucks. Nr. 63, S. 3) wurde vorgeschlagen, in Abs. 1 Satz 2 das Wort „ganzen“ zu streichen, um den Gegensatz zwischen Volk und Partei besser zu betonen, während eine andere Meinung dahinging, den ganzen Satz „Sie sind . . .“ bis „unterworfen“ zu streichen, da er eine Selbstverständlichkeit enthalte. Beide Anträge wurden abgelehnt (Drucks. Nr. 102, S. 3). Die vom OrgA. gewählte und endgültig übernommene Fassung wurde, trotzdem sie nach der Meinung eines Abg. der CDU./CSU.-Fraktion den Fraktionszwang mit all seinen unerfreulichen Erscheinungen nicht hat verhindern können, angenommen, nachdem auf die praktische Bedeutung dieser Bestimmung hingewiesen und angeführt wurde, daß in Bayern die Besatzungsmacht versucht habe, den Abg. Weisungen zu geben.

II. Erläuterungen:

1. Der BT. ist die *Volksvertretung* (vgl. zur juristischen Konstruktion der Volksvertretung die bei Stier-Somlo, HdbDStR., 1. Bd., S. 383, Anm. 5 angeführten Theorien von Laband, G. Jellinek, Duguit u. a.). Sie repräsentiert das deutsche Volk; der BT. „verdankt seine repräsentative Stellung dem verwirklichten Prinzip der Volkssouveränität“, er wird „durch das Volk legitimiert“ (Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, 1929, S. 42).

Literatur zum Wesen der Repräsentation und des Repräsentativsystems: Gncist, Das Repräsentativsystem in England, 1864; Locwenstein, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1922; E. Gerber, Der staatstheoretische Begriff der Repräsentation vom Wiener Kongreß bis zur Märzrevolution, 1926; C. Schmitt, Verfl. 1928, S. 204 ff.; G. Jellinek, Allg. StaatsL., 3. Aufl., S. 566; E. Loening, Die Repräsentativverf. im 19. Jahrhundert, 1899; Gierke, Althusius, 1913, S. 28; Kelsen, Allg. StaatsL., 1925, S. 310.

Das Repräsentativsystem beginnt erst seit dem Zeitpunkt, in der die *Gesamtheit*, das Volk, „vertreten“ wird. Das war bei den deutschen landständischen Verfassungen noch nicht der Fall, wohl aber schon in England im 17. Jhrdt. Repräsentation ist Zweifelhelt (Duplizität), d. h. es besteht organmäßig keine Identität zwischen Repräsentanten und Repräsentierten (Leibholz, a. a. O., S. 28). Die Repräsentation setzt also eine *selbständige Existenz* der Repräsentierten voraus (Stier-Somlo, a. a. O., S. 383).

2. *Verhältnis von BT. zum BRat:* Der BRat ist ein Organ, das ebenfalls seine repräsentative Stellung der Volkssouveränität verdankt. Er wirkt in mehreren wichtigen Fällen bei der Gesetzgebung (Art. 29, 61, 79, 81, 105 ff., 134, 135 BGG.) als echte zweite Kammer mit, d. h. er ist mit-

beschließendes Organ (Dennewitz, Das Zweikammersystem, DNV. 1949, S. 42). Der BRat teilt sich daher insoweit mit dem BT. in die Gesetzgebungs-kompetenz.

3. Das Wahlrecht ist *allgemein*, d. h. jeder Deutsche (Art. 116 BGG.), der im Bundesgebiet seinen Wohnsitz hat, kann von seinem Wahlrecht Gebrauch machen; es ist *unmittelbar*, d. h. der Wähler gibt seine Stimme nicht einem Mittelsmann (Wahlmann, wie z. B. nach der landständ. Verf. von Sachsen-Weimar-Eisenach vom Jahre 1816), sondern einem Abgeordneten selbst; es ist *frei*, d. h. auf die Wähler darf keinerlei Zwang ausgeübt werden; es ist *gleich*, d. h. jeder Wähler hat *eine* Stimme (Gegensatz: Pluralwahlrecht) und jede Stimme wiegt gleich (Gegensatz: das preuß. Dreiklassenwahlrecht); es wird *geheim* gewählt, d. h. das Wahlverfahren hat zu garantieren, daß der Wähler seine Stimme so abgeben kann, daß der Name des Abgeordneten, für den er seine Stimme abgibt, geheim bleibt.

