

Das „fakultative Referendum“ im Gesetzentwurf der Trägerin des Berliner Volksbegehrens „Volksentscheid retten!“ 2016 (Artt. 62 Abs. 5, 63 Abs. 4 VvB-E)

Univ.-Professor Dr. Christian Pestalozza

Freie Universität Berlin . FB Rechtswissenschaft . 14195 Berlin . Van't-Hoff-Straße 8

Das Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Inneres und Sport, hat den Unterzeichnenden im Oktober 2016 beauftragt, Art. 62 Abs. 5, Art. 63 Abs. 4 VvB in der Fassung des Gesetzentwurfs der Trägerin des Volksbegehrens „Volksentscheid retten!“ auf seine Vereinbarkeit mit höherem Recht, insbesondere mit Art. 28 Abs. 1 GG, zu überprüfen.

Gegenstand der Untersuchung ist die Entwurfs-Version vom 18. August 2016.¹ Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, daß die Regelungen des Entwurfs mit dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes und dem änderungsfesten Kern der Verfassung von Berlin schwerlich vereinbar sind. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen, die diesen Gang nehmen:

A. Der Entwurf i.d.F. vom 18. August 2016	2
I. Das fakultative Referendum: Artt. 62 Abs. 5, 63 Abs. 4 VvB-E.....	2
II. Die Begründung des fakultativen Referendums.....	3
1. Die allgemeine Begründung	3
2. Die Einzelbegründungen	4
a) Zum Einspruchsbegehren	4
b) Zu den Quoren	4
B. Analyse des Entwurfs und seiner Begründung	5
I. Das Hamburger Modell.....	5
II. Unterschiede	6
III. Gemeinsamkeiten: Der Vorrang des Gleichrangigen.....	7
IV. Kritische Details	9
1. Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvBVvB-E: Änderung und Suspendierung	9
a) Wann „ändert“ ein Parlamentsgesetz ein Volksgesetz?.....	9
b) Welche „Änderungen“ sind gemeint?.....	10
c) Welche Gesetze sind durch Volksentscheid „zustande gekommen“?	12
d) Der Umstand der Suspendierung	13
e) Der Gegenstand der Suspendierung	14
f) Der Zeitpunkt der Suspendierung	14
g) Die Dauer der Suspendierung	15
2. Artt. 62 Abs. 5 Satz 5, 63 Abs. 4 Satz 4 VvBVvB-E: Bestandsschutz von Volksbegehren	15
3. Art. 63 Abs. 4 Satz 1 VvB-E: Einspruchsbegehrens-Quorum	16
4. Art. 63 Abs. 4 Sätze 2 und 3 VvB-E: Volksentscheid-Quoren	17

¹ Der Text wurde dem Unterzeichnenden von der Senatsverwaltung für Inneres und Sport überlassen. Er enthält kleinere sprachliche Korrekturen der im Internet (unter: https://www.volksentscheid-retten.de/wp-content/uploads/2016/03/20160711_GeSDIrDem_Aend1.pdf; zuletzt aufgerufen 24. Oktober 2016, 15:00 h) erreichbaren Version vom 10. Juli 2016.

V. Das Gesamtbild.....	18
1. Vorrang des Volksgesetzgebers statt Gleichrang	18
2. Systemimmanente Schwächen	19
C. Andere Landes-Modelle	20
I. Rheinland-Pfalz 1947	20
II. Baden-Württemberg 1953	21
III. Bremen 2013	21
IV. Thüringen 2016/17?	23
D. Die schonende und wirkungsvolle Alternative: Die Treuepflicht konkurrierender Gesetzgeber . 25	
I. Der unbestrittene Verfassungsgrundsatz	25
II. Keine Berliner Besonderheiten	27
III. Treuepflicht konkurrierender Landesgesetzgeber	29
IV. Prozessuale Durchsetzung der Treuepflicht	29
E. Die Maßstäbe: Homogenität mit dem Grundgesetz und änderungsfester Kernbereich der Landesverfassung	31
I. Das Homogenitätsgebot, Art. 28 Abs. 1 GG.....	32
1. Vorüberlegungen	32
2. Die Rechtsprechung	34
II. Der änderungsfeste Kern der Verfassung von Berlin.....	36
1. Die Existenz eines Verfassungskerns	36
2. Die Relevanz des Verfassungskerns als Maßstab	37
3. Der Inhalt des Verfassungskerns	38
a) Berlin: Prinzipielles 2013	39
b) Hamburg: Konkreteres 2016.....	40
c) Hamburg 2016/Berlin 2009: Finanzvorbehalt und Referendum.....	45
F. Rechtsrisiken des Entwurfs	48
I. Rechtsstaatsrisiken.....	48
1. Unklarheiten	48
2. Begründungsdefizite	49
II. Demokratierisiken	49
1. Bestandsschutz bloßer Volksbegehren	49
2. Bestandsschutz von Volksentscheiden	49
a) Beeinträchtigung der Parlamentsprärogative	49
b) Hinreichender Schutz durch die Verfassungsorgantreue.....	50
c) Das nicht suspendierende fakultative Referendum.....	50

A. Der Entwurf i.d.F. vom 18. August 2016

I. Das fakultative Referendum: Artt. 62 Abs. 5, 63 Abs. 4 VvB-E

Art. 62 Abs. 5 und Art. 63 Abs. 4 VvB in der Fassung des Entwurfs der Trägerin des Volksbegehrens „Volksentscheid retten!“ vom 18. August 2016² lauten³:

Art. 62 Absatz 5 VvB-E

„(5) ¹Ein vom Abgeordnetenhaus beschlossenes Gesetz, das ein durch Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz aufhebt oder ändert, tritt frühestens vier Monate nach seiner Verkündung in Kraft. ²Durch Einspruchsbegehren kann im Wege der freien Sammlung ein Volksentscheid über das vom Abgeordnetenhaus beschlossene Gesetz verlangt werden. ³Kommt das Einspruchsbegehren zustande⁴, tritt das Gesetz nur nach Zustimmung durch Volksentscheid in Kraft. ⁴Absatz 3 Satz 6 gilt entsprechend. ⁵Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für Gesetze, mit denen das Abgeordnetenhaus einen mit Volksbegehren beehrten Entwurf eines Gesetzes sachlich unverändert angenommen

² Künftig nach einer Artikelangabe hier als VvB-E bezeichnet.

³ Nummerierung der Sätze nur hier, nicht im Original.

⁴ Dazu Art. 63 Abs. 4 Satz 1 VvB-E.

hat. ⁶Ein Einspruchsbegehren für verfassungsändernde Gesetze im Sinne des Artikels 100 Satz 2 findet keine Anwendung.“⁵

Art. 63 Abs. 4 VvB-E:

“(4) ¹Ein Einspruchsbegehren kommt zustande, wenn mindestens zwei vom Hundert der zum Abgeordnetenhaus Wahlberechtigten innerhalb von vier Monaten nach der Verkündung des Gesetzes, das ein durch Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz aufhebt oder ändert, dem Einspruchsbegehren zustimmen. ²Dem Gesetz, das ein durch Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz aufhebt oder ändert, wird durch Volksentscheid zugestimmt, wenn eine Mehrheit der Teilnehmenden und zugleich mindestens ein Fünftel⁶ der zum Abgeordnetenhaus Wahlberechtigten zustimmt. ³Einem Gesetz, das ein durch Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz aufhebt oder ändert, das die Verfassung von Berlin ändert, wird durch Volksentscheid zugestimmt, wenn zwei Drittel der Teilnehmenden und zugleich mindestens 35 vom Hundert der zum Abgeordnetenhaus Wahlberechtigten zustimmen. ⁴Die Sätze 1 bis 3 gelten auch für Gesetze, mit denen das Abgeordnetenhaus einen mit Volksbegehren begehrten Entwurf eines Gesetzes sachlich unverändert angenommen hat.”

II. Die Begründung des fakultativen Referendums

1. Die allgemeine Begründung

Das in Artt. 62 Abs. 5, 63 Abs. 4 VvB-E geregelte fakultative Referendum „soll für eine stärkere Verbindlichkeit von Volksentscheiden sorgen“.⁷

Konkreter heißt es dann⁸:

„Laut Artikel 3 Satz 1 VvB wird die gesetzgebende Gewalt durch Volksentscheide und durch die Volksvertretung ausgeübt. Die Gleichrangigkeit parlamentarischer und direktdemokratischer Gesetzgebungsgewalt ermöglicht es dem Parlament, im Volksentscheid zustande gekommene Gesetze wieder zu ändern. Davon machte das Abgeordnetenhaus von Berlin im Januar 2016 Gebrauch, indem es das im Mai 2014 mit 739.124 Ja-Stimmen zustande gekommene Gesetz zum Erhalt des Tempelhofer Feldes änderte. Zwar ist grundsätzlich geboten, dass das Parlament ein durch Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz ändern oder aufheben kann, nur muss, damit sich die Gleichrangigkeit der Gesetzgebungsgewalten im ganzen Verfahren abbildet, den Bürgerinnen und Bürgern ein Weg eröffnet werden, über die Änderung oder Aufhebung abzustimmen. Das bestehende Verfahren eignet sich in diesem Fall aufgrund seiner zeitlichen Dauer, dem erforderlichen Aufwand und des geltenden Wiederholungsverbots (innerhalb einer Legislaturperiode) nicht. Mit der mit diesem Gesetz bezweckten Einführung eines Einspruchsbegehrens entscheiden die Berlinerinnen und Berliner selbst, ob die vom Abgeordnetenhaus vorgeschlagene Änderung oder Aufhebung eines durch Volksentscheid zustande gekommenen Gesetzes erforderlich ist. Volksentscheide bekommen somit eine stärkere Verbindlichkeit, ohne dass die gesetzgebende Gewalt der Volksvertretung grundsätzlich eingeschränkt wird.“

⁵ Gemeint ist wohl: „Sätze 1 bis 5 gelten nicht für ...“.

⁶ Nachdem die Sätze 1 und 3 Prozentzahlen nennen, läge es sprachlich nahe, dies auch in Satz 2 zu tun (also „20 vom Hundert“ statt „ein Fünftel“ zu sagen).

⁷ Allgemeine Begründung, FN 1, S. 5 sub 1.

⁸ Allgemeine Begründung, FN 1, S. 5 sub 2.

2. Die Einzelbegründungen

a) Zum Einspruchsbegehren

Die Einzelbegründung zu Artikel 62 Abs. 5 VvB-E formuliert:

„Laut Artikel 3 VvB wird die gesetzgebende Gewalt durch Volksentscheide und durch die Volksvertretung ausgeübt. Diese Gleichwertigkeit muss sich auch in den Verfahren abbilden: wenn ein per Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz durch die Volksvertretung geändert oder aufgehoben werden soll, muss den Abstimmungsberechtigten die Möglichkeit eingeräumt sein, ihren Willen erneut durch Abstimmung unmittelbar auszuüben.“⁹

Die Einführung der Einspruchsmöglichkeit im Falle einer Aufhebung oder Änderung von durch Volksentscheid beschlossenen Gesetzen durch das Abgeordnetenhaus (Einspruchsbegehren) soll die Machtbalance zwischen Volk und seinen Vertretern ausgleichen. Die erforderliche Sammlung von Unterschriften soll garantieren, dass ein Volksentscheid über das Aufhebungs- oder Änderungsgesetz nur dann stattfindet, wenn ausreichend Abstimmungsberechtigte einen Einspruch begehren. Das Einspruchsbegehren wird ausschließlich über die freie Unterschriftensammlung nachgewiesen, entsprechend der Regeln zum Nachweis der Unterstützung eines Volksbegehrens, um ein vereinfachtes Verwaltungsverfahren zu ermöglichen.“¹⁰

b) Zu den Quoren

Die in Art. 63 Abs. 4 VvB-E geregelten Quoren beim fakultativen Referendum werden im einzelnen so begründet:

„Für das Zustandekommen des Einspruchsbegehrens liegt das Unterschriftenquorum unterhalb dem eines Volksbegehrens, da der Trägerin nach Bekanntwerden des Änderungs- oder Aufhebungsgesetzes nur wenig Zeit zur Vorbereitung bleibt.“¹¹

Die Zustimmungsquoren für Volksentscheide nach Einspruchsbegehren sind dieselben wie für Volksentscheide nach Volksbegehren. Sofern ein Volksentscheid durch Einspruchsbegehren verlangt wird, tritt die vom Abgeordnetenhaus geplante Gesetzesänderung nur dann in Kraft, wenn die Mehrheit der Teilnehmenden dieser zustimmt und die Zustimmung zugleich 20 vom Hundert der Abstimmungsberechtigten bei einfachen Gesetzen und 35 vom Hundert bei Verfassungsänderungen entspricht. Die Orientierung am Zustimmungsquorum eines Volksentscheids durch Volksbegehren ist dadurch begründet, dass für die vom Abgeordnetenhaus geplante Änderung oder Aufhebung die gleiche Hürde gelten sollte, wie für das Gesetz, das durch Volksentscheid zustande kam und welches das Abgeordnetenhaus zu ändern bezweckt.“¹²

⁹ Einzelbegründungen, FN 1, S. 9 sub 15.

¹⁰ Einzelbegründungen, FN 1, S. 9 sub 16.

¹¹ Einzelbegründungen, FN 1, S. 10 sub 20.

¹² Einzelbegründungen, FN 1, S. 10 sub 21.

B. Analyse des Entwurfs und seiner Begründung

I. Das Hamburger Modell

Der Entwurf orientiert sich¹³ deutlich am Modell des in Hamburg im Jahre 2008 eingeführten fakultativen Referendums.¹⁴ Art. 50 Abs. 4 HV sieht seitdem vor:

„(4) ¹Ein von der Bürgerschaft beschlossenes Gesetz, durch das ein vom Volk beschlossenes Gesetz aufgehoben oder geändert wird (Änderungsgesetz), tritt nicht vor Ablauf von drei Monaten nach seiner Verkündung in Kraft. ²Innerhalb dieser Frist können zweieinhalb vom Hundert der Wahlberechtigten einen Volksentscheid über das Änderungsgesetz verlangen. ³In diesem Fall tritt das Änderungsgesetz nicht vor Durchführung des Volksentscheids in Kraft. ⁴Das Volk entscheidet über das Änderungsgesetz. ⁵Absatz 3 Sätze 5, 7 und 10 bis 13¹⁵ ist sinngemäß anzuwenden.“

¹³ Ebenso wie 2014 der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen des Abgeordnetenhauses (AH-Drs. 17/1742), ein fakultatives Referendum durch Ergänzung des Abstimmungsgesetzes (nicht auch der Landesverfassung!) einzuführen. Nach der ersten Lesung im Plenum und der Überweisung an die Ausschüsse verlief die Initiative im Sande.

¹⁴ Gesetz vom 16. Dezember 2008, GVBl. S. 431. Einen knappen vergleichenden Überblick über die direktdemokratische Entwicklung in den drei Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg bietet Solar, Reformen direktdemokratischer Verfahren – Berlin, Bremen und Hamburg im Vergleich, in: Münch/Hornig/Kranenpohl (Hrsg.), Direkte Demokratie. Analysen im internationalen Vergleich, Baden-Baden 2014, S. 53-68.

Juristisch scheint die Hamburger Reform 2008 überwiegend auf Zustimmung zu stoßen; vgl. etwa von Arnauld, „Refolution“ an der Elbe: Hamburgs neue direkte Demokratie – Die Verfassungsänderungen der Jahre 2008 und 2009 im Kontext, Jb Direkte Demokratie 2009 (2010), S. 90 (99-101, 102f., 115, 117f.); O. Jung, Volksgesetze und parlamentarische Konterlegislatur, in: Schrenk/Soldner (Hrsg.), Analyse demokratischer Regierungssysteme. Festschrift für W. Ismayr, Wiesbaden 2010, S. 427 (434-441); Dreschel, Direkte Demokratie in Hamburg – Erfahrungen und Reformbedarf, in: Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für H. P. Bull, Berlin 2011, S. 107 (108f.); Wittreck, Direkte Demokratie in den Ländern – Kontingenter Prozeß oder List der Vernunft?, Jb Direkte Demokratie 2012 (2013), S. 41 (60f.). Auch Decker, Zwischen Placebo und Erfolgsmodell. Direkte Demokratie auf der Landesebene, ZParl 41 (2010), S. 564 (572f.), zeigt sich gewogen; ebenso offenbar Martini, Wenn das Volk (mit)entscheidet Wechselbeziehungen und Konfliktlinien zwischen direkter und indirekter Demokratie als Herausforderung für die Rechtsordnung, Berlin 2011, S. 83f..

Aus politikwissenschaftlicher Sicht schätzt auch Solar (Regieren im Schatten der Volksrechte. Direkte Demokratie in Berlin und Brandenburg, Wiesbaden 2016, S. 202, 230-232) die Hamburger Regelung (die er als Vetoinitiative bezeichnet – ein Ausdruck, der mir auf das Einspruchsreferendum i.S. der Berliner Oppositions-Vorlage von 2015 [Art. 63 VvB neu; AH-Drs. 17/2072, S. 3] besser zu passen scheint) offenbar positiv ein.

¹⁵ Die Sätze betreffen die Unterbreitung der Vorlage zum Volksentscheid, den Abstimmungstermin und die – je nach Abstimmungstermin – unterschiedlichen Quoren. Der in Art. 50 Abs. 4 Satz 5 HV nicht erwähnte Satz 9 (zur Möglichkeit, einen Abstimmungstermin anzuberaumen, der nicht auf einen *Wahltag* fällt) dürfte, soweit er sich ausdrücklich auf Absatz 4 bezieht, für das fakultative Referendum unmittelbar, also nicht nur „sinngemäß“, gelten.

