

Anything goes! – Zur Aufstellung von Wahlbewerbern in der Covid-19-Pandemie

Fabian Michl¹

I. Wahlvorbereitung mit Hindernissen

Die Aufstellung von Wahlbewerbern ist ein wesentlicher Schritt der Wahlvorbereitung in Bund und Ländern. Sie obliegt in erster Linie den Parteien, die ihre Kandidaten in Versammlungen wählen. In der Covid-19-Pandemie ist die Durchführung solcher Aufstellungsversammlungen aus Gründen des Infektionsschutzes erheblich behindert. Mit der Kandidatenaufstellung zu warten, bis die Pandemie vorüber ist, ist keine Option. Der demokratische Grundsatz der Periodizität fordert die fristgerechte Abhaltung der Wahlen kompromisslos ein.² Ohne Kandidaten, keine Wahlen; ohne Wahlen, keine Demokratie. Für die im Herbst 2021 anstehenden Wahlen zum Bundestag, zum Berliner Abgeordnetenhaus und (voraussichtlich) zum Thüringer Landtag wurden daher Sonderregelungen getroffen, die die Aufstellung von Wahlbewerbern in der Pandemie erleichtern sollen. Nach einer Skizze der wahlrechtlichen Ausgangslage (II) gibt der Beitrag einen Überblick über diese Sondervorschriften (III) und unterzieht sie einer kritischen Würdigung (IV). Der Fokus liegt dabei auf dem Bundeswahlrecht, an dem sich die landesrechtlichen Vorschriften orientieren.³ Am Schluss steht ein – wenig optimistischer – Ausblick (V).

II. Wahlrechtliche Ausgangslage

1. Bundeswahlgesetz

Der Gesetzgeber hat die Aufstellung von Wahlbewerbern durch die Parteien nur grobmaschig gere-

gelt. Nach § 21 Abs. 1 und 3 BWahlG müssen Wahlkreisbewerber in einer Mitglieder- oder Vertreterversammlung in geheimer Abstimmung gewählt werden.⁴ Jeder stimmberechtigte Teilnehmer der Versammlung ist vorschlagsberechtigt. Den Bewerbern ist Gelegenheit zu geben, sich und ihr Programm der Versammlung in angemessener Zeit vorzustellen. § 27 Abs. 5 BWahlG überträgt diese Vorgaben auf die Aufstellung der Landeslisten.

2. Parteisatzungen

Das Nähere regeln die Parteien in ihren Satzungen (§ 21 Abs. 5 BWahlG). Die Ausgestaltungen sind vielfältig, gerade was Mehrheitserfordernisse und Wahlverfahren anbelangt.⁵ Mitunter wird die Aufstellungsversammlung ermächtigt, das Wahlverfahren durch Beschluss zu konkretisieren oder von den Vorgaben der Satzung abzuweichen.⁶ Völlig frei sind die Parteien bei der Regelung der Kandidatenwahl nicht. Das BVerfG folgert aus der gesetzlichen Vorgabe einer „Wahl“, dass die Parteien einen Kernbestand an Verfahrensgrundsätzen einhalten müssen, „ohne den ein Kandidatenvorschlag schlechterdings nicht Grundlage eines demokratischen Wahlvorgangs sein kann“.⁷

3. Leitbild der Präsenzversammlung

Das Gericht hat davon abgesehen, die „elementaren Regeln“ zu benennen, denen die Kandidatenwahl genügen muss. Die Charakterisierung der Kandidatenaufstellung als „Nahtstelle zwischen den von den Parteien weitgehend autonom zu gestaltenden Angelegenheiten ihrer inneren Ordnung und dem auf die Staatsbürger bezogenen Wahlrecht“⁸ legt nahe, die Verfahrensgrundsätze aus dem Gebot der innerparteilichen Demokratie (Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG) und den Wahlrechtsgrundsätzen (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) herzuleiten, soweit diese auf die Parteien übertragbar sind.⁹ Allgemeine, gleiche, freie und geheime Wahlen sind für die innerparteiliche Demokratie

¹ Dr. Fabian Michl, LL.M. ist Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie von Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL.M. (Chicago) an der Universität Münster. Teile des Beitrags beruhen auf einer Stellungnahme des Verfassers für den Innen- und Kommunalausschuss des Thüringer Landtages (Nr. Z7/959).

² Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Verschiebung der Bundestagswahl, Ausarbeitung v. 31.07.2020, WD – 30000 – 183/20.

³ Im Gegensatz zum Bund haben Berlin und Thüringen ihre Sonderregelungen vollständig auf gesetzlicher Ebene getroffen und damit Zweifel an der Wahrung des Parlamentsvorbehalts von vornherein vermieden. Zu diesen Zweifeln vgl. A. v. Notz, „It's Democracy, Stupid!“, VerfBlog v. 19.10.2020, <https://verfassungsblog.de/its-democracy-stupid/>, DOI: 10.17176/20201019-233516-0; F. Michl, „Bundestag macht Unmögliches möglich“, VerfBlog v. 14.01.2021, <https://verfassungsblog.de/bundestag-macht-unmoegliches-moeglich/>, DOI: 10.17176/20210115-061729-0.

⁴ Die geheime Abstimmung verlangt auch § 17 Satz 2 PartG.

⁵ Überblick bei J. Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 21 Rn. 40 ff.

⁶ Neben Satzung und Beschlüssen beherrscht ein ganzes „Bündel von informellen Regeln“ die Kandidatenaufstellung; dazu S. Jürgensen/F. Orłowski, DÖV 2019, 141 ff.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 20.10.1993 – 2 BvC 2/91 – BVerfGE 89, 243 (252 f.).

⁸ BVerfGE 89, 243 (252).

