

### Landesverfassungsänderung durch quorenlosen Volksentscheid aus der Sicht des Grundgesetzes

Von Professor Dr. Horst Dreier, Würzburg\*

#### I. Anlaß und Gegenstand der Untersuchung

Durch Volksentscheid vom 8.2.1998, an dem sich 39,9% der stimmberechtigten Bürger Bayerns beteiligten, wurde das „Gesetz zur Abschaffung des Bayerischen Senates“ beschlossen. Hierfür votierten 69,2% der Abstimmenden, was, bezogen auf die Gesamtzahl der Stimmberechtigten, 27,3% entsprach. Am 18.11.1998 wandte sich der Bayerische Senat mit dem Antrag an den Bayerischen Verfassungsgerichtshof, dieses Gesetz für ungültig zu erklären; er stützte sich dabei auf ein mittlerweile publiziertes Gutachten seines Prozeßbevollmächtigten Prof. Dr. Dr. h.c. *Josef Isensee*.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich zentralen bundesverfassungsrechtlichen Fragen, die durch diese Antragsbegründung aufgeworfen werden. Sie nimmt nicht Stellung zu den ebenfalls eingereichten Popularklagen. Auch läßt sie die Zulässigkeit des Antrages sowie die nunmehr streitige Auslegung der Art. 70, 72, 74, 75 BV außer Betracht. Vielmehr geht es im Folgenden vornehmlich darum, ob und inwieweit die nach jedenfalls bislang herrschender Lesart in Bayern mögliche Verfassungsänderung durch Volksentscheid ohne Beteiligungs- bzw. Zustimmungsquorum bundesverfassungsrechtlich zu beurteilen ist. Gang der Darstellung und Stil der Argumentation sind ebenso wie der auf die wesentlichen Nachweise reduzierte Fußnotenapparat dem Umstand geschuldet, daß es sich beim folgenden Text um den unveränderten Abdruck meiner gutachterlichen Stellungnahme für die Vertreter des Volksbegehrens handelt.

#### II. Vereinbarkeit des auf Verfassungsänderung gerichteten Volksentscheids ohne Beteiligungs- oder Zustimmungsquorum mit Art. 28 Abs. 1 GG

Die Antragsbegründung trägt vor, daß der zur Abschaffung des Senats führende Volksentscheid nichtig, da unvereinbar mit dem bundesverfassungsrechtlichen Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG sei. Grund dafür sei die (zu) leichte Abänderbarkeit der Bayerischen Verfassung im Wege des Volksentscheids, sofern für ihn kein Beteiligungs- oder Zustimmungsquorum vorgesehen ist<sup>1</sup>. Diese Auffassung überstrapaziert die Bindungswirkung des bundesstaatlichen Homogenitätsgebots und unterschätzt die den Ländern einge-

räumte Verfassungsautonomie bzw. -hoheit (dazu 1.). Sie läßt vor allem unberücksichtigt, daß die Länder keine Pflicht zur förmlichen Verfassunggebung trifft (dazu 2.), woraus sich wesentliche Konsequenzen für die vorliegende Rechtsfrage ergeben (3.).

#### 1. Bedeutung und Zweck des Art. 28 Abs. 1 GG (sog. Homogenitätsgebot)

Art. 28 Abs. 1 GG will ein bestimmtes, für den Zusammenhalt eines Bundesstaates unerlässliches Maß an Einheitlichkeit der Verfassungsstrukturen zwischen Bund und Ländern sichern, ohne allerdings föderale Vielfalt und Eigenständigkeit der Bundesländer zu schwächen oder gar zu gefährden. Von daher kommt der Bestimmung eine Doppelfunktion zu: einerseits wird die Verfassungsautonomie bzw. -hoheit<sup>2</sup> der Länder ausdrücklich anerkannt, andererseits bestimmten Begrenzungen unterworfen<sup>3</sup>. Nach der in der Literatur weithin akzeptierten und übernommenen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wurzelt das Recht der Länder zur Verfassunggebung unmittelbar in ihrer Eigenstaatlichkeit, so daß es von Art. 28 Abs. 1 GG insofern nur anerkannt bzw. vorausgesetzt, nicht aber erst eingeräumt oder „gewährt“ wird. Die maßgebliche Passage aus der Leitentscheidung im 36. Band lautet: „Das Eigentümliche des Bundesstaates ist, daß der Gesamtstaat Staatsqualität und die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen. Das heißt aber, daß sowohl der Gesamtstaat als auch die Gliedstaaten je ihre eigene, von ihnen selbst bestimmte Verfassung besitzen. Und das wiederum heißt, daß die Gliedstaaten ebenso wie der Gesamtstaat in je eigener Verantwortung ihre Staatsfundamentalnormen artikulieren“<sup>4</sup>. Die Länder sind demnach, wie das Bundesverfassungsgericht bereits im ersten Entscheidungsband formulierte, mit „eigener, nicht vom Bund abgeleiteter, sondern von ihm aner-

2 Zu den unterschiedlichen Bezeichnungen, die im vorliegenden Kontext keine entscheidende Rolle spielen, vgl. *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 28 RdNr. 49 m. Fußn. 202.

3 So *Stern*, in: Bonner Kommentar, Art. 28 (Zweitb. 1964), RdNr. 13; *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 4. Aufl. 1997, Art. 28 RdNr. 1; *H. Dreier*, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: K. Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 113 ff./121; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 28 RdNr. 6.

4 BVerfGE 36, 342/360 f. = BayVBl. 1974, 467; wiederholt in BVerfGE 96, 345/368 f. = BayVBl. 1998, 432. Zur zustimmenden Literatur *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 668 ff.; *Graf Vitzthum*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), S. 7 ff./24; *Boehl*, Verfassunggebung im Bundesstaat, 1997, S. 135/164, 171; *Stiens*, Chancen und Grenzen der Landesverfassungen im deutschen Bundesstaat der Gegenwart, 1997, S. 28 f. – alle mit weiteren Nachweisen.

\* Prof. Dr. Hasso Hofmann zum 65. Geburtstag in Dankbarkeit zugeeignet.

1 *Isensee*, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit. Der Volksentscheid zur Abschaffung des Bayerischen Senats als Paradigma, 1999, S. V, 41 ff., 44 ff. (hier und im folgenden beziehen sich die Hinweise auf das Gutachten des Prozeßbevollmächtigten des antragstellenden Senats auf diese Publikation).

kanter Hoheitsmacht“ ausgestattet<sup>5</sup>. Im Recht der Länder, die staatliche Ordnung und die Rechtsstellung des einzelnen (soweit sie durch die Landesstaatsgewalt bestimmbar ist) im Rahmen der grundgesetzlichen Vorgaben selbst zu regeln, findet ihre Eigenstaatlichkeit mithin ihr stärkstes Fundament. Dazu gehört auch das Recht zur Verfassunggebung<sup>6</sup>.

## 2. Keine Pflicht der Länder zur förmlichen Verfassunggebung

Mit der Anerkennung der unabgeleiteten Hoheitsmacht der Länder und ihrem *Recht* zur Verfassunggebung ist freilich keinesfalls ihre *Pflicht* gemeint oder gar statuiert, sich eine förmliche Verfassungsurkunde zu geben. Die Länder unterliegen keiner grundgesetzlichen Verpflichtung zur förmlichen Verfassunggebung<sup>7</sup>. Vielmehr sind sie frei: sie können sich (wie Bayern) eine sog. Vollverfassung mit Regelung der Staatsorganisation und Grundrechtskatalog geben; sie können sich auf ein reines Organisationsstatut beschränken; sie können aber auch völlig auf eine geschriebene Verfassungsurkunde verzichten und ihr Staatswesen ausschließlich auf der Ebene einfacher Gesetzgebung organisieren<sup>8</sup>. Der Umstand, daß Art. 28 Abs. 1 GG ausdrücklich davon spricht, die „verfassungsmäßige Ordnung“ in den Ländern müsse den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsprechen, steht dieser Deutung nicht entgegen. Denn die Wendung von der „verfassungsmäßigen Ordnung“, die an mehreren Stellen des Grundgesetzes begegnet und sinnvariabel eingesetzt wird<sup>9</sup>, darf nicht zu der falschen Annahme verleiten, hier ginge es um das formelle, also in einer Verfassungsurkunde niedergelegte Recht. Eine solche Deutung würde nicht nur die Freiheit der Bundesländer in ungebührlicher Weise beschneiden. Vielmehr könnten bei einer solchen Deutung die Länder die aus der Homogenitätspflicht folgenden Bindungen dadurch unterlaufen, daß sie Regelungen, die den Vorgaben des Homogenitätsgebotes widerstreiten, auf einer Rechtsebene unterhalb der förmlichen Verfassung ansiedeln<sup>10</sup>. Derartige Umgehungsmöglichkeiten können ersichtlich nicht gewollt und gemeint sein.

<sup>5</sup> BVerfGE 1, 14/34; so auch BVerfGE 60, 175/207. Auch insoweit stimmt die Literatur zu: vgl. nur *Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (im folgenden: *HStR*), Bd. IV, 1990, § 94 RdNr. 3 f.; *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, ebd., § 98 RdNr. 64 ff.

<sup>6</sup> *Vitzthum*, Bedeutung (Fußn. 4), S. 23 f.; *Isensee*, Idee und Gestalt (Fußn. 5), § 98 RdNr. 78.

<sup>7</sup> Das ist ganz h.M.: vgl. *Bartlspenger*, Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung, in: *HStR* IV, 1990, § 96 RdNr. 27; *Storr*, Verfassunggebung in den Ländern, 1995, S. 178 ff.; *Sachs*, Das materielle Landesverfassungsrecht, in: *Festschrift für Stern*, 1997, S. 475 ff./489 f.; *Dreier* (Fußn. 2), Art. 28 RdNr. 48. Anderer Ansicht *W. Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 1995, Art. 28 RdNr. 9; so wohl nunmehr auch *Isensee*, Verfassungsreferendum (Fußn. 1), S. 45 (freilich mit der vorsichtigen Wendung, das Grundgesetz „baut darauf, ... daß die Länder über Verfassungsgesetze verfügen“).

<sup>8</sup> Freilich haben die Bundesländer ausnahmslos von ihrem Recht auf Verfassunggebung Gebrauch gemacht. Auf ein Organisationsstatut beschränken sich Hamburg und Schleswig-Holstein. Auch bei den Grundrechten verzichten einige Bundesländer auf eigene Kataloge und rezipieren diejenigen des Grundgesetzes, so z.B. Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Mecklenburg-Vorpommern. Überblick über die Variationsbreite bei *Herdegen*, Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der Länder, in: *HStR* IV, 1990, § 97; *Stiens*, Chancen (Fußn. 4), S. 82, 231 ff.

<sup>9</sup> Vgl. zu den verschiedenen Bedeutungsvarianten *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, Art. 2 Abs. 1 RdNr. 38 ff.; *H. Bauer*, ebd., Art. 9 RdNr. 49 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) RdNr. 76.

<sup>10</sup> Die Verpflichtung zur Einräumung des kommunalen Wahlrechts an Bürger der Europäischen Union gemäß Art. 19 n.F. EGV, Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG wurde von einem Teil der Bundesländer qua Aufnahme in ihre Verfassungsurkunden, von anderen einfachgesetzlich umgesetzt. Vgl. *Gern*, *Deutsches Kommunalrecht*, 2. Aufl. 1997, RdNr. 357 ff.

