

Professor Dr. Hermann K. Heußner und Professor Dr. Arne Pautsch*

Der Griff nach dem Plebiszit

Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Probleme der konsultativen Volksbefragung

Die in Bayern unmittelbar bevorstehende Einführung der konsultativen Volksbefragung durch einfaches Landesgesetz ist verfassungswidrig. Die faktischen Auswirkungen dieses Instruments direkter Demokratie „von oben“ greifen in unzulässiger Weise in die Staatswillensbildung ein. Überdies sprechen durchschlagende verfassungspolitische Gründe gegen die Einführung der Volksbefragung. Würde sich das Plebiszit „von oben“ in Bayern durchsetzen, drohte möglicherweise ein bundesweiter Dammbbruch.

I. Einleitung

Dieser Beitrag befasst sich aus aktuellem Anlass mit der konsultativen Volksbefragung. Die bayerische Staatsregierung möchte dieses Instrument in Bayern einführen.¹

In der zwischenzeitlich angewachsenen wissenschaftlichen Literatur zur direkten Demokratie und Volksgesetzgebung (Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid) ist die konsultative Volksbefragung nur in relativ geringem Maße behandelt worden.² Während Volksbegehren und Volksentscheid zwischenzeitlich auf staatlicher Ebene in allen Bundesländern eingeführt sind, ist die konsultative Volksabstimmung nun erstmals in Bayern geplant, und zwar durch Änderung des Landeswahlgesetzes.³ Die konsultative Volksbefragung – und namentlich ihre Einführung durch einfaches Landesgesetz – wirft verfassungsrechtliche Fragen auf. Die Grundproblematik betrifft das Verhältnis eines solchen direktdemokratischen Instruments zur rein parlamentarischen Demokratie, wie sie im Bund etabliert ist, und zur gemischten Demokratie, wie sie mehr oder weniger in den Ländern nach der geltenden Verfassungsordnung besteht. Dabei scheint es bedeutsam, einer möglichen negativen Vorbildwirkung des eventuellen bayerischen Weges für andere Länder und den Bund sowie u. U. sogar die EU unter verfassungsrechtlichen und –politischen Gründen vorzubeugen. Zwar trifft es zu, dass in einem föderalen Staatsgefüge der Gesetzgebung in den Gliedstaaten auch eine Laboratoriumsfunktion⁴ bzw. experimenteller Charakter⁵ zukommt. Gleichzeitig muss sie aber auch dazu dienen, zur Wahrung verfassungsrechtlicher

Kautelen anzuhalten und in verfassungspolitischer Hinsicht Fehlentwicklungen entgegenzuwirken.

Die Themenstellung, ob und inwiefern die Einführung verfassungsrechtlichen und –politischen Bedenken ausgesetzt ist, erfordert zunächst eine begriffliche Einordnung dieses Instruments in das Repertoire direkter Demokratie. Gemeinhin wird – bei aller Differenzierung im Detail – zwischen dezisiven (verbindlichen) und konsultativen (unverbindlichen) Verfahren unterschieden.⁶ Zu den dezisiven Verfahren zählen zuvörderst die direktdemokratischen Verfahren „von unten“, also die Volksgesetzgebung aus Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid, sowie die verbindlichen Referenden über vom Parlament verabschiedete Gesetze oder Verfassungsänderungen, die von der Verfassung vorgeschrieben sind (insbesondere obligatorische Verfassungsreferenden) oder von einer bestimmten Anzahl von Bürgern verlangt werden können (fakultative Referenden).⁷ Demgegenüber

* Der Autor *Heußner* ist Professor für Öffentliches Recht und Recht der Sozialen Arbeit, der Autor *Pautsch* Professor für Öffentliches Recht, insbes. Verwaltungsrecht, beide an der Hochschule Osnabrück.

1 LT-Drs. 17/1745 v. 29.4.2014. Dazu auch *Süddeutsche Zeitung* v. 26.3.2014, 32: „Mehr Demoskopie wagen“; *dies.* v. 8.5.2014, 40: „Volksbefragung soll bald kommen.“

2 Siehe grundl. nur *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, 1988, passim; *Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991, 395 ff.; in den letzten Jahren *Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie, 2009, Rn. 240–249 ff.; *Patzelt* in *Feld/Huber/Jung/Welzel/Wittreck*, Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, 2011, 63 ff. Siehe sonst im rechtswissenschaftlichen Schrifttum *Dreier*, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 111 f.

3 Siehe sogleich II.

4 So *Heußner*, LKRZ 2014, 52 (57), unter Verweis auf *Justice Brandeis* in der Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932).

5 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 233; vgl. auch *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 14 Rn. 30.

6 *Rehmet*, Konsultative Volksabstimmungen/Volksbefragungen, hrsg. von Mehr Demokratie e.V., 2014, 2.

7 Zu Terminologie und Kategorisierungsbildung und –systemen ausführlich etwa *Heußner*, Volksgesetzgebung in den USA und in Deutschland, 1994, 11 ff., *Neumann* (o. Fn. 2), 147 ff.

geht es bei den konsultativen Verfahren um solche Befragungen des Volkes, welche rechtlich nicht verbindlich sind, allerdings in der Regel eine faktische Bindungswirkung entfalten.⁸ Konsultative Volksbefragungen sind sowohl „von unten“ als auch „von oben“ denkbar.⁹ Meistens handelt es sich jedoch um „von oben“, dh von Regierung und/oder Parlament, beschlossene plebiszitäre Befragungen zu einem bestimmten Sachthema.¹⁰ Die Motive dazu können unterschiedlichster Natur sein.¹¹ Wenn im Folgenden von konsultativer Volksbefragung gesprochen wird, ist damit das zuvor beschriebene Wesen dieser Volksbeteiligung – nämlich der plebiszitär-konsultative Charakter – am Treffendsten zum Ausdruck gebracht. Darum geht es auch im Hinblick auf die in Rede stehende und nachfolgend (II) näher dargestellte Einführung einer Volksbefragung durch Änderung des bayerischen Landeswahlgesetzes.

II. Die geplante bayerische Regelung über eine Volksbefragung

Der bayerische Landesgesetzgeber würde mit der Einführung der konsultativen Volksbefragung in Art. 88 a des Landeswahlgesetzes (BayLWG) Neuland betreten. Ein konsultatives Verfahren existiert bislang in keinem anderen Bundesland. Ohnehin sehen lediglich die Länder Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz in ihren Landesverfassungen ein so genanntes „einfaches Referendum“ über vom Landtag beschlossene bzw. abgelehnte Gesetze vor, das vom Landtag bzw. der Landesregierung eingeleitet werden kann.¹² Ungeachtet dessen, dass diese Verfahren in der Verfassungspraxis bislang keine Bedeutung spielen, gehören sie wegen ihres verbindlichen Charakters auch zu den dezisiven Verfahren direkter Demokratie und spielen daher im hier behandelten Kontext der rein konsultativen Volksbefragung keine Rolle.

Der vorliegende Gesetzentwurf der bayerischen Staatsregierung zur Änderung des BayLWG sieht im Kern in § 1 Nr. 7 die Einfügung eines Abschnitts IV in den Dritten Teil des Gesetzes vor, welcher aus einem neuen Art. 88 a mit folgendem Wortlaut besteht:¹³

„Art. 88 a. Volksbefragung. (1) ¹Über Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung wird eine Volksbefragung durchgeführt, wenn Landtag und Staatsregierung dies übereinstimmend beschließen. ²Über die Gesetzgebung findet keine Volksbefragung statt.

(2) Art. 75 I, Art. 76 I 1 und 2, Art. 77 S. 1 und 2, Art. 78 und 80 finden entsprechende Anwendung.

(3) Das Ergebnis einer Volksbefragung lässt die dem Landtag und der Staatsregierung nach der Verfassung zustehenden Befugnisse unberührt.“

Das Gesetzgebungsvorhaben auf Initiative der Staatsregierung erschöpft sich in bloßen Änderungen des einfachen Wahlrechts. Eine Verfassungsänderung ist nicht vorgesehen.