⁹ W. Schreiber, NVwZ 2002, 1 (5); M. Morlok, NVwZ 2012, 913 (914 f.); J. Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 21 Rn. 7; S. Lenski, PartG, 2011, § 21 BWahlG Rn. 81 (mittelbare Anwendung von Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG). Nicht übertragbar ist die Unmittelbarkeit der Wahl, die den hergebrachten Delegiertensystemen entgegensteht.

ebenso konstitutiv wie für die staatliche Demokratie. Hinzu kommt der ungeschriebene Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl, den das BVerfG direkt aus dem Demokratieprinzip ableitet.¹⁰

Das gesetzlich vorgeschriebene Format der Aufstellungsversammlung dient der Verwirklichung der demokratischen Verfahrensgrundsätze. „Versammlung“ bedeutet nach allgemeinem juristischen Begriffsverständnis die zweckgerichtete Zusammenkunft mehrerer Menschen an einem Ort, also in physischer Präsenz.¹¹ Auf der Versammlung können die Teilnehmer sich oder andere als Kandidaten vorschlagen. Die Vorgeschlagenen können ihre Person und ihr Programm vorstellen. So erhalten auch unbekannte Bewerber die Gelegenheit, sich bekannt zu machen und dadurch ihre Wahlchancen zu erhöhen. Die Teilnehmer können sich über die Persönlichkeit und das Programm der Bewerber unterrichten und ihre Auswahl daran ausrichten. Die persönliche Vorstellung vermittelt ihnen einen unmittelbaren Eindruck von den Bewerbern. Die kommunikative Interaktion durch Rede und Gegenrede, explizite oder konkludente Zustimmung oder Ablehnung befördern die kollektive Meinungsbildung,¹² die im Wahlakt ihren Abschluss findet. Die Stimmen werden mit verdeckten Stimmzetteln abgegeben, die Ergebnisse unter den Augen der Teilnehmer ermittelt und auf Verlangen nachgeprüft. Die Wahl ist also nicht nur geheim, sondern auch transparent und genügt damit dem demokratischen Grundsatz der (Partei-)Öffentlichkeit. Obwohl nur einfachgesetzlich verankert, kommt im Erfordernis der Präsenzversammlung ein verfassungsrechtliches Leitbild zum Ausdruck, in dem die demokratischen Verfahrensgrundsätze zur Geltung kommen.¹³

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 03.03.2009 – 2 BvC 3, 4/07 – BVerfGE 123, 39 (68 ff.) mit ergänzenden Begründungen aus dem Republik- und Rechtsstaatsprinzip.

¹¹ Die physische Anwesenheit der Mitglieder/Vertreter am Versammlungsort wird in der wahlrechtlichen Literatur meist als selbstverständlich vorausgesetzt; vgl. etwa *J. Hahlen*, in: Schreiber, BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 21 Rn. 12 ff., wo wiederholt vom „Zusammentritt“ der Versammlung die Rede ist. Explizit gegen Online-Versammlungen im Parteienrecht *M. Morlok*, PartG, 2. Aufl. 2013, § 9 Rn. 11 f. *A. v. Notz*, Liquid Democracy, 2020, S. 268 f. schlägt hingegen einen „funktionalen Versammlungsbegriff“ vor.

¹² Zur Mitgliederversammlung als „Basis kommunikativer Interaktion innerhalb der Parteien“ *C. Schönberger*, JZ 2016, 486 (488 f.).

¹³ Vergleichbare Konstruktion bei BVerfG, Beschl. v. 09.07.2013 – 2 BvC 7/10 –, BVerfGE 134, 25 (31 f.): „verfassungsrechtliche[s] Leitbild der Urnenwahl“.

III. Abweichungsmöglichkeiten in der Pandemie

Unter dem Eindruck der Covid-19-Pandemie hat der Gesetzgeber in § 52 Abs. 4 BWahlG das Bundesinnenministerium (BMI) dazu ermächtigt, vom Leitbild der Präsenzversammlung durch Rechtsverordnung abzuweichen.¹⁴ Am 28. Januar 2021 wurde mit Zustimmung des Bundestages die COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung (im Folgenden abgekürzt; COV-WBAV) erlassen, die verschiedene Abweichungsmöglichkeiten vorsieht.¹⁵

1. Abweichung von Gesetzes- und Satzungsrecht

Die Verordnung modifiziert die gesetzlichen Anforderungen an Format und Verfahren der Kandidatenaufstellung (§ 2 COV-WBAV) und ermächtigt die Parteien, von ihren Satzungen abzuweichen, sofern diese nicht mehr rechtzeitig geändert werden können (§ 3 COV-WBAV).¹⁶ Über die Abweichung entscheidet für alle Gliederungen der Partei in einem Land der Landesvorstand, dessen Beschluss durch den Landesparteitag aufgehoben werden kann (§ 3 Abs. 2 COV-WBAV).¹⁷

2. Modifikationen des Formats

Die Verordnung ermöglicht verschiedene Modifikationen des Formats der Aufstellungsversammlung. So kann der Landesvorstand beschließen, am Format der *Präsenzversammlung* festzuhalten, aber die Delegiertenzahl zu verringern (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 COV-WBAV). Sieht die Satzung eine Mitgliederversammlung vor, kann der Vorstand diese durch eine Vertreterversammlung ersetzen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 COV-WBAV).¹⁸ Anwesenheitsquoten

¹⁴ Kritik an § 52 Abs. 4 BWahlG bei *A. v. Notz*, „It’s Democracy, Stupid!“, VerBlog, 19.10.2020, <https://verfassungsblog.de/its-democracy-stupid/>, DOI: 10.17176/20201019-233516-0; *Th. Kingreen*, „Es bleibt so verfassungswidrig wie es ist“, LTO, 21.10.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/43170/; *F. Michl*, „Bundestag macht Unmögliches möglich“, VerBlog, 14.01.2021, <https://verfassungsblog.de/bundestag-macht-unmoegliches-moeglich/>, DOI: 10.17176/20210115-061729-0.

¹⁵ Verordnung über die Aufstellung von Wahlbewerbern und die Wahl der Vertreter für die Vertreterversammlungen für die Wahl zum 20. Deutschen Bundestag unter den Bedingungen der COVID-19-Pandemie (COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung) v. 28.01.2021, BGBl. I S. 115.

