

Herausgegeben von

Lars P. Feld | Peter M. Huber | Otmar Jung

Hans-Joachim Lauth | Fabian Wittreck

Jahrbuch für direkte Demokratie 2014–2016



Nomos

Herausgegeben von

Prof. Dr. Lars P. Feld, Lehrstuhl für Wirtschaftspolitik und
Ordnungsökonomik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
und Direktor des Walter-Eucken-Instituts

Prof. Dr. Peter M. Huber, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Staatsphilosophie, Ludwig-Maximilians-Universität München

PD Dr. Otmar Jung, Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft,
Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Hans-Joachim Lauth, Lehrstuhl für Vergleichende
Politikwissenschaft, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Fabian Wittreck, Professur für Öffentliches Recht,
Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Westfälischen
Wilhelms-Universität Münster (*Schriftleitung*)

Lars P. Feld | Peter M. Huber | Otmar Jung
Hans-Joachim Lauth | Fabian Wittreck

Jahrbuch für direkte Demokratie 2014–2016



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4133-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8442-2 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der vorliegende fünfte Band macht mit einer Grundsatzabhandlung von *Mario Martini* zur Bürgerbefragung auf, die weit über den unlängst entschiedenen bayerischen Anlaßfall hinausweist (zugleich wird die einschlägige Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unter 4.III.6 dokumentiert). Mit *Matthias Knauff* haben die Herausgeber einen in der Wolle gefärbten Unionsrechtler für eine Darstellung der Europäischen Bürgerinitiative gewinnen können; auch hierzu ist inzwischen erste Judikatur zu verzeichnen (unten 4.I). *Fabian Brändle* untersucht aus historischer Perspektive die Entwicklung und Anfechtung der Landsgemeindedemokratie, während *Gernot Sydow* als ausgewiesener Kenner des britischen Verfassungsrechts über das (erste?) schottische Unabhängigkeitsreferendum berichtet und zugleich die Perspektiven nach dem „Brexit“ beleuchtet. *Axel Tschentscher* und *Miriam Minder* steuern schließlich in gewohnter Manier den Bericht aus der Schweiz bei. Unter den Entscheidungen sticht eine der direkten Demokratie nicht wohlgesonnene des Hamburger Verfassungsgerichts heraus (unten 4.III.5), die zur Kritik herausfordert. Umgekehrt belegt die ungewöhnlich reichhaltige Literaturlauswertung das weltweit steigende Interesse an Fragen direkter Demokratie.

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

1. Abhandlungen 9

Mario Martini

Die Bürger-/Volksbefragung – eine Verjüngungskur für die Demokratie? 9

Matthias Knauff

Die Europäische Bürgerinitiative – Juristische Betrachtungen unter besonderer Berücksichtigung der Right2Water-Initiative 91

Fabian Brändle

Checks gegen die Oligarchisierung und „Entdemokratisierung“ – Wie während der Frühen Neuzeit in schweizerischen Landsgemeindeorten die „Demokratie“ bewahrt wurde 117

2. Dokumentation 147

3. Landesberichte – Internationale Ebene 157

Gernot Sydow

Das Unabhängigkeitsreferendum – Grundlagen und Perspektiven der schottischen Volksabstimmung vom September 2014 157

Axel Tschentscher/Miriam Minder

Direkte Demokratie in der Schweiz – Landesbericht 2014 175

Inhaltsverzeichnis

4. Rechtsprechung	225
-------------------	-----

Fabian Wittreck

Ausgewählte Entscheidungen zur direkten Demokratie 2014-2016	225
--	-----

5. Neue Literatur	339
-------------------	-----

Die Herausgeber	378
-----------------	-----

Über die Autorinnen und Autoren	379
---------------------------------	-----

Sachverzeichnis	380
-----------------	-----

1. Abhandlungen

Die Bürger-/Volksbefragung – eine Verjüngungskur für die Demokratie?

*Mario Martini**

I.	Die Volks- und Bürgerbefragung im Gefüge der partizipativen Institutionenordnung	10
1.	Legislatorischer Befund	11
2.	Demokratiethoretische Funktion und partizipatorischer Mehrwert	17
3.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	23
II.	Anforderungen an die Ausgestaltung	44
1.	Zulässiger Befragungsgegenstand	44
2.	Das Quorum als Funktionsdeterminante	52
3.	Teilnehmerkreis	57
4.	Ausgestaltung der Abstimmungsunterlagen, Information der Bürger	59
5.	Online-Befragungen als Wegbereiter einer digitalen Demokratie?	61
III.	Zusammenfassung	80
	Literaturverzeichnis	83

I. Die Volks- und Bürgerbefragung im Gefüge der partizipativen Institutionenordnung

Die deutsche Demokratie zeigt Alterungserscheinungen; in der institutionellen Ordnung knarzt und knackt es – so jedenfalls die Diagnose vieler Bürger. Sie vertrauen der Politik und ihren Handlungsträgern nicht mehr.¹ Die tendenziell um sich greifende Politik- und Wahlmüdigkeit deuten viele als Alarmsignal einer abnehmenden Rückbindung der Institutionen repräsentativer Demokratie an den Willen des Souveräns, als Symptom mangelnder Bürgernähe und Ergebnis unzureichender Nachvollziehbarkeit politischer Entscheidungen.² Gleichzeitig artikulieren die Bürger immer hörbarer das Bedürfnis, an konkreten Sachentscheidungen teilzuhaben. Das Grundvertrauen, dass die politischen Entscheidungsträger die Weichen für zentrale Angelegenheiten des Gemeinwesens schon richtig stellen werden, schwindet; die Bürger wollen auch selbst an das Stellwerk.

Händeringend suchen Politiker daher nach Wegen von der Zuschauer- zur Mitmachdemokratie. Sie wollen die Bürger auch zwischen den Wahlterminen – insbesondere bei Planungsentscheidungen – stärker in politi-

* Der Beitrag geht in wesentlichen Teilen auf eine mündliche und schriftliche Stellungnahme des Autors für den Ausschuss für Inneres und Sport des Landtags Sachsen-Anhalt zum Entwurf eines Kommunalrechtsreformgesetzes vom 14.10.2013 zurück, Niederschrift 6/INN/38. Eine Kurzfassung des Beitrages ist in der DÖV 2015, S. 981 ff. erschienen. Soweit nicht anders angegeben, wurden die Internetquellen zuletzt zum Zeitpunkt der Finalisierung des Beitrages, namentlich am 11.6.2016, aufgerufen.

1 Vgl. etwa *Stiftung für Zukunftsfragen*, Was wir 2015 erwarten können, 2015, S. 3; *Stiftung für Zukunftsfragen*, Bürger verlieren Vertrauen in Politik, Politiker und Parteien, 2009, S. 1 f. Allerdings wohnt diesem Vertrauensverlust eine gewisse Ambivalenz inne, notiert doch die Zufriedenheit mit der Demokratie in Deutschland auf dem höchsten Stand der letzten zwölf Jahre, vgl. *Petersen/Hierlemann/Vehrkamp et al.*, Gespaltene Demokratie, 2013, S. 16 f. Das schließt auch ein gesteigertes Vertrauen in den Bundestag und seine Abgeordneten ein: Während 2011 noch 51 % äußerten, dem Bundestag eher zu misstrauen (*Europäische Kommission*, Standard Eurobarometer 76, 2011, 45), haben 2015 53% der Befragten dem Parlament ihr Vertrauen ausgesprochen; (nur) 39% waren gegenteiliger Auffassung (*Europäische Kommission*, Standard Eurobarometer 83, 2015, T36).

2 Vgl. zur Ursachenforschung mit Blick auf die letzte Bundestagswahl *Petersen/Hierlemann/Vehrkamp et al.* (Fn. 1), S. 34 ff.; allgemein zum Verlust des Bürgervertrauens auch *Papier*, Die Zukunft der Demokratie, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, 2013, S. 261 (263 f.).

sche Entscheidungsprozesse einbinden. Die Suche nach geeigneten Mitwirkungsinstrumenten gleicht dabei einem Drahtseilakt: Die neuen Beteiligungsformen sollen den Bürger nach dem Willen der politischen Entscheidungsträger stärker an die politische Willensbildung heranführen – transparent, frühzeitig und auf Augenhöhe, ohne zugleich aber den Repräsentativorganen das Heft des Handelns aus der Hand zu nehmen.