III. Direkte Demokratie unter Verfassungsvorbehalt?

Die rechtliche Kernfrage besteht darin, ob die Einführung der konsultativen Volksbefragung durch den einfachen Gesetzgeber verfassungsrechtlich zulässig ist oder sie nicht vielmehr unter Verfassungsvorbehalt steht, es mit anderen Worten also einer Regelung durch Änderung der (Landes-)Verfassung bedürfte. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Grundgesetz und speziell auf die bayerische Verfassung.

1. Verfassungsrechtliche Determinanten für die Einführung von dezisiven Instrumenten direkter Demokratie

Nach ganz herrschender Auffassung schließt das Grundgesetz die Einführung direktdemokratischer Verfahren nicht grundsätzlich aus.¹⁴ Entsprechend der Verfassungslage auf Bundesebene ist es auch völlig unproblematisch, dass alle Bundesländer Formen der Volksgesetzgebung eingeführt haben.¹⁵ Art. 79 III iVm Art. 20 II GG verbieten dies nicht.¹⁶

Allerdings ist nach wie vor umstritten, ob und inwieweit für die Einführung direktdemokratischer Verfahren ein Verfassungsvorbehalt steht.

Nach einer nur vereinzelt vertretenen Auffassung sollen Volksabstimmungen bereits aus Art. 20 II 2 GG selbst ohne einfaches Gesetz ableitbar sein.¹⁷ Dieser Auffassung ist bereits damit entgegenzutreten, dass der Verfassungsgeber ja gerade auch für Wahlen als Element der repräsentativen Demokratie ausdrückliche Ausgestaltungsbestimmungen im Grundgesetz getroffen hat und zudem die so genannten Territorialplebiszite in Art. 29, 118 und 118 a GG, die in der Sache ebenfalls Abstimmungen darstellen,¹⁸ wenn auch nicht des gesamten Bundesvolkes, ausdrücklich außerhalb von Art. 20 II 2 GG geregelt hat. Für die BayVerf gilt dasselbe entsprechend. Die Volksbeteiligung ist außerhalb der Grundlagenbestimmung des Art. 2 II BayVerf ausdrücklich in der Verfassung normiert, Art. 70 ff. BayVerf. Und ebenfalls bestehen auch für Wahlen als Element der repräsentativen Demokratie ausdrückliche Ausgestaltungsbestimmungen in Art. 14 V BayVerf.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, direkte Demokratie bedürfe unter dem Grundgesetz keiner Verfassungsänderung, sondern sei bereits durch einfaches Gesetz zulässig.¹⁹ Dieser Auffassung ist ebenfalls nicht zu folgen. Auch insoweit trägt das hierfür vorgebrachte Argument, es stelle bereits Art. 20 II 2 GG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Einführung von Volksabstimmungen dar, nicht.²⁰ Soweit nämlich Elemente direkter Demokratie in das Grundgesetz eingeführt werden, handelt es sich angesichts der bisherigen – durch GG-Änderung freilich veränderbaren – grundsätzlichen Ausrichtung des Verfassungsgebers auf eine rein parlamentarische Demokratie, die sich insbesondere in der Konkretisierung durch das Wahlrecht in den Art. 38 ff. GG sowie den Art. 76 und 77 GG bezüglich des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens und der Art. 62 ff., 83 ff. GG bzgl. der Exekutive äußert, um eine wesentliche Struktur-

8 Vgl. zur Bindungswirkung *Rommelfanger* (o. Fn. 2), insbes. 267 ff.

9 „Von unten“ bestehen sie zB in Form der „advisory initiative“ in Illinois und Massachusetts, *Rommelfanger* (o. Fn. 2), 244 f.; *Heußner* (o. Fn. 7), 21 f.

10 Zur Vielfältigkeit im Einzelnen vgl. *Rommelfanger* (o. Fn. 2), insbes. 259 ff.

11 Vgl. näher *Rommelfanger* (o. Fn. 2), insbes. 262 ff.

12 Die Bestimmungen sind freilich im Einzelnen recht disparat, vgl. Art. 60 II, 3 BWVerf; Art. 68 III NRWVerf; Art. 114 RhPfVerf. Zu diesem Themenkreis etwa *Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland 2008, 334 (335 f.); *Decker*, Direkt-demokratische Verfahren im Regierungssystem und in der politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland in *Mörschel/Efler*, Direkte Demokratie auf Bundesebene, 2013, 11 ff.

13 LT-Drs. 17/1745, 3.

14 *Dreier* (o. Fn. 2), Art. 20 (Demokratie) Rn. 109.

15 So schon *Maunz* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Rn. 34.

16 *Dreier* (o. Fn. 2), Art. 28 Rn. 67 mwN.

17 *Elicker*, ZRP 2004, 225 (229).

18 aA *Meyer*, JZ 2012, 538.

19 So *Meyer*, VVDStRL 33 (1975), 69 ff. (115); *ders.* (o. Fn. 18), 538 (542 f.); *Pestalozza*, Der Populärvorbehalt, 1981, 11 ff.; *Stein* in *AK-GG*, Art. 20 Rn. 51 f.

20 Vgl. *Dreier* (o. Fn. 2), Art. 20 (Demokratie) Rn. 110.

Veränderung des Grundgesetzes, welche einer Regelung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nach Art. 79 II GG erforderlich macht.²¹ Diese Annahme wird maßgeblich dadurch gestützt, dass es sich bei der durch Wahlen ausgestalteten politisch-demokratischen Legitimation unter dem Grundgesetz um ein geschlossenes System politischer Repräsentation handelt, das insbesondere in den Art. 76 ff. GG seine Prägung gefunden hat.²² Damit ist für die Einführung von plebiszitären Elementen in die Verfassung ein Verfassungsvorbehalt zu fordern.²³

Für die Landesverfassungen ist ebenfalls ein Verfassungsvorbehalt anzunehmen.²⁴ Dies gilt umso mehr, als eine Veränderung der auf Verfassungsebene verankerten direktdemokratischen Verfahren nur auf Verfassungsebene geändert und erweitert werden können.

2. Verfassungsvorbehalt für konsultative Volksbefragungen?

a) *Kein Verfassungsvorbehalt.* Dieser Verfassungsvorbehalt wird für konsultative Volksbefragungen von einigen Autoren und mit dem vorliegenden Gesetzentwurf auch von der bayerischen Staatsregierung bestritten.²⁵ Zur Begründung wird angeführt, dass das Ergebnis der rein konsultativen Volksbefragung keine rechtliche Bindungswirkung für die staatlichen Organe – insbesondere Parlament und Regierung – entfalte, sondern ihnen allenfalls ein faktisch-politisches Gewicht zu eigen sei, über das sich eine parlamentarische (Regierungs-)Mehrheit jederzeit auch hinwegsetzen könne.²⁶ Daraus wird geschlossen, dass die Einführung konsultativer Volksbefragungen durch einfaches Parlamentsgesetz generell zulässig sei.

Die Begründung der bayerischen Staatsregierung lautet dementsprechend:

„Solche Volksbefragungen sind nicht auf die Herbeiführung einer rechtlich verbindlichen Entscheidung gerichtet. Sie lassen vielmehr die in der Verfassung geregelten Verantwortlichkeiten von Landtag und Staatsregierung unberührt. (...)solche Volksbefragungen (gehören) trotz ihrer politisch faktischen Bedeutung für die Staatsleitung nicht zu den Akten der Staatswillensbildung, die einer Verankerung in der Verfassung bedürftig.“

Die Gesetzgebung ist mit Bedacht ausgenommen, Art. 88 a I 2, weil der bayerische Verfassungsgerichtshof ausdrücklich festgestellt hat, dass die Verfassungsabstimmungen über die Gesetzgebung abschließend sind.²⁷

b) *Verfassungsvorbehalt auch für konsultative Abstimmungen.* aa) *Eingriff in die abschließenden Exekutivregelungen der Verfassung.* Die Auffassung, wonach konsultative Volksbefragungen nicht unter Verfassungsvorbehalt stehen, ist abzulehnen. Dafür ist zum einen fundamental, dass das Volk im Rahmen staatlich organisierter Volksbefragungen immer als Staatsorgan handelt und an der Staatswillensbildung mitwirkt. Es ist „nicht möglich, (...) das Verfassungsorgan Staatsvolk an der Staatswillensbildung nur dann als beteiligt anzusehen, wenn seinen Äußerungen rechtlich verbindliche Wirkung, „entscheidende“ Bedeutung zukommt.“²⁸ Sodann ist wesentlich, dass das Ergebnis konsultativer Volksabstimmungen – das zeigt die Empirie – in der Regel politisch faktisch bindend ist.²⁹ Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die Verfassungsorgane Regierung und Parlament nach der Volksbefragung noch dieselbe tatsächliche Entscheidungsfreiheit haben wie zuvor. Vielmehr ist ihr Spielraum massiv eingeengt. Damit stellt die Volksbefragung nicht nur überhaupt eine Mitwirkung an der Staatswillensbildung dar, sondern ist ein *äußerst schwerwiegender Eingriff* in diese. Es stellt sich also die Frage, ob der einfache Gesetzgeber ein Verfahren schaffen darf,

das derart schwere Folgen für die Entscheidungsfreiheit der Verfassungsorgane hat.

