

Private Interessen im Gesetzgebungsprozess

Das freie Mandat (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) – ein verfassungsrechtliches Fossil?

Von der unzureichenden Berücksichtigung des parlamentarischen Lobbyismus in der zeitgenössischen deutschen Verfassungslehre

Odile Ammann *

Abstract: Vor bald hundert Jahren bezeichnete der Politikwissenschaftler Fritz Morstein Marx das freie Mandat als «verfassungsrechtliches Fossil». Grund dafür war die Macht, welche die Parteien auf die Abgeordneten ausübten. Der Aufsatz geht der Frage nach, wie diese Einschätzung heute zu bewerten ist. Er argumentiert, dass das heutzutage vorherrschende Verständnis des freien Mandats (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) weder zeitgemäss noch demokratisch ist. Ein besonderes Augenmerk wird dabei dem parlamentarischen Lobbyismus gewidmet, der in den vergangenen Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen hat und die Abgeordneten massgeblich beeinflusst. Der Aufsatz beleuchtet das staatsphilosophische Fundament des freien Mandats und plädiert für ein revidiertes Verständnis dieser Norm, das dieser gewandelten politischen Realität Rechnung trägt. Ferner betont er die Notwendigkeit institutioneller Begleitmassnahmen, welche die Unabhängigkeit der Abgeordneten und die Freiheit der parlamentarischen Deliberation schützen.

I. Das freie Mandat im Zeitalter des Lobbyismus

Vor bald einem Jahrhundert bezeichnete der Politikwissenschaftler Fritz Morstein Marx das freie Mandat als «verfassungsrechtliches Fossil».¹ Wie ist diese Einschätzung heute zu bewerten?

Dieser Aufsatz pflichtet Morstein Marx bei und argumentiert, dass das heutzutage vorherrschende Verständnis des freien Mandats gemäss Art. 38

* Die Autorin dankt den Teilnehmenden der 61. Jungen Tagung Öffentliches Recht sowie Damian Cueni und Raffaella Kunz für ihre hilfreichen Fragen und Anmerkungen. Ein besonderer Dank gebührt Vincent Barras, Jan Keesen, Stefan Schlegel, Kathrin Strauß und den Forschenden des Liechtenstein-Instituts für wertvolle Anregungen.

1 Morstein Marx, AÖR 1926, 430 (443).

Abs. 1 S. 2 des Deutschen Grundgesetzes (GG)² weder zeitgemäss noch demokratisch ist. Besonders sichtbar wird dies in Bezug auf den parlamentarischen Lobbyismus. Dieser wird in der deutschen Verfassungslehre vernachlässigt, was den Eindruck einer Versteinerung des deutschen Verfassungsrechts verstärkt.

Statt sich ausschliesslich mit der positivrechtlichen, dogmatischen Tragweite des freien Mandats auseinanderzusetzen, verfolgt der vorliegende Beitrag eine normative, staatsphilosophische und rechtshistorische Perspektive. Er beleuchtet, welche Grundgedanken zum Verbot des imperativen Mandats geführt haben, und überprüft, ob das aktuelle Verständnis des freien Mandats dem demokratischen Anspruch dieser Norm gerecht wird. Entsprechend wird vorwiegend auf die institutionellen Implikationen des freien Mandats eingegangen und weniger auf die Rechte und Pflichten, welche Lehre und Rechtsprechung daraus ableiten.³

Der Beitrag konzentriert sich auf das Verfassungsrecht. Nicht eingehend thematisiert werden Konkretisierungen des freien Mandats auf anderen Normstufen, wie etwa die einschlägigen Bestimmungen des Abgeordnetengesetzes,⁴ die «Verhaltensregeln für Mitglieder des Bundestages»⁵, die vom Bundestagspräsidium hierzu erlassenen Ausführungsbestimmungen⁶ sowie die Normen zur «Registrierung von Verbänden und deren Vertretern».⁷ Auch das parlamentarische Gewohnheitsrecht, das zu den Quellen des Parlamentsrechts gehört,⁸ steht nicht im Zentrum dieser Analyse.

Diese Akzentsetzung bedeutet keineswegs, dass die soeben genannten Konkretisierungen des freien Mandats unwichtig oder einwandfrei sind. Oft wird darauf hingewiesen, dass Deutschland als erster Staat in der

2 Gemäss dieser Bestimmung sind die Mitglieder des Deutschen Bundestages «Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen».

3 Siehe etwa *Butzer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 45. Aufl., 2020, Art. 38 Rn. 108 ff.

4 Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages (AbgG). Siehe insbesondere den 10. Titel des AbgG zur «Unabhängigkeit des Abgeordneten» (§ 44a ff. AbgG).

5 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GO-BT), Anlage 1.

6 Bekanntmachung der Ausführungsbestimmungen zu den Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages, 18.6.2013.

7 GO-BT, Anlage 2.

8 *Müller*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl., 2018, Art. 38 Rn. 43.

EU Lobbytätigkeiten reguliert habe.⁹ 1972 markiert das Geburtsjahr der öffentlich einsehbaren Liste der «Verbände, die Interessen gegenüber dem Bundestag oder der Bundesregierung vertreten».¹⁰ Ausserhalb der EU haben nur die USA eine ältere Lobbyregulierung als Deutschland.¹¹

Seit den 1970er Jahren ist jedoch keine Anpassung der Vorschrift zur Registrierung von Interessengruppen mehr erfolgt, weshalb diese Regelung von der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) als überholt betrachtet wurde.¹² Im März 2021, kurz vor der Veröffentlichung dieses Beitrags, einigten sich die Abgeordneten des Bundestages im Zuge der COVID-19-Maskenaffäre zwar endlich auf ein verbindliches Lobbyregister, das die soeben genannte Liste der Verbände ersetzen und auch den Lobbyismus auf der Ebene der Verwaltung umfassen soll.¹³ Mehrere NGOs halten das geplante Register jedoch für unzureichend, weil dieses Schlupflöcher beinhalte und keine umfassende Transparenz schaffe.¹⁴ Es bleibt abzuwarten, wie die GRECO das neue Lobbyregister bewerten wird.

Die relativ frühe Befassung des deutschen Bundesgesetzgebers mit Lobbytätigkeiten sollte jedenfalls nicht darüber hinwegtäuschen, dass die GRECO in der Vergangenheit in verschiedenen Bereichen Verbesserungspotenzial erkannt hat.¹⁵ Deutschland hat die Empfehlungen der GRECO bis heute nur teilweise umgesetzt, und die Maskenaffäre hat das Bestehen gewichtiger Schwachstellen bestätigt, weshalb die deutsche Regulierung des parlamentarischen Lobbyismus auch künftig aufmerksam zu verfolgen sein wird.

Dieser Aufsatz ist wie folgt gegliedert. Zunächst wird eine Begriffsklärung vorgenommen (II.). Anschliessend wird die Frage aufgeworfen, ob das durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantierte freie Mandat tatsächlich

9 *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Regelung von Interessenvertretung («Lobbying») in Deutschland, im Ausland und nach internationalen Standards, 2017, S. 1 (8).

10 Siehe Anlage 2 GO-BT, Ziff. 1.

11 *Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 9), S. 8.

12 GRECO, Fourth Evaluation Round: Corruption Prevention in Respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors, Evaluation Report: Germany, 10.10.2014, GRECO Eval IV Rep (2014) 1E, Rn. 32.

13 *Die Zeit*, Bundestag führt Lobbyregister ein, 25.3.2021. Zur Maskenaffäre siehe Klein, Politische Korruption – Nicht nur ein strafrechtlicher Tabubruch!, 2021, <http://www.juwiss.de/30-2021> (letzter Aufruf am 30. April 2021).