Ein Instrument scheint diese Interessen prima facie in idealtypischer Form auszubalancieren: die Bürger- bzw. Volksbefragung. Sie ermöglicht es den Organen der repräsentativen Demokratie, den Souverän zu Einzelfragen des Gemeinwesens als Ratgeber an die Urne zu bitten. Ist das konsultative Referendum der „espresso doppio“ zur Belebung der bundesdeutschen Demokratie?³ Seine partizipatorische Wirksamkeit und seine rechtlichen Grenzen zu analysieren, macht sich dieser Beitrag zur Aufgabe – und wagt einen Blick auf sein Potenzial als Impulsgeber für Spielarten einer digitalen Demokratie.

1. Legislatischer Befund, insbesondere jüngere gesetzgeberische Initiativen

Das Instrument der Befragung erfreut sich in jüngster Zeit wachsender Beliebtheit. Das gilt sowohl auf Landes- (a) als auch auf kommunaler Ebene (b).

3 Kritisch bspw. Meyer, Stellungnahme zu der Überlegung, eine offizielle Volksbefragung zum Vorhaben einer Hamburger Olympiabewerbung zu ermöglichen sowie zu dem Gedanken, einen weitergehenden, mit Einfügung eines Abs. 4b in Art. 50 der Hamburger Verfassung einen von Senat und Bürgerschaft initiierten Volksentscheid zu erlauben, Anlage 3 zur Bü-Drucks. 21/2, 2015, S. 68 (72). Er befürchtet, dass die „Delegation“ von Entscheidungen an das Volk die Stellung des Repräsentativorgans und damit die Bedeutung des Wahlaktes schwächt.

a) Volksbefragung

aa) Bayern

Als erstes Bundesland hat Bayern ein Gesetz zur Einführung von Volksbefragungen erlassen.⁴ Es ermächtigt den Landtag und die Staatsregierung, durch übereinstimmenden Beschluss (mit einfacher Mehrheit des Landtags)⁵ eine Volksbefragung über Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung⁶ herbeizuführen (Art. 88a Abs. 1 S. 1 BayLWG). Das Instrument erfasst nur Vorhaben der Exekutive; Volksbefragungen über Gegenstände der Gesetzgebung sind ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 88a Abs. 1 S. 2 BayLWG).

Diese exekutivische Volksbefragung⁷ soll nach dem Willen des Ministerpräsidenten *Horst Seehofer* dazu beitragen, Bayern zu einem „Vorbild für den modernen Bürgerstaat des 21. Jahrhunderts“ zu machen.⁸ Zwar versteht sich der Freistaat schon jetzt als Musterschüler direktdemokratischer Beteiligung.⁹ Über die schon ausgebauten Mitwirkungsformen hin-

4 Vgl. dazu den Gesetzesentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Landeswahlgesetzes (Einführung von Volksbefragungen), BayLT-Drucks. 17/1745, S. 1 ff. sowie den vorangegangenen Gesetzesentwurf der Abgeordneten der SPD-Fraktion, BayLT-Drucks. 17/403, S. 1 ff. und den Änderungsantrag von Abgeordneten der SPD-Fraktion zum Gesetzesentwurf der Staatsregierung, BayLT-Drucks. 17/4077. Die beiden Anträge der SPD wollten das Verlangen eines Fünftels der Landtagsmitglieder für die Durchführung einer Volksbefragung ausreichen lassen und auch Gesetzesentwürfe zum zulässigen Gegenstand erklären. Der Landtag hat sie am 11.2.2015 abgelehnt, BayLT-Drucks. 17/5275 und 17/5467. Siehe zum bayerischen Gesetz auch *Burgi*, ZG 30 (2015), 34 ff.; *Möstl*, BayVBl. 2015, 217 ff.; *Thum*, BayVBl. 2015, 224 ff.

5 Art. 23 Abs. 1 BayVerf.

6 Zur Schwierigkeit, diesen Begriff zu konkretisieren, *Guckelberger*, VerwArch. 106 (2015), 155 (169 ff.).

7 Zu dieser Begriffsbildung *Burgi* (Fn. 4), 35; zu exekutiven Referenden in der Schweiz siehe *Glaser*, ZBl 113 (2012), 511 ff.; *Mannhart Gomes*, Das Verwaltungsreferendum in Bund und Kantonen, 2007, S. 20 ff. (zur Befragung dort S. 153 m.w.N.).

8 *Schäffer*, *Seehofer* will in Bayern Volksbefragungen einführen, FAZ vom 12.11.2013, S. 4.

9 Nahezu 40 % aller deutschen Bürgerbegehren und Ratsreferenden zwischen 1956 und Ende 2013 fanden in Bayern statt (vgl. *Rehmet/Büttner/Mittendorf et al.*, Bürgerbegehrensbericht 2014, 2014, S. 16). Bei der Häufigkeit von Volksentscheiden nimmt Bayern sowohl seit 1946 als auch über die letzten zehn Jahre

aus soll das Gesetz aber erstmalig auch einen Weg ebnen, das Volk zwischen den Wahlen ohne Bindungswirkung nach seiner Meinung zu befragen. Eine Volksbefragung soll die Bürger frühzeitig in geplante Projekte, insbesondere Infrastrukturvorhaben, einbinden, aufkeimende Konflikte, die vor allem das „Ob“ (weniger das „Wie“) der Vorhabenrealisierung adressieren, frühzeitig identifizieren sowie im Dialog konsensfähige und nachhaltige Lösungen erarbeiten. Dadurch wird sie nach dem Willen ihrer Schöpfer eine (zumindest gefühlte) Lücke im bayerischen System der direkten Demokratie schließen. Das Instrument der Volksbefragung ist nicht zuletzt auch eine Reaktion auf die Erfahrungen mit Großprojekten wie „Stuttgart 21“¹⁰ und die Überraschungseffekte bürgerlicher Opposition bei der Münchener Bewerbung um die Olympischen Winterspiele oder beim Bau einer weiteren Startbahn für den Flughafen München.

So sehr sich das bayerische Gesetz mit seiner Ausweitung bürgerlicher Partizipationsmöglichkeiten einer guten Idee verpflichtet sieht: Es ist verfassungsrechtlich sensibel. Denn es beschränkt sich auf eine einfachgesetzliche Anpassung des Landeswahlgesetzes, ohne zugleich die Landesverfassung zu ändern. Nicht zufällig ist die Novelle deshalb bei der Opposition auf erheblichen Widerstand gestoßen. Der Slogan der bayerischen Regierung von der „Koalition mit dem Bürger“¹¹ ist aus ihrer Sicht doppelzünftig: SPD, Freie Wähler und Bündnis 90/DIE GRÜNEN sehen in dem Gesetz vornehmlich den Versuch einer Selbstbegünstigung der CSU-Fraktion und der von ihr getragene Landesregierung, da (gegenwärtig) nur diese gemeinsam, nicht aber die parlamentarische Minderheit (vor allem nicht gegen den Willen der Landesregierung) eine Volksbefragung selbsttätig initiieren können.¹²

Noch bevor das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen war, hatte die Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag auf der Grundlage des Art. 75 Abs. 3 BayVerf i. V. m. Art. 49 Abs. 1 VerfGHG

hinweg auf der Rangliste der deutschen Länder Platz 3 ein (vgl. *Rehmet/Weber*, Volksbegehrensbericht 2015, 2015, S. 16).

10 Dazu auch BayLT-Drucks. 17/1745, S. 5; *Burgi* (Fn. 4), 39; *Guckelberger*, *Verw-Arch.* 106 (2015), 1 (3 f.).

11 *Bayerische Staatsregierung*, Regierungserklärung des Bayerischen Ministerpräsidenten *Horst Seehofer*, MdL, 12.11.2013 im Bayerischen Landtag, S. 2 und S. 14 f.

