

ABHANDLUNGEN

Die außerparlamentarische Verfassungsänderung in Bayern

Von Dr. Klaus Herrmann, Potsdam*

In Auseinandersetzung mit dem „Senatsentscheid“ des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 17.9.1999 (BayVBl. 1999, 719 ff.) zeigt der Beitrag auf, dass eine „außerparlamentarische Verfassungsänderung“ beim gegenwärtigen Textbestand der Bayerischen Verfassung nicht zulässig und auch mit den grundgesetzlichen Anforderungen an die Verfassungsordnung der Länder nicht zu vereinbaren ist. Diese These begründet der Verfasser anhand der Ergebnisse seiner verfassungstheoretischen Analyse der Zuständigkeiten bayerischer Abstimmungsorgane.

1. Einleitung

Die Zulässigkeit „außerparlamentarischer“ Verfassungsänderungen durch Volksbegehren und Volksentscheid ist umstritten, wenn die Verfassung über die Anforderungen an eine rein plebiszitäre Verfassungsänderung schweigt¹. Als außerparlamentarische Verfassungsänderungen gelten solche Gesetzesentwürfe, die auf die Änderung des Verfassungstextes gerichtet sind und denen das Parlament nicht oder nicht mit hinreichender Mehrheit zustimmte. Neben den Verfassungen Hessens und Nordrhein-Westfalens sieht die Bayerische Verfassung ihrem Wortlaut nach lediglich die Verfassungsänderungen des parlamentarischen Gesetzgebers vor, die dem Volksentscheid zur Bestätigung zu unterbreiten sind (Art. 75 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung – BV). Während aber die Hessische und Nordrhein-Westfälische Verfassung so verstanden werden, dass neben der im Zusammenwirken von Parlament und Volksentscheid beschlossenen keine außerparlamentarische Verfassungsänderung möglich ist, geht ein überliefertes Verfassungsverständnis von der Zulässigkeit außerparlamentarischer Verfassungsänderungen im Freistaat aus. Der folgende Beitrag zeigt auf, dass dieses Verständnis den verfassungsstaatlichen Anforderungen (Art. 28 Abs. 1 GG) an Verfassungsänderungen nicht genügt.

2. Zulässigkeit außerparlamentarischer Verfassungsänderungen

2.1 Das traditionelle Verfassungsverständnis

Die Bayerische Verfassung sah seit ihrer Verabschiedung die unmittelbare Mitwirkung der Staatsbürger an der Gesetzgebung vor. Wie selbstverständlich wird davon ausgegangen, dass auch die Verfassung selbst im Wege der Volksgesetzgebung und ohne Zustimmung des Landtags geändert werden kann.

In Bayern kommt ein Volksbegehren zustande (Art. 74 Abs. 1 BV), das einen ausgearbeiteten Gesetzentwurf vorlegt und im Eintragungsverfahren von wenigstens einem Zehntel der Stimmberechtigten unterstützt wurde. Nimmt der Landtag

den Gesetzentwurf des Volksbegehrens nicht unverändert an, kommt es zum Volksentscheid (Art. 74 Abs. 2 BV). Der Gesetzentwurf des Volksbegehrens ist durch den Volksentscheid angenommen, wenn die Mehrheit der Abstimmenden zustimmt. Diese Anforderungen gelten aber zunächst nur für Volksbegehren, die auf die Änderung des *einfachen Landesrechts* abzielen.

Grundsätzlich steht Art. 74 BV *verfassungsändernden Volksbegehren* nicht entgegen. Nach Art. 75 Abs. 1 BV darf zwar die Verfassung nur im Wege der Gesetzgebung geändert werden. In das Parlament können aber Gesetzgebungsvorschläge von der Staatsregierung, aus der Mitte des Landtags oder aus dem Volk (Volksbegehren) eingebracht werden (Art. 71 BV). Wenn Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BV zur Verfassungsänderung eine Zweidrittelmehrheit der Mitgliederzahl des Landtags verlangt, gelten auch für vom Volk eingebrachte Verfassungsinitiativen keine weiteren Beschränkungen.

Darüber hinaus sollen nach dem traditionellen Verfassungsverständnis Volksbegehren einen verfassungsändernden Volksentscheid gemäß Art. 74 Abs. 1 und Abs. 4 BV auch dann herbeiführen, wenn der Landtag dem Gesetzentwurf nicht mit der Zweidrittelmehrheit seiner Mitgliederzahl (Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BV) zustimmte². Diese Auffassung stützt sich auf Art. 5 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1 BV, wonach die Volksgesetzgebung ohne Einschränkung neben der parlamentarischen Gesetzgebung steht. Dabei unterstellt man dieser – zunächst nur die „einfache“ Gesetzgebung betreffenden – Bestimmung einen *erweiterten Anwendungsbereich* in dem Sinne, dass auch verfassungsändernde Gesetze vom Volk „neben“ dem Parlament verabschiedet wer-

* Dem Artikel liegt der Disputationsvortrag zugrunde, den der Verfasser am 4. 12. 2002 vor der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam gehalten hat. Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Potsdam.

1 Art. 62 Abs. 5 der Verfassung von Berlin sowie Art. 100 Abs. 4 der Saarländischen Verfassung erklären Volksbegehren ausdrücklich für unzulässig, die auf die Änderung des Verfassungstextes gerichtet sind.

2 *BayVerfGH*, BayVBl. 1999, 719/722 m.w.N.

den könnten. Dem verfassungspolitisch gewünschten Ziel soll zuletzt auch die in Art. 75 Abs. 2 BV ausgedrückte Ermächtigung des Landtags zur Verfassungsänderung nicht mehr entgegenstehen, weil nicht die Verfassungsurkunde, sondern das Verfassungsverständnis das „letzte Wort“ zur Zulässigkeit der Verfassungsrevision spricht.

2.2 Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof ging stets von der Zulässigkeit der außerparlamentarischen Verfassungsänderung aus. Er vertrat diese Auffassung zunächst in den Entscheidungen vom 2. 12. 1949 Vf. 5-VII-49³, vom 30. 5. 1968 Vf. 38-VIII-68⁴ und vom 18. 10. 1974 Vf. 9-VII-74⁵. Danach wurde die Zulässigkeit außerparlamentarischer Verfassungsänderungen lediglich unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung festgestellt⁶.

Nachdem im Volksentscheid vom 1. 10. 1995 die Verfassung erstmals im Wege der Volksgesetzgebung ohne die nach Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BV erforderliche Zustimmung des Landtags geändert wurde (Einführung des kommunalen Bürgerentscheids)⁷, beschäftigte die Abschaffung des Bayerischen Senats den Verfassungsgerichtshof. Das Volksbegehren „Schlanker Staat ohne Senat“ schlug vor, das zur Gesetzesberatung und Gesetzesinitiative befugte Verfassungsorgan abzuschaffen. Der Landtag legte unter Ablehnung der Vorlage des Volksbegehrens einen eigenen Vorschlag zur Reform des Senats vor. Über beide Vorlagen ordnete die Staatsregierung am 24. 11. 1997 den Volksentscheid an⁸. An der Abstimmung vom 8. 2. 1998 beteiligten sich 39,9 Prozent der Stimmberechtigten, von denen 69,2 Prozent für das Volksbegehren stimmten. Die Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen machte also 27,3 Prozent der Stimmberechtigten aus.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erklärte am 17. 9. 1999⁹ die Verfassungsänderung im Ergebnis für gültig und interpretierte die Verfassung dahin gehend, dass außerparlamentarische Verfassungsänderungen (einschließlich der ihm zur Prüfung vorliegenden) im Volksentscheid zustande kommen, wenn wenigstens 25 Prozent der Stimmberechtigten zustimmen. Die Bayerische Verfassung lasse die außerparlamentarische Verfassungsänderung zu und weise dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, die Erfolgeanforderungen verfassungsändernder Volksentscheide einfachgesetzlich zu regeln¹⁰. Es vertrage sich nicht mit der hohen Wertschätzung der Verfassung gegenüber der Volksgesetzgebung, „dem Parlament hinsichtlich der Verfassungsgesetzgebung eine Monopolstellung einzuräumen. Dies kann umso weniger gewollt sein, als Art. 75 Abs. 2 BV für den Landtagsbeschluss eine Zweidrittelmehrheit fordert, eine Verfassungsänderung nach dieser Bestimmung also nicht zustande kommen kann, wenn sich eine entsprechend breite Mehrheit im Landtag nicht zusammenfindet; diese Möglichkeit liegt in der politischen Realität nicht fern. Dass in diesem Fall eine Verfassungsänderung auch dann ausgeschlossen sein sollte, wenn sie im Volk auf breite oder sogar nahezu allgemeine Zustimmung stößt, kann nicht als der Wille der Verfassung angesehen werden“¹¹.