14 *Transparency International Deutschland*, Einigung beim Lobbyregister – Transparenz geht anders, 3.3.2021; *abgeordnetenwatch.de*, Augenwischerei statt Transparenz – Update, 23.3.2021.

15 GRECO (Fn. 12), Rn. 252, und die seither veröffentlichten Konformitätsberichte.

ein «verfassungsrechtliches Fossil» darstellt (III.). Ausgehend von der Feststellung, dass dessen zeitgenössische Verständnis in mehrfacher Hinsicht problematisch ist, wird für die Notwendigkeit eines demokratischen und zeitgemässen Verständnisses des freien Mandats plädiert (IV.). Abschliessend wird auf die institutionellen Implikationen dieses revidierten Verständnisses eingegangen (V.)

II. Begriffsklärung

Zunächst sind zwei Begriffe zu erläutern, die im vorliegenden Beitrag eine prominente Rolle spielen: einerseits das freie Mandat (1.), andererseits der Begriff des Lobbyismus (2.).

1. Das freie Mandat

Das freie Mandat – auch Instruktionsverbot,¹⁶ Prinzip der auftragsfreien Repräsentation¹⁷ oder ungebundenes Mandat genannt – sieht vor, dass die Abgeordneten an keinerlei Weisungen gebunden sind. Es ist in den meisten europäischen Verfassungen verankert, weshalb es in der Lehre als «gemeineuropäisches Rechtsgut» bezeichnet wird.¹⁸ Der Gegenbegriff zum freien Mandat ist das imperative Mandat; bisweilen wird auch der Ausdruck des gebundenen Mandats verwendet. Einer solchen Weisungsgebundenheit unterliegen etwa die Mitglieder des deutschen Bundesrats.

Die deutsche Formulierung ist im europäischen Vergleich besonders ausführlich. Gemäss Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sind die Mitglieder des Bundestages «Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen». Das freie Mandat ist im Übrigen auch in allen Verfassungen der deutschen Länder festgehalten.¹⁹

In anderen Staaten fällt der Wortlaut der Garantie des freien Mandats wesentlich knapper aus. Die schweizerische Bundesverfassung (BV) erwähnt nur, dass «[d]ie Mitglieder der Bundesversammlung ohne Weisungen [stimmen]» (Art. 161 Abs. 1 BV). Auch Art. 27 der Verfassung Frank-

16 Art. 161 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

17 Feinen, *Der Abgeordnete im Zugriff privater Interessen*, 2018, S. 23.

18 Morlok, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 20-82, 3. Aufl., 2015, Art. 38 Rn. 17.

19 Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Bd. IV, Art. 23-53a, 92. Aufl., 2020, Art. 38 Rn. 24.

reichs hält lediglich fest, dass «[j]edes imperative Mandat (...) nichtig [ist]».

2. Lobbyismus

Lobbyismus ist der Versuch, die Entscheide derjenigen zu beeinflussen, die in einem öffentlichen Entscheidungsprozess rechtliche Autorität innehaben. Keine Lobbyisten sind Bürgerinnen und Bürger, die in ihrem eigenen Namen handeln²⁰ (wobei Instruktionen einzelner Wählerinnen und Wähler gegen das freie Mandat verstossen, siehe hinten, IV.1.). Diese Ausnahme ist berechtigt, weil das Volk der politische Souverän ist, das Parlament wählt und von diesem repräsentiert wird.²¹ Da Wahlen nur in grösseren zeitlichen Abständen stattfinden, ist ein permanenter Dialog zwischen Volk und Abgeordneten nötig, der die Responsivität der Volksvertreterinnen und -vertreter und die demokratische Legitimation der Gesetzgebung sicherstellt.²² Wichtig ist zu diesem Zweck die Transparenz der gesetzgeberischen Tätigkeit, die es den Bürgerinnen und Bürgern erst ermöglicht, ihre Repräsentanten zur Rechenschaft zu ziehen.²³ Die Wählerschaft muss insbesondere in der Lage sein, allfällige Interessenbindungen der Abgeordneten zu erkennen. Die Transparenz solcher Bindungen erlaubt es ihr, diese Interessen einzuordnen und zu beurteilen, ob sich die Volksvertreter tatsächlich an den Interessen des Volkes orientieren.

Da sich der vorliegende Beitrag mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und der parlamentarischen Phase des Gesetzgebungsverfahrens auseinandersetzt, konzentriert er sich naturgemäss auf den Bundestag²⁴ und somit auf den parlamentarischen Lobbyismus. Natürlich zielen Lobbytätigkeiten nicht nur

20 So auch *Milbrath*, *The Washington Lobbyists*, 1963, S. 8.

21 Art. 20 Abs. 2 GG. Siehe hierzu *Hartmann*, *AöR* 2009, 1 (9). Dies trifft auch auf das Vereinigte Königreich zu, wo die stark ausgeprägte rechtliche parlamentarische Souveränität die politische Volkssouveränität nicht zu verdrängen vermag: *White*, *Parliamentary Affairs* 2020, 1.

22 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 1, 19; *Magiera*, in: *Sachs* (Hrsg.), *GG*, 8. Aufl., 2018, Art. 38 Rn. 26.

23 So auch *Müller*, der auf das Prinzip der Öffentlichkeit des Parlaments und Art. 42 GG verweist: *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 19. Siehe weiter *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 34.

24 Das freie Mandat betrifft in Deutschland nur die Mitglieder des Bundestages. Nicht davon erfasst ist der Bundesrat, da dessen Mitglieder weisungsgebunden sind. Der Bundesrat hat nicht den Status einer zweiten Kammer, ausser in Bezug auf das Recht der EU, und seine Mitglieder werden nicht vom Volk gewählt. Ent-

auf das Parlament ab. Ähnliche (wenn auch nicht identische) Fragen stellen sich ebenfalls bezüglich der Exekutive.²⁵ Entsprechend wird das – im Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Beitrags soeben verabschiedete – Lobbyregister nicht nur den Bundestag, sondern auch die Bundesregierung betreffen.

Das freie Mandat wirkt sich nicht nur auf das Verhältnis zwischen Abgeordneten und Lobbygruppen aus. Betroffen ist auch die Relation der Abgeordneten zu ihrer Wählerschaft, zu ihrer Partei und zu ihrer Fraktion, sowie jene zwischen Partei und Fraktion.²⁶ Hingegen hat sich die Verfassungslehre zum freien Mandat kaum mit der Frage des Lobbyismus befasst, weshalb im Folgenden näher darauf eingegangen wird.

III. Problemstellung: das freie Mandat als «verfassungsrechtliches Fossil»?

Dieser Abschnitt beginnt mit einem Überblick über die in der Verfassungslehre vielfach geübte Kritik an der Macht von Parteien und Fraktionen über die Abgeordneten (1.). Zweitens wird auf die liberale Repräsentationstheorie eingegangen, die das staatsphilosophische Fundament des freien Mandats bildet (2.). Schliesslich wird gezeigt, dass *Morstein Marx*' Aussage mehr denn je zutrifft, insbesondere angesichts der Abhängigkeit der Abgeordneten von Interessengruppen (3.).

1. Frühe Kritik an der Macht von Parteien und Fraktionen

Als *Fritz Morstein Marx*' Aufsatz 1929 erschien, waren Lobbytätigkeiten nicht annähernd so verbreitet und professionalisiert wie heute. Damals war die Weimarer Reichsverfassung,²⁷ die den Beginn der parlamentarischen Demokratie markierte, noch in Kraft. Die Ausführungen des Poli-

sprechend handelt es sich in diesen beiden Fällen um unterschiedlich gelagerte Repräsentationsverhältnisse.

