

ist auch eine Verletzung »wesentlicher Verfahrensvorschriften« im Zusammenhang mit dem Abschlussbericht nicht gerichtlich überprüfbar. Denn solche Verfahrensvorschriften lassen sich weder den verfassungsgesetzlichen noch den einfachgesetzlichen Bestimmungen entnehmen. Die Grundsätze, wie etwa die Gewährung rechtlichen Gehörs, spielen zwar im Verlauf des Untersuchungsausschusses eine Rolle und sind insoweit auch gerichtlich durchsetzbar. Im Zusammenhang mit dem Abschlussbericht gibt es entsprechende Rechtsansprüche allerdings nicht.

Hält man dagegen eine gerichtliche Klage unter den vorbezeichneten engen Voraussetzungen für zulässig oder fehlt eine Regelung zum Ausschluss des Rechtswegs<sup>56</sup>, so dürften, falls keine besondere Rechtswegzuweisung erfolgt ist, die Verwaltungsgerichte zuständig sein. Denn es handelt sich stets um eine nicht-verfassungsrechtliche Streitigkeit. Eine Aufspaltung dahingehend, dass zu differenzieren ist, ob der Private den Abschlussbericht als solchen angreift, dann verfassungsrechtliche Streitigkeit, oder nur einzelne seine Person betreffende Feststellungen, dann nicht-verfassungsrechtliche Streitigkeit, führt zu einer kaum praktikablen Differenzierung. Denn so stellt sich beispielsweise die Frage, welcher Rechtsweg greift, wenn sich der Betroffene gegen wesentliche Teile des Berichts, aber nicht gegen den gesamten Bericht wendet. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich an der klassischen Abgrenzung der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit festzuhalten, um den Weg zu den Verfassungsgerichten zu eröffnen. Im Übrigen bleibe es dann bei der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit<sup>57</sup>.

Das Untersuchungsausschussgesetz des Bundes hat versucht die Problematik in zwei Schritten zu lösen. Zunächst ist Personen, die durch die Veröffentlichung des Abschlussberichtes in ihren Rechten erheblich beeinträchtigt werden können, vor Abschluss der Untersuchung Gelegenheit zu geben, zu den betreffenden Ausführungen in dem Entwurf Stellung zu nehmen. Voraussetzung ist allerdings, dass diese Ausführungen nicht mit ihnen in einer Sitzung zur Be-

56 So etwa in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

57 *Glauben*, (Fußn. 2), § 29 Rdnr. 35.

weisaufnahme bereits erörtert worden sind. Der wesentliche Inhalt der Stellungnahme ist in dem Bericht wiederzugeben<sup>58</sup>. Zeichnet sich ab, dass der Untersuchungsausschuss dieser Verpflichtung nicht nachkommt, so kann der Betroffene gerichtlichen Schutz – in diesem Fall gemäß § 36 Abs. 1 PUAG beim Bundesgerichtshof – in Anspruch nehmen. Dies gilt indes auch, wenn man davon ausgeht, den Betroffenen stehe im jeden Fall gegen den Abschlussbericht der Verfassungsbeschwerde offen<sup>59</sup>. Denn in diesem Fall wäre wegen des Grundsatzes der Subsidiarität zunächst der Weg gemäß § 36 Abs. 1 PUAG zu wählen.<sup>60</sup>

## V. Fazit

Privatpersonen können sich grundsätzlich auch gegen Maßnahmen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse zur Wehr setzen, die in ihre subjektiven Rechte eingreifen. Allerdings ist zu differenzieren, ob sich Private gegen den Einsetzungsbeschluss sowie gegen den Abschlussbericht wenden oder, ob sie verfahrensrechtliche Beschlüsse des Untersuchungsausschusses angreifen. Während ausnahmsweise gegen einen Einsetzungsbeschluss Rechtsschutz möglich ist, wenn in qualifizierter Weise in subjektive Rechte Privater eingegriffen wird, scheiden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Abschlussbericht jedenfalls dann aus, wenn verfassungs- und einfachgesetzliche Regelungen dies ausdrücklich vorsehen. Praktische Bedeutung erhält der Rechtsschutz Privater vornehmlich im laufenden Untersuchungsverfahren. Insoweit steht jedem, der von einer Untersuchungshandlung betroffenen ist, gerichtlicher Schutz zu. Umstritten ist allenfalls der jeweilige Rechtsweg.

Hinweis: Der Verfasser ist Leiter des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags Rheinland – Pfalz und Mitautor eines Handbuchs zum Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern.

58 Siehe i. E. § 32 PUAG; *Plöd*, (Fußn. 14), S. 162; krit. *Platter*, (Fußn. 3), S. 168.

59 So *Platter*, (Fußn. 3), S. 168.

60 Wegen der Regelung in den Ländern siehe *Glauben* (Fußn. 2), § 29 Rdnr. 40 ff.

## Volksgesetzgebung: Ausüben von Staatsgewalt oder Ausleben von Freiheit?\*

Von Wiss. Mit. Ass. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia), Universität Münster

*Grundrechte berechtigen den Bürger und binden den Staat, insbesondere den Gesetzgeber. Was aber, wenn der Bürger selbst Gesetze gibt? Ist er dann als (gesetzgebender) Bürger grundrechtsberechtigt oder als (staatlicher) Gesetzgeber grundrechtsgebunden?*

\* Die Abhandlung enthält Grundgedanken meiner im Jahr 2005 unter dem Titel »Volksgesetzgebung und Grundrechte« erschienenen Dissertation. Stand dieser Bearbeitung: Februar 2006.

### I. Das Volksgesetzgebungsverfahren

Volksgesetzgebung meint das Setzen von abstrakt-generellen Regelungen unmittelbar durch das Volk. Sie verläuft in fünf Stufen<sup>1</sup>: Auf der ersten Stufe gewinnt ein politisches Ziel Gestalt samt der Entscheidung, dieses Ziel im plebis-

1 Vgl. zu den Einzelheiten *Bernd J. Hartmann*, Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen, DVBL 2001, S. 776 ff.

zitären Verfahren zu verfolgen (Zielfindung). Zweitens wird der Beschlussentwurf gefertigt (Formulierung) und drittens, gegebenenfalls nach vorherigem Antrag auf Zulassung, mit hinreichender Unterstützung eingebracht (Begehren). Die vierte Stufe enthält die Abstimmung über den Entwurf (Entscheid) samt vorangegangenem Abstimmungskampf. Schließlich bedarf das Gesetz fünftens der Ausfertigung und Verkündung.

Geht es um ein Landesgesetz, heißen die dritte und vierte Stufe Volksbegehren bzw. Volksentscheid. Diese Institutionen<sup>2</sup> stehen in allen sechzehn Ländern zur Verfügung<sup>3</sup>. Ergeht die abstrakt-generelle Regelung als kommunale Satzung, sind die Begriffe Bürgerbegehren und Bürgerentscheid gebräuchlich. Das Kommunalrecht erlaubt Satzungsgebung durch Bürgerentscheid in allen Gemeinden und den meisten Gemeindeverbänden. Auch dort kann von Volksgesetzgebung die Rede sein, schließlich bezeichnet Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die Mitglieder der kommunalen Gebietskörperschaften selbst als »Volk« und sind kommunale Satzungen im materiellen Sinn Gesetze<sup>4</sup>.