Satz 13 des Art. 50 Abs. 3 sieht ein Abstimmungsquorum von 20% vor, wenn der Entscheid nicht auf einen Wahltag fällt. Die von der Volksinitiative „Rettet den Volksentscheid – Stärkung der Demokratie in Hamburg“ 2015/2016 angestrebte Beseitigung des Abstimmungsquorums (vgl. Art. 51a Abs. 4 id.F. des Entwurfs vom 24. März 2016¹⁶) wurde vom Hamburgischen Verfassungsgericht – wie der Entwurf der Initiative insgesamt – für verfassungswidrig erklärt;¹⁷ es bleibt also bei den seit 2008 geltenden Quoren.

II. Unterschiede

Der Berliner Entwurf unterscheidet sich vom Hamburg Modell in einigen Punkten:

- Das Einspruchsbegehren müssen nur 2 – nicht wie in Hamburg 2,5 – Prozent der Wahlberechtigten unterstützen.
- Das Parlamentsgesetz tritt frühestens vier – nicht wie in Hamburg drei – Monate nach seiner Verkündung in Kraft.
- Neben Parlamentsgesetzen, die Volksgesetze aufheben oder ändern, unterliegen auch solche Parlamentsgesetze – anders als in Hamburg – dem Einspruchsbegehren, die sich einen Volksbegehrentwurf zu eigen gemacht haben.
- Das Parlamentsgesetz tritt in Kraft, wenn ihm die Mehrheit der Abstimmenden zustimmt, die zugleich 20 Prozent oder mehr der Abstimmungsberechtigten ausmacht, zustimmt – ein Quorum, das in Hamburg nur dann gilt, wenn die Abstimmung nicht auf einen Wahltag fällt, und das die aktuelle – am Verfassungsgericht gescheiterte – Volksinitiative ganz streichen wollte.

Die Unterschiede vermitteln den Eindruck, daß Berlin 2016 es noch „besser“ machen wollte als Hamburg 2008 – und zwar, ohne daß Erfahrungen

¹⁶ https://hh.mehr-demokratie.de/hh_material.html. Zuvor – 2015 – Art. 50 Abs. 12, 13; abgedruckt in: Bürgerschaft, Drs. 21/1902, S. 5; Begründung S. 9 und 11.

¹⁷ Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16, <http://justiz.hamburg.de/contentblob/7145688/2830636b25cc1aef0041f6a9977195bd/data/neuer-inhalt.pdf>; zum Quorum beim fakultativen Referendum ebenda, S. 51f.

aus Hamburg vorlagen, die für eine in diese Richtung gehende direktdemokratische „Perfektionierung“ gesprochen hätten.

Hätte es derartige Erfahrungen gegeben, wären sie von der Hamburger Initiative 2015/16 wohl berücksichtigt worden. Statt dessen sollte es, was das Quorum und die Frist für das Referendum anlangt, beim Bisherigen bleiben, und die zusätzliche Variante eines Referendums zu Parlamentsgesetzen, die sich ein Volksbegehren zu eigen gemacht hatten, war zwar im anfänglichen Entwurf von 2015 (Art. 50 Abs. 12 Satz 4¹⁸) vorhanden, nicht aber mehr im überarbeiteten Entwurf vom 2016, der insofern zur zurückhaltenderen Fassung von 2008 zurückkehrt.¹⁹

So gesehen, wirken Berliner Quorum und Frist für das Referendum „gegriffen“, die Ausdehnung des Referendums auf Parlamentsgesetze, die ein Volksbegehren übernommen hatten, gewillkürt, mindestens begründungsbedürftig und das Abstimmungsquorum nicht leicht erklärlich – Umstände, die zwar nicht automatisch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit auf sich ziehen, aber doch die Obliegenheit der Initiatoren, sich nachvollziehbar zu erklären, unterstreichen; darauf wird zurückzukommen sein.

III. Gemeinsamkeiten: Der Vorrang des Gleichrangigen

Bei allen Unterschieden im Detail ist Hamburg 2008/2015/16 und Berlin 2016 gemeinsam das Anliegen, Volksgesetze vor den Folgen des heute allseits²⁰ angenommenen Umstandes, daß sie keinen höheren Rang als Parlamentsgesetze haben, vom Parlament also durch Gesetz geändert oder aufgehoben werden dürfen, etwas zu schützen. Die schlichte lex-

¹⁸ Bürgerschaft, Drs. 21/1902, S. 5; (die nicht leicht nachvollziehbare) Begründung S. 11.

¹⁹ https://hh.mehr-demokratie.de/hh_material.html, letzte (unpaginierte) Seite sub Artikel 51a zu (2): „Darauf wird hier verzichtet. Es ist ein Vertrauensvorschuss an die Bürgerschaft.“

²⁰ Vgl. nur den knappen Überblick bei Magsaam, Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Berlin, 2014, S. 558-562.

posterior-Regel²¹ wird nicht aufgehoben, aber doch – und zwar einseitig zugunsten des Volksgesetzes – modifiziert.

Dieses Anliegen erscheint vor allem angesichts der vielfachen unvermeidbaren Aufwendigkeit des Volksgesetzgebungsverfahrens einsichtig. Was das „Volk“ in einem mühsamen und langwierigen Prozeß zuwege gebracht hat, soll nicht durch einen raschen, vielleicht gar leichtfertigen „Federstrich“ des professionellen Gesetzgebers zu „Makulatur“ werden – es sei denn, das „Volk“ erklärt sich damit einverstanden. Eine solche Erklärung braucht (wie ihr Gegenteil) Zeit, und deswegen versteht man auch, daß mindestens bis dahin das Parlamentsgesetz nicht in Kraft treten soll. Das eigentlich gleichrangige Volksgesetz erhält durch diesen zunächst vorübergehenden, dann – je nach Ausgang des Volksentscheids – vielleicht endgültigen Bestandsschutz, also Vorrang. Über das Schicksal eines einmal verabschiedeten Volksgesetzes entscheidet letztlich allein das Volk.

Das führt notwendig zu einer Asymmetrie im Bestandsschutz von Parlaments- und Volksgesetzen. Der Volksgesetzgeber kann ein Parlamentsgesetz jederzeit ändern; das Parlament hat kein letztes Wort – es sei denn, es übernimmt den Volks-Entwurf.²²

Trotz dieser Asymmetrie ist das fakultative Referendum flexibler und damit praxisgerechter als ein starrer zeitlicher Bestandsschutz von Volksgesetzen.²³

²¹ Ob diese Regel überhaupt für Normen unterschiedlicher, miteinander konkurrierender Gesetzgeber gilt oder nur das Verhältnis jüngerer und älterer Normen ein und desselben Normgebers betrifft, muß hier nicht geklärt werden.

²² Und selbst dann sollen dem Abgeordnetenhaus die Hände gebunden sein, wenn es später Änderungen vornehmen möchte; Artt. 62 Abs. 5 Satz 5, 63 Abs. 4 Satz 4 VvB-E (dazu unten sub B IV 2, S. 15-16).

²³ Auf *kommunaler* Ebene findet sich dergleichen. Kommunale Bürgerentscheide dürfen in allen Ländern eine bestimmte Zeit lang (*1 Jahr*: Bayern Art. 18a Abs. 13 Satz 2 GO; Sachsen-Anhalt § 27 Abs. 4 Satz 2 KVG. *2 Jahre*: Brandenburg § 15 Abs. 5 Satz 2 KVerf.; Bremen § 17 Abs. 6 Satz 2 VerfBrhv; Mecklenburg-Vorpommern § 20 Abs. 1 Satz 2 KV; Niedersachsen § 33 Abs. 4 Satz 2 KomVG; Nordrhein-Westfalen § 26 Abs. 8 Satz 2 GO; Saarland § 21a Abs. 7 Satz 3 KSVG; Schleswig-Holstein § 16g Abs. 8 Satz 2 GO; Thüringen § 17 Abs. 8 Satz 3 KO [künftig: § 23 Abs. 3 Satz 1 EBBG (FN 55)]. *3 Jahre*: Baden-Württemberg § 21 Abs. 8 Satz 2 GemO; Hessen § 8b Abs. 7 Satz 2 GO;

IV. Kritische Details

Einige Details des Berliner Entwurfs fallen nach dem Vergleich mit Hamburg und auch unabhängig von ihm ins Auge. Sie führen zu Fragen nach schonenderen Alternativen und verfassungsrechtlichen Grenzen. Sie werden hier, dem Text des Entwurfs folgend, skizziert.

1. Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvBVvB-E: Änderung und Suspendierung

Das fakultative Referendum soll u.a. für jede „Änderung“ eines Volksgesetzes durch ein Parlamentsgesetz gelten. Das wirft mehrere Fragen auf.

a) Wann „ändert“ ein Parlamentsgesetz ein Volksgesetz?

Zunächst kann unklar sein, wann überhaupt eine „Änderung“ vorliegt. Bezieht sich das Parlamentsgesetz ausdrücklich auf das Volksgesetz, ist die Sache klar. Jenes könnte dieses aber auch – sei es absichtlich, sei es unabsichtlich – „ändern“, ohne es beim Namen zu nennen. Wenn es einen Bedarf für einen bestätigenden Volksentscheid geben sollte, dann doch sicherlich auch in solchen Fällen. Wer aber entscheidet, ob der Sache nach eine „Änderung“ vorliegt? Die bekannte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG (Ist das Gesetz vor- oder nachkonstitutionell?²⁴) etwa lehrt, wie schwierig es sein kann zu beurteilen, ob eine Norm eine andere „ändert“ oder nicht.

Sprachlich wäre schon geholfen, wenn der Wortlaut klarstellte, daß nicht nur förmlich als solche erkennbare Änderungen (oder Aufhebungen) gemeint sind, sondern auch Änderungen (oder Aufhebungen) der Sache

Rheinland-Pfalz § 17a Abs. 8 Satz 3 GemO; Sachsen § 24 Abs. 4 Satz 2 GemO) durch Ratsbeschluß nicht geändert oder aufgehoben werden.

Berlin und Hamburg sehen Vergleichbares für Bürgerentscheide in den Bezirken nicht vor (vgl. Berlin § 47 Abs. 3 BezVerwG; Hamburg § 32 Abs. 11 Satz 2 BezVG).

Eine ausdrückliche *clausula rebus sic stantibus* mildert in zwei Ländern (Bayern Art 18a Abs. 13 Satz 2 GO; Thüringen § 17 Abs. 8 Satz 3 KO; künftig: § 23 Abs. 3 Satz 6 EBBG [FN 55]) Auswüchse des starren Bestandsschutzes.

Fünfzehn Landesverfassungen schützen, soweit ersichtlich, Volksgesetze nicht in vergleichbarer Weise. Nur Bremen kennt einen verwandten, wenn auch begrenzteren zeitlichen Bestandsschutz; Art. 73 Abs. 2 LVerf.: „Ein durch Volksentscheid beschlossenes Gesetz kann *während einer laufenden Wahlperiode innerhalb von zwei Jahren* nach Inkrafttreten nur geändert oder aufgehoben werden 1. durch einen Volksentscheid nach Artikel 70 Absatz 1 Buchstabe b oder d, 2. durch die Bürgerschaft mit verfassungsändernder Mehrheit.“

²⁴ Dazu nur etwa BVerfGE 70, 126 (129f.); 78, 77 (83); 132, 372 RN 39.

nach.²⁵ Die Auslegungsfrage, wann denn ein Parlamentsgesetz ein Volksgesetz (nur) *inhaltlich* betrifft, bleibt freilich.

b) Welche „Änderungen“ sind gemeint?

Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvB-E unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Arten von Änderungen. *Jede* Änderung unterliegt dem Referendum.

aa) Auch die Korrektur eines *Redaktionsversehens* des Volksgesetzgebers oder eine bloße (nicht konstitutive, aber für Anwender und Adressaten nützliche) *Klarstellung* „ändert“ das Volksgesetz. Soll auch hier der Aufwand des Referendums getrieben werden?²⁶ Daß in solchen Fällen ein Einspruchsbegehren nicht (nach Art. 63 Abs. 4 Satz 1 VvB-E) zustande kommen mag, tröstet wenig. Denn immerhin gehen mindestens vier Monate ins Land, in denen die jedenfalls nützliche Änderung nicht in Kraft treten kann.

bb) Die Änderung kann *dringlich* sein, zum Beispiel, weil sich die Sach- oder Rechtslage wesentlich geändert hat und nun Anpassungsbedarf besteht oder weil das Volksgesetz, wie sich erst in der Anwendung zeigt, unvollkommen, in sich widersprüchlich oder sonstwie notleidend ist. Der Entwurf trifft keine Vorkehrungen dafür, daß ein Anpassungs- oder Reparaturgesetz zügig und ohne Volksentscheid wenigstens vorläufig in Kraft treten kann.

Andere Regelungen zeigen, daß solchen Umständen Rechnung getragen werden kann: Aus Deutschland sind etwa Art. 72 Satz 2 RVerf. 1919, Art. 82 Abs. 2 LVerf. Württemberg-Baden 1946, Art. 114 Satz 2 LVerf. Rhein-

²⁵ § 23 Abs. 3 Satz 2 ThürEBBG (beschlossen am 30. September 2016; Nachweise FN 55) bemüht sich – für den Bereich des kommunalen Bürgerentscheids – um eine solche Klarstellung, indem er (vielleicht sprachlich auch nicht optimal) von „einer abweichenden Entscheidung“ des Gemeinderats „zum Ergebnis des Bürgerentscheids“ spricht und damit (vgl. Entwurfsbegründung, LT-Drs. 6/1840, S. 31) Entscheidungen „*in Abänderung oder im Widerspruch zum inhaltlichen Ergebnis* eines vorausgegangenen Bürgerentscheids“ (Hervorhebung nur hier, nicht im Original) meint.

²⁶ Von Arnould (FN 14), S. 118 (zur Hamburger Regelung 2008), meint „technische Details“ könnte man „aus pragmatischen Gründen vielleicht“ von der Regelung ausnehmen. Der Wunsch ist nachvollziehbar, zeigt aber zugleich, in welche Auslegungsschwierigkeiten ein derartiger Normtext führt.

land-Pfalz zu nennen. Aus dem Ausland mögen beispielhaft die Schweiz²⁷, Liechtenstein (Art. 66 Abs. 1 Verfassung), aus Österreich die Bundesländer Steiermark (Art. 72 Abs. 3 L-VG) sowie Vorarlberg (Art. 35 Abs. 1 VG) und aus den Vereinigten Staaten Arizona (Art. 4 part 1 sec. 1 [3] Satz 2 der Verfassung), Arkansas (Art. 5 sec. 1 subsec. 4 der Verfassung) und Colorado (Art. 5 sec.1 subsec. 3 der Verfassung) angeführt werden.²⁸

Die Verfassungen erachten also hier (und in anderen Situationen²⁹) die Dringlichkeit als relevant und nehmen sie oder ihre bloße Erklärung zum Anlaß, Regelverfahren zu modifizieren. Gleichzeitig besagen sie damit, daß dieses Kriterium – obwohl durchaus mißbräuchlich handhabbar – praktikabel ist und den diversen beteiligten Interessen gerecht wird.³⁰ Ob wirklich Dringlichkeit vorliegt, müßte vom Verfassungsgericht zügig überprüft werden können; ein neuer Entwurf, der – wie geboten – die Dringlichkeit berücksichtigt, sollte ein entsprechendes Verfahren vorsehen (und nicht etwa dem einfachen Gesetzgeber überlassen).

²⁷ Artt. 141, 142 Bundesverfassung.

Von den 26 Kantonsverfassungen, soweit ersichtlich, 12: Aargau § 78 Abs. 4 Satz 1, Appenzell I. Rh. Artt. 74^{ter} Abs. 4, 26 Abs. 3 Satz 2, Basel-Stadt § 84 Abs. 2, Freiburg Art. 92, Genf Art. 70, Glarus Artt. 89 lit. f, 132, Graubünden Art. 18 Abs. 1, Neuenburg Art. 43, Schaffhausen Art. 34, St. Gallen Art. 68, Tessin Art. 43 und Zürich Art. 37.

²⁸ Drei österreichische Bundesländer nehmen (u.a.) konkret benannte Dringlichkeitsfälle aus, ohne das Wort „dringlich“ zu verwenden: Burgenland Art. 33 Abs. 1 und 2 L-VG, Niederösterreich Art. 27 Abs. 1 und 2 NÖ LV, Tirol Art. 39 Abs. 1 und 2 TLO.

Ähnlich in den USA z.B. Kalifornien, Artt. II sec. 9 (a), IV sec. 8 (d) der Verfassung, Missouri Art. III sec. 52 (a) Satz 1 der Verfassung, New Mexico Art. IV sec. 1 subsec. 2 Satz 1 der Verfassung.

²⁹ Außerhalb eines Referendums z.B. in Artt. 81 Abs. 1 Satz 1, 84 Abs. 5 Satz 2, 85 Abs. 3 Satz 1, 115d Abs. 2 Satz 1, 115f Abs. 1 Nr. 2, 120a Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 63 Abs. 1 Satz 3 LVerf. Baden-Württemberg, Art. 89 Abs. 2 LVerf. Bremen, Art. 111 Satz 1 LVerf. Rheinland-Pfalz.

³⁰ Es dürfte anderen Kriterien, die ebenfalls auf eine gewisse parlamentsfreundliche Flexibilität aus sind (wie die – z.B. von Rux, Direkte Demokratie in Deutschland. Rechtsgrundlagen und Rechtswirklichkeit der unmittelbaren Demokratie in der Bundesrepublik Deutschland und ihren Ländern, Baden-Baden 2008, S. 924, favorisierte – *clausula rebus sic stantibus*, die aus dem Kommunalrecht [vgl. FN 23] geläufig ist), vorzuziehen sein.