25 Siehe etwa *Michaelis*, Regulierung des Lobbyismus, 2018, S. 44 f.; *GRECO*, Fifth Evaluation Round, Preventing Corruption and Promoting Integrity in Central Governments (Top Executive Functions) and Law Enforcement Agencies, Evaluation Report: Germany, 29.10.2020, GRECO Eval5Rep(2019)6, Rn. 61-63.

26 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 95. Zu letzterem Aspekt siehe *ibid.* Rn. 108 ff., 119 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 16. Aufl., 2020, Art. 38 Rn. 41.

27 Der Wortlaut von Art. 21 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) ist mit jenem von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nahezu identisch.

tikwissenschaftlers bezogen sich ausschliesslich auf den Druck, den die Parteien auf die Abgeordneten ausübten. Insbesondere kam es regelmässig vor, dass Abgeordnete von ihrer Partei dazu genötigt wurden, ihr Mandat niederzulegen. Solche sog. Blankoverzichtserklärungen und Rücktrittsreserve werden heutzutage als verfassungswidrig erachtet.²⁸ *Morstein Marx* kritisierte diese Praxis scharf, weil sie die Unabhängigkeit der Abgeordneten massgeblich einschränke und das freie Mandat gefährde. Wie bereits im Titel seines Aufsatzes («Rechtswirklichkeit und freies Mandat») zum Ausdruck kommt, beanstandete er, dass die verfassungsrechtliche Doktrin des freien Mandats die Rechtswirklichkeit zu wenig berücksichtige.

Die Kritik an der Macht der Parteien verstummte auch in späteren Jahren nicht.²⁹ In den 1930er Jahren wurde der Reichstag bekanntlich zu einem «politisch bedeutungslosen blossen Akklamationsorgan».³⁰ Später, in den 1950er und frühen 1960er Jahren, prägte *Gerhard Leibholz*' Parteienstaatslehre die verfassungsrechtliche Doktrin und Rechtsprechung.³¹ *Leibholz* kritisierte die Verzerrung des Repräsentationsverhältnisses durch die Macht der Parteien und die dadurch bewirkte Abkehr vom liberalen Repräsentationsverständnis (siehe sogleich, 2.).³² In den 1960er Jahren stellte *Christoph Müller* fest, dass angesichts der Bindungen der Abgeordneten zu Parteien und Fraktionen «kaum eine Vorschrift des Bonner Grundgesetzes (...) in einem auffälligeren Missverhältnis zur Welt der Tatsachen zu stehen» scheine als Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.³³ Auch in der zeitgenössischen verfassungsrechtlichen Lehre zum freien Mandat wird immer wieder beobachtet, dass Norm und Realität auseinanderklaffen. Diese Feststellung einer Diskrepanz zwischen der verfassungsrechtlichen Zielsetzung des freien Mandats und der politischen Praxis ist auch in Schriften zum freien Mandat zu verzeichnen, die sich auf andere Staaten beziehen.³⁴

28 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 106; *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 51; *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 63; *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 48.

29 Siehe etwa die Hinweise in *Müller*, Das imperative und freie Mandat, 1966, S. 7 ff.

30 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 9. Die in Art. 21 WRV verankerte Institution des freien Mandats fand später in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Eingang.

31 Siehe hierzu *Hecker*, STAAT 1995, 287. *Leibholz* war von 1951 bis 1971 Bundesverfassungsrichter.

32 Siehe insbesondere *Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation, 3. Aufl., 1966.

33 *Müller*, Mandat (Fn. 29), S. 1.

34 Siehe etwa (in Bezug auf Fraktionen und Parteien) *Bußjäger*, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), LV, 2016, Art. 57 Rn. 17. Siehe auch (bezüglich des schweizerischen Milizparlaments) *Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., 2016, S. 455 f., Rn. 3.

Zwar wird erkannt, dass die Macht der Parteien und Fraktionen die Tragweite des freien Mandats relativiert. Die Bindungen zu den Parteien gelten jedoch in Anbetracht von Art. 21 GG als «verfassungsrechtlich erlaubt und gewollt».³⁵ Der Auftrag der Parteien führt dazu, dass die Tragweite des freien Mandats relativiert werden muss. *Hermann Butzer* betont, dass Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zwar die Unabhängigkeit der Abgeordneten von den Parteien und Fraktionen zu sichern bezwecke, wobei «der Verfassungsgeber im GG auch nicht den Idealtypus einer Repräsentativverfassung im Sinne des 19. Jahrhunderts geschaffen» habe.³⁶ Weiter wird auf die praktische Notwendigkeit von Fraktionen hingewiesen.³⁷ So erlaube es die Fraktion den Abgeordneten, einen «nachhaltigen Einfluss auf das parlamentarische Geschehen» auszuüben.³⁸ Immerhin dürfen Parteien und Fraktionen das freie Mandat nicht seines Sinnes entleeren. Im Konfliktfall genießt Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als *lex specialis* Vorrang gegenüber Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG.³⁹ Zudem wird darauf hingewiesen, dass nicht die Parteien, sondern das Parlament das Organ der Volksvertretung ist; selbst wenn die Parteien gemäss Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG «bei der politischen Willensbildung des Volkes mit[wirken]», darf sich diese Willensbildung «nicht in die Parteien verlager[n]».⁴⁰ Dennoch besteht weiterhin ein Spannungsverhältnis zum freien Mandat.⁴¹

Ebenfalls von der Lehre thematisiert wird der Unterschied zwischen (zulässiger) Partei- bzw. Fraktionsdisziplin und (unzulässigem) Partei- bzw. Fraktionszwang.⁴² Letzterer gilt als verfassungswidrig, weil er einem imperativen Mandat gleichkomme:⁴³ ein solcher Zwang hindere die Abge-

35 BVerfG, Urt. v. 8.12.2004 – 2 BvE 3/02, BVerfGE 112, 118 (135); *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Fraktionsdisziplin und Abgeordnetenstatus gemäß Art. 38 Grundgesetz, 2013, S. 1 (4). Siehe auch *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 129; *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 50. Siehe ferner *GRECO* (Fn. 12), Rn. 20.

36 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 129.

37 *Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 35), S. 4; *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 129; *Müller*, Mandat (Fn. 29), S. 13. Siehe auch *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 199.

38 *Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 35), S. 6.

39 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 133.

40 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 49 f.

41 Siehe *Towfigh/Ulrich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), GG, 205. Aufl., 2020, Art. 21 Rn. 211.

42 Zu dieser gängigen Unterscheidung siehe *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 51. Während sich im ersten Fall «der Abgeordnete freiwillig in das einheitliche Auftreten der Fraktion einordnet», wird im zweiten Fall «unmittelbar auf die Entscheidungsfreiheit des Abgeordneten eingewirkt». Das einschlägige Kriterium ist die freie Willensbildung der einzelnen Abgeordneten.

43 *Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 35), S. 5; *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 131.

ordnen, nach ihren eigenen politischen Wertvorstellungen zu handeln.⁴⁴ Gleichzeitig gilt als etabliert, dass das freie Mandat nicht jegliche Art von Sanktionen verbietet. Während es verfassungswidrig ist, Abgeordnete wegen ihres Abstimmungsverhaltens aus der Partei auszuschließen, gilt es als zulässig, diesen Personen bei den nächsten Wahlen die Unterstützung zu verweigern.⁴⁵ Angesichts dessen ist die Grenze zwischen Freiheit und Zwang durchaus unscharf.⁴⁶ Insbesondere der Umstand, dass von den Abgeordneten freiwillig eingegangene Bindungen als unproblematisch gelten, trägt strukturellen Abhängigkeiten und der notwendigen Eigenständigkeit der Mitglieder des Bundestages zu wenig Rechnung.