## II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Kritik

Für den Verfahrensschritt des Abstimmungskampfes (vierte Stufe) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger, die den Volksentscheid begehrt hatte, die Grundrechtsberechtigung fehle. Die im Grundgesetz einzelnen »Aktivbürgern« gewährleisteten »politische[n] Rechte des Aktiv-Status« könnten zwar mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden. Aber zu den beschwerdefähigen Rechten gehörten solche nicht, die »auf einer besonderen kompetenziellen Funktion eines Antragstellers im Verfassungsleben beruhen und durch ein gesetzlich begründetes Rechte- und Pflichtenverhältnis geregelt« seien<sup>5</sup>. Die vorliegend einschlägige Bayerische Landesverfassung (BayLV) forme die vom Volk gemäß Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 GG ausgehende Staatsgewalt aus, indem sie ein unmittelbares Recht zur Gesetzgebung zuerkennt. Art. 71, Art. 72 Abs. 1 BayLV gewährten dieses Recht dem Volks-

begehren, das aufgrund der Vertretungsregelung der Art. 63 Abs. 2, Art. 66 Abs. 2, Art. 82 des Bayerischen Landeswahlgesetzes auch handlungs- und prozessfähig sei. Das »geordnet[e] gegenseitig[e] Rechte- und Pflichtenverhältnis« des Unterverfassungsrechts erhellte, dass die Unterzeichner des Volksbegehrens mit dem Gesetzesinitiativrecht »nicht nur« ihre politischen »Individualrechte aus dem status activus« zur Geltung brächten, sondern »eine Funktion im Verfassungsleben« wahrnehmen<sup>6</sup>, und beziehe sie insoweit in die Organisation des Staates mit ein<sup>7</sup>.

Die hier gerafft wiedergegebene Begründung des Bundesverfassungsgerichts ruht auf drei Säulen. Als Erstes spielt der Begriff des »Aktiv-Status« eine Rolle. Er rekurriert auf *Georg Jellineks* »System der subjektiven öffentlichen Rechte«, seinem »Lieblingsbuch«<sup>8</sup>, das zunächst 1892 erschien und dreizehn Jahre später eine zweite Auflage erlebte. Die Statuslehre entfaltet noch heute, unter dem Grundgesetz, ihre Wirkungen: als Lehre von den Grundrechtsfunktionen<sup>9</sup>. Doch diese Lehre kann und will nicht mehr leisten, als Grundrechte zu ordnen. Zur Systematisierung vorgefundener Rechte entwickelt<sup>10</sup> und rezipiert<sup>11</sup>, trägt die Statuslehre nichts bei zu den Fragen, ob eine Bestimmung des Grundgesetzes neben dem klassischen Abwehrrecht<sup>12</sup> auch ein Leistungs- oder ein Mitwirkungsrecht gewährt oder, noch vorgelagert, ob die Bestimmung überhaupt ein subjektives Recht enthält. Die Lehre von den Grundrechtsfunktionen formuliert bloß Kriterien, um subjektive Rechte zu ordnen. Aber sie beschreibt keine Kriterien für die vorrangig zu treffende Unterscheidung von subjektiven Rechten und Kompetenzen. Ein Argument aus dem Status setzt daher stets voraus, dass schon feststeht, dass die Berechtigung keine Kompetenz,

6 BVerfGE 96, 231 (240).

7 BVerfGE 96, 231 (240 f.).

8 *Jens Kersten*, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000, S. 24.

9 Vgl. nur *Volker Epping*, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 12 ff., insb. Rdnr. 20; *Pieroth/Schlink* (Fußn. 2), Rdnr. 57 ff.; *Michael Sachs*, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, 2. Aufl. 2003, A 4 Rdnr. 38 ff.

10 Nicht ohne Grund hat *Jellinek* die Lehre als »System subjektiver öffentlicher Rechte« vorgestellt.

11 Siehe nur *Gerhard Anschütz*, *Deutsches Staatsrecht*, in: *Josef Kohler* (Hrsg.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer Bearbeitung*, Bd. IV, 7. Aufl. (=2. Aufl. der Neubearbeitung), 1914, S. 1 (88 ff.); *Carl Schmitt*, *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*, in: *Gerhard Anschütz/Richard Thoma* (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, 1932, § 101, S. 572 (590, 604); *Richard Thoma*, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*, in: *Hans Carl Nipperdey* (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Bd. I, 1929, S. 1 (20 f., 26 f.).

12 Siehe dazu nur *Bernhard Schlink*, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktionen*, *EuGRZ* 1984, S. 457 ff., und *Ralf Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003.

2 Zur Unterscheidung von Instituten und Institutionen nach *Carl Schmitt*, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2. Aufl. 1973, S. 140 ff. (143), vgl. *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, *Grundrechte*, 21. Aufl. 2005, Rdnr. 70.

3 Auch die große Koalition will prüfen, ob es im Bund Elemente direkter Demokratie (Koalitionsvertrag v. 11. 11. 2005, sub B.VI.8.), namentlich »Bürgerbegehren und Bürgerentscheid« (so *Franz Müntefering*, zit. nach *Süddeutsche Zeitung* Nr. 286 v. 12. 12. 2005, S. 6, in der Sache ebenso *FAZ* Nr. 289 v. 12. 12. 2005, S. 1), geben soll. Zu den damit verbundenen staatsorganisationsrechtlichen Fragen siehe *Denise Estel*, *Bundesstaatsprinzip und direkte Demokratie im Grundgesetz*, 2006. Zum entsprechenden Vorhaben der Vorgängerregierung siehe *Otmar Jung*, *Volksentscheid ins Grundgesetz? Die politische Auseinandersetzung um ein rot-grünes Reformprojekt 1998–2002*, in: *ZfP* 2002, S. 267 ff.

4 *Pieroth/Schlink* (Fußn. 2), Rdnr. 263.

5 BVerfGE 96, 231 (239).

sondern ein subjektives Recht gewährt. Diese Frage aber beantwortet nach wie vor nur die klassische Auslegung.

Auszulegen ist das Grundgesetz. Recht unterhalb der Bundesverfassung spielt keine Rolle, denn das Grundgesetz bestimmt die Reichweite der Grundrechte selbst.<sup>13</sup> Das zeigen seine Regelungen zur Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) und zur Grundrechtsberechtigung, namentlich zum persönlichen Schutzbereich. Historisch belegen insbesondere die Erfahrungen mit der Weimarer Reichsverfassung, unter der viele Grundrechte nur als Programmsätze verstanden wurden<sup>14</sup>, dass auf der Ebene der Verfassung geregelt sein muss, wie mächtig die Grundrechte wirken sollen. Der zweite Begründungsstrang, der Verweis auf die Bayerische Landesverfassung und das Bayerische Landwahlgesetz, vermag den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts daher gleichfalls nicht zu tragen.

Nämliches gilt schließlich für das Funktionsargument, das an mehreren Stellen des Beschlusses erscheint<sup>15</sup>. Der Begriff ist zu schillernd, als dass er die Ausübung von Staatsgewalt und das Ausleben von Freiheit zu scheiden vermöchte. Das zeigt besonders anschaulich der Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten von Amerika (USA). Ausgangspunkt ist der Befund, dass nur *state action* an die U.S.-amerikanische Verfassung gebunden ist<sup>16</sup>. Das höchste U.S.-amerikanische Bundesgericht, der U.S. Supreme Court, hat dieses Merkmal nicht vornehmlich in seinen Entscheidungen zum Volksgesetzgebungsrecht, sondern vor allem in Drittwirkungsfällen diskutiert. Eine Linie in der Rechtsprechung sieht Private an die Verfassung immer dann gebunden, wenn sie eine *public function* wahrnehmen<sup>17</sup>. Dem Bundesverfassungsgericht könnte es bei dessen funktionaler Analyse in vergleichbarer Weise darauf angekommen sein, inwieweit die Bürgerinnen und Bürger bei der Teilnahme an der Volksgesetzgebung eine staatliche Funktion ausfüllen.