Das vom Verfassungsgerichtshof „entdeckte“ Quorum findet sich nunmehr in Art. 79 Abs. 1 Nr. 2 des Landeswahlgesetzes¹². Der Landtag nahm am 27. 6. 2000 den Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 21. 12. 1999 zur Änderung des Landeswahlgesetzes¹³ nahezu unverändert an¹⁴, mit dem die Rechtsprechungslinie auf einfachgesetzlicher Ebene nachgezeichnet wurde. Damit sind die Zweifel an der Zulässigkeit außerparlamentarischer Verfassungsänderungen jedoch nicht ausgeräumt. Diese einfachgesetzlichen Erfolgeanforderungen können die Verfassungswidrigkeit außerparlamentarischer Verfassungsänderungen dann nicht „heilen“, wenn die Zustimmung des Landtags gemäß Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BV für jede Verfassungsänderung – entgegen der Auffassung des Verfassungsgerichtshofs – grundsätzlich unverzichtbar ist.

2.3 Unzureichende Verankerung im Verfassungstext

Das überlieferte Verständnis zur Verfassungsänderung ohne Zustimmung des Landtags findet im Verfassungstext letztlich keine Grundlage. Eine klare Regelung zur Abänderbarkeit enthält Art. 75 Abs. 2 BV. Die Beschlüsse über eine Verfassungsänderung hat der Landtag mit der Zweidrittelmehrheit seiner Mitglieder zu treffen (Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BV). Diese Beschlüsse müssen nach Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV dem *Volksentscheid* zur Bestätigung vorgelegt werden.

Daneben regelt Art. 74 BV die Anforderungen an das Zustandekommen der *Volksbegehren* und das Verfahren, wie Staatsregierung und Landtag mit diesen umzugehen haben. Art. 74 BV betrifft also die Vorstufe des Volksentscheids und enthält keine Regelung zum Entscheidungsspielraum des Volksentscheids. Art. 74 BV schreibt weder vor, wann der Volksentscheid eine Gesetzesvorlage annimmt, noch knüpft diese Bestimmung den Erfolg einer verfassungsändernden Volksbegehrensvorlage an die Zustimmung des Landtags. Auch Art. 72 Abs. 1 BV lässt nach seinem Wortlaut weder eine außerparlamentarische Verfassungsänderung zu noch steht er einer solchen entgegen. Nach dieser Vorschrift werden „die Gesetze“ vom Landtag oder vom Volk (Volksentscheid) beschlossen. Ob diese Regelungen der einfachgesetzlichen Volksbegehren auch auf verfassungsändernde anzuwenden sind, ist weder dem Wortlaut des Art. 74 BV noch demjenigen des Art. 72 Abs. 1 BV zu entnehmen. Dass dieses Schweigen verfassungsrechtlich erheblich ist, zeigt sich am Verhältnis von Art. 74 Abs. 1 und Abs. 5 zu Art. 75 Abs. 2 BV: Die Staatsregierung hat gemäß Art. 74 Abs. 1 und Abs. 5 Satz 1 BV ein Volksbegehren dann zum Volksentscheid vorzulegen, wenn der Landtag es ablehnt¹⁵. Nach Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV kommt es trotz Annahme der Vorlage durch den Landtag zum Volksentscheid, wenn sie eine Verfassungsänderung betrifft. Beide Normen ordnen als Rechtsfolge den Volksentscheid an, beide Normen umschreiben als Tatbestand einen Landtagsbeschluss. Doch nur wenn aus Art. 74 BV verfassungsändernde Volksbegehren ausgeklammert sind, stehen beide Normen widerspruchsfrei nebeneinander¹⁶.

3 BayVerfGH, VerfGH n.F. 2, 181/217 ff.

4 BayVerfGH, VerfGH n.F. 21, 110/116.

5 BayVerfGH, VerfGH n.F. 27, 153/161 = BayVBl. 1975, 361/362.

6 Z.B. BayVerfGH, Entsch. v. 15. 12. 1976 Vf. 56-IX-76, VerfGH 29, 244/253 = BayVBl. 1977, 143/144; Entsch. v. 10. 3. 1978, BayVBl. 1978, 334/335.

7 Vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 29. 8. 1997, VerfGH 50, 181 ff. = BayVBl. 1997, 622 ff.; dazu Jung, BayVBl. 1998, 225 ff.

8 Bekanntmachung Nr. B III 2-1-373, in: StAnz. Nr. 49/1997 vom 5. 12. 1997 S. 1 ff. = GVBl. 1998, 42.

9 BayVerfGH, BayVBl. 1999, 719 ff. = DÖV 2000, 28 ff.

10 BayVerfGH, BayVBl. 1999, 719/725.

11 BayVerfGH, BayVBl. 1999, 719/722.

12 Vgl. Bekanntmachung vom 30. 6. 2000 (GVBl. 2000, 365) sowie die Neubekanntmachung des Gesetzes über die Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid – Landeswahlgesetz (LWahlG) vom 5. 7. 2002 (GVBl. S. 277) mit neuer Artikelfolge.

13 LT-Drs. 14/2453.

14 LT-Drs. 14/3863.

15 Art. 74 BV ist nach allgemeiner Ansicht (vgl. nur Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern 4. Aufl. 1992, RdNr. 6 zu Art. 74) so zu verstehen, wie es Art. 73 Abs. 3 LWahlG ausdrückt: „Nimmt der Landtag den begehrten Gesetzentwurf unverändert an, so entfällt ein Volksentscheid vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 75 Abs. 2 der Verfassung“.

16 In diesem Sinne meint Isensee, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit, 1999, S. 39: „Dass die Verfassungsänderung möglich ist außerhalb des speziell geregelten Verfahrens nach Art. 75 Abs. 2 BayVerf, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der Verfassung, sondern aus ihrer systematischen Interpretation, nämlich der Verknüpfung des Satzes, dass die Verfassung nur im Wege der Gesetzgebung geändert werden kann (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BayVerf), mit der Regel, dass Gesetze vom Landtag oder vom Volk (Volksentscheid) beschlossen werden können (Art. 72 Abs. 1 BayVerf). Aufgrund des Verfassungstextes versteht sich diese Auslegung nicht von selbst“.

Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV sieht – als *lex specialis* gegenüber Art. 74 BV verstanden¹⁷ – eine *Vorlagepflicht* für Landtagsbeschlüsse, die einem verfassungsändernden Volksbegehren zustimmen, erst ab Erreichen der qualifizierten Mehrheit vor. Als speziellere Norm dürfte das Anfangswort von Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV („Sie“) nur auf den von Satz 1 eröffneten Anwendungsbereich bezogen werden, d.h. auf verfassungsändernde Annahmebeschlüsse des Landtags mit 2/3-Mehrheit der Mitgliederzahl. Nimmt der Landtag ein verfassungsänderndes Volksbegehren nicht mit der erforderlichen Mehrheit an, findet – im Gegensatz zu Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV – kein Volksentscheid statt.