Deshalb ist das Merkmal „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG dahingehend zu deuten, daß damit das gesamte Landesrecht gemeint ist, sofern es zu den vorgegebenen Grundsätzen in Widerspruch treten kann<sup>11</sup>. Es kommt also nicht auf den Rechtsrang (Verfassungsrecht oder einfaches Gesetz), sondern auf den Inhalt an. Dem entspricht auch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, das mit großer Selbstverständlichkeit mehrfach einfache Landesgesetze an Art. 28 Abs. 1 GG hat scheitern lassen, ohne dies überhaupt zu thematisieren<sup>12</sup>.

## 3. Konsequenzen für bundesverfassungsrechtliche Vorgaben bei Änderungen der Landesverfassung

a) Der Umstand, daß die Länder keiner bundesverfassungsrechtlichen Pflicht zur förmlichen Verfassunggebung unterliegen, hat wesentliche Konsequenzen für den hier vorliegenden Problemkontext. Denn wenn das Grundgesetz den Ländern gestattet, ihre gesamte staatliche Ordnung auf der Ebene bzw. der Grundlage einfacher Gesetzgebung zu organisieren (und sie dann natürlich auch auf dem Gesetzgebungswege mit einfacher Mehrheit zu verändern), dann kann es den Ländern, die über eine formelle Verfassungsurkunde verfügen, nicht Standards für die Änderung ihrer Verfassung vorschreiben, die zwingend höher liegen. Wenn ein Bundesland die Freiheit hat, auf eine förmliche Verfassung zu verzichten, dann hat es auch die Freiheit, die Änderung seiner Verfassung nach eigenen Regeln zu organisieren, die – zumindest auf den ersten Blick<sup>13</sup> – gegenüber der einfachen Gesetzgebung keine Erschwerung darzustellen scheinen. Das Land kann sich am Modell erschwerter Abänderbarkeit orientieren, muß es aber nicht. Es darf bei der Frage nach den Voraussetzungen für die Änderung seiner Verfassung also durchaus eigene, dem Grundgesetz unbekannt Wege gehen: entweder durch Verschärfung oder Absenkung der Voraussetzungen. Es ist weder Aufgabe noch Wille des Grundgesetzes, den Ländern insoweit vorzuschreiben, das im Grundgesetz niedergelegte System (eindeutiger Vorrang in Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG, Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, erschwerte Abänderbarkeit gemäß Art. 79 Abs. 2 GG) als zwingende strukturelle Vorgabe zu betrachten. Art. 28 Abs. 1 GG will eben, wie die vielzitierten Wendungen lauten, nicht Konformität oder gar Identität erzwingen, sondern nur ein „Mindestmaß an Homogenität“ sicherstellen<sup>14</sup>. Die Verfassungen der Bundesländer müssen gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG also keine Kopie der Bundesverfassung darstellen, sondern lediglich eine gewisse strukturelle Gleichartigkeit in bezug auf republikanische, demokratische, rechts- und sozialstaatliche Gehalte aufweisen.

b) Für diese scheinbare Großzügigkeit, die das Grundgesetz den Ländern gegenüber obwalten läßt, gibt es natürlich einen Grund. Dieser liegt darin, daß das Grundgesetz auf andere Art und Weise die Verfassungsautonomie oder -hoheit der Länder in empfindlicher Weise beschränkt. Dies zum einen durch die sog. Durchgriffsnormen, die – wie Art. 1 Abs. 3 GG – die gesamte Staatsgewalt in den Ländern, sogar deren

<sup>11</sup> Vgl. *Stern* (Fußn. 3), Art. 28 RdNr. 20; *Storr*, Verfassunggebung (Fußn. 7), S. 186 ff.; *Dreier* (Fußn. 2), Art. 28 RdNr. 55.

<sup>12</sup> Z.B. BVerfGE 9, 268 = BayVBl. 1959, 220; 83, 37 = BayVBl. 1994, 45; 83, 60 = BayVBl. 1994, 81; 93, 37.

<sup>13</sup> Vgl. dazu, daß auch die Bayerische Verfassung eine signifikante Erschwerung der Verfassungsänderung vorsieht, unter III.3 (S. 518).

<sup>14</sup> BVerfGE 24, 367/390 = BayVBl. 1969, 94; 36, 342/361 = BayVBl. 1974, 467; 60, 175/207 f.; 90, 60/85. Aus der Literatur: *Stern*, Staatsrecht I (Fußn. 4), S. 704 ff.; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 28 (1977), RdNr. 42; *Bothe*, in: *Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz*, 2. Aufl. 1989, Art. 28 Abs. 1 RdNr. 4; *Dreier* (Fußn. 2), Art. 28 RdNr. 53 – alle m.w.N.

verfassungsgebende Gewalt eingeschlossen, binden; des weiteren durch Art. 31 GG, wonach Bundesrecht jeder Art und Stufe kollidierendes Landesrecht jeder Art und Stufe bricht<sup>15</sup>. Vor allem aber ist es das Homogenitätsgebot selbst, das den Bundesländern maßgebliche Grundentscheidungen abnimmt, indem es ihnen bestimmte Gehalte verbindlich vorschreibt<sup>16</sup>. Auch bei inhaltlichen Verstößen von Landesrecht gleich welcher Art und Stufe gegen Art. 28 Abs. 1 GG ist dessen Nichtigkeit die unmittelbare und zwingende Folge<sup>17</sup>. Das bedeutet also: das Grundgesetz sieht in weiten Grenzen davon ab, den Ländern Vorgaben für Art und Weise oder formelle Gestaltung ihrer Staatsorganisation zu machen. Es begnügt sich gewissermaßen mit einer materiellen „Ergebniskontrolle“.

#### 4. Ergebnis

Art. 28 Abs. 1 GG schreibt den Ländern der Bundesrepublik Deutschland nicht zwingend vor, ihre innere Staatsordnung in Gestalt einer förmlichen Verfassungsurkunde zu fixieren. Von daher kann diese grundgesetzliche Normativbestimmung auch nichts darüber aussagen, welchen qualifizierten Mehrheitserfordernissen oder sonstigen Erschwernissen die Änderung einer Landesverfassung zu unterliegen hätte. Das Grundgesetz begnügt sich damit, die materielle Übereinstimmung des Landesrechts (gleich, ob als förmliches Landesverfassungsrecht, als Landesgesetz oder Landesrecht anderer Art und Stufe) mit den Grundsätzen des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG dadurch zu garantieren, daß im Falle eines Widerspruchs die landesrechtliche Regelung wegen Verstoßes gegen das Homogenitätsgebot nichtig ist. Innerhalb des weitgesteckten Rahmens sind den Ländern vielfältige Möglichkeiten zu alternativer verfassungsrechtlicher Gestaltung eröffnet, in deren Nutzung nachgerade der Sinn föderaler Organisation liegt<sup>18</sup>.

### III. Vorrang der Verfassung und ihre erschwerte Abänderbarkeit

Der Rechtsauffassung der Antragsteller zufolge ergibt sich die Nichtigkeit des Gesetzes zur Abschaffung des Senats auch daraus, daß die in Bayern mögliche und im Volksentscheid vom 8.2.1998 praktizierte Änderung der Verfassung durch Volksentscheid ohne Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren dem Vorrang der Verfassung widerspreche, der eine erschwerte Abänderbarkeit gebiete. Freilich ist nicht immer leicht zu ergründen, ob ein derartiges Gebot (auch oder allein) Art. 28 Abs. 1 GG entnommen oder allgemein aus einer vorgeblichen „Logik“ des Verfassungsstaates gefolgert wird. Bei den Bezügen auf Art. 28 Abs. 1 GG<sup>19</sup> bleibt wiederum unklar, aus welchem der dort genannten Grundsätze sich der Vorrang der Verfassung einschließlich des Prinzips ihrer erschwerten Abänderbarkeit ergeben soll: aus dem demokratischen, aus dem rechtsstaatlichen oder aus einem – gewissermaßen mitgeschriebenen (?) – verfassungsstaatlichen Grundsatz?

Ungeachtet dieser Unklarheiten zieht sich durch die Antragsbegründung wie ein roter Faden die Auffassung, daß

(1) der Vorrang der Verfassung sich maßgeblich in ihrer erschwerten Abänderbarkeit dokumentiere;

(2) daß dieser Vorrang entweder Element des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG oder allgemeiner verfassungsstaatlicher bzw. aus der „Logik“ des Verfassungsstaates folgender, in jedem Fall aber auch die Bundesländer bindender Grundsatz sei;

(3) daß die Regelungen der Bayerischen Verfassung, die die Grundlage für den Volksentscheid zur Abschaffung des Senats gebildet hat, diesen Vorgaben nicht entspreche<sup>20</sup>.

Alle drei genannten Punkte sehen sich durchgreifenden Einwänden ausgesetzt.

#### 1. Allgemeine Bedeutung des Vorrangs der Verfassung

Wenn in der Antragsbegründung von Vorrang der Verfassung gesprochen und dessen Gehalt expliziert wird, so zumeist in einer bestimmten Interpretation, nämlich in der Deutung des Vorrangs als der erschwerten Abänderbarkeit der Verfassung. Da man in der Volksgesetzgebung als solcher keine Erschwerung zu erblicken vermag, konstatiert man bei der Verfassungsänderung durch Volksentscheid ohne Beteiligungs- oder Abstimmungsquorum einen Verstoß gegen den Vorrang der Verfassung.

Eine solche tendenzielle Identifikation von Vorrang der Verfassung und ihrer erschwerten Abänderbarkeit verkürzt freilich Sinn und Bedeutung des verfassungs- und ideengeschichtlichen Prozesses der Herausbildung eines Staatsgrundgesetzes in schwerwiegender Weise<sup>21</sup>. Denn im Kern ist der Gedanke einer Verfassung zunächst einmal darauf gerichtet, eine bleibende, grundlegende, fundamentale Ordnung für das politische Gemeinwesen zu bilden, namentlich den politischen Prozeß der Machterringung und -erhaltung (zumindest partiell) zu verrechtlichen und damit zu disziplinieren<sup>22</sup>. Weniger ihre erschwerte Abänderbarkeit als gewissermaßen ihre – zumindest intendierte – Unabänderbarkeit bildet ihr hervorstechendes Kennzeichen. Dieser Gedanke ist in der älteren, vorrevolutionären Ideen- und Verfassungsgeschichte des Verfassungsgedankens ebenso selbstverständlich wie zentral. Die älteren Herrschaftsverträge, leges fundamentales etc. sind Ausdruck des Versuchs, gewisse Regularien, Rechtssätze, Verfahrensgrundsätze dem Streit der politischen Kräfte zu entziehen und so als stabile Grundlage zu betrachten: als Vorgabe für das eigene Handeln, nicht als Objekt möglicher Veränderung. Und in einer der ersten wirklich „modernen“ Verfassungen, dem „Instrument of Government“ Oliver Cromwells aus dem Jahre 1653, schlägt sich dieser Grundzug sichtbar darin nieder, daß Cromwell sein Protektorat damit auf eine unveränderliche Rechtsgrundlage stellen wollte<sup>23</sup>. Auch in der französischen Revolutionsverfas-

20 Es bleibt zu beachten, daß die Antragsbegründung zunächst die Prüfung auf der Basis der bislang herrschenden Interpretation vornimmt, daß die Bayerische Verfassung eine Verfassungsänderung qua Volksentscheid ohne Quoren zulasse (vgl. *Isensee*, Verfassungsreferendum [Fußn. 1], S. 39 f.). Erst später wird diese Annahme verworfen und eine Neuinterpretation vorgetragen (*Isensee*, Verfassungsreferendum [Fußn. 1], S. 48 ff., 57 ff., 62 ff.). Das bedeutet aber: Falls diese „Neuinterpretation“ nicht geteilt wird, bleibt immer noch das Argument von der Nichtigkeit der – interpretatorisch abgelehnten – bayerischen Regelung nach bislang obwaltendem Verständnis wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bzw. gegen allgemeine verfassungsstaatliche Grundsätze übrig. Um die Auseinandersetzung mit dieser Frage geht es im folgenden.