12 Zur Bedeutung und Ausgestaltung des Einleitungsquorums vgl. unten II.2.a), S. 54 ff.

den Verfassungsgerichtshof angerufen;¹³ die SPD-Fraktion folgte ihrem Beispiel im Juli 2015.¹⁴ Das Gericht soll nun prüfen, ob die Änderung des Landeswahlgesetzes mit der Verfassung in Einklang steht.

bb) Historische Entwicklung und jüngere Initiativen in anderen Ländern

Das Instrument der Volksbefragung betritt in der deutschen Gesetzgebungslandschaft weitgehend unbestelltes Feld. Gänzlich ohne Vorbilder ist die bayerische Regelung aber nicht. So hatten bereits in den fünfziger Jahren des 20. Jahrhunderts die Freie und Hansestadt Hamburg¹⁵ sowie die Freie Hansestadt Bremen¹⁶ einfachgesetzlich eine (einmalige und themenbezogene) Volksbefragung zur Stationierung von Atomwaffen angesetzt.¹⁷

In jüngerer Vergangenheit hat Hamburg die Wiederbelebung dieses Instruments intensiv erörtert.¹⁸ Anlass war die Bewerbung der Elbmetropole um die Ausrichtung der Olympischen und Paralympischen Sommerspiele im Jahr 2024 bzw. 2028. Sowohl der Hamburger Senat, die Bürgerschaft als auch der Deutsche Olympische Sportbund wollten die deutsche Bewerbung von einer breiten Zustimmung der Bevölkerung zu dem Sportereignis und den damit verbundenen Investitionen abhängig machen. Nach kurzem politischem Schlagabtausch hat sich das norddeutsche „Tor zur Welt“ am Ende statt für die diskutierte Volksbefragung¹⁹ für ein (dezisi-

13 *Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag*, Klage gegen Seehofers Volksbefragung eingereicht, Pressemitteilung vom 28.11.2014.

14 *BayernSPD*, Verfassungsklage der SPD-Fraktion gegen Volksbefragungsgesetz der CSU-Staatsregierung, Pressemitteilung vom 13.7.2015.

15 Gesetz betreffend die Volksbefragung über Atomwaffen vom 9.5.1958, HmbGVBl. I, S. 141 ff.

16 Gesetz betreffend die Volksbefragung über Atomwaffen vom 20.5.1958, Brem.GBl., S. 49 ff.

17 Vgl. dazu BVerfGE 8, 104 ff. Zur konsultativen Abstimmung unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung sowie in der NS-Zeit *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, 1988, S. 141 ff.

18 Vgl. Bü-Drucks. 21/417, S. 1 f. Vgl. zu parallelen Überlegungen des Berliner Senats: Berl.AGH-Drucks. 17/2061; dazu *Heußner/Pautsch*, NJW 2015, 1225 ff.

19 Bü-Drucks. 20/11906, S. 1. Die Befragung sollte thematisch ebenfalls auf wichtige politische Fragestellungen des Gemeinwesens beschränkt sein und dem Volk im parlamentarischen Entscheidungsprozess frühzeitig Gehör verschaffen. Ziel war ein „Diskurs über die Grundsätze eines Vorhabens, bevor nur noch über die

ves) Referendum²⁰ entschieden. Die Bürgerschaft kann nun im Verbund mit dem Senat die Durchführung eines Volksentscheides beschließen.²¹ Dafür hat die Hansestadt eigens ihre Verfassung geändert. Eine Abstimmung findet – in diesem wie auch in anderen künftigen Fällen – statt, wenn sowohl der Senat als auch eine Zweidrittelmehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl der Bürgerschaft deren Durchführung beschließen (Art. 50 Abs. 4b S. 1 und 2 HmbVerf)²². Gegenstand kann ein Gesetzentwurf oder eine andere Vorlage von grundsätzlicher und gesamtstädtischer Bedeutung sein (Art. 50 Abs. 4b S. 1 HmbVerf).

b) Bürgerbefragung

Auch auf kommunaler Ebene hat die Befragung der Bürger Konjunktur. Dort ist sie zwar eine Ausnahmeerscheinung bürgerlicher Mitwirkung, aber auch kein völliges Neuland. Einige Länder, namentlich Niedersachsen (§ 35 NdsKomVG), das Saarland (§ 20b SaarLKSVG), Sachsen-Anhalt

ausgearbeitete Variante gestritten werden“ (ibid) könne. Das (letztlich nicht umgesetzte) Gesetzgebungsvorhaben verzichtete – wie in Bayern – auf eine Verfassungsänderung. Das Initiativrecht behielt es dem Repräsentativorgan vor. Anders als im Freistaat sollte es von einer Zweidrittelmehrheit der anwesenden Abgeordneten abhängen (§ 1 Abs. 1 S. 1 HmbVBefrG-E).

20 Zum Begriff auch *Kämmerer*, Schriftliche Stellungnahme in der öffentlichen Sitzung des Verfassungs- und Bezirksausschusses der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg vom 22.4.2015, Anlage 4 zu Bü-Drucks. 21/2, 2015, S. 73 (74). Er unterscheidet zwischen *echten* Referenden, bei denen das Parlament eine bereits gefasste Entscheidung dem Volk vorlegt, sodass eine doppelte Legitimation besteht, und *unechten* Referenden, bei denen das Volk über einen Gegenstand entscheidet, über welchen das Parlament vorher noch keine Sachentscheidung gefasst hat. Hamburg hat nach dieser Differenzierung ein unechtes Referendum implementiert. Siehe zu den unterschiedlichen Typen von Referenden auch *ders./Ernst/Winter*, ZG 2015, 349 (350 ff.).

21 Vgl. Bü-Drucks. 21/420, S. 1: „Volksbefragung von oben“. Zum Ergebnis des Olympia-Bewegungsreferendums siehe die Pressemitteilung der Behörde für Inneres und Sport der Freien und Hansestadt Hamburg vom 15.12.1015, abrufbar unter <http://www.hamburg.de/wahlen/nofl/4655260/2015-12-15-bis-pm-olympia-referendum-endgueltiges-ergebnis/>.

22 Eingefügt m. W. v. 3.6.2015 durch G. v. 1.6.2015 (HmbGVBl. S. 102).

(§ 28 Abs. 3 KVG LSA)²³ und Schleswig-Holstein (§ 16c SchlHGemO) sehen in ihren Gemeindeordnungen ausdrückliche Regelungen zu diesem Meinungsforschungsinstrument vor.²⁴

c) Blick über den nationalen Tellerrand

Einige europäische Nachbarländer können bereits auf eine längere Tradition konsultativer Referenden zurückblicken.²⁵ Regelmäßig ist ihre Einleitung auch dort dem Repräsentativorgan vorbehalten. So kennt etwa die Republik Österreich in Art. 49b ihres Bundesverfassungsgesetzes das Instrument der Volksbefragung.²⁶ Zur Anwendung kommt sie, wenn der Nationalrat mit der Mehrheit seiner Mitglieder ihre Durchführung beschließt. Breite Anwendung hat die Befragung dort indes nicht gefunden.²⁷ Das bislang einzige bundesweite Befragungsverfahren hatte die Beibehaltung der Wehrpflicht bzw. des Zivildienstes zum Gegenstand.²⁸

In der Häufigkeitsskala von Volksbefragungen nehmen Entscheidungen über den Verbleib in der bzw. den Eintritt in die Europäische Union sowie über die Zustimmung zum Vertrag über eine Verfassung für Europa zum Verfassungsvertrag der Union im europäischen Vergleich die vorderen Plätze ein. Mit dieser Zielrichtung haben etwa die Niederlande, das Vereinigte Königreich und das Großherzogtum Luxemburg ihr Volk an die Urne gerufen – mit zum Teil, wie im Falle der Brexit-Befragung, überraschenden Konsequenzen. In jüngerer Zeit hat die autonome Gemeinschaft Katalonien den Weg einer Volksbefragung genutzt, um das Volk nach seiner Meinung über die Abspaltung vom Königreich Spanien zu befragen.

23 Vgl. dazu auch den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kommunalverfassungsrechts des Landes Sachsen-Anhalt zur Fortentwicklung sonstiger kommunalrechtlicher Vorschriften, LT-Drucks. LSA 6/2247.

24 Anders als auf Landesebene plant Bayern die Einführung von Befragungen auf kommunaler Ebene gegenwärtig nicht. Zu Bürgerbefragungen siehe insbesondere *Everts*, Plebiszitäre Unterschriftenaktionen, 2004, S. 39 ff. u. 197 ff.; *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 272 ff., 283 ff.; *Schellenberger*, VBIBW 2014, 46 ff.

25 Vgl. dazu bspw. *Rehmet*, Konsultative Volksabstimmungen/Volksbefragungen, 2014, S. 6 ff.; *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 172 ff.

26 Dazu *Mayer*, JRP 2001, 113 ff.; *Thienel*, JRP 2000, 327 ff.

27 Anderes gilt auf kommunaler und auf Landesebene. Vgl. zu einer Wiener Volksbefragung *ÖstVerfGH*, *ÖJZ* 2014, 328 ff.

28 Siehe dazu *ÖstVerfGH*, *ÖJZ* 2013, 987 ff.

Sie wollte damit die Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichtshofs, einen Volksentscheid für unzulässig zu erklären,²⁹ (in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise) umgehen.