Solange über die konkreten Anforderungen gestritten wurde, unter denen Verfassungsänderungen ohne Zustimmung des Landtags legitimiert sein sollten, herrschte eine stillschweigende Einigkeit darüber, dass eine Verfassungsänderung auch außerhalb einer verfassungsrechtlich vorgesehenen Revisionskompetenz legitimierbar ist. *Isensee*¹⁸ zeigte auf, dass sich die verschiedenen „Interpretationsvarianten“ nur darin unterscheiden, ob sie einfachgesetzlich geregelte Erfordernisse der außerparlamentarischen Verfassungsänderungen zulassen oder sogar für notwendig erklären. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof forderte in seiner Entscheidung vom 17. 9. 1999 den einfachen Gesetzgeber zur Ergänzung der im Verfassungstext fehlenden Erfordernisse außerparlamentarischer Verfassungsänderungen auf und setzt kurzerhand ein Quorum selbst und rückwirkend fest¹⁹. Die ergänzte „Lücke“ im Verfassungstext hat der Verfassungsgerichtshof – unter Vorwegnahme des Argumentationsergebnisses – jedoch erst als existent unterstellen müssen.

3. Verletzung von Bundesrecht

Dass die „Lückenschließung“ durch den Verfassungsgerichtshof und das überlieferte Verfassungsverständnis bundesverfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, liegt daran, dass auch ein Gesetzeserlass auf Änderung der Landesverfassung als hoheitlicher Akt der staatlichen Gesetzgebungsfunktion an die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG)²⁰. Das Grundgesetz dient als Maßstab auch für die Prüfung der verfassungsändernden Landesgesetzgebung²¹. Auch wenn Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG nur ein „Mindestmaß“ an Homogenität der Bundes- und Landesverfassungen fordert²², ergibt sich bereits aus dem Bestehen eines vorrangigen Verfassungsgesetzes die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Ermächtigung von Verfassungsorganen zur förmlichen Verfassungsänderung (3.1). Diesen Anforderungen genügt die Revisionsbefugnis des Volksentscheids „kraft Überlieferung“ nicht.

3.1 Vorgaben des Homogenitätsprinzips für die Landesverfassungen

Das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG stellt an die Landesverfassungen – auch angesichts des Grundsatzes eigenständiger Verfassungsräume des Bundes und der Länder²³ – justiziable Anforderungen hinsichtlich der *Verfassungsänderungskompetenz*. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann das Homogenitätsgebot, das den Ländern bei der Gestaltung ihrer verfassungsmäßigen Ordnung nach den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates einen Spielraum lässt, nicht restriktiv ausgelegt werden. Die bundesstaatliche Ordnung führt zwar weder Konformität noch Uniformität herbei, sie gibt aber ein gewisses Maß an Homogenität vor²⁴. Zu den bindenden rechtsstaatlichen Vorgaben für die Landesverfassungen²⁵ zählt der Grundsatz des Verfassungsvorrangs, der – kurz gesagt – verfassungswidrige Gesetze verbietet²⁶. Dieses Nichtigkeitsdogma erfasst grundsätzlich auch fehlerhafte verfassungsändernde Gesetze – macht der Gesetzgeber nicht innerhalb des dafür vorgesehenen Verfahrens

von der ihm übertragenen²⁷ „verfassungsändernden Gewalt“ Gebrauch, bleibt der Verfassungsbestand von den Änderungsbeschlüssen unberührt²⁸. Ebenso ist die Verfassungsinitiative eines Akteurs, der nicht zum Kreis der zur gesetzestörmlichen Verfassungsänderung „ermächtigten“ Verfassungsorgane zählt, auf die Durchbrechung der Verfassungsnorm gerichtet. Zur verfassungsstaatlichen Ordnung zählt der Grundsatz, dass die „außergewöhnliche“ Revisionskompetenz im verabschiedeten Verfassungstext *ausdrücklich* verliehen und von der allgemeinen Gesetzgebungskompetenz abgegrenzt wird²⁹. Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Revisionskompetenz hängt eng zusammen mit den – ebenfalls vom Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG erfassten – Prinzipien der Stabilität der Landesverfassungen und ihres Vorrangs vor dem einfachen Landesrecht³⁰.

3.2 Rechtslogischer Vorrang der Verfassungsnorm

Dagegen wird vorgebracht, dass eine (Homogenitäts-)Pflicht der Länder zur förmlichen Regelung des Verfassungsrevisionsverfahrens nicht bestehe, weil die Bundesländer schon auf eine geschriebene Verfassung ganz verzichten könnten³¹. Dies überzeugt nicht. Der Ansicht ist zwar zuzustimmen, dass als „verfassungsmäßige Ordnung“ nicht nur die förmlichen Landesverfassungen dem Homogenitätsgebot unterworfen sind, sondern das gesamte materielle Landesverfassungsrecht. Das akademische Beispiel einer Organisation des Staatswesens „ausschließlich“ auf der Ebene einfacher Gesetzgebung lenkt jedoch nicht von den formalen Zwängen eines einmal eingerichteten Revisionsverfahrens ab³². Wenn die Länder in ihrem autonomen Verfassungsraum irgendeine Regelung mit Vorrang vor der einfachen (Landes-)Gesetzgebung aufstellen, unterliegen alle (verfassungsmäßigen) Änderungsbestrebungen den besonderen Formanforderungen des Revisionsverfahrens³³. Deshalb unterscheidet Art. 75 Abs. 2 BV zwischen verfassungsändernden und anderen Gesetzesbeschlüssen des Landtags.

17 Nach *Stern* sind Verfassungsrevisionsnormen methodisch stets als speziellere Norm gegenüber den allgemeinen Gesetzgebungsregeln anzusehen, vgl. Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl. 1984, S. 119. Anders lassen sich besondere Verfahrensbestimmungen für Verfassungsänderungen (qualifizierte Mehrheitsanforderungen, Zitiergebot etc.) nicht gegenüber dem „alltäglichen“ Gesetzgebungsbetrieb durchsetzen.

18 *Isensee* (Fußn. 16), S. 48 m.w.N.

19 *BayVerfGH*, BayVBl. 1999, 719/725, C.II.2.e und C.II.2.f. Vgl. die Kritik bei *Schweiger*, BayVBl. 2000, 195. Weitere Anm. *Horn*, BayVBl. 1999, 727 f.; *Lege*, DÖV 2000, 283 ff.; *Sachs*, JuS 2000, 705 ff.

20 Vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Abschn. VI RdNr. 87.

21 *BVerfG*, BayVBl. 1991, 45; 1991, 81/82; DÖV 1994, 429/432; *StGH Bremen*, BayVBl. 2000, 342.

22 *BVerfGE* 36, 342/361.

23 Vgl. *BVerfGE* 9, 268/279; 36, 342/361; 64, 301/317; 65, 283/290; 90, 60/84; 96, 231/242.

24 *BVerfGE* 83, 37/58 f. m.w.N. = BayVBl. 1991, 45/47.

25 *Nierhaus*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 28 RdNr. 16.

26 *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Februar 2003, Art. 20, Kapitel VI, RdNr. 6.

27 *Lücke*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 79 RdNr. 2.

28 Vgl. *Rubel*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 79 RdNr. 11.

29 Vgl. *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 154 f. m.w.N.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20, Kapitel VI, RdNr. 18.