Freilich gibt das Funktionskriterium nicht selbst vor, wie staatliche Funktionen zu bestimmen sind, und auch das Bundesverfassungsgericht enthält sich weiterer Hinweise. Aus gutem Grund: Der Begriff ist zu vage, als dass er Entscheidungen determinieren könnte. Dementsprechend hat der U.S. Supreme Court äußerst wechselhaft beurteilt, was unter einer *public function* zu verstehen sei. Im Jahre 1946 genügte es noch, dass eine private Firma, in de-

ren Eigentum der Ort Chicasaw in Alabama stand, den »business district« des Ortes dem allgemeinen Zugang zum eigenen Vorteil geöffnet hatte<sup>18</sup>. Im Jahre 1968 ging es um die Frage, ob auch Einkaufszentren vor den Toren der Stadt, die nach und nach die Geschäftszeilen im Stadtkern abgelöst hatten, eine *public function* inne hätten. Ja, meinte das Gericht zunächst, schließlich sei das Einkaufszentrum »clearly the functional equivalent of the business district of Chicasaw«<sup>19</sup>. Keine Dekade später, im Jahr 1976, hielten die Richter dann allerdings das Gegenteil für richtig<sup>20</sup>. Eine *public function* sollen zwar Stadtparks und die Feuerwehr<sup>21</sup>, nicht aber Energieversorgungsunternehmen<sup>22</sup>, Ärzte, Optiker, Rechtsanwälte oder der öffentliche Personennahverkehr<sup>23</sup> erfüllen. Wie es zu den unterschiedlichen Ergebnissen kommt, bleibt unklar. In den über hundert Jahren seit den Civil Rights Cases<sup>24</sup> ist dem U.S. Supreme Court eine anerkannte, nachhaltige Definition der *public function* nicht gelungen. Die Wissenschaft hat dementsprechend die »inconsistencies« der Rechtsprechung gerügt<sup>25</sup> und ein »conceptual disaster« beklagt<sup>26</sup>. Das Gericht selbst musste zugestehen, dass seine Rechtsprechung kein »model of consistency« darstelle<sup>27</sup>. Noch deutlichere Worte fand eines Richters abweichende Meinung, welche die Funktionsanalyse als »vague« und »amorphous« bezeichnete<sup>28</sup>. So überrascht es nicht, dass das Gericht neben der Funktionsanalyse weitere Wege beschritten hat, um *state action* zu definieren<sup>29</sup>.

Versteht man die Funktionsanalyse des Bundesverfassungsgerichts in Anlehnung an U.S.-amerikanische Gehversuche so, dass die Aufgabe im öffentlichen Interesse liegen muss (»affected with a public interest«<sup>30</sup>), geht sie sicher zu weit. Dann üben nämlich auch politische Parteien, Gewerkschaften und Lobbyisten Staatsgewalt aus, denn

13 BVerfGE 31, 58 (73).

14 RGZ 111, 320 (324 v. 328 f.); Eberhard Eichenhofer, Soziale Grundrechte – verlässliche Grundrechte?, in: ders. (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999, S. 207 (214, 216 ff.); Christoph Gusy, Die Grundrechte in der Weimarer Republik, ZNR 15 (1993), S. 163 (167 ff.); Bernd J. Hartmann, Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte (JJZG) 8 (2006/2007) (im Erscheinen, unter III.3)

15 BVerfGE 96, 231 (239, 240 f., 242, 244).

16 Siehe Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, 1997, S. 387 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts.

17 Siehe zunächst die abweichende Meinung des Richters Harlan in den Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 36 (1883), dann den Company Town Case Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501, 506 (1946).

18 Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501, 506 (1946). Zu entsprechenden Privatisierungstendenzen hierzulande siehe Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2005, § 1 Rdnr. 37.

19 Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308, 318 (1968).

20 Hudgens v. N.L.R.B., 424 U.S. 507 (1976), vgl. auch Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551 (1972).

21 Evans v. Newton, 382 U.S. 296, 301 f. (1966).

22 Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345, 352 f. (1974).

23 Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345, 352 ff. (1974).

24 Siehe oben in Fußn. 17.

25 Chemerinsky (Fußn. 16), S. 395 f.

26 Charles L. Black Jr., Foreword: »State Action«, Equal Protection, and California's Provision 14, Harvard Law Review 81 (1967), S. 69 (95).

27 Edmonson v. Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614, 632 (1991).

28 Evans v. Newton, 382 U.S. 296, 322 (1966).

29 Chemerinsky (Fußn. 16), S. 403 ff., diskutiert die »entanglement exception«, Larry Alexander/Paul Horton, Whom does the Constitution Command?, 1988, zit. nach dem Nachdruck bei John H. Gravelle/T. Alexander Aleinikoff (Hrsg.), Modern Constitutional Theory, 4. Aufl. 1999, S. 772 (776 ff.), nennen »pretense of authority«, »agency« und »abuse of authority« (jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

30 Vgl. Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345, 352 ff. (1974) mit Verweis auf Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

auch sie wirken an der Gesetzgebung mit. Grundrechtsgebunden wären sowohl der Rechtsanwalt, immerhin »Organ der Rechtspflege« (§ 1 BRAO), als auch die Privatschule, die sich funktionell von ihrem staatlichen Pendant nicht unterscheidet<sup>31</sup>. Doch genug mit dem »Bundesverfassungsgerichtspositivismus«<sup>32</sup> und stattdessen den Fokus auf die Frage, welche Argumente die klassischen Auslegungstopoi zum Problem der Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren beisteuern können.

### III. Ausüben der Staatsgewalt und Ausleben der Freiheit: Abgrenzung

Die Frage nach der Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren beschreibt einen Anwendungsfall der Unterscheidungen zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen staatlichen Kompetenzen und subjektiven öffentlichen Rechten, kurz: zwischen der Ausübung von Staatsgewalt und dem Ausleben von Freiheit. Das Grundgesetz vermag die Volksgesetzgebung seinem Wortlaut nach von beiden Seiten her zu erfassen: zum einen als Ausleben von Freiheit im Schutz der Grundrechte, namentlich der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit und jedenfalls der Allgemeinen Handlungsfreiheit, und zum andern als (kompetenzielles) Ausüben von Staatsgewalt, nämlich in Form von Abstimmungen i. S. des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG<sup>33</sup>. Welche Zuordnung trifft zu?

#### 1. Auslegung der Bindungsnorm

Die Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren lässt sich sowohl über eine Analyse der Grundrechte, namentlich der dort gewährleisteten persönlichen Schutzbereiche (Berechtigungsnormen), wie über eine Interpretation von Art. 1 Abs. 3 GG (Bindungsnorm) bestimmen. Ob den Ausgangspunkt die Berechtigungsnormen abliefern oder die Bindungsnorm bildet, ist für das Ergebnis der Auslegung ohne Belang. Die Bestimmungen geraten im Wege systematischer Auslegung wechselseitig in den Blick, und sie haben in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG einen gemeinsamen Bezugspunkt außerhalb ihrer selbst. Ohnehin sind Bindungsnorm und Berechtigungsnormen so zu interpretieren, dass ihre Anwendungsgebiete »aneinandergrenzen«: Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung verhalten sich zueinander wie kommunizierende Röhren – was der einen Seite genommen, wächst der anderen zu.

31 Zu Recht hat dagegen der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Rechtsbeziehungen zwischen der Privatschule und ihren Schülern dem Privatrecht zugeordnet, vgl. NVwZ 1982, S. 562 (563).

32 Bernhard Schlink, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), S. 161 (163).

33 Vgl. auch BVerfGE 8, 104 (114 f.); 96, 231 (239 f.). Nach Uwe Volkmann, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, bislang 2 Bände, Art. 20 Rdnr. 22 (Stand: 1. Ergänzungslieferung 2001) ist die Wahl ein Akt, in dem das Volk gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG unmittelbar Staatsgewalt ausübt.

