Prof. Dr. jur. Josef Franz Lindner

Bayerischer Verfassungsgerichtshof

80097 München

[redacted]

20.11.2014

Meinungsverschiedenheit gem. Art. 75 Abs. 3 BV und Art. 2 Nr. 8, 49 VfGHG

Anlagen: (1) Vollmacht gem. Art. 16, 49 Abs. 2 Satz 2 VfGHG
(2) Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 29.04.2014 (Drs. 17/1745)
(3) Protokoll der 23. Sitzung des Rechts- und Verfassungsausschusses vom 16.10.2014

Im Rahmen einer Meinungsverschiedenheit (Art. 75 Abs. 3 BV, Art. 2 Nr. 8, 49 VfGHG) zwischen der

Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag
- Antragstellerin -
vertreten durch Herrn Univ.-Prof. Dr. Josef Franz Lindner

und

(1) der CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag sowie
(2) der Staatsregierung
- Antragsgegner -

wird unter Vorlage der in der Anlage beigefügten Vollmacht

beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass der Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 29.04.2014 (LT-Drs. 17/1745) die Verfassung des Freistaates Bayern verletzt.

2. Für den Fall, dass während dieses Verfahrens der unter 1. genannte Gesetzentwurf vom Landtag als Gesetz beschlossen und dieses vom Ministerpräsidenten ausgefertigt sowie bekannt gemacht wird: Es wird festgestellt, dass das Gesetz zur Änderung des Landeswahlgesetzes vom ... (GVBl ...) die Verfassung des Freistaates Bayern verletzt und deswegen nichtig ist.

Begründung:

Gliederung:

I. Gegenstand der Meinungsverschiedenheit
II. Bisheriger Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens
III. Zulässigkeit des Antrags
1. Statthaftigkeit der Verfahrensart
2. Gesetzentwurf (Drs. 17/1745) als geeigneter Gegenstand der Meinungsverschiedenheit
3. Antragsberechtigung
4. Vertretung durch Bevollmächtigten (Art. 49 Abs. 2 Satz 2 VfGHG)
5. Antragsgegner
6. Erkennbarkeit der Meinungsverschiedenheit bereits im Gesetzgebungsverfahren
IV. Begründetheit des Antrags (Verletzung der BV)
1. Verstoß gegen den Verfassungsvorbehalt
a) formell
b) materiell: Beeinträchtigung der verfassungsmäßigen Machtverteilung
aa) Relativierung von Landtag und Wahlakt
bb) Machtverschiebung zu Gunsten der Staatsregierung
(1) Staatsregierung als Gubernative
(2) Staatsregierung als Exekutive
(3) Verletzung des Ressortprinzips
cc) Relativierung der parlamentarischen Verantwortung der Staatsregierung
2. Verstoß gegen Art. 16a BV

I.

Gegenstand der Meinungsverschiedenheit ist die Frage, ob der im Antrag näher bezeichnete Gesetzentwurf der Staatsregierung (genauer: das durch den Gesetzentwurf dem Landtag zur Beschlussfassung vorgelegte Gesetz zur Änderung des Landes-

wahlgesetzes, LWG) gegen die Bayerische Verfassung verstößt und diese deswegen verletzt.

Der neu in das LWG einzufügende Art. 88a lautet:

„Art. 88a Volksbefragung

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

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

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

Zusätzlich werden durch den Gesetzentwurf Folgeänderungen in Art. 1, 3 und 6 des LWG vorgenommen.

II.

Der Gesetzentwurf der Staatsregierung wurde in deren Namen vom Ministerpräsidenten im Landtag eingebracht (Art. 71 Alt. 1 BV). In der ersten Lesung vom 7.5.2014 wurde vom Plenum beschlossen, den Gesetzentwurf an den federführenden Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen zu überweisen. Dort fand am 16.10.2014 eine Expertenanhörung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung sowie zu zwei weiteren Gesetzentwürfen, die nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind, statt. Der Gesetzentwurf der Staatsregierung wurde im federführenden Ausschuss am 13.11.2014 erneut beraten. Die zweite Lesung hat bislang nicht stattgefunden, ein Gesetzesbeschluss des Landtags (Art. 72 Abs. 1 Alt. 1 BV) liegt noch nicht vor.

III.

Der Antrag ist zulässig.

1. Der Antrag ist statthaft. Nach Art. 75 Abs. 3 BV entscheidet der Verfassungsgerichtshof über Meinungsverschiedenheiten, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wird oder ob ein Antrag auf unzulässige Verfassungsänderung vorliegt. Zwar ist in Art. 75 Abs. 3

nicht die Fallkonstellation genannt, dass ein Gesetz oder Gesetzentwurf die Verfassung *verletzt*, mit dieser also nicht vereinbar ist. Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung, dass Art. 75 Abs. 3 BV auch die Überprüfung von Gesetzen dahingehend zulässt, ob sie die Bayerische Verfassung „verletzen". Art. 75 Abs. 3 BV will nach allgemeiner Auffassung die abstrakte Normenkontrolle (im Hinblick auf förmliche Gesetze) in Parallelität zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ermöglichen.

> *Brechmann/Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 75 Rn. 20; *Lindner/Möstl/Wolff*, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 75 Rn. 11; *Lindner*, Bayerisches Staatsrecht, 2011, Rn. 543 (mit Fn. 608); *VerfGH* vom 17.9.1999 Vf. 12-VIII-98 = BayVBl. 1999, 719 =VerfGH 52, 104/119. *VerfGH* vom 19.10.1994 Vf. 12-VII-92 und Vf. 13-VIII-92 = BayVBl. 1995, 143 ff. = VerfGH 47, 241/251.

Dies wird auch im Wortlaut von Art. 2 Nr. 8 und Art. 49 Abs. 1 VfGHG deutlich. Dort ist ausdrücklich von Verfassungsverletzung die Rede. Die Diskrepanz zwischen Art. 75 Abs. 3 BV und den genannten Vorschriften des Verfassungsgerichtshofsgesetzes führt nicht dazu, dass letztere verfassungswidrig wären. Vielmehr können nach Art. 67 BV dem Verfassungsgerichtshof durch Gesetz weitere Verfahren zugewiesen werden. Eine solche Zuweisung kann in Art. 2 Nr. 8, 49 VfGHG insoweit gesehen werden, als dort die in Art. 75 Abs. 3 BV selbst nicht genannte Verfassungsverletzung durch einfaches Gesetz erwähnt wird.

2. Der Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 29.4.2014 (Drs. 17/1745) ist auch geeigneter Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 BV. Zwar ist dort nur von „Gesetz" die Rede. Es herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass ein Gesetz bereits im Entwurfsstadium vor dem Gesetzesbeschluss nach Art. 72 Abs. 1 BV Gegenstand des Verfahrens nach Art. 75 Abs. 3 BV sein kann; man spricht insoweit von „vorbeugender Normenkontrolle".

> *Meder/Brechmann*, aaO, Art. 75 Rn. 20; *Lindner/Möstl/Wolff*, aaO, Art. 75 Rn. 11, 14.

Auch der Verfassungsgerichtshof geht in seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus, dass es grundsätzlich nicht erheblich ist, „wann die Meinungsverschiedenheit an den Verfassungsgerichtshof herangetragen wird".

> *VerfGH* vom 19.10.1994, Vf. 12-VII-92 und Vf. 13-VIII-92 = BayVBl. 1995, 143 ff. = VerfGH 47, 251/254.

Der Antrag auf Überprüfung durch den VerfGH kann also bereits während des Gesetzgebungsverfahrens gestellt werden. Gegenstand des Verfahrens ist dann streng genommen nicht das Gesetz selbst, sondern das durch den Gesetzentwurf, hier den Gesetzentwurf der Staatsregierung, in Aussicht genommene Gesetz. Die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten und damit Antragsberechtigten sollen nicht so lange warten müssen, bis das Gesetz

vom Ministerpräsidenten ausgefertigt und sodann im Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet ist. Vielmehr soll im Sinne eines objektiven Klarstellungsinteresses bereits vorher entschieden werden können, ob das durch einen Gesetzentwurf ins Auge gefasste Gesetz mit der Bayerischen Verfassung vereinbar ist oder nicht. Für den Fall, dass während der Anhängigkeit des Verfahrens nach Art. 75 Abs. 3 BV der Gesetzentwurf vom Landtag gem. Art. 72 Abs. 1 BV als Gesetz beschlossen wird, tritt an Stelle des streitgegenständlichen Gesetzentwurfs das vom Plenum beschlossene Gesetz.