2. Demokratiethoretische Funktion und partizipatorischer Mehrwert

In ihrer hybriden Gestaltungsform erweitert die Befragung das Kaleidoskop der Partizipationsmöglichkeiten um eine neue Facette staatsbürgerlicher Teilhabe an der politischen Willensbildung.

Die aktive Einbindung in die demokratische Entscheidungsfindung fördert das Interesse der Bürger am Gegenstand der Befragung und beflügelt den diskursiven Austausch unterschiedlicher Standpunkte in der öffentlichen Debatte (*Partizipationsfunktion*).³⁰ Die Befragung sammelt dadurch entscheidungsrelevante Präferenzinformationen der Bürger ein und gibt dem Repräsentativorgan eine Orientierungshilfe für die eigene Entscheidungsfindung an die Hand (*Informationsfunktion*).³¹ Diesem öffnet sich ein Weg, den eigenen Entscheidungsprozess mit dem auf gesicherter Grundlage ermittelten Willen des Souveräns zu synchronisieren. Dies kann zugleich die getroffene Entscheidung auf eine breitere legitimatorische Grundlage stellen und verleiht ihr im Idealfall eine höhere Akzeptanz (*Legitimations- und Akzeptanzfunktion*) – ohne das Repräsentativorgan notwendig an die Meinung des Volkes zu binden.³²

Die Befragung ist insoweit ein proaktives Instrument „kommunikativer Demokratie“³³, das Konfliktherde frühzeitig sichtbar machen und zu deren Eindämmung beitragen kann. Gerade in Fällen, in denen zentrale Weichenstellungen für die Zukunft zu treffen sind, entfaltet ein zeitgerechter Dialog zwischen den Bürgern und ihrer Vertretung regelmäßig heilsame, den Prozess demokratischer Entscheidungsfindung ergänzende Wirkun-

29 Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, abrufbar unter: http://www.tri-bunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2014_026/2013-01389STC.pdf.

30 *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 37 f., 55 f.; siehe zu weiteren Zielen von Beteiligungsverfahren bspw. auch *Zschiesche*, Öffentlichkeitsbeteiligung in umweltrelevanten Zulassungsverfahren, 2015, S. 53 u. 57 ff.

31 *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 37.

32 *Burgi* (Fn. 4), 37; *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 38 ff. u. 284.

33 *Oberreuter*, APuZ 1983, B 2, 19 (29).

gen. Eine Bürger-/Volksbefragung generiert dann ihren besonderen partizipatorischen Mehrwert: Sie fungiert als Stethoskop der Demokratie, das den Herzschlag des Volkes abhört. Das bereits vorhandene Operationsbesteck der Bürgerbeteiligung kann sie um ein hilfreiches Instrument ergänzen, das den Kreislauf der Meinungen gemeinwohlfördernd im Blick behält und einem Infarkt des politischen Systems wirksam vorbeugen kann.

So sinn- und reizvoll die Integration konsultativer Elemente in die Staatsordnung auch erscheint: Jede Neuerung im demokratischen Gemeinwesen will wohl überlegt sein: „Ehe du anfängst, den Staat neu zu ordnen, grabe deinen Garten dreimal um,“ mahnte bereits *Konfuzius*.

Der institutionelle *Mehrwert* einer Volks- und Bürgerbefragung im Verhältnis zu anderen Instrumenten der Bürgerbeteiligung erschließt sich nicht auf den ersten Blick,³⁴ besteht doch bereits ein vielgestaltiges Set von Handlungsoptionen, die auf die gleichen Ziele ausgerichtet sind, welche auch die Befragung intendiert.

Auf der einen Seite steht dem Parlament bzw. der Gemeindevertretung die Möglichkeit offen, den Bürgerwillen durch demoskopische Untersuchungen privater Institute ermitteln zu lassen oder ihn durch behördliche Umfragen selbst zu erforschen; zahlreiche Gemeinden installieren Bürgerräte und Bürgerpanels, welche einen repräsentativen Querschnitt der Wahlbevölkerung in die Entscheidungsfindung einbeziehen, und lassen ihre Bürger via Bürgerhaushalt an der kommunalen Budgetplanung teilhaben, ohne dass dies gesetzlich ausdrücklich geregelt ist oder ein gesetzlicher Regelungsbedarf angemahnt worden wäre (a).

Auf der anderen Seite sind Bürger- und Volksentscheide als verbindliche Mitwirkungsformen bereits in allen Ländern umfänglich ausgebaut (b). Sie reichen in ihrem Anwendungsbereich auf staatlicher Ebene zum Teil auch über den originären Bereich der Gesetzgebung hinaus. So kann das Volk etwa in Hamburg bereits jetzt eine „Befassung [des Parlaments] mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung (andere Vorlage) beantragen“ (Art. 50 Abs. 1 S. 1 HmbVerf).³⁵

34 Vgl. auch *Thum* (Fn. 4), 226.

35 So auch wörtlich Art. 48 Abs. 1 S. 1 SchlHVerf. Ähnlich in Berlin (Art. 62 Abs. 1 S. 2 BerlVerf). Das Volksbegehren kann dort auf „sonstige Beschlüsse“ gerichtet sein.

- a) Abgrenzung zu demoskopischen Erhebungen und informellen Konsultationen der Bürger
- aa) Meinungsumfragen

Bürger- und Volksbefragungen zielen zwar ebenso wie repräsentative Meinungsumfragen auf die Erhebung eines Stimmungsbildes in der Wahlbevölkerung.³⁶ Sie erschöpfen sich jedoch nicht in einer Bestätigung dessen, was Demoskopien bzw. informelle Konsultationen der Bürger ohnehin längst ermittelt haben. Den Studien von Meinungsforschungsinstituten – deren „Einflüsterung“ sich insbesondere die Bundesregierung (der machiavellischen Losung „Erfolgreich ist nur der, der seine Handlungsweise mit dem Zeitgeist in Einklang bringt“ folgend) reichlich bedient – fehlen sowohl der Charakter der Amtlichkeit als auch die Richtigkeitsgewähr der Übereinstimmung mit dem nach demokratischen Grundsätzen ermittelten Willen des Souveräns. Anders die Bürger-/Volksbefragung: Bei ihr handelt es sich ihrem Wesen nach um einen formellen, nach Wahlrechtsgrundsätzen konzipierten Akt kommunaler bzw. staatlicher Willensbildung. Im Gegensatz zu demoskopischen Meinungserkundungen beschränkt sie sich nicht auf Stichproben, sondern bezieht *alle* Bürger in ihr Verfahren unter Beachtung der formellen Bindungen, denen auch eine Wahl oder Abstimmung unterworfen ist, ein. Der Teilnehmerkreis einer Befragung ist aufgrund ihres Charakters als Vollerhebung umfassender und das Verfahren zur Erhebung des Bürgerwillens formalisierter als bei Meinungsumfragen.

Das Ergebnis einer Bürger-/Volksbefragung muss deshalb indes nicht notwendig repräsentativer sein als dasjenige einer demoskopischen Erhebung. Im Gegenteil: Da die Bürger-/Volksbefragung keine Abstimmungspflicht etabliert, kann eine Meinungsumfrage im Einzelfall sogar aussage-

36 Ihre funktionale Nähe veranlasste den Staatsvertrag über Bildschirmtext aus dem Jahr 1983 noch, Meinungsumfragen mittels Bildschirmtext über Angelegenheiten, welche die Repräsentativorgane verhandeln, für unzulässig zu erklären, Art. 11 Abs. 1 S. 1 des Staatsvertrages über Bildschirmtext vom 18.3.1983, Hess-GVBl. I, S. 91; siehe dazu auch die Begründung HessLT-Drucks. 10/642, S. 26 f.

kräftiger sein,³⁷ bildet sie doch einen repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung ab.

bb) Informelle Konsultationen der Bürger, insbesondere Bürgerräte, Bürgerpanels und Bürgerhaushalte

In ihrem inneren Anspruch, den Bürgerwillen entsprechend demokratischen Abstimmungsgrundsätzen zu erfassen, unterscheiden sich Bürger- und Volksbefragungen auch von Bürgerräten³⁸, Bürgerpanels³⁹ und Bürgerhaushalten⁴⁰ sowie anderen Formen informeller Konsultation der Bürger. Bei ihnen handelt es sich um Foren für engagierte und interessierte Teile der Bevölkerung und informelle Ideenwerkstätten – nicht aber um Bestandteile unmittelbarer staatlicher oder kommunaler Willensbildung. Selbst wenn sie sich, wie Bürgerpanels, aus einer repräsentativen Gruppe von Bürgern rekrutieren, sind sie nicht auf ein auf der Grundlage demo-

37 Zur Kritik an ihrem Rationalitätsgewinn für den demokratischen Diskurs *Rottleitner*, Demokratie, Demoskopie – und Bud Spencer, in: Bäuerle/Dann/ Wallraabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, 2013, 293 (302 ff.); optimistischer demgegenüber *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 290 f.