Dies ist zu verneinen. Die Verfassung ist eine Grundordnung, die auf tatsächliche Wirksamkeit angelegt ist.³⁰ Insofern ist der formale Ausschluss der rechtlichen Bindung irrelevant. Es kommt darauf an, ob den Verfassungsorganen Regierung und Parlament nach der Abstimmung tatsächlich noch der von der Verfassung geforderte notwendige Spielraum bleibt. Dies ist aber nicht der Fall. Denn die Regelungen der Verfassung sind nicht nur im Bereich der Gesetzgebung, sondern auch im Bereich der Staatsleitung abschließend.³¹ Die Verfassung will nicht, dass der Spielraum durch Entscheidungen des Verfassungsorgans Staatsvolk eingeengt wird. Hier gelten im Grundsatz dieselben Überlegungen, die ein Teil des Schrifttums dazu führt, dass konsultative Volksbefragungen im Bereich der Gesetzgebung ohne Verfassungsänderung unzulässig sind.³² Weder in der bayerischen Verfassung noch im Grundgesetz ist das Volk im Bereich der Staatsleitung bzw. Verwaltung in die Willensbildung einbezogen. Daraus ist zu schließen, dass der jeweilige Verfassungsgeber die Entscheidungsverantwortung allein den dort genannten Verfassungsorganen, also der gewählten Regierung bzw. den Ministern, Art. 62 ff. GG bzw. Art. 43 ff. BayVerf, zuordnen wollte. Hätte er auch das Volk bzw. Volksteile einbeziehen wollen, so hätte er es ausdrücklich geregelt, so wie er es auch im Fall des GG in Form der Art. 29, 118, 118 a und gegebenenfalls Art. 146 bzw. im Falle der bayerischen Verfassung in Form der Volksgesetzgebung, Art. 71 ff. BayVerf, und des obligatorischen Verfassungsreferendums, Art. 75 II BayVerf, getan hat. Da dies nicht geschehen ist, muss angenommen werden, dass der Verfassungsgeber die Staatsleitung von der direkten Mitwirkung des Volkes abschirmen wollte.

Im Falle des GG mag dieses systematische Argument insoweit fragwürdig sein, als dadurch die Normierung von „Abstimmungen“ in Art. 20 II 2 GG weitgehend funktionslos erscheinen könnte.³³ Im Falle der bayerischen Verfassung ist es

- 21 Dietlein in Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV/2, 2011, 242 ff.; Dreier (o. Fn. 2), Art. 20 (Demokratie) Rn. 110; Ebsen, AöR 110 (1985), 4 ff.; Krause in Isensee/Kirchhof, HdbStR, III, § 35 Rn. 7, 19; Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 32; offen gelassen von Pjeroth in Jarass/Pjeroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 7.
- 22 Statt vieler Huster/Rux in Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 20 Rn. 82.
- 23 Siehe dezidiert auch Löwer in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 19; aA in jüngerer Zeit nur Meyer, JZ 2012, 538 (542).
- 24 Lindner in Lindner/Möstl/Wolff, BayVerf, 2009, Art. 2 Rn. 8: „Ausgestaltung in der Verfassung selbst“.
- 25 So ausdr. Dreier (o. Fn. 2), Art. 20 (Demokratie) Rn. 111; Ebsen, AöR 110 (1985), 4 ff. Zur Auflistung weiterer Stimmen, die einen Verfassungsvorbehalt ablehnen, Neumann (o. Fn. 2), 181.
- 26 Dreier (o. Fn. 2), Art. 20 (Demokratie) Rn. 111.
- 27 BayVerfGH, BayVerwBl 1995, 238 = BeckRS 1994, 10093 Ls. 1 u. Rn. 109 ff.
- 28 BVerfGE 8, 104 (115) = NJW 1958, 1339.
- 29 Ausf. Rommelfanger (o. Fn. 2), 141 (267 ff.).
- 30 Vgl. im Hinblick auf den Gleichheitssatz und das Steuerrecht BVerfGE 84, 239 (271 f.) = NJW 1991, 2129 und Reimer, ZParl 1994, 322 (334 f.) bzgl. der Wahlrechtsgleichheit.
- 31 Das Schrifttum nimmt zu dieser Frage keine Stellung, vgl. etwa Brechmann in Meder/Brechmann, BayVerf, 5. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 4.
- 32 Vgl. Nachw. bei Rommelfanger (o. Fn. 2), 124 f.
- 33 Vgl. Rommelfanger (o. Fn. 2), 131 mwN. Ders., 131 ff., weist zudem darauf hin, dass ein Verfassungsvorbehalt weder als Ergebnis einer Wortlautauslegung noch einer historisch-genetischen Auslegung hergeleitet werden könne. Der Wortlaut des Art. 20 II 2 GG sehe eine gleichberechtigte Nennung von Wahlen und Abstimmungen vor, wodurch bereits sprachlich zum Ausdruck komme, dass beide Formen demokratischer Legitimation im Grundsatz durch den Verfassungsgeber im Verfassungstext vorgesehen seien. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes – insbesondere die Verhandlungen im Parlamentarischen Rat – belege mit Blick auf die historisch-genetische Auslegung ebenfalls, dass der Verzicht auf Volksbegehren und Volksentscheid nicht zugleich als genereller Ausschluss jeglicher plebiszitärer Elemente – wie insbesondere Befragungen des Volkes – betrachtet werden könne.

jedoch zwingend. Denn die Erwähnung von Abstimmungen in der Grundnorm des Art. 2 II BayVerf wird durch die Regelung des obligatorischen Verfassungsreferendums und die Volksgesetzgebung ausgefüllt. Und es wäre völlig unverständlich anzunehmen, dass der Verfassungsgeber, der die Kompetenzen des Volkes im Bereich der Gesetzgebung durch die Art. 71 ff. BayVerf ausführlich und auch abschließend geregelt hat, das Volk auch im Bereich der Exekutive, hier aber lediglich durch den einfachen Gesetzgeber zu Zuge kommen lassen wollte, ohne das Volk in diesem Bereich auf Verfassungsebene überhaupt zu erwähnen.

bb) *Verfassungswidrige Verlagerung der Staatswillensbildung in den vorparlamentarischen Bereich.* Der Gesetzentwurf leidet an Unklarheit. Er schließt zwar pauschal die Gesetzgebung von der Volksbefragung aus, lässt aber ebenso wie die Entwurfsbegründung offen, was unter (exekutivischen) Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung (Art. 88 a I 1 BayLWG) zu verstehen ist und wem die Entscheidungsprärogative zukommt, über die „landesweite Bedeutung“ zu befinden. Die Entwurfsbegründung lässt lediglich erahnen, dass vor allem große (Verkehrs-)Infrastrukturvorhaben angesprochen sind.³⁴ Bei Zusammenschau der Abs. 1 S. 2 und 3 wird zunächst deutlich, dass es sich scheinbar nur um solche hervorgehobenen Exekutivbefugnisse handeln kann, die außerhalb von Gesetzgebungsakten sowie damit zusammenhängenden Befugnissen nach Maßgabe der Landesverfassung angesiedelt sind.³⁵ Damit sind zwar einerseits die Gegenstände des Initiativrechts nach Art. 71 BayVerf prima facie (noch) nicht erfasst. Andererseits scheidet eine Volksbefragung aus, sobald die Staatsregierung oder ein anderes dazu befugtes Organ die Gesetzesinitiative ergriffen hat. Eine Volksbefragung könnte also nur im Bereich der vorparlamentarischen politischen Steuerung zulässig sein.