21 Kritisch zur erschwerten Abänderbarkeit als alleinigem Merkmal der Verfassung auch *Stern*, Staatsrecht I (Fußn. 4), S. 72.

22 Vgl. nur *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, RdNrn. 5 ff., 16 ff.; *H. Hofmann*, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht – Politik – Verfassung, 1986, S. 261 ff.; *Mohnhaupt*, Art. Verfassung (1), in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, 1990, S. 831 ff./833 ff.

23 Dazu *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 511 f.; *Eichler*, Verfassungswandel in England, 1988, S. 51 ff.; *Boehl*, Verfassungsgebung (Fußn. 4), S. 32.

15 Hierzu und zu weiteren Bindungen im einzelnen *Dreier* (Fußn. 2), Art. 28 RdNrn. 49 ff.; *ders.*, ebd., Art. 31 RdNrn. 21 ff., 31 ff.

16 Statt aller *Isensee*, Idee und Gestalt (Fußn. 5), § 98 RdNrn. 79 f.

17 *Dreier* (Fußn. 2), Art. 28 RdNr. 76 mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

18 *Isensee*, Idee und Gestalt (Fußn. 5), § 98 RdNr. 80.

19 Vgl. *Isensee*, Verfassungsreferendum (Fußn. 1), S. 44 ff.

sung von 1791 und der amerikanischen Bundesverfassung von 1787 gewinnt diese Intention Gestalt in der jeweils extrem erschwerten Änderungsmöglichkeit. Beide anerkennen freilich zumindest im Prinzip das in der Neuzeit auch ganz unabwiesbare Bedürfnis, eine Verfassung veränderten Umständen anzupassen und von daher Vorkehrungen für ihre Änderung zu treffen. Wie wenig selbstverständlich dies gerade vor dem Hintergrund einer älteren Tradition von Staatsgrundgesetzen war, illustriert die Bemerkung des Verfassungshistorikers Gerald Stourzh, daß die „Entwicklung eigens in der Verfassung vorgesehener Verfahren zur Verfassungsänderung ... im späten 18. Jahrhundert ein bewundertes Novum“ darstellte<sup>24</sup>.

Von dieser historischen Perspektive her wird deutlich, daß die Frage der Abänderbarkeit und ihrer Modalitäten zwar keine unwichtige, aber zunächst einmal zweitrangige war und ist. Es war im übrigen kein anderer als Carl Schmitt, der die Konzentration auf die Abänderbarkeit der Verfassung als den wesentlichen Punkt verfassungsrechtlicher Betrachtung scharf gegeißelt hat. Mit dieser perspektivischen Verengung rückte, so seine Kritik der herrschenden Meinung der Weimarer Staatsrechtslehre, der Abänderungsartikel des Art. 76 WRV ins Zentrum der Betrachtung – in Verkennung des Umstandes, daß herausragendes Merkmal der Verfassung im Unterschied zum Verfassungsgesetz der Umstand sei, daß sie die grundlegende Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit und Existenz eines Volkes darstelle<sup>25</sup>. Es besteht also weder Anlaß noch Zwang, den Vorrang der Verfassung einzig auf die erschwerte Abänderbarkeit zu reduzieren. Das wäre eine Verkürzung auf eine rechtstechnische Frage. Auch wenn diese rechtstechnische Seite im Grundgesetz und bei dessen Interpretation naturgemäß ganz im Vordergrund steht, verschwinden die fundamentalen älteren Legitimations- und Traditionsstränge nicht einfach. Ganz abgesehen von alledem sind die Länder – schon gar nicht jene, deren Verfassung älter ist als das Grundgesetz – nicht genötigt, diese rechtstechnische Seite in gleicher „imitativer“ Weise auszugestalten wie das Grundgesetz. Dies gilt es im folgenden darzulegen.

## 2. Mehrere Bedeutungsschichten des Vorranges der Verfassung und ihre fehlende Verbindlichkeit aus Art. 28 Abs. 1 GG oder einer „Logik“ des Verfassungsstaates

a) Bevor allerdings geprüft werden kann, ob das Grundgesetz tatsächlich über Art. 28 Abs. 1 GG die Länder dazu nötigt, ihre Verfassungen mit einem Vorrang zu versehen (bzw. ein solcher Zwang aus der „Logik“ des Verfassungsstaates folgt), bedarf zunächst der Darlegung, worin ein solcher Vorrang der Verfassung eigentlich besteht. Denn hierunter wird durchaus Unterschiedliches verstanden. Im einzelnen sind drei Bedeutungsschichten zu unterscheiden, die alle insoweit über die unter III.1. geschilderte Grundlagenfunktion hinausgehen, als sie rechtstechnische Fragen und Folgen betreffen. Doch zeigt sich auch hier, daß sich selbst ein rechtstechnisch verstandener Vorrang der Verfassung nicht in der Erschwerung von Verfassungsänderungen erschöpft.

(1) Ein gewissermaßen automatisch eintretender, aber keineswegs zwangsläufig durch erschwerte Abänderbarkeit abgesicherter Vorrang der Verfassung ergibt sich schon aus der bloßen Existenz einer geschriebenen, förmlichen Verfassungsurkunde, sofern durch diese – wie gemeinhin üblich – die staatlichen Organe konstituiert, ihr Verfahren bestimmt

und ihre Kompetenzen abgegrenzt werden. Wenn eine Verfassung beispielsweise Aussagen über die Wahl zum Parlament und dessen Aufgaben macht, so sind diese für den Kreationsvorgang und die Aufgabenwahrnehmung verbindlich. Es ist weder logisch zwingend noch in der Verfassungsgeschichte ausnahmslos der Fall gewesen, daß dieser Vorrangcharakter stets von erschwerten Abänderungsverfahren flankiert wird<sup>26</sup>. Fehlt es an einer solchen Absicherung, so kann das bedeuten, daß das Parlament die in der Verfassung vorgesehenen Vorschriften über das Verfahren zur Kreation des Parlamentes durch einfaches Gesetz ändern darf. Es gilt dann die übliche „lex-posterior“-Regel. Gleichwohl bleibt das Parlament bis zu einer solchen förmlichen Änderung an die von der Verfassung vorgesehenen Verfahren und Kompetenzgrenzen gebunden.

Dieser Vorrang ist gewissermaßen rechtslogisch jeder Verfassung immanent<sup>27</sup>, sofern sie die Aussagen über die Staatsorganisation, namentlich die Kreation von Verfassungsorganen und die Fixierung ihrer Kompetenzen trifft.

(2) Ein zweiter Aspekt des Vorrangs der Verfassung besteht in der Bindungswirkung gegenüber den Staatsgewalten. Lange Zeit war die verfassungsstaatliche Entwicklung hier ganz auf die Bindung der Exekutive ausgerichtet. Abgesehen von den USA hat sich die Vorstellung einer kontrollier- und durchsetzbaren Bindung auch des Parlamentes an die Verfassung erst im Laufe dieses Jahrhunderts durchgesetzt. Großbritannien ist er mangels einer förmlichen Verfassungsurkunde und aufgrund des Dogmas von der Parlamentsouveränität bis heute fremd, in Frankreich tritt man ihm zögernd erst seit 1958 nahe. Das Grundgesetz freilich betont in Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG in besonders nachdrücklicher Weise, daß der Vorrang der Verfassung auch den förmlichen Gesetzgeber umfaßt<sup>28</sup>. Vorrang der Verfassung bedeutet insofern Nachrang des Gesetzgebers<sup>29</sup>.

Hier haben die Normen der Verfassung gegenüber den einfachen Gesetzen kraft ihres höheren Ranges Maßstabsfunktion. Besonders folgenreich ist diese Bindung, wenn Verfassungen festlegen, daß beim Widerspruch zwischen einfachen Gesetzen und der Verfassung ein (Verfassungs-)Gericht die Kompetenz zur Überprüfung und gegebenenfalls Verwerfung des einfachen Gesetzes hat<sup>30</sup>. Auch dies ist im Grundgesetz vorgesehen, indem das Bundesverfassungsgericht mit einer im internationalen Vergleich ganz ungewöhnlichen Kompetenzfülle ausgestattet ist und auf vielfachen Wegen die Vereinbarkeit von einfachen Bundesgesetzen mit dem Grundgesetz prüfen sowie im Falle eines Widerspruches mit diesem auch für nichtig erklären kann<sup>31</sup>.

(3) Drittens schließlich ist die Erschwerung der Verfassungsänderung als ein Aspekt des Vorrangs der Verfassung in Betracht zu nehmen. Sie gilt neben dem Vorrang der Verfas-

26 Zu derart „biegsamen“ Verfassungen *Hildesheimer*, Über die Revision moderner Staatsverfassungen, 1918, S. 23 f. mit zeitgenössischen Beispielen.

27 Zum Vorrang im rechtslogischen Sinn *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 248 ff.; diese Normenhierarchie bedingt den Stufenbau nach dem rechtlichen Erzeugungszusammenhang (dazu zuletzt *Walter*, Hans Kelsens Rechtslehre, 1999, S. 23 f.).

28 Vgl. *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 1 Abs. 3 RdNr. 37 ff.

29 So *Wahl*, Vorrang der Verfassung, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff./487.

30 In diesem Sinne, nämlich: Höherrangigkeit der Verfassung gegenüber den einfachen Gesetzen und ihrer von Verfassungsgerichten überprüfbar Maßstabsfunktion für jene, ist „Vorrang der Verfassung“ durchgängig gefaßt bei *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, 9 ff.

31 Statt aller *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 4. Aufl. 1997.

24 *Stourzh*, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, S. 57. Vgl. auch *Dippel*, Die Amerikanische Revolution 1763–1787, 1985, S. 97.

25 Vgl. *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 20 ff., 102 ff.; *ders.*, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 112 f.

sung i.S. des Nachrangs des Gesetzgebers und dem – seltener ausdrücklich hervorgehobenen – rechtslogischen Vorrang als weiteres Charakteristikum des Verfassungsgesetzes<sup>32</sup>. Das Grundgesetz sieht als einzige Erschwerung das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat vor und legt von daher die Verfassungsänderung praktisch ganz in die Hände der großen politischen Parteien. Daß es sich auch und gerade im internationalen Vergleich nicht um besonders hohe Hürden handelt, macht die hohe Änderungsfrequenz (46 Änderungsgesetze mit zum Teil umfangreichen Regelungen in 50 Jahren) deutlich. Auffällig ist insofern das völlige Fehlen einer Volksbeteiligung am Verfassungsänderungsverfahren<sup>33</sup>.

b) Die bisherige Betrachtung ergibt somit zweierlei. Zum einen zeigt sie, daß der Vorrang der Verfassung mehrere Komponenten und nicht allein die erschwerte Abänderbarkeit umfaßt; zum zweiten, daß im bundesdeutschen Grundgesetz alle drei Komponenten (förmliche Verfassungsurkunde; Vorrang der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber mit Überprüfbarkeit kraft Verfassungsgerichtsbarkeit; erschwerte Abänderbarkeit) realisiert sind.

