

1.

Abhandlungen

Verfassungsändernde Volksgesetzgebung und ihre Bindung an die „identitätsstiftenden und -sichernden Grundentscheidungen der Verfassung“ – Neues zum Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie nach der Entscheidung des Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 13. Oktober 2016?

Arne Pautsch

Abstract

In welchem wertmäßigen Verhältnis stehen repräsentative und direkte Demokratie im parlamentarischen Regierungssystem zueinander? Diese Frage nach dem Rangverhältnis betrifft vor allem den Verfassungsraum der Länder, in denen neben der parlamentarischen Gesetzgebung die Volksgesetzgebung – auch in Gestalt vollplebiszitärer Verfassungsänderungen – eingeführt ist. Obschon die Judikatur der Landesverfassungsgerichte überwiegend eine restriktive Haltung gegenüber der direkten Demokratie zeigt, hat sich zunehmend die These von der Gleichrangigkeit beider Formen demokratischer Legitimation durchgesetzt. Die hier im Mittelpunkt stehende Entscheidung des Hamburgischen Verfassungsgerichts aus dem Jahre 2016 stellt dies mit Blick auf die verfassungsändernde Volksgesetzgebung wieder infrage.

A. Einführung

Das Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland gilt nach geläufiger Auffassung als schwierig. Der gerade in der Staatsrechtslehre von

Anbeginn stets besonders herausgestellte „prononciert antiblebiszitäre Charakter“¹ des Grundgesetzes gleicht einem Mantra, das die Staatspraxis bis in die Gegenwart hinein zu prägen scheint. Auch wenn unter den Vertretern, die der Anreicherung der repräsentativen Demokratie durch direktdemokratische Elemente zuneigen, weitgehend Einigkeit besteht, dass direkte Demokratie stets nur Ergänzung – nicht aber gar Ersetzung oder Überlagerung der parlamentarischen Demokratie – bedeuten kann,² hält sich im Allgemeinen die These, dass nach dem geltenden Verfassungsrecht der repräsentativen Demokratie der Vorrang gebühre, da das Grundgesetz nur das auf Wahlen zurückgehende parlamentarische System – etwa in Art. 38 GG und so dann vor allem in den Art. 76 ff. GG – näher ausgestaltet hat und damit zugleich mindestens den Vorrang der repräsentativen Demokratie habe festlegen wollen.³ Dieses Verständnis mutet vor dem Hintergrund dessen, dass ebenjenes Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 neben Wahlen auch Abstimmungen als Modus staatlicher Legitimationsvermittlung durch das

- 1 So in der (früheren) staatsrechtlichen Literatur vor allem *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1984, S. 608; *P. Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Heidelberg 1987, § 38 Rn. 1 f.; in diese Richtung wohl auch *E.-W. Böckenförde*, in: ders. (Hrsg.), Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991, S. 289 (388) f., wonach Demokratie als Staatsform Repräsentation *als konstituierendes Element* mit einzubeziehen habe. Differenzierter demgegenüber etwa *B.-O. Bryde*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., München 2012, Art. 79 Rn. 41; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 79 Abs. 3 Rn. 40; *K.-E. Hain*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Art. 79 Rn. 81; sehr weitgehend und konträr zum „antiblebiszitären Charakter“ des Grundgesetzes *H. Meyer*, Volksabstimmungen im Bund: Verfassungslage nach Zeitgeist?, JZ 2012, S. 538 (542 f.), der gar eine Verpflichtung zur Einführung plebiszitärer Elemente sieht; früher so bereits *A. Bleckmann*, Die Zulässigkeit des Volksentscheides nach dem Grundgesetz, JZ 1978, S. 217 ff.; *W. Maihofer*, Abschließende Äußerung, in: E. Benda/ders./H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin u.a. 1983, S. 1409 ff.
- 2 Vgl. auch *V. Mehde*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Stand: 86. EL Januar, München 2019, Art. 28 Rn. 65 f.; *P. Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, Baden-Baden 2009, Rn. 656; *S. Storr*, Verfassungsgebung in den Ländern - zur Verfassungsgebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes, Stuttgart 1995, S. 258; aus der Rechtsprechung siehe etwa den Staatsgerichtshof Bremen, vgl. BremStGH, Urteil v. 14.02.2000, NVwZ-RR 2001, S. 1 (2).
- 3 Vgl. insoweit wiederum *K. Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), S. 608; *P. Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten (Fn. 1), § 38 Rn. 1 f.; dazu aus der staatsrechtlichen Literatur auch *V. Mehde* (Fn. 2), Art. 28 Rn. 65 f.