Indem die im Gesetzentwurf vorgesehene Einführung der konsultativen Volksbefragung in den Bereich der vorparlamentarischen Steuerung fällt, berührt sie die Staatswillensbildung durch das Parlament. Sie hat insoweit einen politisch-steuernenden Einfluss auf künftige Gesetzesinitiativen der Staatsregierung und ihrer parlamentarischen Mehrheit, als die Volksbefragung einschließlich ihres Ausgangs gewissermaßen den plebiszitären „Testlauf“ für ein mögliches späteres (oder bei negativem Ausgang: zu unterlassendes) Gesetzgebungsverfahren darstellt. Die vorgesehene Volksbefragung nach Art. 88 a BayLWG hätte somit ganz zentralen Einfluss auf die vorparlamentarische Willensbildung, als sie zwar zum einen Gegenstände der Gesetzgebung ausdrücklich ausschließt, zum anderen aber zugleich mit den „Vorhaben von landesweiter Bedeutung“ eine hervorgehobene politisch-strategische Zielrichtung zur Voraussetzung erhebt. Dies ist der Staatsregierung und ihrer parlamentarischen Mehrheit im Stadium *vor* der Willensbildung im Landtag zunutze, denn auf diese Weise wird die Willensbildung und Entscheidung des Parlaments antizipiert. Trotz des Umstandes, dass das Ergebnis der Volksbefragung die dem Landtag und der Staatsregierung nach der Verfassung zustehenden Befugnisse formell unberührt lässt (Art. 88 a III BayLWG), kommt dem Volksvotum in der Regel eine faktische Bindungswirkung zu.³⁶ Dies zeigt die Empirie.³⁷ Die Gefahr einer vorparlamentarischen Lenkung von Entscheidungen, die nach Maßgabe des geltenden Verfassungsrechts an sich Gegenstand eines ordnungsgemäßen parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens wären, wird durch die nur vordergründig unverbindliche Volksbefragung real.

Die faktische Bindungswirkung der konsultativen Volksbefragung bedeutet deshalb nicht nur einen verfassungswid-

rigen Eingriff in die Exekutivregelungen der Verfassung,³⁸ sondern auch einen verfassungswidrigen Eingriff in deren Legislativvorschriften. Denn die Ausgestaltung der Staatswillensbildung ist sowohl unter dem Grundgesetz durch die Art. 38 ff. GG und Art. 76 ff. GG als auch nach Art. 13 ff., 70 ff. BayVerf zu Gunsten eines repräsentativen Systems ausgefallen und damit zuvörderst dem Parlament – sowie darüber hinaus dem Zusammenspiel von Parlament und Regierung – überantwortet.³⁹ Vor diesem Hintergrund ist insbesondere das dieser Ausgestaltung dienende Gesetzgebungsverfahren, also die Art. 76 ff. GG bzw. die Art. 70 ff. BayVerf, als geschlossenes – austariertes – System zu verstehen, das durch eine entsprechende Verfassungspraxis eingeübt ist, und zwar auch und gerade in Ansehung der mitintendierten Minderheitenrechte der parlamentarischen Opposition⁴⁰ sowie des freien Mandats. Die Geschlossenheit dieses Systems wird auch nicht dadurch infrage gestellt, dass in der Landesverfassung – so in Art. 74 BayVerf sowie hinsichtlich des Initiativrechts in Art. 71 BayVerf – direkte Demokratie in Form der Volksgesetzgebung eingeführt ist. Im Gegenteil: Die Existenz eines *in der Verfassung* verankerten Volksgesetzgebungsrechts neben dem parlamentarischen System als Ausdruck einer semi-repräsentativen Demokratie in Bayern belegt, dass die Durchbrechung bzw. Erweiterung dieses Systems durch Einführung einer Volksbefragung ebenfalls der Regelung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber bedarf.

Eine auf Veranlassung der Landesregierung sowie einer Parlamentsmehrheit (noch dazu, wenn es sich – wie nun in Bayern vorgesehen – jeweils um eine lediglich einfache Mehrheit handelt⁴¹) eingeleitete Volksbefragung rein konsultativen Charakters berührt zwar formal die Entscheidung des Parlaments bzw. der Regierung nicht. Genau darin ist jedoch die Achillesferse dieses Instruments zu erblicken – und nicht der Grund, auf den Verfassungsvorbehalt zu verzichten. Dem gewählten Parlament und seinen Abgeordneten wird nämlich das ihnen durch die Verfassung in Ausgestaltung von Art. 20 II 2 GG („Wahlen“) bzw. Art. 2 II BayVerf zugewiesene Recht der Gesetzgebung abgeschnitten bzw. mindestens wesentlich verkürzt.⁴² Es ist mit anderen Worten gerade die vorhandene – durch den Verfassungsgeber bewusst geschaffene – Kompetenz der Legislative, im parlamentarischen Willensbildungsprozess Entscheidungen zu treffen und diesen Willensbildungsprozess zudem aktiv zu steuern, die im Rahmen der Initiierung und Durchführung konsultativer Volksbefragungen ausgehebelt wird.⁴³ Die aktive Steuerungsfunktion des Parlaments entfällt nämlich dann, wenn dessen Entscheidung vom Volk in einer konsultativen Volksbefragung antizipiert wird, indem der Souverän in eine bestimmte Richtung gelenkt wird, ohne dass ihm die aktive Rolle des Par-

34 Vgl. LT-Drs. 17/1745, 4 zu Nr. 7.

35 Vgl. LT-Drs. 17/1745, 4 zu Nr. 7.

36 So offenbar auch die Intention der Staatsregierung, verlautbart durch Ministerpräsident *Horst Seehofer*: „Da bräuchte man schon sehr gute Argumente, um sich über die Ergebnisse einer solchen Volksbefragung hinwegzusetzen.“ (zit. nach Süddeutsche Zeitung v. 8.5.2014, 40).

37 Vgl. o. I und III 2 b aa.

38 Vgl. o. III 2 b aa.

39 *Möstl* in *Lindner/Möstl/Wolff* (o. Fn. 24), Art. 74 Rn. 2; *Holzner*, Bay-Verf, 2014, Art. 74 Rn. 1.

40 Hierzu sogleich näher unter III 2 b cc.

41 Daran vermag auch die „doppelte Absicherung“ durch eine einfache Mehrheit auch in der Regierung in Art. 88 a I 1 LWG nichts zu ändern; denn beide zusammen bilden dennoch stets die Regierungsmehrheit ab, welche sich dazu erhebt, sich beim Volk ihrer Entscheidungen rückzuversichern.

42 So auch *Rommelfanger* (o. Fn. 2), 136; *Steiner*, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1966, 193.

43 *Rommelfanger* (o. Fn. 2), 136.

laments zuteil würde, die gerade Kernelement des staatlichen Willensbildungsprozesses sowie auch und gerade der in Art. 74 BayVerf bislang allein vorgesehenen Volksgesetzgebung ist.