Das (Verfassungs-)Recht bestimmt, was sein *soll*, und nicht, was ist. Entsprechend ist der Umstand, dass die Realität sich nicht mit den Erwartungshaltungen des Rechts deckt, noch kein Grund, die betreffende (Verfassungs-)Norm als irrelevant zu betrachten. Dass die Lehre des freien Mandats Lobbytätigkeiten ausklammert, ist historisch bedingt. Problematisch ist hingegen ein Verständnis dieser Norm, das deren Zielsetzung nicht gebührend Rechnung trägt und zentrale (und allenfalls problematische) Aspekte der Rechtswirklichkeit nicht als solche erkennt.

Einige kritische Stimmen erachten den erwähnten Unterschied zwischen dem Anspruch des freien Mandats und der politischen Praxis als problematisch. Zu diesen Stimmen gehört etwa *Hans Herbert von Arnim*, der betont, dass «zwischen Verfassungsnorm und Realität (...) eine nur mühsam verdeckte riesige Diskrepanz» bestehe und «sich ein inoffizielles Schatten-System entwickelt [hat], in dem nicht Gemeinnutz, sondern Eigennutz vorherrscht».⁴⁷ Der Autor unterstreicht den Druck, den die Parteien auf die Abgeordneten ausüben, und der deren Autonomie stark einschränkt.⁴⁸

Überraschenderweise wird in diesen und ähnlichen Schriften jedoch kaum auf den Einfluss eingegangen, der von Interessengruppen ausgeht. Dabei sind diese – wie die Parteien und Fraktionen – fester Bestandteil der Rechtswirklichkeit.⁴⁹ Bevor auf diese faktischen Bindungen eingegangen

44 *Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 35), S. 7.

45 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 133 f.

46 Dieses Problem wird in der Lehre erkannt: siehe etwa *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 57.

47 *von Arnim*, ZRP 2002, 223 (224).

48 *Ibid.* 230.

49 Siehe beispielhaft *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 53 ff.; den Interessengruppen wird immerhin ein Abschnitt gewidmet, siehe *ibid.* Rn. 68. Siehe ferner *Gusy*, ZfP

wird, ist es nötig, kurz die staatsphilosophischen Ursprünge des freien Mandats zu beleuchten.

2. Die liberale Repräsentationstheorie

Das bereits in den 1920er Jahren und bis heute vorherrschende Verständnis des freien Mandats geht von einem Idealbild aus, wonach die Abgeordneten frei von externen Einflüssen und deshalb jederzeit in der Lage sind, sich am Gemeinwohl zu orientieren. Nach diesem Modell sind die Abgeordneten nicht weisungsgebunden und insbesondere nicht das Sprachrohr ihres Wahlkreises (sog. *Delegate-Modell*), sondern handeln treuhänderisch im Interesse des gesamten Volkes (sog. *Trustee-Modell*).

Dieses Idealbild entspricht der liberalen Repräsentationstheorie, die von *Edmund Burke* und *Emmanuel-Joseph Sieyès* entscheidend geprägt und verteidigt wurde. Das freie Mandat ist eine Errungenschaft der liberalen Revolutionen, die die Abkehr von der ständischen Interessenvertretung hin zur Repräsentation der gesamten Nation markierten.⁵⁰ In Frankreich kam dieser Wandel am 17. Juni 1789 zum Ausdruck. An diesem Tag erklärten sich die Vertreter des Dritten Standes zu den Repräsentanten der gesamten Nation. Damit löste die neu geschaffene Nationalversammlung die *États généraux* ab.⁵¹ Ziel war nicht mehr die Vertretung bestimmter ständischer Gruppen, sondern jene des gesamten Volkes.⁵² Dies hatte unter anderem die Abschaffung des imperativen Mandats zur Folge, des Wesensmerkmals der ständischen Gesellschaftsordnung. So garantierte die französische Verfassung von 1791 erstmals das freie Mandat.⁵³ Mit der Einführung des freien Mandats wurde zugleich *Jean-Jacques Rousseaus* Theorie der direkten De-

1989, 264 (279 ff.). Für eine ähnliche Feststellung: *Schiess Rütimann*, Politische Parteien, 2011, S. 125 ff.

50 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 3. Schon vor den liberalen Revolutionen existierten sog. Parlamente, wobei sie bei weitem nicht alle Eigenschaften und Kompetenzen eines Parlaments im modernen, liberalen Sinn besaßen. Entsprechend unterschied sich auch deren Repräsentationsverständnis von der liberalen Repräsentationstheorie. Zu diesen Proto-Parlamenten siehe *ibid.* Rn. 4 ff.; *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 1 ff.; *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 32 ff.

51 *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 3.

52 *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 189.

53 Siehe deren Art. 7.

mokratie abgelehnt.⁵⁴ *Sieyès* stand *Rousseaus* Ideen kritisch gegenüber und plädierte stattdessen für die Schaffung einer repräsentativen Demokratie, in welcher das Volk durch weisungsunabhängige, dem Gemeinwohl verpflichtete Abgeordnete vertreten würde. Als «Vaterland des deutschen Parlamentarismus»⁵⁵ beeinflusste Frankreich – und damit auch *Sieyès*' liberale Repräsentationstheorie – das deutsche Verständnis des freien Mandats.⁵⁶

Das imperative Mandat wurde auch aus praktischen Gründen abgeschafft. Ziel war, zu vermeiden, dass Entscheide blockiert wurden, weil die Vertreter aufgrund ihres beschränkten Mandats nicht befugt waren, in Kompromisse einzuwilligen. Deshalb wurde das imperative Mandat bereits vor der Französischen Revolution von gewissen Akteuren (und insbesondere vom französischen König) als problematisch erachtet.⁵⁷ Heute noch bezweckt das freie Mandat nicht nur den Schutz der Unabhängigkeit der Abgeordneten, sondern auch die Wahrung der Funktionsfähigkeit des Parlaments.⁵⁸ Es stellt sich allerdings die Frage, ob das freie Mandat diese Ziele effektiv noch erfüllt.

3. Ein realitätsfernes Repräsentationsmodell

Fast ein Jahrhundert nach ihrer Formulierung stimmt *Morstein Marx*' Einschätzung mehr denn je. Grund dafür ist einerseits, dass die liberale Repräsentationstheorie strukturelle Abhängigkeiten der Abgeordneten ausblendet (vorne, 2.). Andererseits haben sich seit den 1920er Jahren neue politische Akteure profiliert, die auf die Abgeordneten Druck ausüben. Wie auch in anderen Ländern ist in Deutschland eine schwindende Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit den politischen Parteien festzustellen, was sich etwa in den sinkenden Mitgliederzahlen niederschlägt.⁵⁹ Diese Entwicklung korreliert mit einer zunehmend starken Stellung von

54 *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 189. Siehe *Rousseau*, *Du contrat social*, 2017 [1762], Buch III, Kap. XV. Gemäss *Rousseau* sollten die Repräsentanten lediglich Sprachrohre des Volkes sein.

55 *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 441.

56 Zu beachten ist auch das (demokratischere) Repräsentationsverständnis der *Federalist Papers*, welches das Grundgesetz ebenfalls prägte. Siehe dazu eingehend *Dreier*, AöR 1988, 450.