¹⁶ Die Satzung kann nur durch Parteitagebschluss geändert werden (§ 9 Abs. 3 PartG), dessen Einholung in der Pandemie aber nicht minder erschwert ist als die Durchführung von Aufstellungsversammlungen. Die Beschlussfassung über die Satzung ist vom erleichterten Verfahren nach dem COVID-19-Maßnahmegesetz ausgenommen (§ 5 Abs. 4 Satz 3 COVMG).

¹⁷ Der Parteitagebschluss kann in einem erleichterten Verfahren nach § 5 Abs. 2 und 4 COVMG gefasst werden.

für die Beschlussfähigkeit der Versammlung können abgesenkt werden (§ 3 Abs. 1 Satz 3 COV-WBAV).

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 COV-WBAV können die Versammlungen ganz oder teilweise *im Wege elektronischer Kommunikation* durchgeführt werden.¹⁹ Satz 2 nennt beispielhaft drei Formate: Durchführung ausschließlich im Wege elektronischer Kommunikation (Nr. 1 – virtuelle Versammlung); Teilnahme einzelner oder eines Teils der Parteimitglieder an einer Präsenzversammlung im Wege elektronischer Kommunikation (Nr. 2 – hybride Versammlung); mehrere miteinander im Wege der elektronischen Kommunikation verbundene gleichzeitige Teilversammlungen an verschiedenen Orten (Nr. 3 – verbundene Teilversammlungen). Vorschlags- und Vorstellungsrecht sowie die Möglichkeit zur Kommunikation der Teilnehmer sind zu gewährleisten (§ 5 Abs. 2 COV-WBAV). Vorgeschrieben wird aber keine medienbruchlose Kommunikation durch den Einsatz von Videokonferenzsystemen: § 5 Abs. 3 COV-WBAV lässt vielmehr die schriftliche, elektronische oder fernmündliche Ausübung der Mitgliederrechte genügen, wenn einzelne oder alle (!) Teilnehmer nur durch einseitige Bild- und Tonübertragung teilnehmen.

Noch weiter geht § 6 COV-WBAV, der die Kandidatenaufstellung im *schriftlichen Verfahren* zulässt. Das Vorschlags- und Vorstellungsrecht sowie der Zugang der Stimmberechtigten zu Angaben über Person und Programm der Bewerber müssen in schriftlicher Form gewährleistet sein (§ 6 Abs. 2 COV-WBAV). Die Vorstellung und Befragung können unter Nutzung elektronischer Medien erfolgen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 COV-WBAV).

3. Modifikationen des Wahlverfahrens

Die Zulassung von elektronischen und schriftlichen Formaten macht eine Modifikation des Wahlverfahrens erforderlich, da – wenn überhaupt – nur noch Teile der Stimmberechtigten in einem Versammlungsraum anwesend sind und dort ihre Stimmen abgeben können. Vom Einsatz von E-Voting-Systemen

haben Gesetz- und Verordnungsgeber – zu Recht – Abstand genommen. Es gibt derzeit (wohl) keine Software, die dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl gerecht würde, da Stimmberechtigte die wesentlichen Schritte der Wahl bei der elektronischen Erfassung und Auswertung der Stimmen nicht nachvollziehen können.²⁰ Blockchain-basierte E-Voting-Verfahren, die eine größere Transparenz versprechen,²¹ leiden unter gravierenden Sicherheitsmängeln und kommen schon deshalb für Kandidatenwahlen nicht in Betracht.²² § 7 Abs. 1 COV-WBAV ermöglicht daher bei der *Schlussabstimmung* über einen Wahlvorschlag die Stimmabgabe durch Urnenwahl, Briefwahl oder eine Kombination aus Urnen- und Briefwahl. Durch geeignete Vorkehrungen sind die Höchstpersönlichkeit der Wahl und das Wahlgeheimnis zu gewährleisten (§ 7 Abs. 2 COV-WBAV).

IV. Kritische Würdigung

1. Undifferenziertes Abweichungsregime

Die Modifikationen des Formats entfernen sich unterschiedlich weit vom Leitbild der Präsenzversammlung. Bei der Versammlung mit verringerter Teilnehmerzahl kommen die Stimmberechtigten nach wie vor an einem Ort zusammen, allerdings um den Preis eines (intensiven) Eingriffs in die innerparteiliche Demokratie. Die verbundenen Teilversammlungen vermeiden diesen Eingriff, verzichten dafür aber auf die Zusammenkunft an einem Ort. Von der elektronischen Verbindung der Teilversammlungen wird man geringere kommunikative Leistungen erwarten dürfen als von einer einheitlichen Präsenzversammlung. Bei der hybriden Versammlung sind vor allem diejenigen Teilnehmer „kommunikativ eingeschränkt“, die digital in das Geschehen eingebunden sind; aber auch die Versammlung im übrigen büßt an Interaktivität und Dynamik ein. Bei der virtuellen Versammlung wird die physische Präsenz vollständig aufgegeben. Die Versammlung wird für alle Teilnehmer „virtualisiert“, mit den bekannten Kommunikationsbarrieren, die auch die beste Videokonferenzsoftware nicht vollständig abbauen kann. Die Verordnung findet sich mit diesen Barrieren ab und lässt sogar das einseitige Streaming der „Versammlung“ zu, wenn die „Teilnehmer“ nur elektronisch, fernmündlich oder schriftlich (per Fax?) mit-

¹⁸ Unklar ist angesichts der alternativ formulierten Bestimmung, ob der Wechsel der Versammlungsart mit der Herabsetzung der Delegiertenzahl (sofern andernorts in der Satzung vorgeschrieben) verbunden werden kann. Es liegt angesichts der Stoßrichtung (Verringerung der Teilnehmerzahl) nahe, dass die Verordnung kein echtes Alternativverhältnis vorgibt.

¹⁹ Zum unscharfen Begriff der „elektronischen Kommunikation“ F. Michl, „Bundestag macht Unmögliches möglich“, VerfBlog, 14.01.2021, <https://verfassungsblog.de/bundestag-macht-unmogliches-moglich/>, DOI: 10.17176/20210115-061729-0. Der Verordnungsgeber scheint im Grundsatz von einer audiovisuellen Digitalkommunikation auszugehen (vgl. § 5 Abs. 3 COV-WBAV).