#### 2. »Gesetzgebung«

Vorliegend soll der Einfachheit halber der Zugang über die Bindungsnorm versucht werden. Dort rückt das Merkmal der Gesetzgebung in den Mittelpunkt. Die Bedeutung dieses Begriffs sei, so moniert *Stern*, weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung hinreichend geklärt<sup>34</sup>. Es ist also nicht zu banal festzuhalten, dass Gesetzgebung zunächst einmal das Geben der Gesetze bezeichnet. Zum Geben der Gesetze gehört es, einen Entwurf zu erarbeiten, einzubringen und zu beraten und ein Gesetz zu verabschieden, auszufertigen und zu verkünden. Allein, all das sind Tätigkeiten, und eine Tätigkeit gebunden zu denken fällt schwer: Gebunden sein kann doch nur der Täter<sup>35</sup>, nur der Hund und nicht das Gebell. Daraus folgt: Gesetzgebung könnte nicht bloß (funktionell) das Geben der Gesetze bezeichnen, sondern auch (institutionell) deren Geber.

Ist der Geber der Gesetze gemeint, sind jedenfalls jene Organe erfasst, die typischerweise mit der Gesetzgebung betraut sind, also die Parlamente<sup>36</sup>. Ob auch das Volk in diesem Sinn Gesetzgeber ist, bedürfte dagegen eigener Begründung, schließlich sieht das Grundgesetz die Volksgesetzgebung bislang nicht vor, es hat das Volk nicht selbst zum Gesetzgeber gemacht<sup>37</sup>. Meint Gesetzgebung dagegen das Geben der Gesetze, rückt die Tätigkeit, Recht zu setzen, in den Vordergrund<sup>38</sup>, und dazu gehört, wie bereits der Begriff deutlich macht, die Volks-Gesetzgebung auf jeden Fall.

Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG lässt sowohl die institutionelle als auch die funktionelle Interpretation zu, und beide Auslegungen sind in der Literatur als möglich anerkannt<sup>39</sup>. Grammatisch liegt die funktionelle Interpretation der Gesetzgebung (als Geben der Gesetze) wohl näher am Kern des Begriffs<sup>40</sup> als die institutionelle Interpretation (als Geber der Gesetze). Denn das Suffix »-ung« zeigt, dass ein Verb substantiviert wurde<sup>41</sup>. Ein Verb,

34 Klaus Stern, Staatsrecht Bd. III, Halbbd. 1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, § 73 III 1 (S. 1267).

35 Günter Dürig, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Loseblatt, 6 Bände (Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004), Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 100 (Altcommentierung).

36 Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 III Rdnr. 53.

37 Zur Entscheidung gegen eine Einführung bundesweiter Volksbegehren und Volksentscheide ins Grundgesetz 1948/49 siehe Christoph Schwieger, Volksgesetzgebung in Deutschland, 2005, S. 272 ff. m. w. N. Zur aktuellen Entwicklung siehe oben Fußn. 3.

38 Philip Kunig, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Bd. I, Art. 1 Rdnr. 58.

39 Wolfram Höfling, Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JA 1995, S. 431 (432).

40 Zu den Termini Begriffskern und Begriffshof vgl. nur Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005 (hrsg. und bearb. von Thomas Würtenberger und Dirk Otto), S. 141, Gerhard Otte, Rechtsanwendung, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 2. Aufl. 1991, S. 172 (184), und Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 9. Aufl. 2005, § 12 I (S. 72).

41 Annette Klosa/Werner Scholze-Stubenrecht/Matthias Wermke, Grammatik der deutschen Gegenwartssprache, Duden Bd. IV, 6. Aufl. 1998, Rdnr. 911, 909 (»Nomina Actionis«).

auch »Tatwort« genannt<sup>42</sup>, bezeichnet eben eine Tätigkeit, und dieser Bezug geht auch dem substantivierten Verb nicht verloren<sup>43</sup>. Hinzu kommt, dass Art. 21 Abs. 2 des Herrenchiemsee-Entwurfs, wo ausdrücklich vom »Gesetzgeber« die Rede war<sup>44</sup>, gerade nicht Gesetz geworden ist. Schließlich stützt den Befund, dass der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG die Gesetzgebung nicht näher qualifiziert. Das spricht dafür, auch die unmittelbare Gesetzgebung erfasst zu sehen. Allein: Zur Frage, welche Verfahrensschritte direkter Demokratie zur Gesetzgebung in diesem Sinn zählen, ist damit noch nichts gesagt.

### 3. Zur historischen und genetischen Auslegung

Die historische Auslegung fragt danach, wie die in Rede stehende Rechtsfrage von Vorläufervorschriften beantwortet wurde. Die Dogmengeschichte führt hier nicht weiter. Denn Grundrechtsschutz gegen Gesetzgebung setzt voraus, dass eine auch gegenüber dem Gesetzgeber als vorrangig begriffene Verfassung Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht enthält<sup>45</sup>. Diese Voraussetzungen sind in Deutschland einschränkungslos erst seit Inkrafttreten des Grundgesetzes erfüllt<sup>46</sup>.

Der genetischen Auslegung geht es um die Entstehungsgeschichte der auszulegenden Norm<sup>47</sup>. Sie fragt nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er in den Debatten und Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck gekommen ist. Dass der Parlamentarische Rat sich darüber Gedanken gemacht hat, inwieweit Grundrechte den Volksgesetzgeber binden, liegt fern, weil das Grundgesetz selbst ein Volksgesetzgebungsverfahren nicht vorsieht. Immerhin folgt aus der Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 3 GG, dass der Parlamentarische Rat die Lückenlosigkeit der staatlichen Grundrechtsbindung anstrebte<sup>48</sup>. Alle Rechtssubjekte, die Staatsgewalt ausüben, sollten den Grundrechten verpflichtet sein<sup>49</sup>. Auch wenn nicht deutlich wird, ob und inwieweit die Verfassungseltern die Volksgesetzgebung als Emanation von Staatsgewalt begriffen haben, steht doch fest, dass die genetische Auslegung ein weiteres Argument dafür liefert, Art. 1 Abs. 3 GG funktionell zu verstehen<sup>50</sup>.

42 Ludwig Reiners, Stilkunst, o. Aufl., 1991, S. 111; Wolf Schneider, Deutsch für Kenner, 1987, S. 66.

43 Vgl. Klosa/Scholze-Stubenrecht/Wermke (Fußn. 41), Rdnr. 139.

44 Zitiert bei Dreier (Fußn. 36), Art. 1 III Rdnr. 5 Fußn. 25; Stern (Fußn. 34), § 72 II 1 (S. 1192).

45 Vgl. Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485 (498).

46 Zur Volksgesetzgebung unter der Weimarer Reichsverfassung siehe Otmar Jung, Direkte Demokratie in der Weimarer Republik, 1989.

47 Zur Unterscheidung von genetischer und historischer Auslegung siehe Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik Bd. I, 8. Aufl. 2002, Rdnr. 360; Bodo Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S. 244.

48 Höfling (Fußn. 39), S. 432 f., 435; Wolfgang Riefner, Grundrechtsadressaten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000, § 117 Rdnr. 1.

49 Stern (Fußn. 34), § 72 III 2 a (S. 1203).

50 Höfling (Fußn. 39), S. 432, 435; Riefner (Fußn. 48), Rdnr. 1; Stern (Fußn. 34), § 72 III 3 b (S. 1204).

Aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ergibt sich außerdem, dass der Parlamentarische Rat die Tragweite der Grundrechte nicht vom »wechselnden Mehrheitswillen« (sc. im Parlament) abhängig machen wollte<sup>51</sup>. Keine gesellschaftliche Gruppe sollte den Staat dazu bringen können, ihre privaten Bedürfnisse auf Kosten der Grundrechte anderer zu stillen. Dementsprechend sind die Grundrechte gerade dazu gedacht, zum Schutz von Individuen und Minderheiten auch die (einfache gesetzgebende) Mehrheit zu binden<sup>52</sup>. Dem Gedanken der Grundrechte als Minderheitenrechte entspricht es aber, die Mehrheit unabhängig davon, ob sie als plebiszitärer oder als repräsentativer Gesetzgeber auftritt, auf die Grundrechte zu verpflichten.