Freilich folgt daraus nicht, daß dies in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland ebenso sein müßte. Es ist gerade nicht Sinn und Zweck des Art. 28 Abs. 1 GG, die Länderverfassungen zu Abziehbildern des Grundgesetzes werden zu lassen. Vielmehr haben die Bundesländer aufgrund ihrer Verfassungsautonomie bzw. -hoheit weitgehende Freiheit, ihre staatliche Ordnung nach eigenen Vorstellungen zu organisieren, solange die materiellen Standards des Art. 28 Abs. 1 GG nicht verletzt werden. Dabei können sie sich an den Modellen und der Verfassungspraxis anderer, älterer deutscher Verfassungen oder an denen anderer Verfassungsstaaten orientieren. Das sei in bezug auf die drei genannten Komponenten des Vorranges der Verfassung knapp erläutert.

Zu (1): Der rechtslogische Vorrang einer Verfassung folgt aus der Existenz einer förmlichen Verfassungsurkunde mit Regelungen über die Staatsorganisation. Da Art. 28 Abs. 1 GG den Ländern eine Pflicht zur förmlichen Verfassungsgebung nicht auferlegt<sup>34</sup>, können diese frei entscheiden, ob sie sich durch Erlaß einer Verfassungsurkunde einer entsprechenden Bindung unterwerfen wollen oder nicht. Gibt es eine derartige formelle Verfassung nicht, so greifen Anforderungen an Verfassungsstabilität und andere aus der „Logik“ des Verfassungsstaates gefolgerte Postulate ins Leere.

Zu (2): Zu einer modernen Staatsverfassung gehört nicht zwingend oder gar begriffsnotwendig, daß sie den einfachen Gesetzgeber an das Verfassungsrecht im Sinne eines gerichtlich überprüf- und durchsetzbaren „paramount“ oder „superior law“<sup>35</sup> bindet. Der französischen Revolutionsverfassung von 1791, neben der amerikanischen Unionsverfassung von 1787 bis heute das strahlende Vorbild moderner Verfassungsstaaten, war dieses Konstruktionsprinzip fremd. Auch in der Epoche des dualistischen Konstitutionalismus in Deutschland konnte sich eine derartige Vorstellung aus hier nicht näher zu

erläuternden Gründen nicht durchsetzen<sup>36</sup>. Demgemäß war diese als „amerikanische“ Lehre bezeichnete Anschauung lange Zeit nicht anerkannt, weil man die zugrundeliegende Idee einer verfassungsgebenden Gewalt ablehnte<sup>37</sup>. An dieser ablehnenden Vorstellung hielt Anschütz auch für die Weimarer Reichsverfassung fest, obwohl diese Produkt einer verfassungsgebenden Nationalversammlung war und es zu ihrer Änderung einer Zweidrittelmehrheit bedurfte<sup>38</sup>.

Dies belegt erneut, daß erschwerte Änderung einer Verfassung und theoretische Anerkennung ihres Vorranges nicht denknotwendig miteinander verknüpft sein müssen. Und weiter zeigt die Rechtslage in Weimar, daß eine Verfassung, die ihre Änderung erschwert, nicht zwingend die Maßstabsfunktion gegenüber dem einfachen Gesetzgeber durch Installierung einer verfassungsgerichtlichen Instanz mit dem Recht der Prüfungs- und Verwerfungskompetenz zum Ausdruck bringen muß. Eine vergleichbare Situation findet sich im übrigen in der Schweiz, wo das Bundesgericht ungeachtet seiner sonstigen Funktion als Verfassungsgericht nicht zur prinzipialen Normenkontrolle von Bundesgesetzen befugt ist<sup>39</sup>. Doch selbst wenn eine Verfassung mit einer derartigen Maßstabsfunktion ausgestattet ist und zudem ein Verfassungsgericht mit der Kompetenz zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und zur Verwerfung verfassungswidriger Gesetze einrichtet, so impliziert auch dieser Vorrang nicht zwingend Vorgaben für die Änderung der Verfassung dergestalt, daß verfassungsändernde Gesetze notwendigerweise mit qualifizierten Mehrheiten zustande kommen müssen. Das eine hängt mit dem anderen nicht unauflöslich zusammen.

Zu (3): Weil dem so ist, lassen sich schlußendlich auch Verfassungen denken, die nicht – wie diejenige Weimars – eine Erschwerung für ihre Veränderung vorsehen, ohne ein Verfassungsgericht zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit einfacher Gesetze einzurichten, sondern die umgekehrt gerichtliche Institutionen zur Überprüfung der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Staatsgewalten einschließlich des formellen Gesetzgebers institutionalisieren, ohne andererseits für die Verfassungsänderung Erschwerungen vorzusehen<sup>40</sup>.

c) Als *Zwischenergebnis* bleibt daher festzuhalten, daß Art. 28 Abs. 1 GG den Ländern weder zwingend den Erlaß einer förmlichen Verfassung aufgibt noch verlangt, daß diese – sofern sie über eine solche verfügen – dergestalt mit einer Maßstabsfunktion für die einfache Landesgesetzgebung versehen sein muß, daß ein (funktionelles) Landesverfassungsgericht mit der Befugnis zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und der Kompetenz zur Verwerfung im Falle eines Widerspruchs ausgestattet sein muß. Dieses auf der Ebene des Grundgesetzes realisierte Modell müssen die

32 Vgl. nur R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 310, 316; Badura, Art. Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, Bd. 2, Sp. 3737 ff./3747; so schon Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895, S. 1; Jellinek, Allgemeine Staatslehre (Fußn. 23), S. 534.

33 Zum Vorstehenden ausführlicher Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art. 79 II RdNr. 6 ff., 12 ff.

34 Vgl. oben unter II.2 (S. 514).

35 So die Formulierungen des amerikanischen Supreme Court in der grundlegenden Entscheidung *Marbury vs. Madison* aus dem Jahre 1803 (5 U.S. 137, 177 f.).

36 Vgl. nur Wahl, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in: HStR I, 1987, § 1 RdNr. 4 ff., 35 ff.

37 Vgl. G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1914–1919, S. 29 f., 744; weitere Nachweise bei H. Dreier, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, JZ 1994, 741 ff./742 f.

38 Genauer: Erforderlich war gemäß Art. 76 WRV ein doppeltes Quorum (es mußten wenigstens zwei Drittel anwesend sein, von denen wiederum zwei Drittel für die Verfassungsänderung votieren mußten). Auf jeden Fall lag also gegenüber dem Verfahren bei einfachen Gesetzen eine Erschwerung vor.

39 Art. 113 Abs. 3 der Schweiz. Bundesverfassung. Dazu Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl. 1998, RdNr. 1806 ff.

40 Konkretes Beispiel wäre die Verfassung der Hansestadt Lübeck von 1875, die eine Änderung mit einfacher Mehrheit der Bürgerschaft vorsah, gleichzeitig aber eine Zuständigkeit des Ober-Appellationsgerichts der Hansestädte für Verfassungsstreitigkeiten begründete; zu ihr Hildesheimer, Revision (Fußn. 26), S. 24. S. noch Jellinek, Allgemeine Staatslehre (Fußn. 23), S. 532.

Länder nicht kopieren. Sie können vielmehr an andere und – gemessen am Grundgesetz – weniger „vollkommene“ oder perfektionistische Modelle anknüpfen, naturgemäß besonders (aber nicht nur) dann, wenn sie selbst älter sind als das Grundgesetz. Wegen der in Verfassungsgeschichte und Rechtsvergleichung anzutreffenden vielfältigen und ebenfalls vom Grundgesetz abweichenden Regelungsvarianten verbietet es sich schließlich auch, das grundgesetzliche Modell über den postulierten Grundsatz der Verfassungsstabilität als gewissermaßen überpositive Maxime verankern zu wollen. Dieses bleibt ein verfassungspolitisches Postulat, das im geltenden Verfassungsrecht keinen Halt findet.

### 3. Erschwerte Abänderbarkeit der Bayerischen Verfassung

Letztlich kommt es freilich auf die Frage, ob und inwieweit die Verfassungen der Bundesländer sich an der Struktur des grundgesetzlichen Verfassungsmodells zu orientieren haben, in diesem Verfahren nicht in entscheidungserheblicher Weise an. Denn die Bayerische Verfassung verfügt – wie das Grundgesetz – über alle drei der unter III.2. genannten Komponenten eines Vorrangs der Verfassung. Sie weist erstens eine förmliche Verfassungsurkunde mit Regelungen über die Staatsorganisation auf, so daß sie den „rechtslogischen“ Vorrang gewährleisten kann. Zweitens sieht sie die Möglichkeit der Überprüfung von Landesgesetzen vor, die gegen die Landesverfassung verstoßen: gemäß Art. 65, 92 BV etwa entscheidet der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, und auch in anderen Verfahren kann es zu einer Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen kommen (vgl. Art. 98 Satz 4 BV).

Drittens schließlich unterwirft auch die Bayerische Verfassung ihre Abänderung erschwerten Bedingungen. Dies nicht nur, was ganz unbestritten ist, in den Fällen des Art. 75 Abs. 2 BV, der auf einer Kombination von qualifizierter Mehrheitsentscheidung durch den Landtag und Bestätigung in einem Volksreferendum beruht, wofür die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht<sup>41</sup>. Vielmehr liegt eine Erschwerung der Verfassungsänderung auch für die im Falle des Gesetzes über die Abschaffung des bayerischen Senates relevant gewordene Variante vor, daß ohne Einschaltung des Landtages das Volk selbst nach einem erfolgreichen Volksbegehren im Wege des Volksentscheides – auch ohne Beteiligungs- und Abstimmungsquorum – ein verfassungsänderndes Gesetz beschließen kann. Denn hier liegt die Erschwerung allein darin, daß das Volk entscheidet. Die Gesetzgebung durch das Volk und damit die Rückbindung an den Souverän ist die Erschwerung<sup>42</sup>. Das wird dann einsichtig, wenn man sich nochmals auf ratio und Zweck des Vorranges der Verfassung besinnt. Denn die dritte der oben unter III.2. dargelegten Komponenten, die Erschwerung der Verfassungsänderung, meint mit Vorrang der Verfassung den Vorrang gegenüber dem normalen, einfachen Gesetzgeber. Das heißt: Aus Gründen der Stabilitätswahrung soll der Prozeß der Verfassungsänderung sich abheben vom Normalfall der einfachen Gesetzgebung. Einfacher Gesetzgeber im Normalfall ist nun zweifellos das Parlament, die vom Volk gewählte Repräsentativkörperschaft. Die Erschwerung der Verfassungsänderung besteht mit Blick auf den einfachen Gesetzgeber darin, daß dieser nicht eine so bedeutende Angelegenheit wie die

Verfassungsänderung im gleichen Procedere, mit den gleichen Organen und mit den gleichen Mehrheiten soll verabschiedet dürfen wie – sagen wir – die x-te Novelle zum Bayerischen Ausführungs- und Ergänzungsgesetz zum Gesetz über die Industrie- und Handelskammern.

