

Vorwort der Herausgeber

Otmar Jung ist in Deutschland der bedeutendste Forscher zur direkten Demokratie der letzten 50 Jahre und darüber hinaus. Seine juristischen, zeitgeschichtlichen und politologischen Arbeiten haben maßgeblichen Anteil am Bedeutungsgewinn des Forschungsfeldes dieser Säule der Demokratie. Keine Dissertation oder Monographie zu einem direktdemokratischen Thema kommt ohne ihn aus. Schlägt man die Literaturverzeichnisse auf, ist der Name Otmar Jung häufig der am meisten genannte. Der „Siegeslauf“ der direkten Demokratie auf Kommunal- und Landesebene seit 1989 wäre ohne sein akademisches Wirken ebenfalls nicht denkbar gewesen. Mit Fug und Recht kann Otmar Jung daher als Nestor der Forschung zur direkten Demokratie bezeichnet werden. Diese Lebensleistung will diese Festschrift würdigen.

Direkte Demokratie ist auf besondere Weise ein interdisziplinäres und internationales Forschungsfeld. Otmar Jung hat in geradezu einmaliger Weise dazu beigetragen, dass direkte Demokratie übergreifend Raum nehmen konnte in der interdisziplinären Forschung zwischen Rechts- und Politikwissenschaften sowie verwandten Disziplinen. Dementsprechend ist auch die Festschrift gerade der interdisziplinären und international-vergleichenden Perspektive verpflichtet.

Die Festschrift umfasst zunächst Vorträge der wissenschaftlichen Fachtagung „Herausforderungen der Direkten Demokratie“, die am 21./22. Februar 2019 zu Ehren von Otmar Jung an der Hochschule Ludwigsburg stattgefunden hat. Sie versammelt darüber hinaus eine Vielzahl weiterer Beiträge. Insgesamt reicht die Spannweite der behandelten Themen von Instrumenten und Verfahren der direkten Demokratie über verschiedene Durchführungsaspekte, die Einordnung dieser Säule der Demokratie in das Verfassungs- und Rechtsgefüge bis hin zu konkreten Entwicklungen auf Länder- und Kommunalebene. Direkte Demokratie ist ohne den Blick nach Europa und in die Welt undenkbar. Deshalb bildet direkte Demokratie in Europa und weltweit sowie der Rechtsvergleich einen weiteren Schwerpunkt der Festschrift. Überdies werden die Wirkungen und die Weiterentwicklung der direkten Demokratie thematisiert.

Die Gliederung der Festschrift folgt diesen Themenfeldern. Manche Beiträge umfassen jedoch unterschiedliche Aspekte der direkten Demokratie. Die hier vorgenommenen Einordnungen der Beiträge könnten deshalb im Einzelfall auch anders ausfallen und unterstreichen somit die Entwicklungsoffenheit des Forschungsfeldes. Und auch funktional erfüllen die Beiträge unterschiedliche Zwecke, und so werden neben zustimmenden bzw. vertiefenden Aufsätzen auch Kontroversen ausgetragen und kommen Gegenpositionen zur direkten Demokratie zu Wort. Überdies haben die Herausgeber mit Blick auf

die Disziplinenvielfalt und die unterschiedlichen Fachkulturen eine gewisse „Stilliberalität“ walten lassen.

Viele der Beitragenden sind Otmar Jung seit vielen Jahren wissenschaftlich und darüber hinaus eng verbunden. Diese Festschrift ist deshalb auch ein *liber amicorum*, an dem insgesamt 35 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus fünf Ländern (Deutschland, Schweiz, Liechtenstein, Ungarn, USA) beteiligt sind.

Der Dank der Herausgeber gilt allen Autorinnen und Autoren für ihre Beiträge, die sie unter engen zeitlichen Vorgaben beigesteuert haben. Nicht auszuschließen ist freilich, dass in der Zeit des Herausgabeprozesses noch relevante Ereignisse stattgefunden haben, die in den Beiträgen nicht mehr aufgegriffen werden konnten. Herrn Rechtsreferendar Florian Feigl (Rutesheim) ist für die ausgezeichnete Unterstützung bei der Schlussredaktion zu danken. Und schließlich haben wir dem Richard Boorberg Verlag in Stuttgart, insbesondere Frau Assessorin Christine Class, für die große und sehr engagierte Unterstützung beim Entstehen dieser Festschrift ebenso zu danken wie Mehr Demokratie e. V. für die finanzielle Unterstützung bei den Druckkosten.

Osnabrück/Ludwigsburg/Münster, im Dezember 2020

Die Herausgeber
Hermann K. Heußner
Arne Pautsch
Fabian Wittreck

Die Demokratie muss halbdirekt sein – Die Notwendigkeit der Volksgesetzgebung auf Bundesebene