30 *Isensee* (Fußn. 16), S. 46 m.w.N.

31 *Dreier*, BayVBl. 1999, 513/514.

32 Vgl. insbesondere zur Abgrenzung von *Verfassungsgebung* und *Verfassungsgesetzgebung*: *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 317.

33 In diesem Fall gilt gerade nicht, dass „die Anforderungen an Verfassungsstabilität und andere aus der ‚Logik‘ des Verfassungsstaats gefolgerte Postulate ins Leere“ greifen (so *Dreier*, BayVBl. 1999, 513/517). Er setzt sich nur mit der Frage auseinander, ob der „jeder Verfassung“ eigene rechtslogische Vorrang eine erschwerte Abänderbarkeit gebietet. Die hier behandelte Frage, *wer* die vorrangige Verfassung ändern darf, stellt sich früher.

Wie die Änderungsermächtigung ausgedrückt wird, ist durch das Ziel der Stabilität einer Verfassungsordnung hingegen nicht vorgegeben. Die spätere Abänderung des geltenden Verfassungsrechts kann einem Staatsakt besonderer Form vorbehalten bleiben, wie etwa Art. 146 GG dies für die Totalrevision des Grundgesetzes zum Ausdruck bringt. Auch wenn die Verfassung für ihre Abänderung keine besondere Form vorsieht, hat sie einem Organ die Abänderungsbefugnis jedoch anhand der ausdrücklichen *Kompetenz* zuzuweisen. Für Art. 79 GG steht außer Frage, dass die Änderungskompetenz bei den zusammenwirkenden Gesetzgebungsorganen Bundestag und Bundesrat *monopolisiert* ist³⁴. Dem entsprechend geht auch Art. 75 Abs. 2 BV von einer alleinigen Revisionskompetenz des Landtags aus. Diese speziellere Regelung kann wiederum nur durch die ausdrückliche Erwähnung eines selbstständigen Revisionsvolksentscheids im Verfassungstext selbst relativiert werden. Weil die Dokumente der Entstehungsgeschichte über die selbstständige Verfassungsänderungskompetenz der „Aktivbürgerschaft“ schweigen³⁵, ist Skepsis gegenüber den Interpretationen der Art. 72 Abs. 1, Art. 74 BV angebracht, die außerparlamentarische Verfassungsänderung sei schon „aus Überlieferung“ oder wegen einer „besonderen Wertschätzung“ zulässig.

3.3 Abänderungskompetenz aus Staatsgrundsätzen

Eine Kompetenz zur außerparlamentarischen Verfassungsänderung ist auch nicht aus den Staatsfundamentalnormen wie Art. 2 BV herzuleiten. Wenn diese Bestimmung das „Volk“ als „Quelle der Staatsgewalt“ bezeichnet, ist damit zwar im politisch-legitimatorischen Sinne ein Zurechnungszusammenhang gemeint. Die Handlungen der Staatsorgane und des gesamten Staatsapparats werden dem Gemeinwohl unterstellt, um von den Einzelnen – unabhängig von ihrer Recht- und Verfassungsmäßigkeit – als gerechtfertigt („legitim“) angenommen werden zu können. Das Volk, dem danach als Quelle der Staatsgewalt Anerkennung gebührt, ist aber noch nicht kraft seiner „ursprünglichen“ politischen Gestaltungsmacht zur Verfassungsrevision *befugt*. Das liegt daran, dass die politische Zurechnungsfiktion nicht in umgekehrter Richtung, d.h. in dem Sinne funktioniert, dass nun das „Volk“ auch ein Kompetenzträger unter der Verfassung sei. Dazu müsste diese Legitimationsquelle („Gewalt“) eine Handlungsfähigkeit besitzen, an welche die organschaftliche Zurechnung eines Verfassungsbeschlusses anknüpfen könnte. Im Verfassungsrecht hat das Volk weder Gestalt noch Form, sondern – als Begriff – eine Funktion. Im Verfassungsleben des demokratischen Staates ist die Legitimationsquelle selbst nicht willens- und beschlussfähig³⁶.

3.4 Kompetenzbegründung durch ein „Verfassungsverständnis“?

Auch ungeschriebene Rechtssätze können grundsätzlich zum Verfassungsrecht zählen, deshalb soll das überlieferte Verfassungsverständnis nicht voreilig beiseite geschoben werden³⁷. Die lange praktizierte Stimmführerschaft im Abstimmungsverfahren des Bundesrats diene hierfür als Beispiel und wird es auch zukünftig – abseits der vom Bundesverfassungsgericht geklärten Fälle widersprüchlicher Stimmäußerungen eines Landes – bleiben.

Zweifelhaft ist aber, ob sich ungeschriebene Rechtssätze zu einer Kompetenznorm verdichten lassen, die den verfassungsstaatlichen Anforderungen genügt. Ungeschriebene Rechtssätze sind noch stärker als das geschriebene Recht anfällig gegenüber tendenziöser Inanspruchnahme zu allen, selbst einander widersprechenden Zwecken. Darüber hinaus verhindern sie die Vorhersehbarkeit staatlicher Belastungen. Die ungeschriebene Revisionskompetenz stößt auf erhebliche Bedenken, ob sie die verfassungsstaatlichen Grundfunktionen erfüllt, den politischen Prozess auf Dauer angelegten Rechtsregeln zu unterwerfen³⁸.

Zur Verdeutlichung der damit verbundenen Gefahren kann bereits auf die hier erwähnten außerparlamentarischen Revisionen der Bayerischen Verfassung verwiesen werden: Was unterschied die Vorlage zur Abschaffung des Senats von der früheren zur Einführung des kommunalen Bürgerentscheids, dass der Verfassungsgerichtshof bei der Prüfung des früheren Volksentscheids die verfassungsrechtlichen „Notwendigkeiten“ noch nicht erkennen konnte? Was hindert den Verfassungsgerichtshof, weitere verfassungsrechtlich „notwendige“ Anforderungen zu entdecken?

Hierbei kommt es weniger auf die Position des Betrachters und das Für und Wider außerparlamentarischer Verfassungsänderungen an, sondern auf die Verankerung dieser Entscheidung im Verfassungstext und die konsequente Ausgestaltung der Gesetzgebungsverfahren. Bisher griffen die verfassungsgerichtlichen Erwägungen vorrangig die gesellschaftspolitische Diskussion auf, welche Gefahren der repräsentativen Demokratie bei einer „Usurpation“ des Verfassungsrechts durch gesellschaftliche Splittergruppen drohen. Dabei übersah man aber, dass die staatliche Rechtsprechungs- und Regierungsgewalt dank des unkodifizierten „Verfassungsverständnisses“ die praktizierte Zulässigkeit der verfassungsändernden Volksentscheide auch einfach abstellen kann. Die von der Bayerischen Verfassung bezweckte Lebendigkeit direktdemokratischer Mitbestimmung könnte Kraft zehren aus einer Bestimmung, die Verfassungsänderungen ohne Zustimmung des Landtags im Verfassungstext verankert. Das Verfassungsleben gewinnt durch diese Klarstellung an Transparenz und Vorhersehbarkeit, denn die derart fixierten Erfolgeanforderungen der Verfassungsrevision schränken auch die Möglichkeiten der formierten Staatsorgane ein, durch einen Revisionsvolksentscheid die Verfassungsänderungskompetenz des Landtags zu umgehen.