²⁰ BT-Drs. 19/26009, S. 12. Offen für Internetwahlen aufgrund eines eigenen verfassungsrechtlichen Maßstabs L. Ramson, in: R. Greve u. a. (Hrsg.), *Der digitalisierte Staat*, 2020, S. 199 ff.

²¹ Vgl. M. Lukan, *EuR* 2019, 222 ff.

²² Vgl. S. Park/M. Spencer/N. Narula/R. Rivest, *Journal of Cybersecurity* 7 (2021), 1 ff.

wirken können. Ob in diesem Fall die Ausdrücke „Versammlung“ und „Teilnehmer“ überhaupt noch gerechtfertigt sind, darf man bezweifeln. Beim schriftlichen Verfahren wird schließlich gänzlich auf eine Versammlung verzichtet. Die Stimmberechtigten bilden sich ihre Meinung individuell, an verschiedenen Orten und über einen mehr oder weniger langen Zeitraum.

Trotz dieser unterschiedlichen Abweichungsgrade vom Leitbild der Präsenzversammlung hat der Verordnungsgeber die einzelnen Tatbestände nicht ins Verhältnis zueinander gesetzt. Die Parteien haben vielmehr die freie Wahl, ob und wie weit sie von der wahlrechtlichen Ausgangslage abweichen wollen. So heißt es in der Verordnungsbegründung zum schriftlichen Verfahren: „Dieses Verfahren steht insbesondere für Parteien zur Verfügung, für die die Durchführung einer Versammlung ganz oder teilweise im Wege elektronischer Kommunikation nicht oder nur schwer realisierbar ist oder [!] die auf solche Verfahren nicht zurückgreifen wollen [!] oder können.“²³ Das schriftliche Verfahren wird also nicht etwa auf Parteien begrenzt, denen ein Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel nicht möglich ist, sondern auch für solche Parteien geöffnet, die darauf schlicht nicht zurückgreifen *wollen*.

Weder die Verordnungsbegründung des BMI noch die Beschlussempfehlung des Innenausschusses des Bundestages reflektieren die Abweichungsgrade. Nur die Erklärung der FDP-Fraktion lässt erkennen, dass im Ausschuss über ein „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zwischen den digitalen Formaten und dem schriftlichen Verfahren immerhin diskutiert wurde.²⁴ Auch das Verhältnis der (ganz oder teilweise) digitalen Formate untereinander und zur Versammlung mit verringerter Teilnehmerzahl wäre diskussionswürdig gewesen. Schließlich werden die Mitgliederrechte, vor allem aber die Chancengleichheit der Bewerber je nach Ausgestaltung des Verfahrens unterschiedlich intensiv beeinträchtigt.

Das Beispiel eines „einfachen“ Parteimitglieds, das mit einem arrivierten Parteifunktionär um die Kandidatur im Wahlkreis konkurriert, möge dies verdeutlichen. Die Wahlchancen des einfachen Mitglieds werden in einer Mitgliederversammlung typischerweise größer sein als in einer Vertreterversammlung. Denn die Delegierten sind in der Regel selbst „Funktionäre“, die bei der Kandidatenauswahl unter Umständen anderen Kriterien folgen als einfache Partei-

mitglieder. Während den Funktionär jeder kennt, muss das einfache Mitglied sich und sein Programm erst bekannt machen. Dafür bietet ihm eine Präsenzversammlung bessere Möglichkeiten als eine virtuelle Versammlung. Die digitalen Präsentationsmöglichkeiten sind für ihn aber immer noch besser als das schriftliche Verfahren, bei dem – sofern die Partei nicht auf die Möglichkeit der digitalen Vorstellung und Befragung (§ 6 Abs. 1 Satz 2 COV-WBAV) zurückgreift – keine persönliche Auseinandersetzung mit den Bewerbern vorgesehen ist. Der schriftliche Zugang der Stimmberechtigten zu Angaben über Person und Programm (§ 6 Abs. 2 COV-WBAV) vermag den unmittelbaren Eindruck nicht zu ersetzen, den eine Präsenzversammlung, mit Abstrichen aber auch eine virtuelle Versammlung bietet.²⁵ Das BVerfG hält es jedenfalls „regelmäßig“ für „notwendig [...], daß die Kandidaten sich persönlich in gebotener Zusammenfassung vorstellen und programmatische Aussagen machen können“.²⁶ Das persönliche Element ist bei einem schriftlichen Verfahren nicht gewährleistet, so dass dieses – wenn überhaupt – nur subsidiär in Betracht kommt. Ob angesichts der Verfügbarkeit von Videokonferenzsystemen – die Lizenzkosten liegen selbst bei einer großen Teilnehmerzahl im niedrigen dreistelligen Bereich! – Ausnahmefälle anzuerkennen sind, ist zu bezweifeln. Der bloße Unwille einer Partei, auf Digitaltechnik zurückzugreifen, kann die intensive Beeinträchtigung der innerparteilichen Demokratie, die mit einem schriftlichen Verfahren einhergeht, jedenfalls nicht rechtfertigen.

Dass die Verordnung kein abgestuftes Abweichungsregime vorsieht, wiegt umso schwerer, als die Entscheidung über die Abweichung vom Landesvorstand der Partei, mithin auf „Funktionärserebene“, getroffen wird. Die Zuständigkeit des Landesvorstands liegt gewiss aus praktischen Gründen nahe; die einheitliche Festlegung eines Verfahrens für alle Gliederungen im Land ist zweckmäßig. Nur erschließt sich nicht, weshalb der Verordnungsgeber trotz der manifesten Anreizstrukturen und der unterschiedlich intensiven Beeinträchtigung der innerparteilichen Demokratie den Landesvorständen nicht einmal ermessenslenkende Gesichtspunkte an die Hand gegeben hat, von einer verbindlichen Abstufung ganz zu schweigen. Das Versäumnis liegt nicht allein beim BMI. Bereits der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Ermächtigungsgrundlage (§ 52 Abs. 4 BWahlG) so zu formulieren, dass sie ein gestuftes Abwei-

²³ BT-Drs. 19/26009, S. 11.

²⁴ BT-Drs. 19/26244, S. 8.