### 4. Gesetzgebung und Abstimmungen: Asynchronitätsargument versus Kreationenorm

Systematisch kommt Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG entscheidende Bedeutung zu. Die Vorschrift enthält den gemeinsamen Bezugspunkt von Bindungsnorm und Berechtigungsnormen im Volksgesetzgebungsverfahren. Auf den ersten Blick liefert sie ein gewichtiges Argument gegen die Grundrechtsbindung der Volksgesetzgebung. Hier nennt Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG neben der Gesetzgebung die Abstimmungen, dort bindet Art. 1 Abs. 3 GG jedenfalls seinem Wortlaut nach nur die Gesetzgebung an die Grundrechte, ohne von Abstimmungen zu handeln. Das legt den Umkehrschluss nahe, dass Abstimmungen den Grundrechten gerade nicht unterworfen sind (Asynchronitätsargument).

Das Asynchronitätsargument vermag nicht zu überzeugen. Es lässt sich auf zwei Weisen widerlegen. Zum einen hat der Begriff der Gesetzgebung in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG eine andere Bedeutung als in Art. 1 Abs. 3 GG. Denn in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ist – anders als in den Absätzen 3 der Art. 1 und 20 GG – nicht schlicht von Gesetzgebung die Rede. Vielmehr tritt Gesetzgebung abhängig auf, im Genitiv, als »besondere Organe der Gesetzgebung«. Grammatisch und systematisch ist es Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, eine Vorschrift an der Spitze des Staatsorganisationsrechts, welche die drei Gewalten samt ihren Organen erst schafft, während die Absätze 3 in Art. 1 und Art. 20 deren Existenz bereits voraussetzen. Jene ist Kreationenorm, diese sind Bindungsnormen. Die Wendung vom besonderen Organ der Gesetzgebung evokiert das Parlament, nicht das Volk. Wegen der verschiedenen Bedeutung von Gesetzgebung dürfte die Asynchronität zwischen Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Art. 1 Abs. 3 GG nichts hergeben für die Grundrechtsbindung der Volksgesetzgebung.

Zum andern basiert das Asynchronitätsargument auf der Prämisse, dass Abstimmung und Gesetzgebung in einem Gegensatz stehen. Bei Lichte besehen ergibt sich jedoch, dass Abstimmungen und Gesetzgebung eine

51 Abg. Dr. Süsterhenn (CDU), JöR NF 1 (1951), S. 43.

52 Vgl. BVerfG, NJW 2004, S. 2814 (2815) m. Anm. Michael Sachs, JuS 2004, S. 1095 (1096) (mit Blick auf die Meinungsfreiheit); Ingwer Ebsen, Abstimmung des Bundesvolkes als Verfassungsproblem, AöR 110 (1985), S. 2 (18); Poscher (Fußn. 13), S. 146.

Schnittmenge aufweisen, so dass Gesetzgebung i. S. des Art. 1 Abs. 3 GG die Gesetzgebung durch Abstimmung zu erfassen durchaus in der Lage ist. Begrifflich lassen sich Abstimmungen mit den Tätigkeiten aller drei Gewalten vereinbaren. Das Verhältnis von Abstimmungen und Gesetzgebung gestaltet sich wie folgt: Es gibt Handlungen wie die Repräsentativgesetzgebung gemäß Art. 76 ff. GG, die zwar Gesetzgebung, aber keine Volksabstimmung darstellen. Daneben gibt es Handlungen wie die Abstimmung über eine neue Verfassung nach Art. 146 GG, die zwar Volksabstimmung sind, aber keine Gesetzgebung i. S. von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG (weil das Volk nicht als konstituiertes Organ der Gesetzgebung i. S. des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG handelt)<sup>53</sup>. Vor allem aber gibt es Handlungen, die sowohl Gesetzgebung als auch Volksabstimmung darstellen. In der Schnittmenge der Begriffe liegt etwa die Gemeindeversammlung des Art. 28 Abs. 1 Satz 4 GG. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass Gesetzgebung i. S. von Art. 1 Abs. 3 GG auch durch Abstimmungen erfolgen kann.

##### 5. Abstimmungen in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG

Art. 1 Abs. 3 GG bindet alle Staatsgewalt an die Grundrechte. Abstimmungen stellen nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG eine Form der Ausübung von Staatsgewalt dar. Also binden die Grundrechte im Volksgesetzgebungsverfahren, soweit der Begriff der Abstimmungen in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG reicht. Die Abstimmung selbst, also die Stimmabgabe, ist jedenfalls erfasst. Das ergibt sich aus demselben sprachlichen Befund, der schon die grammatische Auslegung des Begriffs der Gesetzgebung gesteuert hat: Das substantivierte Verb »Abstimmung« meint in erster Linie die Tätigkeit des Abstimmens. Die Stimmabgabe darf deshalb auch Abstimmung im engeren Sinne genannt werden. Sie stellt, bildlich gesprochen, den Begriffskern von »Abstimmung« dar. Vor diesem Hintergrund gilt es, den Begriffshof von »Abstimmung« zu bestimmen.

Die Grenzen des Begriffshofs markieren die Grenzen des Begriffs selbst. Zwei extreme Definitionen sind denkbar. Ganz eng, so eng wie mit dem Wortlaut (gerade noch) vereinbar, wäre die Grenze gezogen, nähme man den Begriffshof auf den Begriffskern zurück und verstünde nur die Stimmabgabe als Abstimmung. Ganz weit dagegen,

so weit wie vor dem Wortlaut (gerade noch) vertretbar, griffen die Grenzen aus, begriffe man unter Abstimmung das gesamte Volksgesetzgebungsverfahren. Mit Abstimmung wäre dann jeder denkbare Zwischenschritt gemeint, gleichviel, ob er nur in einem der vielen verschiedenen Landesabstimmungsgesetze enthalten oder gar nirgends realisiert worden ist. Unter »Abstimmung« fiele dann nicht nur der Abstimmungskampf, sondern schon vorher das Entwerfen der zu begehrenden Vorlage und, noch viel früher, bereits die Debatte über Missstände, und dies – unabhängig davon, ob die Volksgesetzgebung als Mittel gegen den Missstand überhaupt schon in Erwägung gezogen wurde – allein deshalb, weil dieser Weg später eingeschlagen werden wird.

Die beiden polaren Interpretationen sind zwar beide (gerade noch) vom Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG gedeckt. Aber sie liegen fern. Der Begriff der Abstimmung ist nicht glasperlenverspielt »an sich« auszulegen, sondern bezogen auf den Lebenssachverhalt der Volksgesetzgebung. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG war ja überhaupt erst als systematisches Argument zur Auslegung des Begriffs der Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG in den Blick geraten. Das Sachproblem der Volksgesetzgebung, um das es geht, und der Sachzusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 GG, in dem es steht, erlauben es daher, den Inhalt des Abstimmungsbegriffs genauer zu fassen.