38 Bürgerräte sind (typischerweise zweitägige) Verfahren, bei denen eine Gruppe von acht bis zwölf, jeweils nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Bürgern in einem moderierten Gesprächsprozess konsensuale Problemlösungen zu einem lokalen Thema erarbeiten. Die Ergebnisse werden in einer Stellungnahme festgehalten und mit der Öffentlichkeit diskutiert. Dazu etwa *Arbter*, Standards der Öffentlichkeitsbeteiligung: Praxisleitfaden, 2011, S. 40; *Nanz/Fritsche*, Handbuch Bürgerbeteiligung: Verfahren und Akteure, Chancen und Grenzen, 2012, S. 50 ff.

39 Bürgerpanels eröffnen einem repräsentativ nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Bevölkerungsquerschnitt (regelmäßig mind. 500 Bürger) die Möglichkeit, sich zu kommunalen Themen zu äußern und als Impulsgeber Ideen in den politischen Willensbildungsprozess einzuspeisen. Dazu *Klages/Daramus/ Masser*, Bürgerbeteiligung durch lokale Bürgerpanels, 2008; *Nanz/Fritsche* (Fn. 38), S. 49 f.; *Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt Berlin*, Handbuch zur Partizipation, 2. Aufl., 2012, S. 323.

40 Bürgerhaushalte laden die interessierte Bevölkerung ein, sich mit Vorschlägen zu Einsparungen oder neuen Ausgabengewichtungen an der kommunalen Haushaltsplanung zu beteiligen. Dazu etwa *Hellermann*, DVBl. 2011, 1195 ff.; *Martini*, Vom heimischen Sofa in die digitale Agora: E-Partizipation als Element einer lebendigen Demokratie, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Neubestimmung der Privatheit, 2014, 193 (215 f.); *Masser/Pistoia/Nitzsche*, Bürgerbeteiligung und Web 2.0, 2013, S. 37 ff.; *Thormann*, DÖV 2013, 325 ff.

kratischer Abstimmungsgrundsätze erhobenes, repräsentatives Meinungsbild angelegt. Anders als die Befragung adressieren sie auch nicht zwingend allein die Wahlberechtigten, sondern stehen grundsätzlich jedermann offen, der sich mit Ideen für das *bonum commune* einbringen möchte.

Eine Bürger-/Volksbefragung ermittelt die öffentliche Meinung bewusst als Teil der staatlichen bzw. kommunalen Entscheidungsfindung auf Veranlassung von Verfassungs- bzw. Selbstverwaltungsorganen. Der Souverän macht dabei in derselben Weise (und grundsätzlich nach denselben Regeln) wie bei Wahlen von seinem staatsbürgerlichen *status activus* Gebrauch.⁴¹ In der Bürger- bzw. Volksbefragung vollzieht sich deshalb Teilhabe an der Ausübung hoheitlicher Entscheidungsgewalt⁴² – jenseits einer ausschließlich im gesellschaftlichen Bereich verwurzelten Meinungserkundung.⁴³ Die Befragung lässt das Volk als Organ staatlicher bzw. kommunaler Willensbildung zu Wort kommen⁴⁴ – und spricht es als ebensolches an. Dass die Befragung nicht in eine rechtlich bindende Willensentscheidung mündet, ändert daran nichts. Denn Staatswillensbildung ist nicht notwendig an unmittelbar rechtsverbindliche Wirkungen gebunden.⁴⁵

41 In diesem Sinne auch BVerfGE 8, 104 (115); *Ebsen*, AöR 110 (1985), 2 (23 f.); *Heußner/Pautsch*, NVwZ-Extra 2014, 1 (3); *Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, 2009, Rn. 248 f.

42 Vordergründig a.A. BVerfGE 83, 60 (74): „Aus dem Bereich des demokratisch zu legitimierenden Handelns scheiden bloß vorbereitende und rein konsultative Tätigkeiten grundsätzlich aus. [...] Verdichtet sich indes die unverbindliche, bloß beratende Teilhabe an der Verwaltung zur Mitentscheidung (vgl. dazu Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, 175 [183 f.]), so wird staatliche Herrschaft ausgeübt, die stets demokratisch, d. h. vom Staatsvolk, legitimiert sein muß.“ Die Passage insinuiert eine staatsrechtlich relevante Trennlinie zwischen (nicht legitimationsbedürftiger) *Mitwirkung* und (legitimationsbedürftiger) *Mitentscheidung*. Sie bezieht sich allerdings lediglich auf Beiräte und sonstige *Expertengremien*, die mit *beratenden Aufgaben* befasst sind. Die formelle Mitwirkung des Volkes in Gestalt von – verbindlichen oder unverbindlichen – Abstimmungen an der staatlichen Willensbildung geht demgegenüber immer mit einer Ausübung von Staatsgewalt einher.

43 BVerfGE 8, 104 (114); 8, 122 (133 f.); a.A. Gesetzesentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Landeswahlgesetzes, BayLT-Drucks. 17/1745, S. 4.

44 BVerfGE 8, 104 (114 u. 116 f.); *Everts* (Fn. 24), S. 102 u. 393.

45 BVerfGE 8, 104 (114). Dazu im Weiteren insbesondere I. 3., S. 25 ff.

b) Abgrenzung zu dezisiven Formen direkter Demokratie

Auch von den in den Kommunal- bzw. Landesverfassungen bereits etablierten Instrumenten des Einwohnerantrags, des Bürger-/Volksbegehrens und -entscheidens unterscheidet sich die Befragung in ihrem Wesen. Bei jenen geht die Initiative regelmäßig von dem Souverän selbst aus; sie sind Teil einer Demokratie „von unten“. Die Bürger-/Volksbefragung legt die Initiativgewalt demgegenüber regelmäßig (wenn auch nicht notwendigerweise) in die Hände des Repräsentativorgans – und ist damit eine Erscheinungsform einer Demokratie „von oben“.⁴⁶

Zwar kennen auch einige Kommunal-⁴⁷ und Landesverfassungen⁴⁸ bereits Erscheinungsformen einer solchen „top-down“-Demokratie, die in einen Bürger-/Volksentscheid münden: das (dezisive) Ratsreferendum bzw. das Volksreferendum. Aber auch von diesen Instrumenten unterscheidet sich die Bürger-/Volksbefragung in zwei Aspekten: Sie presst sich zum einen nicht notwendig in das Korsett des „Ja/Nein-Schema“;⁴⁹ vielmehr kann sie grundsätzlich auch weitere Teilaspekte mit differenzierten Antwortmöglichkeiten bei der Erforschung der Meinung einbeziehen.⁵⁰

Vor allem fehlt der Befragung zum anderen – im Unterschied zum Entscheid⁵¹ – die rechtliche Bindungswirkung.⁵² Sie ist nicht auf eine ver-

46 Kritisch zur Volksbefragung insoweit bspw. *Möstl* (Fn. 4), 223.

47 Siehe § 21 Abs. 1 Bad-WürttGemO; Art. 18a Abs. 2 BayGO; Art. 12a BayLKRÖ; § 26 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 17a Abs. 1 S. 2 RhPfGemO; § 21a Abs. 1 S. 2 SaarlKSVG; § 24 Abs. 1 SächsGemO; § 27 Abs. 2 S. 1 KVVVG LSA; § 16g Abs. 1 SchlHGO.

48 Art. 60 Abs. 2 Bad-WürttVerf; Art. 75 Abs. 2 S. 2 BayVerf (bei Verfassungsänderungen); Art. 68 Abs. 3 Verf NRW; Art. 114 f. RhPfVerf (dazu *Martini*, in: *Brocker/Droege/Jutzi* (Hrsg.), *RhPfVerf*, 2. Aufl., 2014, Art. 114, Rn. 1 ff.); neuerdings auch Art. 50 Abs. 4b HmbVerf; dazu *Bü-Drucks.* 21/417, S. 2. Allgemein zu dem Instrument des Referendums: *Kämmerer/Ernst/Winter* (Fn. 20), 349 ff.