4. Volksgesetzgebung und Verfassungsänderung

Dass die im Volksgesetzgebungsverfahren tätigen staatlichen Organe für Fehlleitungen anfällig sein könnten, liegt an der bisher nahezu unverbindlichen verfassungsrechtlichen Einbindung der sog. Abstimmungsorgane. Ihre Stellung im Verfassungsleben des demokratischen Staates ist Gegenstand der abschließenden verfassungstheoretischen Ausführungen. Um klarzustellen, dass die verfassungsrechtlichen Verfahrensbestimmungen ausschließlich die staatlichen Amtsträger verpflichten, sollen die unterschiedlichen Funktionen der Abstimmungsorgane und der teilnehmenden Stimmberechtigten anhand einer neuen Verfahrenskonzeption der Volksgesetzgebung aufgezeigt werden.

4.1 Politische Begriffe im Verfassungsrecht

Zunächst wird nochmals bei der Wahl der verfassungsrechtlichen Begriffe angesetzt. Der französische Priester, Jurist und Politiker *Emmanuel Joseph Siéyès* hinterließ mit der Unterscheidung zwischen der verfassungsgebenden Gewalt – *pouvoir constituant* – und den verfassten Gewalten – *pouvoirs constitués* – ein Jahrhundert währendes Vermächtnis³⁹. Die Staatsrechts-

34 *Lücke*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 79 RdNr. 2. Es besteht auch kein Vetorecht einzelner Bundesländer, vgl. *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 79 RdNr. 17.

35 Vgl. die rechtshistorischen Feststellungen des *BayVerfGH*, BayVBl. 1999, 719/721 f.

36 Vgl. *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 3 ff., 42 m.w.N.

37 Zum ungeschriebenen Verfassungsrecht vgl. *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, § 160 RdNr. 9, 16; *Rubel*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar, 2002, Art. 79 RdNr. 18 m.w.N.

38 *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1984, S. 110. *Stern* vermeidet eine Bewertung (S. 111): „... weder klares Nein, noch uneingeschränktes Ja“.

39 Vgl. die Würdigung *Riklins*, NZZ v. 24./25. 8. 2002, S. 72; *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 146.

wissenschaft stellte im 20. Jahrhundert zu Recht die Frage, ob diese Begriffe auch noch aus heutiger Sicht die politischen Vorgänge bei der Verfassungsentstehung und während des Bestehens eines Verfassungsgesetzes zutreffend beschreiben. Dabei lautet der kleinste gemeinsame Nenner allenfalls, „dass die Menschen eines Volkes, einerlei in welcher Gruppierung oder bloß als Masse, immer die Macht haben, bestehende Ordnungen zu zerstören, und dass keine neue Ordnung entstehen kann, wenn sie sich ihr nicht fügen“⁴⁰. Der Verfassungsphilosoph Böckenförde will deshalb die Versuche aufgeben, den Begriff der verfassungsgebenden Gewalt „von seiner Verwobenheit mit dem Politischen abzulösen“⁴¹.

Regelnde Funktionen im Verfassungsleben, d.h. normative Kraft, erlangt eine Verfassung nicht durch den historischen Geltungsbefehl eines Verfassungsgebers, sondern durch den *aktuell präsenten Willen zur Verfassung*, d.h. durch die Bereitschaft der für das Verfassungsleben Verantwortlichen, „das eigene Verhalten durch die von der Verfassung normierte Ordnung bestimmen zu lassen“⁴². Der Begriff der „politischen Gewalten“ wird dabei an den Platz zurückgestellt, von dem die politischen Bewegungen seit Menschengedenken ausgingen – in die subjektive Interessenordnung der Einzelnen. Bei der Verschiedenheit ihres politischen Ziels und der ihnen widerfahrenden staatlichen Reaktion wurzelt jede politische Initiative in den individuellen Legitimitätsvorstellungen der sie tragenden Bürger, stets fehlt eine einheitlich artikulierende „Gewalt“ Volk. Erst die Legitimationsverfahren des demokratischen Staates, einschließlich der plebiszitären Gesetzgebungsverfahren, transformieren die individuellen Legitimitätsvorstellungen in staatliche Entscheidungsprozesse.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob bei der Diskussion um die Volksgesetzgebung noch immer von der Gesetzesvorlage oder der Entscheidungsbefugnis *des Volkes* gesprochen werden sollte. In der Wirklichkeit des Verfassungslebens stellen sich die Volksgesetzgebungsverfahren als Entscheidungsprozesse unter Mitwirkung der Stimmberechtigten dar, die von staatlichen Organen und Behörden durchgeführt und begleitet werden. Daran anknüpfend sollten die verfassungsrechtlichen Erwägungen auf die subjektiven Beteiligungsrechte der Teilnehmenden und die organschaftlichen Befugnisse und Pflichten der staatlichen Amtsträger abstellen. Mit dieser Differenzierung der Begriffe wird „das Volk“ nicht aus der verfassungstheoretischen und staatsphilosophischen Diskussion „eliminiert“. Als funktionaler Bezugspunkt der Staatstätigkeit kommt dem Begriff in der Demokratietheorie und den benachbarten politischen Wissenschaften herausragende Bedeutung zu.

Für die Stärkung der Normativität der verfassungsrechtlichen Verfahrensvorschriften für die Volksgesetzgebung leistet der Volksbegriff aber keinen Beitrag. Nahezu jeder Beteiligte be ruft sich bei der Wahrnehmung seiner partikularen oder amtlichen Interessen auf das Volk, um sich mittels der lebendigen Anschaulichkeit und geringen Abstraktionshöhe des Begriffs politischen Zuspruch zu sichern. Doch lassen sich am Volksbegriff keine staatlichen Kompetenzen abgrenzen, denn er verzichtet auf Präzision. Der Volksbegriff beschreibt nicht, worin sich verschiedene Personen oder Personengruppen unterscheiden, sondern worin sie sich gleichen. Sein Gebrauch dient nicht der normativen Differenzierung, sondern der politischen Identifikation⁴³. Als Träger einer verfahrensgesetzlich verliehenen Kompetenz kommen deshalb nur individuell bestimmbare Amtsträger in Frage, deren Handeln anhand eines rechtlichen Maßstabs kontrollierbar und an Zwecke der verfassungsstaatlichen Ordnung gebunden ist. Daneben sind die Bürger, wenn sie „als Volk“ in staatliche Entscheidungsprozesse eingebunden sind, in ihrer Subjektivität und Individualität nicht an vorrangige Regeln gebunden.

4.2 Beteiligung und Entscheidungsmaßstab der Stimmberechtigten

Die Verfahrensvorschriften der staatlichen Gesetzgebungsverfahren geben Form und Anlass für die Beteiligung der einzelnen Stimmberechtigten an der Normsetzung vor. Außerhalb dieser Bedingungen der Mitwirkungsverfahren gibt es keine für die Gesetzgebung ergebnisrelevante Artikulationsmöglichkeit der Staatsbürger. Die Verfassung eröffnet den Staatsbürgern mit der *Stimmberechtigung* das Recht, sich mit ihren Vorstellungen in den durch allgemeine Teilhabe- und gleichartige Mitwirkungsrechte gekennzeichneten Abstimmungsprozess einzubringen. Den Stimmberechtigten sichert die Verfassung zu, dass der Erfolg der plebiszitären Gesetzesvorlagen nur von demokratischen und verfassungsrechtlich definierten Kriterien abhängt.