3. Die Antragstellerin ist antragsberechtigt. Art. 75 Abs. 3 BV enthält zwar keine näheren Vorgaben für die Antragsberechtigung und die Antragsgegnerschaft. Diese werden durch Art. 49 VfGHG ausgestaltet. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift sind u.a. antragsberechtigt die mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile eines obersten Staatsorgans. Hierzu gehören auch die Fraktionen des Landtags. Der Landtag ist ein oberstes Staatsorgan, die Fraktionen sind Teile davon und in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattet (vgl. z.B. Art. 16a Abs. 2 BV). Die Antragstellerin „Bündnis 90/Die Grünen" ist eine Fraktion im Bayerischen Landtag.

4. Die Antragstellerin wird gemäß Art. 49 Abs. 2 Satz 2 VfGHG durch den Unterzeichneten als Bevollmächtigten vertreten. Der Unterzeichnete ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg und damit als „Rechtslehrer" an einer Hochschule (Art. 16 Abs. 4 VfGHG) geeigneter Bevollmächtigter.

5. Da das Verfahren nach Art. 75 Abs. 3 BV als Meinungsverschiedenheit zwischen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen (oder Teilen derselben) und damit als organstreitähnliches Verfahren streitig ausgestaltet ist, ist in der Antragsschrift auch der oder sind die Antragsgegner zu benennen. Als Antragsgegner kommen diejenigen in Betracht, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt und zuständigerweise ihre Meinung über die Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Gesetzes abgeben konnten und abgegeben haben. Dazu gehört zunächst die den Gesetzentwurf einbringende Staatsregierung (Art. 71 Alt. 1 BV) und die den Gesetzentwurf stützenden Fraktionen des Landtags. Vorliegend wird der Antrag nach Art. 75 Abs. 3 wegen des Gesetzentwurfs der Staatsregierung sowohl gegen diese als auch gegen die Fraktion der Christlich-Sozialen Union im Bayerischen Landtag gerichtet. Anders als die Antragstellerin halten Staatsregierung und CSU-Fraktion den Gesetzentwurf für verfassungskonform.

6. Die verfahrensgegenständliche Meinungsverschiedenheit bezieht sich auf die Frage, ob der Gesetzentwurf der Staatsregierung (bzw. genauer das durch den Entwurf in Aussicht genommene Gesetz zur Änderung des Landeswahlgesetzes) gegen die Verfassung verstößt, diese also verletzt. Dies ist nach Auffassung der Antragstellerin aus den unter IV. näher auszuführenden Gründen der Fall. Die Antragstellerin hat bereits während der Gesetzesberatungen im Landtag (wiederholt) deutlich gemacht, dass der Gesetzentwurf der Staatsre-

gierung ihrer Auffassung nach die Verfassung verletzt, insbesondere gegen den Vorbehalt der Verfassung und zudem gegen Art. 16a BV verstößt. Die Antragstellerin hat dies sowohl in der Sitzung des Rechts- und Verfassungsausschusses am 16.10.2014 als auch in der Sitzung des Rechts- und Verfassungsausschusses vom 13.11.2014 deutlich artikuliert, insbesondere durch Bezugnahme auf die Stellungnahmen der Sachverständigen Heußner und Lindner in der Expertenanhörung vom 16.10.2014.

> Siehe dazu das Wortprotokoll der Sitzung vom 16.10.2014, S. 37. Das Protokoll der Sitzung vom 13.11.2014 wird nachgereicht.

Insbesondere hat die stellvertretende Vorsitzende der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und Sprecherin für Inneres, Katharina Schulze, MdL, in den genannten Ausschusssitzungen auf die ihrer Meinung nach bestehende Unvereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit der Verfassung hingewiesen. Damit ist die Meinungsverschiedenheit zwischen der Antragstellerin und den Antragsgegnern, die den Gesetzentwurf für verfassungskonform halten, bereits während des Gesetzgebungsverfahrens hinreichend erkennbar geworden.

IV.

Der Antrag ist begründet. Das (in Aussicht genommene) Gesetz zur Änderung des Landeswahlgesetzes, insbesondere der neu in das Landeswahlgesetz einzufügende Art. 88a, mit dem das neue Institut der Volksbefragung eingeführt werden soll, verletzt in mehrfacher Hinsicht die Verfassung:

- Es ist mit dem Verfassungsvorbehalt nicht vereinbar (sogleich 1.) und

- verstößt gegen Art. 16a der Verfassung (unten 2.).

1. Der Gesetzentwurf der Staatsregierung hat lediglich eine einfachgesetzliche Regelung der konsultativen Volksbefragung im Regelungsrahmen des LWG zum Gegenstand. Das neu einzuführende plebiszitäre Instrument der Volksbefragung wird hingegen nicht auf der Ebene der Verfassung selbst verankert. Der Gesetzentwurf verstößt damit gegen den Vorbehalt der Verfassung, und zwar in formeller wie materieller Hinsicht.

a) Der im Prinzip des Vorrangs der Verfassung (vgl. insbes. Art. 55 Nr. 1 BV) fußende Grundsatz vom Verfassungsvorbehalt besagt in einer formellen Hinsicht, dass eine einfachgesetzliche Regelung nur ergehen kann, wenn die Verfassung den Gesetzgeber zu der entsprechenden gesetzlichen Regelung entweder ausdrücklich ermächtigt oder gar verpflichtet (Musterfall Art. 14 Abs. 5 BV) oder wenn sich aus einer Gesamtinterpretation der Verfassung ergibt, dass der Gesetzgeber sich eines bestimmten Regelungsgegenstandes annehmen darf. Ist beides nicht der Fall, kann die Regelung – vorbehaltlich des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV – nur auf der Ebene der Verfassung erfolgen.

- Erstere Konstellation ist vorliegend nicht gegeben. Die BV enthält keine Regelung, wonach der einfache Gesetzgeber ausdrücklich oder mitgedacht berechtigt wäre, das Institut der konsultativen Volksbefragung einzuführen. Eine entsprechende Regelungsbefugnis ergibt sich insbesondere nicht aus Art. 74 BV. Zwar sind dort als plebiszitäres Willensbildungselement das Volksbegehren und der Volksentscheid vorgesehen, jedoch ist die konsultative Volksbefragung davon nicht mit umfasst. Die konsultative Volksbefragung ist nicht etwa ein „Minus" gegenüber Volksbegehren und Volksentscheid, sondern ein Aliud.

- Allerdings ist eine gesetzliche Regelung nicht schon allein deswegen als Verstoß gegen den formellen Verfassungsvorbehalt zu qualifizieren, weil es keine ausdrückliche Regelungsermächtigung in der Verfassung gibt. Vielmehr ist der parlamentarische Gesetzgeber kraft seiner durch das Staatsvolk vermittelten demokratischen Legitimation berechtigt, sich jeglicher Regelungsmaterie anzunehmen, wenn er dabei den Grundsatz des Vorrangs der Verfassung beachtet. Der Grundsatz des formellen Verfassungsvorbehalts ist allerdings dann verletzt, wenn der Gesetzgeber sich einer Regelungsmaterie annimmt, derer er sich von Verfassungs wegen deswegen nicht annehmen darf, weil thematisch vergleichbare Regelungen auf Verfassungsebene bereits abschließend normiert und einer Erweiterung oder Modifizierung durch den einfachen Gesetzgeber nicht zugänglich sind. So liegt es hier. Der Verfassungsgeber hat sich bei der Ausgestaltung des Demokratieprinzips grundsätzlich für das repräsentativ-demokratische System entschieden (*VerfGH* vom 31.3.2000 – Vf. 02-IX-00 = BayVBl. 2000, 397 ff./398 = VerfGH 53, 42/61). Zwar sieht die Bayerische Verfassung auch plebiszitäre Elemente vor, zumal in Art. 74 BV, jedoch stehen die repräsentativen zu den plebiszitären Elementen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis (*VerfGH,* aaO). Die Entscheidungsfindung durch die Repräsentativorgane ist die Regel, die unmittelbare Aktivierung des Volkes als oberstes Staatsorgan außerhalb der Wahlen die Ausnahme. Auch wenn Art. 2 Abs. 2 BV Wahlen und Abstimmungen scheinbar auf eine gleiche Stufe stellt, ist die repräsentative Entscheidungsfindung von der BV als Regel konzipiert (*VerfGH*, aaO). Plebiszitäre Willensäußerungen sind insoweit möglich, als die Verfassung selbst diese vorsieht und damit zulässt. Dies ist in der BV an drei Stellen geschehen:

  - Nach Art. 18 Abs. 3 BV kann der Landtag auf Antrag von 1 Mio. wahlberechtiger Staatsbürger durch Volksentscheid abberufen werden.