Volk im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ausdrücklich vorsieht – und zwar ohne eine qualitative Entscheidung über die Wertigkeit der einen oder anderen Form zu treffen –, nicht etwa nur anachronistisch an, sondern zeigt auf, dass das Grundgesetz von Anfang an darauf angelegt war, auch direktdemokratische Beteiligung – als unmittelbare Beteiligung des Volkes an Sachfragen – am Willensbildungs- und Entscheidungsprozess hat zulassen wollen. Insoweit besteht daher kein Zweifel, dass – ausgehend von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG – gerade kein (wie auch immer gearteter) allgemeiner Vorrang des repräsentativen Elements aus dem Grundgesetz herausgelesen (oder wohl besser in das Grundgesetz hineingelesen) werden kann. Zudem verwundert das Festhalten an dem Vorrangargument vor dem Hintergrund dessen, dass alle Landesverfassungen über eine ausgebaut direkte Demokratie – nämlich vor allem in Gestalt einer zwei- bzw. dreistufigen Volksgesetzgebung – verfügen, in besonderem Maße. Wie zu zeigen sein wird, sind es gerade die Landesverfassungsgerichte, die in ihrer Rechtsprechung dieses Argument noch gefestigt haben – nicht selten übrigens unter Rückgriff auf die Homogenitätsbestimmung des Art. 28 Abs. 1 GG, aus der sich der von den Ländern zu beachtende Vorrang der repräsentativen Demokratie als zwingende Vorgabe des Grundgesetzes für das Landesverfassungsrecht ergeben soll.

Von daher verwundert es nicht, dass sowohl im rechtswissenschaftlichen Schrifttum als auch in der Verfassungsrechtsprechung (der Länder) das Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie im Zusammenhang mit der demokratischen Legitimationsvermittlung immer wieder Gegenstand der Auseinandersetzung gewesen ist.⁴ Vor dem Hintergrund der zu meist als wenig vorbildlich erachteten Erfahrungen mit direktdemokratischen Verfahren in der Weimarer Zeit, die freilich zwischenzeitlich als widerlegt gelten können,⁵ und der Zurückhaltung bzw. Abstinenz des Grundgesetzes gegenüber der direkten Demokratie, hat sich hartnäckig die These halten können, sowohl das Grundgesetz als auch die Landesverfassungen seien im Kern auf einen Vorrang der repräsentativen Demokratie ausgerichtet, der parlamentarischen Gesetzgebung gebühre mithin die Prävalenz (sog. Prävalenzthese, siehe näher unten B. II. 1).⁶ In ihr steckt bereits eine

4 Umfassend etwa *H. Dreier/F. Wittreck*, Repräsentative und direkte Demokratie im Grundgesetz, in: L. P. Feld u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für direkte Demokratie* 2009, Baden-Baden 2010, S. 11 ff.

5 Eingehend dazu *R. Schiffers*, Schlechte Weimarer Erfahrungen?, in: H. K. Heußner/O. Jung (Hrsg.), *Mehr direkte Demokratie wagen – Volksentscheid und Bürgerentscheid: Geschichte, Praxis, Vorschläge*, 2. Aufl., München 2009, S. 71 ff.