²⁵ Vgl. A. v. Notz, Liquid Democracy, 2020, S. 268 f. m. N. aus der älteren Literatur.

²⁶ BVerfGE 89, 243 (260).

chungsregime gewährleistet hätte. Naheliegende Kriterien für eine solche Abstufung wären das Pandemiegeschehen (Inzidenzwerte, Infektionsrisiko etc.) und die Zumutbarkeit des Organisationsaufwands für die Parteien gewesen. Die entscheidende Frage hätte lauten müssen: Welche Abweichung vom Leitbild der Präsenzversammlung ist *erforderlich* und *angemessen*, um die Aufstellung von Wahlbewerbern in der Pandemie zu gewährleisten? Immerhin handelt es sich bei der innerparteilichen Demokratie um ein Rechtsgut von Verfassungsrang, das nur durch verhältnismäßige Maßnahmen eingeschränkt werden kann. Doch die Verhältnismäßigkeit war nicht das Leitmotiv des Rechtssetzungsprozesses, der mit der COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung abgeschlossen wurde. Das unausgesprochene Motto der Verordnung lautet vielmehr: Anything goes!

2. Überschätzte Parteiautonomie

Der Laissez-Faire-Ansatz von Bundestag und BMI beruht nicht zuletzt auf einer Überschätzung der Parteiautonomie bei der Aufstellung von Wahlbewerbern. Dass die Parteien in der wahlrechtlichen „Normallage“ über weite Spielräume verfügen, ist allein deshalb akzeptabel, weil der Gesetzgeber mit dem Erfordernis einer Präsenzversammlung (§ 21 Abs. 1 BWahlG) bereits die Weichen für eine demokratische Kandidatenwahl gestellt hat. *Innerhalb* des Leitbilds der Präsenzversammlung ist Raum für autonome Gestaltungen. Die Pandemie zwingt gerade dazu, das Präsenzformat ganz oder teilweise aufzugeben. Die Reaktion darauf kann aber nicht sein, alles zuzulassen. Vielmehr hätten Gesetz- und Ordnungsgeber durch verbindliche Vorgaben für adäquaten Ersatz sorgen müssen. Die dürftigen Vorkehrungen der Verordnung für die Ausübung von Mitgliederrechten reichen dafür nicht aus. Mitunter laufen sie sogar praktisch leer, wie das Beispiel der schriftlichen (!) Ausübung des Fragerechts bei einer gestreamten Aufstellungsversammlung zeigt (§ 5 Abs. 3 COV-WBAV). Die „Versammlung“ müsste mehrere Tage dauern, um den rechtzeitigen Eingang der Mitgliederpost zu gewährleisten, sofern man nicht vom Vorhandensein von Faxgeräten in den Haushalten der Mitglieder ausgeht.

Der Verweis auf die Parteiautonomie geht auch deshalb fehl, weil die maßgebliche Entscheidung des Landesvorstands binnendemokratisch nur schwach legitimiert ist. Der Vorstand weicht vom bestehenden Satzungsrecht ab, wenn er verkleinerte, hybride oder digitale Versammlungen oder sogar schriftliche Verfahren anordnet oder statt einer Mitgliederversammlung eine Delegiertenversammlung vorschreibt. Die

Satzung kann aus Gründen der innerparteilichen Demokratie nur der Parteitag ändern (§ 9 Abs. 4 PartG), der durch die Delegiertenwahl an die Mitgliederbasis rückgebunden ist. Die Verordnung sieht zwar vor, dass der Landesparteitag den Vorstandsbeschluss aufheben kann, doch dürfte das praktisch kaum realisierbar sein. Zum einen ist die Durchführung von Parteitagen in der Pandemie ebenso erschwert wie die Durchführung von Aufstellungsversammlungen.²⁷ Zum anderen stellen die Satzungen üblicherweise hohe Anforderungen an die Einberufung eines außerordentlichen Parteitags.²⁸ In den meisten Parteien hat die Mitgliederbasis keine wirksame Möglichkeit, über einen außerordentlichen Landesparteitag auf eine Änderung des vom Landesvorstand beschlossenen Aufstellungsverfahrens hinzuwirken. Der Legitimationseffekt der Aufhebungsmöglichkeit ist daher gering.

Im gestuften Rechtssetzungsverfahren, das mit dem Erlass der Covid-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung seinen Abschluss gefunden hat, wurde die Parteiautonomie von Anfang an überschätzt. Schon der ursprüngliche Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen für eine Verordnungsermächtigung aus dem Juni 2020 ging von einem weiten Gestaltungsspielraum der Parteien aus und machte dem Ordnungsgeber keine Vorgabe, die Wahrung der demokratischen Verfahrensgrundsätze zu gewährleisten.²⁹ Die auf einen Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen zurückgehende Beschlussempfehlung des Innenausschusses aus dem Oktober 2020 brachte zwar eine beispielhafte Auflistung von Modifikationen mit sich. Dadurch wurde aber weder die Abweichungsbefugnis des Ordnungsgebers noch (mittelbar) der Gestaltungsspielraum der Parteien wirksam begrenzt.³⁰ Der in § 52 Abs. 4 Satz 1 BWahlG aufgenommene „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit)“³¹ – geregelt ist explizit nur die Erforderlichkeit! – blieb im weiteren Rechtsetzungsprozess ein bloßes Lippenbekenntnis.

²⁷ Immerhin kann der Parteitagsbeschluss nach § 5 Abs. 4 Satz 2 COVMG elektronisch gefasst werden.

²⁸ Beispiele für Antragsquoten aus den Satzungen in NRW: 1/3 der Kreisverbände (CDU); 2/5 der Unterbezirksvorstände (SPD); 10 Kreisverbände oder 2 Bezirksverbände (Grüne und FDP); 10 Kreisverbände, 3 Bezirksverbände oder 5 % der Mitglieder (AfD); Landesrat, 10 % der Mitglieder oder Kreisverbände, die gemeinsam 1/5 der Mitglieder vertreten (Linke).

²⁹ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD v. 30.06.2020, BT-Drs. 19/20596.