Die Stimmberechtigten bringen in den Volksgesetzgebungsverfahren „nur“ ihre subjektive Legitimitätseinschätzung gegenüber der Entscheidungsvorlage zum Ausdruck. Diese Einschätzungen sind in ihrer *Mitwirkungschance* grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihre (moralische) Sittlichkeit, (ethische) Richtigkeit und (rechtliche) Unanfechtbarkeit geschützt. Die Stimmberechtigten sind nicht verpflichtet, ihre Legitimitätseinschätzungen auf mögliche Verstöße gegen die verfassungsrechtlichen Grenzen der Volksgesetzgebung zu überprüfen. Diese Grenzen zu wahren, ist nicht Aufgabe der Stimmberechtigten, sondern der Abstimmungsorgane. Diese Aufgabenteilung beruht auf der Funktion der Volksgesetzgebungsverfahren, mittels einer unmittelbaren Beteiligung die *ursprünglichen* Legitimitätseinschätzungen der Bürger in den Gesetzgebungsprozess einzubeziehen, wie sie der alltäglichen Beurteilung der aktuellen Richtigkeit des Staatshandelns zugrunde liegen.

In die staatliche Verfassungsordnung kann das direktdemokratische Legitimationsprinzip nur mittels der eben geschilderten verfahrensrechtlichen Einbeziehung *individueller Legitimitätsurteile* umgesetzt werden. Die Vorstellung einer organschaftlichen Volksgesetzgebung auf der Grundlage der Fiktion eines einheitlich artikulierenden Entscheidungskörpers – sei der Name Aktivbürgerschaft, Volkskörper, Volksgesetzgeber – verstößt gegen die rechtslogischen Grundsätze der organschaftlichen Zurechnung. Verfassungstheoretisch ist es ausgeschlossen, die Handlungen einer natürlichen Person als autonome Interessenverwirklichung anzusehen (wie bei der demokratischen Willensbildung und Abstimmungsteilnahme) und die gleiche Handlung organschaftlich einer juristischen Person zuzurechnen⁴⁴. Die Organhandlung ist für die Körperschaft nur verpflichtend, wenn das Organ innerhalb seiner Zuständigkeit handelt, d.h. nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse und zum Zweck der vertretenen Körperschaft. Die unbegrenzten autonomen Legitimitätseinschätzungen der Abstimmenden, auf die sich überhaupt erst die demokratische Legitimation des beschlossenen Gesetzes stützt, ist weder durch Zuständigkeitserwägungen noch durch andere Verfassungsvorgaben beschränkt⁴⁵. Deshalb führt jede Überformung der freien demokratischen Willensbildung der Stimmberechtigten mit einer vermeintlichen organschaftlichen Verfassungsbindung zu einer verfassungsrechtlich nicht zulässigen Beschränkung der allgemeinen politischen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit.

Wenn das Bundesverfassungsgericht hingegen den Unterzeichnern und Trägern eines Volksbegehrens wegen ihres „Gesetzesinitiativrechts“ eine organschaftliche Funktion im Verfas-

40 Henke, Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt, Der Staat 19 (1980), S. 181/205.

41 Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1986, S. 18.

42 Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, in: Friedrich, Verfassung, 1978, S. 77/86.

43 Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 1.

44 Hans J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, Band II, S. 241.

45 Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 52 ff.

sungsleben zuweist⁴⁶, geschieht dies vor einem profanen prozessrechtlichen Hintergrund. Weil „Gesetzgebungsfragen“ den formellen Landesverfassungsstreitverfahren vorbehalten bleiben sollen, steht das Gericht wehrfähigen individuellen Rechtspositionen im Zusammenhang eines Volksgesetzgebungsverfahrens tendenziell ablehnend gegenüber. Aus dem gleichen Grund versagen auch die verwaltungsprozessualen Kommentierungen den einzelnen Stimmberechtigten als (potenzielle) Unterzeichner eines Volksbegehrens den Verwaltungsrechtsweg schon, wenn es um Beeinträchtigungen der individuellen, verfassungsrechtlich gewährleisteten Stimmabgabe geht⁴⁷.

4.3 Zuständigkeit der Abstimmungsorgane und Abstimmungsbehörden

Wenn fiktive Konstruktionen wie die „Aktivbürgerschaft“ aus dem Staatsorganisationsrecht verabschiedet werden, stellt sich die Frage, wer sonst an des Volkes Stelle die Gesetzesbeschlüsse als hoheitliche Äußerungen fasst. Der Kompetenzträger kann nicht mehr in einer Zusammenfassung von Stimmberechtigten gefunden werden, denn diese geben jeweils ihre subjektiven Legitimitätseinschätzungen ab. Wie oben ausgeführt, können sie nicht durch die Fiktion einer organschaftlichen Zurechnung für Zwecke der staatlichen Gemeinschaft in Beschlag genommen werden. Nicht die „Beschlüsse der Abstimmenden“ eines Volksentscheids sind Ausdruck der dem Staat zugerechneten Gesetzgebungsgewalt. Es sind dies die von den Abstimmungsorganen ausgehenden Legislativakte. Sie bilden auch den prozessualen Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Nachprüfung auf die Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht.

Als *Abstimmungsorgane* handeln die Amtsträger, die im Rahmen eines Volksgesetzgebungsverfahrens einen Staatswillen im Sinne der Gesetzgebungsfunktion äußern, d.h. eine Änderung der allgemeinen Rechtsordnung in Kraft setzen⁴⁸. Die Abstimmungsorgane führen die Entscheidungsvorlagen entsprechend den Ergebnissen der Eintragungs- und Abstimmungsergebnisse durch das Gesetzgebungsverfahren. Sie stellen fest, ob Volksbegehren zustande gekommen sind und damit zur Abstimmung gelangen und ob der Volksentscheid den Gesetzentwurf eines Volksbegehrens oder einen konkurrierenden Entwurf des Landtags angenommen hat. Die Abstimmungsorgane „tragen“ einen Entwurf von einer Stufe der unmittelbaren Beteiligung zur nächsten, ohne selbst auf den Inhalt der Entscheidungsvorlagen einwirken zu dürfen.

Dabei sind die Zuständigkeiten der Abstimmungsorgane und Abstimmungsbehörden auf jeder Stufe eines Volksgesetzgebungsverfahrens miteinander verknüpft und aufeinander bezogen. An die formalen Feststellungen der Abstimmungsbehörden sind die Abstimmungsorgane gebunden, so z.B. an die vom Landesabstimmungsleiter ermittelte Unterschriftenzahl zur Unterstützung eines Volksbegehrens. Denn die Legislativakte der Abstimmungsorgane lassen sich mit verfassungsrechtlichen Mitteln zuverlässig und wirksam steuern. Förmliche Schranken der Legislativakte sind die im Verfassungstext niedergelegten Verfahrensbestimmungen zur Mitwirkung formierter Verfassungsorgane, zur Ausgestaltung des Mehrheitsprinzips (im Volksentscheid) oder quantitative Erfordernisse (bei Volksbegehren). Materieller Maßstab der Legislativakte sind die Grenzen der Gesetzgebungsgewalt, insbesondere die Grundrechte, aber auch Verfassungsinstitutionen wie das Verbot bestimmter (Volks-)Gesetzgebungsinitiativen zur Besoldung und zum Haushalt. In diesem Zusammenhang erlangt auch die ausdrückliche Ermächtigung einzelner Kompetenzträger zur Verfassungsänderung ihre beschränkende Funktion gegenüber den – insoweit nicht ermächtigten – Abstimmungsorganen. Wenn nach dem überlieferten Verfassungsverständnis die Verfassung letztlich auch gegen den Willen des Landtags geändert werden soll, bedeutet dies eine Durchbrechung des Verfassungsvor-

rangs, d.h. eine außerhalb des Verfassungstextes geltende Ermächtigung der staatlichen Abstimmungsorgane. Dass sich die Abstimmungsorgane innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse bewegen, z.B. die „im Volksentscheid“ verabschiedeten Gesetze die Verfassung nicht verletzen, haben regelmäßig die Landesverfassungsgerichte zu überwachen.