Daß der Entwurf keine Ausnahmeregelung für Fälle der Dringlichkeit oder der Dringlicherklärung trifft, ist nicht nur „bedauerlich“,³¹ sondern verfassungsrechtlich bedenklich. Ohne Not schützt er den Bestand des Volksgesetzes auf Kosten des Parlamentsgesetzes.

cc) Die „Änderung“ des Volksgesetzes kann u.U. die *Tabu-Bereiche* des Art. 62 Abs. 1 Satz 3 VvB-E (heute Art. 62 Abs. 2 VvB) betreffen. Der Parlamentsgesetzgeber kann sie ja ohne weiteres betreten und entsprechende Regelungen in das Volksgesetz, das sie aus eigenem wegen des Tabus nicht treffen konnte, einfügen wollen. Beim Wort genommen, würde Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvB-E auch diesen Fall der Änderung erfassen und damit – wahrscheinlich ungewollt – dem neuen Volksentscheid auch solche Themen unterwerfen, die ihm nach Art. 62 Abs. 1 Satz 3 VvB-E (bisher Art. 62 Abs. 2 VvB) verschlossen sind.

c) Welche Gesetze sind durch Volksentscheid „zustande gekommen“?

Durch Volksentscheid zustande gekommen ist sicher das Gesetz, das zuvor Gegenstand eines Volksbegehrens war und durch Volksentscheid angenommen wurde. Ist aber auch ein Parlamentsgesetz, das im Verfahren des fakultativen Referendums nach Artt. 62 Abs. 5, 63 Abs. 4 VvB-E durch Volksentscheid bestätigt wurde, durch Volksentscheid „zustande gekommen“? Muß m.a.W. dem Volksentscheid i.S. des Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvB-E ein Volksbegehren vorangegangen sein oder genügt ein Parlamentsgesetz, das ein Volksgesetz geändert hatte?

Ob auch letzteres gemeint ist, ist unsicher. Art. 62 Abs. 5 Satz 3 VvB-E spricht davon, daß das Gesetz nur nach Zustimmung durch Volksentscheid „in Kraft tritt“, nicht davon, daß es durch diese Zustimmung „zustande kommt“. Sollte dennoch auch dieser Fall von Satz 1 erfaßt sein, wirkt der ihm damit zugebilligte erhöhte Bestandsschutz übertrieben. In jedem Fall ist die Unklarheit rechtsstaatlich nicht optimal.

³¹ So von Arnould (FN 14), S. 129f., zum entsprechenden Versäumnis der Hamburger Verfassung (zu ihr oben sub B II).

d) Der Umstand der Suspendierung

Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvB-E schiebt das Inkrafttreten des vom Parlaments beschlossenen Gesetzes auf.³² Denkbar wäre auch, das Gesetz statt dessen zum vom Parlament gewünschten Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen und das Referendum unabhängig vom Zeitpunkt des Inkrafttretens und ohne Einfluß auf es an die Verkündung anzuschließen. So verfährt z.B. die jüngste Thüringer Neuregelung auf kommunaler Ebene.³³

Das verminderte Quorum für das Einspruchsbegehren, wie es der Entwurf vorsieht, würde erhalten bleiben;³⁴ für den anschließenden Volksentscheid könnte, über den Entwurf hinausgehend, vielleicht auf Quoren sogar verzichtet werden und die bloße Mehrheit der Abstimmenden ausreichen.³⁵

Für den Fall, daß zu besorgen ist, daß das sofortige Inkrafttreten zu Veränderungen führt, die sich nach einer Ablehnung des Gesetzes im Volksentscheid nicht mehr rückgängig machen lassen, müßte die Möglichkeit vorgesehen werden, daß das Verfassungsgericht angerufen werden und eine suspendierende einstweilige Anordnung erlassen kann. Dies würde der Stellung des Parlaments als eines eigenständigen Gesetzgebers besser³⁶ gerecht und die Position des Volksgesetzgebers in keiner Weise schwächen.

³² Dies sah grundsätzlich, wenngleich in sanfterer Weise, auch Art. 63 VvB i.d.F. der Initiative der Opposition im Berliner Abgeordnetenhaus Anfang 2015 (AH-Drs. 17/2072, S. 3. Die Begründung für das sog. Einspruchsreferendum fiel allgemein und knapp aus; ebenda S. 7) vor.

In der Ausschußanhörung im Februar 2015 wurde die zeitweise „Sistierung“ des Parlamentsgesetzes durch das Referendumsverfahren mehrfach thematisiert und im Grundsatz (nicht in allen Einzelheiten) zu Recht problematisiert (Ausschußprotokoll 17/053, S. 7, 10, 12, 17, 21, 24).

³³ § 23 Abs. 3 Satz 2 ThürEBBG (FN 55).

³⁴ Die jüngste Thüringer Kommunalreform *halbiert* das sonst übliche Quorum für ein Bürgerbegehren, § 23 Abs. 3 Satz 3 ThürEBBG (FN 55).

³⁵ Dazu noch unten sub E II 3 b bb, S. 41 bei FN 94. Der Verzicht auf ein Quorum beim Volksentscheid hätte sich freilich mit der sehr deutlichen Skepsis des Hamburgischen Verfassungsgerichts (FN 17) auseinanderzusetzen.

³⁶ Wenngleich – da es ja bei der Möglichkeit des Referendums bliebe – nicht optimal.

e) Der Gegenstand der Suspendierung

Ein Gesetz, das ein Volksgesetz aufhebt oder ändert, trifft u.U. zugleich weitere Regelungen, die das Volksgesetz nicht berühren. Nach dem Wortlaut des Satzes 1 wird das *gesamte* Gesetz suspendiert. Er sagt, daß das Parlamentsgesetz frühestens vier Monate nach seiner Verkündung in Kraft tritt, *das* (und nicht: *soweit* es) ein Volksgesetz aufhebt oder ändert. Danach erfaßt die Suspendierung auch die Teile des Gesetzes, die das Volksgesetz nicht berühren.

Insoweit ist die Suspendierung unverhältnismäßig. Sie hat mit dem Bestandsschutz des Volksgesetzes nichts zu tun. Wollte man deswegen die Suspendierung auf den volksgesetzrelevanten Teil des Parlamentsgesetzes beschränken,³⁷ verstieße man erstens gegen den eindeutigen Wortlaut des Satzes 1 und würde zweitens den Nachteil unterschiedlicher Inkrafttretens-Daten in Kauf nehmen müssen, der vor allem dann schwer wiegen könnte, wenn beide Gesetzesteile (zwar unterscheidbar sind, aber doch) eng zusammengehören. Gegen eine bloße Teilsuspendierung könnte auch der Gedanke der „gesetzestechnischen Einheit“ sprechen, der, was das Bundesgesetzgebungsverfahren anlangt, zu der Annahme geführt hat, Bundesgesetze seien *in toto* zustimmungsbedürftig, wenn auch nur ein Teil von ihnen die Zustimmungspflicht auslöst.³⁸

Wie auch immer, Satz 1 ist auch insofern auslegungsbedürftig, und keine der vorstellbaren Auslegungen kann befriedigen. Das erweckt Bedenken im Hinblick sowohl auf das rechtsstaatliche Normenklarheitsgebot als auch auf das Demokratieprinzip.

f) Der Zeitpunkt der Suspendierung

Die von Art. 62 Abs. 5 VvB-E vorgesehene Suspendierung des Parlamentsgesetzes beginnt mit seiner Verkündung. Warum knüpft der Ent-

³⁷ Dafür plädiert z.B. (im Zusammenhang mit der insofern ebenso undeutlichen Hamburger Regelung) von Arnould (FN 14), S. 118.

Die Entwurfs-Begründung (Bürgerschaft Drs. 19/1476, S. 5) gibt dafür allerdings entgegen seiner Annahme (a.a.O. FN 126) nichts her. Und wenn sie es täte, änderte es nichts an der bedenklichen Unklarheit darüber, was wirklich gemeint ist.

³⁸ BVerfGE 8, 274 (294f.); 55, 274 (319); 106, 310 (329f.); ständige Rechtsprechung.

wurf an die Verkündung und nicht an den Gesetzesbeschluß an? Wenn das Einspruchsbegehren zustande kommt, der Volksentscheid dem Gesetz jedoch nicht zustimmt, findet sich im Gesetz- und Verordnungsblatt ein Text, von dem sich nachträglich herausstellt, daß er nicht gilt.

Das ist nicht dramatisch, aber auch ungewöhnlich. Die Rechtsklarheit fordert, daß dem Gesetz ein Referendumsvermerk beigefügt wird, aus dem hervorgeht, daß und warum das Ob und Wann des Inkrafttretens offen sind.

g) Die Dauer der Suspendierung

Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvB-E suspendiert das Gesetz um mindestens vier Monate. Jede Suspendierung eines beschlossenen Gesetzes ist mißlich, zumal die endgültige Dauer der Suspendierung und die Frage, ob es überhaupt je in Kraft treten wird, ungewiß sind. Das Parlament beschließt Gesetze, auch über Gegenstände eines Volksentscheides, nicht übermäßig, willkürlich oder sinnlos, sondern weil es Bedarf – dringend oder nicht – sieht. Um so mehr muß, wenn dennoch eine Suspendierung erwogen wird, der Mindestzeitraum mit Bedacht, d.h. möglichst knapp, gewählt werden. Je länger er ist, um so länger dauert es auch bis zu einem Volksentscheid.

Vier Monate wirken – auch im Vergleich zu den drei Monaten, die in Hamburg zur Verfügung stehen³⁹ und trotz des dort höheren Quorums auszureichen scheinen – überlang, zumal nachdem die Unterschriften frei gesammelt werden können, und gegriffen.

2. Artt. 62 Abs. 5 Satz 5, 63 Abs. 4 Satz 4 VvBVvB-E: Bestandschutz von Volksbegehren

Satz 5 des Entwurfs unterwirft auch die Änderung solcher Parlamentsgesetze dem Referendum, die sich ein Volksbegehren zu eigen gemacht hatten (vgl. Art. 62 Abs. 3 Satz 4 VvB-E; heute: Art. 62 Abs. 3 Satz 2 VvB).

³⁹ Für das – etwas andersartige – Referendum in Rheinland-Pfalz (vgl. unten C I) reicht sogar *ein* Monat, Art. 115 Abs. 1 Satz 2 LVerf. Warum braucht Berlin ein Vierfaches?

Notgedrungen kehrt hier die in Art. 62 Absatz 3 Satz 4 VvB-E angelegte Unsicherheit wieder, wann von einer „sachlich unveränderten“ Übernahme gesprochen werden kann. Auch Unvermeidliches kann mißlich sein. Wichtiger und bedenklich ist es, daß der Entwurf mit Satz 5 über sein selbst erklärtes Ziel, den *Volksentscheid* zu stärken⁴⁰, beträchtlich hinausgeht. Ein zustande gekommenes Volksbegehren besagt nur (wenn auch immerhin), daß die Unterstützer es für richtig halten, daß das Volk über den Gegenstand entscheide. Es *ist* kein *Volksentscheid* und teilt nicht annähernd seine Bedeutung und Legitimation – ungeachtet der Tatsache, daß es ohne es zum *Volksentscheid* gar nicht kommen kann. Das „Volk“ als Souverän entscheidet erst im *Volksentscheid* und nicht bereits in den vorgeschalteten Verfahrensstadien. Darauf hat – in etwas anderem Zusammenhang – jüngst auch das Hamburgische Verfassungsgericht zu Recht hingewiesen (vgl. unten E II 3 b] bb]).

Es wundert nicht, daß der Entwurf Satz 5 nicht eigens begründet. Sachgemäß ist es dagegen, daß die Hamburger Initiative eine entsprechende Regelung in ihrem überarbeiteten Entwurf gestrichen hatte.

Die mit der Berliner Regelung verbundene zusätzliche Einschränkung des Parlaments ist in keiner Weise zu rechtfertigen. Damit sollte auch die Folgeregelung in Art. 63 Abs. 4 Satz 4 VvB-E entfallen.

3. Art. 63 Abs. 4 Satz 1 VvB-E: Einspruchsbegehrens-Quorum

Das Einspruchsbegehren kommt zustande, wenn innerhalb der vier Monate 2% der Wahlberechtigten zustimmen, Art. 63 Abs. 4 Satz 1 VvB-E. Hamburg hält 2,5% innerhalb von drei Monaten für sachgemäß. Warum in Berlin eine niedrigere Zahl innerhalb eines um ein Drittel längeren Zeitraums angemessen sein soll, erschließt sich nicht – insbesondere nachdem alles dafür spricht, daß ein vom Parlament beschlossenes Gesetz zügig in Kraft treten sollte (sofern sein Autor nicht anders entscheidet).

⁴⁰ Begründung (FN 1), S. 5 sub 1 und 2 a.E..

Die Begründung der Trägerin bleibt denn auch vage. Das Quorum liege „unterhalb dem eines Volksbegehrens, da der Trägerin nach Bekanntwerden des Änderungs- oder Aufhebungsgesetzes nur wenig Zeit der Vorbereitung bleibt“.⁴¹ „Bekannt“ wird das Gesetz nicht erst mit seiner Verkündung. Wenn die Vorlage vom Senat oder von den ihn stützenden Fraktionen stammt, weiß man, daß sie in der Regel – wenn auch womöglich mit Änderungen – Gesetz werden wird. Ab der Gesetzesinitiative können sich Interessierte auf ein Einspruchsbegehren vorbereiten, auch wenn die endgültige Gestalt des Gesetzes erst später feststehen wird. Im übrigen liegt es in Hamburg nicht anders, und dort werden ein Viertel mehr Unterstützer innerhalb eines um ein Drittel kürzeren Zeitraumes verlangt (und damit für ausreichend gehalten).

4. Art. 63 Abs. 4 Sätze 2 und 3 VvB-E: Volksentscheid-Quoren

Die Quoren für den Volksentscheid entsprechen denen für einen Volksentscheid, der auf ein Volksbegehren folgt. Das sei „dadurch begründet, daß für die vom Abgeordnetenhaus geplante Änderung oder Aufhebung die gleiche Hürde gelten sollte[,] wie für das Gesetz, das durch Volksentscheid zustande kam und welches das Abgeordnetenhaus zu ändern bezweckt“.⁴²

Das ist nicht eigentlich eine „Begründung“, sondern die bloße Wiederholung der Regelung mit anderen Worten. Die Frage nach dem Warum bleibt offen. Der gänzliche Verzicht der jüngsten Hamburger Initiative auf ein Quorum – den das Hamburgische Verfassungsgericht freilich (zu Unrecht; vgl. unten E II 3 b] bb]) beanstandet hat – zeigt, daß es Alternativen gibt. Da der Parlamentsbeschluß bereits eine normalerweise ausreichende demokratische Legitimation vermittelt, muß ein zusätzlicher Volksentscheid – wenn man ihn denn für angemessen hält – nicht ebenso intensiv demokratisch legitimiert sein wie in den Fällen, in denen der Souverän *erstmal*s (und allein) entscheidet. Der ursprüngliche Volksentscheid (über das Volksbegehren) läßt sich mit dem nun in Rede stehen-

⁴¹ Begründung (FN 1), S. 10 sub 20.

⁴² Begründung (FN 1), S. 10 sub 21.

den Volksentscheid (über das Parlamentsgesetz) nicht vergleichen. Dort hatten wir einen Entwurf, hier haben wir ein fertiges und demokratisch zustande gekommenes Gesetz.

V. Das Gesamtbild

1. Vorrang des Volksgesetzgebers statt Gleichrang

Insgesamt vermittelt der Entwurf und seine Begründung den Eindruck, daß das fakultative Referendum in seiner jetzigen Ausgestaltung über das erklärte Ziel, den Gleichrang von Parlaments- und Volksgesetzgeber zu festigen, nicht unerheblich hinausschießt.

Erstens sehen die Verfassungen nicht einen Gleichrang der Gesetzgeber vor, sondern allenfalls einen Gleichrang ihrer Produkte. Sie schreiben Parlamente vor, nicht aber Volksgesetzgebung. Parlamentsgesetze sind vorgeschrieben, Volksgesetze möglich. Zudem sind einige Bereiche dem Volksgesetzgeber vorenthalten, weil die Verfassungen annehmen, sie seien beim Parlamentsgesetzgeber besser aufgehoben. Auch die natürliche Schwerfälligkeit und Umständlichkeit der Volksgesetzgebung⁴³ stehen einem Gleichrang beider Gesetzgeber entgegen.

Zweitens führt das fakultative Referendum in seiner vorgeschlagenen Gestalt in dem Bereich, den ein Volksentscheid geregelt hat, zu einem deutlichen Nachrang des Parlamentsgesetzgebers. Das Volk kann nicht nur Gesetze erlassen, sondern den konkurrierenden Gesetzgeber auch daran hindern, sie aufzuheben oder zu ändern. Das Parlament kann Gesetze erlassen, aber das Volk nicht daran hindern, sie aufzuheben oder zu ändern.

Drittens verstärken sich die grundsätzlichen Bedenken, wenn man sieht, daß mit dem Gebot der Verfassungsorgantreue (zu ihm unten sub D)

⁴³ Zu den weniger „natürlichen“ Schwächen der Volksgesetzgebung gehören Sperrfristen nach Art des (augenblicklich in Deutschland beispiellosen) Art. 62 Abs. 1 Satz 3 VvB, der bestimmt, daß Volksbegehren zu „einem Thema“ nur einmal in der Wahlperiode zulässig sind. Nachdem die hier interessierende Initiative diese hausgemachte Schikane streichen möchte, taugt sie (entgegen der Begründung [FN 1] S. 5 sub 2) natürlich auch nicht mehr als Rechtfertigungsgrund für das fakultative Referendum. Im übrigen ist nicht ausgemacht, daß das ursprüngliche Volksgesetz und das Referendum, zwischen denen das Parlamentsgesetz liegt, ein und dasselbe „Thema“ zum Gegenstand haben.

schon heute und ohne besonderen Aufwand ein Verfassungsrechtssatz bereitsteht, der alle berechtigten Erwartungen des Volksgesetzgebers erfüllen kann.