57 *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 441; *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 189.

58 *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 46; *Feinen*, *Der Abgeordnete* (Fn. 17), S. 59.

59 *Niedermayer*, *Mitgliederentwicklung der Parteien*, 2020, <http://www.bpb.de/politik/grundfragen/parteien-in-deutschland/138672/mitgliederentwicklung-cdu-und-spd> (letzter Aufruf am 30. April 2021).

Interessengruppen.⁶⁰ Obschon Lobbygruppen die Parteien als willensbildende Organisationen nicht vollkommen ablösen, üben sie heutzutage aufgrund ihrer z.T. soliden finanziellen Ausstattung, ihrem hohen Organisationsgrad und ihrer Mitgliederbasis einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Abgeordneten aus.

Lobbytätigkeiten beruhen auf einer gegenseitigen faktischen Abhängigkeit: Lobbygruppen bieten Informationen, politische Unterstützung, Spenden, Mandate und sonstige politische Ressourcen an, während Abgeordnete im Gesetzgebungsprozess über rechtliche Autorität verfügen. So kommt es oft dazu, dass Abgeordnete im Vorstand einer NGO oder im Beirat eines Verbands sitzen, von Interessengruppen vorformulierte Vorstösse einreichen und von Lobbygruppen zu Informationsveranstaltungen eingeladen werden, Abendessen inklusive. So stellt die GRECO in ihrem 2014 veröffentlichten Evaluationsbericht zu Deutschland fest, dass die meisten Mitglieder des Bundestages solche Bindungen aufweisen.⁶¹

Entsprechend ist das soeben geschilderte Idealbild realitätsfern. Im Gegensatz zu den Parteien und Fraktionen, die die Verfassungslehre als notwendige Bestandteile der Politik bezeichnet, werden Interessengruppen nicht als unverzichtbare Akteure wahrgenommen. Die Einflussnahme durch Lobbygruppen wirft deshalb die Frage auf, ob das vorherrschende Verständnis des freien Mandats der politischen Realität noch gewachsen ist.

IV. Zur Notwendigkeit eines zeitgemässen, demokratischen Verständnisses des freien Mandats

Das freie Mandat schützt die freie Entscheidungsfindung der Abgeordneten vor organisierten Interessen aller Art. Es bedeutet «die Absage an alle Versuche, den Abgeordneten als bloßen Funktionär irgendwelcher Kollektive (Parteien, Verbände) oder, rätedemokratischen Konzepten folgend, sog. basisdemokratischer Organisationen zu vereinnahmen».⁶² In der Verfassungslehre wird das freie Mandat jedoch primär in Bezug auf Parteien und Fraktionen diskutiert, während Bindungen der Abgeordneten zu In-

60 *Transparency International Deutschland*, Lobbying in Deutschland, 2014, S. 8 f. Die Schwächung von Grossorganisationen (worunter die traditionellen Parteien fallen) betrifft auch die Grossverbände: *Jun*, APuZ 2009, 28.

61 GRECO (Fn. 12), Rn. 64.

62 *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 189. Das freie Mandat hindert die Abgeordneten daran, «sich hinter Kollektiven zu verstecken»: *ibid.* Rn. 204.

teressengruppen weitgehend ausgeblendet werden. Dadurch wird die Entstehung und der Erfolg des parlamentarischen Lobbyismus begünstigt und verstärkt.

Deshalb drängt sich ein Verständnis des freien Mandats auf, das sowohl der Zielsetzung des freien Mandats als auch den modernen politischen Verhältnissen Rechnung trägt. Nachfolgend wird – in Anlehnung an die drei in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG enthaltenen Elemente⁶³ – argumentiert, dass das vorherrschende Verständnis des freien Mandats in dreifacher Hinsicht problematisch ist.

1. «Vertreter des ganzen Volkes»

Laut Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sind die Abgeordneten «Vertreter des ganzen Volkes» (sog. Repräsentationsprinzip⁶⁴). Gemäss der ersten These, die vorliegend präsentiert wird, bedeutet das vorherrschende Verständnis dieses Ausdrucks jedoch Freiheit ohne Verantwortung.

Das Repräsentationsprinzip steht im Einklang mit dem Prinzip der Volkssouveränität.⁶⁵ Deshalb wird der Bundestag auch als «Forum der Nation» bezeichnet.⁶⁶ Im Umkehrschluss bedeutet Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, dass die Abgeordneten «nicht Vertreter eines Landes, eines Wahlkreises, einer Partei, einer Berufs- oder sonstigen Bevölkerungsgruppe» sind.⁶⁷ Die Vertretung solcher Partikularinteressen ist ausgeschlossen, denn «[a]ls Vertretung des ganzen Volkes repräsentiert der [Bundestag] das Deutsche Volk insgesamt und ausschliesslich».⁶⁸

Umstritten ist, ob die einzelnen Abgeordneten das ganze Volk vertreten, oder ob dies lediglich auf das gesamte Parlament zutrifft.⁶⁹ Gemäss einigen Autoren sind sowohl die einzelnen Abgeordneten als auch alle Abgeordnete

63 Zur Notwendigkeit, zwischen diesen drei Elementen zu unterscheiden, siehe *Rühl*, STAAT 2000, 23.

64 *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 39.

65 Art. 20 Abs. 2 GG.

66 *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 34.

67 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 120. Siehe auch *ibid.* Rn. 92. So auch *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 39; *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 45; BVerfG, Urt. v. 25.7.2012 – 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11, BVerfGE 131, 316 (342).

68 *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 11. Im Gegensatz dazu werden sog. «Teilvölker» in den «Ländern, Kreisen und Gemeinden» vertreten. Siehe auch *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 1.

69 In der Vergangenheit sprach sich die Lehre für die sog. Individualrepräsentation aus. Siehe die Hinweise bei *Feinen*, Der Abgeordnete (Fn. 17), S. 46, Fn. 145.

ten zusammen Vertreter des ganzen Volkes.⁷⁰ Laut *Butzer* muss sich *jede(r)* Abgeordnete am Gemeinwohl orientieren.⁷¹ Im Verfassungskonvent setzte sich die Sichtweise durch, dass die Abgeordneten an das Gemeinwohl und somit an die Interessen des ganzen Volkes gebunden sein sollen.⁷² Auch der Umstand, dass die Mitglieder des Bundestages ein öffentliches Amt innehaben,⁷³ bedeutet, dass sie «nicht im eigenen oder sonstigen partikularen Sonderinteresse» handeln dürfen, sondern im «Dienst der Allgemeinheit».⁷⁴

Andere Autoren gehen davon aus, dass die Vertretung des gesamten Volkes nur durch das Parlament realisiert wird.⁷⁵ In der Tat kommt die Volkssouveränität ausschliesslich in den Entscheiden des Bundestages zum Ausdruck.⁷⁶ Dies bedeutet, dass individuelle Abgeordnete nicht das gesamte Volk repräsentieren und repräsentieren müssen.

Selbst diejenigen, die davon ausgehen, dass *jede(r)* Abgeordnete dem Gemeinwohl verpflichtet ist, schwächen diese Aussage insofern ab, als es den Bundestagsmitgliedern nicht verwehrt sein soll, das Interesse des ganzen Volkes *aus einer bestimmten partikularen Perspektive* zu definieren:⁷⁷

Weil das GG dem Gedanken der Kollektiv- bzw. Gesamtrepräsentation folgt, ist es mit dieser Stellung des Abgeordneten als Vertreter des ganzen Volkes aber durchaus vereinbar, wenn der Abgeordnete das Interesse des Volkes aus einer spezifischen Interessenperspektive formuliert, wenn er also Interessen nur von Teilen des Volkes (Sonder- oder Partikularinteressen, Lobbyinteressen) in das Parlament und damit in den Diskurs mit den anderen

70 *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 192.