Hermann K. Heußner

Inhalt

Einleitung	46	b) Prämie auf die Macht	65
A. Grundanforderungen der Demokratie.....	47	c) Simplifizierende Ja-/Nein-Entscheidung	67
I. Wahlen und Abstimmungen	47	7. Zwischenfazit	67
II. Fragen und Antworten	48	II. Suspensiv-fakultative Referenden	68
III. Grundrechte und Gewaltenteilung	48	1. Führung, Praxislernen	68
IV. Freiheit und Gleichheit, Mehrheitsregel	49	2. Ausnahmen	69
B. Leistungen und Defizite des reinen Parlamentarismus.....	50	3. Verfassungswidrigkeit	70
I. Leistungen	50	D. Was hilft, aber nicht ausreicht: Bürgerbeteiligung	71
II. Defizite.....	51	E. Volksgesetzgebung.....	73
1. Verselbständigung	51	I. Defizite und Leistungen der Volksgesetzgebung.....	73
2. Fallgruppen von Minderheitenherrschaft	52	1. Defizite	73
3. Beispiele vermuteter Minderheitenherrschaft auf Bundes-ebene	53	2. Leistungen	73
a) Programmpakete	53	II. Koppelung von Parlaments- und Volksgesetzgebung.....	75
b) Wortbruch	55	III. Rechtsstaatliche Einbindung	75
aa) Koalitionen	55	1. Verfassung	76
bb) Reiner Wortbruch	57	2. EU- und Völkerrecht	77
c) Blankoscheck	58	3. Normenkontrolle	78
C. Was nicht hilft und schädlich ist ..	59	IV. Föderale Einbindung.....	79
I. Plebiszite	59	V. Quoren.....	80
1. Begriff	59	1. Qualifikationsquorum	80
2. Einführungsversuche	60	2. Zustimmungsquorum für einfache Gesetze	81
3. Zulässigkeit	61	3. Zustimmungsquorum für Verfassungsänderungen.....	82
4. Konsultative Plebiszite	62	VI. Inhalte	83
5. Funktionen des Plebiszits	62	VII. Regulierung finanzieller Macht	85
6. Defizite des Plebiszits	63	1. Qualifikation von Volksbegehrungen	85
a) Verantwortungsflucht und Schwächung des Parlaments ..	63	2. Abstimmungskampf	86

I. Instrumente und Verfahren der direkten Demokratie

F. Die Systemverträglichkeit der Volksgesetzgebung	87	IV. Parteien und Politiker geben nur widerwillig Macht ab	89
I. Praxistest bestanden	87	G. Volksgesetzgebung ist neutral – Durchsetzungschancen	90
II. Halbparlamentarisch-halbdirekt-demokratisches Regierungsmodell	88	H. Fazit	94
III. Kein Zwang zur Allparteien-koalition	89		

Einleitung

Mit dem hier zu ehrenden Otmar Jung verbindet mich eine über zwei Jahrzehnte dauernde wissenschaftliche und persönliche Freundschaft. Wir beschäftigen uns beide seit vielen Jahren mit direkter Demokratie. Wir beide plädieren nachdrücklich dafür, „mehr direkte Demokratie zu wagen“.¹ Diese Festschrift ist deshalb ein guter Anlass, die eigenen, häufig durch die Diskussion mit Otmar Jung – z. T. durchaus auch freundschaftlich-kontrovers und im Ergebnis in manchen Teilfragen mit unterschiedlichen Ansichten – befruchtenen Forschungen zur direkten Demokratie der letzten zwei bis drei Jahrzehnte in einer aktuellen, gekürzten, systematischen Zusammenschau (teilweise) darzustellen.²

1 Aus dem wissenschaftlichen Austausch entstand insbesondere der von uns beiden herausgegeben Band „Mehr direkte Demokratie wagen“, 1. Aufl. 1998; 2. Aufl. 2008; 3. Aufl. 2011.

2 Da der Beitrag in wesentlichen Teilen auf eigenen Arbeiten beruht, haben diese zu großen Teilen auch wörtlich Eingang gefunden. Dies ist in Verweisen jeweils vermerkt. Um die Lesbarkeit nicht zu beeinträchtigen, ist auf die Kenntlichmachung durch Anführungszeichen jedoch verzichtet worden. – Der Beitrag ruht insbesondere auf folgenden Arbeiten des Verfassers: Volksgesetzgebung in den USA und in Deutschland, 1994; Volksgesetzgebung und Todesstrafe, in: RuP 1999, S. 92 ff.; Droht bei Volksentscheid die Todesstrafe?, hrsg. von Mehr Demokratie e. V., Positionspapier Nr. 5, 2. Aufl. 2014, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/Positionen05_Todesstrafe.pdf (6.4.2020); Minarettverbot in der Schweiz: Argument gegen Volksentscheide in Deutschland?, in: RuP 2010, S. 19 ff.; Wahlen allein genügen nicht. Zur Notwendigkeit und Ausgestaltung direkter Demokratie auf Bundesebene, in: v. Arnim (Hrsg.), Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft, 2011, S. 27 ff.; Die Krise Kaliforniens – Die Schuld der direkten Demokratie?, in: Feld et al. (Hrsg.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2011, 2012, S. 181 ff.; Zur Integration von Volksgesetzgebung in das politische System Deutschlands, in: Mörschel/Efler (Hrsg.), Direkte Demokratie auf Bundesebene, 2013, S. 21 ff.; zus. mit Pautsch, Der Griff nach dem Plebisitz, in: NVwZ-Extra 10/2014, S. 1 ff., https://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/NVwZ-Extra_2014_10.pdf (3.2.2019); zus. mit Pautsch, „Plebisitz von oben“ bald bundesweit?, in: NJW 2015, S. 1225 ff.; Die gravierenden Rechtsstaatsmängel der schweizerischen Direktdemokratie. Das fragwürdige Verhältnis der AfD zu Volksabstimmungen, in: NVwZ-Extra 17/2017, S. 1 ff., https://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/NVwZ-Extra_2017_17.pdf (6.4.2020); zus. mit Pautsch, Der geplante „Volkseinwand“ in Sachsen – Verfassungswidriges fakultatives Referendum?, in: NJ 2020, S. 89 ff.; zus. mit Pautsch, Suspensives fakultatives Referendum verfassungswidrig, Quoren viel zu hoch, Plebisitz schädlich – Zu den direktdemokratischen Vorschlägen des sächsischen Koalitionsvertrages 2019–2024, in: LKV 2020, S. 58 ff. – Dazu kommen Stellungnahmen in Anhörungen von Landesparlamenten: Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung, Teil 2, des Rechtsausschusses des Landtages Mecklenburg-Vorpommern am 17.10.2018 zu den Gesetzentwürfen Drs. 7/2575, 7/2573 und 7/2574, https://www.landtag-mv.de/fileadmin/media/Dokumente/Ausschuesse/Rechtsausschuss/7._WP/