2. Systemimmanente Schwächen

Hinzu kommen die (vor allem sub IV) skizzierten Schwächen im Detail, die dem Entwurf auch dann anhaften, wenn man sein Grundanliegen und ein fakultatives Referendum in den durch Volksentscheid besetzten Bezirken des Rechts akzeptieren wollte.

C. Andere Landes-Modelle

Das fakultative Referendum in der Berliner und in der Hamburger Version ist der Bundesrepublik fremd. In anderen Varianten kehrt es vereinzelt wieder⁴⁴ oder wird es derzeit erwogen.

I. Rheinland-Pfalz 1947

Artt. 114, 115 der rheinland-pfälzischen Verfassung von 1947 kannten ein fakultatives Referendum zu einem Parlamentsgesetz auf Initiative einer Landtagsminderheit:

„Artikel 114

Die Verkündung eines Landesgesetzes ist um zwei Monate auszusetzen, wenn es ein Drittel des Landtages verlangt. Erklärt der Landtag ein Gesetz für dringlich, so kann der Ministerpräsident es ungeachtet dieses Verlangens verkünden.

Artikel 115

Ein Gesetz dessen Verkündung auf Antrag von einem Drittel des Landtags ausgesetzt ist, ist dem Volksentscheid zu unterbreiten, wenn ein Zwanzigstel der Stimmberechtigten es beantragt.“

Die Regelung war ersichtlich der Reichsverfassung von 1919⁴⁵ nachgebildet:

Art. 72 RVerf. 1919

„Die Verkündung eines Reichsgesetzes ist um zwei Monate auszusetzen, wenn es ein Drittel des Reichstags verlangt. Gesetze, die der Reichstag und der Reichsrat für dringlich erklären, kann der Reichpräsident ungeachtet dieses Verlangens verkünden.“

Art. 73 Abs. 2 RVerf. 1919

„Ein Gesetz, dessen Verkündung auf Antrag von mindestens einem Drittel des Reichstags ausgesetzt ist, ist dem Volksentscheid zu unterbreiten, wenn ein Zwanzigstel der Stimmberechtigten es beantragt.“.

Durch Gesetz vom 8. März 2000 (GVBl. S. 65) erhielten Artt. 114, 115 ihre noch heute geltende, etwas ausführlichere, aber im Kern unveränderte Fassung.⁴⁶

⁴⁴ Die Variante des Art. 68 Abs. 3 LVerf. Nordrhein-Westfalen (zu ihr etwa Jürgens, Direkte Demokratie in den Bundesländern. Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Erfahrungen. Vorbildfunktion für den Bund?, Stuttgart u.a. 1993, S. 72, 215f.; Neumann, Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, Baden-Baden 2009, S. 220 RN 352) ist verwandt, jedoch insofern anders gelagert als die sub C I bis IV genannten Texte, als sie nicht einen Gesetzesbeschluß des Landtages, sondern nur eine – gescheiterte – Gesetzesinitiative der Landesregierung einem Referendum zu unterwerfen erlaubt.

⁴⁵ Zu ihr im Rückblick etwa Rux (FN 30), S. 127-130.

II. Baden-Württemberg 1953

Ein dem rheinland-pfälzischen Modell verwandtes fakultatives Referendum auf Initiative der Regierung oder eines Drittels der Mitglieder des Landtags kennt die Verfassung des Landes Baden-Württemberg von 1953:⁴⁷

Artikel 60

“(1) Die Regierung kann ein vom Landtag beschlossenes Gesetz vor seiner Verkündung zur Volksabstimmung bringen, wenn ein Drittel der Mitglieder des Landtags es beantragt. Die angeordnete Volksabstimmung unterbleibt, wenn der Landtag mit Zweidrittelmehrheit das Gesetz erneut beschließt.

(2) Wenn ein Drittel der Mitglieder des Landtags es beantragt, kann die Regierung eine von ihr eingebrachte, aber vom Landtag abgelehnte Gesetzesvorlage zur Volksabstimmung bringen.

(3) Der Antrag ist innerhalb von zwei Wochen nach der Schlußabstimmung zu stellen. Die Regierung hat sich innerhalb von zehn Tagen nach Eingang des Antrags zu entscheiden, ob sie die Volksabstimmung anordnen will.

(4) Bei der Volksabstimmung entscheidet die Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen.

(5) Über Abgabengesetze, Besoldungsgesetze und das Staatshaushaltsgesetz findet keine Volksabstimmung statt.”

Durch Gesetz vom 16. Mai 1974 (GBl. S. 186) wurde den bisherigen Absätzen 1 bis 5 ein neuer Absatz 1 (zum neuen Volksgesetzgebungsverfahren) vorangestellt und der bisherige Absatz 4 (jetzt Absatz 5) um ein Abstimmungsquorum von einem Drittel (seit dem Gesetz vom 1. Dezember 2000, GBl. S. 1030: 20%) der Stimmberechtigten ergänzt.

Die Regelung hat ihren Vorläufer in Art.83 der Verfassung für Württemberg-Baden von 1946 (RegBl. S. 277).

III. Bremen 2013

Ein den Hamburger und Berliner Modellen näher verwandtes fakultatives Referendum kennt, allerdings begrenzt auf Privatisierungen, seit 2013⁴⁸

Bremen:

⁴⁶ Überblick dazu bei Jürgens (FN 44), S. 77-80, 215f.; Neumann (FN 44), S. 221 RN 353. Einzelheiten bei Martini, in: Brocker/Droege/Jutzi (Hrsg.), Verfassung für Rheinland-Pfalz, Baden-Baden 2014, Erläuterungen zu Artt. 114, 115.

⁴⁷ Dazu etwa Jürgens (FN 44), S. 51f., 215f.; Neumann (FN 44), S. 219f. RN 350, 351. Skeptisch zur baden-württembergischen Regelung Magsaam (FN 20), S. 509f..

⁴⁸ Gesetz vom 3. September 2013, GBl. S. 480. Zur Begründung: Nichtständiger Ausschuß nach Art. 125 bremLVerf., Zwischenbericht und Antrag, Bürgerschaft Drs. 18/1032, S. 10f. Zur öffentlichen Anhörung am 19. Dezember 2012 vgl. Ausschußproto-

Art. 42

“(4) ¹Eine Veräußerung von Unternehmen der Freien Hansestadt Bremen, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentum, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann und die

- a) Verkehrsleistungen oder Leistungen der Abfall- oder Abwasserentsorgung oder der Energie- oder Wasserversorgung für die Allgemeinheit erbringen,
- b) wesentliche Beiträge zur wirtschaftlichen, verkehrlichen oder kulturellen Infrastruktur leisten,
- c) geeignet sind, die Verwirklichung des Anspruchs aus Artikel 14 Absatz 1 zu fördern oder

d) der allgemeinen Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern dienen, ist nur aufgrund eines Gesetzes möglich. ²Ein solches Gesetz tritt nicht vor Ablauf von drei Monaten nach seiner Verkündung in Kraft. ...”

Art. 70

“(2) ¹Ein Volksentscheid ist außerdem im Fall des Artikels 42 Absatz 4 über ein von der Bürgerschaft beschlossenes Gesetz durchzuführen, wenn

- a) die Bürgerschaft das Gesetz mit weniger als zwei Dritteln ihrer Mitglieder beschlossen hat,
- b) ein Viertel der Mitglieder der Bürgerschaft die Durchführung eines Volksentscheids beantragt oder
- c) ein Zwanzigstel der Stimmberechtigten die Durchführung eines Volksentscheides begehrt.

²In diesen Fällen tritt das Gesetz nur bei einem zustimmenden Volksentscheid in Kraft.”

Die bereichsspezifischen Fragen, die sich aus Art. 42 Abs. 4 ergeben, standen während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens im Vordergrund. Die im Zusammenhang mit der Berliner Initiative interessierenden allgemeineren Aspekte eines fakultativen Referendums spielten kaum eine Rolle. Stimmen, die insofern einen Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG oder änderungsfeste Grundsätze der Landesverfassung besorgten, sind offenbar kaum laut geworden.⁴⁹

kolle, 19. WP, 5. Sitzung. Schriftlich hatten zuvor u.a. Bull und Wollenschläger Stellung genommen.

Bull, Die „Privatisierungsbremse“ in verfassungsrechtlicher Sicht, Oktober 2012 (https://www.bremische-buergerschaft.de/fileadmin/user_upload/Dateien/ausschuesse/NA125_Stellungnahme_Prof_Dr_Bull_zum_Antrag_Einfuehrung_einer_Privatisierungsbremse.pdf), sah – allerdings konzentriert auf die finanzwirksamen Aspekte der Neuregelung – keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Differenzierend und etwas zurückhaltender Wollenschläger, Stellungnahme Verfassungsänderung Privatisierung/Volksentscheid, Dezember 2012 (https://www.bremische-buergerschaft.de/fileadmin/user_upload/Dateien/ausschuesse/NA125_Wollenschlaeger_Stellungnahme_Buergerschaft_Bremen__Volksentscheid_Privatisierung_191212.pdf).

⁴⁹ Vgl. Stauch/Maierhöfer, in: Fischer-Lescano/Rinken/Buse/Meyer/Stauch/Weber (Hrsg.), Verfassung der Freien Hansestadt Bremen. Handkommentar, Baden-Baden 2016, Art. 70 RN 82 („Grenzfall parlamentarischer Selbstentmachtung ... aber mit dem GG vereinbar“) mit Nachweisen in FN 124.

IV. Thüringen 2016/17?

An Boden könnte das landesverfassungsrechtliche fakultative Referendum durch eine Gesetzgebungsinitiative der (oppositionellen) CDU-Fraktion des Thüringer Landtages vom 15. Juni 2016⁵⁰ gewinnen.⁵¹ Der Entwurf sieht – ohne bereichsspezifische Begrenzungen⁵² nach Hamburg-Berliner oder Bremer Art – vor, daß vom Landtag beschlossene Gesetze jeder Art einem Referendum auf Initiative von Abstimmungsberechtigten zugänglich sind, ihr Inkrafttreten also von einem positiven Volksentscheid abhängig sind. Der Vorschlag scheint deutlich der Schweizer Regelung (vgl. Artt. 141 Abs. 1 lit. a und b, 142 Abs. 1 BV)⁵³ nachempfunden.

Danach soll in Art. 82 LVerf. nach dessen Absatz 7 ein neuer Absatz 8 eingefügt werden:

"(8) Auf Verlangen von mindestens 50.000 der nach Artikel 46 Abs. 2 wahl- und stimmberechtigten Bürger innerhalb von 100 Tagen nach der Verkündung eines Gesetzes ist dieses Gesetz dem Volk zur Entscheidung vorzulegen. Absatz 2 und Absatz 3 Satz 2 gelten entsprechend."

In der knappen Begründung heißt es u.a.:⁵⁴

Für ein *obligatorisches* Privatisierungsreferendum setzte sich in Berlin 2012 die Fraktion Die Linke ein (AH-Drs. 17/0522). Die Initiative versandete nach der ersten Lesung in den Ausschüssen und wurde durch das Ende der Legislaturperiode überholt

⁵⁰ LT-Drs. 6/2283. Erste Lesung am 23. Juni 2016, PIPr. 6/53, S. 4412-4427. Die Ausschlußberatungen dauern an.

⁵¹ Sicher zur Freude etwa von Wiegand, *Direktdemokratische Elemente in der deutschen Verfassungsgeschichte*, Berlin 2006, S. 456-463; Neumann (FN 44), S. 828, und Patzelt, *Welche plebiszitären Instrumente könnten wir brauchen? Einige systematische Überlegungen*, *Jb Direkte Demokratie* 2010 (2011), S. 63 (92f.), wie zur Betrübnis etwa von Brunetti, *Status Quo-Bias und die bremsende Wirkung des fakultativen Referendums*, in: in: Borner/Rentsch (Hrsg.), *Wieviel direkte Demokratie verträgt die Schweiz?*, Chur/Zürich 1997, S. 167 (173-78), und Möstl, *Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive*, *VVDStRL* 72 (2013), S. 355 (394-396).

⁵² Insofern – aber auch nur insofern – ähnelt er dem von den Oppositionsfraktionen (Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke und Piraten) Anfang 2015 im Abgeordnetenhaus von Berlin eingebrachten Vorschlag eines Einspruchsreferendums (AH-Drs. 17/2072). Nach erster Lesung und Ausschußüberweisung fanden im Ausschuß für Verfassungs- und Rechtsangelegenheiten, Verbraucherschutz, Geschäftsordnung im Februar 2015 eine Anhörung und Beratung statt (AH-Ausschußprotokoll 17/053). Weiteres geschah nicht. Das Ende der Legislaturperiode wird auch diesen Antrag überholen.

⁵³ Dazu Epiney/Diezig, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 141 RN 1-19, Art. 142 RN 1-8; Ehrenzeller/Nobs, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*. St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich u.a. 2014, Art. 141 RN 1-20; Kley, ebenda, Art. 142 RN 1-6.

⁵⁴ FN 50, S. 3.

„Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll es der Bevölkerung künftig grundsätzlich ermöglicht werden, über vom Landtag verabschiedete Gesetze abschließend zu entscheiden. Die Einführung dieses Instruments gewährt ergänzend zu den in der Verfassung bereits vorgesehenen direktdemokratischen Mitwirkungsformen im Bereich der Gesetzgebung (Volksbegehren und Volksentscheid) erstmals die Möglichkeit der unmittelbaren Mitbestimmung des Volkes über verabschiedete Gesetze. Hierdurch kann bewirkt werden, dass der parlamentarische Gesetzgeber sich bei Gesetzesvorhaben noch mehr als bislang am Willen des Volkes orientiert.“

Daß der Vorschlag die Gunst einer verfassungsändernden Mehrheit wird gewinnen können, erscheint – trotz der grundsätzlichen Sympathie der Landesregierung und der sie stützenden Fraktionen und der Regierung für die direkte Demokratie⁵⁵ – nicht nur deswegen fraglich, weil er von der Opposition (die sich ihrerseits von der jüngsten Reform zu Stärkung der direkten Demokratie auf *kommunaler* Ebene distanzierte⁵⁶) stammt.

⁵⁵ Zuletzt nachgewiesen durch die Verabschiedung des Thüringer Gesetzes über das Verfahren bei Einwohnerantrag, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid (ThürEBBG) am 30. September 2016. Vgl. Entwurf vom 8. März 2016, LT-Drs. 6/1840; 1. Lesung vom 17. März 2016, LT-PIPr. 6/45, S. 3763-3778; 2. Lesung vom 30. September 2016, LT-PIPr. 6/64 (Arbeitsfassung), S. 5-36. Die Verkündung steht (Stand 24. Oktober 2016) noch aus.

⁵⁶ Nachweise FN 55.

D. Die schonende und wirkungsvolle Alternative: Die Treuepflicht konkurrierender Gesetzgeber

Unabhängig von dem Umstand, daß das fakultative Referendum auf Landesebene in Deutschland bisher kaum heimisch ist, fragt sich, ob es nicht ohnehin auch in Zukunft auch deshalb entbehrlich ist, weil schon jetzt ungeschriebenes Verfassungsrecht bereitsteht, um für den Bestandschutz des Volksgesetzes zu sorgen, der für notwendig erachtet wird, um den gewünschten Gleichrang der konkurrierenden Gesetzesnormen zu sichern:

I. Der unbestrittene Verfassungsgrundsatz

Die sog. Organtreue⁵⁷ verpflichtet die Verfassungsorgane, bei der Wahrnehmung ihrer Zuständigkeiten Rücksicht auf die – konkurrierenden oder sonstwie berührten – Zuständigkeiten und Entscheidungen anderer Verfassungsorgane zu nehmen. Dieses Rücksichtnahmegebot ist, obwohl in den Verfassungen nicht ausdrücklich verankert, als Verfassungsrechtsatz sowohl des Bundes als auch der Länder von den Verfassungsgerichten in ständiger Rechtsprechung anerkannt. Es stellt das Pendant zur ebenfalls unstrittigen Bundestreue⁵⁸ dar. Organtreue wirkt verbandsintern, d.h. innerhalb des Bundes und innerhalb jedes Landes. Bundestreue ist Verbandstreue; sie wirkt verbandsübergreifend, d.h. zwischen dem Bund und den Ländern sowie zwischen den Ländern.

Die Organtreue verlangt insbesondere, daß ein Verfassungsorgan die Entscheidung eines anderen Verfassungsorgans, über die es sich nach der Zuständigkeitsordnung hinwegsetzen könnte, nicht „bewußt mißbach-

⁵⁷ Auch – insbesondere von Landesverfassungsgerichten – genauer und zutreffend *Verfassungsorgantreue* genannt.

⁵⁸ Zu ihr zuletzt etwa BVerfGE 139, 321 RN 101 (Anwendung auf das Staatskirchenrecht RN 102-122); VerfGH Berlin, Urteil vom 13. Mai 2013, VerfGH 32/12, LVerfGE 24, 26 (41f.); StGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17. Juni 2014, 1 VB 15/13, LVerfGE 25, 3 (13-15, 81).

Dem Bundesverfassungsgericht ist die Verwandtschaft von Bundestreue und Organtreue sehr bewußt. So verweist es z.B. in BVerfGE 90, 286 (337), wo die Organtreue thematisiert wird, auch auf BVerfGE 12, 205 (254), wo es um Bundestreue, also um Verbands- und nicht um Organtreue, ging.

tet“, sondern allenfalls nach sachlicher Auseinandersetzung mit ihren Gründen und mit Bedacht auf die Folgen aufhebt, ändert oder sonstwie in Frage stellt.