Weil sich für die Volksgesetzgebung die Reichweite der Grundrechtsbindung im Sinn von Art. 1 Abs. 3 GG aus dem Zusammenhang mit der Aussage des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ergibt, dass Abstimmungen die Ausübung von Staatsgewalt darstellen, gilt Folgendes: Weil es uns um Abstimmungen im Rahmen von Volksgesetzgebung geht, um Volksabstimmungen als Gesetzgebung, ist grundrechtsgebunden gerade die Gesetzgebung durch Volksabstimmung. Gesetzgebung durch Volksabstimmung beschreibt den Zusammenhang zwischen dem Begriff der Gesetzgebung, der gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechtsbindung steuert, und dem Begriff der Abstimmung aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG. Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG erfasst damit alle Stufen des Gesetzgebungsverfahrens, die für die Gesetzgebung durch Volksabstimmung im engeren Sinn, also für die Stimmabgabe, notwendig sind.

##### 6. Konkretisierung in Anlehnung an Art. 76 ff. GG

Welche Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens für die Stimmabgabe notwendig sind, versteht sich nicht von selbst. Notwendigkeit ist ein mehrdeutiger Begriff. Eine Lösung kann methodengerecht nur begründen, wer normtextorientiert arbeitet. Das Grundgesetz hat zwar kein Volksgesetzgebungsverfahren, aber doch ein repräsentatives Gesetzgebungsverfahren geregelt: Art. 76 ff. GG normieren das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren für Bundesgesetze detailliert, aber nicht erschöpfend (vgl. nur die Geschäftsordnungsautonomien in Art. 40 Abs. 1 Satz 2 und in Art. 65 Satz 4 GG)<sup>54</sup>. Art. 76 ff. GG lassen,

53 Ob Art. 20 GG über Art. 79 Abs. 3 GG auch im Fall von Art. 146 GG gilt, ist umstritten. Die Frage bejahen *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rdnr. 707; *Josef Isensee*, Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in: ders./Kirchhof (Fußn. 48), Bd. VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1992, § 166 Rdnr. 61; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2004, Art. 146 Rdnr. 4 f.; *Paul Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), a.a.O., § 183 Rdnr. 20 ff. Verneinend dagegen *Horst Dreier*, in: ders. (Fußn. 36), Bd. III, 2000, Art. 146 Rdnr. 50; *Christian Pestalozza*, Neues Deutschland – in bester Verfassung?, Jura 1994, S. 561 (566). Diff. *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fußn. 35), Art. 146 Rdnr. 14 ff. (Stand: September 1991).

54 *Dieter Grimm*, Rechtsentstehung, in: ders. (Fußn. 40), S. 40 (53).

obwohl selbstredend auf das Volksgesetzgebungsverfahren nicht anwendbar, doch erkennen, welche Verfahrensschritte das Grundgesetz bei der Gesetzgebung für notwendig hält. Freilich ist zu berücksichtigen, dass diese Vorschriften die »Gesetzgebung des Bundes« regeln (so die Überschrift des VII. Abschnitts). An der Gesetzgebung des Bundes sind auch die Länder beteiligt. Sie wirken, so heißt es in Art. 50 GG, daran durch den Bundesrat mit. Die Beteiligungsrechte der Länder sind in unserem Fall zu ignorieren, da ein Pendant zum Bundesrat auf Landes- und kommunaler Ebene nicht existiert und der Bundestag ohnehin als der »eigentliche Gesetzgeber«<sup>55</sup> gilt.

So gesehen ergibt sich folgendes Bild: Jedes parlamentarische Gesetzgebungsverfahren beginnt<sup>56</sup> gemäß Art. 76 Abs. 1 GG, indem eine »Gesetzesvorlag[e]« beim Bundestag »eingbracht« wird (Gesetzesinitiative<sup>57</sup>). Der Bundestag beschließt über diese Vorlage nach Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG (Gesetzesbeschluss<sup>58</sup>). Schließlich werden die Gesetze laut Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG vom Bundespräsidenten ausgefertigt<sup>59</sup> und verkündet<sup>60</sup>. Das im Grundgesetz geregelte Gesetzgebungsverfahren lässt sich also, grob skizziert, in die drei Abschnitte (1) Gesetzesinitiative, (2) Gesetzesbeschluss und (3) Ausfertigung und Verkündung gliedern<sup>61</sup>. Diese drei Schritte sind die vom Grundgesetz für das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren als notwendig bestimmten Verfahrensschritte.

Gegen dieses Zwischenergebnis stehen die Einwände nicht, dass das Grundgesetz Selbstverständliches festhielte oder eher zufällig aus einem komplexen Verfahren einige Verfahrensschritte herausgriffe. Erstens kann nur der eine oder der andere Einwand erhoben werden; beide zugleich können kaum zutreffen. Zweitens betont Art. 115 d GG die Bedeutung der genannten Schritte dadurch, dass sie im vereinfachten Gesetzgebungsverfahren des Verteidigungsfalls erforderlich bleiben<sup>62</sup>. Drittens sind die Einwände mit

der abgestuften und konsequenzenreichen Regelung des Grundgesetzes unvereinbar. Dem Bundestag hat Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG Geschäftsordnungsautonomie zuerkannt. Wenn die Verfassung dem Bundestag daneben eigene Vorgaben zum Gesetzgebungsverfahren macht, hat sie diese Verfahrensschritte der Geschäftsordnungsautonomie entzogen. Nicht zufällig ist diese Differenzierung, sondern folgenswer: Nicht nur die Gestaltungsspielräume des Parlaments, sondern auch die Rechtsfolgen eines Verfahrensverstößes hängen daran. Während die Nichtbeachtung grundgesetzlicher Verfahrensvorschriften zur Nichtigkeit des Gesetzes führt, sind Gesetze, die nur gegen die Geschäftsordnung verstoßen, wirksam<sup>63</sup>. Dahinter steht wohl der Gedanke, dass die Geschäftsordnung zur Disposition der Parlamentsmehrheit steht, während das Grundgesetz nur gemäß Art. 79 GG geändert werden kann. Insgesamt spricht nichts dagegen, die Schritte des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens gem. Art. 76 ff. GG zur Bestimmung der für die Stimmabgabe im Volksgesetzgebungsverfahren notwendigen Stufen heranzuziehen.

#### IV. Anwendung

Für jedes Rechtsverhältnis, das im Laufe des Volksgesetzgebungsverfahrens entsteht, lässt sich bestimmen, ob es ein Pendant in Art. 76 ff. GG findet. An dieser Stelle sollen die Konsequenzen lediglich beispielhaft für einige besonders wichtige Etappen des Verfahrens gezogen werden.

##### 1. Grundrechtsbindung bei der Volksgesetzgebung

Das Volks- bzw. Bürgerbegehren entspricht der parlamentarischen Gesetzesinitiative<sup>64</sup>. Mit dem Begehren wird, um in Anlehnung an Art. 76 Abs. 1 GG zu formulieren, eine Gesetzesvorlage »aus der Mitte des Volkes« eingebracht. Weil der Verfahrensschritt der Gesetzesinitiative nach dem Gesetzgebungsverfahren des Grundgesetzes notwendig ist, wird bei Volks- und Bürgerbegehren (grundrechtsgebundene) Staatsgewalt ausgeübt<sup>65</sup>.

Dem Gesetzesbeschluss durch den Bundestag gemäß Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG entspricht im Volksgesetzgebungsverfahren der Volks- bzw. Bürgerentscheid. Auch die Stimmabgabe im Rahmen des Entscheids stellt die Ausübung von Staatsgewalt dar. Sie unterliegt der Grundrechtsbindung.

55 Dieter Hömig, in: Karl-Heinz Seifert/Dieter Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2003, Art. 77 Rdnr. 2; vgl. auch ebenda, Art. 76 Rdnr. 2.

56 Herbert Bethge, Anmerkung, NJW 1975, S. 77 (78); Rupert Stettner, in: Dreier (Fußn. 36), Bd. II, 1998, Art. 76 Rdnr. 6.