Entscheidend ist nämlich, dass die Mitwirkung des Volkes auch mit Blick auf bloß konsultative Verfahren organschaftlicher Natur ist, dh das Volk insoweit im vorparlamentarischen Raum als Staatsorgan am Willensbildungsprozess teilnimmt,⁴⁴ der jedoch nach Maßgabe der Verfassung (sowohl im GG als auch außerhalb von Art. 74 BayVerf) dem Parlament vorbehalten ist. Letztlich führt dies zu dem Ergebnis, dass der Souverän in weitaus erheblicherer Weise – und mitunter durch die vorgegebene Fragestellung der Volksbefragung „gesteuert“ – an der staatlichen Willensbildung beteiligt wird, als dies durch die Verfassung selbst vorgesehen ist.⁴⁵ Wenn solche Volksbefragungen mit ihrer weitreichenden Einwirkung in die primär dem Parlament vorbehaltene staatliche Willensbildung aber eingeführt werden soll und damit zugleich der Kernbereich der repräsentativen Legislative betroffen wird, indem das austarierte und geschlossene System der Art. 76 ff. GG bzw. Art. 70 ff. BayVerf mindestens partiell unterlaufen wird, bedarf eine solche Regelung einer Verfassungsänderung. Denn die eigentliche Steuerung liegt somit faktisch in den Händen der Regierung, welche gewissermaßen ihre Mehrheit im Parlament nutzen kann, vermeintlich brisante politische Entscheidungen durch ein bloßes „Ja“ oder „Nein“ des Souveräns abzusichern. Damit ist auch der Rolle des Souveräns im verfassungsrechtlichen Sinne nicht hinreichend Rechnung getragen. Abstimmungen, auch bloß konsultative, durch das Volk müssen – sollen sie das repräsentative, auf Wahlen gestützte System ergänzen – ein Mindestniveau an aktiver Vorbefassung mit dem Sachgegenstand der (konsultativen) Volksabstimmung aufweisen. Diese Funktion erfüllen unter den Instrumenten direkter Demokratie jedoch nur Volksbegehren und Volksentscheid, weil sie Elemente von Volksgesetzgebung sind und stets eine aktive Willensbildung notwendig voraussetzen. Wie dargelegt, sind durch Art. 74 BayVerf diese Instrumente als Ergänzung des repräsentativen Systems in die Landesverfassung eingeführt, was die These der Notwendigkeit einer Verfassungsänderung auch de constitutione lata belegt. Infolge der staatsorgan-schaftlichen Mitwirkung des Volkes und dem damit verbundenen Zugriff auf mindestens potenziell dem Parlament vorbehaltene Gegenstände ist eine Regelung der Volksbefragung in der Verfassung zwingend erforderlich, um die dargestellte Umgehung der Landtagskompetenzen einer hinreichenden rechtlichen Grundlage zu versichern.

Dies sei abschließend am Beispiel der Haushaltskompetenz des Landtags (Art. 70 II BayVerf) illustriert: Soweit eine Volksbefragung auf der Grundlage des neuen Art. 88 a BayLWG über ein „Vorhaben des Staates von landesweiter Bedeutung“ von Staatsregierung und Landtag initiiert und durchgeführt wird, wird dieses auch gerade angesichts des ihm beigemessenen Bedeutungsgehalts massive Auswirkungen auf den Landeshaushalt haben. Dies sieht auch die bayerische Staatsregierung.⁴⁶ Das genuine Recht des Parlaments, über den Staatshaushalt durch formelles Gesetz zu entscheiden (Art. 70 II BayVerf), wird indes in politisch kaum reversibler Weise unterlaufen, wenn durch das „Ja“ (oder „Nein“) des Volkes eine faktische Vorabentscheidung getroffen wird, die erhebliche Auswirkungen auf den Staatshaushalt auslöst. Damit wäre die Haushaltshoheit des Landtags (Art. 70 II BayVerf) unterlaufen und zugleich in verfassungsrechtlich nicht zulässiger Weise ein wesentlicher Teil des parlamentarischen Rechts der Gesetzgebung nach Art. 70 III BayVerf

durch einfaches Landesrecht (Art. 88 a BayLWG) dem Bereich der vorparlamentarischen Willensbildung durch das konsultierte Volk zugewiesen und mindestens faktisch dem Landtag entzogen. Dies ist ohne Verfassungsänderung nicht zulässig. Dieser Konsequenz kann nicht dadurch ausgewichen werden, dass der Landtag der Durchführung der Volksbefragung zustimmen muss.⁴⁷ Denn das Delegationsverbot des Art. 70 III BayVerf kann der Landtag nicht selbst durch Gesetz bzw. Beschluss beiseite schieben.

cc) *Beeinträchtigung der Oppositionsrechte aus Art. 16 a BayVerf.* Die geplante Neuregelung lässt überdies auch die Oppositionsrechte nach Art. 16 a BayVerf nicht unberührt. Nach dieser Verfassungsbestimmung wird die Rolle der parlamentarischen Minderheit als grundlegender Bestandteil der parlamentarischen Demokratie besonders geschützt (Art. 16 a I BayVerf).⁴⁸ Insbesondere bestimmt Art. 16 a II BayVerf, dass die Fraktionen und Mitglieder des Landtags, welche die Staatsregierung nicht stützen, das Recht auf ihrer Stellung entsprechende Wirkungsmöglichkeiten in Parlament und Öffentlichkeit haben. Wenn nun allein nach Maßgabe des einfachen Rechts – Art. 88 a LWG – die Möglichkeit geschaffen wird, eine Volksbefragung über Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung zu beschließen und damit die dem Parlament außerhalb von Art. 74 BayVerf übertragene Staatswillensbildung partiell auf das Volk zu übertragen, stößt dies an die Grenzen der über Art. 16 a II BayVerf eingeräumten Wirkungsmöglichkeiten der Opposition. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei den nur vordergründig exekutivischen Gegenständen einer Volksbefragung nach Art. 88 a BayLWG um einen Akt antizipierter Willensbildung des Staates, in den das Volk anstelle des Landtags organschaftlich eingebunden wird. An dem eigentlichen Willensbildungsakt, der im vorparlamentarischen Raum anzusiedeln ist, nimmt das Parlament gerade nicht mehr teil, sondern überlässt diese Entscheidung – kraft vorheriger Delegation auf übereinstimmenden (einfachen) Mehrheitsbeschluss von Staatsregierung und Landtag – dem Volk. In dem Maße, wie auf diese Weise der Willensbildungsprozess des Parlaments schon generell auf das Volk verlagert wird und insoweit zwingend einer Verfassungsregelung bedürfte (s. oben), verhält es sich mit den dadurch zugleich ebenfalls an das Volk abgegebenen Oppositionsrechten namentlich aus Art. 16 a II BayVerf, die dieses bei einer Reduzierung auf „Ja/Nein-Entscheidungen“ freilich noch nicht einmal im Ansatz wahrnehmen kann. Dies verletzt die aus Art. 16 a BayVerf abgeleitete⁴⁹ Chancengleichheit der Oppositionsparteien bzw.-fraktionen.

Hinzu kommt Folgendes: Wenn bereits jeweils eine einfache Mehrheit der Staatsregierung und des Landtags genügen, um eine Volksbefragung durchzuführen, dann liegt noch nicht einmal mehr die Entscheidung über die antizipierte vorparlamentarische Willensbildung selbst in den Händen der Opposition. Vielmehr dürfte dann im Regelfall die Regierungsmehrheit, maW also die die Staatsregierung tragende Mehrheit im Landtag gemeinsam mit der Staatsregierung, über Gegenstand und Fragestellung der konsultativen Volksbefragung befinden. Auf diese Weise – sowie die dadurch erst ermöglichte einseitige Festlegung des Gegenstands eines später zumindest faktisch bindenden Volksvotums – können sich die Oppositionsrechte des Art. 16 a BayVerf schon im Vor-

44 *BVerfGE* 8, 104 (114 f.) = NJW 1958, 1339; vgl. o. III 2 b aa.

45 So zutreffend *Rommelfanger* (o. Fn. 2), 136.

46 LT-Drs. 17/1745, 4.

47 So aber die Begründung der bayerischen Staatsregierung, LT-Drs. 17/1745, 4.

48 *Möstl* in *Lindner/Möstl/Wolff* (o. Fn. 24), Art. 16 a Rn. 5.