Das Bundesverfassungsgericht hat an der Existenz eines solchen ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Grundsatzes keinen Zweifel gelassen.⁵⁹

Die Landesverfassungsgerichte haben sich angeschlossen und für den Bereich ihrer jeweiligen Länder mehrfach bestätigt, daß die Organtreue die Landesverfassungsorgane zu gegenseitiger Rücksicht zwingt.⁶⁰ Es gibt, soweit ersichtlich, keine einzige Entscheidung, die bezweifelt, daß ein derartiger Verfassungsgrundsatz existiert. Er gehört, obwohl ungeschrie-

⁵⁹ Der Sache nach bereits BVerfGE 35, 193 (199); 45, 1 (39). Den Terminus „Organtreue“ verwendend BVerfGE 89, 155 (191); 90, 286 (337); 97, 350 (374); 119, 96 (122, 125); 134, 141 RN 167, 168 („Verfassungsorgantreue“); 135, 259 RN 37.

⁶⁰ Vgl. z.B.

- Baden-Württemberg: StGH, Urteil vom 11. Oktober 2007, GR 1/07, LVerfGE 18, 65 (80)
- Bayern: VerfGH, Entscheidung vom 17. November 2014, Vf. 70-6-14, BayVBl. 2015, 154 (158)
- Berlin: VerfGH, Urteil vom 27. Oktober 2008, VerfGH 86/08, LVerfGE 19, 39 (56f.); Urteil vom 6. Oktober 2009, VerfGH 143/08, LVerfGE 20, 45 (66)
- Brandenburg: VerfG, Urteil vom 19. Juni 2003, 98/02, NVwZ-RR 2003, 798 (799)
- Bremen: StGH, Urteil vom 31. Januar 2014, St 1/13, LVerfGE 25, 235 (245)
- Hamburg: VerfG, Urteil vom 15. Dezember 2004, HVerfG 6/04, LVerfGE 15, 221 (241); Urteil vom 22. April 2005, HVerfG 5/04, LVerfGE 16, 207 (218); Urteil vom 31. März 2006, HVerfG 2/05, LVerfGE 17, 157 (173f.); Urteil vom 27. April 2007, HVerfG 3/06, LVerfGE 18, 211 (228f.); Urteil vom selben Tage, HVerfG 4/06, LVerfGE 18, 232 (254-258); Urteil vom 14. Dezember 2011, HVerfG 3/10, LVerfGE 22, 161 (191); Urteil vom 15. Januar 2013, HVerfG 2/11, DVBl 2013, 304 (306)
- Saarland: VerfGH, Urteil vom 31. Oktober 2002, Lv 1/02, LVerfGE 13, 303 (309: Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme)
- Sachsen: VerfGH, Urteil vom 23. April 2008, Vf. 87-I-06, LVerfGE 19, 387 (413f.); Urteil vom 19. Juli 2012, Vf. 102-I-11, juris RN 39; Urteil vom 21. Februar 2013, Vf. 53-I-12, juris RN 28; Urteil vom 25. Februar 2014, Vf. 71-I-12, LVerfGE 25, 471 (484f.)
- Sachsen-Anhalt: LVerfG, Urteil vom 23. November 2015, LVG 8/13, LVerfGE 26, 338 (357f.)
- Thüringen: VerfGH, Urteil vom 19. Dezember 2008, VerfGH 35/07, LVerfGE 19, 513 (537).

ben, nicht anders als die Bundestreue zum gesicherten Bestand des Verfassungsrechts des Bundes und der Länder.⁶¹

II. Keine Berliner Besonderheiten

Das gilt auch für Berlin. Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hatte bislang wohl zweimal Anlaß, die Organtreue zu thematisieren.

Im Verfahren zum Volksentscheid „Tempelhof bleibt Verkehrsflughafen“ führte er 2008 aus⁶²:

„Der Grundsatz der Organtreue statuiert die verfassungsrechtliche Pflicht aller Verfassungsorgane, bei Inanspruchnahme ihrer verfassungsmäßigen Kompetenzen auf die Interessen der anderen Verfassungsorgane Rücksicht zu nehmen ...

Das Gebot der Organtreue kann in derartigen Fällen⁶³ allein die Verpflichtung der zuständigen Entscheidungsträger begründen, über die durch Volksentscheid bzw. vom Abgeordnetenhaus getroffene Entscheidung nicht leichtfertig hinwegzugehen, sondern diese zu würdigen und danach eine Abwägung vorzunehmen.“⁶⁴

Ein knappes Jahr später hieß es im Zusammenhang mit der Finanzwirksamkeit des Volksbegehrens „Kitakinder + Bildung von An-

⁶¹ Das bezweifelt auch die Literatur nicht grundsätzlich. Vgl. etwa Borowski, Parlamentsgesetzliche Änderungen volksbeschlossener Gesetze, DÖV 2000, 481 (490f.); Rossi/Lenski, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, DVBl. 2008, 416 (420-426); Kloepfer/Schärdel, Die Perspektiven der Volksgesetzgebung. Rechtsprobleme der künftigen Gestaltung von Volksentscheiden insbesondere in Berlin, DVBl. 2008, 1333 (1338); Mahrenholz, Zur Änderung des durch Volksbegehren angenommenen Hamburgischen Wahlrechts in derselben Wahlperiode, NordÖR 2007, 11 (12-17); von Arnould (FN 14), S. 115f.; David, Wechselfälle des Wahlrechts in Hamburg. Oder: Die Verhinderung eines weiteren Volksentscheids, ZParl 41 (2010), S. 598 (604f.); Degenhart, Volksbegehren und überholendes Parlamentsgesetz. Anmerkungen zu einem Thüringer Verfassungskonflikt, in: Wittinger/Wendt/Ress (Hrsg.), Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz. Festschrift für W. Fiedler, Berlin 2011, S. 35 (43-49); Martini (FN 14), S. 84-86; Möstl (FN 51), S. 396 FN 214; Schuler-Harms, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), S. 417 (462f.).

Wenn Wittreck (FN 14), S. 60, einwendet, die Verfassungsorgantreue stehe „nicht nur normtextlich auf schwachen Füßen .., sondern ha[be] auch bislang im Ergebnis nie dazu geführt, dem deutlich agileren Parlamentsgesetzgeber wirklich Grenzen zu ziehen ..“, so hat er wohl Recht: *Jeder* ungeschriebene Rechtssatz steht nicht nur „normtextlich auf schwachen Füßen“ – er hat – seiner Natur entsprechend – gar keine. Und daß die Judikatur bislang keinen Treueverstoß angenommen hat, mag auf (zu große?) Nachsicht mit dem Parlament deuten, vielleicht aber auch auf dessen gebührenden Respekt vor dem Volksgesetzgeber. Nichts davon gibt Anlaß, an Existenz und Sinn der Treuepflicht zu zweifeln.

⁶² VerfGH, Urteil vom 27. Oktober 2008, VerfGH 86/08, LVerfGE 19, 39 (56).

⁶³ Scil. schlichte Abgeordnetenhausbeschlüsse oder Volksentscheide zu Themen, die Gegenstand solcher Beschlüsse sein können.

⁶⁴ Der letzte Satz unter Berufung auf HambVerfG, Urteil vom 27. April 2007, HVerfG 4/06, LVerfGE 18, 232.

fang an = Gewinn für Berlin“, die den Parlamentsgesetzgeber wo-
möglich zu Umdispositionen nötigen würden⁶⁵:

„Außerdem erlegen Volksgesetze dem parlamentarischen Landesgesetzgeber – anders als zum Beispiel Bundesgesetze – keine von diesem zwingend hinzunehmenden Bindungen auf. Das Abgeordnetenhaus von Berlin kann plebiszitäre Gesetze jederzeit ganz oder teilweise aufheben. ... Ob der Grundsatz der Organtreue im Verhältnis zwischen Volk und Parlament Anwendung findet, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung, da sich auch aus diesem Gebot keinen den Parlamentsgesetzgeber ‚knebelnden‘ Bindungen ergäben.“⁶⁶

Im Vordergrund der zweiten Entscheidung steht nicht die – unbestrittene – Organtreuepflicht, sondern – ganz im Interesse des seinerzeitigen Volksbegehrens – die grundsätzliche Dispositionsfreiheit des Parlamentes nach einer Volksentscheidung; deren Betonung ebnete den Weg zu dem gewünschten Verständnis des Haushaltsgesetzvorbehaltes des Art. 62 Abs. 2 VvB (dazu näher unten sub E II 3 c, S. 45-46). Die – unterstellte – Organtreuepflicht des Parlaments gegenüber dem Volk bringt danach zwar Bindungen mit sich, aber doch nicht solche, die die Freiheit des Parlaments und die Gleichrangigkeit von Parlament und Volk in Frage stellen. Das Gericht spielt die Organtreuepflicht des Parlaments gegenüber dem Volksgesetzgeber hier etwas herunter, weil sich so die Verfassungsmäßigkeit auch erheblich finanzwirksamer Volksbegehren besser begründen ließ. Volksgesetzgeberfreundlich engt das Gericht die spätere Organtreuepflicht des Parlaments etwas ein, um die enge Lesart des Haushaltsgesetzvorbehalts, auf die es ihm hier allein ankam, zu stützen.

Es gibt daher keinen Anlaß, der zweiten Entscheidung Zweifel an der Existenz und Wirkungsweise des Verfassungsgrundsatzes der Organtreuepflicht zu entnehmen. Im Gegenteil bedeutet der Verweis 2009 auf die ältere Entscheidung 2008 und damit auch auf das von dieser herangezogene Hamburger Urteil aus dem Jahre 2007, daß aus der Organtreue, sollte sie auch für die konkurrierenden Gesetzgeber gelten, mindestens folgt, daß der spätere Gesetzgeber sich mit den Entscheidungen des früheren sachlich auseinandersetzen hat, ehe er sie – im Rahmen sei-

⁶⁵ VerfGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, VerfGH 143/08, LVerfGE 20, 45 (65f.).

⁶⁶ Der letzte Satz unter Verweis auf die Entscheidung von 2008 (FN 62).

ner Zuständigkeit – aufhebt oder ändert. Das muß auch deswegen betont werden, weil die Berliner Entscheidung aus dem Jahre 2008 nicht die Treuepflicht der *Gesetzgeber* zum Gegenstand hatte, die Entscheidung 2009 insofern also eine – mit der Rechtsprechung der anderen Landesverfassungsgerichte harmonisierende – Klarstellung und Ausdehnung brachte.

III. Treuepflicht konkurrierender Landesgesetzgeber

Keine der genannten Entscheidung stellt in Zweifel, daß die skizzierte Treuepflicht auch unter den konkurrierenden Landesgesetzgebern, jedenfalls für den Parlamentsgesetzgeber gegenüber dem Volksgesetzgeber, gilt. Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin ließ es, wie berichtet, offen, da letztlich entscheidungsunerheblich.⁶⁷ Das Hamburgische Verfassungsgericht plädiert in ständiger Rechtsprechung dafür.⁶⁸ Kein Verfassungsgericht vertritt das Gegenteil.

IV. Prozessuale Durchsetzung der Treuepflicht

Ob das Parlament seine Treuepflicht gegenüber dem Volk als Gesetzgeber gewahrt hat, kann zum Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle durch das jeweilige Landesverfassungsgericht gemacht werden. In Berlin kann sie vom Senat oder von einem Viertel der Mitglieder des Abgeordnetenhauses beantragt werden, Art. 84 Abs. 2 Nr. 2 VvB.

Die Trägerin des vorangehenden Volksbegehrens, die den Volksentscheid seinerzeit tragende Mehrheit der Abstimmenden oder einzelne von ihnen oder die damals oder heute Abstimmungsberechtigten dürften dagegen nach heutiger Verfassungs- und Gesetzeslage kein Antragsrecht haben.⁶⁹

Die Organtreue würde an Überzeugungs- und Durchschlagskraft gewinnen, wenn der einzelne (damals und/oder heute) Abstimmungsberechtigte das Landesverfassungsgericht anrufen könnte, um überprüfen zu las-

⁶⁷ VerfGH, LVerfGE 20, 45 (66).

⁶⁸ VerfG, LVerfGE 15, 221 ((241); 16, 207 (218); 17, 157 (173f.); 18, 211 (228f.); 18, 232 (254-258); 22, 161 (191).

⁶⁹ Vgl. zu Hamburg HambVerfG, Urteil vom 27. April 2007, HVerfG 03/06, LVerfGE 18, 211 (229).

sen, ob das Parlament ihr genügt hat. Die Kernregelung sollte in die Landesverfassung aufgenommen werden. Das Landesverfassungsgericht könnte im Wege einer einstweiligen Anordnung vorab entscheiden, ob das Parlamentsgesetz bis zur Entscheidung in der Hauptsache suspendiert ganz oder teilweise wird; einer gesetzlichen Regelung, daß das Gesetz erst (und frühestens) in Kraft tritt, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist der Antrag auf Überprüfung gestellt wird, bedarf es nicht.

E. Die Maßstäbe: Homogenität mit dem Grundgesetz und änderungsfester Kernbereich der Landesverfassung

Als höheres Recht, mit dem sich der Entwurf im Einklang befinden sollte, kommen das Grundgesetz und der änderungsfeste Kern der Verfassung von Berlin in Betracht. Das fakultative Referendum stärkt den Volksgesetzgeber auf Kosten des Parlaments und könnte damit gegen die Demokratievorstellungen des Grundgesetzes, Artt. 20 Abs.1 und 2, 28 Abs. 1 GG, und der Verfassung von Berlin verstoßen. Der Versuch einer Antwort hat viererlei im Auge zu behalten:

Erstens: Daß das fakultative Referendum dem Grundgesetz und der Landesverfassung bisher fremd ist, heißt nicht automatisch, daß es gegen sie verstößt.

Zweitens: Daß Hamburg seit 2008 und Bremen seit 2013 Vergleichbares kennen, daß entfernt Ähnliches in Rheinland-Pfalz seit 1947 und in Baden-Württemberg seit 1953 gilt und daß im Ausland noch Weitergehendes Tradition hat, besagt, daß der Berliner Entwurf nicht aus der Welt ist, aber nichts darüber, ob er – als Ganzes oder im Detail – höherrangigem Recht entspricht.

Drittens: Beide hier in Betracht kommenden Maßstäbe – Homogenität mit dem Grundgesetz und änderungsfester Kernbereich der Landesverfassung – sind als solche zwar unbestritten, aber inhaltlich undeutlich und deswegen auf verfassungsgerichtliche Präzisierung angewiesen. Steht diese Präzisierung aus, bewegen wir uns im Reich der Mutmaßungen.

Viertens: Die Verfassungsgerichte nehmen derartige Präzisierungen mit Zurückhaltung vor. Sie legen sowohl Art. 28 Abs. 1 GG (dazu sogleich unten sub I) als auch den Landesverfassungskern „eng“ aus.⁷⁰ Das Erste

⁷⁰ Daß beides der Maßstab ist und beides dem Parlament die Rolle des *Senior-Partners* zuweist, nehmen übereinstimmend (mit anderen Worten) auch Möstl (FN 51), S. 366-368, und Schuler-Harms (FN 61), S. 438-441, an.

glauben sie der Autonomie der Länder im Bundesstaat geschuldet, das Zweite dem „Ausnahmecharakter“ der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen und dem verfassungsrechtlich gebotenen Respekt der Gerichte vor dem verfassungsändernden Gesetzgeber.⁷¹

I. Das Homogenitätsgebot, Art. 28 Abs. 1 GG

Der Berliner Entwurf muß sich zu allererst am Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG messen lassen. Entspricht das von ihm vorgesehene fakultative Referendum „den Grundsätzen des ... demokratischen ... Rechtsstaates im Sinne [des] Grundgesetzes“, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG?

1. Vorüberlegungen

Um die Frage beantworten zu können, muß man erstens wissen, was das Grundgesetz unter Rechtsstaat und Demokratie versteht, und zweitens, unter welchen Voraussetzungen gesagt werden kann, daß das Landesrecht dem so Verstandenen „entspricht“.

Das Erste bereitet, was die direkte Demokratie anlangt, spezielle Schwierigkeiten. Das Grundgesetz erlaubt direkte Demokratie, Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, gestaltet sie selbst aber kaum aus (Artt. 28 Abs. 1 Satz 4, 29, 118, 118a, 146 GG), und die karge Ausgestaltung soll natürlich die Länder nicht hindern, mehr und anderes zu tun. Insofern könnte man sagen, das Grundgesetz habe, was die direkte Demokratie in den Ländern jenseits von Artt. 28 Abs. 1 Satz 4, 29, 118 und 118a GG anlangt, *gar nichts „im Sinne“*. Das hieße – positiv gewendet – *alles* wäre erlaubt.

Zur Demokratie „im Sinne des Grundgesetzes“ gehört aber auch die *repräsentative* Demokratie, und *sie* hat das Grundgesetz akribisch ausgestaltet. Wo und wann immer die direkte Demokratie in Konkurrenz mit der repräsentativen Demokratie tritt, berührt sie die Demokratie im Sinne des Grundgesetzes insgesamt, und wenn sie dem Parlament ange-

⁷¹ VerfGH Berlin, Urteil vom 13. Mai 2013, VerfGH 155/11, LVerfGE 24, 9 (14); Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 39.

Die Hamburger Entscheidung zeigt, daß „bei allem Respekt“ der verfassungsändernde Gesetzgeber auch gänzlich Schiffbruch erleiden kann. Dennoch mahnt der *judicial restraint* zu Vorsicht (auch) bei vor- und außergerichtlichen Einschätzungen.

stammte Bereiche streitig macht, „entspricht“ sie ihr womöglich auch nicht mehr.