³⁰ Beschlussempfehlung und Bericht v. 07.10.2020, BT-Drs. 19/23197.

³¹ BT-Drs. 19/23197, S. 15.

Der Bundestag hat das „Anything goes!“ der Covid-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung nicht nur nicht verhindert, sondern – mit Rücksicht auf die überschätzte Parteiautonomie – sogar vorangetrieben. So sah der Entwurf des BMI beim schriftlichen Verfahren die Nutzung von elektronischen Medien zur Vorstellung und Befragung nur „zusätzlich“ zur schriftlichen Vorstellung der Bewerber vor. Der Innenausschuss ließ das Wort „zusätzlich“ streichen, „[u]m den Parteien ein Höchstmaß an Autonomie zu erhalten und die Eingriffstiefe des Staates gering zu halten“.³² Die Parteiautonomie scheint im Lauf des Verfahrens zur einzigen Maxime avanciert zu sein; die Gewährleistungsverantwortung des Staates für ein demokratisches Aufstellungsverfahren geriet darüber in Vergessenheit. Über die Ursachen lässt sich nur spekulieren. Man mag sie darin vermuten, dass zwar im Zuge der parlamentarischen Beratung „Gespräche mit den Parteiorganisationen“ stattgefunden haben, „um die praktische Handhabung sicherzustellen“.³³ Auf eine Sachverständigenanhörung, die unbefangene Perspektiven in das Verfahren hätte einspeisen können, hat der Innenausschuss aber verzichtet.

3. Schlussabstimmung als Scheinwahl

Die Heranziehung externen Sachverständigen hätte auch bei der Regelung der „Schlussabstimmung“ notgetan. Bis zuletzt blieb unklar, was damit eigentlich gemeint ist. Der Ausdruck „Schlussabstimmung“ – offenbar aus § 86 GOBT entlehnt – taucht erstmals im Begründungsteil des Koalitionsentwurfs für § 52 Abs. 4 BWahlG aus dem Juni 2020 auf. Dort heißt es, dass „jedenfalls die Schlussabstimmung in geheimer Abstimmung per Briefwahl“ erfolgen müsse. „Bei Listenaufstellungen könnten vorbereitende Schritte auf elektronischem Wege oder zum Beispiel eine weitere Kandidatur für einen anderen Listenplatz in einem weiteren Briefwahlgang ermöglicht werden. Elektronische Verfahren können dabei allenfalls zur Vorermittlung, Sammlung und Vorauswahl der Bewerbungen benutzt werden, also nur im Vorfeld und als Vorverfahren zur eigentlichen, schriftlich mit Stimmzetteln und geheim durchzuführenden Abstimmung der Stimmberechtigten über die Kandidaturen (vergleiche Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses BT-Drucksache 15/4750 Anlage 5, S. 25).“³⁴

Die zitierte Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses (WPA) aus dem Jahr 2005 setzt sich mit der Vorauswahl von Listenbewerbern mittels Televoting auseinander. Der WPA hat den Einsatz dieser Technik nicht beanstandet, da das Verfahren von der Versammlung beschlossen worden war und die Delegierten nach der Vorauswahl in einer schriftlichen und geheimen Wahl hatten abstimmen können. Bei dieser schriftlichen Abstimmung – der eigentlichen Wahl – hatten noch einmal alle Bewerber die Gelegenheit zur Kandidatur, auch wenn sie vorher beim Televoting unterlegen waren.³⁵ Dieser Kontext legt es nahe, dass nach der ursprünglichen Konzeption die „Schlussabstimmung“ für alle Kandidaturen offenbleiben sollte. Das E-Voting hätte die eigentliche Wahl nicht präjudizieren, sondern nur vorbereiten sollen. Ausdrücklich ist in der Entwurfsbegründung von „eine[r] weitere[n] Kandidatur für einen anderen Listenplatz in einem weiteren Briefwahlgang“ die Rede, was die Möglichkeit einer „Kampfkandidatur“ im ersten Wahlgang voraussetzt.

Aus den Gesetzgebungsmaterialien ist nicht ersichtlich, dass diese Konzeption der Schlussabstimmung bei der Übernahme in den Text des § 52 Abs. 4 BWahlG aufgegeben worden wäre. Der zugrundeliegende Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen betont vielmehr – zu Recht –, dass eine elektronische Wahl mit der innerparteilichen Demokratie und den Wahlrechtsgrundsätzen unvereinbar wäre und das E-Voting daher nur im Vorfeld zur eigentlichen Wahl zum Einsatz kommen könne. Erneut wird die Beschlussempfehlung des WPA aus dem Jahr 2005 zitiert.³⁶

In den Sachverständigenanhörungen in den Landtagen, die sich an § 52 Abs. 4 BWahlG orientieren wollten, war zwischenzeitlich Kritik an Begriff und Funktion der „Schlussabstimmung“ lautgeworden. So bemängelte Sophie Schönberger in einer Stellungnahme für den Landtag NRW die „fehlgeleitete Terminologie, die von einer Schlussabstimmung über einen Wahlvorschlag spricht, obwohl im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch Abstimmungen und Wahlen ein begriffliches Gegensatzpaar bilden, da Wahlen sich auf Personen, Abstimmungen sich auf Sachfragen beziehen“. Aus diesem Grund sei nicht klar ermittelbar, was mit einer Schlussabstimmung über einen Wahlvorschlag gemeint sei.³⁷ In einer Stellungnahme für den Thüringer Landtag habe

³² Beschlussempfehlung und Bericht v. 27.01.2021, BT-Drs. 19/26244, S. 6.

³³ BT-Drs. 19/26244, S. 7.

³⁴ BT-Drs. 19/20596, S. 6.

³⁵ BT-Drs. 15/4750, S. 20.

³⁶ BT-Drs. 19/23197, S. 16 bezogen auf § 5 Abs. 4 Satz 3 COVMG, der im selben Artikelgesetz geändert wurde.