Wahlberechtigt und wählbar sind auch die *Frauen* (s. Art. 3 Abs. 2 BGG.). Eine *Wahlpflicht* statuiert das BGG. nicht. Die Auffassung, daß der einzelne verpflichtet sei, für den Staat tätig zu sein und zu wählen, ist weltanschaulich gebunden. Man wird die Wahlpflicht aber auch aus der Grundhaltung des BGG. (z. B. Art. 4 Abs. 1 BGG.) verneinen müssen, da selbst eine Pflicht, für das Vaterland Kriegsdienst mit der Waffe zu leisten, nicht besteht (Art. 4 Abs. 3 BGG.).

Zur Frage des *Wahlsystems* vgl. die Entstehungsgeschichte und die bei Dennewitz-Meißner, D. Verf. d. modern. Staaten, Bd. 4, S. 141/142 angegebene Literatur.

4. Die Abg. sind Vertreter des *ganzen* Volkes, nicht Vertreter eines Wahlkreises, eines Landes usw. Sie sind daher auch unabhängig gegenüber Aufträgen und Weisungen der Partei, der sie angehören. Das Mandat des Abg. ist frei, nicht gebunden (zum Problem des freien und gebundenen — imperativen — Mandats s. die umfangreichen Literaturhinweise bei Dennewitz-Meißner, D. Verf. d. modern. Staaten, 4. Bd., S. 139/140). Die Idee des freien Mandats und der Repräsentation des Gesamtvolkes durch Abgeordnete ist schon von Siéyès entwickelt worden. In seiner berühmten Rede in der franz. NatVers. am 7. Sept. 1789 führte er aus (Hatschek, D. Parlamentsrecht d. DR., I. Teil, 1915, S. 509):

1. Die Wähler jedes Wahlbezirk bestimmen den Repräsentanten im Namen des ganzen Reichs. „Ein Deputierter, der für einen Wahlbezirk gewählt ist, ist im Namen der Gesamtheit der Wahlbezirke gewählt. Er ist der Deputierte der gesamten Nation; alle Staatsbürger sind seine Auftraggeber.“

2. Deshalb ist er nicht den Wählern seines Bezirks irgendwie unterworfen, nur der nationale Wille ist für ihn maßgebend. Daher kann es kein imperatives Mandat geben, das dem einzelnen Abgeordneten von seiner Wählerschaft auferlegt würde.

Diese klassischen Äußerungen treffen auch heute, jedenfalls positivrechtlich, uneingeschränkt zu. Der Abg. kann daher auch weder von seiner Wählerschaft ein Mißtrauen entgegennehmen noch kann er von ihr abberufen werden, falls er anders abstimmt als die überwiegende Zahl seiner Parteifreunde.

Aus den vorstehenden Gesichtspunkten besteht auch keine rechtliche Pflicht, sich Fraktionsentscheidungen zu unterwerfen (*Fraktionszwang*). Das BGG. spricht ausdrücklich davon, daß der Abg. nur *seinem* Gewissen unterworfen ist. Die zu dieser Frage gemachten Äußerungen des BPräs.