Was aber ist ein „angestammter“ Bereich? Der Kompetenzbereich des Bundesgesetzgebers kann nicht den Ausschlag geben, denn der ist allenfalls durch Artt. 29 und 146 GG begrenzt. Das läßt sich sinnvoll auf die Länder nicht übertragen, und eine eigene Regelung für die Länder hat das Grundgesetz – von der Ermächtigung des Art. 28 Abs. 1 Satz 4 GG abgesehen – nicht getroffen. Im Horizont des Grundgesetzes liegen aber jedenfalls und unabhängig davon, ob und wie intensiv sie dem Parlament Konkurrenz machen, die Formen direkter Demokratie, die das Grundgesetz *zur Zeit seiner Entstehung vorgefunden und gekannt hat*.⁷²

Dazu rechnen, was fakultative Referenden anlangt, die Regelungen in Rheinland-Pfalz und Württemberg-Baden (vgl. sub C I, II),⁷³ aber auch, als historisches Modell, die der Reichsverfassung von 1919. Der auch heute zu verschonende Vorbehaltsbereich der Parlamente reicht so weit, wie er seinerzeit – und sei es auch nur in *einem* Land – reichte. Anders gesagt: Alle Länder können ihre direkte Demokratie auch auf Kosten ihres Parlaments (immerhin, aber auch nur) so weit ausdehnen, wie es nach den drei genannten, vom Grundgesetz vorgefundenen Modellen bereits praktiziert wurde. Das mutet statisch an, ist es auch. Aber solange das Grundgesetz nicht selbst zur Ausgestaltung direkter Demokratie auf der Bundesebene ansetzt, ist für eine dynamische Lesart des Homogenitätsprinzips kein Raum.

⁷² Eine solche historisch-statische Lesart des Grundgesetzes ist z.B. aus dem Bereich der Finanzmonopole geläufig. Artt. 105 Abs. 1, 106 Abs. 1, 108 Abs. 1 GG erwähnen sie ohne Einschränkung, lassen es ihrem Wortlaut also zu, auch *neue* Finanzmonopole als grundsätzlich grundgesetzkonform anzusehen. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht – mit Blick auf Art. 12 GG – die Vorschriften (zu Recht) auf die vom Grundgesetz vorgefundenen Finanzmonopole begrenzt; vgl. nur BVerfGE 14, 105 (111); 41, 205 (218).

⁷³ Vielleicht auch, sozusagen rechtsvergleichend, die Verfassungen dreier Länder in der Sowjetischen Besatzungszone, die ein Gesetzesreferendum auf Antrag einer Landtagsminderheit kannten (Mecklenburg 1947 Art. 58, RegBl. S. 1; Sachsen 1947 Art. 58, Gesetze/Befehle, Verordnungen, Bekanntmachungen I S. 103; Sachsen-Anhalt Art. 56 1947 (GBl. I S. 9), und die Verfassung des Saarlandes 1947 Art. 101 Abs. 1 Satz 1 (ABl. S. 1077).

Alles, was – wie die hier interessierende Berliner Initiative – darüber hinausgeht, kann sich daher nicht sicher sein, dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes zu „entsprechen“.

2. Die Rechtsprechung

Die Verfassungsgerichte halten sich bei der historischen Perspektive, soweit ersichtlich, nicht weiter auf. Wohl aber reduzieren sie Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auf das Grundsätzliche⁷⁴ und Ausnahmsweise.⁷⁵ Drei Beispiele aus jüngerer Zeit genügen, um dies zu belegen:

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin versteht in seinem Urteil vom 13. Mai 2013 Art. 28 Abs. 1 GG so:⁷⁶

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig (BVerfG, Beschl. v. 14.1.2008 – 2 BvR 1975/07 –, juris Rn. 34 mwN). Soweit das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verlangt, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates zu entsprechen hat, lässt es den Ländern in der Gestaltung ihrer Verfassung einen Spielraum. Es will weder Konformität noch Uniformität herbeiführen, sondern lediglich ein gewisses Maß an Homogenität vorgeben (BVerfGE 9, 268 <279>; 24, 367 <390>; 27, 44 <56>; 36, 342 <360>; 41, 88 <116>). Das Homogenitätserfordernis ist auf die in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG genannten Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen und innerhalb dieser wiederum auf deren Grundsätze beschränkt. Die konkreten Ausgestaltungen, die diese Grundsätze im Grundgesetz gefunden haben, sind für die Landesverfassungen nicht verbindlich (BVerfGE 90, 60 <85>).“

⁷⁴ Zum Verhängnis ist Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG geworden, daß er von „Grundätzen“ spricht. Er tut dies deswegen, weil Demokratie und Rechtsstaat ihrer Natur nach „Grundsätze“ sind, nicht weil Demokratie und Rechtsstaat nur „grundsätzlich“, also ihrem Kern nach, nicht aber im Detail, auch in den Ländern gelten sollen.

Dennoch ist die relative Großzügigkeit, mit der die Verfassungsgerichte mit dem Homogenitätsgebot meist umgehen, im Ergebnis gerechtfertigt. Aber sie gründet nicht im Wort „Grundsätze“, sondern im Gebot des bloßen „Entsprechens“.

⁷⁵ Die Literatur schließt sich im wesentlichen an. Vgl. aus der neueren Kommentarliteratur etwa Tettinger/Schwarz, in: von Mangoldt/Klein (Begr.)/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, München 2011, Art. 28 RN 18-36, 38, 41-47; Löwer, in: von Münch (Begr.)/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Auflage, München 2012, Art. 28 RN 6, 14f., 17, 19f.; Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2013, Art. 28 RN 5f., 9-11; Mehde, in: Maunz/Dürig (Begr.)/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2014, München, Art. 28 Abs. 1 RN 47-49, 52-78; Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Auflage, München 2014, Art. 28 RN 7-12, 15, 17; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2015, Art. 28 RN 41-49, 53, 55-58, 60; Mann, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2016, , Art. 28 RN 21-24, 43f., 47-51

⁷⁶ VerfGH 155/11, LVerfGE 24, 9 (19f.).

Im Urteil des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen vom 31. Januar 2014⁷⁷ heißt es ähnlich:

„Die Verfassungsräume von Bund und Ländern stehen `grundsätzlich selbständig nebeneinander` (BVerfGE 96, 345, 368 f; ähnlich: BVerfGE 103, 332, 350). Im Bundesstaat sind die Länder prinzipiell frei in der Ausgestaltung ihres Staatsorganisationsrechts; die Gliedstaaten artikulieren ebenso wie der Gesamtstaat `in je eigener Verantwortung ihre Staatsfundamentalnormen` (BVerfGE 36, 342, 361). Die Länder genießen Verfassungshoheit. Art. 28 Abs. 1 GG gibt lediglich die Einhaltung von Minimalanforderungen vor, um so viel Einheitlichkeit im Bundesstaat zu gewährleisten, wie unverzichtbar ist. Soll Föderalismus lebendig sein, kann und soll die Bundesebene nicht Gleichförmigkeit in jedem Detail vorgeben.

Daher ist nur ein `Mindestmaß` an Homogenität der Bundesverfassung und der Landesverfassungen gefordert (BVerfGE 36, 342, 361). Art. 28 Abs. 1 GG ist restriktiv zu interpretieren und auf grundlegende Anforderungen zu beschränken. Die konkreten Ausgestaltungen, die diese Grundsätze im Grundgesetz für das Staatsorganisationsrecht des Bundes gefunden haben, sind für die Landesverfassungen nicht verbindlich (BVerfGE 90, 60, 85; BayVerfGH, Entsch. v. 12.6.2013 – Vf. 11-VII-11 –, juris Rn. 146).“

Und nicht wesentlich anders formuliert das Hamburgische Verfassungsgericht in seinem Urteil vom 8. Dezember 2015:⁷⁸

„Art. 28 Abs. 1 GG will dasjenige Maß an struktureller Homogenität zwischen Gesamtstaat und den Ländern als Gliedstaaten gewährleisten, das für das Funktionieren eines Bundesstaates unerlässlich ist. Er will aber nicht für Uniformität sorgen. Dieser Zurückhaltung gegenüber den Landesverfassungen entspricht eine enge Interpretation von Art. 28 Abs. 1 GG. Bei der Festlegung der Homogenitätsvorgaben sollte die Eigenstaatlichkeit der Länder möglichst weitgehend gewahrt werden (vgl. auch zu den Beratungen zum Grundgesetz: BVerfGE 99, 1, juris Rn. 57). Das Homogenitätserfordernis ist auf die dort genannten Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen und innerhalb dieser wiederum auf deren „Grundsätze“ beschränkt (vgl. nur: BVerfG, Beschl. v. 14.1.2008 – 2 BvR 1975/07 –, DVBl 2008, 236, juris Rn. 33). Die konkreten Ausgestaltungen, die diese Grundsätze im Grundgesetz gefunden haben, sind für die Landesverfassungen nicht verbindlich; im Rahmen dieser Grundsätze können die Länder ihr Verfassungs- und Staatsorganisationsrecht selbst regeln (BVerfGE 90, 60 ff, juris Rn. 133).“

Da das Grundgesetz selbst die direkte Demokratie kaum ausgestaltet hat, helfen die übereinstimmenden Hinweise, daß die „konkreten Ausgestaltungen“ auf Bundesebene für die Länder nicht verbindlich seien, für das hier interessierende fakultative Referendum nicht weiter. Sie wollen ja sicher nicht besagen, daß im nicht „konkret ausgestalteten“ Bereich – wie dem der direkten Demokratie – *alles* möglich sei.

Insofern – und ohne Widerspruch zur Rechtsprechung, sondern sie ergänzend – bleiben die oben (sub 1) skizzierten beiden Ansätze:

⁷⁷ St 1/13, LVerfGE 25, 235 (259f.).

⁷⁸ HVerfG 4/15, LVerfGE 26, 144 (165).

Erstens und hauptsächlich ist darauf zu achten, ob die direkte Demokratie in den Ländern die Rolle des Parlamentsgesetzgebers so, wie sie das Grundgesetz ausgestaltet, beeinträchtigt. In seinem Urteil vom 13. Oktober 2016⁷⁹ hat das Hamburgische Verfassungsgericht gezeigt, daß dieses Vorgehen sehr konkrete und weitreichende Schlußfolgerungen erlaubt.⁸⁰

Zweitens und ergänzend ist, was die direkte Demokratie in den Ländern anlangt, der historische Horizont des Grundgesetzes zu bedenken. Was jenseits liegt und zudem den Parlamentsgesetzgeber ohne Not einschränkt, dürfte vor Art. 28 Abs. 1 GG nicht bestehen.

II. Der änderungsfeste Kern der Verfassung von Berlin

1. Die Existenz eines Verfassungskerns

Die Verfassung von Berlin schützt keinen ihrer Teile ausdrücklich vor einer Änderung, Ergänzung oder Aufhebung, die die Vorschriften über Verfassungsänderungen einhält. Dessen ungeachtet hat der Verfassungsgerichtshof des Landes festgestellt, daß sie einen änderungsfesten Kernbereich hat.⁸¹ Er befindet sich damit im Einklang mit dem Hamburgischen Verfassungsgericht, das dies – auch im Anschluß an das Berliner Urteil –

⁷⁹ HVerfG 2/16 (FN 17), S. 41f.

⁸⁰ Dazu näher unten sub E II 3 b). Daß das Gericht Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG nicht als Prüfungsmaßstab, sondern „nur“ zur (bestätigenden) Auslegung des landesverfassungsrechtlichen Kernbereichs heranzieht, steht der Verwendung seiner Argumente bei einer Anwendung des Art. 28 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab nicht entgegen.

⁸¹ VerfGH Berlin, Urteil vom 13. Mai 2013, VerfGH 155/11, LVerfGE 24, 9 (14) – zur Sperrklausel. Zweifel auch insofern beim Sondervotum a.a.O. S. 21 (22).

Ähnlich klang es schon im Urteil vom 21. Oktober 1999, VerfGH 42/99 – Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (II), LVerfGE 10, 96 (101), wenn dort von einer Grundentscheidung für die Demokratie die Rede ist, die landesverfassungsrechtlich in der Präambel sowie in Artt. 2 und 3 Abs. 1 VvB verankert sei. Auf die Änderungsfestigkeit kam es dort allerdings nicht an.

für seine Verfassung, die ebenfalls keine „Ewigkeitsklausel“⁸² kennt, genauso sieht.⁸³

Die Folge ist, daß der „Kern“, weil unabänderlich, höheren Rang als die Verfassung im übrigen genießt. Auch das hier interessierende fakultative Referendum muß sich deshalb an ihm messen lassen.

2. Die Relevanz des Verfassungskerns als Maßstab

Auch der „Kern“ hat allerdings nur Bestand, wenn er seinerseits dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG genügt. Er ist deshalb auch nicht in der Lage, homogenitätswidrige Verfassungsänderungen vor den Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG zu schützen, und man könnte meinen, er habe deswegen als Maßstab für Landesverfassungsänderungen neben Art. 28 Abs. 1 GG keine eigenständige Bedeutung.

Eine solche Annahme wäre aus zwei Gründen vorschnell:

Einmal ist er für die Landesverfassungsgerichte, die nach der einschlägigen Regelung die Volksgesetzgebung nicht am Maßstab des Bundesrechts zu messen haben, im Falle von Verfassungsänderungen der einzige zur Verfügung stehende Maßstab.

Zum anderen ist in den Ländern, in denen – wie in Berlin – das Gericht auch Bundesrecht, also auch Art. 28 Abs. 1 GG, heranzuziehen hat, nicht auszuschließen, daß der änderungsfeste Kern Anforderungen stellt, die (zwar Art. 28 Abs. 1 GG nicht widersprechen, aber) über die Erwartungen des Homogenitätsgebotes hinausgehen – insbesondere, weil sie konkre-

⁸² Nach Art von Art. 79 Abs. 3 GG und zwölf der sechzehn Landesverfassungen (Art. 64 Abs. 1 Satz 2 LVerf. Baden-Württemberg, Art. 75 Abs. 1 Satz 2 LVerf. Bayern, Art. 20 Abs. 1 und 3 LVerf. Bremen, Art. 150 Abs.1 LVerf. Hessen, Art. 56 Abs. 3 LVerf. LVerf. Mecklenburg-Vorpommern, Art. 46 Abs. 2 LVerf. Niedersachsen, Art. 69 Abs. 1 Satz 2 LVerf. Nordrhein-Westfalen, Art. 129 Abs. 2 LVerf. Rheinland-Pfalz, Art. 11 Abs. 2 LVerf. Saarland, Art. 74 Abs. 1 Satz 2 LVerf. Sachsen, Art. 78 Abs. 3 LVerf. Sachsen-Anhalt, Art. 83 Abs. 3 LVerf. Thüringen).

⁸³ Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 8. Dezember 2015, HVerfG 4/15, LVerfGE 26, 144 (156-159 – zur Sperrklausel. Auf die methodische Schwäche der Entscheidung [S. 156: „Ob der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Grundsätze ... Einschränkungen ausgesetzt ist, kann offen bleiben. Mögliche Grenzen wären vorliegend jedenfalls eingehalten“. Wie lassen sich Grenzen benennen, deren Existenz offen ist?] kommt es hier nicht an); Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 38f. – zum Volksbegehren „Rettet den Volksentscheid“ zur Stärkung der Demokratie in Hamburg“.

tere Gestalt und dementsprechend eine geringere Toleranzspanne haben.⁸⁴ Es könnte deswegen sein, daß eine Änderung so zwar mit Art. 28 Abs. 1 GG, aber nicht mit dem änderungsfesten Kern der Landesverfassung vereinbar ist.⁸⁵

Diese Möglichkeit liegt vor allem im hier interessierenden Bereich der direkten Demokratie nicht fern. Sie ist im Grundgesetz nur sehr fragmentarisch angelegt. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG erlaubt sie grundsätzlich; Artt. 28 Abs. 1 Satz 4, 29, 118, 118a (vielleicht auch Art. 146) GG regeln sie nur höchst bereichsspezifisch. Dementsprechend verharrt hier das Homogenitätsgebot eher im Vagen und Grundsätzlichen. In den Landesverfassungen hat die direkte Demokratie dagegen eine sehr bedeutsame und höchst konkrete Gestalt angenommen. Soweit diese Gestalt Bestandteil des Verfassungskerns geworden ist, können seine Anforderungen an Änderungen der direktdemokratischen Modells strenger und spezifischer sein als die des Art. 28 Abs. 1 GG sein (ohne ihrerseits dem Grundgesetz zu widersprechen).

3. Der Inhalt des Verfassungskerns

Existenz und Inhalt des unaufgebbaren Kerns der Verfassung von Berlin lassen sich, soweit er hier von Interesse ist, mit Hilfe der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin und des Hamburgischen Verfassungsgerichts ermitteln. Die Grundsätze ergeben sich aus einer Berliner Entscheidung aus dem Jahre 2013 (dazu sub a), konkrete Folgerungen für den institutionellen Vorrang des Parlaments und das Mehrheitsprinzip aus dem jüngsten Hamburger Urteil (dazu sub b) und spezifische Bedenken gegen finanzwirksame Referenden aus einer Zusammen-

⁸⁴ Das Hamburgische Verfassungsgericht (FN 83) geht auf diese Möglichkeit nicht ein, sondern nimmt Übereinstimmung an. Daß sich der Hamburgische Verfassungsgeber auch mit seiner Grundnorm des Art. 3 LVerf. an Art. 28 Abs. 1 GG orientierte (Hamburgisches VerfG, FN 83), trifft zwar zu, schließt aber die oben skizzierten möglichen Differenzen zwischen beiden Maßstäben nicht aus.