6 Vgl. etwa *V. Mehde* (Fn. 2), Art. 28 Rn. 65 f.

maßgebliche Aussage zum Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie und damit für die hier angesichts neuerer Verfassungsrechtssprechung abermals aufgegriffene Frage, ob und inwieweit der Volksgesetzgebung – zumal der verfassungsändernden – auch insoweit Grenzen gesetzt sind, als sie die unterstellte Vorrangstellung der repräsentativen Demokratie im Sinne ihrer Prävalenz zu unterlaufen droht. Dem wird vor allem deshalb nachzugehen sein, weil nicht zuletzt das Hamburgische Verfassungsgericht in der hier referenzierten Entscheidung vom 13. Oktober 2016 die These von der Prävalenz der repräsentativen Demokratie wieder in den Vordergrund gestellt hat und die zwischenzeitlich entfaltete Gleichrangigkeitsthese (siehe unten B. II. 2) jedenfalls für den Verfassungsraum der Freien und Hansestadt Hamburg gleichsam „ausgehebelt“ hat. Wie zu zeigen sein wird, verbleibt aber bei Zugrundelegung eines solchen – verfassungsrechtlich zwingenden – Vorrangs der repräsentativen Demokratie kaum mehr ein Spielraum für die verfassungsändernde Volksgesetzgebung, da angesichts der Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung jeder Initiative aus dem Volk entgegengehalten werden kann, dass sie dem Vorrang des parlamentarischen Gesetzgebers zuwiderlaufe. Eine mittels Volksgesetzgebung angestrebte Verfassungsänderung würde dann unweigerlich „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ darstellen und könnte keinen Bestand haben.⁷

B. Das Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie vor der Entscheidung des HVerfG vom 13. Oktober 2016

I. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die für das Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie – d.h. parlamentarischer Gesetzgebung und Volksgesetzgebung – vor allem für verfassungsändernde Gesetze

7 Dass dies auch im Länderrechtsvergleich nicht der Verfassungsrealität in einigen anderen Bundesländern entspricht, hat F. Wittreck, *Ausgewählte Entscheidungen zur direkten Demokratie 2014-2016*, in: L. P. Feld u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für direkte Demokratie 2014-2016*, Baden-Baden 2018, S. 225 (298 ff.), in seiner Besprechung des Urteils des HVerfG herausgearbeitet. Jedenfalls die Landesverfassungen in Bayern, Hessen und Sachsen lassen nämlich prima facie die bloße Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Grundsatz ausreichen, vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 BayVerf.; Art. 124 Abs. 3 Satz 2 HessVerf.; Art. 72 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf.

gelten, sind zuvörderst dem Landesverfassungsrecht zu entnehmen und haben ihre Prägung durch die Landesverfassungsgerichte erfahren. Darüber hinaus ergeben sich über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG Vorgaben auch aus dem Bundesverfassungsrecht.

1. Landesverfassungsrecht

Die Eigenstaatlichkeit der Länder bedingt es, dass es eigene Landesverfassungen und dementsprechend eigenständiges Landesverfassungsrecht gibt. Die Länder sind gerade aus eigenem Recht in die Lage versetzt, sich Verfassungen zu geben und diese auch entsprechend auszugestalten.⁸ Gerade der Bereich der direkten Demokratie kann als Ausweis dafür gelten, dass die gliedstaatliche Eigenständigkeit gegenüber den bundesverfassungsrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes besonders hervortritt.⁹ Daraus ergibt sich aber auch und vor allem, dass die Maßstäbe dafür, was sich als Gegenstand der (verfassungsändernden) Volksgesetzgebung im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegt, grundsätzlich allein aus dem Landesverfassungsrecht herzuleiten sind.

Dieser Befund zeitigt indes Konsequenzen: dort, wo es an einer geschriebenen Ewigkeitsgarantie in der Landesverfassung fehlt, dürfte es jedenfalls schwerfallen, aus dem Inbegriff der jeweiligen Landesverfassung Argumente zugunsten eines Vorrangs der repräsentativen Demokratie herzuleiten. Denn eine solche Herleitung würde wohl ohnehin – also auch in den Ländern mit geschriebener Ewigkeitsgarantie – daran scheitern müssen, dass bereits mit der Zulassung von Volksrechten als eigenständigem Strang direktdemokratischer Legitimationsvermittlung eine verfassungsgeberische Grundentscheidung zugunsten der direkten Demokratie in der jeweiligen Landesverfassung selbst erfolgt ist, welche vielmehr die Annahme der

8 *H.-P. Schneider*, Verfassungsrecht der Länder – Relikt oder Rezept?, DÖV 1987, S. 740 (750 f.).

9 So identifiziert *Schneider*, Verfassungsrecht (Fn. 8), S. 753 ff., neben der Kulturstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit vor allem auch die „Volksstaatlichkeit“ – d.h. die Verwirklichung der direkten Demokratie in den Landesverfassungen – als Gegenstand landesverfassungsrechtlicher Regelungen mit „Modellcharakter“.