Aus diesem Grunde legen alle Verfassungen, die ihre Änderung erschweren, Wert darauf, daß zwischen dem Regelfall parlamentarischer Gesetzgebung und dem besonderen Fall einer Verfassungsänderung sichtbare Differenzen bestehen. Besonders deutlich wird dies bei denjenigen Verfassungen, die ihre Änderung mit der Auflösung des Parlaments verknüpfen, Sperrfristen vorsehen oder andere als die normalen Gesetzgebungsorgane einschalten<sup>43</sup>. Ein probates und seit jeher verbreitetes Mittel zur Erschwerung ist die Einschaltung des Volkes. Schon Jellinek führt mit lapidarer Selbstverständlichkeit aus: „Die meisten Verfassungen kennen erschwerende Formen für ihre Abänderung. Diese bestehen bei den Verfassungen, die auf der Idee der konstituierenden Gewalt des Volkes aufgebaut sind, entweder in direkten Volksabstimmungen oder in Auflösung der Kammern und nochmaliger Befragung der Wähler, Abstimmung durch Revisionskammern und Konvente“<sup>44</sup>. Die Hürde liegt hier gerade darin, daß eben nicht die zur laufenden Gesetzgebung gewählten Kammern eine Verfassungsänderung beschließen können, sondern das Volk selbst einbezogen werden muß. Und diese Voraussetzung errichtet höhere Hürden als das alleinige Erfordernis einer (qualifizierten) Abstimmungsmehrheit in den Kammern<sup>45</sup>. Wenn also das Volk als verfassungsändernder Gesetzgeber entscheidet, dann handelt nicht das im Normalfall für die Gesetzgebung zuständige Parlament, sondern ein außergewöhnliches Staatsorgan, als welches das Volk bei der Abstimmung tätig wird. Damit ist der Gedanke der Erschwerung hinlänglich gewahrt.

In Bayern ist dem Erfordernis einer Erschwerung noch zusätzlich dadurch Nachdruck verliehen, daß dem Volksentscheidungsverfahren ein Volksbegehren vorgeschaltet ist, für welches ein Quorum von 10% aller stimmberechtigten Bürger Bayerns erforderlich ist: eine Hürde, die man lange Zeit für „unüberwindlich“ gehalten hatte<sup>46</sup> und deren Überwindung ein hohes Maß an bürgerschaftlichem Engagement, Überzeugungskraft, Organisation und Mobilisierung erfordert<sup>47</sup>. Sowohl dieser Umstand als auch der stets einen besonderen Fall darstellende Volksentscheid selbst zeigt, wie deutlich sich dieses Verfahren vom parlamentarischen Routi-

43 Überblick zu den verschiedenen Möglichkeiten: Schmitt, Verfassungslehre (Fußn. 25), S. 101 f.; Loewenstein, Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, 1961, S. 21 ff., 27 ff.; Schilling, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, S. 194 ff.

44 Jellinek, Allgemeine Staatslehre (Fußn. 23), S. 531 (Hervorhebung von mir, H.D.).

45 Vgl. etwa Art. 131 der Belgischen Verfassung von 1831: Art. 90 ff. der frz. Verfassung von 1946.

46 So Kruis, Die Stellung des Landtags in den Gesetzgebungsverfahren zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern, BayVBl. 1973, 509.

47 Das Quorum von 10% ist auch keineswegs signifikant niedrig, wie etwa ein Vergleich mit der Schweiz ergibt. Eine recht aktuelle Aufstellung von Initiativquoren für Volksrechte in den einzelnen Kantonen (vgl. Lindner, Schweizerische Demokratie. Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 1999, S. 266) zeigt, daß die Mindestzahl von Unterschriften für Verfassungsinitiativen auf Teilrevision zwischen 0,8% (Appenzell A.Rh.) bzw. 0,9% (Basel-Landschaft, Aargau) und maximal 5,7% (Neuchâtel) der Stimmberechtigten liegt; typischerweise bewegen sich die Quoren zwischen 2% und 3%. Damit liegen sie in allen schweizerischen Kantonen deutlich unter der bayerischen 10%-Hürde. Auch in den USA betragen die Quoren für Verfassungsinitiativen in der Regel 10% oder weniger, nur in drei Staaten sind es 12% bzw. 15% (vgl. Heußner, Volksgesetzgebung in den USA und in Deutschland, 1994, S. 265 f.). Zu innerbundesrepublikanischen Entwicklungen vgl. Jung, Jüngste plebisitäre Entwicklungstendenzen in Deutschland auf Landesebene, JöR 41 (1993), S. 29 ff./37 f.

41 Vgl. Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 75 RdNr. 1; Maunz/Papier, Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht, in: Berg/Knemeyer/Papier/Steiner (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl. 1996, S. 1 ff., RdNr. 148.

42 Von daher zählte etwa H. Nawiasky die Einschaltung des Volkes bei der Verfassungsänderung zu den „besonderen Bestandsgarantien“ für die Verfassung; vgl. Nawiasky/Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, 1948, Art. 75 Erl. 3, 4 (S. 155).

nebetrieb abhebt. Es werden andere Akteure in einem anderen Verfahren tätig. Dies aber reicht für die Bejahung einer erschwerten Abänderbarkeit mehr als aus. Im übrigen ließe sich mit guten Gründen sagen, daß – aufs Ganze gesehen – die Verfassungsänderung auf Grundgesetzzebene leichter ist als in Bayern, da es dort praktisch nur des Konsenses der großen politischen Parteien, in Bayern aber stets eines positiven Votums des Volkes bedarf.

#### 4. Ergebnis

Die Identifizierung des Vorranges der Verfassung mit ihrer erschwerten Abänderbarkeit erweist sich als interpretatorische Verkürzung. Gerade mit Blick auf die ideen- und verfassungsgeschichtliche Entwicklung ist zunächst nicht die erhöhte formelle Bestandskraft qua erschwelter Abänderbarkeit, sondern die materielle Funktion einer grundlegenden Ordnung für das Staatswesen, der Regulierung, Disziplinierung und Rationalisierung des politischen Prozesses in den Blick zu nehmen. Doch auch bei Inbezugnahme der rechtstechnischen Seite sind neben der erschwerten Abänderbarkeit der Verfassung noch maßgeblich die Maßstabsfunktion der Verfassung für die einfachen Gesetze („Nachrang“ des Gesetzgebers) sowie der rechtslogische Vorrang eines normativen Erzeugungszusammenhanges zu berücksichtigen, um ein volles Bild vom „Vorrang einer Verfassung“ zu erhalten. Verfassungsgeschichte und Rechtsvergleichung zeigen, daß die Kombination aller drei Elemente in der Verfassung – zumal mit der Institutionalisierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die zur Verwerfung verfassungswidriger Gesetze befugt ist – eher die Ausnahme darstellt. Daß das Grundgesetz diesen Weg der Schaffung einer „perfekten rechtlichen Ordnung“ (R. Wahl) gegangen ist, kann die Länder weder mittels Art. 28 Abs. 1 GG noch qua überpositiver „Logik“ des Verfassungsstaates zur Nachahmung verpflichten.

Dessen ungeachtet weist die Bayerische Verfassung freilich alle drei genannten Komponenten (förmliche Urkunde, Überprüfungsmöglichkeiten der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, erschwerte Abänderbarkeit) auf. Auch im Falle der Verfassungsänderung durch Volksentscheid ohne Quoren liegt eine Erschwerung gegenüber dem normalen Gesetzgebungsprozeß vor.

#### IV. Unterschiede zwischen (Verfassungs-)Gesetzgebung durch repräsentative Organe und durch Volksentscheid: die Quorenproblematik

Schließlich gibt es ein drittes Argument, auf das sich die Begründung des Antrags des Senats maßgeblich stützt. Man kann es schlagwortartig als „Minderheitenherrschaftsargument“ bezeichnen. Die Verfassungswidrigkeit des Volksentscheides zur Abschaffung des Senats wird daraus gefolgert, daß sich an diesem 39,9% der Stimmberechtigten beteiligt haben, wobei 69,2% für die Abschaffung votierten. Darin, daß dies nur 27,3% aller Abstimmungsberechtigten gewesen sind, sieht man eine weder mit dem Grundgesetz noch mit den Prinzipien der Bayerischen Verfassung oder mit Grundsätzen demokratischer Herrschaft vereinbare Entscheidung der Minorität<sup>48</sup>.

Die beim Minderheitenherrschaftsargument zugrunde gelegten Zahlen konzentrieren sich auf die Zustimmung von 27,32% der Abstimmungsberechtigten<sup>49</sup>. In der Tat: Wäre in Bayern die Möglichkeit einer Herrschaft der Minderheit über

die Mehrheit eröffnet und dieser Fall bei dem Volksentscheid über die Abschaffung des Senats tatsächlich eingetreten, hätten wir es zweifelsohne mit einem Verstoß gegen die Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates zu tun, zu denen unabweislich das Mehrheitsprinzip zählt<sup>50</sup>. Freilich ist dies bei näherem Hinsehen nicht der Fall. Denn, wie im einzelnen zu zeigen sein wird (dazu 1.), sind Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren bei Abstimmungen ebensowenig zwingend geboten wie bei Wahlen. Die wiederholt gezogene Parallele zwischen qualifizierten Mehrheiten bei Entscheidungen der Repräsentativkörperschaften und einem angeblichen Erfordernis, Vergleichbares auch Volksentscheiden vorzusehen, legt an Entscheidungen *des Volkes* diejenigen Maßstäbe an, die für Entscheidungen der *Vertreter des Volkes* gelten. Eine solche Betrachtungsweise stellt den demokratischen Grundsatz der Volkssouveränität auf den Kopf.

Aber auch aus Gründen, die ich einmal „verfassungspädagogische“ nennen möchte, sind Quoren nicht anzuraten bzw. bedarf es schwerwiegender Gründe für ihre Einführung (2.). Schließlich zeigt ein rechtsvergleichender Blick auf das Mutterland des modernen Verfassungsstaates, die USA, sowie auf das Musterland der direkten Demokratie, die Schweiz und ihre Kantone, daß Verfassungsänderungen im Volksgesetzgebungsverfahren ohne Beteiligungs- oder Zustimmungsquorum keine Anomalie oder verfassungsstaatlicher Sündenfall, sondern normal und verbreitet sind (3.).

#### 1. Grundsatz der Volkssouveränität: Ausübung der Staatsgewalt durch Wahlen und Abstimmungen

Dem fundamentalen Grundsatz der Volkssouveränität gemäß geht, wie das Grundgesetz es formuliert, „alle Staatsgewalt . . . vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG). Ähnlich heißt es in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BV: „Träger der Staatsgewalt ist das Volk“. Und Grundgesetz wie Bayerische Verfassung stellen weiterhin übereinstimmend fest, daß das Volk seinen für die Ausübung aller Staatsgewalt maßgeblichen Willen in zweierlei Gestalt artikuliert, nämlich durch Wahlen und Abstimmungen (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Auch hier ist die Bayerische Verfassung etwas plastischer, wenn es in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 heißt: „Das Volk tut seinen Willen durch Wahlen und Abstimmung kund“.

a) Handelt das Volk als Wahlkörper, so ist von Quoren keine Rede: weder für Bundes- oder Landtagswahlen noch für Wahlen zu Gemeinden und Kreisen und ebensowenig für die Direktwahl von Bürgermeistern oder Landräten gibt es Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren.

Mit größter Selbstverständlichkeit wird daher etwa bei Wahlen zum Bundestag oder zu den Landtagen die Verteilung der zu vergebenden Sitze allein auf die Summe der abgegebenen (gültigen) Stimmen bezogen. Die Wahlbeteiligung spielt dafür keine Rolle. Es ist gleichgültig, ob diese 75%, 50% oder 25% betragen hat. Alle zu vergebenden Parlamentssitze werden unabhängig von ihr verteilt. Mehrheits- und Minderheitsfraktionen im Parlament bilden sich aufgrund der Stimmanteile an den abgegebenen Wählerstimmen, nicht an ihren Anteilen an den Stimmen aller Wahlberechtigten. Und aufgrund dieser Sitzverteilung werden mehrheitsfähige Regierungen gebildet. Die erforderlichen Mehrheiten für die Abstimmungen im Parlament (seien es einfache oder qualifizierte) beziehen sich allein auf die Zahl der Abgeordneten, die nicht in Korrelation zur Wahlbeteiligung steht.