³⁷ S. Schönberger, Stellungnahme v. 02.01.2021, LT NRW MMST17/3423, S. 6 f.; s. auch *dies.*, in diesem Heft, S. 16 ff.

ich ähnliche Bedenken formuliert und darauf hingewiesen, dass der Ausdruck bei Listenaufstellungen die Fehlvorstellung erwecke, es genüge, über die Liste insgesamt per Briefwahl abzustimmen. Eine demokratische Wahl setze voraus, dass die Bewerber (potentiell) die Auswahl zwischen verschiedenen Kandidaten hätten. Daher müsse bereits jede Einzelabstimmung über einen Listenplatz als „Schlussabstimmung“ angesehen werden. Da unterlegenen Bewerbern aber die Kandidatur für einen „hinteren“ Listenplatz offenstehen müsse, sei die Praktikabilität der Schlussabstimmung bei Listenaufstellungen zweifelhaft: Theoretisch müsste jeder einzelne Listenplatz per Briefwahl vergeben werden, und zwar in zeitlich aufeinanderfolgenden Wahlgängen.³⁸

Das Bundesinnenministerium ließ sich von dieser Kritik nicht beirren. Im Begründungsteil des Verordnungsentwurfs vom 19. Januar 2021 wurde der Begriff „Schlussabstimmung“ wie in den vorangegangenen Gesetzgebungsmaterialien verwendet: „Schlussabstimmungen sind die endgültigen Abstimmungen über einen Wahlvorschlag. Bei der Wahlbewerberaufstellung können elektronische Verfahren zur Vorermittlung, Sammlung und Vorauswahl der Bewerbungen benutzt werden. Sie sind aber nur im Vorfeld und als Vorverfahren zur eigentlichen, schriftlich mit Stimmzetteln geheim durchzuführenden Abstimmung der Stimmberechtigten zulässig“. Zum Zitat der WPA-Beschlussempfehlung traten eine gleichsinnige Kommentarfundstelle³⁹ und ein Hinweis auf die Rechtsprechung des BayVerfGH⁴⁰ hinzu. Auch in den vom BayVerfGH entschiedenen Fällen diente das E-Voting lediglich der unverbindlichen Vorauswahl. Die Stimmberechtigten konnten bei der schriftlichen Wahl einzelne Personen von den elektronisch vorausgewählten Listen streichen und weitere hinzufügen.⁴¹ Ein solches Verfahren per Briefwahl durchzuführen, setzt bei längeren Listen eine Vielzahl von Wahlgängen voraus, die sich durch eine – soweit ersichtlich nicht praktizierte – Präferenzstimmgebung zwar verringern, nicht aber vermeiden ließe.

Der Innenausschuss des Bundestages scheint das Problem erst bei der Beratung über die Zustimmung zur bereits vorliegenden Verordnung erkannt zu ha-

ben. Die „Lösung“ der nur von den Koalitionsfraktionen getragenen Beschlussempfehlung ist brachial. Der Ausdruck „Schlussabstimmung“ wird kurzerhand neu interpretiert: „Eine Schlussabstimmung im Sinne von § 7 der COVID-19-Bewerberaufstellungsverordnung ist die verbindliche Abstimmung über denjenigen Kandidaten, den die Mehrheit im elektronischen Abstimmungsverfahren als Wahlkreisbewerber ausgewählt hat, oder über die im elektronischen Abstimmungsverfahren durch die Mehrheit aufgestellte Liste.“ Die Bedeutung der WPA-Beschlussempfehlung aus dem Jahr 2005 wird relativiert: Der WPA habe maßgeblich darauf abgestellt, dass das von der Versammlung beschlossene Verfahren nicht modifiziert worden sei. Daraus ergebe sich „nicht zwingend“, dass der WPA es als „zwingend erforderlich“ angesehen habe, dass den in der elektronischen Abstimmung unterlegenen Bewerbern die Teilnahme an der Schlussabstimmung ermöglicht werden müsse. Weshalb aber hätte sich der WPA dazu äußern sollen, wenn doch feststand, dass die Kandidatur noch bei der schriftlichen Wahl offen war?

Mit der vom BMI zitierten Rechtsprechung des BayVerfGH, der die Möglichkeit von Änderungen des zur Abstimmung stehenden Listenvorschlags als entscheidend ansah,⁴² setzt sich die Beschlussempfehlung ebenso wenig auseinander wie mit der Rechtsprechung des BVerfG, das die „Offenheit einer Alternative“ zum „unverzichtbare[n] Merkmal“ einer Wahl erklärt. Die demokratischen Verfahrensgrundsätze blieben in den unter hohem Zeitdruck stattfindenden Beratungen über die Zustimmung zur Verordnung auf der Strecke. Argumentiert wird am Ende mit bloßer Zweckrationalität: „Die in § 5 der COVID-19-Wahlbewerberaufstellung enthaltenen Regelungen zur Durchführung von Versammlungen mit elektronischer Kommunikation wären dysfunktional, wenn den in der elektronischen Abstimmung unterlegenen Bewerbern in jedem Fall die Möglichkeit einer Teilnahme an der Schlussabstimmung zu gewährleisten wäre. Denn in diesem Fall wäre eine Aufstellung von Wahlkreisvorschlägen gemäß § 21 BWahlG mit drei oder mehr Bewerbern organisatorisch und zeitlich nur schwer durchführbar. Die Aufstellung der Landesliste einer Partei gemäß § 27 BWahlG mit streitigen Abstimmungen für einzelne Listenplätze und der Möglichkeit der Bewerbung für mehrere Listenplätze ist als Briefwahl oder einer Kombination aus Brief- und Urnenwahl aus praktischen Gründen unmöglich.“⁴³

³⁸ F. Michl, Stellungnahme v. 07.01.2021, ThürLT Z7/959, S. 12.

³⁹ Nämlich: J. Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 21 Rn. 28.

⁴⁰ BayVerfGH, Entsch. v. 11.11.2019 – Vf. 46-III-19, wo wiederum auf BayVerfGH, Entsch. v. 23.10.2014, Vf. 20-III-14 verwiesen wird.

⁴¹ Das ist das entscheidende Argument bei BayVerfGH, Entsch. v. 23.10.2014, Vf. 20-III-14, Rn. 39, wo wiederum auf die Beschlussempfehlung des BT-WPA aus 2005 verwiesen wird.