Gleichrangigkeit mit der repräsentativen Demokratie nahelegt als das Gegenteil.¹⁰ Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass das sich aus der jeweiligen Landesverfassung ergebende Landesverfassungsrecht den Rahmen setzt, aus dem unter anderem auch die zur Beurteilung der Zulässigkeit direktdemokratischer Verfahren bestimmte Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder zu judizieren hat.

2. Bundesverfassungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes

Mögliche Vorgaben aus dem Grundgesetz, die Einfluss auf die Ausgestaltung der Landesverfassungen und damit auch auf die Volksgesetzgebung haben, sind limitiert. Dies liegt darin begründet, dass die Länder einen eigenständigen Verfassungsraum bilden und die Landesverfassung – wie soeben gezeigt – den Bewertungsmaßstab für das jeweilige Landesverfassungsgericht bildet. Das Bundesverfassungsrecht des Grundgesetzes strahlt nur insoweit – mit verbindlicher Wirkung für die Länder – auf die Ebene des Landesverfassungsrechts ein, als das Grundgesetz dies ausdrücklich vorsieht. Insoweit sind Bundes- und Landesverfassung als Teil einer gemeinsamen Rechtsordnung zu verstehen.¹¹ Zu den insoweit bindenden Grundsätzen für den Landesverfassungsgeber zählen vor allem die von der Homogenitätsbestimmung des Art. 28 Abs. 1 GG umfassten Prinzipien.¹² Daher bildet unter anderem auch das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 GG) den Maßstab für das Landesverfassungsrecht. Dies gilt für das Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie freilich – wie im Übrigen auch – nur insoweit, als das vom Grundgesetz geforderte „gewisse Maß an Homogenität“¹³ (nicht: Uniformität oder Konformität)

-
- 10 So auch zutreffend *F. Wittreck*, Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit – Eine kritische Übersicht zur deutschen Verfassungsrechtsprechung in Fragen der unmittelbaren Demokratie von 2000 bis 2002, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 53, Tübingen 2005, S. 111 (164).
- 11 *T. Groß*, Hat das Hamburgische Verfassungsgericht die Diktatur des Volkes verhindert?, *JZ* 2017, S. 349 (351), unter Verweis auf *K. Vogelgesang*, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Berlin, Stand: 12/2016, Art. 28 Rn. 16.
- 12 Dazu auch *J. Rux*, *Direkte Demokratie in Deutschland – Rechtsgrundlagen und Rechtswirklichkeit der unmittelbaren Demokratie in der Bundesrepublik Deutschland und ihren Ländern*, Baden-Baden 2008, S. 242 ff.
- 13 Vgl. BVerfGE 9, 268 (279); 88, 119; 90, 60 (84 f.).

eingehalten wird.¹⁴ Es handelt sich nach zutreffender Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bei Art. 28 Abs. 1 GG um eine in die Landesverfassungen hineinwirkende Vorschrift des Bundesverfassungsrechts.¹⁵

II. Repräsentative und direkte Demokratie zwischen „Prävalenzthese“ und „Gleichrangigkeitsthese“

Bei allen Differenzen zum Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie unter Geltung des Grundgesetzes sowie vor allem nach den Landesverfassungen haben sich im Wesentlichen zwei Sichtweisen herausgebildet, die zwar grundsätzlich nebeneinander stehen, von denen aber die Gleichrangigkeitsthese in der jüngeren Zeit gleichsam die Vorrangstellung eingenommen hat. Sie sollen – auch, um ein besseres Verständnis der hier referenzierten Entscheidung des HVerfG zu erzielen – nochmals nebeneinander betrachtet und hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Herleitung und Fundierung bewertet werden.