71 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 120.

72 Zur Entstehungsgeschichte siehe *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 10.

73 Art. 48 Abs. 2 S. 1 GG. Siehe dazu *Ingold*, Das «Amt» der Abgeordneten, JÖR 2016, 43 (47 ff.).

74 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 45. Ebenfalls einen Konnex zwischen öffentlichem Amt und Gemeinwohlorientierung bejahend: *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 45; *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 191.

75 *Feinen*, Der Abgeordnete (Fn. 17), S. 46. So auch *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 45: «Dementsprechend repräsentieren [die Abgeordneten] das Volk in ihrer Gesamtheit ('Kollektivrepräsentation'), nicht als Einzelne ('Individualrepräsentation').» Auch *Morstein Marx* ging von der Kollektivrepräsentation aus; die Individualrepräsentation kam seiner Ansicht nach einem imperativen Mandat gleich. Siehe *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 434 f.

76 *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 39.

77 Deshalb muss der Bundestag eine hinreichend grosse Anzahl Mitglieder umfassen: *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 27.

*Repräsentanten einbringt, beispielsweise solche von Parteien, von Regionen oder von Verbänden oder Interessengruppen.*⁷⁸

Das freie Mandat wird gemäss *Butzer* nur dann seines Sinnes entleert, wenn Partikularinteressen in der individuellen Entscheidungsfindung «an die Stelle des Gesamtinteresses treten».⁷⁹ Wo die Grenze zwischen zulässiger diskursiver Einbringung von Partikularinteressen und unzulässiger Usurpierung des Gesamtinteresses genau verlaufen soll, ist allerdings unklar. Insbesondere ist nicht überprüfbar, welche Interessen letztlich zu einem bestimmten Entscheid geführt haben.

Ausserdem wird von einem primär negativen Verständnis des freien Mandats ausgegangen. So wird betont, dass der Ausdruck «Vertretung» nicht im Sinne eines «weisungsabhängigen Rechtsverhältnisses»⁸⁰ bzw. «in einem rechtsgeschäftlichen oder prozessualen Sinn»⁸¹ zu verstehen sei.⁸² Dies kann dazu führen, dass die Entscheide des Parlaments vom Volkswillen (wie auch immer dieser eruiert wird⁸³) abweichen.

Während solche Abweichungen vom (vermeintlichen oder explizit geäusserten) Volkswillen – der mit dem *Interesse* des ganzen Volkes nicht zu verwechseln ist – nicht zwangsweise illegitim sind, darf die Verantwortung der Abgeordneten gegenüber dem Volk nicht vernachlässigt werden. Periodische Wahlen vermögen die demokratische Legitimation der gesetzgebenden Tätigkeit nur ansatzweise zu sichern. In der Lehre wird regelmässig davon ausgegangen, dass neben den Wahlen weitere Mechanismen erforderlich sind, um die Responsivität der Abgeordneten sicherzustellen.⁸⁴

Zusammenfassend steht die negative Dimension des freien Mandats (d.h. die Freiheit der Abgeordneten) im deutschen Verfassungsrecht im Vordergrund. Demgegenüber erklärt die Verfassungslehre kaum, welches positive Verhalten die Abgeordneten an den Tag legen sollten, um ihre Verantwortung gegenüber dem ganzen Volk wahrzunehmen. Im Ergebnis wird die Klärung dieser Frage dem Parlament überlassen. Dies gilt auch

78 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 121. Siehe auch *Dreier* (Fn. 56), S. 457.

79 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 93.

80 *Ibid.* Rn. 9.

81 *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 39.

82 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 1; *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 33, 150; *Magiera* (Fn. 22), Art. 38 Rn. 5; *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 41.

83 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 1. Wie der Autor anmerkt, kann das Volk diesen Willen «letztlich nur im Plebiszit (...) unmittelbar in politisches Handeln umsetzen»: *ibid.* Rn. 10.

84 Zum Begriff der Responsivität siehe *Müller*, ZSR 1995, 3; *von Arnim* (Fn. 47), S. 226 ff.

für das Verhältnis der Bundestagsmitglieder zu Interessengruppen. Ein solches Verständnis des freien Mandats ist problematisch, denn es bedeutet im Extremfall Freiheit ohne Verantwortung – abgesehen von der durch die periodischen Wahlen sichergestellten, aber letztlich unzureichenden Form der Verantwortung.

2. «An Aufträge und Weisungen nicht gebunden»

Weiter bedeutet das freie Mandat, dass die Abgeordneten «an Aufträge und Weisungen nicht gebunden» sind.⁸⁵ Dies hat zur Folge, dass Instruktionen keine rechtliche Wirkung entfalten, aber nicht, dass sie verboten sind, ausser wenn sie eine andere Rechtsnorm verletzen.⁸⁶ Eine allfällige Instruktion «begründet eine blosser Naturalobligation».⁸⁷ Dadurch wird die «Unabhängigkeit [der Abgeordneten] als Volksvertreter» geschützt.⁸⁸ Gemäss der zweiten These, die vorliegend präsentiert wird, werden faktische Bindungen (und insbesondere Abhängigkeiten der Abgeordneten von Lobbygruppen) allerdings nur unzureichend von dieser Formulierung erfasst.

Bezüglich der Frage, ob auch faktische Bindungen von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG betroffen sind, gehen die Meinungen auseinander. Gemäss einem Teil der Lehre zielt diese Bestimmung nicht nur auf rechtliche Vereinbarungen, sondern auch auf «alle anderen faktischen Bindungen und Bindungsversuche» ab.⁸⁹ Andere hingegen vertreten die Auffassung, dass das freie Mandat nur «[r]echtliche Bindungen», nicht aber «faktische Bindungen» verbietet.⁹⁰ Da Beschlüsse der Parteien und Fraktionen grundsätzlich nicht als «Aufträge und Weisungen» qualifiziert werden,⁹¹ stellt sich die Frage, ob faktische Bindungen zu Interessengruppen anders zu beurteilen sind.

Selbst Autoren, die faktische Abhängigkeiten (bedingt durch den Bedarf der Abgeordneten nach Informationen, politischer Unterstützung und sonstigen politischen Ressourcen) nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ausklammern, erachten besondere Nä-

85 Beide Ausdrücke sind synonym zu verstehen: *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 194.

86 *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 436, 439 f.; *Rühl* (Fn. 63), S. 36.

87 *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 436 f.

88 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 94.

89 *Ibid.* Rn. 98. Siehe weiter *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 52, 68.

90 *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 52.