⁴² BayVerfGH, Entsch. v. 23.10.2014, Vf. 20-III-14, Rn. 39.

⁴³ BT-Drs. 19/26244, S. 6.

Die ergebnisgeleitete (Um-)Interpretation des Ausdrucks „Schlussabstimmung“ führt zu einem Auseinanderfallen der eigentlichen Wahl und des förmlichen Wahlakts, das die Anforderungen an eine demokratische Kandidatenaufstellung in doppelter Hinsicht verfehlt: Die Auswahl der Kandidaten findet im Wege elektronischer Kommunikation und damit im Widerspruch zum Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl statt. Bei der wahlgrundsatzkonformen schriftlichen „Schlussabstimmung“ haben die Stimmberechtigten gerade keine Auswahlmöglichkeit mehr, sondern können nur noch das Ergebnis der elektronischen Wahl bestätigen oder zurückweisen. Das Ergebnis ist perplex: Die elektronische Abstimmung ist eine Wahl, die keine sein darf, die Schlussabstimmung will eine Wahl sein, ist aber keine.

Man müsste dieser eigenwilligen Interpretation der Mehrheit des Innenausschusses keine besondere Bedeutung beimessen. Immerhin bezieht sie sich auf eine Vorschrift in einer Verordnung des BMI, auf deren Inhalt der Bundestag keinen Einfluss genommen hat. Sie wurde gerade nicht zum Gegenstand des am 28. Januar 2021 vom Plenum gefassten „Maßgabebeschlusses“ gemacht, sondern findet sich nur im Ausschussbericht. Rechtsmethodologisch ist ihr Stellenwert daher gering. Die *praktische* Bedeutung ist jedoch überragend. Denn der Bundeswahlleiter hat die (Um-)Interpretation des Ausdrucks „Schlussabstimmung“ im Ausschussbericht als vermeintlich autoritative Klarstellung in seine „Hinweise zur Anwendung der COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung“ vom 8. Februar 2021 übernommen. Bewerber, die in der vorbereitenden elektronischen Abstimmung unterlegen seien, müsse nicht ermöglicht werden, in der Schlussabstimmung erneut zu kandidieren. Dass bereits in der elektronischen Zwischenabstimmung möglicherweise endgültig über die Ablehnung einzelner Kandidaten entschieden werde, weil diese nicht mehr in der Schlussabstimmung zur Wahl stünden, mache die Zwischenabstimmung nicht zu einer Schlussabstimmung.⁴⁴ Diese Ausführungen sind schon deshalb erstaunlich, weil im darauffolgenden Absatz die Unvereinbarkeit elektronischer Abstimmungsverfahren mit dem wahlrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz hervorgehoben wird. Dass der Bundeswahlleiter, statt die demokratischen Verfahrensgrundsätze hochzuhalten, die Zweckrationalität des Innenausschusses übernimmt, hinterlässt einen bitteren Nachgeschmack.

⁴⁴ Bundeswahlleiter, Hinweise zur Anwendung der COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung, 08.02.2021, S. 25 f.

V. Ausblick

Der Gesetzgeber stand vor keiner leichten Aufgabe, als er das Recht der Kandidatenaufstellung an die Bedingungen der Pandemie anpassen musste. Die Preisgabe der Präsenzversammlung machte komplexe Abwägungen und differenzierende Lösungen erforderlich, um das Ziel der pandemiekonformen Wahlvorbereitung und die Wahrung der demokratischen Verfahrensgrundsätze in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Die COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung lässt diese Abwägungen und Differenzierungen vermissen. Sie stellt es den Parteien praktisch frei, wie sie ihre Wahlbewerber aufstellen: „Anything goes!“ Mit der „Schlussabstimmung“ enthält sie zudem ein Wahlverfahren, das mit den Wahlrechtsgrundsätzen nicht vereinbar ist, jedenfalls wenn man es so versteht wie der Innenausschuss und der Bundeswahlleiter. Den Parteien ist zu raten, für Listenaufstellungen auf die verbundenen Teilversammlungen zurückzugreifen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 COV-WBAV), bei denen – wie gewohnt – in Präsenz gewählt werden kann. Dieses Format erscheint neben den Präsenzversammlungen mit verringerter Teilnehmerzahl (§ 3 Abs. 1 Satz 2 COV-WBAV) als die einzige rechtssichere und praktikable Lösung.

Der Anwendungsbereich der COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung ist auf die Vorbereitung der Wahl zum 20. Deutschen Bundestag begrenzt (§ 1 COV-WBAV). Sie tritt spätestens am 31. Dezember 2021 außer Kraft (§ 10 Abs. 2 COV-WBAV). An diesem Tag erledigt sich auch die Verordnungsermächtigung des § 52 Abs. 4 BWahlG durch Fristablauf. Die Vorbereitung der vier Landtagswahlen des Jahres 2022 (NRW, Saarland, Schleswig-Holstein, Niedersachsen) wird voraussichtlich nicht unter pandemischen Bedingungen stattfinden müssen. Falls eine Rückkehr zum Leitbild der Präsenzversammlung nicht möglich sein sollte, sollten sich die Landtage kein Vorbild am Bund nehmen und zu differenzierteren Lösungen kommen, bei denen die demokratischen Verfahrensgrundsätze nicht über Gebühr beeinträchtigt werden. Die allzu bereitwillige Übernahme der bundesrechtlichen Regelung in NRW, Thüringen und Berlin gibt indes wenig Grund zur Hoffnung.⁴⁵

⁴⁵ § 46 Abs. 6 LWG NRW entspricht weitgehend § 52 Abs. 4 BWahlG; § 12 Abs. 5 BlnLWG übernimmt die Abweichungsmöglichkeiten des § 52 Abs. 4 Satz 3 BWahlG direkt in das Gesetz. Das „Thüringer Gesetz für den Fall der vorzeitigen Durchführung von Neuwahlen für den Thüringer Landtag im Jahre 2021 sowie zur Änderung weiterer wahlrechtlicher Vorschriften“ übernimmt die Vorschriften der COVID-19-Wahlbewerberaufstellungsverordnung.