48 *Isensee*, Verfassungsreferendum (Fußn. 1), S. 39 f., 63 f. u. ö.

49 Dieser Wert entspricht 69,23% der gültigen Stimmen; amtliche Endergebnisse der bayerischen Volksentscheide am 8. 2. 1998; 3. Bayerischer Senat (<http://www.bayern.de/lfstad/VE/gesamtbs.html>).

50 Vgl. *Dreier* (Fußn. 2), Art. 28 RdNr. 59 i. V. m. Art. 20 (Demokratie) RdNrn. 64 ff.

Freilich: Erstreckt man die Logik der Argumentation der Antragsbegründung, wonach die Abschaffung des Senats per Volksentscheid letztlich eine Minderheitenentscheidung gewesen sein soll, einmal auf die Wahlentscheidungen des Volkes in Bund oder Land, so ändert sich das Bild. Man nehme *pars pro toto* die Zahlen der Hessen-Wahl vom Februar 1999<sup>51</sup>: Dort entspricht der neuen Regierung „mehrheit“ aus CDU und F.D.P. mit ihren 58 von insgesamt 110 Sitzen keinesfalls eine Mehrheit der Wahlberechtigten. Bei einer Wahlbeteiligung von 66,37% und dem relativ knappen Vorsprung von zusammen 48,51% der gültigen Wählerstimmen stützt sich die neue Mehrheit im Hessischen Landtag auf genau 31,68% der Wählerstimmen – ein Prozentsatz, der im übrigen nicht sehr weit von den 27,3% aller abstimmungsberechtigten bayerischen Bürger entfernt liegt, die für die Abschaffung des Senats gestimmt haben.

Im übrigen ist die Hessen-Wahl keineswegs ein besonders dramatisches oder außergewöhnliches Exempel. Bei der Auswertung der letzten Landtagswahl in Bayern ergeben sich keine signifikant anderen Werte. Bezogen auf die Gesamtstimmen kann sich die Landesregierung bei einer Wahlbeteiligung von 69,8% auf 52,9% der gültigen Stimmen und damit auf 36,4% der Wahlberechtigten stützen<sup>52</sup>. In Hamburg sieht es mit 34,10% noch trauriger aus<sup>53</sup>.

Wohin man auch schaut, regieren und herrschen offenbar Minderheiten über Mehrheiten. Dieser Eindruck entsteht jedoch nur, wenn man – wie dies in der Antragsbegründung in bezug auf das Verhältnis von abgegebenen Stimmen und Gesamtstimmberechtigten getan wird – auf die Relation zwischen den Wählerstimmen und der Gesamtzahl der Wahlberechtigten abstellt. Daß dies sinnvollerweise niemand tut, sondern die mit entsprechenden relativen Wählermehrheiten installierten Parlamente und die aus ihnen hervorgehenden Regierungen als Form legitimer Mehrheitsherrschaft anerkannt werden, vor allem die staatsrechtliche Validität ihrer Gesetzgebungs- und sonstigen Herrschaftsakte kraft des Mehrheitsprinzips in Verbindung mit dem Repräsentationsgedanken als zurechenbare Willensäußerung der jeweiligen (Gebiets-)Körperschaft (sei es der Bund, sei es ein Bundesland) unangefochten bleibt<sup>54</sup>, soll hier auch gar nicht in Frage gestellt werden. Vielmehr hat dies seine volle Richtigkeit und Ordnung. Der Grund liegt darin, daß wir es hierbei mit einer zweifachen Stufung der Repräsentation zu tun haben. Denn aufgrund des Wahlaktes werden nicht allein die Aktivwähler fortan durch ihre Abgeordneten repräsentiert, d.h. handeln diese mit Verpflichtungskraft für jene. Da die Entscheidungen der Repräsentanten als Entscheidung der jeweiligen Gebietskörperschaft insgesamt gelten, haben die Wähler insofern – das ist gleichsam die zweite Repräsentationsstufe – für die Nichtwähler mitgehandelt: deren Passivität hat sie zwar der Einflußmöglichkeit auf die Zusammensetzung des jeweiligen Parlaments beraubt, nicht aber von der Bindungswirkung der repräsentativ gefaßten Beschlüsse befreit. Das ist gewissermaßen das verpflichtende Gegenstück des meist in

anderer Richtung hin verstandenen Satzes, wonach die Abgeordneten Vertreter des ganzen Volkes sind (vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). Nach der Theorie demokratischer Repräsentation sind es die vom Volk gewählten Vertreter, die als Parlament ein Organ mit gesamtstaatlicher Entscheidungsbefugnis und -verantwortung bilden, in dem wiederum nach dem Mehrheitsprinzip, aber mit Verbindlichkeit für alle entschieden wird.

b) Handelt das Volk nun nicht als Wahl-, sondern als Abstimmungskörper, sind Quoren in gleicher Weise problematisch. Denn im einen wie im anderen Fall agiert das Volk, von dem nach dem Grundsatz der Volkssouveränität alle Staatsgewalt ausgeht. Wenn aber „das“ Volk handelt, so heißt das stets, daß (nur) der aktive Teil des Volkes seinen Willen kundtut. Das gilt bei Wahlen wie bei Abstimmungen gleichermaßen. In beiden Fällen agiert das Volk als höchste und letzte Quelle der Ausübung der Staatsgewalt. Sein Wille ist der Mehrheitswille jener, die sich aktiv an den Personal- oder Sachentscheidungen beteiligen.

Die Erklärung dafür, daß wie beim Volk als Wahlkörper auch beim Volk als Abstimmungskörper die Erfüllung bestimmter Quoren eine höchst begründungsbedürftige und keineswegs zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung bildet, findet sich wiederum im Repräsentationsgedanken. Denn entgegen z.T. verbreiteten Mythen von einem unmittelbaren, einheitlichen oder gar homogenen Volkswillen, der sich in direktdemokratischer Entscheidung artikuliere, muß nüchtern festgehalten werden, daß – nicht anders als bei Wahlen – auch bei Abstimmungen das Volk in seiner pluralen Vielfalt handelt. Vor allem aber ist zu erkennen, daß auch bei direktdemokratischer Artikulation des „Volkswillens“ eine repräsentative Entscheidungsstruktur besteht, die lediglich dadurch verdeckt ist, daß eine der beiden Repräsentationsstufen entfällt<sup>55</sup>. Denn wenn das Volk als Abstimmungskörper handelt, dann delegiert es zwar – anders als bei der Wahl – die inhaltliche Entscheidung nicht an seine Vertreter, sondern trifft sie selbst. Diese Repräsentationsstufe fällt also fort. Die andere, auch bei den Wahlen wirksam werdende Repräsentationsstufe bleibt aber erhalten: daß nämlich wiederum die Aktivbürger, also die Abstimmenden, in verbindlicher Weise für alle handeln und so die passiven, der Abstimmung fernbleibenden Bürger repräsentieren, d.h. in verbindlicher Weise für diese mitentscheiden, wie dies die Wähler für die Nichtwähler in gleicher (und wegen der doppelten Repräsentation in noch weitergehender) Weise tun. Auch hier handeln also die Aktivbürger für das Gesamtvolk und verpflichten dieses mit, so wie dies die Aktivbürger bei Wahlen tun. „Die Partizipanten repräsentieren das Volk in zumindest formeller Hinsicht“<sup>56</sup>. Daher gilt für die Äußerung des Volkswillens durch Wahl wie durch Abstimmung gleichermaßen, daß die nicht an der Entscheidung Teilnehmenden, die Nichtwähler und Nichtabstimmenden, von den Wählern und Abstimmenden vertreten, also repräsentiert werden. Die Passiven können sich im einen wie im anderen Fall, was die Verbindlichkeit der Entscheidungen, die entweder durch die Repräsentativkörperschaft oder durch die Volksabstimmung selbst herbeigeführt werden, nicht auf ihre Nichtteilnahme berufen. Und im einen wie im anderen Fall ist es jedenfalls in einem Land, das wie die Bundesrepublik keine Wahl- oder Abstimmungspflicht

51 Landtagswahl in Hessen am 7.2.1999, Berechnung aufgrund des vorläufigen amtlichen Endergebnisses, aktuelle Zahlen des Statistischen Landesamtes (<http://www.hsl.de/Iwerg/WK09019I.htm>).

52 Endgültige Ergebnisse der Wahl zum Bayerischen Landtag am 13.9.1998; Übersicht zu den Gesamtstimmen ([http://www.bayern.de/lftad/LW98/bayern/l2\\_2.html](http://www.bayern.de/lftad/LW98/bayern/l2_2.html)).

53 Endgültige Ergebnisse der Wahl zur Hamburger Bürgerschaft am 21.9.1997 (<http://www.hamburg.de/Behörden/StaLa/wahlen/Endbue.htm>).

54 Zu den dahinterstehenden komplexen Phänomenen vgl. H. Hofmann/H. Dreier, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 165 ff.

55 Dazu, daß die repräsentative Struktur direktdemokratischer Entscheidungen nur verdeckt ist, vgl. H. Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, 1973, S. 199; Rhinow, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR n.F. 103 II (1984), S. 111 ff./167 ff., 177 ff., 210; Hofmann/Dreier, Repräsentation (Fußn. 54), S. 173; Dahl, On Democracy, 1998, S. 108.

56 Rhinow, Grundprobleme (Fußn. 55), S. 210.

kennt, eine Verfassungserwartung<sup>57</sup>, daß von den eingeräumten demokratischen Rechten eine hinreichend große Zahl von Bürgern Gebrauch macht, so daß deren Entscheidungen als Ausdruck des Willens des Volkes gelten können. Doch ist es weder demokratietheoretisch noch aus zwingenden verfassungsstaatlichen Gründen erforderlich, bei Abstimmungen – im Gegensatz zu allen Wahlakten des Volkes – ein mehr oder minder hohes Beteiligungs- und bzw. oder Zustimmungsquorum vorzusehen, durch welches die Nichtabstimmenden praktisch den Nein-Stimmen zugeschlagen werden.

c) Wenn nun gleichwohl gerade in den Verfassungen zahlreicher Bundesländer zum Teil sehr hohe Quoren zu finden sind, so mag das viele Gründe haben, deren Validität und Triftigkeit hier ebensowenig zur Debatte stehen wie die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit. An dieser Stelle geht es allein um die umgekehrte Frage, ob die Entscheidung des bayerischen Verfassungsgebers, bei der Verfassungsänderung durch Volksentscheid auf Quoren zu verzichten, verfassungsrechtlich und namentlich in bezug auf den demokratischen Grundsatz des Majoritätsprinzips auf Bedenken stößt. Und hier läßt sich aus den unter a) und b) dargelegten Gründen eindeutig konstatieren, daß dies ebensowenig der Fall ist wie bei den gleichermaßen ohne Quoren zu treffenden Wahlentscheidungen durch das Volk. Nicht das Fehlen von Quoren ist demokratietheoretisch rechtfertigungsbedürftig, sondern ihre Einführung. Schon Carl Schmitt hatte sich mit Blick auf das Quorum des Art. 75 WRV zu Recht gewundert: „Der Antrag gilt also als abgelehnt, d.h. die vorgelegte Frage als verneint, wenn nicht die Mehrheit der Stimmberechtigten an der Abstimmung teilgenommen hat. Auf diese Weise treffen diejenigen die Entscheidung, die *nicht* abstimmen und dadurch zu erkennen geben, daß sie sich nicht entscheiden wollen. Hier ist merkwürdigerweise nicht der Wille derjenigen maßgebend, die einen Willen äußern, sondern der Wille derjenigen, die keinen Willen äußern und möglicherweise auch keinen Willen haben“<sup>58</sup>. Diese berechnete Kritik führt direkt zum nächsten Punkt.