  - Nach Art. 7 Abs. 2 Alt. 3 i.V.m. Art. 74 BV sieht der Verfassungstext die Beteiligung des Volkes in der Modalität von Volksbegehren und Volksentscheiden vor.

  - Schließlich bedürfen Gesetze des Landtags zur Änderung der Verfassung nach Art. 75 Abs. 2 BV der Zustimmung durch das Volk (obligatorisches Verfassungsreferendum).

Diese Regelungen der BV sind schon wegen ihrer (zumindest teilweisen) Detailgenauigkeit als abschließend anzusehen. Der Verfassungsgeber hat das soeben genannte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen repräsentativer und direktdemokratischer Willensbildung inhaltlich selbst und abschließend geregelt und daher auch abschließend festgelegt, in welchen Fällen das Volk als oberstes Staatsorgan unmittelbar zu Entscheidungen befugt oder an solchen zu beteiligen ist. Diese abschließenden verfassungsunmittelbaren Regelungen

sind vom einfachen Gesetzgeber nicht beliebig änder- oder erweiterbar. Es ist fernliegend anzunehmen, dass der Verfassungsgeber eine durchaus beachtliche Anzahl an weit reichenden und zum Teil detailliert ausgestalteten Beteiligungsrechten des Volkes vorsehen, darüber hinaus aber dem Gesetzgeber in diesem politisch und verfassungsrechtlich wie - theoretisch seit jeher umstrittenen Bereich eine beliebige Erweiterungsbefugnis zuerkennen wollte. Vielmehr sprechen Wortlaut und Systematik der Verfassung deutlich dafür, dass neuartige oder zusätzliche unmittelbare Beteiligungen des Volkes einer Verankerung im Verfassungstext selbst bedürfen. Für den abschließenden Charakter der Verfassung lässt sich ein weiteres systematisches Argument anführen: Die von der BV selbst vorgesehenen plebiszitären Elemente (insbes. Volksbegehren und Volksentscheid) sind – mit Ausnahme des obligatorischen Referendums für den Sonderfall der Verfassungsänderung nach Art. 75 Abs. 2 BV – Willensbildungsprozesse „von unten nach oben": Das Volk selbst ist es, das auf das Plebiszit zugreift – ggf. auch gegen den Willen der Staatsregierung und der parlamentarischen Mehrheit. Im Gesetzentwurf der Staatsregierung ist es aber gerade umgekehrt: er ermöglicht eine Volksbefragung „von oben nach unten" durch Beschluss und im politischen Ermessen von Staatsregierung und Landtag. Auch vor diesem systematischen Hintergrund wäre allenfalls und vorbehaltlich des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV die Verfassung selbst der richtige Regelungsort für das Gesetzesvorhaben der Staatsregierung.

b) Zusätzlich zur formal-systematischen Seite des Verfassungsvorbehaltes ist auf dessen materiellen Gehalt zu verweisen. Dieser ergibt sich ebenfalls aus dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung. Er besagt, dass die inhaltliche Grundkonzeption der Verfassung einer einfachgesetzlichen Regelung institutionell nicht entgegen stehen darf. Dies ist bei der Frage der Einführung von konsultativen Volksbefragungen oder Volksabstimmungen indes der Fall. Das mit dem Gesetzentwurf der Staatsregierung einzuführende Institut der konsultativen (also rechtlich nicht bindenden) Volksbefragung verändert die vom Verfassungsgeber austarierte Kompetenz- und Machtverteilung in substanzieller Weise und kann daher nicht vom einfachen Gesetzgeber, sondern nur vom verfassungsändernden Gesetzgeber eingeführt werden. Die Problematik eines evtl. Verstoßes solcher Verfassungsänderungen gegen Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV ist vorliegend nicht aufgeworfen, da der Gesetzentwurf der Staatsregierung nicht auf die Änderung der Verfassung selbst gerichtet ist.

Die Einführung konsultativer Volksbefragungen durch den neu ins LWG einzufügenden Art. 88a beeinträchtigt in mehrfacher Weise das in der Verfassung selbst festgelegte Kompetenzgefüge und führt damit in der Sache zu in der Verfassung selbst nicht angelegten Machtverschiebungen:

(1) Die verfassungsmäßig vorgesehene Rolle des Landtags und des diesen konstituierenden sowie legitimierenden Wahlaktes werden relativiert (aa.),

(2) die von der BV konzipierte Stellung des Ministerpräsidenten und der Staatsregierung wird zu Lasten des Landtags verschoben (bb.), und zwar

(3) insbesondere durch die Relativierung des Prinzips der parlamentarischen Verantwortung gegenüber dem Landtag (cc.) .

Weder lässt die Verfassung in ihrer geltenden Fassung diese Modifizierungen im Organisationsgefüge ausdrücklich oder stillschweigend zu noch enthält sie eine Ermächtigung oder gar einen Auftrag an den Gesetzgeber, solche Verschiebungen einfachgesetzlich vorzunehmen.

aa) Die selbst unmittelbar vom Volk angenommene BV hat sich – dem Vorbild vieler westlicher Demokratien folgend – im Jahr 1946 für die Ausgestaltung der Demokratie als primär repräsentative Demokratie entschieden, in der das Volk bei der Ausübung der Staatsgewalt repräsentiert wird (so ausdrücklich VerfGH v. 31.3.2000 – Vf. 2-IX-00 = BayVBl. 2000, 397 ff./398 = VerfGH 53, 42/61). Das Parlament, also der Landtag (Art. 13 BV), erfährt seine demokratische Legitimation (ausschließlich) durch das oberste Staatsorgan „Staatsvolk" mittels der periodisch wiederkehrenden Wahlen (Art. 14 BV). Zwar sieht die BV ergänzend und flankierend Möglichkeiten unmittelbarer Volksbeteiligung vor, insbesondere in der Modalität von Volksbegehren und Volksentscheid (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 [„Abstimmungen"], Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 74, 75 BV; s. auch soeben a.), jedoch ist das demokratische System der BV nach der Rechtsprechung des VerfGH ein primär repräsentatives (*VerfGH*, aaO). Die wahlberechtigten Bürgerinnen und Bürger wählen in freier, gleicher, geheimer, allgemeiner und unmittelbarer Wahl die Abgeordneten des Landtags. Diese Wahl ist nicht lediglich ein formaler Akt, nicht lediglich eine Wahl von Personen, sondern in der Sache gleichzeitig materiell eine Auswahl zwischen den vor allem in Wahl- und Parteiprogrammen verankerten und damit zur Wahl stehenden politischen Angeboten, Ankündigungen, Schwerpunkten und Leitlinien. Die Wahl erfolgt in der verfassungspolitischen (aber auch verfassungsrechtlichen) Erwartung, dass die gewählten Abgeordneten die programmatisch angekündigten Projekte nach Maßgabe der Mehrheitsverhältnisse im gewählten Landtag umsetzen werden. Regelmäßiger Bestandteil der politischen Wahlprogramme sind insbesondere solche Fragen, die von grundlegender und gesamtbayerischer Bedeutung sind, also solche Aspekte, für die nunmehr Volksbefragungen eingeführt werden sollen. Die zumal gesetzmäßige Entscheidung solcher Fragen weist die Verfassung maßgeblich dem Parlament zu. Dort findet in strukturierten Debatten in Plenum und Ausschüssen Rede und Gegenrede, mithin Deliberation statt, wodurch gerade bei politisch umstrittenen, komplexen Projekten die Rationalität, insbesondere Ausgewogenheit der Entscheidung generiert und maximiert, mindestens die Chance darauf erhöht wird. Auch wenn die BV daneben Volksbegehren und Volksentscheid als Instrumente der Gesetzgebung vorsieht, ist das Parlament doch der primäre und zentrale Ort demokratischer Entscheidungsfindung. Der *VerfGH* (a.a.O.) betont daher in seiner Rechtsprechung, dass die Funktions- und Handlungsfähigkeit des Repräsentativorgans während der gesamten Wahlperiode gewährleistet bleiben müsse. Dazu gehört nach Auffassung des VerfGH maßgeblich, dass sich Parlamentsmehrheit und Opposition mit solchen Themen befassen, die „innerhalb des politischen Konzepts liegen, zu dessen Verwirklichung sie vom Wähler beauftragt und demokratisch legitimiert worden sind".