⁸⁵ Ganz in diesem Sinne prüfte der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin im Wahlprüfungsverfahren inzident die Übereinstimmung der Landesverfassung mit dem Grundgesetz, insbesondere mit dem Homogenitätsgebot; VerfGH 155/11, LVerfGE 24, 9 (19f.).

schau dieses Urteils mit einem Berliner Urteil aus dem Jahre 2009 zum Haushaltsvorbehalt (dazu sub c).

a) Berlin: Prinzipielles 2013

In seinem Urteil vom 13. Mai 2013 beschreibt der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin Existenz und Inhalt des Kerns der Verfassung von Berlin so⁸⁶:

“Die Verfassung von Berlin ist – ebenso wie das Grundgesetz – grundsätzlich als Einheit zu verstehen. Ihre Bestimmungen sind prinzipiell gleichrangig mit der Folge, dass grundsätzlich keine Verfassungsbestimmung an der anderen zu messen, vielmehr jede von ihnen in der Lage ist, andere einzuschränken oder Ausnahmen von ihnen zu begründen (VerfGH, LVerfGE 2, 43 <56>; vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 3, 225 <231>; a.A. zu Art. 14 Abs. 4 Bayerische Verfassung zuletzt: BayVerfGH, Urt. v. 18.7.2006 – Vf. 9-VII-04 –, juris Rn. 16 und 17). Die Verfassung von Berlin enthält auch keine dem Art. 79 Abs. 3 GG entsprechende Bestimmung, die einen Kernbestand der Verfassung – die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung sowie die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze – für unabänderlich erklärt und sogar dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers ausdrücklich entzieht. Auch die Verfassung von Berlin enthält aber inhaltlich entsprechende, ihr Identität stiftende und sichernde Grundentscheidungen – namentlich die Verbürgung der Menschenwürde in Art. 6 VvB und *die aus ihrem Gesamthalt folgende Entscheidung für einen freiheitlich demokratischen Rechts- und Sozialstaat* –, die zugleich als Ausdruck grundlegender Gerechtigkeitspostulate zu verstehen sind und nicht der freien Disposition des parlamentarischen Gesetzgebers⁴⁷ unterliegen. Deren Missachtung kann, auch wenn sie im Verfahren der Verfassungsänderung beschlossen würde und damit formal die Verfassung einhielte, als Verfassungsbruch beurteilt werden und zur Nichtigkeit auch einer – dann materiell verfassungswidrigen – Verfassungsnorm führen (vgl. VerfGH, LVerfGE 2, 43 <52>; zum Bundesrecht: BVerfGE 3, 225 <233, 237>; 4, 294 <296>). Dafür ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Zum einen kommt derart hervorgehobenen Grundentscheidungen ein Ausnahmecharakter zu (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 3, 225 <232>). Zum anderen gebietet dies die Achtung der Verfassungsorgane der Judikative und der Legislative untereinander und zumal gegenüber der verfassungsändernden Zweidrittelmehrheit des frei gewählten Abgeordnetenhauses von Berlin.⁸⁷“

In der neu eingeführten Sperrklausel für Wahlen zur Bezirksverordnetenversammlung sah der Gerichtshof keinen Verstoß gegen den so beschriebenen Verfassungskern. Der Grundsatz der Wahlgleichheit, den die Sperrklausel modifiziert, gehöre nicht zum änderungsfesten Kern.⁸⁸

⁸⁶ VerfGH 155/11, LVerfGE 24, 9 (14). Hervorhebung durch *Kursivdruck* nur hier, nicht im Original.

⁸⁷ Für den verfassungsändernden *Volksgesetzgeber* (den das Urteil nicht erwähnen mußte, weil es im Verfahren um ein Parlamentsgesetz, nicht um ein Volksgesetz, ging) dürfte nichts anderes gelten. So sieht es auch das Hamburgische Verfassungsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 38f..

⁸⁸ VerfGH 155/11, LVerfGE 24, 9 (15-17).

Was – positiv – zur änderungsfesten Berliner Grundentscheidung für Demokratie und Rechtsstaat gehört, kann der Entscheidung nicht entnommen werden.

Offen ist dementsprechend (und, da außerhalb des Verfahrensgegenstandes, sachgerechterweise) insbesondere auch, welche Teile des direktdemokratischen Gebäudes in Berlin nicht antastbar oder erweiterbar sein könnten. Welche Änderung würde änderungsfeste Strukturen der direkten Demokratie betreffen? Welche Änderung von – für sich genommen – nicht änderungsfester direktdemokratischer Strukturen würde änderungsfeste Teile der Balance zwischen repräsentativer und direkter Demokratie berühren?

b) Hamburg: Konkretes 2016

Konkretere Hinweise zu dem, was am Demokratieprinzip änderungsfest und dementsprechend auch nicht zugunsten direkter Demokratie aufgebbar ist, ergeben sich aus dem Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 13. Oktober 2016. Zwar hat es keinerlei Verbindlichkeit für Berlin, aber die grundsätzliche Übereinstimmung der änderungsfesten Verfassungskerne beider Länder und der respektvolle Diskurs der Verfassungsgerichte miteinander legen es nahe, diese Hinweise nicht unbeachtet zu lassen.

Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Initiative zur Einführung eines fakultativen Referendums in Berlin sind die Ausführungen des Gerichts zum grundsätzlichen Primat der repräsentativen Demokratie (dazu sogleich sub aa) und zum Mehrheitsprinzip (dazu sub bb) von besonderem Interesse.

aa) Vorrang des Parlaments und Gleichrang der Gesetze

„Nach der Konzeption der Verfassung“,

so sagt das Hamburgische Verfassungsgericht,⁸⁹

⁸⁹ Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 41.

„wird die Volkswillensbildung grundsätzlich durch das Parlament, nämlich die Bürgerschaft als gewähltes Verfassungsorgan ausgeübt. Daneben sieht die Verfassung anlassbezogen und temporär die Bildung von Volksinitiativen vor, um den Volkswillen einer der in Art. 50 Abs. 1 Satz 1 HV vorgesehenen Entscheidungsformen zuzuführen (HVerfG, Urt. v. 27.4.2007, 3/06, HmbJVBI 2007, 48, NordÖR 2007, 312, juris, Rn. 83). Zwar sind Volkswillensbildung und parlamentarische Willensbildung hinsichtlich der hierbei gefundenen Ergebnisse gleichrangig (HVerfG, Urt. v. 15.12.2004, 6/04, HmbJVBI 2005, 19, NordÖR 2005, 109, juris, Rn. 50 f.), jedoch ist damit dem Volksgesetzgeber im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgeber nicht auch quantitativ und qualitativ der gleiche oder gar ein höherer Stellenwert einzuräumen. Eine substantielle Verlagerung der legislativen Aufgaben vom parlamentarischen Gesetzgeber auf die Volksgesetzgebung ist mit dem Demokratieprinzip, so wie es in der Hamburgischen Verfassung verankert ist, nicht vereinbar.“

Die in Hamburg angestrebte Öffnung der Volksgesetzgebung für Abgabenverträge vertrage sich mit diesen Grundsätzen nicht.⁹⁰ Um derartiges geht es in Berlin derzeit nicht, doch hat der vom Hamburgischen Verfassungsgericht festgestellte grundsätzliche Vorrang des Parlaments- vor dem Volksgesetzgeber Bedeutung nicht nur für sektorenspezifische Ausdehnungen der Volkskompetenzen (und damit automatisch einhergehende Beschränkungen des Parlamentsgesetzgebers), sondern auch für alle anderen (sektorenspezifischen) Arten von Erschwernissen, die dem Parlament neuerdings in den Weg gelegt werden sollen:

Das fakultative Referendum schränkt die Freiheit des Parlamentes, Gesetze zu erlassen (und in Kraft zu setzen), in Bereichen, über die durch Volksentscheid entschieden wurde, erheblich ein.⁹¹ Aus Eigenem kann das Parlament nicht mehr legisferieren. Es kann Initiativen ergreifen und Gesetze beschließen. Ob und wann sie in Kraft treten, liegt nicht mehr in seiner Macht. Und dies unabhängig davon, ob das Gesetz sachgerecht oder gar notwendig ist. Ein Volksgesetz hat nicht nur die gewöhnliche Gesetzeskraft; es genießt einen unvergleichlichen Bestandsschutz, weil

Kritisch zu den Initiativen von Mehr Demokratie e.V. zuvor schon Bull, Neue Volksinitiativen zur Verfassungsreform in Hamburg. Eine kritische Stellungnahme zu den Vorschlägen von „Mehr Demokratie e.V.“, NordÖR 2015, 151.

⁹⁰ Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 42f.

⁹¹ Das hamburgische fakultative Referendum, Art. 50 Abs. 4 LVerf., stand als solches nicht auf dem Prüfstand des Verfassungsgerichts. Das Gericht hatte sich nicht zur Verfassungsreform von 2008, sondern zum Begehren 2015/16 zu äußern.

Daß sich die Entscheidung dementsprechend sachgerecht zur geltenden Fassung des Art. 50 Abs. 4 LVerf. nicht äußert, kann daher nicht als Indiz dafür genommen werden, daß das Gericht gegen das fakultative Referendum als solches nichts einzuwenden hätte.

es nur durch das Volk, nicht mehr allein durch das Parlament, geändert oder aufgehoben werden kann. Je mehr Volksentscheide es gibt, um so stärker wird das Parlament zurückgedrängt.

Ein entsprechender Schutz der Parlamentsgesetze vor dem Volksgesetz, der vielleicht in der Lage wäre, die Balance zwischen Parlaments- und Volksgesetzgebung wiederherzustellen oder zu wahren, ist nicht vorgesehen: Ein Volksentscheid kann – von den Tabu-Bereichen abgesehen – jedes Parlamentsgesetz ändern oder aufheben, ohne auf die Mitwirkung des Parlamentes angewiesen zu sein.

bb) Mehrheit und Quorum

Der zweite konkrete Hinweis aus Hamburg betrifft die Zustimmungsquoren. Das richtig verstandene und zum änderungsfesten Bestand der Verfassung gehörende Mehrheitsprinzip verlange – bei der Volksgesetzgebung – über die Mehrheit der Abstimmenden hinaus, daß ein bestimmtes Quorum zugestimmt habe:

“(1) Zu den Anforderungen, die das Demokratieprinzip an das Zustandekommen grundlegender staatlicher Entscheidungen stellt, gehört das Mehrheitsprinzip (BVerfG, Urt. v. 2.3.1977, 2 BvE 1/76, BVerfGE 44, 125, juris, Rn. 51 ff. und 58; Beschl. v. 6.10.1970, 2 BvR 225/70, BVerfGE 29, 154, juris, Rn. 33; Urt. v. 21.5.1952, 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299, juris, Rn. 63; HVerfG, Urt. v. 8.12.2015, 4/15, NVwZ 2016, 381, juris, Rn. 72). Dies stellt – da Einstimmigkeit in der politischen Realität nicht erzielbar ist – durch Entscheidungen anhand einer Mehrheitsregel den Ausgleich zwischen der wünschenswerten breiten Partizipation einerseits und der für das Funktionieren eines Staatswesens erforderlichen Effektivität andererseits sicher und schafft dadurch Akzeptanz für die gefundene Entscheidung (ausführlich aus neuerer Zeit auch Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.5.2009, 2/09, OVGE MÜLÜ 52, 280, juris, Rn. 60). Das Mehrheitsprinzip gilt auch für Entscheidungen, die im Wege eines Volksentscheids bzw. eines Referendums ergehen (vgl. auch HVerfG, Urt. v. 14.12.2011, 3/10, HmbJVBl 2012, 26, juris, Rn. 128, 129). In diesen Fällen erfährt es eine zusätzliche Absicherung durch das Erfordernis eines bestimmten Zustimmungsquorums, dessen grundsätzliches Erfordernis sich aus den grundlegenden Unterschieden zwischen parlamentarischer und Volksgesetzgebung herleitet (vgl. Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 17.9.1999, Vf. 12-VIII-98, Vf. 14-VII-98, Vf. 15-VII-98, VerfGHE BY 52, 104, juris, Rn. 103, 104, dort auch Rn. 133 ff. zur Ableitung eines ungeschriebenen Zustimmungsquorums bei Verfassungsänderungen; aus der Literatur etwa Bull, NordÖR 2015, 151, 154). Diese Unterschiede betreffen zum einen den Gang der Entscheidungsfindung: Da das Volk über die zur Entscheidung gestellte Vorlage nur mit "Ja" oder "Nein" abstimmen kann, entfallen hier diejenigen Mechanismen, die im parlamentarischen Verfahren der Änderung oder Optimierung eines Gesetzentwurfs dienen (Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 17.9.1999, Vf. 12-VIII-98, Vf. 14-VII-98, Vf. 15-VII-98, VerfGHE BY 52, 104, juris, Rn. 104).

Zudem steht die Volksgesetzgebung auch Minderheiten offen, die sich von den im Parlament vertretenen politischen Parteien in bestimmten Fragen nicht hinreichend vertreten fühlen. Die Affinität der Volksgesetzgebung zu Partikularinteressen ist grundsätzlich zu

billigen (vgl. dazu Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 14.2.2000, St 1/98, StGHE BR 6, 203, juris, Rn. 90). Um das Spannungsverhältnis zwischen einer möglichen Partikularität der von Initiatoren der Volksgesetzgebung verfolgten Interessen einerseits und dem Anspruch des Gesetzes auf Allgemeinverbindlichkeit andererseits aufzulösen, müssen sich Minderheiten für das Recht, den Souverän zur Entscheidung anzurufen, qualifizieren (Zulassungsquorum, dazu Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 14.2.2000, St 1/98, StGHE BR 6, 203, juris, Rn. 91).

Vergleichbare Anforderungen sind auch an die eigentliche Entscheidung des Volkes als dem Souverän zu stellen. Das Volk wird nicht schon durch die Initiatoren der Volksgesetzgebung repräsentiert (Thüringer Verfassungsgerichtshof, Urte. v. 19.9.2001, 4/01, ThürVGRspr 2002, 61, juris, Rn. 151 ff.). Souverän sein muss, wer die vorgelegte Frage beantwortet, nicht wer sie stellt (vgl. Isensee, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz, 2010, S. 117, 128). Daher muss das Volk zum Ausdruck bringen, dass es die mit der Volksgesetzgebung verfolgten (Partikular-)Interessen befürwortet oder doch jedenfalls billigt. Erst diese Billigung, die letztlich die Mehrheit vor einer gut organisierten Minderheit schützt (vgl. etwa Klatt, Der Staat 50 [2011], S. 3, 23 und 28), verleiht dem Gegenstand der Volksgesetzgebung den in einem demokratischen Staat erforderlichen Gemeinwohlbezug. Einem Souverän, der sich hingegen weit überwiegend passiv verhält, kann schon aus Gründen des Mehrheitsprinzips nicht die stillschweigende Zustimmung unterstellt werden (ähnlich auch Isensee, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz, 2010, S. 117, 128 f.).

Dies gilt umso mehr, als angesichts der geschilderten Anknüpfung an Partikularinteressen leicht der Eindruck entstehen kann, der zur Abstimmung stehende Gegenstand gehe die Mehrheit der Abstimmungsberechtigten ohnehin nichts an. ...

(2) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze verstößt die im Gesetzentwurf vorgesehene Absenkung der Quoren in struktureller Hinsicht gegen das Demokratieprinzip. Sie unterschreitet das Niveau, ab dem von einer Billigung eines Gegenstandes der Volksgesetzgebung und damit von einer hinreichenden demokratischen Legitimation ausgegangen werden kann, und ermöglicht Entscheidungen, die zwar nicht gegen die Mehrheit, aber doch an ihr vorbei ergehen. ...⁹²

Die Änderungsvorschläge zum fakultativen Wahlrechtsreferendum in Art. 4, Art. 6 und Art. 51a des Gesetzentwurfs verstoßen insoweit gegen unverrückbare Grundentscheidungen der HV, als Art. 51a Abs. 4 des Gesetzentwurfs überhaupt kein Zustimmungsquorum mehr vorsieht, sondern eine reine Mehrheitsentscheidung verlangt. Ausgehend von der Grundkonstellation der Vorschrift – eine von der Bürgerschaft beschlossene Änderung bedarf bei einem entsprechenden Verlangen von zweieinhalb von Hundert der Wahlberechtigten der Bestätigung durch ein Referendum – böte Art. 51a des Gesetzentwurfs auch vergleichsweise kleinen Gruppen die Möglichkeit, durch ein fakultatives Referendum einen Beschluss der Bürgerschaft zu Fall zu bringen, solange nur die Mehrheit nicht an der Abstimmung teilnimmt.⁹³

Diese Ausführungen sind für die Berliner Initiative, obwohl diese auf Quoren nicht verzichtet und insofern den Vorstellungen des Hamburgischen Verfassungsgerichts genügen dürfte, aus zwei Gründen von Interesse:

Einmal soll ja das fakultative Referendum auch auf solche Parlamentsgesetze angewendet werden, die einen Volksentwurf sachlich unverändert angenommen haben, Art. 62 Abs. 5 Satz 5 VvB-E. Das verleiht dem

⁹² Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 43-46.

⁹³ Urteil vom 13. Oktober 2016, HVerfG 2/16 (FN 17), S. 51f..

Volksbegehren denselben Bestandsschutz wie – nach Art. 65 Abs. 5 Satz 1 VvB-E einem Volksentscheid. Diese Gleichstellung übersieht, daß das „Volk“ in dem frühen Stadium noch gar nicht gesprochen und entschieden hat. Wie das Hamburgische Verfassungsgericht in der oben zitierten Passage zu Recht sagt: „Das Volk wird nicht schon durch die Initiatoren der Volksgesetzgebung repräsentiert“, und dasselbe gilt, ist zu ergänzen, für die Unterstützer des Volksbegehrens. Die vor einem Volksentscheid geäußerten Ansichten verdienen m.a.W. nicht denselben Schutz vor dem Parlament. Macht das Parlament sie sich zu eigen, muß es freie Hand haben, sich auch wieder von ihnen zu trennen oder sie zu modifizieren, ohne vom Volksgesetzgeber abzuhängen.