Ziel dieses Beitrages ist es darzulegen, dass die rein repräsentative Demokratie unvollständig ist. Die Demokratie muss eine gemischte, halbdirekte Demokratie sein. Dafür maßgebend sind die normativen Grundanforderungen der Demokratie (A). Die Leistungen des Parlamentarismus sind zu deren Erfüllung unabdingbar. Der Parlamentarismus weist jedoch auch Defizite auf, die zu Minderheitenherrschaft führen (B). Es ist deshalb zu untersuchen, welche Instrumente diesen Defiziten abhelfen können. Plebiszite und fakultativ-suspensive Referenden sind dafür ungeeignet und außerdem schädlich (C). Bürgerbeteiligung ist hilfreich, aber nicht ausreichend (D). Volksgesetzgebung kann diese Defizite jedoch weitgehend beheben und den normativen Anforderungen der Demokratie genügen, wenn sie eng mit der Parlamentsgesetzgebung verzahnt ist. Sie ist in bestimmter Art und Weise auszugestalten (E). Volksgesetzgebung und Parlamentarismus sind systemverträglich (F). Volksgesetzgebung hat Durchsetzungschancen (G).³

A. Grundanforderungen der Demokratie

I. Wahlen und Abstimmungen

Nach der *Lincoln'schen* Formel ist Demokratie „Regierung durch das Volk und für das Volk“.⁴ Diese Definition enthält eine Verfahrens- und eine Inhaltskomponente. Demokratie bedeutet somit, dass Staatsgewalt immer das Pro-

Stellungna_Verf.aen/PA3_ADr3_7-180-19.pdf (27.12.2019); Stellungnahme im Rahmen der schriftlichen Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein – Absenkung Quorum Volksbegehren und Absenkung Zustimmungsquorum Volksentscheid, Gesetzentwurf der Fraktion der AfD – Drs. 19/258, 4.1.2018, <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrukke/00400/umdruk-19-00445.pdf> (13.4.2020); Schriftliche Stellungnahme, Anhörung, Abgeordnetenhaus von Berlin, Ausschuss für Verfassungs- und Rechtsangelegenheiten, Verbraucherschutz, Geschäftsordnung, 11.2.2015; Stellungnahme für die Expertenanhörung des Ausschusses für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen zu den Gesetzentwürfen zur Einführung von Volksabstimmungen bzw. Volksbefragungen am 16.10.2014 im Bayerischen Landtag, in: Bayerischer Landtag, 17. Wahlperiode, Anhörung 23. VF 16.10.2014, Anlage zu Wortprotokoll; Schriftliche Stellungnahme, Gemeinsame Anhörung, Saarländischer Landtag, Ausschuss für Justiz, Verfassungs- und Rechtsfragen sowie Wahlprüfung und Ausschuss für Inneres und Sport, 7.3.2013; Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung im Haupt- und im Innenausschuss des Hessischen Landtages am 1. Dezember 2010 zu diversen Gesetzentwürfen zur Reform der Volksgesetzgebung, Anlagen 3 und 4, <http://www.hessischer-landtag.de/icc/Internet/med/b5c/b5c30e18-1d93-8c21-ffec-e8352184e373,11111111-1111-1111-111111111111.pdf> (15.2.2011).

3 Der Beitrag dient auch dazu, sich mit Gegnern einer auf Bundesebene einzuführenden Volksgesetzgebung auseinanderzusetzen. Dies geschieht – u. a. in den Fußnoten – insbesondere anhand von *Frank Decker* und dessen Aufsatz „Direkte Demokratie auf Landes- und Bundesebene. Welche Verfahren sind geeignet?“, in: ZParl 2018, S. 639 ff., der das Plebisitz und das suspensive fakultative Referendum in Ausnahmekonstellationen auf Bundesebene einführen will.

4 *Abraham Lincoln*, Gettysburg Address, 19.11.1863: „goverment of the people, by the people, for the people“, Rede zit. in: *Rush*, Lincoln's „greatest speech in the world“ – that was only 273 words

I. Instrumente und Verfahren der direkten Demokratie

dukt von Verfahren sein muss, deren Dreh- und Angelpunkt unmittelbare Entscheidungen aller Bürger sind. Dies sind Wahlen und Abstimmungen. Dieses Verfahrensgebot schreibt Art. 20 Abs. 2 GG vor.⁵ In diesem Verfahrensgebot ist auch die inhaltliche Demokratiekomponente enthalten. Denn in Wahlen und Abstimmungen präferieren die Bürger bestimmte Politikinhalte. In Wahlen geschieht dies indirekt durch die Wahl von Kandidaten und Parteien, die mit bestimmten Programmen antreten. In Abstimmungen geschieht dies unmittelbar.