> *VerfGH* vom 31.3.2000 – Vf. 2-IX-00 = BayVBl. 2000, S. 397/399 = VerfGH 52, 42/63.

Das demokratisch legitimierte Parlament soll also in der Lage sein, den sich im Wahlergebnis und den Mehrheitsverhältnissen spiegelnden „Wählerauftrag" inhaltlich und nach

Maßgabe der durch die Wahl bestimmten Mehrheitsverhältnisse abzuarbeiten, und sich nicht mit Themen außerhalb dieses Wählerauftrags befassen zu müssen. Tut das Parlament dies nicht oder nicht ausreichend, sind die jeweils nächsten Wahlen der Zeitpunkt, dafür Verantwortung zu übernehmen. Der maßgeblich vom VerfGH hergestellte legitimatorische Zusammenhang von Wahlakt und Parlamentstätigkeit bedeutet nun zwar keineswegs, dass sich das Parlament nicht auch solcher Themen annehmen könnte, die nicht Gegenstand des Wahlaktes waren, da ansonsten angesichts neu auftauchender Themen, Themen- und Problemverschiebungen und sonstiger tatsächlicher Entwicklungen gewissermaßen eine thematische Versteinerung des Parlamentsbetriebs eintreten würde, die der zentralen Rolle des Parlaments inadäquat wäre. Der von der BV vorausgesetzte Zusammenhang zwischen Wahlakt und parlamentarischer Befassung steht allerdings einer systematisch, zumal institutionell angelegten Änderung der Themenschwerpunkte parlamentarischer Arbeit durch unmittelbaren demokratischen Impuls während der Wahlperiode entgegen, wie ihn das Instrument der konsultativen Volksbefragung bedeuten würde. Der periodisch wiederkehrende und auch als Ort der politischen Schwerpunktsetzung dienende Wahlakt würde zumindest partiell entwertet, wenn zwischen den Wahlterminen über grundlegende Fragen der Politik erneut (und quantitativ unbegrenzt) unmittelbar durch das Volk durch Volksbefragung (faktisch) entschieden würde. Das von der BV errichtete System demokratischer Legitimation und Entscheidungsfindung mit Wahlakt und handlungsfähigem Parlament im Zentrum steht in konsultativen Volksabstimmungen liegenden „kleinen Landtagswahlen zwischendurch" strukturell entgegen. Das durch den demokratischen Wahlakt vom Staatsorgan „Volk" legitimierte Parlament steht in der Verantwortung, zumal im Zusammenwirken mit der Staatsregierung über grundlegende und landesweit bedeutsame Angelegenheiten selbst zu entscheiden – ein Gedanke, der auch dem Delegationsverbot des Art. 70 Abs. 3 BV zu Grunde liegt. Für die Entscheidungen (aber auch deren Unterlassen) verantworten sich die Abgeordneten beim nächsten Wahlakt. Die BV steht einer einfachgesetzlichen institutionellen Schwächung des Parlaments entgegen, die darin liegt, dass es über grundlegende und landesweit bedeutsame Vorhaben trotz eines durch den Wahlakt legitimierten „Wählerauftrags" nicht selbst entscheidet, sondern als Grundlage seiner Entscheidung eine (wenn auch nur konsultative) Volksabstimmung herbeiführt, mithin eine Abstimmung über Punkte, die im Regelfall bereits Gegenstand der periodisch wiederkehrenden Landtagswahlen waren. Grundlegende und landesweit bedeutsame politische Fragen sollen nach den Vorstellungen der Verfassung in einem strukturierten Diskussionsprozess im Parlament erörtert und dort einem politischen Bewertungs- und Abwägungsprozess unterzogen werden – ggf. mit fachlicher Unterstützung von Sachverständigen. In einem solchen parlamentarischen Verfahren liegt insgesamt ein von der Verfassung auch vorausgesetztes hohes Rationalitätspotential, das durch punktuelle Volksbefragungen relativiert werden würde – zumal angesichts der Tatsache, dass das Volk selbst nicht organisiert ist und auch unterschiedliche Meinungen kaum bündeln kann. In der Einführung punktueller konsultativer Volksabstimmungen „zwischendurch" liegt mithin nicht nur eine zumindest partielle Entwertung des Wahlaktes, sondern auch eine Relativierung des in der repräsentativen Demokratie liegenden und von der BV vorausgesetzten Rationalitätsreservoirs.

Dem lässt sich nicht entgegen halten, dass nach dem Gesetzentwurf der Staatsregierung nur Landtag und Staatsregierung gemeinsam eine Volksbefragung initiieren könnten (Art.

88a Abs. 1 Satz 1 LWG-Entwurf), so dass der Landtag es selbst in der Hand habe, seine zentrale Stellung durch thematische Volksabstimmungen während der Legislaturperiode zu relativieren oder nicht. Ein solcher Einwand würde nämlich übersehen, dass sich die die Staatsregierung stützenden Fraktionen einem entsprechenden Ansinnen der Staatsregierung politisch kaum entziehen könnten und würden. Des Weiteren steht den hier vorgetragenen verfassungsrechtlichen Erwägungen auch nicht entgegen, dass das Parlament an das Ergebnis einer konsultativen Volksbefragung nicht gebunden und daher in seiner Entscheidung frei sei. Dies ist zwar formal zutreffend und wird im Gesetzentwurf der Staatsregierung (Art. 88a Abs. 3 LWG-E) auch ausdrücklich betont. Jedoch handelt es sich dabei um eine formalistische Sichtweise: Daraus, dass das Parlament *rechtlich* an ein entsprechendes Votum des Volkes nicht gebunden ist, kann man nicht schließen, dass damit jegliche Bindungswirkung ausgeschlossen wäre. Denn von der rechtlichen ist die *faktische* Bindungswirkung zu unterscheiden. Das Ergebnis einer Volksbefragung wird, da es als Votum des obersten Staatsorgans „Volk" unmittelbares und starkes demokratisches Gewicht hat, nur im Ausnahmefall und unter besonderen Bedingungen vom Parlament ignoriert oder gar in sein Gegenteil verkehrt werden können. Die Nicht-Beachtung des Votums des Volkes in einer grundlegenden und bayernweit bedeutsamen Angelegenheit dürfte regelmäßig beim nächsten regulären Wahlakt „sanktioniert" werden und könnte im Extremfall sogar zu einer Auflösung des Landtags durch Volksentscheid (Art. 18 Abs. 3 BV) führen. Von einer faktischen Bindungswirkung der Volksbefragung geht auch der Ministerpräsident aus: „Man bräuchte schon sehr gute Argumente, um sich über das Ergebnis einer Volksbefragung hinwegzusetzen" (*Bayerische Staatszeitung* vom 9.5.2014). Im Übrigen ist die rechtliche Relevanz faktischer Wirkungen auch in anderen Bereichen des Verfassungsrechts, insbesondere in der Grundrechtsdogmatik (sog. „faktischer Grundrechtseingriff"), heute unbestritten.

> Vgl. zum Aspekt der faktischen Bindungswirkung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Frage des Verfassungsvorbehalts *U. Rommelfanger,* Das konsultative Referendum, 1988, S. 69, 123. Allerdings sei betont, dass die dortigen Ausführungen und Nachweise sich auf die Verfassungsordnung des Grundgesetzes beziehen und sich daher jedenfalls nicht eins zu eins auf die Bayerische Verfassungslage übertragen lassen; vgl. auch *H.K. Heußner,* Der Griff nach dem Plebiszit, NVwZ-Extra_2014_10.pdf.