Zum anderen könnte die zitierte Schlußpassage, die den Verzicht des Hamburger Entwurfs auf Quoren beim fakultativen Wahlrechts-Referendum kritisiert, für den Berliner Entwurf sprechen, der in Art. 63 Abs. 4 Satz 2 VvB-E für den auf das fakultative Referendum folgenden Volksentscheid ein Zustimmungsquorum von 20% fordert. Er würde insofern die Anforderungen, die das Gericht aus dem Mehrheitsprinzip ableitet, erfüllen.

Um so wichtiger ist es, darauf aufmerksam zu machen, daß der Verzicht auf ein Quorum dem Parlamentsgesetz auch *zugute* kommen kann. Das fakultative Referendum gibt „vergleichsweise kleinen Gruppen“ nicht nur „die Möglichkeit, ... einen Beschluss der Bürgerschaft zu Fall zu bringen, solange nur die Mehrheit nicht an der Abstimmung teilnimmt“, sondern auch die umgekehrte Chance, das Parlamentsgesetz in Kraft zu setzen. Berliner Entwurf und Hamburgisches Verfassungsgericht übersehen auch, daß ein vom Parlament beschlossenes Gesetz (auch wenn es einen Volksentscheid modifiziert) bereits so weitgehend demokratisch legitimiert ist, daß die zusätzliche Beteiligung des Volksgesetzgebers (sofern man sie überhaupt in Erwägung ziehen will) das gesetzgeberische Vorhaben nicht leichtfertig gefährdet. Dies aber wäre der Fall, wenn für die Zustimmung ein Quorum verlangt würde. Anders läge es nur dann, wenn das Volk im Referendumsverfahren nicht zustimmen müßte, um das Par-

lamentsgesetz in Kraft zu setzen, sondern durch ein Veto sein Inkrafttreten verhindern könnte, der Volksentscheid also, was das Inkrafttreten anlangt, nicht eine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung darstellte.⁹⁴

c) Hamburg 2016/Berlin 2009: Finanzvorbehalt und Referendum

Das Hamburger Urteil vom 13. Oktober 2016 stellt unmißverständlich klar, daß die haushaltspolitische Verantwortung des Parlaments zum unantastbaren Kernbereich der Landesverfassung gehört:⁹⁵

„Zu den konkreten Auswirkungen des Demokratieprinzips gehört der Grundsatz der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Parlaments (zum Begriff aus neuerer Zeit Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 27.8.2015, LVerfG 1/14, NordÖR 2016, 55, juris, Rn. 102). Im System der repräsentativen Demokratie muss das Parlament über ein Mandat zur kohärenten Verwirklichung seiner Politik verfügen, soll nicht der essentielle Zusammenhang zwischen der Wahl eines Parlaments und dem Zur-Verantwortung-gezogen-werden zerbrechen (Möstl, VVDStRL 72 [2012⁹⁶], S. 355, 386 m.w.N.). Dies gilt indes nicht nur für die Feststellung des Haushalts durch das Parlament (ausführlich zu dessen verfassungsrechtlicher Verankerung BVerfG, Urt. v. 28.2.2012, 2 BvE 8/11, BVerfGE 130, 318, juris, Rn. 105). Vielmehr ist es grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat, dass das Parlament dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheidet (aus neuerer Zeit BVerfG, Urt. v. 18.3.2014, 2 BvE 6/12, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, BVerfGE 135, 317, juris, Rn. 161 m.w.N.; Urt. v. 28.2.2012, 2 BvE 8/11, BVerfGE 130, 318, juris, Rn. 105).“

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hatte diese Frage noch nicht zu entscheiden, weil *Verfassungsänderungen*, die den Finanzvorbehalt de Art. 62 Abs. 2 VvB betreffen, noch nicht Gegenstand eines bei ihm anhängigen Verfahrens waren. Weder seine Rechtsprechung noch die Berliner Verfassung geben Anhaltspunkte für die Annahme, er könnte die Frage, sollte er über sie zu entscheiden haben, anders sehen als das Hamburgische Verfassungsgericht.

Wenn deswegen davon ausgegangen werden kann, der Finanzvorbehalt des Art. 62 Abs. 2 VvB umschreibe einen Teil des Kerngehalts der Verfassung von Berlin, darf ihn auch eine *Verfassungsänderung* nicht antasten.

⁹⁴ So wie im Falle des von der Opposition im Abgeordnetenhaus von Berlin Anfang 2015 vorgeschlagenen Einspruchsreferendums (Neufassung des Art. 63 VvB; AH-Drs. 17/2072, S. 3).

⁹⁵ VerfG 2/16 (FN 17), S. 42.

⁹⁶ Recte: 2013.

Das fakultative Referendum würde auch solche Parlamentsgesetze erfassen, die *finanzwirksame* Volksgesetze aufheben oder ändern wollen. Derartige Volksgesetze sind nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin zwar in Grenzen zulässig, weil er den Begriff des „Landeshaushaltsgesetzes“ volksgesetzgebungsfreundlich⁹⁷ eng auslegt. Ein nach Art. 62 Abs. 2 VvB unzulässiges Volksbegehren „zum Landeshaushaltsgesetz“ liegt nämlich nach seiner Entscheidung von 2009 nur dann vor, wenn und soweit es „einen *aktuellen* Haushaltsplan betreffen würde, d.h. im Falle eines erfolgreichen Volksentscheids finanzwirksame Rechtswirkungen bereits in einem laufenden Rechnungsjahr (Kalendarjahr) entfalten könnte. Absehbare Auswirkungen auf *künftige* Haushaltsjahre können hingegen ein Volksbegehren nicht unzulässig machen.“⁹⁸ Das Bundesrecht enthalte „keine Vorgaben, die eine Erstreckung des [so verstandenen] Haushaltsvorbehalts auf finanzwirksame (Volks-)Gesetze gebieten, welche in ihren Auswirkungen auf künftige Haushalte eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten“.⁹⁹ Weder das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG¹⁰⁰ (a.a.O. S. 64-68) noch Art. 109 GG¹⁰¹ zwingen zu einer anderen Auslegung des Art. 62 Abs. 2 VvB. Gerechtfertigt hat er seine Sicht, daß diese Auslegung weder das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip noch die Funktionsfähigkeit des Abgeordnetenhauses als durch Wahlen legitimierte Volksvertretung in Frage stelle, vor allem damit, „daß im Wege der Volksgesetzgebung beschlossene finanzwirksame Gesetze vom Abgeordnetenhaus *jederzeit* geändert oder aufgehoben werden können“. Volksgesetze auferlegten dem parlamentarischen Landesgesetzgeber keine zwingend hinzunehmenden

⁹⁷ In den Worten des Urteil vom 9. Oktober 2009, VerfGH, LVerfGE 20, 45 (61): „zu Gunsten einer erheblichen Erweiterung der Zulässigkeit von finanzwirksamen Volksbegehren und Volksentscheidungen“.

⁹⁸ LVerfGE 20, 45 (63). Hervorhebung durch *Kursivdruck* nur hier, nicht im Original.

⁹⁹ LVerfGE 20, 45 (64).

¹⁰⁰ Dazu LVerfGE 20, 45 (64-68). In diesem Rahmen wird auch deutlich, daß der Verfassungsgerichtshof der Auffassung ist, die haushaltspolitische Verantwortung, die dem Abgeordnetenhaus angesichts der relativen engen Deutung des Art. 62 Abs. 2 VvB noch bleibt, gehöre zu den Grundsätzen i.S. des Art. 28 Abs. 1 GG, hinter die nicht zurückgegangen werden darf, und damit zugleich zum Kern der Verfassung von Berlin.

¹⁰¹ Dazu LVerfGE 20, 45 (68f.).

Bindungen auf. Er könne „plebiszitäre Gesetze *jederzeit* ganz oder teilweise aufheben.“¹⁰²

Diese Aufhebungs- und Änderungskompetenz, die nach alledem die Grundlage für die großzügige Zulassung finanzwirksamer Volksgesetze ist, würde durch das fakultative Referendum (das für finanzwirksame Volksgesetze nicht weniger gilt als für alle anderen) empfindlich eingeschränkt.

Eine solche Einschränkung aber verträge sich nicht mit der Budgetverantwortung des Abgeordnetenhauses und verstieße damit sowohl gegen Art. 28 Abs. 1 GG als auch gegen den insofern sich mit dem Homogenitätsgebot deckenden Kern der Verfassung von Berlin.

¹⁰² LVerfGE 20, 45 (65). Hervorhebung durch *Kursivdruck* nur hier, nicht im Original. Zum Thema vgl. auch bereits oben sub D II, S. 27-28.

Daß das „Jederzeit“ unter dem Vorbehalt der Organtreue (dazu oben sub D) steht, übersieht der Gerichtshof keineswegs. Entscheidend ist ihm (zu Recht), daß sie das Parlament nicht „knebelt“, also an der *grundsätzlichen* Änderbarkeit oder Aufhebbarkeit des Volksgesetzes nichts ändert; vgl. a.a.O., S. 66.

F. Rechtsrisiken des Entwurfs

Der Vorschlag, ein fakultatives Referendum über Parlamentsgesetze einzuführen, die ein Volksgesetz ändern oder aufheben, ist nach alledem nicht ohne erhebliches verfassungsrechtliches Risiko. Rechtsstaat und Demokratie sprechen für eine skeptische Einschätzung, auch wenn das Grundanliegen einer weiteren Perfektionierung der direkten Demokratie verständlich erscheint.¹⁰³

I. Rechtsstaatsrisiken

Da der Rechtsstaat ohne Abstriche zum durch Art. 28 Abs. 1 GG gesicherten Bestand und im selben Maße zum nicht änderbaren Kern der Landesverfassung gehört,¹⁰⁴ bindet er auch den verfassungsändernden Volksgesetzgeber.

1. Unklarheiten

Als rechtsstaatlich riskant haben sich die diversen Unklarheiten erwiesen, die sich aus dem vorgeschlagenen Text insbesondere des *Art. 62 Abs. 5 Satz 1 VvB-E* ergeben (oben sub B IV 1 a, b, c, e; S. 9-12, 14). Er läßt unterschiedliche Auslegungen zu, zwischen denen die Wahl offen und damit willkürlich erscheint, oder führt zu verfassungsbedenklichen Ergebnissen. Beides ist mit dem Rechtsstaat schwer zu vereinbaren.

¹⁰³ Unabhängig vom Ausgang des hier interessierenden Verfahrens darf für den Fall einer Verfassungsänderung *redaktionell* angeregt werden:

1. Verfassungsrechtliche Festschreibung der verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten

Die bestehenden und die vielleicht noch dazukommenden Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin im Bereich Einwohnerinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid sollten in der *Verfassung* verankert werden. Artt. 61-63 VvB (sollte es bei diesem Standort der Volksabstimmungen bleiben) und ein entsprechender Verweis in Art. 84 Abs. 2 VvB bieten sich an.

2. Neusortierung der Volksabstimmungen

Es sollte ferner bedacht werden, daß Artt. 61-63 VvB, zwar im Abschnitt V „Gesetzgebung“ untergebracht sind, aber nur zum Teil dieses Thema betreffen. Die Einwohnerinitiative und Volksabstimmungen über „sonstige Beschlüsse“ sowie über die vorzeitige Auflösung des Abgeordnetenhauses haben mit „Gesetzgebung“ nichts zu tun. Entweder werden Artt. 61-63 VvB geschlossen aus Abschnitt V herausgenommen und – wegen ihrer Zusammengehörigkeit als Ausprägungen direkter Demokratie – einem eigenen neuen Abschnitt („Volksabstimmungen“) zugewiesen; dann sollten Artt. 2, 54, 65-71, 84 Abs. 2 VvB jeweils darauf verweisen. Oder sie werden auf Artt. 2, 54, 65-71, 84 Abs. 2 VvB themengerecht aufgeteilt.

¹⁰⁴ Das Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichtshofs vom 13. Oktober 2016 (FN 17), S. 39f., 48f., macht dies eindrucksvoll deutlich.

2. Begründungsdefizite

Rechtsstaatlich bedenklich sind aber auch Normtexte, die „gegriffen“ erscheinen, weil sie sich nicht aus sich selbst heraus erklären, vom Normgeber aber auch nicht hinreichend erläutert werden. In derartigen Fällen trifft den Normgeber eine Obliegenheit, seine Regelung nachvollziehbar zu begründen.¹⁰⁵

Dieser Obliegenheit wird die Initiative insbesondere hinsichtlich des Quorums und des Zeitraumes für das Einspruchsbegehren, Artt. 64 Abs. 4 Satz 1 VvB-E, nicht gerecht (oben sub B IV 1 g, S.15, B IV 3, S. 16-17).

II. Demokratierisiken

Auch wenn die rechtsstaatlich begründeten Bedenken behoben werden sollten (und könnten), riskiert der Vorschlag, das durch Art. 28 Abs. 1 GG und den Kern der Landesverfassung änderungsresistent geschützte Demokratieprinzip anzutasten. Dies gilt im Grundsatz wie im Detail.

1. Bestandsschutz bloßer Volksbegehren

Artt. 62 Abs. 5 Satz 5, 63 Abs. 4 Satz 4 VvB-E schützen Volksbegehren, die das Abgeordnetenhaus übernommen hat, gegen spätere Änderungen durch Parlamentsgesetz. Dies verschafft dem Begehren einen Vorrang vor dem Parlament, der dessen Spielräume demokratiewidrig einschränkt (oben sub B IV 2, S. 15-16).

2. Bestandsschutz von Volksentscheiden

a) Beeinträchtigung der Parlamentsprärogative

Das fakultative Referendum behält dem Volk das letzte Wort in allen Bereichen vor, in denen es jemals ein Gesetz beschlossen hat. Je umfangreicher und zahlreicher diese Bereiche werden, um so stärker schrumpft der dem Parlamentsgesetzgeber verbleibende Sektor eigenständigen Handelns. Umgekehrt bleibt dem Abgeordnetenhaus eine vergleichbare Mit-

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 79, 311 (344f.); 119, 96 (140f.); 125, 175 (225f.); 130, 263 (302); 139, 64 RN 129-130; 140, 240 RN 112-113.

Mit späteren (also im Gerichtsverfahren vorgetragenen) Erläuterungen des Gesetzgebers geben sich dagegen z.B. BVerfGE 132, 134 RN 70; 137, 34 RN 77; 139, 148 RN 61 (Entscheidungen des *Ersten* Senats) zufrieden.

wirkung an der Volksgesetzgebung versagt. Dies ist mit der *grundsätzlichen Gesetzgebungsprärogative des Parlaments* – die dem Gleichrang von Parlaments- und Volksgesetz durchaus nicht widerspricht – nicht vereinbar (oben sub B IV, V, S. 9-19).

Das gilt insbesondere, wenn sich eine Neuregelung als *dringlich* erweist (oben sub B IV 1 b bb, S. 10-12).

Zusätzliche Bedenken ergeben sich im Bereich *finanzwirksamer* Gesetzgebung, weil die volksgesetzgebungsfreundliche Deutung des Haushaltsvorbehalts auf der Prämisse grundsätzlich uneingeschränkter Dispositionsfreiheit und Änderungsbefugnis des Parlamentes beruht (oben sub D II, S. 27-28; E II 3 c, S. 45-47).

b) Hinreichender Schutz durch die Verfassungsorgantreue

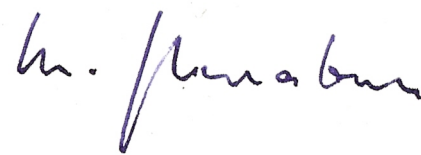
Die demokratiewidrigen Beschränkungen des Parlaments, die mit dem fakultativen Referendum verbunden sind, lassen sich auch deswegen nicht rechtfertigen, weil das grundsätzlich nachvollziehbare Anliegen, dem Volksgesetz (in den ihm überhaupt eröffneten Sektoren) einen (die natürlichen handicaps des Volksgesetzgebungsverfahrens) ausgleichenden Gleichrang mit dem Parlamentsgesetz zu ermöglichen, bereits nach geltendem Recht durch den ungeschriebenen und allseits anerkannten Grundsatz der *Verfassungsorgantreue* verwirklicht wird. Er sorgt dafür, daß sich das Parlament nicht leichtfertig über ein Volksgesetz hinwegsetzen kann (oben sub D, S. 25-30).

c) Das nicht suspendierende fakultative Referendum

Hinzu kommt schließlich, daß, wenn man Sorge hat, die Verfassungsorgantreue allein könne den Gleichrang beider Gesetzesarten nicht hinreichend sichern, ein *nicht suspendierendes* fakultatives Referendum dem hinreichend Rechnung tragen könnte, ohne den änderungsfesten Primat des Parlaments in Frage zu stellen (oben sub B IV 1 d, S. 13). Die aktuelle Thüringer Kommunalreform (oben FN 25, 33, 34, 55) vermittelt Anregungen.

Für die angemessene Erleichterung des auf das Parlamentsgesetz reagierenden Volksgesetzgebungsverfahrens können die Herabsetzung des Quorums für das Einspruchsbegehren (wie sie schon der Entwurf vorsieht) sowie die Absenkung des Quorums für den anschließenden Volksentscheid (vielleicht – gegen das Hamburgische Verfassungsgericht – auch der gänzliche Verzicht auf dieses Quorum) sorgen.

Berlin, 24. Oktober 2016

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'C. Pestalozza', written in a cursive style.

(Univ.-Professor Dr. C. Pestalozza)