II. Fragen und Antworten

Volks- und Staatswillen liegen nicht unmittelbar zutage. Das Volk an sich existiert nicht. Vielmehr gibt es nur einzelne Staatsbürger, die jeweils unterschiedliche Interessen und Werthaltungen haben. Um diese „Einzelwillen“ zu einem „Volkswillen“ bzw. „Staatswillen“ zu integrieren, bedarf es vielfältiger Vermittlungsverfahren- und -akteure. Wesentlich dafür sind Parteien und Parlamente. Diese sind für eine Demokratie unerlässlich. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Art. 21 GG normieren dies. Um den Volks- und Staatswillen zu bilden, muss er in Verfahren des Fragens und Antwortens herausgearbeitet werden. Der führenden, von wenigen formulierten Frage folgt jeweils die antwortende Reaktion vieler.⁶ Dies gilt sowohl für die Wahl- als auch die Abstimmungsdemokratie. Beide sind Formen repräsentativer Demokratie. Identitäre Demokratie existiert nicht und kann nicht existieren.

III. Grundrechte und Gewaltenteilung

Damit jeder Bürger seine Interessen und Werthaltungen in den politischen Prozess einbringen und so der Volks- und Staatswillen entstehen kann, muss er das Recht haben, seine Interessen, Werthaltungen und Auffassungen über Tatsachen zu äußern und zu organisieren. Dafür sind die politischen Grundrechte die Basis. Das Grundgesetz normiert sie insbesondere in Art. 4, 5, 8, 9 und 21.

Inhaber gesellschaftlicher und politischer Macht stehen in der Gefahr, ihre Macht zu missbrauchen. Das demokratische Verfahren und insbesondere die Grundrechte müssen deshalb gegen diese Gefährdungen geschützt werden.

long, The Independent v. 12.2.2018, <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/abraham-lincoln-birthday-gettysburg-address-civil-war-us-president-trump-a8206946.html> (31.3.2020).

5 Dadurch wird eine unmittelbare Legitimation bzw. eine auf das Volk zurückführende Legitimationskette gebildet, vgl. BVerfGE 52, 130, 135, 429/Rn. 235.

6 Vgl. Böckenförde, Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: FS für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, 1982, S. 309ff.; ders., Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2005, Bd. III, § 34 Rn. 4.

Dies erfordert Gewaltenteilung und insbesondere die Möglichkeit, die Grundrechte vor unabhängigen Gerichten einklagen zu können. Das Grundgesetz normiert den Rechtsstaat insbesondere in Art. 20 Abs. 2, 3. Ohne diese rechtsstaatlichen Garantien hat die Demokratie keinen Bestand. Denn ohne den freien Prozess des Einbringens und Austausches der unterschiedlichen Interessen und Werthaltungen aller Bürger kann ein Volks- und Staatswillen von vornherein nicht entstehen. Deshalb ist nur die freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie eine Demokratie. Ohne Grundrechte und Rechtsstaat ist eine Demokratie nicht denkbar.

IV. Freiheit und Gleichheit, Mehrheitsregel⁷

Kern der rechtsstaatlichen Demokratie ist die menschenrechtliche Überzeugung von der Gleichheit und Freiheit aller Menschen. Danach hat jeder den gleichen Anspruch auf Freiheit. Dieses Recht, „in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen (...) die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert.“⁸

Die Werte der Freiheit und Gleichheit aller Bürger sind idealtypisch verwirklicht, wenn mit einem Gesetz bzw. einer Gesetzeslage, dem bzw. der sich alle beugen müssen, alle Bürger einverstanden sind. Dies ist praktisch jedoch nie der Fall. Deshalb kommt es darauf an, sich diesem Ideal so weit wie möglich anzunähern. Dies gewährleistet die Mehrheitsregel. Diesen Gedanken hat Hans Kelsen klassisch formuliert: „Die absolute Majorität [50 % plus eine Stimme, der Verf.] stellt hier tatsächlich die Obergrenze dar. Bei weniger wäre die Möglichkeit gegeben, dass der Staatswillen im Augenblick seiner Erzeugung mit mehr Individualwillen in Widerspruch als im Einklang steht; bei mehr, dass eine Minderheit den Staatswillen – indem sie dessen Abänderung verhindert – im Widerspruch zu einer Mehrheit zu bestimmen vermag.“⁹ Die Mehrheitsregel maximiert so die Anzahl der Bürger, die frei leben. Denn ihr Wille stimmt mit der Gesetzeslage überein. Von ihnen verlangt das Gesetz nicht, anders zu leben, als es ihrem Willen entspricht. Dies wird nur von einer Minderheit verlangt. Dementsprechend bedeutet Demokratie operational Selbstbestimmung nach der Mehrheitsregel.¹⁰ Verfahren zur Verwirklichung der Demokratie sind also grundsätzlich dann defizitär, wenn sie dauerhaft zu Minderheitenherrschaft führen. Demokratie ist – unter Beachtung der rechtsstaatlichen Grenzen – Mehrheitsherrschaft.

⁷ Vgl. Heußner, Integration, a.a.O., S. 21 f., z.T. wörtlich.

⁸ BVerfGE 123, 341 Rn. 211; vgl. 142, 189 Rn. 124.

⁹ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, Neudruck 1981, S. 9 f.

¹⁰ BVerfGE 2, 12 f.; 142, 189 Rn. 124.