## 2. Der verfassungspädagogische Negativaspekt von Quoren: Boykottstrategien

Beteiligungs- und Zustimmungsquoren, wie sie in der Antragsbegründung mit Nachdruck gefordert und für unentbehrlich gehalten werden<sup>59</sup>, haben neben ihrer unter IV.1. dargelegten demokratietheoretischen Problematik noch einen weiteren negativen Effekt: sie laden zu Boykottstrategien ein. Denn zumal Beteiligungsquoren von 50% wie beim soeben angesprochenen Art. 75 WRV führen eben automatisch dazu, daß die Passiven, Desinteressierten, Unentschlossenen oder gänzlich „Willenlosen“ von vornherein zugunsten der Gegner eines zur Abstimmung stehenden Vorschlages zu Buche schlagen.

Da bekannt ist, daß selbst bei hochbedeutsamen Wahlen praktisch niemals mehr als 90%, meistens lediglich 80% oder weniger der Wahlberechtigten zu mobilisieren sind, kann man bei jeder Wahl und jeder Abstimmung von einer Passivitätsgröße von um die 20% davon ausgehen. Mit dieser Hypothek ist jedes Abstimmungsquorum gewissermaßen von Haus aus belastet. Dieser gleichsam präexistente Verzerrungseffekt läßt sich dann gegebenenfalls, wie Verfassungsgeschichte und

Verfassungsvergleichung zeigen, durch gezielte Boykottstrategien interessierter politischer oder gesellschaftlicher Kreise rasch in einer Weise verstärken, daß Anliegen, die in der Bevölkerung einen dramatisch hohen Zuspruch finden, letztlich ohne Erfolg bleiben müssen.

a) Bekanntestes Beispiel aus der Weimarer Republik ist der Volksentscheid auf Antrag der Enteignung des Fürstenvermögens aus dem Jahre 1926, der neben dem Volksentscheid in Sachen Young-Plan der einzige war, der das Zulassungsverfahren und die Stufe des Volksbegehrens überwunden hatte<sup>60</sup>.

Der von Parteien des linken Spektrums unterstützte Antrag scheiterte letztlich daran, daß bürgerliche und rechte Parteien zum Boykott der Abstimmung aufgerufen hatten, welcher sich – dies eine weitere zutage tretende Gefahr – in den ländlichen Gebieten offenbar auch gut „kontrollieren“ ließ. An der Abstimmung beteiligten sich 39,3% der Abstimmungsberechtigten (15,6 von 39,7 Millionen). Von den 15 Mio. gültigen Stimmen entfiel die überwältigende Mehrheit, nämlich 14,4 Mio., auf „Ja“, hingegen nur 0,6 Mio. auf „Nein“: das ist ein Stimmenverhältnis von 36,4% zu 1,5% der Stimmberechtigten. Wegen der Unterschreitung des 50%-Quorums verfiel der Antrag jedoch der Ablehnung – ein Vorgang, den ein Schweizer Autor mit den bitteren Worten kommentierte, daß sich hier vierzehn Millionen Stimmberechtigte einer Minderheit von fünfhunderttausend geschlagen geben mußten<sup>61</sup>. Vergleichbare und ebenfalls skeptisch stimmende Vorgänge sind aus Italien zu berichten<sup>62</sup>. Auch dort gilt die Regelung, wonach ein Referendum ungültig ist, wenn weniger als 50% der Abstimmenden teilnehmen. Eigentlich war das Quorum dazu gedacht, die Abstimmungsberechtigten zur Teilnahme zu motivieren. Doch wiederum erwies sich die Hürde als Hebel für Boykottstrategien. Als im Jahre 1990 drei Referenden zur Abstimmung standen, die Jagdverbote und die Verwendung von Pestiziden betrafen<sup>63</sup>, gelang es bestimmten Interessengruppen im Zusammenspiel mit der Regierung und einigen Medien, die Vorschläge durch Aufrufe zur Nichtstimmabgabe zum Scheitern zu bringen. Zwar erhielten die Vorschläge die überwältigende Zustimmung von 93% der abgegebenen Stimmen; doch da sich „nur“ 44% der Stimmberechtigten beteiligt hatten, war die Boykottstrategie aufgegangen. Eine inhaltlich geführte Gegenkampagne hätte mit allergrößter Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg gehabt – ebensowenig wie seinerzeit bei der Abstimmung über die Fürstenenteignung in Deutschland.

b) Es sind diese und vergleichbare Vorgänge, die namentlich in der Schweiz, wo Probleme der direkten Demokratie am intensivsten und gründlichsten durchdacht und diskutiert werden, zu dem immer wieder erneuerten Befund geführt haben, daß die Einführung von Quoren bei Volksentscheiden kein empfehlenswertes Mittel ist. Denn Quoren, so das Resümee einer einschlägigen Studie von Alois Riklin und Roland Kley, sind in ihren Auswirkungen auf den politischen Entscheidungsprozeß schwer abschätzbar, würden aber mit Sicherheit taktischen Manövern aller Art das Tor öffnen<sup>64</sup>.

60 Vgl. E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI, 1981, S. 579 f., 590 ff.

61 Aubert, Traité de droit constitutionnel Suisse, Bd. II, 1967, RdNr. 1067; vgl. nochmals Schmitt, Verfassungslehre (Fußn. 25), S. 241.

62 Zum folgenden Kobach, The Referendum. Direct Democracy in Switzerland, 1993, S. 229 ff.

63 Kobach, Referendum (Fußn. 62), S. 229.

64 Riklin/Kley, Stimmabstinz und direkte Demokratie, 1981, S. 116 unter Berufung auf die gleichlautende ablehnende Stellungnahme zur möglichen Einführung von Quoren, in: Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Massnahmen zur Erhöhung der Stimm- und Wahlbeteiligung in der Schweiz, 1979, S. 60.

57 Zu dieser Kategorie umfassend Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: HStR V, 1992, § 115, insb. RdNrn. 136 ff., 163 ff., 222 ff.; vgl. etwa RdNr. 197: „Wenn dem Wahlrecht keine Wahlpflicht korrespondiert, so ist die Demokratie darauf angewiesen, daß die Bürger ihr Recht auch tatsächlich wahrnehmen“.

58 Schmitt, Verfassungslehre (Fußn. 25), S. 241 (Hervorhebung im Original, H.D.).

59 Vgl. Isensee, Verfassungsreferendum (Fußn. 1), S. 68 f.

c) Das größte Manko von Beteiligungsquoren, zumal wenn sie so hoch angesiedelt sind wie die soeben erwähnten, besteht zweifellos in ihrem demokratieschädlichen Effekt. Denn indem sie Desinteresse, Nichtartikulation eines politischen Willens oder auch gezielte Boykottstrategien „belohnen“, untergraben sie zugleich jene Tugenden und Ressourcen, die für den Bestand eines freiheitlichen, demokratischen Systems unerlässlich sind: die Fähigkeit und Bereitschaft zum Engagement; die Bildung einer eigenen Meinung; den offenen Austausch von Argument und Gegenargument; die Entscheidung zwischen verschiedenen Alternativen nach dem Mehrheitsprinzip. Die hohen Quoren fördern nicht bürgerschaftliches Engagement, sondern ermutigen zur Nichtteilnahme; stärken nicht demokratisches Bewußtsein, sondern belohnen die Desinteressierten – und lassen insgesamt den freien Kampf der Meinungen als sinnloses Spiel erscheinen, dem man mit gezielter Demokratieabstinenz den Boden entziehen kann. Dies alles weckt schließlich bei den Aktiven Ohnmachtsgefühle, die sich im Vertrauensverlust gegenüber den demokratischen Entscheidungsmechanismen und der Zuflucht in andere, „effektivere“ Mittel der Durchsetzung eigener Interessen niederschlagen können.

Die von den Antragstellern angegriffene Regelung der Bayerischen Verfassung, die aus guten Gründen auf Quoren verzichtet, schiebt taktischen Manövern der geschilderten bedenklichen Art einen Riegel vor. Sie beruht auf dem richtigen Grundsatz, daß sich mit Passivität und Nichtteilnahme nichts entscheiden und nichts verhindern läßt. Dies wird auch dem Grundsatz der Volkssouveränität gerecht, wonach das Volk „seinen Willen durch Wahlen und Abstimmung“ (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 BV) kundtut – und nicht durch Fernbleiben von Wahlen und Abstimmungen.

Diesen Maximen folgen auch, wie ein abschließender rechtsvergleichender Exkurs zeigt, die Regelungen in den Gliedstaaten anderer föderaler Staaten.

### 3. Rechtsvergleich mit Schweizer Kantonen und Gliedstaaten der USA

a) In der Schweiz enthält für die Frage der Änderung der Kantonsverfassungen auf direktdemokratischem Wege zunächst Art. 6 Abs. 2 lit. c der Bundesverfassung eine Vorgabe, wonach Kantonsverfassungen vom Volke angenommen sein müssen und von ihm revidiert werden können, „wenn die absolute Mehrheit der Bürger es verlangt“. Zwar bezieht sich die hier erwähnte Mehrheit auf die Mehrheit der Stimmberechtigten<sup>65</sup>. Doch handelt es sich nach ganz h.M. um eine bloße Obergrenze. „Alle Kantone gewähren ihren Bürgern heute das Initiativrecht unter weit mildereren (und damit realistischen) Bedingungen, d.h., sie gewähren ihnen auch das Recht der Initiative auf Partialrevision und sie legen das Initiativrecht in die Hände einer Minderheit der Stimmberechtigten“<sup>66</sup>. Diese Obergrenze zeitigt nur insofern praktische Folgen, als sie den Kantonen verwehrt, für die Verfassungsänderung ein qualifiziertes Mehr zu verlangen<sup>67</sup>. Unter einem solchen qualifizierten Mehr muß man sich analog zu der in der Bundesverfassung geregelten doppelten Mehrheit von Volk und Ständen eine solche von Kantonsmehrheit und interkantonalen Mehrheiten (Gemeinden, Bezirke o.ä.) vor-

stellen: „Solche qualifizierten Mehrheiten werden heute nirgends verlangt“<sup>68</sup>. Eine Untergrenze, etwa im Sinne von Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren, ist in der Schweiz bundesverfassungsrechtlich beziehungsweise nicht festgelegt. Sie wird auch, soweit ersichtlich, nirgends ernsthaft als eine notwendige Anforderung betrachtet<sup>69</sup>. Vielmehr sehen die Kantonsverfassungen vor, daß verfassungsändernde Abstimmungen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen Erfolg haben<sup>70</sup>. Alle Diskussionen in Politik und Wissenschaft haben bislang zu dem Ergebnis geführt, daß Quoren fehler- und manipulationsanfällig sind und es von daher besser ist, auf die inhaltliche Repräsentativität der von der Mehrheit getroffenen Entscheidung und das Engagement der zur Abstimmung aufgerufenen Bürger zu vertrauen<sup>71</sup>.

b) Ähnliches gilt schließlich für zahlreiche Gliedstaaten der USA<sup>72</sup>. Hier ist zunächst bemerkenswert, daß in allen Gliedstaaten mit Ausnahme von Delaware die Verfassung nur durch das Volk geändert werden kann. Kommt es zu einem entsprechenden Verfassungsreferendum, wird der Vorschlag häufig bei der nächsten allgemeinen Wahl zur Abstimmung gestellt und erlangt Verfassungskraft, wenn er „die Mehrheit, das heißt mehr als 50% der in bezug auf den jeweiligen Vorschlag abgegebenen Stimmen“, erringt<sup>73</sup>. In der übergroßen Mehrzahl der Staaten hält man Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren hingegen für entbehrlich<sup>74</sup>. Nicht anders als in der Schweiz auch „setzte sich die Auffassung durch, in relativ geringen Abstimmungsbeteiligungen drücke sich die positive Tatsache aus, daß nur Interessierte und Informierte ihre Stimme abgeben“<sup>75</sup>.

c) Insgesamt zeigt der rechtsvergleichende Blick, daß die von den Antragstellern beanstandete Regelung der Bayerischen Verfassung, derzufolge deren Änderung durch Volksentscheid ohne Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren möglich ist, weder einzigartig ist noch einen Fremdkörper im Spektrum vergleichbarer demokratischer Verfassungsstaaten der westlichen Welt bildet. Vielmehr finden sich in den Kantonen der Schweiz wie in den Gliedstaaten der USA durchgängig vergleichbare, verbreitet sogar noch liberalere Regelungen. Wenn in der Antragsbegründung der Antragsteller davon die Rede ist, daß der Verzicht auf Quoren zu einer demokratiewidrigen und verfassungsstaatlich unerträglichen Herrschaft der Minderheit führe, so wäre dieser Vorwurf auf das Mutterland des modernen Verfassungsstaates und das Musterland der direkten Demokratie zu erstrecken. Doch die umgekehrte Blickrichtung führt zum richtigen Ergebnis: was

68 *Saladin* (Fußn. 65), Art. 6 RdNr. 72.