Die faktische Bindungswirkung konsultativer Volksabstimmungen für den Landtag stellt die durch den Wahlakt begründete und von der Verfassung vorausgesetzte starke Repräsentationsfunktion des Parlaments zumindest partiell in Frage. Dort dürfte nach einer Volksabstimmung nicht mehr aufgrund und unter maßgeblicher Bezugnahme des Ergebnisses der jeweils letzten Landtagswahlen und der dort zur Abstimmung gestellten Wahlprogramme diskutiert und entschieden werden, da das Ergebnis der konsultativen Volksabstimmung das Wahlergebnis und den darin liegenden Wählerauftrag gewissermaßen politisch und demokratisch „überholt". Ein solches legitimatorisches Überholen steht der BV in ihrer Schwerpunktsetzung auf eine repräsentative, wahlvermittelte Form demokratischen Entscheidens aber gerade entgegen, es kann daher auch durch den einfachen Gesetzgeber nicht eingeführt werden. Man mag hiergegen einwenden, dass sich in der politischen Praxis immer wieder auch grundsätzliche Fragestellungen ergeben, die entweder neu sind und

daher nicht Gegenstand einer Landtagswahl sein konnten oder die angesichts tatsächlicher, rechtlicher oder politischer Entwicklungen in einem anderen Licht erscheinen; in solchen Fällen müsse es doch möglich sein, für Entscheidungen zur zusätzlichen demokratischen Absicherung das Volk zu befragen. Dieser zunächst durchaus nachvollziehbare Einwand verkennt aber, dass die BV als legitimatorischen Akt nur die periodisch wiederkehrenden Wahlen vorsieht (wenn man vom Institut des Volksbegehrens und Volkentscheids absieht). Die BV geht davon aus, dass das demokratisch legitimierte Parlament aufgrund des in der Wahl liegenden Wählerauftrags entsprechende grundlegende (und auch neu auftauchende) Fragen selbst kraft seiner Legitimation und der sich im Wahlergebnis widerspiegelnden Mehrheitsverhältnisse beantwortet. Anders formuliert: Weder sieht die BV die Möglichkeit „kleiner Landtagswahlen" (als solche würden Volksabstimmungen zu grundlegenden Fragen wohl faktisch verstanden und auch durch entsprechende „Wahlkampfaktionen" flankiert werden) zwischen den regulären Wahlen vor noch lässt sie deren Einführung durch den einfachen Gesetzgeber zu. Vor diesem Hintergrund ist auch zu berücksichtigen, dass – jedenfalls faktisch-politisch – die Existenz der Möglichkeit, zu bestimmten grundlegenden Fragestellungen Volksbefragungen vorzunehmen, tendenziell dazu führt, gerade in schwierigen Fallgestaltungen von diesem Instrument auch Gebrauch zu machen und von einer eigenständigen Entscheidung, wozu Staatsregierung und Landtag berufen sind, zunächst abzusehen. Der faktisch-politische, zumal medial aufgebaute Druck auf das Parlament, bei einem politisch wichtigen Thema von einer eigenen (parlamentarischen) Entscheidungsfindung zunächst abzusehen und zuvor eine Volksabstimmung zu initiieren oder ihr zuzustimmen, wird in der politischen Lebenswirklichkeit realistischer Weise nicht in Abrede gestellt werden können, schwächt die Position des Parlaments jedoch abermals. Die Öffentlichkeit wird erwarten, dass von der Möglichkeit der konsultativen Volksbefragung oder Volksabstimmung auch Gebrauch gemacht wird. Die dem Organisationsrecht der BV zuwiderlaufende institutionelle Schwächung von Parlament und Wahlakt wird mithin auch eine faktische sein.

bb) Neben der Schwächung von Parlament und Wahlakt würde die Einführung einer konsultativen Volksbefragung zu einer strukturellen Stärkung der Stellung der Staatsregierung führen. Nach Art. 43 Abs. 1 BV hat die Staatsregierung zwei grundlegende Aufgaben, nämlich zum einen die staatsleitende Funktion und zum anderen die vollziehende Funktion. Sowohl als Gubernative (1) als auch als Exekutive (2) wird das von der BV ohnehin als sehr hoch konzipierte Gewicht der Staatsregierung durch das Instrument der konsultativen Volksabstimmung tendenziell noch weiter gestärkt. Zu einer solchen Verschiebung ist der einfache Gesetzgeber jedoch nicht befugt. Hinzu kommt eine Verletzung des Ressortprinzip (3).

(1) Auch die Staatsregierung bezieht ihre Legitimation grundsätzlich aus dem Wahlakt des Staatsvolkes. Durch die Wahl des Ministerpräsidenten durch den Landtag (Art. 44 Abs. 1, 2 BV), durch die Zustimmung des Landtags zur Berufung der Staatsminister und Staatssekretäre (Art. 45 BV), durch die Zustimmung des Landtags zur Bestellung des Vertreters des Ministerpräsidenten (Art. 46 BV) sowie durch die Bestätigung nach Art. 49 BV (Festlegung der Zahl und Abgrenzung der Geschäftsbereiche) besitzt die Staatsregierung eine starke demokratische Legitimation zur Erfüllung ihrer Leitungsaufgabe nach Art. 43 Abs.

1 BV. Auf der Basis dieser Legitimation kann und muss sich die Staatsregierung als Gubernative aller Themen politisch-grundsätzlicher Art annehmen, die in einem weiteren Sinne den Freistaat Bayern betreffen. Es sind dies gerade auch solche Themen, für die im vorliegenden Gesetzentwurf der Staatsregierung Volksbefragungen vorgesehen werden können, nämlich Vorhaben des Staates von landesweiter (und damit zumeist auch grundsätzlicher) Bedeutung. In ihrer Leitungsfunktion ist die Staatsregierung kraft ihrer demokratischen Legitimation eigenständig und eigenverantwortlich (Kernbereich der Tätigkeit der Staatsregierung). Die Meinungsbildung erfolgt innerhalb der nach Art. 43 BV zusammen gesetzten Staatsregierung nach Maßgabe einer gemäß Art. 53 BV zu erlassenden Geschäftsordnung, nach Art. 52 BV unterstützt durch die Staatskanzlei. Grundsätzliche Angelegenheiten fließen häufig (freilich nicht stets und zwingend) in die Erstellung von Gesetzentwürfen ein, über die die Staatsregierung beschließt und die der Ministerpräsident namens der Staatsregierung dem Landtag vorlegt (Art. 71 Alt. 1 BV). Die BV geht davon aus, dass sich die Staatsregierung für ihre Gesetzentwürfe und sonstigen wesentlichen (zu allermeist auch haushaltswirksamen) Projekte im Parlament jeweils eine Mehrheit sichern muss. Dies funktioniert in der parlamentarischen Praxis in der Weise, dass die die Staatsregierung tragenden Fraktionen den von der Staatsregierung vorgelegten Gesetzentwürfen oder sonstigen Vorlagen mit wesentlichem und damit dem Parlamentsvorbehalt unterliegendem Inhalt regelmäßig – ggf. mit Modifikationen – zustimmen. Die BV ermöglicht es der Staatsregierung hingegen nicht, ihren Leitentscheidungen, Gesetzentwürfen und sonstigen Vorlagen eine demokratisch höhere Dignität zu verleihen. Die Staatsregierung hat de constitutione lata kein Recht, über grundlegende Angelegenheiten der Leitungsfunktion eine Volksabstimmung herbeizuführen und sich damit gegenüber dem Landtag den politischen Vorteil höherer demokratischer Dignität ihres Tuns zu verschaffen. Zwar muss der Landtag nach der Konzeption des Gesetzentwurfes einem Antrag der Staatsregierung auf Durchführung einer Volksabstimmung mit einfacher Mehrheit (Art. 23 BV) zustimmen. Jedoch wird und kann sich die Staatsregierung nicht zuletzt durch informelle Abstimmungsprozesse der Unterstützung durch die sie tragende(n) Fraktion(en) in der Regel sicher sein.

Die hier dargelegten Zusammenhänge ergeben sich nicht zuletzt aus Art. 74 BV, der die Beteiligung des Volkes bei Gesetzgebungsverfahren abschließend regelt und eine Beteiligung des Volkes über Fragen der Gesetzgebung oder Themen, die nach der Wesentlichkeitslehre einem Gesetzgebungsverfahren zugeführt werden müssen, darüber hinaus nicht vorsieht. Diese Grundentscheidung des Verfassungsgebers, die Leitungstätigkeit der Staatsregierung von Volksbefragungen, Volksabstimmungen oder Referenden frei zu halten, darf durch den einfachen Gesetzgeber nicht relativiert werden. Zwar ist es der Staatsregierung unbenommen, im Rahmen ihrer Leitungstätigkeit sich auch an Meinungsumfragen zu orientieren oder solche in Auftrag zu geben („Resonanzstudien"). Jedoch hat sich die Staatsregierung dabei auf informelle Meinungsumfragen zu beschränken, die nicht den Eindruck einer offiziellen Volksbefragung, also einer institutionellen Willensbildung vermitteln (dürfen).