49 *Möstl* in *Lindner/Möstl/Wolff* (o. Fn. 24), Art. 16 a Rn. 7.

feld einer durch die Volksbefragung intendierten Willensbildung gar nicht erst entfalten. Der Gesetzentwurf lässt jedenfalls gegenwärtig nicht ansatzweise erkennen, wie die Opposition den ihr nach der Verfassung gebührenden Einfluss geltend machen könnte. Die verfassungsrechtlich geschützte Minderheitenrolle der Opposition wird auf diese Weise somit vielmehr schon im vorparlamentarischen Raum ausgehebelt, indem noch nicht einmal die Entscheidung über die Volksbefragung selbst diese Minderheitenrechte berücksichtigt. Selbst wenn eine solche Aushebelung der Opposition tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollte, müsste er dies in der Verfassung niederlegen. Auch in Ansehung der Aushebelung der Oppositionsrechte gilt somit der Verfassungsvorbehalt für die Einführung der konsultativen Volksbefragung.

IV. Verfassungspolitische Argumente gegen konsultative Volksbefragungen „von oben“

Die von der bayerischen Staatsregierung angestrebte Einführung der konsultativen Volksbefragung „von oben“ ist verfassungspolitisch abzulehnen. Auf dieses Instrument treffen viele der Einwände, die zuweilen gegen die Volksgesetzgebung „von unten“ ins Feld geführt werden⁵⁰ – und zwar zu Unrecht, wenn das Volksgesetzgebungsverfahren adäquat ausgestaltet ist –, tatsächlich zu.

1. Störung der Verantwortungsordnung

Die Verfassung ist wesentlich eine Ordnung der Kompetenz- und damit Verantwortungszuweisung. Es muss für alle am Entscheidungsprozess Beteiligten und für alle Betroffenen möglichst klar sein, wer für welche Entscheidung die Verantwortung trägt. Die konsultative Volksbefragung stört in der Regel diesen Ordnungszusammenhang. *Haverkate*⁵¹ hat das im Hinblick auf Parlamentsentscheidungen paradigmatisch auf den Punkt gebracht. Dasselbe gilt sinngemäß auch für Regierungshandeln:

Die staatlichen Entscheidungsorgane „holen sich (...) auf billige Weise ein gutes Gewissen und entlasten sich von der Entscheidungsverantwortung. Das Volk gibt in der konsultativen Volksabstimmung sein Votum, ist aber nicht zur Entscheidung aufgerufen; es votiert somit im wörtlichen Sinne „ohne Verantwortung“, unverbindlich. Das Parlament entscheidet, ist aber durch die Autorität des Volkes von eigener Verantwortung entlastet. Dies führt zu Entscheidungen, die insgesamt nicht von der nötigen Entscheidungsverantwortung getragen sind.“⁵²

Diese Verantwortungsdiffusion und Verantwortungslösung wird virulent, wenn sich später herausstellt, dass die von der Mehrheit favorisierte Ansicht, die von Regierung und Parlament umgesetzt worden ist, zu negativen Konsequenzen geführt hat. Dann „will es keiner gewesen sein.“ Regierung und Parlament können auf das Volk zeigen, das Volk auf Regierung und Parlament.

Gegner der Volksgesetzgebung wenden gegen diese gerne ein, sie führe dazu, dass niemand für das Volksentscheidungsresultat verantwortlich gemacht werden könne.⁵³ Dies trifft jedoch nicht zu. Denn im dezisiven Volksentscheid sind es die Bürger selbst, welche für die Entscheidung „selbstverantwortlich“ die Verantwortung tragen und damit sich selbst zur Rechenschaft ziehen müssen. Dies ist eine der Demokratie des mündigen Bürgers höchst angemessene Verantwortungszuweisung. In der konsultativen Volksbefragung fehlt es daran. So ist es auch nicht verwunderlich, dass in der Schweiz, der ältesten voll ausgebauten direkten Demokratie der Welt, konsultative Volksbefragungen auf Bundesebene überhaupt nicht⁵⁴ und auf Kantonsebene in der Regel ebenfalls nicht vorkommen.⁵⁵

2. Prämie auf die Macht

Da nur die Regierungsmehrheit die Möglichkeit hat, die Volksbefragung anzusetzen, verschafft sich diese eine zusätzliche Prämie auf die Macht. Sie hat ein weiteres Instrument, ihre politischen Inhalte voranzubringen. Da sie es in der Hand hat zu entscheiden, ob es zu einer Volksbefragung kommt, ist davon auszugehen, dass sie dies insbesondere tun wird, wenn mit Mehrheiten zu ihren Gunsten zu rechnen ist. Da jedoch nichts erfolgreicher ist als der Erfolg, ist die Volksbefragung ein zusätzliches Instrument des Machterhalts. Es stärkt die Regierungspartei(en) und schwächt die parlamentarischen und außerparlamentarischen Oppositionsparteien und -kräfte. Die Volksbefragung ist kein Instrument der Gewaltenteilung, sondern sie führt zu einer Stärkung der Regierungsmehrheit.

3. Manipulation durch Wahl des Zeitpunkts und Fragestellung

Volksgesetzgebung ist dem Vorwurf ausgesetzt, die Fragesteller könnten das Volk manipulieren und emotionalisieren.⁵⁶ Dies ist unberechtigt, da das Volksgesetzgebungsverfahren zeitlich sehr lang gestreckt ist. Über die Sammlung der Unterschriften für den Zulassungsantrag, die folgende präventive Normenkontrolle, dann die Unterschriftensammlung für das Volksbegehren und schließlich den Abstimmungskampf vergehen viele Monate, teilweise Jahre. Die Gegner können sich organisieren und artikulieren. Emotionalisierende Anlässe für das Volksbegehren relativieren sich im Zeitablauf. Die Abstimmung kann nicht strategisch-manipulativ im Sinne der Initiatoren geplant werden. Die Gelegenheit der Fragestellung haben die Initiatoren nicht allein. Dadurch, dass das Parlament einen Gegenvorschlag zur Abstimmung stellen kann, hat es dieselbe Fragestellungschance. Dies relativiert die Fragestellungsmacht der Initiatoren.⁵⁷

Ganz anders ist es in der „von oben“ angesetzten Volksbefragung. Sie kann ad hoc durch übereinstimmenden Beschluss innerhalb weniger Wochen angesetzt werden. Die Regierungsmehrheit kann Anlass, Beginn und Ende des Abstimmungskampfes und damit den Zeitpunkt der Abstimmung steuern. Dies gibt ihr ein sehr effektives Mittel in die Hand, die öffentliche Meinungsbildung in ihrem Sinne zu kanalisieren und zu beeinflussen. Sie kann es auch einsetzen, um von eigenen Unzulänglichkeiten abzulenken oder Schwächen des politischen Gegners „vorzuführen“. Die Minderheit kann dies alles nicht. Sie hat auch keine Möglichkeit, eine „Gegenfrage“ vor das Volk zu bringen.

50 Vgl. Auflistung bei Heußner (o. Fn. 7), 83–86 mwN.

51 *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, 370.

52 *Haverkate* (o. Fn. 51), 370.

53 Vgl. die Nachw. bei Heußner (o. Fn. 7), 85.

54 Vgl. *Rhinow/Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 415 ff.

55 *Hangartner/Kley*, Demokratische Rechte, 2000, Rn. 2296; *dies.*, Rn. 2314: Sofern Konsultativabstimmungen durchgeführt werden, übernehmen „sie die Funktion des fehlenden Verwaltungsreferendums. Die Konsultativabstimmung unterläuft in diesen Fällen die gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Behörden und Stimmvolk. Die Behörden sind versucht, die Verantwortung in heiklen Fragen auf die Stimmbürger abzuschieben (...).“ „Das Institut der Konsultativabstimmung verbessert insgesamt das System der direkten Demokratie nicht (...).“ S. auch *dies.*, Rn. 2314.

56 Vgl. die Nachw. bei Heußner (o. Fn. 7), 84 f.

57 So war zB 1991 in Bayern die Konkurrenzvorlage des Parlaments zum Abfallwirtschaftsgesetz gegenüber dem Vorschlag des Volksbegehrens im Volksentscheid erfolgreich, s. *Jung*, Volksentscheide in den deutschen Bundesländern von 1945–2008 in *Heußner/Jung*, Mehr direkte Demokratie wegen, 3. Aufl. 2011, 227.