B. Leistungen und Defizite des reinen Parlamentarismus

Die konkrete Ausgestaltung der Demokratie muss den aufgezeigten Grundforderungen der Demokratie genügen. Auf Bundesebene besteht in Deutschland eine reine Wahldemokratie. Deren Leistungen sind unentbehrlich. Sie hat jedoch auch schwerwiegende Demokratiedefizite.

I. Leistungen¹¹

Das Parlament hat besondere Fähigkeiten, das notwendige Frage-Antwort-Verfahren zur Herausarbeitung des Staatswillens darzustellen. Als verfasstes, ständig arbeitendes Organ ist es in der Lage, Rechtzeitigkeit- und Gesamtergebnisverantwortung zu übernehmen.

Die Stärken des Parlaments liegen darin, dass die in das Parlament eingebrachten und zur Abstimmung gestellten Gesetzentwürfe ein großes Potential an Repräsentativität aufweisen. Denn die Initiatoren sind aus allgemeinen Wahlen hervorgegangen und das parlamentarische Verfahren der Deliberation, Diskussion und Amendmentation birgt die Chancen, dass bereits vor der Abstimmung auf die Vorlagen so Einfluss genommen wurde, dass die schließlich zur Schlussabstimmung stehenden Inhalte nicht nur die ursprünglichen, sondern weitere, unter Umständen modifizierende Regelungen enthalten, die ihrerseits von repräsentativen, aus Wahlen hervorgegangenen Diskussionsteilnehmern stammen.¹² So können die Vorlagen zudem nicht nur konzeptuell in die Gesamtrechtsordnung und den Gesamtkontext einer bestimmten Politik eingebettet werden, sondern das methodisch geregelte Verfahren erlaubt darüber hinaus die Anhörung von Sachverständigen, Interessierten und Betroffenen.¹³

Insbesondere besteht die Option, in Parlamentskompromissen, welche auch in der Zeitdimension operieren können, die bezüglich eines Gegenstandes gesteigerter Betroffenheit weniger (Minderheiten) zu Lasten der Mehrheit (bzw. vieler Minderheiten), die weniger intensiv berührt ist, zur Geltung zu bringen. Dies geschieht (idealtypisch) durch das im parlamentarischen Prozess mögliche „Geben und Nehmen“, wodurch der Anreiz und Zwang hervorgerufen wird, dass verschiedene Minderheiten sich jeweils zu Mehrheiten verhelfen, indem sie ihre Stimmen in Angelegenheiten geringerer Eigenbetroffenheit an andere „verkaufen“ und dafür deren Stimmen für eigene Angelegenheiten stärkerer Betroffenheit einhandeln. Dieser sich im Vorfeld der eigentlichen Abstimmung abspielende parlamentarische Prozess ist somit nicht nur formal, sondern auch materiell repräsentationsfähig. Der Bürger-

11 Vgl. Heußner, Volksgesetzgebung, a.a.O., S. 74 f., z.T. wörtlich.

12 Vgl. auch Greifeld, Volksentscheid durch Parlamente, 1983, S. 42, 104 f.

13 Vgl. auch Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 371 f.

Das „Plebisit von oben“ als Störfall der (direkten) Demokratie? – Warum Volksbefragungen verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch bedenklich sind

Arne Pautsch

Inhalt

A. Einführung	143
B. „Plebisit von oben“ – eine Be- griffsklärung und Einordnung . . .	145
C. Verbreitung des „Plebisitzs von oben“ in anderen Ländern	146
D. „Anwendungsfälle“ in den deutschen Ländern	148
I. Bayern	148
II. Berlin	149
III. Hamburg	149
IV. Mecklenburg-Vorpommern . . .	150
V. Sachsen: verkapptes Plebisit . .	151
E. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Probleme der konsultativen Volks- befragung	152
I. Verfassungsrechtliche Mindest- anforderung: Verfassungs- vorbehalt erfordert Regelung in der Verfassung	152
II. Verfassungspolitische Probleme .	153
1. Verantwortungsdiffusion . . .	154
2. Schwächung der parlamen- tarischen Opposition	156
3. Relativierung der bestehenden Volksrechte	159
F. Resümee	160

A. Einführung

Es ist das Verdienst Otmar Jungs, nicht nur die Grundlagen der Forschung zur direkten Demokratie in Deutschland geschaffen zu haben, und zwar disziplinenübergreifend, sondern auch Missverständnisse und Fehlentwicklungen stets deutlich aufzuzeigen. Diesem wissenschaftlichen Verständnis ist auch dieser Beitrag verpflichtet, der auf zahlreichen Vorarbeiten des Verfassers¹

1 Zum Teil mit Hermann K. Heußner, siehe Heußner/Pautsch, Der Griff nach dem Plebisit – Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Probleme der konsultativen Volksbefragung, in: NVwZ-Extra 2014, S. 1 ff.; dies., „Plebisit von oben“ bald bundesweit? Zur Verfassungswidrigkeit einfacher gesetzlicher konsultativer Volksbefragungen, in: NJW 2015, S. 1225 ff.; siehe auch Pautsch, Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: JSE 2015, S. 119 ff. Mit diesem Beitrag sollen die Arbeiten des Autors zu diesem Themenfeld im Sinne eines vorläufigen „Schlusssteins“ noch einmal zusammengeführt werden. Der Autor dankt überdies Frank Rehmet für das Verfügbar machen einer Auswertung zu 50 unverbindlichen Volksbefragungen aus 43 Staaten Europas (Landauswahl).