57 Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2005, Rdnr. 194 f.; Jörn Ipsen, Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht), 17. Aufl. 2005, vor Rdnr. 218; Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 4. Aufl. 2005, § 17 Rdnr. 54; Fritz Ossenbühl, Verfahren der Gesetzgebung, in: Isensee/Kirchhof (Fußn. 48), Bd. III: Das Handeln des Staates, 2. Aufl. 1996, § 63 Rdnr. 17.

58 Degenhart (Fußn. 57), Rdnr. 201; Ipsen (Fußn. 57), vor Rdnr. 229; Maurer (Fußn. 57), § 17 Rdnr. 66; Ossenbühl (Fußn. 57), § 63 Rdnr. 38.

59 Degenhart (Fußn. 57), Rdnr. 216; Ipsen (Fußn. 57), vor Rdnr. 487; Maurer (Fußn. 57), § 17 Rdnr. 82 ff.; Ossenbühl (Fußn. 57), § 63 Rdnr. 60 f.

60 Degenhart (Fußn. 57), Rdnr. 217; Ipsen (Fußn. 57), vor Rdnr. 487; Maurer (Fußn. 57), § 17 Rdnr. 93 ff.; Ossenbühl (Fußn. 57), § 63 Rdnr. 62 f.

61 Degenhart (Fußn. 57), Rdnr. 194.

62 Die Gesetzesinitiative gemäß Art. 76 Abs. 1 GG und der Gesetzesbeschluss gemäß Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG bleiben gemäß Art. 115 d Abs. 1 GG, die Verkündung und wohl auch die Ausfertigung bleiben gemäß Art. 115 d Abs. 3 GG erforderlich.

63 BVerfGE 29, 221 (234); Degenhart (Fußn. 57), Rdnr. 195; Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Fußn. 53), Art. 40 Rdnr. 9; Stettner (Fußn. 56), Art. 76 Rdnr. 6.

64 Hans Herbert von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 513; Rolf Grawert, Volksbegehren vor dem Verfassungsgerichtshof, NWVBl 1987, S. 2 (4); Klaus Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, 2003, S. 87; Peter Krause, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Fußn. 48), Bd. III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl. 2005, § 35 Rdnr. 22.

65 So im Ergebnis, aber ohne Begründung, auch OVG Münster, NVwZ 1998, S. 302. A. A. gleichfalls ohne Begründung Stefan Storr, Verfassunggebung in den Ländern, 1995, S. 278. Wie hier schließlich ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (83) (Ls. 2) mit anderer Begründung.

Dass Parlamentsgesetze des Bundes ausgefertigt und verkündet werden, gibt Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungskräftig vor. Daher unterfällt schließlich ebenso die Ausfertigung wie die Verkündung von Volksgesetzen der Grundrechtsbindung. Zu Existenz und Reichweite einer Prüfungsbefugnis des ausfertigenden und verkündenden Organs ist damit freilich nichts gesagt.

## 2. Grundrechtsberechtigung bei der Volksgesetzgebung

Andere Verfahrensschritte geschehen dagegen im Schutz der Grundrechte. Das gilt zunächst für den Antrag auf Zulassung des Begehrens. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach der Grundrechtsgeltung bei Antragstellung bereits dreimal aufgeworfen und noch jedes Mal unentschieden gelassen<sup>66</sup>. Nach der hier vorgeschlagenen Abgrenzung gilt Folgendes: Wenn dem volksgesetzlichen Begehren die parlamentarische Gesetzesinitiative entspricht, dann steht dem volksgesetzlichen Antrag auf Zulassung des Begehrens ein Antrag auf Zulassung der Gesetzesinitiative gleich. Einen solchen Antrag regelt das parlamentarische Gesetzgebungsverfahrenrecht der Sache nach, wenn es das Gesetzesinitiativrecht zuweist, also etwa bestimmt, ob schon einzelnen Abgeordneten, bloß Abgeordnetenmehrheiten in Fraktionsstärke oder gar nur Fraktionen dieses Recht zukommt. Dabei regelt das Grundgesetz lediglich (in Art. 76 Abs. 1), dass es eine Gesetzesinitiative geben muss. Die Ausgestaltung des Gesetzesinitiativrechts überlässt es dagegen der Geschäftsordnung des Bundestages (§ 76 GO BT)<sup>67</sup>. Dabei steht das Grundgesetz nach herrschender Meinung insbesondere einer Geschäftsordnung nicht entgegen, die auch einzelne Abgeordnete zur Gesetzesinitiative berechtigt<sup>68</sup>. Der Antrag auf Zulassung des Volksbegehrens geschieht daher im Schutz der Grundrechte.

Den Abstimmungskampf, der dem Entscheid vorangeht, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung in Sachen Müllkonzept als Ausübung von Staatsgewalt angesehen und deshalb der Bürgerinitiative den Grundrechtsschutz verweigert<sup>69</sup>. Dem Abstimmungskampf in der Volksgesetzgebung entspricht in der Parlamentsgesetzgebung die Plenumsdebatte. Nach der hier vorgeschlagenen Abgrenzung kommt es also darauf an, ob das Grundgesetz dem Bundestag vorschreibt, Gesetzesinitiativen zu beraten. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass dem so

sei. Es folgert die Beratungspflicht aus dem »Wesen der Gesetzesinitiative«<sup>70</sup>. Hält man diesen Standpunkt für richtig, führt die hier vorgeschlagene Abgrenzung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung zu dem vom Bundesverfassungsgericht in Sachen Müllkonzept auf anderem Weg begründeten Ergebnis: Der Abstimmungskampf zählt dann zum staatsorganisationsrechtlich geprägten und nicht zum grundrechtlich geschützten Teil des Volksgesetzgebungsverfahrens.

Entgegen dem Bundesverfassungsgericht erscheint die Annahme vorzugswürdig, dass das Grundgesetz dem Parlament nicht vorschreibt, jede Gesetzesinitiative zu beraten. Die Kritik an der Rechtsprechung und die Gründe für die abweichende Auffassung können hier nur zusammengefasst dargestellt werden<sup>71</sup>: Art. 77 Abs. 1 GG schreibt keine Gesetzesberatung vor. Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG ordnet nur für Gesetzesvorlagen, die der Bundesrat eingebracht hat, eine Beratung an. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die übrigen Vorlagen des Art. 76 GG nicht beraten werden müssen. Diese Schlussfolgerung konnte das Bundesverfassungsgericht, als es die erwähnten Urteile fällte, noch nicht ziehen, weil Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG erst danach in das Grundgesetz aufgenommen wurde<sup>72</sup>. Wer Entscheidungsgründe bundesverfassungsgerichtsspezifisch auslegen mag, kann in einer gerade gefallenen Bemerkung des Gerichts eine Abkehr von der alten Rechtsprechung zur Beratungspflicht entdecken. Im Beschluss zur Europäischen Verfassung vom 28. April 2005 qualifizierte der Zweite Senat die öffentliche Beratung der Abgeordneten nur als eine von der Verfassung formulierte »Erwartung«<sup>73</sup>.

Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG soll daher mein erstes Argument gegen eine allgemeine Beratungspflicht des Bundestages abgeben. Die Privilegierung des Bundesrates findet ihre innere Rechtfertigung darin, dass Bundestag und Bundesregierung im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes (vgl. die Abs. 1 der Art. 63, 67 und 64 GG) parteipolitisch regelmäßig gleich gefärbt sind, während im Bundesrat die Parlamentsopposition die Mehrheit stets führen kann und oft auch tatsächlich führt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG deshalb gerade zur Stärkung des Bundesrats ins Grundgesetz aufgenommen<sup>74</sup>.

66 BVerfGE 60, 175 (202) – Startbahn West; BVerfGE 96, 231 (241) – Müllkonzept; BVerfG-K, NVwZ 1999, S. 638 (639) – Schulen.