49 *Ziegler*, *Bürgerbeteiligung in der kommunalen Selbstverwaltung*, 1974, S. 230.

50 Vgl. auch BVerfGE 8, 104 (112) sowie II.5.b.bb, S. 66. Die differenzierteren Antwortmöglichkeiten stellen dann auch besondere Anforderungen an die Auswertung und Würdigung der Ergebnisse.

51 Vgl. zur zeitlichen Reichweite der Bindungswirkung etwa *Wittreck*, *Einleitung: Direkte und repräsentative Demokratie zwischen Konkurrenz und Konkordanz*, in: ders. (Hrsg.), *Volks- und Parlamentsgesetzgeber: Konkurrenz oder Konkordanz?*, 2012, S. 9 (16); *Martini*, *Wenn das Volk (mit)entscheidet...*, 2011, S. 65 ff. und 80 ff.; jüngst etwa VGH Baden-Württemberg, DVBl. 2015, 117 f.

bindliche Sachentscheidung des Volkes angelegt. Vielmehr soll sie dem Repräsentativorgan lediglich die Richtung der Bürgermeinung aufzeigen, ohne ihm inhaltlich rechtlich bindende Daumenschrauben anzulegen. Im Anschluss an die Befragung kann die Vertretung im Grundsatz weiterhin frei über den Sachgegenstand entscheiden.⁵³ Die Befragung nimmt damit als Hybrid eine Mittelposition zwischen klassischen Formen der Mitentscheidung des Volkes durch Bürger-/Volksentscheid auf der einen Seite und der Mitwirkung an der politischen Willensbildung durch informelle Gestaltungsformen deliberativer Demokratie auf der anderen Seite ein. Die Befragung ist insoweit gleichsam die „kleine Schwester“ des Bürger- bzw. Volksentscheids.

3. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Jeder Eingriff in das anatomische Gefüge direkter und indirekter Demokratie muss nicht nur guten kurativen Ideen folgen, sondern bedarf auch einer *lege artis*, also verfassungsgemäß, erfolgenden Umsetzung. Das konsultative Referendum verlangt insoweit besonderes handwerkliches Geschick: Auf der einen Seite spielt es mit der Glaubwürdigkeit des Prinzips der Volksherrschaft und ihrer Willensbildungssysteme, deren inneren Anspruch *Tom Stoppard* mit den Worten pointierte: „It’s not the voting that’s democracy, it’s the counting.“ Auf der anderen Seite erschöpft sich die Befragung allerdings auch nicht in einer unverbindlichen Meinungserhebung: In ihr äußert sich staatliche bzw. kommunale Willensbildung, die auf das Repräsentativorgan als Herzkammer des politischen Willensbildungssystems einwirkt.

52 Vgl. statt vieler BVerfGE 8, 104 (122); *Knemeyer*, Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik, 2. Aufl., 1997, S. 121; *Ziegler* (Fn. 49), S. 192; *Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland, 2008, 44.

53 Zu einer (bisweilen befürchteten) rechtlichen „Verantwortungsdiffusion“, die den Zusammenhang zwischen Kompetenz und Verantwortung durchbricht, indem sich das Parlament unter Berufung auf die Autorität des Volksvotums von eigener Verantwortung freizeichnet, kommt es daher nicht. So aber *Heußner/Pautsch* (Fn. 41), 6; *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 370. Zu den verfassungsrechtlichen Auswirkungen einer politisch-faktischen Bindungswirkung aber sogleich unter 3.

Zwar beschneidet eine Befragung weder formell das Entscheidungsrecht des demokratisch legitimierten Organs noch beeinträchtigt sie abstrakt seinen Kompetenzbereich, da ihre Einleitung stets von seinem Initiativantrag abhängt. Als Ausfluss des Grundsatzes der Organtreue⁵⁴ ist das Repräsentativorgan lediglich dazu verpflichtet, das Ergebnis einer Befragung einer sachlichen Würdigung zu unterziehen und in seine politische Abwägung aufzunehmen.⁵⁵ Die Bevölkerung ist weder in der Lage, es dazu zu zwingen, eine Befragung einzuleiten noch ihre Ergebnisse umzusetzen. Es gilt insoweit das Zauberlehrling-Prinzip: „Als Geister ruft euch nur zu seinem Zwecke, erst hervor der alte Meister“.

Das zur Entscheidung berufene Organ wird dann die Geister der Bürgerbeteiligung, die es rief, aber nicht mehr ohne Weiteres los: Wer den Souverän in einer wahlrechtsähnlichen Weise an die Urne gerufen hat, wird sich über das Votum, das er dann bekundet, nur schwer hinwegsetzen können.⁵⁶ Die Befragung kann die Unvoreingenommenheit der Entscheidungsfindung in dem Repräsentativorgan beeinträchtigen und in der Bürgerschaft eine Erwartungshaltung auslösen, die jede Abweichung von dem Bürgervotum mit Frustration und Abwendung vom „politischen Zirkus“ quittiert. Sie entfaltet eine *faktische Bindungswirkung*, die in ihrer Intensität mitunter nahe an die rechtliche Bindungswirkung der dezisiven Volksabstimmung heranreicht.⁵⁷ In besonderer Weise gilt dies dann, wenn sich das Repräsentativorgan im Vorfeld selbst politisch dahin bindet, dem Votum der Bürger in jedem Falle Folge leisten zu wollen (sog. scheinconsultative Abstimmung).⁵⁸ Die Befragung kann die demokratisch legitimierten Entscheidungsträger dadurch zu „Geiseln der Volksmeinung“ machen.

54 Dazu etwa *Martini* (Fn. 51), S. 63, 84 ff.

55 Vgl. LVerfGE 19, 39 (56); a.A. *Burgi* (Fn. 4), 47.

56 Vgl. auch *Dach*, ZG 2 (1987), 158 (163); *Mörtl* (Fn. 4), 220 unter Hinweis auf eine Äußerung des Ministerpräsidenten *Horst Seehofer*; *Meyer*, Öffentliche Sitzung des Verfassungs- und Bezirksausschusses der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg vom 22.4.2015, Bü-Drucks. 21/2, S. 7.

57 Ebenso *Dach* (Fn. 56), 164; *Heußner/Pautsch* (Fn. 41), 3; *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 269.

58 *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 43. Vgl. etwa die Aussage des Berliner Sportsenators *Frank Henkel* im Falle der Befragung zur Bewerbung für die Olympischen und Paralympischen Spiele: Das Ergebnis sei zwar rechtlich nicht bindend, aber „der Senat wird das Votum akzeptieren, egal wie knapp es ist“; siehe *Anonymous*, Volksbefragung zu Olympia am 13. September, Welt online vom 20.1.2015. Solche Selbstbindungen kritisiert *Patzelt*, Welche plebiszitären Instrumente können

Nicht alleine das *amtliche Ergebnis* der Befragung ist geeignet, Druck auf das Repräsentativorgan auszuüben. Bereits ihre *Existenz* als solche kann den Handlungsspielraum des Parlaments bzw. der kommunalen Vertretung faktisch einengen: Verschließt sich das Repräsentativorgan – trotz einer hitzigen politischen Diskussion, die geradezu nach einer Konsultation des Souveräns ruft – dem politischen Wunsch nach einer Befragung, setzt es sich dem Vorwurf aus, die Meinung des Volkes, das zu vertreten es für sich reklamiert, nicht einmal hören bzw. wahrhaben zu wollen.⁵⁹ Dies kann gut organisierten Interessengruppen oder Rats- bzw. Parlamentsfraktionen eine scharfe Waffe in die Hand geben, mit der sich eine Konsultation politisch erzwingen lässt.⁶⁰ Sobald das Instrument der Befragung existiert, wirkt es als institutionelles Drohprojektil auf den politischen Diskurs des Gemeinwesens ein. Das von Aufträgen und Weisungen freie Mandat der Abgeordneten⁶¹ bzw. Gemeinderäte und die freie Willensbildung der Regierung als Teil des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung⁶² beeinträchtigt das zwar nicht unmittelbar rechtlich, sehr wohl aber politisch. Mittelbar kann die Befragung auf diese Weise das institutionelle Gefüge des demokratischen Entscheidungssystems nachhaltig verschieben. Zwar entspricht es auch dem Anspruch jeder informellen Konsultation, etwa eines Bürgerhaushalts, auf die Meinungsbildung der Entscheidungsträger einzuwirken. Die Bürger-/Volksbefragung formali-

wir brauchen?, in: Feld/Huber/Jung et al. (Hrsg.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, 2011, S. 63 (87 ff.) als an der „Grenze politischer Perversion“ sich bewegenden Prozess der Informalisierung des Politischen.