91 *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 194.

hebeziehungen zu Lobbygruppen als zulässig. So schreibt Müller, dass das freie Mandat zwar auch faktische Bindungen zu solchen Gruppen verbietet, nicht aber den «intensiven Austausch des Abgeordneten mit gesellschaftlichen Gruppierungen aller Art».⁹² Zudem ist es den Abgeordneten unbenommen, «freiwillig den Erwartungen einzelner Interessengruppen zu entsprechen», solange sie dies mit ihrem eigenen Gewissen vereinbaren können.⁹³ Entsprechend wird auf die Eigenverantwortung der Abgeordneten verwiesen, wenn es darum geht, zu entscheiden, ob eine bestimmte von Interessengruppen vertretene Sichtweise mit dem Gemeinwohl zu vereinbaren ist.⁹⁴ Das freie Mandat besagt lediglich, dass den Abgeordneten «kein bestimmtes Verhalten abgefordert werden darf».⁹⁵

Es besteht jedoch die Gefahr eines legalistischen Verständnisses des freien Mandats, wenn dieses die Abgeordneten nur vor rechtlich verpflichtenden Instruktionen und nicht auch vor gewissen faktischen Abhängigkeiten schützt (wobei der durch Art. 48 Abs. 3 GG gewährte Anspruch auf eine angemessene, die Unabhängigkeit der Abgeordneten sichernde Vergütung dies ansatzweise tut). In der Verfassungslehre werden subtilere Formen der Beeinflussung, wie sie im Rahmen von Lobbykontakten bestehen, weitgehend ausgeblendet. Dieser Ansatz ist unbefriedigend, weil informelle Bindungen durchaus geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Abgeordneten einzuschränken. Ein derartiges Verständnis des freien Mandats wird dieser Realität nicht gerecht. Während es realitätsfremd wäre, jegliche faktischen Bindungen zu verbieten, ist eine klarere Grenzziehung zwischen zulässigen vs. unzulässigen (z.B. durch finanzielle Vorteile erwirkten) Nähebeziehungen nötig. Es leuchtet nicht ein, weshalb diese Grenzziehung (so unbestimmt sie auch ist) für Parteien und Fraktionen,⁹⁶ nicht aber für Lobbygruppen vorgenommen worden ist. Zumindest manche dieser Bindungen, die besonders eng und deren Bestehen kontrollierbar sind, wie etwa durch Lobbygruppen entschädigte Nebentätigkeiten, müssen untersagt oder zumindest stärker reguliert werden.

92 Müller (Fn. 8), Art. 38 Rn. 68.

93 *Ibid.* Siehe auch Butzer (Fn. 3), Art. 38 Rn. 99.

94 Müller (Fn. 8), Art. 38 Rn. 68.

95 *Ibid.*

96 Siehe dazu vorne, III.1.

3. «Nur ihrem Gewissen unterworfen»

Drittens bedeutet das freie Mandat, dass die Abgeordneten «nur ihrem Gewissen unterworfen» sind. Wie nachfolgend argumentiert wird, tendiert die Lehre dazu, diese Formulierung so zu interpretieren, dass die Individualmoral des Abgeordneten Vorrang vor dem Gemeinwohl hat.

Im Rahmen des Verfassungskonvents war die sog. «Gewissensformel» umstritten. Teilweise wurde vorgebracht, dass diese eine «hohle Deklamation» darstelle und realitätsfremd sei.⁹⁷ Weiter wurde befürchtet, dass die Formel dazu führen könnte, Abweichungen von der Partei- respektive Fraktionslinie zu fördern.⁹⁸ Dennoch wurde die Gewissensformel von der Mehrheit als notwendige Präzisierung erachtet, um die Unabhängigkeit der Abgeordneten zu gewährleisten.

Die Gewissensklausel wird dahin ausgelegt, dass die Abgeordneten allein ihrer eigenen politischen Überzeugung folgen. Diese Auffassung widerspiegelt die *Trustee*-Konzeption der politischen Repräsentation (vorne, III.2.). Dies hat zur Folge, dass Abgeordnete Instruktionen befolgen dürfen, sofern sie dies freiwillig tun und mit ihrem Gewissen vereinbaren können.⁹⁹

Doch der Ausdruck des «Gewissens» bezieht sich nicht auf die Individualmoral, sondern auf «das Amtsgewissen, das bezogen ist auf die Aufgaben, die der Abgeordnete in der kollegialen Volksvertretung zu erfüllen hat».¹⁰⁰ Gemeint ist, dass die Abgeordneten frei bestimmen sollen, ob Forderungen, die an sie gerichtet werden, tatsächlich dem *Gemeinwohl* dienen.¹⁰¹ Diese freie Entscheidung bedingt eine «Freistellung von allen Fremdbindungen».¹⁰² Das freie Mandat ist kein Privileg der Abgeordneten: es muss dem gesamten Volk zugutekommen, denn die Abgeordneten handeln «in ausschliesslicher Verantwortlichkeit gegenüber dem Wähler».¹⁰³ So hält das Bundesverfassungsgericht fest, dass das freie Mandat und die Rechte der Abgeordneten «im Dienst der Erfüllung des Gemeinwohlauftrags des Deutschen Bundestages [stehen]».¹⁰⁴

97 Klein (Fn. 19), Art. 38 Rn. 11.

98 *Ibid.*

99 *Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 35), S. 3.

100 *Isensee*, ZParl 2000, 402 (412).

101 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 96. So auch *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 137.

102 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 52.

103 *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 95.

104 BVerfG, Urt. v. 4.7.2007 – 2 BvE 1, 2, 3, 4/06, BVerfGE 118, 277 (328).

Gewissensunterworfenheit darf somit nicht als Eigengesetzlichkeit gedeutet werden. Wie das Bundesverfassungsgericht präzisiert, bedeutet das freie Mandat «nicht eine Freiheit von Pflichten, sondern lediglich die Freiheit in der inhaltlichen Wahrnehmung dieser Pflichten».¹⁰⁵ Auch die Verfassungslehre betont einstimmig, dass der Verweis auf das eigene Gewissen keineswegs bedeutet, dass die Abgeordneten im Rahmen ihrer Tätigkeit keine rechtlichen Vorgaben zu beachten hätten. Die Abgeordneten sind nicht bedingungslos frei, sondern an Verfassung und Gesetze gebunden.¹⁰⁶ Die Verfassung wiederum hält fest, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht und dass das Volk durch das Parlament repräsentiert wird.¹⁰⁷

Deshalb muss die Gewissensklausel so verstanden werden, dass die Abgeordneten in einem möglichst offenen Prozess das Gemeinwohl eruieren müssen. Zu diesem Zweck ist es unerlässlich, dass sie in der Lage sind, frei von übermässigen – d.h. zu Abhängigkeiten führenden – externen Einflüssen politische Fragen zu beraten, ihre Meinung zu ändern und Kompromisse zu finden. Nur so können sie das gesamte Volk repräsentieren, statt das Sprachrohr von Partikularinteressen zu sein bzw. «durch Loyalitäten zu Interessengruppen immobilisiert [zu] werden».¹⁰⁸ Natürlich haben die Abgeordneten unterschiedliche politische Überzeugungen. Das bedeutet aber nicht, dass der institutionelle Zweck des Parlaments als Vertretungsorgan des gesamten Volkes relativiert werden darf. Die Legislative muss bei der Erarbeitung von Gesetzen diesem Ziel gerecht werden. Wenn der Beitrag der individuellen Abgeordneten bloss darin besteht, die Weisungen bestimmter Interessengruppen kompromisslos zu vertreten, wird die Funktionsfähigkeit und Gemeinwohlorientierung des Parlaments gefährdet.

Was für die Parteien gilt, trifft somit erst recht auf Interessenverbände zu: die Willensbildung des Volkes (und somit auch der Abgeordneten als deren Repräsentanten) darf sich nicht in Lobbygruppen verlagern.¹⁰⁹ Zwar dürfen die Abgeordneten Kontakt zu solchen Gruppen haben, doch kann es nicht darum gehen, die von ihnen vorgebrachten Anliegen «ohne Zwi-

105 *Ibid.* 326; *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 124. So auch *Jarass* (Fn. 26), Art. 38 Rn. 61; *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 93.