Die Bürger geraten so in die Gefahr, als bloß akklamierendes „Stimmvieh“ missbraucht zu werden. Die Abstimmung ist dann kein Ausdruck demokratischer Selbstbestimmung, sondern Instrument politischer (Ver-)Führung.⁵⁸ Es verwundert deshalb nicht, dass in der Schweiz Plebiszite „von oben“ eher verpönt sind. Sie existieren auf Bundesebene nicht⁵⁹ und auf Gliedstaatenbene – soweit ersichtlich – nur in zehn von 26 Kantonen.⁶⁰ Außerdem steht dem Volk in allen Kantonen das obligatorische oder fakultative Finanzreferendum für Finanzbeschlüsse zur Verfügung, die vor allem öffentliche Bauten und Anlagen betreffen.⁶¹ Das Volk kann damit alle Vorhaben mit erheblichen finanziellen Auswirkungen selbst verbindlich steuern. Dementsprechend formuliert *Linder*, der Nestor der schweizerischen Politischen Wissenschaft, in seinem Standardwerk zur Demokratie in der Schweiz über Plebiszite „von oben“:

„Das Plebiszit oder Behördenreferendum⁽⁶²⁾ unterscheidet sich in Funktion und Wirkung fundamental von den übrigen Instrumenten (der direkten Demokratie, die Verf.). Ist nämlich nur das Plebiszit vorgesehen, so bleibt die Beteiligung der Bürgerschaft auf jene Fälle beschränkt, in denen sich die Behörden davon Legitimationsvorteile für ihre Politik versprechen. Reichweite und Bedeutung der Demokratie beschränken sich damit letztlich auf die Unterstützung präsidialer Politik oder einer Regierung.“⁶³

Nach der Gesetzesvorlage der bayerischen Staatsregierung hat allein die Regierungsmehrheit die Kompetenz, über Gegenstände aus dem exekutivisch-administrativen Bereich eine Volksbefragung anzusetzen. Niemand sonst darf es. Das Verdikt *Linders* trifft voll zu.

4. Benachteiligung organisationschwächerer Gruppen

Volksgesetzgebung wird entgegengehalten, dass sie lediglich organisationsstarken Gruppierungen nütze.⁶⁴ Dieser Einwand trifft nicht zu. Dies zeigt zum einen die Praxis, wonach zB auch kleine Parteien profitieren. Paradebeispiel ist das erfolgreiche Nichtraucher-Volksbegehren 2010 in Bayern, das im Wesentlichen von der ÖDP, einer sehr kleinen Partei, deren Landtagswahlergebnisse in Bayern weit unter 5 Prozent liegen, lanciert worden ist.⁶⁵ Im Rahmen des Plebiszits „von oben“ trifft der Einwand aber. Denn die Regierungsmehrheit ist zum einen durch ihre „natürliche Präsenz“ in der Öffentlichkeit, ihre Parteiresourcen und die Bestimmungsmacht über Fragestellung und Zeitpunkt den in der Sache gegnerischen Gruppen fast immer extrem überlegen. Während im Volksgesetzgebungsverfahren die direktdemokratische Arena erst eröffnet wird, wenn die gegenüber der Regierungsmehrheit oppositionellen Kräfte sich so organisiert haben, dass sie sich den Kampf mit der Regierungsmehrheit zutrauen, müssen sie sich dem „von oben“ anberaumten Plebiszit gewissermaßen „aus dem Stand“ stellen. Dazu kommt, dass der Regierungsentwurf keinerlei Regelungen vorsieht, wie ressourcenschwachen Gegnern ua durch Kostenerstattungen und kostenlose Rundfunkwerbespots unter die Arme gegriffen wird. Ebenfalls fehlt es an jeder Regelung über eine an alle Stimmberechtigten zu versendende, von neutraler Stelle und den Kontrahenten verfasste Abstimmungsbroschüre, wie sie in der Schweiz und in US-Gliedstaaten üblich ist.⁶⁶ Zwar weist die Regierungsbegründung darauf hin, dass die Staatsregierung weitere Erläuterungen zur Information über das Vorhaben geben könne.⁶⁷ Abgesehen davon, dass dies auf Grund des Entwurfes gar nicht möglich ist, weil der Gesetzentwurf gem. Art. 88 a I nur auf Art. 75 I BayLWG Bezug nimmt, nicht jedoch auf Art. 75 II BayLWG, wo die Erläuterungskompetenz der Regierung im Falle von Volksgesetzgebung normiert ist, ist die Staatsregierung keinesfalls als

neutrale Stelle anzusehen. Denn sie ist ja als Initiatorin der Volksbefragung „Partei“.

5. Überforderung durch Komplexität der Inhalte

In der Regel werfen Direktdemokratie-Gegner der Volksgesetzgebung vor, dass die Materien der zu entscheidenden Fragen für den Durchschnittsbürger zu komplex seien.⁶⁸ Dies ist zu vordergründig. Denn die Dauer des Volksgesetzgebungsverfahrens ermöglicht es, dass sich die Bürger mit der Sachfrage vertraut machen können. Außerdem können sie den Abstimmungsempfehlungen der Parteien oder den in der Sache engagierten Gruppen ihres Vertrauens folgen. Diese Möglichkeit besteht in der konsultativen Volksbefragung „von oben“ nicht in demselben Maße. Denn auf Grund der wesentlich kürzeren Verfahrensdauer bleibt ihnen weniger Zeit, sich zu informieren. Zugleich bleibt auch den relevanten gesellschaftlichen Gruppen für die interne Meinungs-, Entscheidungs- und Empfehlungsbildung zu wenig Zeit, um fundiert zu agieren. Ihre Abstimmungsempfehlungen haben deshalb eine schlechtere Qualität als in der Volksgesetzgebung.

6. Primitive Ja/Nein-Entscheidung ohne Kompromissmöglichkeit

Eines der klassischen Scheinargumente gegen die Volksgesetzgebung ist der Vorwurf, komplizierte Sachfragen ließen sich nicht in einer einfachen Ja/Nein-Entscheidung abbilden, Kompromisse seien nicht möglich.⁶⁹ Im Rahmen eines funktionsgerecht ausgestalteten Volksgesetzgebungsverfahrens ist dieser Vorwurf völlig unbegründet. Denn zum einen besteht die Möglichkeit, dass das Parlament als Alternative zum Gesetzentwurf der Bürgerinitiative einen eigenen Konkurrenzvorschlag zur Abstimmung stellt. Der Bürger hat dadurch die Möglichkeit, zwischen zwei Vorschlägen zu wählen.⁷⁰ Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass zwischen den Trägern des Volksbegehrens und dem Parlament Verhandlungen stattfinden, die dazu führen, dass das Parlament ein Gesetz beschließt, das (Teil-)Anliegen der Initiatoren aufnimmt – also einen Kompromiss darstellt –, so dass die Ini-

58 Vgl. *Heußner*, Zur Integration von Volksgesetzgebung in das politische System Deutschland in *Mörschel/Efler* (o. Fn. 12), 21 (28).

59 Vgl. *Rhinow/Schefer* (o. Fn. 54), 415 ff.

60 *Trechsel/Serdüli*, Kaleidoskop Volksrechte. Die Institutionen der direkten Demokratie in den Schweizer Kantonen 1970–1996, 1999, 31; *Hangartner/Kley* (o. Fn. 55), Rn. 1984.

61 *Linder*, Schweizerische Demokratie, 3. Aufl. 2012, 174.