69 „Die Mehrheit der eingeschriebenen Wähler ist als Zustimmungserfordernis nie ernsthaft verlangt worden“; *Tschannen*, Stimmrecht (Fußn. 66), S. 131.

70 Beispielsweise die Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984, die in § 30 bestimmt, daß Verfassungsänderungen der Volksabstimmung unterliegen, wozu es in § 31 Abs. 3 heißt: „Eine Vorlage bedarf zu ihrer Annahme der Mehrheit der gültigen Stimmen“. Ähnlich § 63 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993: „Eine Abstimmungsvorlage ist angenommen, wenn sie die Mehrheit der im Kanton gültig abgegebenen Stimmen erhalten hat“.

71 Vgl. *Aubert*, *Traité* (Fußn. 61), RdNr. 1067; *Riklin/Kley*, Stimmabstinenz (Fußn. 64), S. 116 f. (Ablehnung von Quoren und Stimmzwang); *Lindner*, Schweizerische Demokratie (Fußn. 47), S. 283, 292.

72 Zum folgenden vgl. *Stelzenmüller*, Direkte Demokratie in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1994; *Heußner*, Volksgesetzgebung (Fußn. 47).

73 *Heußner*, Volksgesetzgebung (Fußn. 47), S. 362; vgl. auch *Stelzenmüller*, Direkte Demokratie (Fußn. 72), S. 137.

74 *Heußner*, Volksgesetzgebung (Fußn. 47), S. 362 f.; lediglich sieben Staaten kennen Zustimmungsquoren zwischen 30% und 50% (freilich nicht bezogen auf die Gesamtzahl der Wahlberechtigten, sondern nur auf die der Teilnehmer des jeweiligen Abstimmungstermins).

75 *Heußner*, Volksgesetzgebung (Fußn. 47), S. 363.

65 *Saladin*, in: *Aubert* u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Art. 6 (1996), RdNrn. 69, 72; *Grisel*, Initiative et référendum populaires, 2. Aufl. 1997, S. 34; vgl. auch *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht (Fußn. 39), RdNr. 244.

66 So *Saladin* (Fußn. 65), Art. 6 RdNr. 69; s. auch ebd., RdNr. 72. Vgl. auch *Tschannen*, Stimmrecht und politische Verständigung, 1995, S. 131.

67 *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht (Fußn. 39), RdNr. 244; *Tschannen*, Stimmrecht (Fußn. 66), S. 132; *Grisel*, Initiative (Fußn. 65), S. 34.

in den Kantonen der Schweiz und den Gliedstaaten der USA möglich ist, verstößt nicht wider Geist und Buchstaben demokratischer Mehrheitsherrschaft, sondern stellt eine bestimmte, wohlfundierte Ausprägung eines volkssouveränen Verfassungsänderungsverfahrens dar, das auch die Verfassung Bayerns zulässigerweise vorsehen kann.

#### 4. Ergebnis

Der Vorwurf, der Senat sei durch Entscheidung einer „Minderheit“ abgeschafft worden, geht ebenso ins Leere wie der Ruf nach Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren, die zu Unrecht als verfassungsrechtlich geboten ausgewiesen werden. Aus demokratietheoretischer Sicht stellen Quoren bei Volksentscheiden nicht die Regel, sondern die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme dar. Ihre Einführung öffnet stets gezielten Manipulationsstrategien, etwa durch Boykott der Abstimmung, Tür und Tor. Von daher verwundert es nicht, daß in demokratischen Verfassungsstaaten föderalen Zuschnitts wie den USA und der Schweiz Quoren auch bei verfassungsändernden Volksentscheiden in den Gliedstaaten weitgehend unbekannt sind. Auch wenn es verfassungsrechtlich tragfähige Gründe für ihre Einführung geben mag; auf keinen Fall ist es demokratietheoretisch oder verfassungsstaatlich zwingend geboten, für Volksentscheide Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren vorzusehen.

#### V. Gesamtergebnis

Die von den Antragstellern vorgetragene Auffassung, der Volksentscheid zur Abschaffung des Bayerischen Senats vom 28.2.1998 sei mit Art. 28 Abs. 1 GG bzw. mit ungeschriebenen Prinzipien der Verfassungsstaatlichkeit unvereinbar und nichtig, erweist sich als nicht haltbar.

1. Die Länder trifft keine bundes(verfassungs)rechtliche Pflicht, die Änderung ihrer Verfassungen gegenüber der einfachen Gesetzgebung zu erschweren. Eine derartige Pflicht läßt sich weder aus dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG noch aus einer vermeintlichen „Logik“ des Ver-

fassungsstaates herleiten. Vielmehr eröffnet die Verfassungsautonomie bzw. -hoheit der Länder ihnen neben der Option, völlig auf eine förmliche Verfassungsurkunde zu verzichten, auch die Möglichkeit, die Änderung einer solchen eigenständig zu regeln (dazu II.). Insofern wäre die Rechtsfigur des Vorranges der Verfassung mißverstanden, wenn man diese auf die erschwerte Abänderbarkeit derselben reduzieren wollte; das perfektionierte Modell des Grundgesetzes mit seinem Dreiklang von förmlicher Verfassungsurkunde, erschwerter Abänderbarkeit und verfassungsgerichtlich kontrollierbarem Vorrang auch gegenüber dem einfachen Gesetzgeber stellt sich in historischer wie rechtsvergleichender Perspektive als Ausnahmeerscheinung dar, welche die Länder nicht zur Imitation verpflichtet (dazu III.2).

2. Ungeachtet von alledem weist auch die Bayerische Verfassung alle drei Elemente (förmliche Urkunde, Nachrang des Gesetzgebers und erschwerte Abänderbarkeit) auf. Bei der streitgegenständlichen Variante einer verfassungsändernden Gesetzgebung durch Volksentscheid stellt gerade das Erfordernis der Entscheidung durch das Volk die gegenüber dem normalen Vorgang der Gesetzgebung geforderte und sich davon abhebende Erschwerung dar (dazu III.3).

3. Die Abschaffung des Bayerischen Senates erfolgte durch Entscheidung des Bayerischen Volkes, das – nicht anders als bei Wahlen auch – durch die Aktivbürger der Abstimmung vom 8.2.1998 ordnungsgemäß repräsentiert war. Daß in der Bayerischen Verfassung für den verfassungsändernden Volksentscheid Beteiligungs- oder Zustimmungsquoren nicht vorgesehen sind, macht die Entscheidung nicht verfassungswidrig. Quoren stellen bei Volksentscheidungen dieser Art nicht die demokratietheoretisch zwingende Regel, sondern die vor dem Demokratieprinzip zu rechtfertigende Ausnahme dar (dazu IV.). Weder das Demokratieprinzip noch der allgemeine Gedanke der Verfassungsstaatlichkeit nötigen dazu, derartige Quoren obligatorisch vorzusehen. Vielmehr sind die Länder auch insofern frei in der Ausgestaltung ihrer Verfassung.

## Reform des juristischen Studiums in Österreich und Deutschland – Das Ende der Massenvorlesung?

Von Regierungsdirektor Dr. Herbert Lechner, München

### 1. Einleitung

Die Reform der Juristenausbildung bildet derzeit wieder einmal einen Schwerpunkt der rechtspolitischen Diskussion; neben vielen anderen Fragen ist auch die Vorlesung, die seit dem Mittelalter die hauptsächliche Lehrmethode im juristischen Studium darstellt, Gegenstand der Kritik – nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch in unserem Nachbarland Österreich. Dort hat bereits 1997 eine tiefgreifende Studienreform stattgefunden, deren Ergebnisse bisher, soweit ersichtlich, nicht in die gegenwärtige deutsche Reformdiskussion eingeflossen sind.

Ziel des folgenden Beitrags ist deshalb, die Situation des juristischen Studiums und den Stand des Reformprozesses in Österreich und Deutschland vergleichend darzustellen, um sodann die Eignung der österreichischen Lösung für die deutschen Probleme beurteilen zu können. Die Betrachtung konzentriert sich auf das juristische Studium und seine Lehrmethoden, weil sich auch die österreichische Reform ausschließlich mit dem Studium als erster Stufe der auch in Österreich zweistufigen Juristenausbildung<sup>1</sup> befaßt.

### 2. Juristisches Studium in Österreich<sup>2</sup>

#### a) Ausgangslage

#### aa) Studienorganisation

Bislang war das juristische Studium in Österreich – wie alle anderen Studiengänge auch – in einem vierstufigen System bis ins einzelne geregelt. Neben dem allgemeinen Studiengesetz existierten besondere Studiengesetze für die einzelnen Fachrichtungen, die ihrerseits

bereitungsdienste für die verschiedenen volljuristischen Berufe (Justiz insgesamt vier Jahre, Anwaltschaft fünf Jahre und Notariat sieben Jahre). Der Staat stellt dabei nach Bedarf ein, für Anwaltschaft/Notariat muß sich der Bewerber selbst einen Ausbildungsplatz suchen. Deshalb werden nur ca. 50% der erfolgreichen Absolventen des juristischen Studiums in einen weiterführenden Ausbildungsgang übernommen; vgl. *Mayr*, Die neue Juristenausbildung in Österreich, Jura 1989, 108.

2 Zugleich Besprechung von: Bernd-Christian *Funk* und Bernd *Schilcher* (Hrsg.), Studienreform und die Zukunft der Juristenausbildung (in Österreich), 1998, Springer-Verlag Wien, New York. Dabei handelt es sich im wesentlichen um eine Zusammenstellung der Beiträge zu dem von der Grazer Rechtswissenschaftlichen Fakultät im November 1997 veranstalteten Symposium „Die Juristen im 21. Jahrhundert: Ausbildung und Praxis im Wettbewerb“.

1 In Österreich folgt auf das juristische Studium zunächst ein einheitliches, vergütetes Gerichtspraktikum von neun Monaten, zu dem alle erfolgreichen Absolventen zugelassen werden müssen, und sodann getrennte Vor-