(2) Nach Art. 43 Abs. 1 BV und Art. 55 BV hat die Staatsregierung neben ihrer gubernativen auch exekutive Funktionen. Dabei ist zu beachten, dass die Staatsregierung selbst als

Gremium nur wenig exekutive Aufgaben und Befugnisse hat und die Hauptverantwortung hierfür vielmehr bei den Ressorts (Art. 51 BV) liegt. Soweit die Staatsregierung exekutive Aufgaben hat (z.B. im Bereich des Erlasses von Rechtsverordnungen nach Bundesrecht gemäß Art. 80 Abs. 1 GG oder von Rechtsverordnungen nach Landesrecht) leitet sie ihre demokratische Legitimation hierfür vom Parlament ab (siehe oben). Auch für die exekutivische Funktion der Staatsregierung sieht die BV keine gesonderte Beteiligung des Staatsorgans „Volk" in Gestalt einer Volksbefragung vor. Eine solche könnte zudem die Gefahr einer Relativierung des Prinzips der Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz bewirken: Die Durchführung von Volksbefragungen konsultativer Art im Rahmen exekutivischer Tätigkeit kann zumindest tendenziell die Gefahr hervorrufen, dass sich die Staatsregierung im Falle der Diskrepanz des Ergebnisses der Volksabstimmung zu den einschlägigen rechtlichen Regelungen an das Votum des Volkes gebunden fühlt.

Besonders augenscheinlich ist diese Gefahr bei solchen Projekten, an die die Staatsregierung bei der Formulierung ihres Gesetzentwurfs in erster Linie gedacht haben dürfte, nämlich bei großen Infrastrukturprojekten. Solche Infrastrukturprojekte oder sonstigen Großprojekte beruhen regelmäßig materiell und verfahrensrechtlich auf Bundesrecht. Die exekutivische Realisierung solcher Projekte ist mithin bundesrechtlich gebunden – und zwar nicht nur im Hinblick auf die materiellen Realisierungsvoraussetzungen, sondern regelmäßig auch im Hinblick auf das Verfahren. So sehen die großen Infrastrukturgesetze des Bundes regelmäßig Planfeststellungsverfahren und damit in diesem Rahmen die Beteiligung der Öffentlichkeit vor. Schon kompetenzrechtlich dürfte es ausgeschlossen sein, dass der Landesgesetzgeber insoweit zusätzliche Volksbefragungen vorsieht, die im Rahmen der Verfahrensvorschriften des einschlägigen Bundesrechts nicht vorgesehen sind. Eine Volksabstimmung etwa über die Fragestellung, ob ein bestimmtes Großprojekt, an dem sich der Freistaat Bayern beteiligt, realisiert werden sollte, erscheint daher jedenfalls insoweit rechtswidrig, als entsprechende Verfahrensvorschriften des Bundes eine solche Beteiligung des Volkes nicht erlauben. Soweit für die Realisierung von Großprojekten exekutivische Entscheidungen von Landesbehörden zu treffen sind, könnte sich die Gefahr ergeben, dass die Exekutive, etwa im Rahmen der Erarbeitung eines Planfeststellungsbeschlusses, insbesondere bei der Gesamtabwägung der beteiligten Belange, dem Ergebnis einer Volksbefragung ein Gewicht beimisst, für welches das Bundesrecht keine Grundlage bietet. Die faktisch-politische Bindung an Ergebnisse konsultativer Volksabstimmungen kann also im Bereich von Infrastrukturprojekten das Risiko rechtlich problematischer Exekutiventscheidungen bergen – unabhängig davon, ob sich der Staat daran selbst beteiligt oder nicht.

(3) Da der vorliegende Gesetzentwurf das Initiativrecht für Volksbefragungen (auch) der Staatsregierung einräumt, gerät er auch in einen möglichen Konflikt zu dem in Art. 51 Abs. 1 BV verankerten Ressortprinzip. Zwar ist die Staatsregierung nach Art. 43 Abs. 1 auch oberste vollziehende Behörde des Staates, mit dieser Funktion sind jedoch keine unbeschränkten Handlungsbefugnisse der Staatsregierung als Gremium verbunden. Vielmehr ist die Zuständigkeit aufgeteilt. Der Ministerpräsident, nicht die Staatsregierung, bestimmt die Richtlinien der Politik (Art. 47 Abs. 2 BV), gemäß den vom Ministerpräsidenten bestimmten Richtlinien der Politik führt nicht die Staatsregierung die Geschäfte, sondern der

Staatsminister seinen Geschäftsbereich selbstständig und unter eigener Verantwortung gegenüber dem Landtag (Art. 51 Abs. 1 BV). Lediglich in ausgewählten Bereichen weist die Rechtsordnung des bayerischen Staatsrechts der Staatsregierung eine Exekutivfunktion als Gremium zu. Das im Gesetzentwurf vorgeschlagene Recht der Staatsregierung, Volksbefragungen (mit) zu initiieren, differenziert nun aber gerade nicht zwischen der Staatsregierung als Gremium und den ressortverantwortlichen Staatsministern. Soweit mithin die Staatsregierung im Bereich der Ressortverantwortung Volksbefragungen anregt, handelt sie rechtswidrig.

cc) Schließlich führt die einfachgesetzliche Einführung einer konsultativen Volksbefragung zu einer Relativierung des Prinzips der parlamentarischen Verantwortung der Staatsregierung und zu einer darin liegenden (weiteren) Schwächung des Parlaments zu Gunsten der Staatsregierung:

Ein Wesensmerkmal des von der BV errichteten parlamentarischen Regierungssystems ist der Grundsatz der parlamentarischen Verantwortung der Staatsregierung gegenüber dem Parlament. Zwar kennt die BV keinen Grundsatz der parlamentarischen Verantwortung der Staatsregierung als Kollegialgremium. Jedoch bestimmt Art. 47 Abs. 2 BV die Verantwortlichkeit des Ministerpräsidenten für die von ihm bestimmten Richtlinien der Politik gegenüber dem Landtag. Nach Art. 51 Abs. 1 BV führen die Staatsminister ihren Geschäftsbereich selbstständig und unter eigener Verantwortung gegenüber dem Landtag. Insbesondere der Ministerpräsident hat also seine und die Politik der Staatsregierung im Rahmen seiner Richtlinienkompetenz gegenüber dem Landtag zu verantworten. Dem entspricht auf Seiten des Landtags zwar nicht die Möglichkeit eines konstruktiven oder destruktiven Misstrauensvotums (ebenso wie der Ministerpräsident jedenfalls keine formelle Vertrauensfrage stellen kann), jedoch hat der Landtag die Möglichkeit, nach Art. 44 Abs. 3 Satz 2 BV eine Rücktrittspflicht des Ministerpräsidenten herbeizuführen. Der Ministerpräsident muss zurücktreten, wenn die politischen Verhältnisse ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten zwischen ihm und dem Landtag unmöglich machen. Nutzt der Ministerpräsident seine Richtlinienkompetenz also in einer Weise, dass ihm der Landtag, demgegenüber der Ministerpräsident sich ja für sein Tun rechtfertigen muss (Art. 47 Abs. 2 BV), inhaltlich, strategisch oder strukturell nicht folgt, liegt die Situation des Art. 44 Abs. 3 Satz 2 BV vor. Die Verfassung gibt dem Landtag zwar nicht viele Möglichkeiten, die Staatsregierung bzw. den Ministerpräsidenten für ihr bzw. sein Tun „zur Verantwortung" zu ziehen, abgesehen von der praktisch irrelevanten Selbstauflösung des Landtags (Art. 18 Abs. 1 BV) oder einer Anklage vor dem Verfassungsgerichtshof (Art. 59, 61 BV). Art. 44 Abs. 3 Satz 2 BV bietet jedoch einen, wenn auch in der Praxis bislang ungenutzten „Hebel" für den Landtag, den Ministerpräsidenten politisch und rechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Insgesamt hat die BV dem Ministerpräsidenten kompetenziell und im Verhältnis zum Landtag eine sehr gewichtige und stabile verfassungsrechtliche Stellung verliehen. Dieser muss weder ein Misstrauensvotum fürchten noch (ggf. unter politischem Druck) die Vertrauensfrage stellen, sondern nur dann zurücktreten, wenn der Fall des Art. 44 Abs. 3 Satz 2 vorliegt. Einer der Väter der Bayerischen Verfassung, Prof. Hans Nawiasky, hat diese Ausgestaltung als „veredelte" Form der parlamentarischen Demokratie bezeichnet.