I. Instrumente und Verfahren der direkten Demokratie

beruht und im Rahmen dieser Festschrift noch einmal den Versuch unternimmt, das Instrument des „Plebiszits von oben“ als Instrument der direkten Demokratie einer umfassenden Kritik zu unterziehen. Als „Plebiszit von oben“ wird im hiesigen Kontext primär die von Regierung und/oder Parlament – im letzteren Fall zumeist durch die die Regierung tragende Parlamentsmehrheit – ausgelöste unverbindliche Volksbefragung verstanden. Dass solche Befragungen trotz ihrer Unverbindlichkeit eine faktische Wucht entfalten können, zeigt die in diesem Zusammenhang immer wieder – zu Recht – angeführte „Brexit-Volksbefragung“ (2016) über den Austritt bzw. den Verbleib Großbritanniens in der Europäischen Union. Die Folgewirkungen einer rein konsultativen – und daher unverbindlichen – Befragung, die mit einem äußerst knappen Ergebnis zwischen Befürwortern und Gegnern eines EU-Austritts Großbritanniens zugunsten der Befürworter ausgegangen ist, ist hinlänglich bekannt: das Vereinigte Königreich hat am 31. Januar 2020 den Austritt aus der Europäischen Union nach erheblichen politischen Turbulenzen innen- wie außenpolitischer Art vollzogen. Eine bemerkenswerte Dynamik, zu der eine unverbindliche Befragung geführt hat. Sie versinnbildlicht zugleich, dass die hier verfolgte These, es handele sich bei derartigen „unverbindlichen“ Volksbefragungen um einen Störfall der direkten Demokratie – oder gar der Demokratie insgesamt –, angesichts zahlreicher Inkompatibilitäten gerade mit dem parlamentarischen Regierungssystem als nicht ganz fernliegend erscheint.

Weniger dramatisch als die „Brexit-Volksbefragung“ muten zwar demgegenüber die in Deutschland erfolgten Vorstöße auf Länderebene zur Einführung einer Volksbefragung an; sie sind jedoch verfassungsrechtlich wie vor allem verfassungspolitisch nicht minder problematisch. Sie hat es als Vorstoß zunächst in Bayern (Einführung 2014), dann in Berlin und auch Hamburg – jeweils 2015 im Zusammenhang mit der Olympia-Bewerbung (in Berlin nicht realisiert, in Hamburg schließlich als „Bürgerschaftsreferendum“ umgesetzt) – und sodann in Mecklenburg-Vorpommern (2018, nicht realisiert) gegeben. Und es mangelt nach wie vor nicht an Versuchen, die Volksbefragungen landesrechtlich zu verankern. Die Anziehungskraft dieses problematischen direktdemokratischen Instruments scheint geradezu ungebrochen, wie unter anderem die Aufnahme des Plebiszits in den Katalog der direktdemokratischen Reformvorschläge in den sächsischen Koalitionsvertrag 2019 bis 2024 zeigt.²

In Bayern ist die nur einfachgesetzlich im Landeswahlgesetz umgesetzte Volksbefragung 2016 vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig erklärt worden.³ In Berlin ist die nur für die Olympia-Teilnahme

² Dazu Heußner/Pautsch, Suspensives fakultatives Referendum verfassungswidrig, Quoren viel zu hoch, Plebiszit schädlich – Zu den direktdemokratischen Vorschlägen des sächsischen Koalitionsvertrages 2019–2024, in: LKV 2020, S. 58 ff.

³ BayVerfGH, Urteil vom 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, 319 ff.

im Jahre 2015 vorgesehene Volksbefragung nicht zur Umsetzung gelangt. In Hamburg hat der entsprechende Vorstoß zur Einführung des sog. Bürgerschaftsreferendums in die Hamburgische Verfassung geführt. Die in Mecklenburg-Vorpommern geplante „qualifizierte Volksbefragung“ wurde vorerst „auf Eis“ gelegt. Ob das sächsische Plebiszit, wie es im Koalitionsvertrag angedeutet ist, zur Umsetzung gelangt, wird die Zukunft zeigen. Allen Ansätzen gemeinsam ist, dass es sich jeweils um ein „Plebiszit von oben“ handelt. Daher bedarf es nachfolgend zunächst einer Begriffsklärung und Einordnung.

B. „Plebiszit von oben“ – eine Begriffsklärung und Einordnung

Für den weiteren Gang der Untersuchung ist es zunächst erforderlich, den Begriff „Plebiszit von oben“ begrifflich zu bestimmen und neben dieser definitorischen Frage auch eine Einordnung in das System der direkten Demokratie mit seinen vielfältigen Instrumenten und Verfahren vorzunehmen.