106 *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 436; *Butzer* (Fn. 3), Art. 38 Rn. 96, 124; *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 52; *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 154. Deswegen hält *Klein* die Gewissensformel für missverständlich: *Klein* (Fn. 19), Art. 38 Rn. 195.

107 Art. 20 Abs. 2 GG.

108 *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 141.

109 Für einen Vergleich zwischen Parteien und Verbänden siehe *Schiess Rütimann*, Politische Parteien (Fn. 49), S. 125 ff.

schenschaltung lediglich zu ratifizieren».¹¹⁰ Dies hätte zur Folge, dass die politischen Repräsentanten gegenüber Lobbygruppen responsiver wären als gegenüber unorganisierten Bürgerinnen und Bürgern.¹¹¹ Stattdessen obliegt es ihnen, die sich im Widerstreit befindenden Interessen gegeneinander abzuwägen und Lösungen auszuarbeiten, die dem Gemeinwohl entsprechen. Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die «verfassungsmässige Ordnung» zu beachten; die Verfassung wiederum bindet den Staat an das Gemeinwohl, indem sie Rechtsstaats-, Republik- und Demokratieprinzip schützt.¹¹² Natürlich verfügt der Bundestag über eine Gestaltungsfreiheit, wenn es darum geht, verschiedene Interessen gegeneinander abzuwägen.¹¹³ Innerhalb dieses Entscheidungsrahmens darf sich das Parlament frei bewegen. Was aber gegeben sein muss, sind institutionelle Rahmenbedingungen, die eine möglichst offene und demokratische Deliberation sicherstellen.

V. Institutionelle Implikationen und Fazit

Das Gemeinwohl, d.h. das Interesse des gesamten Volkes, ist das «Ergebnis der grundsätzlich offenen und öffentlichen Auseinandersetzung um die in der Gesellschaft vorhandenen Interessen».¹¹⁴ Es kann nicht *a priori* definiert werden, sondern ist «als ein im parlamentarischen Verfahren durch das Zusammenwirken der Abgeordneten anzustrebendes Ziel» zu begreifen.¹¹⁵ Das Gemeinwohl ist somit prozedural zu verstehen.¹¹⁶

Die Fähigkeit der Abgeordneten, Kompromisse zu schmieden, ist in diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung.¹¹⁷ Genau diese Fähigkeit soll durch das Institut des freien Mandats gefördert werden.¹¹⁸ Ein Kompromiss kann sich weder bloss aus der Abfrage der öffentlichen Mei-

110 Dreier (Fn. 56), S. 467.

111 So aber für die USA: *Gilens/Page*, Perspectives on Politics 2014, 564.

112 Butzer (Fn. 3), Art. 38 Rn. 92.

113 Morlok (Fn. 18), Art. 38 Rn. 27.

114 Feinen, Der Abgeordnete (Fn. 17), S. 26.

115 Müller (Fn. 8), Art. 38 Rn. 45. So auch Klein (Fn. 19), Art. 38 Rn. 191; Magiera (Fn. 22), Art. 38 Rn. 54; Dreier (Fn. 56), S. 566 f.

116 Zu dieser Idee siehe Brunhöber, in: Lhotta (Hrsg.), Die hybride Republik, 2010, S. 59 (68-70). Zu prozeduralen vs. materiellen Gemeinwohlverständnissen siehe Hartmann (Fn. 21), S. 13-19.

117 Müller (Fn. 8), Art. 38 Rn. 49.

118 So etwa Magiera (Fn. 22), Art. 38 Rn. 46.

nung noch aus der Summe der geäußerten Partikularinteressen ergeben, sondern geht aus der Deliberation hervor.¹¹⁹

Dies bedingt wiederum, dass diese Deliberation möglichst frei von externen Zwängen und Einflussnahmen ist.¹²⁰ Abhängigkeiten entstehen z.B. durch mangelnde staatliche Politikfinanzierung, durch unzureichende sonstige politische Ressourcen der Abgeordneten oder durch Mandate, die zu Interessenkollisionen führen. Solche faktischen Abhängigkeiten sind deshalb auf ein vernünftiges Mass zu reduzieren, um die Entscheidungsfreiheit der Abgeordneten zu schützen.

Zwar setzt das freie Mandat einen ungehinderten Informationsfluss voraus.¹²¹ Die Abgeordneten können nur dann Kompromisse erreichen, wenn sie über die notwendigen Informationen verfügen. Deshalb ist es nötig, dass sie sich mit Dritten und insbesondere auch mit Interessengruppen austauschen. Die Abgeordneten müssen jedoch institutionell in der Lage sein, die Informationen, die ihnen geliefert werden, selbständig einzuordnen und in den Dienst des Gemeinwohls zu stellen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sie nicht mehr autonom handeln und stattdessen bloss externen Vorschlägen zur Durchsetzung verhelfen. Um dies zu vermeiden, muss die Gemeinwohlorientierung des Bundestages und seiner Mitglieder durch geeignete institutionelle Rahmenbedingungen sichergestellt werden. Denn wie *von Arnim* hervorhebt, führt die Verfolgung eigennütziger und rein parteipolitischer Interessen regelmässig dazu, dass keine genuine Deliberation stattfinden kann.¹²²

Zwecks der nachhaltigen Sicherung der Unabhängigkeit des Parlaments und der Abgeordneten müssen verschiedene, komplementäre Ansätze verfolgt werden. Dazu gehören die weitere Stärkung der Ressourcen des Parlaments, eine möglichst transparente, staatlich unterstützte Parteienfinanzierung, die Verhinderung von Interessenskonflikten durch Mandate oder sonstige Abhängigkeiten sowie die Gewährleistung eines gleichen, transparenten Zugangs von Interessengruppen zum Parlament und zu den Abgeordneten. Generell soll das Mandat nicht zum Zweck der persönlichen Bereicherung missbraucht werden können.¹²³ Mehrere dieser Aspekte hat die GRECO in ihrem Evaluationsbericht zu Deutschland explizit betont.¹²⁴

119 *Morlok* (Fn. 18), Art. 38 Rn. 150.

120 *Feinen*, Der Abgeordnete (Fn. 17), S. 46.

121 *Müller* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 51.

122 *von Arnim* (Fn. 47), S. 224.

123 Zu diesem Aspekt siehe *Klein* (Fn. 13).

124 GRECO (Fn. 12), Rn. 252.

Eine besondere Herausforderung ist, dass das Parlament sich selbst regulieren muss und entsprechende Anreize fehlen.¹²⁵ Massnahmen werden oft erst dann ergriffen, wenn Skandale aufgedeckt werden und der öffentliche Druck für die Abgeordneten unerträglich wird. Die deutsche COVID-19-Maskenaffäre ist ein Beispiel dafür. Solche reaktiven Lösungen werden unter hohem Zeitdruck erarbeitet; nicht selten handelt es sich zudem um symbolische Gesetzgebung, die darauf abzielt, den öffentlichen Unmut zu beschwichtigen.

Adäquate und robuste institutionelle Grundvoraussetzungen sind unerlässlich, damit das freie Mandat seine Wirkung entfalten kann. Ansonsten droht dieses mehr denn je, in seiner Stellung als «fossiles Requisite aus der verfassungsgeschichtlichen Steinzeit» zu verharren.¹²⁶ Dies gefährdet nicht nur das Vertrauen in das Recht, sondern auch die demokratische Legitimation der gesetzgeberischen Tätigkeit.

125 Zur Problematik der «Gesetzgebung in eigener Sache» siehe *Towfigh/Ulrich* (Fn. 41), Art. 21 Rn. 716-720.

126 *Morstein Marx* (Fn. 1), S. 439.