Heuß (Handb. d. Deutschen BT., herausgegeben von Fritz Säger, 1949, S. 8) verdienen hier wiedergegeben zu werden:

„Für die letzten Entscheidungen gelten nur individuelle Verantwortungen. Es gelten in den einzelnen politischen Gruppen (und in den Ländern!) verschiedene Traditionen in dem, was man ‚Fraktionsdisziplin‘ nennt und was im Grenzfall zum ‚Fraktionszwang‘ wird. Darüber gibt es ziemlich pointenreiche Publizistik; sie trifft bei uns in Deutschland einen rechtlich irrelevanten Vorgang. Denn niemand muß sich einem Zwang beugen. Wenn er es tut, d. h. praktisch, wenn er sich dem Beschluß der Fraktionsmehrheit unterwirft, den er sachlich und taktisch für falsch hält, dann gibt er dem Gesetz der Demokratie, dessen Wirkung er für das Allgemeine fordert, auch im begrenzten Rahmen Geltung. Tut er es nicht, so wird dadurch sein Mandat nicht berührt, wohl aber seine politische Wirkkraft; sie kann geschwächt, sie kann verstärkt werden, das kommt auf den Anlaß an und auf die Person. Die Parlamentsgeschichte aller Völker kennt diese Spannung, sie ist hintergründige motorische Kraft aller Kämpfe um den Gewinn und die Sicherung einer Mehrheitsbildung, ob es sich um das Zweiparteien-, ob es sich um das Mehrparteiensystem handle.“

So mag sich der Abg. ethisch und politisch an die Fraktion und seine Partei gebunden erachten, rechtlich besteht eine solche Bindung nicht, wenn er aufgefordert ist, seine Meinung zu sagen oder abzustimmen. Will sich ein Abg. nicht der Mehrheitsentscheidung seiner Fraktion beugen, will er anders als sie stimmen, so kann er daran nicht gehindert werden; die Fraktion kann ihn aus ihrer Gemeinschaft ausschließen, ohne daß er deshalb sein Mandat verlore. Es bleibt dann ihm überlassen, als „Wilder“ das Mandat weiter auszuüben oder bei einer anderen Fraktion oder Partei des Parlaments zu hospitieren (s. Erl. zu Art. 40). Frei steht es dem Abg. auch, dem Fraktionszwang dadurch zu entgehen, daß er sich der Stimme enthält oder der Sitz. fern bleibt. Eine unkontrollierbare Betätigung der Gewissensfreiheit kann er tatsächlich nur in der geheimen Abstimmung üben.

Die Übung des Fraktionszwanges widerspricht dem Art. 38 BGG. und dem ihm zugrunde liegenden modernen Repräsentativsystem. Seine dauernde Betätigung würde eine Änderung der Verfassungsgrundlage in der Richtung des Parteienstaates bedeuten. Anzeichen dafür sind zweifellos bereits vorhanden. So wurden eine Reihe von Abg. bei der Abstimmung über den Bundessitz von ihrer Partei unter Druck gesetzt, gegen ihre bessere Überzeugung zu stimmen. Solche Beschlüsse sind geeignet, die Verfassung, die parlamentarische Demokratie und die Stellung der Abgeordneten zu diskreditieren.

5. Das BGG. gilt auch im Gebiete des Landes Berlin (Art. 23 BGG.). Die Berliner Abg. des BT. haben aber nur beratende Stimme (§ 26 Wahlges. zum 1. BT. v. 15. 6. 49 [BGBl. S. 21]). Gleichwohl besitzen sie in den Fraktions- und Ausschußsitz. einen z. T. nicht unerheblichen Einfluß.

6. Nach § 8 des Wahlges. v. 15. 6. 49 beträgt die Zahl der BT.-Abg. mindestens 400. Zum 1. BT. wurden 402 Abg. gewählt. Das Wahlsystem zum 1. BT. ist in § 10 des Wahlges. v. 15. 6. i. d. Fass. des ÄndGes. v. 5. 8. 49 (BGBl. S. 25) geregelt. Diese Bestimmung lautet:

(1) Alle im Lande abgegebenen Stimmen jeder im Landesmaßstab zugelassenen Partei werden zusammengezählt, aus diesen Summen werden nach dem Höchstzahlverfahren (d'Hondt) die jeder Partei zustehenden Mandate errechnet, wobei zuvor die Mandate in Abzug gebracht werden, welche auf solche Kreiswahlvorschläge entfallen, die nicht an Landesergänzungsvorschläge angeschlossen sind (Unabhängige; nicht im Landesmaßstab zugelassene Parteien).