Die Aufgaben der *Abstimmungsbehörden* beziehen sich aufgrund der einfachgesetzlichen Verfahrensermächtigungen regelmäßig auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt. Diese Behörden nehmen Handlungen vor und geben Erklärungen ab oder nehmen solche von den Teilnahmeberechtigten entgegen. Wie die Abstimmungsbehörden diese Stimmäußerungen der Teilnehmer entgegennehmen, ist für die verschiedenen Verfahrensabschnitte unterschiedlich geregelt. Im Rahmen der *Eintragungsverfahren* (Volksinitiative, Volksbegehren) trägt entweder ein privates Initiativkomitee die zustimmenden Stimmäußerungen in freien Unterschriftensammlungen zusammen, oder die Stimmberechtigten geben ihre Zustimmung einzeln und direkt gegenüber den kommunalen Abstimmungsbehörden in einer amtlichen Unterschriftensammlung kund. In der *Volksabstimmung* und im *Volksentscheid* haben die Abstimmungsbehörden auch die ablehnenden Stimmäußerungen der Abstimmungsteilnehmer entgegenzunehmen. Nach der jeweiligen Auszählung stellt die oberste Abstimmungsbehörde als Gesamtergebnis fest, wie viele Stimmberechtigte sich zur Vorlage zustimmend und ggf. ablehnend äußerten. Die Abstimmungsbehörden haben auch die Hindernisse auszuräumen oder jedenfalls ihre Auswirkungen auf die Durchführung und das Ergebnis einer Abstimmung zu minimieren, die stets und überall die individuelle Abstimmungsteilnahme beeinträchtigen. Dazu obliegt es den Abstimmungsbehörden, durch technische und publizistische Vorrichtungen die gleichberechtigte Mitwirkungschance aller Teilnahmeberechtigten herzustellen⁴⁹.

4.5 Die Abstimmungsorgane im Bayerischen Verfassungsrecht

Das bayerische Verfassungsrecht verteilt die Aufgaben der Abstimmungsorgane auf die aus dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren bekannten Verfassungsorgane: Ein plebiszitäres Gesetzgebungsverfahren wird eröffnet, indem die Staatsregierung als Abstimmungsorgan die Entscheidungsvorlage für das Eintragungsverfahren freigibt. Schon diesem Beschluss geht ein administratives Zulassungsverfahren gemäß Art. 64 ff. des Landeswahlgesetzes voraus⁵⁰. Gleichwohl handelt es sich um einen Legislativakt, denn nach der Zulassung des Volksbegehrens steht der Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens fest, über den zuletzt der Volksentscheid stattfindet⁵¹.

Das rechtsgültig zustande gekommene Volksbegehren hat der Ministerpräsident namens der Staatsregierung in den Landtag einzubringen (Art. 74 Abs. 3 BV, Art. 72 Abs. 1 LWahlG)⁵². Er

46 BVerfGE 13, 54/87 = BayVBl. 1961, 306/307; 96, 231/240 f.

47 Vgl. nur *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 40 RdNr. 32 a. Zu den „Rechtswegfragen im Streit um das Berliner Volksbegehren“ siehe bereits *Herrmann*, LKV 2000, 104 f.

48 *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 96.

49 *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 94.

50 Vor der Freigabe prüft das Staatsministerium des Innern, ob ein begründeter und verfassungskonformer Gesetzentwurf vorliegt und 25.000 Stimmberechtigte den Zulassungsantrag unterzeichnet haben (Art. 64 Abs. 1 LWahlG).

51 Zwar können die Antragsteller oder das Staatsministerium das Volksbegehren stoppen (Art. 67 LWahlG), eine inhaltliche Änderung ist aber während des Gesetzgebungsverfahrens weder den Stimmberechtigten noch der Staatsregierung noch dem Landtag möglich.

52 Ob ein rechtsgültiges Volksbegehren vorliegt, hat die Staatsregierung nur noch anhand des vom Landeswahlausschuss festgestellten Ergebnisses des Eintragungsverfahrens zu beurteilen. Weitere Bedenken an der Verfassungs- und Zweckmäßigkeit kann die Staatsregierung nur noch in ihrer begleitenden Stellungnahme an den Landtag äußern (Art. 74 Abs. 3 BV). Der Landeswahlausschuss stellt nach Art. 71 Abs. 1 LWahlG das Ergebnis des Eintragungsverfahrens fest und macht es

„hebt“ den Gesetzentwurf auf die nächste Stufe des Gesetzgebungsverfahrens, wenn das Volksbegehren ausweislich des Gesamtergebnisses hinreichende Unterstützung fand. An dieser Schnittstelle zwischen plebiszitärer und parlamentarischer Gesetzgebung ist es dem Landtag möglich, den Volksentscheid dadurch zu vermeiden, dass er den Gesetzentwurf binnen der Frist von 3 Monaten (Art. 74 Abs. 5 BV) annimmt.

Wieder handelt die Staatsregierung als Abstimmungsorgan, wenn sie den vom Landtag abgelehnten Gesetzentwurf des Volksbegehrens und einen möglichen Gegenentwurf (Art. 74 Abs. 3 BV) per Anordnung (Art. 75 LWahlG) dem Volksentscheid vorlegt. Stimmt die Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen dem Gesetzentwurf des Volksbegehrens zu (Art. 80 Abs. 1 LWahlG), hat ihn der Ministerpräsident gemäß Art. 76 Abs. 1 BV auszufertigen und zu verkünden⁵³.

4.6 Grundsätzliche Verfassungsbindung und bedingte Befreiung

Aufgrund ihrer Positivität gibt die vorrangige Verfassungsnorm den Gesetzgebungsorganen Bedingungen und Formen für die regelnde Beschlussfassung vor. Sie schränkt die Gesetzgebungsorgane in der freien Gestaltung des Staatswillens durch materielle und formelle Vorgaben ein (Grundrechte, Gewaltenteilung, Ewigkeitsklausel). In diesem Sinne urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass jedes „Tätigwerden als Staatsorgan – gleichgültig in welcher Form und mit welcher Wirkung es geschieht – im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat durch Kompetenznormen verfassungsrechtlich begrenzt“ ist⁵⁴. Weil auch die staatlichen Abstimmungsorgane der Verfassungsbindung unterliegen, hat der Verfassungstext die Verfahrensgrundsätze der außerparlamentarischen Verfassungsänderung verbindlich vorzugeben, z.B. dass allein die Stimmberechtigten im Volksentscheid über die Annahme oder Ablehnung der Gesetzesvorlage entscheiden. So selbstverständlich dies klingt, dürfen die Abstimmungsorgane den Gesetzentwurf des Volksbegehrens nicht durch einen eigenen politischen Beschluss ersetzen; das ordnen Art. 74 Abs. 1 und Abs. 3 BV für die Staatsregierung und Art. 74 Abs. 4 BV für den Landtag an. Ebenso beugt die Verfassung selbst vor, dass die plebiszitären Gesetzgebungsverfahren nicht durch „Nichtstun“ oder Widerstand der formierten Staatsorgane leer laufen. Die bayerischen Abstimmungsorgane verstoßen deshalb gegen die Verfassung, wenn die Staatsregierung das Volksbegehren entgegen Art. 74 Abs. 3 BV nicht dem Landtag vorlegt oder das vom Landtag abgelehnte Volksbegehren nicht gemäß Art. 74 Abs. 1, Abs. 5 BV zum Volksentscheid stellt bzw. der Landtag das ihm vorgelegte Volksbegehren nicht binnen der Frist des Art. 74 Abs. 5 BV behandelt.