Zunächst zum Begriff: Die Bezeichnung „Plebiszit“ ist jedenfalls im deutschen Rechtsraum – und hier vor allem in der deutschen Staatsrechtslehre⁴ – häufig als Synonym für ein direktdemokratisches Instrument bzw. im Allgemeinen eine Volksabstimmung gebräuchlich. Legt man das schweizerische Begriffsverständnis zugrunde, dann genügt bereits die Bezeichnung „Plebiszit“ ohne den Zusatz, dass es „von oben“ angesetzt sein müsse, um terminologisch festzuhalten, was mit der Volksbefragung im hier verstandenen Sinne gemeint ist.⁵ Plebiszit meint danach – in negativer Konnotation – die von Funktionsträgern angesetzte und ihren Interessen dienende Abstimmung, die freilich nach diesem Verständnis auch nicht zur direkten Demokratie gezählt wird.⁶ Im historischen Kontext geht das Instrument auf die Volksbefragungen Napoleons in Frankreich zurück, weshalb es auch als „bonapartistisches Instrument“ bezeichnet wird.⁷

Soweit es in Anlehnung an das schweizerische Begriffsverständnis für die Einordnung der Volksbefragung als „Plebiszit von oben“ abgelehnt wird, dieses Instrument der direkten Demokratie zuzuschlagen,⁸ wird dem hier für das

⁴ Statt vieler Möstl, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72 (2013), S. 355, 357 (Fn. 12), ebenfalls mit Hinweis auf das andere Begriffsverständnis in der Schweiz.

⁵ Möckli, So funktioniert direkte Demokratie, 2018, S. 22 ff.

⁶ Vgl. Kaufmann/Büchi/Braun, Handbuch zur direkten Demokratie in der Schweiz und weltweit, 2008, S. 12 f., 99 f.; dem folgend auch Rehmet/Wagner/Weber, Volksabstimmungen in Europa, 2020, S. 17.

⁷ Vgl. Möckli, So funktioniert direkte Demokratie, 2018, S. 18.

⁸ Rehmet/Wagner/Weber, Volksabstimmungen in Europa, 2020, S. 17.

deutsche Verständnis nicht gefolgt.⁹ Wenngleich der ablehnenden Auffassung zuzugeben ist, dass es der Volksbefragung an zwei wesentlichen Elementen für ihre Zuordnung zur direkten Demokratie fehlt, nämlich zum einen der Auslösung „von unten“ und zum anderen der mangelnden Verbindlichkeit des Ergebnisses,¹⁰ spricht dennoch ein überwiegender Grund dafür, sie als direktdemokratisches Instrument – zumindest im weiteren Sinne – zu werten. Wenn direkte Demokratie im herrschenden deutschen Rechtsverständnis als die unmittelbare Beteiligung des Volkes an Sachentscheidungen verstanden wird – ganz im Sinne der synonymen Bezeichnung „unmittelbare Demokratie“ –, dann kann es weder auf die Frage der Einleitung („von unten“ bzw. „von oben“) noch auf die Verbindlichkeit des Ergebnisses ankommen. Die konsultative Volksbefragung ist überdies – wie zu zeigen sein wird – auch längst nicht so unverbindlich, wie es scheinen mag. Schon von daher wird sie hier zur direkten Demokratie (im weiteren Sinne) gezählt. Dies soll angesichts der überaus kritischen – ablehnenden – Einschätzung der Volksbefragung gegenüber freilich nicht daran hindern, den negativ besetzten Begriff des „Plebsitzs von oben“ (oder auch nur: „Plebsitz“) aus dem schweizerischen Verständnis für das deutsche Begriffsverständnis zu übernehmen. Daraus ergibt sich in der Folge jedenfalls keine Notwendigkeit, die Volksbefragung – eben als solcherart charakterisiertes „Plebsitz“ – von einer Zuordnung zu den direktdemokratischen Instrumenten auszunehmen.

C. Verbreitung des „Plebsitzs von oben“ in anderen Ländern

Unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Union¹¹ – wozu hier auch noch Großbritannien als nun ehemaliger Mitgliedstaat gezählt wird – ist die Volksbefragung ein durchaus verbreitetes Instrument. Betrachtet man nur den Zeitraum der letzten zehn Jahre (also ab 2010), haben allein in fünf der EU-Mitgliedstaaten¹² zehn Volksbefragungen stattgefunden. Sie unterfallen alle

9 Wie hier – bereits aus der Beitelung erkennbar – auch *Burgi*, Ein neuartiges direktdemokratisches Element: Die vorhabenbezogene Volksbefragung im exekutivischen Funktionsbereich, in: ZG 2015, S. 34ff.; ebenso die Einordnung durch den BayVerfGH, Urteil vom 21.11.2016, NVwZ 2017, 319, insbesondere in Ls. 3: „Art. 88a BayLWG erweitert das Staatsgefüge um ein neues **Element der direkten Demokratie**, das geeignet ist, das von der Verfassung vorgegebene Kräfteverhältnis der Organe und ihre Gestaltungsspielräume zu beeinflussen. Als neuartiges **Instrument der unmittelbaren Demokratie**, das die geltenden verfassungsrechtlichen Regelungen zur Staatswillensbildung modifiziert, hätte die Einführung von Volksbefragungen einer Verankerung in der Bayerischen Verfassung bedurft.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser, wobei der BayVerfGH wiederum „direkte Demokratie“ und „unmittelbare Demokratie“ bedeutungsgleich verwendet).