Es sind vor allem die Landesverfassungsgerichte, welche die Frage nach dem Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie bzw. nach der demokratischen Legitimationsvermittlung und den dabei geltenden Maßstäben für die Volksgesetzgebung nach den Landesverfassungen konkretisiert haben. Dabei fällt auf, dass sich vor allem bei den Entscheidungen, in denen die Zulässigkeit und die Grenzen verfassungsändernder Volksgesetzgebung zu bewerten waren, nahezu durchweg eine Richtung herauskristallisiert, die von einer ausgesprochenen Skepsis bis Ablehnung der – wohlgemerkt: partiellen – Stärkung direktdemokratischer Verfahren geprägt ist.¹⁶ Als besonders hartnäckig hat sich dabei die sog. Prävalenzthese herausgestellt, die in unterschiedlichsten Zusammenhängen – und so auch in der hier zugrunde gelegten Entscheidung des HVerfG vom

14 B. Pieroth, in: H. D. Jarass/ders., Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl., München 2018, Art. 28 Rn. 1.

15 BVerfGE 66, 107 (114); 103, 332 (353); 120, 82 (104); a. A. zum Teil die Literatur, vgl. B. Pieroth (Fn. 14), Art. 28 Rn. 1; V. Mehde (Fn. 2), Art. 28 Rn. 17; W. Löwer, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 28 Rn. 12.

16 Dazu mit Recht kritisch F. Wittreck, Direkte Demokratie vor Gericht oder: Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit – Ein gestörtes Verhältnis?, in: H. K. Heußner/O. Jung (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 2. Aufl., München 2009, S. 397 ff.

13.10.2016 – immer wieder als Rechtfertigungsansatz der – freilich konstruierten und nicht haltbaren – Annahme eines wertmäßigen Vorrangs der parlamentarischen vor der direktdemokratischen Legitimation ins Feld geführt wird.

1. Die Prävalenzthese

Dass der repräsentativen Demokratie ein verfassungsrechtlich abgesicherter Vorrang im Sinne einer Prävalenz gegenüber der direkten Demokratie zukommen soll, ist in einigen maßgeblichen Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte im Zusammenhang mit der Volksgesetzgebung bereits angelegt. Es sind vor allem die (wenigen) Entscheidungen von Landesverfassungsgerichten, in denen es um die Verfassungsmäßigkeit von Volksinitiativen bzw. Volksbegehren – in Bayern, Bremen und Thüringen – ging, die auf eine Änderung der Verfassung mit Blick auf die Volksrechte – d.h. zumeist deren Erleichterung durch Senkung der Quoren oder die Erstreckung auf haushaltsrelevante oder abgabenrechtliche Gegenstände – zielten.¹⁷

Ihre zentrale Prägung hat die Prävalenzthese indes durch eine Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs (ThürVerfGH) aus dem Jahre 2001 erfahren, wenngleich die Begründung auch mehr auf unterstellten Wertungen in der Thüringer Verfassung beruht als auf einer verfassungsrechtlich durchdringenden Argumentation. Dass der ThürVerfGH indes der Prävalenz der repräsentativen Demokratie entscheidende Bedeutung beimisst, folgt schon aus der klaren Diktion des fünften Leitsatzes, in dem es heißt:

„5. Im Demokratieprinzip der Thüringer Verfassung ist die Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung vor der Volksgesetzgebung angelegt. Sie ist im Verfahren der Volksgesetzgebung institutionell abzusichern.“¹⁸

17 Es handelt sich – chronologisch geordnet – um die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes der Freien Hansestadt Bremen (BremStGH), Urteil v. 14.02.2000 – St 1/1998 –, NVwZ-RR 2001, S. 1 ff., des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (BayVerfGH), Entscheidung vom 31.03.2000 – Vf. 2-IX-00 –, NVwZ-RR 2000, S. 401 ff., und des Thüringer Verfassungsgerichtshofes (ThürVerfGH), Urteil v. 19.09.2001 – VerfGH 4/01 –, LKV 2002, S. 83 ff.; zur – zum Teil deutlichen und treffenden – Kritik der Entscheidungen siehe *F. Wittreck*, Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 10), S. 132 ff. zu Bremen, S. 138 ff. zu Bayern und S. 151 ff. zu Thüringen.