H. Nawiasky, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, S. 37.

Die nun zur Diskussion stehende Möglichkeit der Staatsregierung, Volksbefragungen zu schwierigen und auch politisch heiklen Themen zu beantragen, stellt selbst diese geringen Möglichkeiten des Parlaments, den Ministerpräsidenten zur Verantwortung zu ziehen, tendenziell in Frage. Zwar ändert die Durchführung von Volksbefragungen zu bedeutsamen und landesweit relevanten Vorhaben der Regierungspolitik die Verantwortung des Ministerpräsidenten und der Staatsminister gegenüber dem Landtag nicht. Jedoch bietet die Möglichkeit einer konsultativen Volksbefragung in Angelegenheiten, die eigentlich in die Richtlinienkompetenz des Ministerpräsidenten fallen, die Chance, sich gegen Kritik oder gar Vertrauensentzug durch das Parlament im Sinn des Art. 44 Abs. 3 Satz 2 BV gewissermaßen zu „immunisieren". Ist sich der Ministerpräsident oder ein Staatsminister bei einer politisch heiklen Frage nicht sicher, ob die von ihm präferierte Lösung auf politische Akzeptanz in der Öffentlichkeit oder (trotz „Aktionseinheit" von Staatsregierung und Regierungsfraktion) im Parlament stößt, so ist er für diese Entscheidung gleichwohl gegenüber dem Parlament nach Art. 47 Abs. 2 BV, 51 Abs. 1 BV verantwortlich. Das Institut der Volksbefragung ermöglicht es in dieser Situation, negative politische Konsequenzen aus einer vom Parlament als falsch empfunden Entscheidung präventiv abzufedern. Durch die Initiierung einer Volksbefragung seitens der Staatsregierung und die politische Bindung an das Ergebnis der Volksbefragung hat der Ministerpräsident (gleiches gilt für den Staatsminister) ein politisch gewichtiges, in der Verfassung aber gerade nicht vorgesehenes Instrument zur demokratischen Rechtfertigung seines Tuns in der Hand. Er kann einen Beschluss der Staatsregierung zur Durchführung einer konsultativen Volksbefragung herbeiführen (dem sich das Parlament mittels der die Staatsregierung tragenden Fraktionen politisch regelmäßig anschließen wird) und dann zur Erklärung und Begründung seiner Richtlinienentscheidung oder einer Ressortentscheidung auf das entsprechende Votum im Rahmen der Volksbefragung verweisen, gegenüber dem Landtag also vortragen, er sei mit seiner Entscheidung eben dem Willen des Volkes, des obersten Staatsorgans, gefolgt. Damit entgeht der Ministerpräsident zwar nicht vollständig der Gefahr einer Rücktrittspflicht nach Art. 44 Abs. 2 Satz 3 BV, er kann sich jedoch gegen entsprechende Forderungen weitgehend und unter Verweis auf die demokratische Legitimation durch das Ergebnis der Volksbefragung wappnen, letztlich immunisieren. Hierin liegt eine deutliche Verschiebung der politischen Machtverhältnisse, die ohnehin von der BV bereits zu Gunsten des Ministerpräsidenten und der Staatsregierung ausgestaltet sind, noch weiter zu Gunsten des Ministerpräsidenten und letztlich der Staatsregierung als ganzer (vgl. Art. 44 Abs. 3 Satz 3 BV). Die Möglichkeit der Volksbefragung und die darin liegende politische Rechtfertigung von Entscheidungen sind also geeignet, dem Landtag in entsprechenden Fallkonstellationen auch noch das letzte Mittel aus der Hand zu schlagen, Ministerpräsident und Staatsregierung politisch zur Verantwortung zu ziehen. Denn erstens dürfte das Vorliegen einer das Handeln der Staatsregierung rechtfertigenden Volksabstimmung die Bereitschaft des Parlaments faktisch mindern, eine zur Rücktrittspflicht nach Art. 44 Abs. 3 Satz 2 BV führende Situation festzustellen. Zum anderen – und entscheidend – kann der Ministerpräsident eine Rücktrittspflicht (oder ggf. die Entlassung eines Staatsministers oder Staatssekretärs) mit dem politischen Argument ablehnen, er sei mit seiner Entscheidung nur „der Stimme des Volkes gefolgt". Zwar ist die Staatsregierung nach dem vorliegenden Gesetzentwurf rechtlich nicht an Ergebnisse von Volksbefragungen gebunden, jedoch wird in faktisch-politischer

Hinsicht eine entsprechende Bindungs- und Rechtfertigungswirkung von Volksabstimmungen realistischerweise in der Verfassungswirklichkeit nicht zu leugnen sein. Letztlich führen die faktische Bindung an Ergebnisse von Volksbefragungen und die – zumindest behauptete – legitimatorische Kraft entsprechender Voten zu einer Relativierung, im Ernstfall Aushöhlung des Prinzips der parlamentarischen Verantwortung des Ministerpräsidenten und der Staatsminister und damit letztlich der Staatsregierung insgesamt. Durch eine derartige Machtverschiebung vom Parlament hin zur Gubernative bzw. Exekutive ist das von der BV errichtete repräsentativ-parlamentarische System politischer Verantwortung im Kern relativiert. Eine solche Relativierung lässt die BV selbst nicht zu, sie steht ihr vielmehr diametral entgegen. Der einfache Gesetzgeber ist nicht befugt, solche Machtverschiebungen ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung vorzunehmen.

Der vorstehend beschriebenen (einfachgesetzlich konzipierten) Verschiebung verfassungsunmittelbar vorgesehener Kompetenzen und damit Machtstrukturen lässt sich nicht – wie es in der Expertenanhörung am 16.10.2014 (vgl. Anlage 3) teilweise vorgetragen worden ist – entgegenhalten, das im Gesetzentwurf der Staatsregierung vorgesehene Instrument der konsultativen Volksbefragung werde praktisch nur einen schmalen Anwendungsbereich haben und damit die verfassungsunmittelbar vorgesehene Kompetenz- und Machtverteilung nur marginal verändern, so dass der Verfassungsvorbehalt nicht greife.

> So etwa *Burgi,* Protokoll der 23. Sitzung des Ausschusses für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen, S. 8 ff.

Insbesondere ist der Anwendungsbereich des neuen Art. 88a LWG-E keineswegs auf exekutivische Vorhaben des Staates beschränkt. In Art. 88a Abs. 1 LWG-E ist keine Beschränkung der möglichen Gegenstände einer Volksbefragung enthalten. Es heißt dort lediglich ganz allgemein „Vorhaben des Staates". Dies können exekutivische Vorhaben sein (beispielsweise die Beteiligung des Freistaates Bayern an einem Infrastrukturprojekt), es können aber auch – darüber hinaus – ganz andere grundsätzliche Vorhaben des Staates sein, beispielsweise im Bereich der Hochschulpolitik, der Schulpolitik, der Sicherheitspolitik, der Umwelt- oder Energiepolitik oder in beliebigen anderen Bereichen, soweit sie in der Kompetenz des Freistaates liegen. Letztlich lässt sich dem Begriff „Vorhaben des Staates" jegliches politisches Vorhaben zuordnen. Zwar ist in der Begründung des Gesetzentwurfes exemplarisch von Infrastrukturvorhaben die Rede. Diese sind aber eben nur exemplarisch genannt: Ein solches staatliches Handeln könne sich *beispielsweise* auf Projekte in staatlicher Trägerschaft oder auf die Ausübung gesellschaftsrechtlich vermittelter (unternehmerischer) Mitwirkungsrechte des Staates beziehen (Drs. 17/1745, S. 5 [zu Art. 88 a Abs. 1 LWG-E]). Von landesweiter Bedeutung seien *insbesondere* „Vorhaben zur Herstellung und Sicherung einer für Bayern insgesamt relevanten Infrastruktur." (aaO). Damit wird deutlich, dass die – in der Öffentlichkeit besonders umstrittenen – Projekte der Infrastruktur ein (durchaus auch prominenter) Anwendungsfall der Volksbefragung sein können, dass dieses Institut staatlicher Willensbildung darauf aber keineswegs beschränkt sein soll – und es vom Wortlaut des Art. 88a LWG-E her auch nicht ist. Auch in der Begründung zu Art. 88a heißt es ausdrücklich, dass Vorhaben des Staates „alle Angelegenheiten"

sind, „die auf ein staatliches (Regierungs-)Handeln gerichtet sind" (aaO). Von einem schmalen Anwendungsbereich des neuen Instruments kann mithin keine Rede sein. In welchem Umfang in der künftigen Staatspraxis vom Instrument der Volksbefragung Gebrauch gemacht werden würde, ist eine davon zu unterscheidende tatsächliche (und spekulative) Frage, die keinerlei Rückschlüsse auf den normativ zulässigen Anwendungsbereich des Art. 88a LWG-E zulässt.