(2) Von der für jede Partei so ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der in den Wahlkreisen von ihr errungenen Mandate abgerechnet. Die hiernach ihr zustehenden Sitze aus dem Landesergänzungsvorschlag werden in dessen Reihenfolge besetzt.

(3) In den Wahlkreisen errungene Mandate verbleiben der Partei auch dann, wenn sie die nach Absatz 1 ermittelte Zahl übersteigen. In einem solchen Fall erhöht sich die Gesamtzahl der für das Land vorgesehenen Abgeordnetensitze um die gleiche Zahl; eine erneute Berechnung nach Absatz 1 findet nicht statt.

(4) Parteien, deren Gesamtstimmenzahl weniger als fünf vom Hundert der gültigen Stimmen im Lande beträgt, werden bei der Errechnung und Zuteilung der Mandate nach Absatz 1—3 nicht berücksichtigt.

(5) Die Vorschrift in Absatz 4 findet keine Anwendung, sofern die Partei in einem Wahlkreis des Landes ein Mandat errungen hat.

Zu § 10 Wahlges. s. auch W. Jellinek in DOV. 1949, S. 287.

7. Die näheren Einzelheiten über die Wahlberechtigung und die Wahlbarkeit bestimmt sich gem. Art. 38 Abs. 3 BGG. nach einem vom BT. zu erlassenden *Bundswahlgesetz*, das derzeit noch nicht ergangen ist. Für den ersten BT. galten die oben angeführten Wahlgesetze, die hier wegen der Befristung für den ersten BT. nicht weiter erläutert werden.

III. 1. Im Gegensatz zur Preuß. Verf. vom 31. Jan. 1850 (Dreiklassenwahlrecht) bestand für die *Reichstagswahl* das allgemeine, gleiche, unmittelbare und geheime Wahlrecht (vgl. Art. 20 RV. 71 u. das Wahlges. v. 31. Mai 1869).

2. Erst unter der Geltung der WRV. wurde für das *aktive Wahlrecht* das 20. Lebensjahr bestimmt (in der Monarchie 25. Lebensjahr). Die Bestimmung über das *passive Wahlrecht* (Vollendung des 25. Lebensjahres) entspricht dem RWahlges. v. 27. April 1920 (RGBl. S. 627) und der RWahlO. v. 21. Dez. 1920 (RGBl. S. 2171). In der UdSSR. ist das aktive wie passive Wahlrecht auf das 18. Lebensjahr festgesetzt (Art. 135 der UdSSR.-Verf. von 1936). In Brandenburg, Mecklb., S.-A. u. Thür. gilt das 20. bzw. 23. Lebensjahr, in Sachsen das 18. bzw. 21. Lebensjahr, in den USA. das 21. (XIV. Amendment v. 28. Juli 1868) bzw. das 25. Lebensjahr (Art. I Sect. 2 der US.-Verf. v. 1787), in Großbritannien für das aktive wie das passive Wahlrecht das 21. Lebensjahr.

3. Das *freie Mandat* ist, was beachtlich ist, in deutsche Verfassungen schon zu einer Zeit aufgenommen worden, in der die politischen Werte des Liberalismus noch nicht zur Diskussion standen. Die noch nicht liberalen Verfassungen von Sachsen-Weimar-Eisenach vom Jahre 1816 (§ 67) und von Württemberg vom Jahre 1819 (§ 155) kennzeichnen diesen besonderen verfassungsrechtlichen Stil (national-staatsbürgerliche Epoche: *Dennewitz*, Die Systeme des Verwaltungsrechts, 1948, S. 29). Auch im Entwurf der Frankfurter RV. von 1849 (§ 96) ist das Repräsentativsystem anerkannt worden.

„Dennewitz-Schneider