Gesteht eine Verfassung den verfassten Staatsorganen nicht nur die Gesetzgebung *unter Vorrang* des Verfassungsgesetzes zu, sondern auch die Ersetzung und Ergänzung desselben, bedarf es einer *ausdrücklichen Befreiung vom Verfassungsvorrang*⁵⁵. Dies gilt nicht nur sachlich, sondern auch hinsichtlich der Kompetenz⁵⁶ und folgt schon aus dem normativen Geltungsanspruch des Verfassungsgesetzes als ranghöchste Norm der staatlichen Rechtsordnung⁵⁷. Ob die Anordnung des Volksentscheids über das verfassungsändernde Volksbegehren „Schlanker Staat ohne Senat“ verfassungsgemäß erging, hängt also maßgeblich davon ab, ob die Bayerische Staatsregierung in ihrer Funktion als Abstimmungsorgan dafür nach Art. 74 Abs. 1 BV berufen war. Der Bayerischen Verfassung lässt sich eine solche Befugnis nicht entnehmen.

Diese Ermächtigung ergibt sich auch nicht daraus, dass Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BV die Verfassungsänderung „im Wege der Gesetzgebung“ zulässt. Dieser Regelung kommt als Formbestimmung ohne Zuweisung einer Kompetenz eine kaum zu unterschätzende Funktion zu⁵⁸. Wäre die Volksgesetzgebung bereits wegen des allein zur Verfügung stehenden Regelungsins-

truments „förmliches Gesetz“⁵⁹ als zur Verfassungsänderung ermächtigt anzusehen, könnte eine Unterscheidung zwischen einfacher Gesetzgebung und Verfassungsänderung nur noch anhand des Textänderungsgebots nach Art. 75 Abs. 4 BV getroffen werden. Eine solche Interpretation des Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BV hebt jedoch den normativen Vorrang der Verfassung auf. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 71 BV. Fehlen ausdrückliche Beschränkungen der Initiativbefugnis für Verfassungsänderungen, können Volksbegehren über Verfassungsinitiativen zunächst nicht gegen vorrangiges Verfassungsrecht verstoßen, da sie nicht die *Revisionskompetenz* ergreifen, sondern an den Landtag adressiert sind. Über die Verfassungsinitiative eines Volksbegehrens kann der Landtag wie über die Vorschläge aus seiner Mitte oder der Staatsregierung (Art. 71 BV) entscheiden.

Ebenso ergibt sich eine ausdrückliche Berechtigung der Abstimmungsorgane zur Verfassungsänderung noch nicht aus Art. 72 Abs. 1 BV. Wenn die Verfassung den Landtag und das Volk (Volksentscheid) hinsichtlich ihrer Gesetzgebungskompetenz nebeneinander stellt, spricht dies zwar gegen eine „Dominanz“ des Parlaments. Wenn aber Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BV hinsichtlich der verfassungsändernden Beschlussfassung des Landtags höhere Anforderungen als für die Verabschiedung einfacher Gesetze aufstellt, lässt sich Art. 72 Abs. 1 BV abermals keine „grundsätzliche Befreiung“ der Gesetzgebungsorgane und Ermächtigung zur Verfassungsänderung entnehmen. Gleichgestellt sind Landtag und Volksentscheid in der einheitlichen Betrachtung der Verfassung nur hinsichtlich der einfachen Gesetzgebung. Art. 75 Abs. 2 BV ordnet ein Verfassungsreferendum an, das die *übereinstimmende* Entscheidung beider in Art. 72 Abs. 1 BV genannter Gesetzgebungsquellen (Landtag und Volk) erforderlich macht.

5. Zusammenfassung

Das traditionelle Verfassungsverständnis, die Bayerische Verfassung könne auch ohne die Zustimmung des Landtags gemäß Art. 75 Abs. 2 BV geändert werden, findet im Verfassungstext keine Grundlage. Dagegen ergeben sich aus dem Homogenitätsgebot (Art. 28 Abs. 1 GG) Zweifel, ob eine ungeschriebene Kompetenz des Volksentscheids zur Verfassungsänderung den bundesstaatlichen Anforderungen an die Stabilität der Landesverfassungsordnung genügt.

Die Bedenken gegen außerparlamentarische Verfassungsänderungen richten sich jedoch auch gegen das überholte Verständnis einer Volksgesetzgebung, die sachlich alles beschließen

Fortsetzung Fußnote 52

bekannt (Art. 71 Abs. 3 LWahlG). Ein Volksbegehren ist rechtsgültig, wenn sich 10 Prozent der Stimmberechtigten (Art. 74 Abs. 1 BV) innerhalb der Frist von 14 Tagen (Art. 66 Abs. 3 LWahlG) zur Eintragung in die Amtsstuben (Art. 68 Abs. 2 LWahlG) begeben.

53 Zu den Mehrheitsanforderungen bei gleichzeitiger Abstimmung über den Gesetzentwurf des Volksbegehrens und den Gegenentwurf des Landtags vgl. Art. 80 Abs. 2 BV.

54 BVerfGE 8, 104/115 f.

55 *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, § 19 RdNr. 1.

56 *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, § 160 RdNr. 17: „... eine von der Verfassung begründete und in ihrem Rahmen verbleibende Zuständigkeit“.

57 Die Befreiung kann das Verfassungsgesetz auf bestimmte Bereiche einschränken oder durch die Wahrung eines unabänderlichen Kerns bedingen.

58 Dann erfüllt sie noch immer den Zweck, „dass jede Änderung sich in der Bewusstheit, Öffentlichkeit und Kontrollierbarkeit eines Gesetzgebungsverfahrens vollzieht, in der Textänderung die verfassungsrechtliche Bedeutung und die Alternativität von bisheriger und neuer Fassung in das Licht der Öffentlichkeit rückt, in der Ausfertigung und Verkündung den Kontrollen und der Publizität rechtsstaatlich-demokratischer Rechtssetzung unterwirft“, vgl. *Kirchhof* (Fußn. 55), § 19 RdNr. 45.

59 Vgl. Art. 5 Abs. 1, Art. 72 BV.

könne, was nicht durch die Verfassung versagt sei. Den Gesetzgebungsbeschluss fasst beim Volksentscheid nicht das „Volk“, denn die Abstimmenden formen mit ihrer Stimmabgabe keine handlungsfähige Entscheidungseinheit, die zugleich Träger einer staatlichen Gesetzgebungskompetenz sein könnte. Die freien Willensäußerungen der Abstimmenden können nicht zugleich auch Ausdruck eines dem Staat zurechenbaren Organwillens sein. Die Stimmberechtigten sind nur ihren individuellen Wertvorstellungen verpflichtet. Hingegen sind die staatlichen Abstimmungsorgane bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen an die Zwecke und Ziele der staatlichen Institution gebunden. Ihre Handlungen unterliegen dem Maßstab des Verfassungsrechts.

Wenn das Volksbegehren zur Eintragung zugelassen oder angenommen wurde oder der Volksentscheid eine Gesetzes-

vorlage angenommen hat, erlassen Abstimmungsorgane die bestimmenden Gesetzgebungsakte. Diese Entscheidungen staatlicher Amtsträger unterliegen der strikten Bindung an die Ergebnisse der Volksabstimmung sowie den formellen Vorgaben und materiellen Schranken der Verfassung (Grundrechte, Haushaltsvorbehalt und Ewigkeitsklausel). Sie bilden die Gegenstände der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung des „volksbeschlossenen“ Gesetzes. Art. 75 Abs. 2 BV ermächtigt die Abstimmungsorgane ausdrücklich nur zur Bestätigung einer Verfassungsänderung des Landtags, sobald der Volksentscheid den parlamentarischen Änderungsbeschluss annimmt. Soll die Verfassung auch ohne (hinreichende) Zustimmung des Landtags geändert werden können, muss die Verfassung dem Volksentscheid eine Revisionskompetenz ausdrücklich zugehen.