67 Zu den Gründen Bernd J. Hartmann, Verfassungsvorgaben für Gesetzesinitiativen im Bundestag, ZG 22 (2007) (im Erscheinen).

68 Norbert Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, S. 353; Brun-Otto Bryde, in: von Münch/Kunig, (Fußn. 38), Bd. III, Art. 76 Rdnr. 13; Hesse (Fußn. 53), Rdnr. 512; Hömig (Fußn. 55), Art. 76 Rdnr. 2; Michael Kloepfer, Das Gesetzgebungsverfahren nach dem Grundgesetz, Jura 1991, S. 169 (171); Maunz, in: ders./Dürig (Fußn. 35), Art. 76 Rdnr. 25 (Stand: August 1979); Johannes Rux, Noch »Mehr Demokratie« durch Volksentscheid?, ThürVBl 2002, S. 48 (48). A. A. Stern (Fußn. 34), Bd. II, 1980, § 37 III 4 c α. (S. 621); Stettner (Fußn. 56), Art. 76 Rdnr. 18.

69 Siehe oben bei Fußn. 5 bis 7.

70 BVerfGE 1, 144 (153); ebenso BVerfGE 84, 304 (329).

71 Siehe dazu ausführlich Hartmann (Fußn. 67), unter C.II.

72 Das Urteil BVerfGE 1, 144 ff. stammt vom 6. März 1952, das Urteil BVerfGE 84, 304 ff. datiert vom 16. Juli 1991. Dagegen gilt Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG erst seit dem 15. November 1994. Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 3146 (3147), hat diese Vorschrift ins Grundgesetz aufgenommen.

73 BVerfG, NJW 2005, S. 2059 (2059).

74 BT-Drucks. 12/6000, S. 37; Hans Hofmann, Die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens nach der Reform des Grundgesetzes, NVwZ 1995, S. 134 (137); Johannes Masing, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 76 Rdnr. 77; Klaus G. Meyer-Teschendorf, Die Vorschläge der Gemeinsamen Verfassungskommission zur Reform des Gesetzgebungsverfahrens, DÖV 1994, S. 766 (769). Zum hohen Anteil

Gegen eine allgemeine Beratungspflicht spricht außerdem, dass die Beratung eine besondere Form der Begründung darstellt. Begründungen schreibt das Gesetzgebungsverfahrenrecht des Grundgesetzes aber auch sonst nicht zwingend vor. Beratungen sind dem Bundestag im Übrigen nur in Sonderfällen aufgegeben, nämlich gemäß Art. 115 d Abs. 2 Satz 2 GG gemeinsam mit dem Bundesrat und, sofern man den Fall überhaupt noch hierher rechnen will, gemäß Art. 77 Abs. 2 Satz 1 GG im Vermittlungsausschuss, den die Verfassung als einen »für die gemeinsame Beratung von Vorlagen« gebildeten Ausschuss bezeichnet.

Zum Dritten ist der Zusammenhang von Initiativrecht und Beratungspflicht in den Blick zu nehmen. Nur die hier vertretene Auffassung, dass der Bundestag Vorlagen aus den eigenen Reihen nicht beraten muss, passt zur herrschenden Meinung, wonach das Grundgesetz es erlaube, das Initiativrecht auch einzelnen Mitgliedern des Bundestages zu gewähren<sup>75</sup>. Entschiede sich die Geschäftsordnung für diese Ausgestaltung, steigerte das zwangsläufig die Zahl der eingebrachten Gesetze, erlangten doch nun auch Partikularinteressen und Hinterbänkler die Möglichkeit, mittels Initiativen zur Geltung zu gelangen. Hätte der Bundestag von Verfassung wegen alle Gesetzesvorlagen zu beraten, ginge die Debatte chancenloser Entwürfe auf Kosten wichtiger Gesetze.

Weil die Verfassung dem Bundestag die Beratung von Gesetzesinitiativen nach alledem nicht vorschreibt, agieren die Bürgerinnen und Bürger im Abstimmungskampf grundrechtsberechtigt. Der Abstimmungskampf umfasst dabei auch die Phase vor dem Begehren, wenn die Bürger sich mühen, die notwendige Zahl von Unterschriften zusammenzubringen.

Schließlich gelten die Grundrechte bereits auf den ersten beiden Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens, also wenn die Bürger einen Missstand ausmachen, debattieren und Abhilfe suchen, indem sie ein eigenes Gesetz formulieren. Denn auch diesen Schritten des Volksgesetzgebungsverfahrens fehlt ein Pendant in Art. 76 ff. GG. Sie liegen noch vor dem Einbringen einer Vorlage als Gesetzesinitiative, dem Beginn des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens<sup>76</sup>, und erfolgen daher volksge-

setzgebungsverfahrenrechtlich im Schutz der Grundrechte.

## V. Ergebnis

Art. 1 Abs. 3 GG bindet die Gesetzgebung an die Grundrechte. Gesetzgebung meint dabei wegen Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG die Gesetzgebung durch staatliche Gewalt. Wenn das Volk über Gesetze abstimmt, handelt es sich gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG um die Ausübung von Staatsgewalt. Der Begriff der Abstimmung erfasst dabei nicht nur die Stimmabgabe, sondern auch alle anderen Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens, die für Volksabstimmungen als Gesetzgebung (d. h. für die Stimmabgabe) notwendig sind. Welche Stufen für die Stimmabgabe notwendig sind, hat das Grundgesetz in Art. 76 ff. (sozusagen exemplarisch) vorgegeben. Verfassungsnotwendig sind danach die Gesetzesinitiative, der Gesetzesbeschluss sowie die Ausfertigung und die Verkündung. Im Volksgesetzgebungsverfahren gehören zu den grundrechtsgebundenen Rechtsverhältnissen dementsprechend das Begehren als Gesetzesinitiative, der Entscheid als Gesetzesbeschluss sowie die Ausfertigung und die Verkündung des volksbeschlossenen Gesetzes.

Andere Verfahrensschritte der Volksgesetzgebung finden demgegenüber im Schutz der Grundrechte statt: Zunächst sind die Zielfindung und die Entwurfsfertigung zu nennen. Sie bilden den Ursprung eines jeden Volksgesetzgebungsverfahrens. Diese Schritte liegen auch bei der Parlamentsgesetzgebung vor dem Beginn des grundgesetzlich normierten Gesetzgebungsverfahrens, das erst mit dem Einbringen einer ausformulierten Vorlage einsetzt (»Der Bundestag möge beschließen: . . .«).

Im Schutz der Grundrechte stellen die Bürgerinnen und Bürger weiterhin den Antrag auf Zulassung des Begehrens. Ihm entspricht das parlamentarische Gesetzesinitiativrecht. Das Gesetzesinitiativrecht gestaltet nicht das Grundgesetz selbst, sondern gewährt erst die Geschäftsordnung des Bundestages.

Dem Abstimmungskampf über ein Volksgesetz entspricht im parlamentarischen Verfahren die Beratung einer Gesetzesvorlage. Das Grundgesetz erwähnt die Gesetzesberatung in Art. 77 Abs. 1 GG nicht, sondern schreibt sie in Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG nur für einen Ausnahmefall vor. Eine allgemeine Beratungspflicht gibt es deshalb nicht. Die Grundrechte gelten also – entgegen dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Müllkonzept – auch im Abstimmungskampf, der dem Volksentscheid vorangeht.

von Gesetzentwürfen des Bundesrats, die unberaten der Diskontinuität zum Opfer fallen, siehe *Georg-Berndt Oschatz/Horst Risse*, Bemerkungen zum Gesetzesinitiativrecht des Bundesrates, ZG 4 (1989), S. 316 (329 f.).

75 Nachweise oben in Fußn. 68.

76 Nachweise oben in Fußn. 56.