- 59 Vgl. dazu *Ebsen*, DVBl. 1984, 1107 (1110); in eine ähnliche Richtung argumentierend *Thum* (Fn. 4), 230.
- 60 Zu der Frage, welches Quorum für die Einleitung der Befragung sachgerecht ist bzw. ob die Berücksichtigung des Ergebnisses der Befragung – wie bei dem Bürger- bzw. Volksentscheid – von einem Beteiligungsquorum der Bürger abhängen sollte, siehe II. 2. a), S. 54 bzw. II. 2. b), S. 57.
- 61 Art. 38 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GG; Art. 27 Abs. 3 S. 2 Bad-WürttVerf; Art. 13 Abs. 2 S. 2 BayVerf; Art. 38 Abs. 4 S. 2 BerlVerf; Art. 56 Abs. 1 BbgVerf; Art. 83 Abs. 1 S. 3 BremVerf; Art. 7 Abs. 1 S. 2 HmbVerf; in Hessen fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung. Der Grundsatz des freien Mandats gilt dennoch; er lässt sich aus Art. 77 HessVerf ableiten; Art. 22 Abs. 1 Verf M-V; Art. 12 S. 2 NdsVerf; Art. 30 Abs. 2 Verf NRW; Art. 79 Abs. 2 S. 2 RhPfVerf; Art. 66 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 SaarlVerf; Art. 39 Abs. 3 S. 2 SächsVerf; Art. 41 Abs. 2 S. 2 LSA-Verf; Art. 17 Abs. 1 S. 2 SchlHVerf; Art. 53 Abs. 1 S. 2 ThürVerf.
- 62 BVerfGE 124, 78 (109). Dazu auch im Einzelnen I. 3. a) bb) (1), S. 31.

sieht diese Einwirkungsmöglichkeit durch ihre wahlaktsgleiche Ausgestaltung jedoch in einer für das staatliche System der Willensbildung relevanten Weise.⁶³

Die Zulässigkeit einer Bürger-/Volksbefragung ohne gleichzeitige Verfassungsänderung als Instrument einer Demokratie „von oben“ versteht sich insoweit nicht von selbst. Sich auf ihre rechtliche Unverbindlichkeit zurückzuziehen, erweist sich aufgrund ihrer faktischen Bindungswirkung in der politischen Wirklichkeit⁶⁴ häufig als Selbstbeschwörungsformel. Sie muss sich in ihrer Ausgestaltung sowie in ihrer faktischen Ausstrahlungs- und Bindungswirkung vielmehr in die Machtbalance einfügen, welche die Verfassung für das Verhältnis der Staatsorgane konzipiert hat.

a) Die Volksbefragung als Teilhabe des Volkes an der Ausübung von Staatsgewalt

Das GG zeigt sich in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG („und Abstimmungen“)⁶⁵ für eine direktdemokratische Mitwirkung an der Ausübung von Staatsgewalt grundsätzlich offen, zieht der Befragung aber zugleich auch Grenzen. Es kennt den Begriff und das Instrument der Volksbefragung – wenn auch nur an versteckter Stelle: Für den speziellen Ausnahmefall einer Neugliederung der Gebiete Badens, Württemberg-Badens und Württemberg-Hohenzollerns (Art. 118 S. 2 GG) sowie für die Änderung der Landeszugehörigkeit (Art. 29 Abs. 4, 5 und 6 GG) sieht es eine Befragung ausdrücklich vor.⁶⁶ Das legt für das übrige Koordinatensystem des GG einen

63 In diesem Sinne auch BVerfGE 8, 104 (114 f.); *Möstl* (Fn. 4), 220.

64 *Meyer* (Fn. 3), S. 69, ebenso im Rahmen der mündlichen Anhörung, Bü-Drucks. 21/2, S. 7. *Kämmerer* (Fn. 20), S. 74, geht von einer politischen, nicht aber einer rechtlichen Bindung aus. Skeptisch hingegen *Wagner*, Öffentliche Sitzung des Verfassungs- und Bezirksausschusses der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg vom 22.4.2015, Bü-Drucks. 21/2, S. 5.

65 Zu der Frage, ob Befragungen Abstimmungen in diesem verfassungsrechtlichen Sinne sein können, siehe (ablehnend) *Krause*, § 35 – Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2005, Rn. 24; anders zu Recht demgegenüber *Everts* (Fn. 24), S. 106 f.; *Neumann* (Fn. 41), Rn. 245 ff.

66 Ob diese nicht das gesamte Staatsvolk adressierenden Territorialplebiszite Abstimmungen i. S. d. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG sind, wird teilweise bezweifelt. Dazu m. w. N. zum Streitstand *Guckelberger* (Fn. 10), 6. Zur Praxis der Terri-

Gegenschluss nahe: Die Durchführung einer Volksbefragung ist die Ausnahme und steht grundsätzlich unter Verfassungsvorbehalt.⁶⁷ Da das Volk mit ihr an der Ausübung hoheitlicher Entscheidungsgewalt teilhat, bedarf sie einer näheren Ausformung in der Institutionenordnung.

Gleichzeitig lässt das GG den Ländern bei der Ausgestaltung direktdemokratischer Elemente in ihren verfassungsrechtlichen Ordnungen weiten Freiraum – vorausgesetzt, sie entleeren das als verfassungsrechtliches Essential in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehene Repräsentativorgan nicht vollständig seiner Funktion.⁶⁸

Die Landesverfassungen regeln bisher lediglich das Instrument der Volksinitiative, des Volksbegehrens und des Volksentscheids sowie in einzelnen Ländern das Verfassungsreferendum⁶⁹. Das indiziert eine grundsätzlich abschließende Ausgestaltung⁷⁰ der Formen direktdemokratischer Teilhabe des Volkes an der legislativen (aa) und exekutiven (bb) staatlichen Willensbildung.

torialplebiszite in der deutschen Verfassungshistorie *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 149 ff.

67 In diesem Sinne bereits etwa *Everts* (Fn. 24), S. 188; *Martini* (Fn. 51), S. 23; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl., 2010, Art. 20 Abs. 2, Rn. 162. A. A. *Burgi* (Fn. 4), 46, mit dem Argument, dass die Verfassung mit Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG „Wahlen und Abstimmungen“ noch vor der Aufteilung der Staatsgewalten vorsieht.

68 Vgl. dazu etwa BayVerfGH, Entscheidung vom 29.8.1987, NVwZ-RR 1998, 82 (85 f.); *Guckelberger* (Fn. 10), 11 f. m. w. N.

69 Siehe dazu Fn. 48.

70 In diesem Sinne jedenfalls Art. 66 Abs. 2 lit. a BremVerf: Die vom Volke ausgehende Staatsgewalt wird ausgeübt „unmittelbar [...] durch Abstimmungen (Volksentscheid) und durch Wahl zur Volksvertretung (Landtag)“; ferner Art. 71 HessVerf: „Das Volk handelt [...] unmittelbar durch Volksabstimmung (Volkswahl, Volksbegehren und Volksentscheid), mittelbar durch die Beschlüsse der verfassungsgemäß bestellten Organe“; Art. 2 Verf NRW: „Das Volk bekundet seinen Willen durch Wahl, Volksbegehren und Volksentscheid“; ähnlich Art. 45 S. 2 ThürVerf.

aa) Volksbefragungen zu Gegenständen der Landesgesetzgebung

Soll eine Volksbefragung auf den Prozess der Gesetzgebung einwirken, bedarf sie (entgegen häufig vertretener Auffassung)⁷¹ schon angesichts der prozeduralen und institutionellen Formenbindung der Gesetzgebung einer verfassungsrechtlichen Grundlage.⁷² Denn die Landesverfassungen haben die Gesetzgebung, insbesondere die Ausgestaltung ihrer Mitwirkungsformen, einer formalisierten und im rechtlichen Sinne abschließenden Ordnung unterworfen.⁷³ Diese umfasst insbesondere auch die Austarierung des Verhältnisses zwischen repräsentativ- und direktdemokratischen Elementen.⁷⁴ Der einfache Gesetzgeber darf sie nicht geräuschlos durch Einführung neuer Typen der Gesetzesmitwirkung, in denen sich Ausübung legislativer Staatsgewalt vollzieht, aus der Balance bringen.⁷⁵