10 Rehmet/Wagner/Weber, Volksabstimmungen in Europa, 2020, S. 17.

11 Auch darüber hinaus etwa in Island, Norwegen oder Liechtenstein.

12 Es sind dies Luxemburg (3), Großbritannien (2), die Niederlande (2), Litauen (1), Malta (1) und Österreich (2013). In Klammern ist jeweils die Zahl der durchgeführten unverbindlichen Volks-

dem hiesigen Begriffsverständnis als unverbindliche (aber wahl- bzw. abstimmungsähnlich ausgestaltete) „Plebiszite von oben“ zur Konsultation des Volkes zu einer bestimmten Sachfrage. Neben der besonders hervorsteckenden „Brexit-Volksbefragung“ sind aber auch die übrigen Themen zumeist von hoher politischer Bedeutung und unterstreichen damit auch die These von der faktisch-politischen Bindungswirkung der Ergebnisse solcher Befragungen für die Staatsorgane. Je höher das jeweilige Thema anzusiedeln ist, desto stärker der Druck, das rechtlich eigentlich unverbindliche Votum des Volkes nicht zu ignorieren. Exemplarisch seien einmal die Themen der zehn herausgenommenen Volksbefragungen im Referenzzeitraum 2010–2020 genannt:

- für Senkung des allgemeinen Wahlalters von 18 auf 16 Jahre (Luxemburg, 2015)
- für Einführung eines Ausländerwahlrechts für die Wahlen zum luxemburgischen Parlament unter bestimmten Bedingungen (Luxemburg, 2015)
- für Begrenzung der Dauer, in der ein Minister kontinuierlich Mitglied der Regierung sein darf, auf 10 Jahre (Luxemburg, 2015)
- Verbleib in/Austritt aus der Europäischen Union (Großbritannien, 2016)
- für Präferenzwahlsystem („Alternative Vote“) als Wahlsystem (Großbritannien, 2011)
- gegen¹³ Gesetz über Geheim- und Sicherheitsdienste (Niederlande, 2018)
- gegen¹⁴ Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Ukraine (Niederlande, 2016)
- für Bau eines neuen Atomkraftwerks (Litauen, 2012)
- Berufsheer/Allgemeine Wehrpflicht (Österreich, 2013)

Die aufgeführten Beispiele aus dem europäischen Raum und die mit der Volksbefragung verbundenen Themenstellungen illustrieren, dass das Instrument vor allem dann zum Einsatz kommt, wenn ein Thema von herausgehobener politischer Bedeutung ist und dessen Akzeptanz in der Bevölkerung für die Regierung und ihre parlamentarische Mehrheit – gerade in rein parlamentarischen Regierungssystemen – nicht absehbar ist. Dies wird für die weitere verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Auseinandersetzung bedeutsam sein (dazu unten E.).

befragungen im Referenzzeitraum 2010–2020 aufgezählt (Quelle: Frank Rehmet, Mehr Demokratie e. V., 2020, und eigene Auswertung).

13 Die „Gegen-“Ausrichtung der Frage der Volksbefragungen in den Niederlanden beruht auf dem bis 2018 bestehenden und zwischenzeitlich abgeschafften Sonderfall, dass eine Volksbefragung dort „von unten“, d. h. durch das Volk (vergleichbar einer Massenpetition), initiiert werden konnte. Diese Form der Initiierung bzw. Auslösung einer Volksbefragung „von unten“ ist – soweit ersichtlich – singulär geblieben.

14 Siehe Fn. 13.

D. „Anwendungsfälle“ in den deutschen Ländern

Unter den Versuchen, die konsultative Volksbefragung im Landesrecht zu verankern, sind neben Bayern vor allem Berlin und Hamburg sowie Mecklenburg-Vorpommern zu nennen und nachfolgend jeweils hinsichtlich ihres Hintergrundes näher zu beleuchten. Überdies bedarf das nach dem Koalitionsvertrag 2019 in Sachsen geplante Plebiszit zusätzlich einer Betrachtung.

I. Bayern

Als erstes Bundesland hat Bayern im Jahre 2014 die konsultative Volksbefragung auf bloß einfachgesetzlicher Grundlage eingeführt. Dies erfolgte also ohne Änderung der Bayerischen Verfassung in Form einer Ergänzung des Landeswahlgesetzes (BayLWG) um einen Art. 88a.¹⁵ Die auf Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung bezogene Volksbefragung fand ihren Niederschlag in Art. 88a BayLWG mit dem nachfolgenden Wortlaut:

„Art. 88a Volksbefragung

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

(2) Art. 75 Abs. 1, Art. 76 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Art. 77 Sätze 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.“

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat auf Betreiben der Landtagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen mit Urteil vom 21. November 2016¹⁶ indes die Neuregelung des Art. 88a BayLWG wegen Verstoßes gegen den Verfassungsvorbehalt verworfen. Dabei lässt sich bereits den Leitsätzen unmissverständlich entnehmen, dass das bayerische Vorhaben der konsultativen Volksbefragung vor allem daran gescheitert ist, dass es lediglich auf einfachrechtlicher Grundlage durch Änderung des Wahlgesetzes und nicht im Wege der Niederlegung in der Bayerischen Verfassung erfolgt ist.¹⁷

15 Das Modell der bayerischen Volksbefragung befürwortend *Burgi*, Ein neuartiges direktdemokratisches Element: Die vorhabenbezogene Volksbefragung im exekutivischen Funktionsbereich, in: ZG 2015, S. 34ff.; *Thum*, Zur Einführung von Volksbefragungen in Bayern – Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: BayVBl. 2015, S. 224ff.; kritisch bis ablehnend dagegen *Möstl*, Der Streit um Volksbefragungen in Bayern – Bericht und Stellungnahme, in: BayVBl. 2015, S. 217ff., *Heußner/Pautsch*, NVwZ-Extra 2014, S. 1ff.

16 BayVerfGH, Urteil vom 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15 –, NVwZ 2017, 319ff.

17 BayVerfGH, Urteil vom 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15 –, NVwZ 2017, 319 Ls. 1 bis 3.