62 In der Schweiz steht der Begriff „Behörde“ auch für Verfassungsorgane, Anm. der Verfasser.

63 *Linder* (o. Fn. 61), 360. *Möckli*, Das politische System der Schweiz verstehen, 2007, 56, führt aus: „Sehr demokratisch sind solche Plebiszite gewöhnlich nicht (...). Sie werden „von oben“ durch die politische Mehrheit ausgelöst zu Gegenständen und zu Zeitpunkten, die gerade günstig erscheinen.“ *Ders.* 21.: „Wesensmerkmal der direkten Demokratie sind nicht Abstimmungen über Sachfragen, sondern ist der minoritäre Charakter der Auslösung der Sachabstimmung. Ein Teil des Elektorats kann gegen den Willen der politischen Mehrheit eine Sachabstimmung auslösen.“ *Kaufmann/Büchi/Braun*, HdB zur direkten Demokratie in der Schweiz und weltweit, 2008, 100, schreiben „Plebiszite sind Machtinstrumente, mit denen die Regierenden versuchen, mit Hilfe des „Volkes“ ihre Herrschaft zu befestigen oder zu retten. Nicht die Verwirklichung von Demokratie ist ihr Zweck, sondern die Legitimierung von Beschlüssen der Regierenden.“

64 Nachw. bei *Heußner* (o. Fn. 7), 84, Fn. 313 f.

65 Vgl. *Weixner*, Nichtraucherschutz in Bayern – der Weg eines erfolgreichen Volksbegehrens und Volksentscheids in Bayern in *Feld/Huber/Jung/Welzel/Wittreck* (o. Fn. 2), 255 (274 ff.).

66 Vgl. zu den USA nur *Heußner* (o. Fn. 7), 317 ff.; zur Schweiz s. als Bsp. Abstimmungsheft zu eidgenössischen Volksabstimmungen am 18.5. 2014, [https://www.ch.ch/de/abstimmungsbuechlein-18052014/\(14.5.2015\)](https://www.ch.ch/de/abstimmungsbuechlein-18052014/(14.5.2015)).

67 LT-Drs. 17/1745, 5.

68 Vgl. die Nachw. bei *Heußner* (o. Fn. 7), 85.

69 Vgl. Nachw. bei *Heußner* (o. Fn. 7), 85.

70 Vgl. o. IV 3.

tiatoren bewegt werden, ihren Vorschlag zurück zu ziehen.⁷¹ Im Rahmen einer „von oben“ ausgelösten Befragung, der kein dem Volksgesetzgebungsverfahren vergleichbares Verfahren vorausgeht, ist das Argument jedoch zu einem gewissen Grad stichhaltig. Denn das Volk kann nur zum Vorschlag der Regierung bzw. des Parlaments „Ja“ oder „Nein“ sagen. Und ein Kompromiss mit den außerhalb des Parlaments vorhandenen Gruppierungen ist wesentlich weniger wahrscheinlich, da diese kein Verhandlungspfand in Form eines Rückzugsangebots in der Hand haben.

7. Gefahr rechtswidriger Inhalte

Im Rahmen des Volksgesetzgebungsverfahrens ist es in Deutschland üblich, den Vorschlag der Initiatoren einer präventiven Rechtmäßigkeitskontrolle, in Bayern durch das Innenministerium, zu unterziehen, bevor es zum Volksbegehren bzw. Volksentscheid kommt. Ob die Frage bzw. der Gegenstand der konsultativen Volksbefragung rechtmäßig ist,⁷² unterliegt zwar auch der regierungsinternen Rechtskontrolle. Diese ist jedoch von anderer Qualität. Denn in einem Volksgesetzgebungsverfahren sind Regierung bzw. Regierungsmehrheit einerseits und die Träger der Initiative andererseits in der Regel „geborene“ Gegner. An der notwendigen Schärfe der Kontrolle wird es deshalb nicht fehlen. An dieser „Gegnerstellung“ fehlt es jedoch bei der Volksbefragung „von oben“. Hier muss nämlich die Verwaltung ihre eigene Regierung bzw. sich selbst kontrollieren. Die Versuchung, weniger streng zu kontrollieren, liegt auf der Hand. Zudem ist nicht klar, wer gegen die Anberaumung einer rechtswidrigen Volksbefragung klagen kann. Es fehlt an einer Art. 64 I 1 BayLWG entsprechenden Regelung, welche die Anrufung des Verfassungsgerichtshofes sicherstellt. Dies gilt insbesondere, wenn der Gegenstand der Frage sich zwar im Rahmen der Landeskompetenzen bewegt, aber aus einem anderen Grunde zu rechtswidrigen Entscheidungen führen würde.

V. Alternativen

Um die Bürger an exekutivischen Entscheidungen umfassend zu beteiligen, gibt es bessere Instrumente als die konsultative Volksbefragung „von oben“. Zunächst könnte man die Hamburger oder Berliner Lösung wählen. Dort sind Volksbegehren und darauf folgende Volksentscheide nicht nur im Bereich der Legislative, sondern generell im Hinblick auf „Gegenstände der politischen Willensbildung“ zulässig, Art. 50 I 1 HmbVerf, 62 I 2 BlnVerf. Sofern man einen so weitreichenden „Einbruch“ des Volkes in den exekutivischen Bereich für zu weitgehend hält, ist nach schweizerischem Vorbild ein fakultatives Verwaltungsreferendum denkbar.⁷³

Will man auch die Regierung bzw. den Landtag mit einbinden, so wäre an ein bedingt-fakultatives Referendum zu denken. Dieses ist anzusetzen, wenn ein bestimmtes Quorum des Volks dies verlangt und die Regierung bzw. der Landtag zustimmt.⁷⁴ Schließlich bietet es sich an, nach dem Vorbild der „Planungszelle“ die Bevölkerung breit einzubinden.⁷⁵

VI. Gesetzgebung in eigener Sache

Wie dargestellt, ist die konsultative Volksbefragung ohne Verfassungsänderung verfassungswidrig. Sie stört die Architektur der gegenwärtigen Verfassungsordnung massiv. Insbesondere bedeutet sie auch „Gesetzgebung in eigener Sache“ der Regierungsmehrheit. Von Gesetzgebung in eigener Sache ist immer dann zu sprechen, wenn die Parlamentsparteien Gesetze verabschieden, welche ihnen gegenüber den Mitbewerbern außerhalb des Parlaments bzw. der Regierungsmehrheit auch gegenüber den im Parlament vertretenen Mitbewerbern in der politischen Auseinandersetzung einen spezifischen Vorteil verschaffen. Typische Gesetzgebung in eigener Sache sind zB Wahlgesetze. Nichts anderes kann für Gesetzgebung zur Regelung von Volksentscheiden oder hier von Volksbefragungen gelten. Denn diese bestimmen den Umfang der Machtbefugnisse der Abgeordneten. Im Rahmen von Gesetzgebung in eigener Sache ist die Parlamentsmehrheit der besonderen Versuchung ausgesetzt, im eigenen Interesse zu handeln und Konkurrenten zu benachteiligen. Deshalb ist hier „außenstehende“ Kontrolle besonders wichtig. Akteure dieser Kontrolle sind ua Wissenschaft, Öffentlichkeit und Gerichte. Es ist deshalb dringend notwendig, dass das Vorhaben der bayerischen Staatsregierung im Landtag intensiv debattiert und insbesondere im zuständigen Ausschuss auch eine Sachverständigenanhörung stattfindet. Soweit ersichtlich, ist dies leider bisher nicht geschehen und auch nicht geplant.

VII. Ergebnis

Die Einführung der von der bayerischen Staatsregierung geplanten konsultativen Volksbefragung im Wege eines einfachen Parlamentsgesetzes ist verfassungswidrig. Die verfassungspolitischen Schäden wären immens. Es droht ein „Dammbruch“, der bei machtbewussten Politikern in Bund und anderen Ländern ebenfalls „Lust auf das Plebiszit von oben“ wecken kann. Dies würde die direktdemokratische Idee letztlich diskreditieren. Das Vorhaben der Staatsregierung und Regierungsmehrheit verändert die Grundarchitektur der bayerischen Verfassungsordnung. Ohne Verfassungsänderung ist die Einführung der Volksbefragung nicht zulässig. Überdies sollte überlegt werden, ob nicht andere Instrumente der direkten Demokratie eingeführt werden. ■

71 Näher Heußner, Wahlen allein genügen nicht in von Arnim, Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft, 2011, 27 (50 ff.).

72 Der Regierungsentwurf spricht ausdr. nur die Landeskompetenzen an, vgl. LT-Drs. 171/745, 4.

73 Dies besteht nach Trechsel/Serdült (o. Fn. 60), 33, in sechs Kantonen.

74 Vgl. Heußner (o. Fn. 7), 13.

75 Vgl. Nanz/Fischer, HdB d. Bürgerbeteiligung, 2012, 41.