71 *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 111 m. w. N.; *Elicker*, ZRP 2004, 225 (229); *Ebsen* (Fn. 41), 13 ff. (der Befragungen konsequenterweise zumindest aber einem Gesetzesvorbehalt unterworfen sieht [23 f.]); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig/Herzog et al. (Hrsg.), GG, Art. 20 Abs. 2 S. 2 (2010), Rn. 114 m. w. N.; *Hofmann*, Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 195; *Pieroth*, JuS 2010, 473 (477); *Volkmann*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), GG, Art. 20 C (2001), Rn. 59; prägnant *Pestalozza*, NJW 1981, 733 (735): „Denkbar ist auch, daß Regierungen von sich aus und ohne besondere einfachgesetzliche Ermächtigungen die Bürger befragen“; wie hier aber etwa *Dach* (Fn. 56), 162 ff.; *Everts* (Fn. 24), S. 162 ff.; *Heußner/Pautsch* (Fn. 41), 2 f.; *Kämmerer/Ernst/Winter* (Fn. 20), 352; *Sommermann* (Fn. 67), Art. 20 Abs. 2, Rn. 162; wohl auch BayVerfGH, Urt. v. 14.11.1994 – Vf. 95-IX-94, BeckRS 1994, 10093, Rn. 113 ff.; vorsichtig *Rommelfanger* (Fn. 17), S. 117 ff.

72 *Krause* (Fn. 65), Rn. 23, hält eine Volksbefragung per se für verfassungsrechtlich unzulässig. Sie verstoße gegen das Prinzip der Volkssouveränität und das Rechtsstaatsprinzip.

73 In diesem Sinne klar Art. 65 Abs. 2 S. 1 SaarlVerf („Der Landtag übt die gesetzgebende Gewalt aus, soweit sie nicht durch die Verfassung dem Volke unmittelbar vorbehalten ist“); ähnlich Art. 77 Abs. 1 LSAVerf; siehe etwa auch Art. 2 Abs. 4 S. 1 BbgVerf („Die Gesetzgebung wird durch Volksentscheid und durch den Landtag ausgeübt“); nahezu wortgleich Art. 48 Abs. 2 HmbVerf; Art. 107 RHPfVerf.; Art. 3 Abs. 2 S. 1 SächsVerf.; Art. 37 Abs. 2 SchlHVf.

74 Vgl. *Möstl* (Fn. 4), 220.

75 Vgl. auch das Delegationsverbot des Art. 70 Abs. 3 BayVerf („Das Recht der Gesetzgebung kann vom Landtag nicht übertragen werden, auch nicht auf seine Ausschüsse“); ähnlich Art. 65 Abs. 2 S. 2 SaarlVerf. Ferner BayVerfGH, Urt. v. 14.11.1994 – Vf. 95-IX-94, BeckRS 1994, 10093, Rn. 113 ff.; vgl. auch BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, 401 ff.

Die Landesverfassungen kennen nur ein Element der Volksbeteiligung „von unten“: den Volksentscheid und seine Vorstufen. Die Volksbefragung ist – als ihr konsultatives Gegenstück – plebiszitäres Element „von oben“ und hat damit eine andere Stoßrichtung.⁷⁶ Wie die anderen direktdemokratischen Erscheinungsformen räumt sie dem Staatsvolk aber eine aktive Mitwirkung an der Staatswillensbildung ein⁷⁷ und greift dadurch strukturell in den Gesetzgebungsprozess ein. Ohne Verfassungsänderung ausgeschlossen sind damit alle Volksbefragungen, die Gegenstände betreffen, welche durch formelles Gesetz – sei es im Haushaltsgesetz, sei es in materiellen Parlamentsgesetzen – geregelt werden müssen.

Das bayerische Gesetz zur Einführung von Volksbefragungen schließt folgerichtig Befragungen für Gegenstände der Gesetzgebung, also den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung von Gesetzen, ausdrücklich aus (Art. 88a Abs. 1 S. 2 BayLWG).⁷⁸ Es lässt sie nur für Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung zu, die sich im originären Kompetenzbereich der Exekutive bewegen.⁷⁹ Als Befragungsgegenstand verbleibt ihr grundsätzlich nur der engere Bereich staatlicher Primärverantwortung der Exekutive und vorparlamentarischer politischer Steuerung, etwa die Durchführung staatlicher Infrastrukturvorhaben oder die Ausübung gesellschaftsrechtlicher Mitwirkungsrechte des Staates bei öffentlich-privaten Partnerschaften.⁸⁰

bb) Volksbefragungen zu Gegenständen der politischen Staatsleitung

Lässt ein Gesetz (wie Art. 88a Abs. 1 S. 2 BayLWG) ausschließlich eine Volksbefragung zu Sachmaterien der Exekutive zu, umschiffen es verfassungsrechtlichen Klippen nur auf den ersten Blick. Denn auch in diesen Konstellationen wirkt die Volksbefragung unmittelbar auf die staatliche

76 Vgl. *Möstl* (Fn. 4), 221; a. A. *Thum* (Fn. 4), 225.

77 BVerfGE 8, 104 (114 f.); dazu auch bereits I. 2. a) bb), S. 23.

78 Dieser Ausschlussstatbestand trägt insbesondere der Rspr. des BayVerfGH Rechnung, der für Änderungen des Gesetzgebungsverfahrens eine Verfassungsänderung fordert, vgl. VerfGH 47, 265.

79 Zur Frage, ob Volksabstimmungen über Verwaltungsentscheidungen zulässig sind und wo die Grenzlinie verläuft, *Burgi* (Fn. 4), 35; *Guckelberger* (Fn. 10), 13 ff.; *Möstl* (Fn. 4), 222.

80 BayLT-Drucks. 17/1745, S. 5.

Willensbildung ein: Sie erzeugt eine faktische Bindung der Exekutive und reicht damit in deren verfassungsrechtlich geschützten Kompetenzbereich hinein.⁸¹ Nicht selten berührt eine exekutivische Volksbefragung durch ihre finanziellen Ausstrahlungswirkungen auch die Budgetverantwortung des Parlaments.⁸²

(1) Eigenständiger Kompetenzbereich der Exekutive

Die Landesverfassungen übertragen die Staatsleitung der Regierung.⁸³ Deren Kompetenzen grenzen sie durch Organisationsprinzipien gegeneinander ab – insbesondere die Ressorthoheit der Minister und die Richtlinienkompetenz des Ministerpräsidenten⁸⁴. Bei der Ausfüllung ihrer Kompetenzen verfügen die Regierung als Kollegialorgan und ihre einzelnen Handlungsträger über einen der Einwirkung anderer Organe entzogenen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung.⁸⁵

α) Inhalt des Kernbereichsschutzes

Merkmal dieser Eigenverantwortung ist ein „grundsätzlich nicht ausforschbarer Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich“, den die Regierung als eigenständiges Staatsorgan⁸⁶ nicht durch Zugriff einer anderen Staatsgewalt verlieren darf.⁸⁷ Dieser Kernbestand an Aufgaben ist Ausfluss des Grundsatzes der Gewaltenteilung, der alle drei Gewalten mit der

81 In diesem Sinne auch *Heußner/Pautsch* (Fn. 41), 3 f.; *Sommermann* (Fn. 67), Art. 20 Abs. 2, Rn. 162.

82 Zur Vereinbarkeit von Befragungen mit der verfassungsrechtlich verankerten Budgetverantwortung siehe im Einzelnen unten II.1.c.bb, S. 51.

83 Siehe etwa Art. 55 Abs. 1 BerlVerf („Die Regierung wird durch den Senat ausgeübt“); Art. 41 Abs. 1 Verf M-V („Die Landesregierung steht an der Spitze der vollziehenden Gewalt.“); Art. 26 Abs. 1 S. 1 SchlHVerf („Die Landesregierung ist im Bereich der vollziehenden Gewalt oberstes Leitungs-, Entscheidungs- und Vollzugsorgan.“).

84 Vgl. etwa Art. 89 BbgVerf, Art. 55 Abs. 1, 2 Verf NRW, Art. 76 Abs. 1 ThürVerf.

85 Vgl. etwa Art. 51 Abs. 2 SächsVerf; BVerfGE 22, 106 (111); 106, 51 (60). Dazu bspw. *Grzeszick* (Fn. 71), Art. 20, Rn. 88; *Schnabel/Freund*, DÖV 2012, 192 ff.

86 Vgl. z. B. Art. 98 ff. RhPfVerf.

87 BVerfGE 67, 100 (139).