Der Anwendungsbereich ist auch nicht etwa deswegen auf exekutivisches Handeln beschränkt, weil der Gesetzentwurf die Gesetzgebung ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich ausnimmt. Art. 88a Abs. 1 Satz 2 LWG-E bestimmt, dass über die Gesetzgebung keine Volksbefragung stattfindet. Diese Ausnahme geht zunächst von der richtigen Annahme aus, dass die Vorschriften über die Volksbeteiligung im Rahmen der Gesetzgebung in Art. 74 und 75 BV abschließend und nicht der Erweiterung durch den einfachen Gesetzgeber zugänglich sind. Allerdings ist nur die „Gesetzgebung", also das Gesetzgebungsverfahren, das in der BV und im LWG geregelt ist, vom Gegenstandsbereich der Volksbefragung ausgenommen. Davon zu unterscheiden sind solche Vorhaben des Staates, die noch nicht Eingang in ein Gesetzgebungsverfahren gefunden haben, die aber zur späteren Realisierung – insbesondere nach der Wesentlichkeitstheorie – eines Gesetzes bedürften. Es ist also zu trennen zwischen der Gesetzgebung als formalisiertem Verfahren (Art. 71 ff. BV i.V.m. dem LWG und der Geschäftsordnung des Landtags), das von der Volksbefragung ausgenommen ist (und wegen des abschließenden Charakters des Art. 74 BV auch ausgenommen sein muss), und solchen politischen Fragen, die erst in der Folge der Umsetzung durch ein Gesetz bedürften. Zur Illustration ein Beispiel: Die Frage „Sind Sie im Zuge einer Reform des Gymnasiums für die Wiedereinführung des neunjährigen Gymnasiums (G9)?" wäre nach dem Gesetzentwurf der Staatsregierung der Volksbefragung zugänglich, da es sich bei der Reform des Gymnasiums um ein (schulpolitisches) Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung handelt und die Fragestellung alleine und als solche weder Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens wäre noch ein solches unmittelbar einleitete. Die Frage alleine ist noch ohne Bezug zu Art. 74 BV. Erst die Umsetzung des Ergebnisses der Volksbefragung führt ggf. zu einer Änderung des Bayerischen Erziehungs- und Unterrichtsgesetzes, diese Gesetzesänderung ist jedoch nur ein Folgeaspekt. Nach dem Gesetzentwurf der Staatsregierung ist lediglich die „Gesetzgebung" vom Instrument der Volksbefragung ausgenommen, nicht hingegen eine solche politische Frage von landesweiter Bedeutung, in deren Folge eine Gesetzesänderung notwendig würde. Würde also – um im Beispiel zu bleiben – zu o.g. Frage eine Volksbefragung durchgeführt und spräche sich eine Mehrheit für die Wiedereinführung des neunjährigen Gymnasiums aus, hätte diese Entscheidung zwar keine rechtliche, wohl aber eine erhebliche faktisch-politische Bindungswirkung. Die Staatsregierung würde sich faktisch gehalten sehen, dem Landtag einen entsprechenden Entwurf zur Änderung des Bayerischen Erziehungs- und Unterrichtsgesetzes vorzulegen.

Da mithin das Instrument der Volksbefragung weder auf exekutivische Vorhaben des Staates beschränkt ist (schon nach dem Wortlaut nicht) und zwar die Gesetzgebung, nicht hingegen solche Fragen, die sodann der Umsetzung in einem Gesetz bedürften, vom Instrument der Volksbefragung ausgenommen sind, eröffnet Art. 88a LWG-E – zumindest nor-

mativ – durchaus einen großen Anwendungsbereich für das Instrument der Volksbefragung. Damit sind die oben skizzierten Kompetenz- und Machtverschiebungen nicht lediglich theoretischer oder marginaler Art, so dass sich das einfache Gesetz als der „falsche" Regelungsort für die Volksbefragung erweist.

2. Art. 88a LWG-E verstößt zudem gegen Art. 16a BV und verletzt die Verfassung auch insofern. Art. 16a BV enthält – in Absatz 1 – nicht nur eine in einer parlamentarischen Demokratie nachgerade selbstverständliche Anerkennung der parlamentarischen Opposition als grundlegenden Bestandteil der parlamentarischen Demokratie, sondern vielmehr und darüber hinausgehend einen Verfassungsauftrag. Nach Art. 16a Abs. 2 BV ist den Fraktionen und Mitgliedern des Landtags, welche die Staatsregierung nicht stützen, das Recht auf ihrer Stellung entsprechende Wirkungsmöglichkeiten in Parlament und Öffentlichkeit einzuräumen. Dies hat der Gesetzgeber nicht nur nach Art. 16a Abs. 3 BV zu regeln (was er insbes. durch das Fraktionsgesetz getan hat), er hat darüber hinaus die grundsätzliche Entscheidung der Verfassung zu Gunsten einer funktionsfähigen Opposition auch bei sonstigen einfachgesetzlichen Regelungen zu beachten. Zwar folgt aus Art. 16a BV kein Anspruch der Opposition auf die Einführung bestimmter organisationsrechtlicher Maßnahmen zu ihren Gunsten. *Wenn* der Gesetzgeber (oder der Landtag in der Geschäftsordnung) jedoch ein neues politisches, machtrelevantes Institut der Willensbildung schafft, hat er dabei auch die staatsorganisationsrechtliche Grundsatz- und Wertentscheidung des Art. 16a BV zu beachten. Wenn der Gesetzgeber also wie vorliegend – vorbehaltlich des unter 1. skizzierten Verfassungsvorbehalts – das Instrument der Volksbefragung als (wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch-politisch bindendes) Mittel politischer Entscheidungsfindung einführt, darf er hierbei Art. 16a BV nicht gänzlich außer Acht lassen. Diesgilt um so mehr, als der Gesetzentwurf der Staatsregierung vorsieht, dass eine Volksbefragung nur gemeinsam von Staatsregierung und Landtag (der mit einfacher Mehrheit entscheidet, Art. 23 BV) initiiert werden kann. Damit eröffnet der Gesetzentwurf gerade der in der Verfassungswirklichkeit zu beobachtenden „Aktionseinheit" zwischen der Staatsregierung und den sie tragenden Parlamentsfraktionen den Zugriff „von oben" auf das Plebiszit. Aber gerade zum Ausgleich dieser faktisch-politischen Aktionseinheit ist Art. 16a BV in die Verfassung eingefügt worden.

Meder/Brechmann, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 16a RdNr. 1.

Unter vollständigem Ausschluss der Opposition hätten Staatsregierung und Mehrheitsfraktion(en) die ungestörte Möglichkeit, im einvernehmlichen Zusammenwirken ihnen opportun erscheinende politische Fragen zur Volksabstimmung vorzulegen oder dies zu unterlassen. Die Opposition hätte – außer ihren herkömmlichen, vor allem durch die Geschäftsordnung vorgesehenen Rechten – keinerlei Einflussmöglichkeiten auf „ob" und „wie" einer Volksbefragung, insbesondere auch nicht auf die konkrete Fragestellung. Das Instrument der Volksbefragung gerät in der Ausgestaltung durch den Gesetzentwurf der Staatsregierung zum reinen Mehrheits-Machtinstrument, das der politischen Mehrheit den von der Verfassung selbst so nicht einmal vorgesehenen Zugriff auf das Plebiszit ermöglicht. Dies ist, auch wenn die Volksbefragung keine rechtliche Bindungswirkung entfaltet, mit der

Grundsatzentscheidung des Art 16a BV nicht vereinbar. Wenn man denn die Volksabstimmung als neues und zusätzliches Instrument politischer Willensbildung einführt, ist daran auch die Opposition institutionell zu beteiligen. Wie dies geschieht, steht freilich im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers; denkbar wäre etwa eine Ausgestaltung als Minderheitenrecht. Dies steht hier indes nicht weiter zur Diskussion, da der Gesetzentwurf eine Beteiligung der Oppositionsfraktionen eben überhaupt nicht vorsieht.

(Univ.-Prof. Dr. Josef Franz Lindner)