18 ThürVerfGH, Urteil v. 19.09.2001 – VerfGH 4/01 –, LKV 2002, S. 83.

Das Landesverfassungsgericht in Thüringen geht also davon aus, dass sich die Prävalenz der repräsentativen Demokratie aus dem Inbegriff der Verfassung selbst – nämlich aus dem Demokratieprinzip der ThürVerf. – herleite. Dies wiederum wird sodann in den Gründen wie folgt untermauert:

„b) Es bedarf aber auch rechtlicher Regulierungen, um die im Demokratieprinzip, so wie es von Art. 45 S. 2 ThürVerf. übernommen und durch Art. 83 Abs. 3 ThürVerf. für unabänderlich erklärt ist, angelegte Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung vor der Volksgesetzgebung institutionell abzusichern.

Dieser Vorrang erschließt sich zwar nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Art. 45 S. 2 ThürVerf. Er ergibt sich jedoch aus Sinn und Zweck der Verfassungsnormen. Wenngleich Art. 45 S. 2 ThürVerf. die beiden Verwirklichungsformen der Volkssouveränität, die durch Art. 83 ThürVerf. ausdrücklich gewährleistet werden, nebeneinander aufführt, fällt auf, dass in Art. 45 S. 2 ThürVerf. die „Wahlen“ (zum Parlament) vor den beiden Abschnitten der Volksgesetzgebung, nämlich Volksbegehren und Volksentscheid, entgegen der an sich angezeigten alphabetischen Reihenfolge aufgezählt sind. Diese Reihenfolge ist bewusst gewählt. Sie soll eine inhaltlich-wertende Ordnung zum Ausdruck bringen. Das zeigt auch ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte der Thüringer Verfassung. Die an der Verfassungsgesetzgebung Beteiligten gingen von dem Vorrang der indirekten, parlamentarischen Gesetzgebung und dem damit verbundenen Nachrang der direkten Volksgesetzgebung, aus. Vor allem Art. 81 ThürVerf., der in Absatz 1 das Gesetzinitiativrecht und in Absatz 2 das Gesetzgebungsrecht beinhaltet, wurde mit diesem Rangverhältnis begründet. Auch hier wurde bewusst der Träger mittelbarer Staatsgewalt, der Landtag, vor den Trägern der unmittelbaren Staatsgewalt, dem Volksgesetzgeber, im Verfassungstext aufgeführt (vgl. Wortprotokoll der 10. Sitzung des Verfassungsausschusses S. 128 [132]; 20. Sitzung S. 43ff.).

Auch der Zusammenhang dieser Vorschrift mit Art. 45 S. 3 und mit Art. 45 S. 1 und 2 ThürVerf. macht im Wege der systematischen Auslegung deutlich, dass das Volk in erster Linie mittelbar durch die verfassungsmäßig bestellten Organe in der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung handelt. Diese Auffassung wird dadurch untermauert, dass für den Bereich der Gesetzgebung die Thüringer Verfassung in Art. 48 Abs. 1 postuliert, dass der Landtag das vom Volk gewählte oberste Organ der demokratischen Willensbildung ist. Dieser Prävalenz des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens trägt schließlich das Gesamtbild der Verfassung Rechnung, welche, auch Bezug nehmend auf das rechtsstaatliche Prinzip des Vorrangs des Gesetzes, die Gesetzgebungskompetenz einem jederzeit und umfassend handlungsfähigen Gesetzgebungsorgan anvertraut. Einer solchen Anforderung vermag das gewählte Parlament, nicht aber das Volk zu entsprechen; dessen Gesetzgebungsbefugnis hat eine eher ergänzende, das Parlament punktuell stimulierende Funktion. (...)“¹⁹

19 ThürVerfGH, Urteil v. 19.09.2001 – VerfGH 4/01 –, in LKV 2002, S. 83 (89 f.).

Bereits der Umstand, dass das Gericht sich kaum anders zu behelfen weiß, als auf die alphabetische Reihung in Art. 45 Satz 2 ThürVerf. abzuheben, um den generellen Vorrang der repräsentativen Demokratie gegenüber plebiszitären Legitimationsansätzen zu begründen, deutet darauf hin, dass es sich bei der Prävalenzthese um ein mehr oder minder hilfloses Konstrukt handelt, für das es in der Verfassung einen materiell-rechtlichen Anhalt nicht gibt.²⁰ Auch die vorangehenden – und teilweise in Bezug genommenen – Entscheidungen anderer Landesverfassungsgerichte vermögen an diesem Befund kaum etwas zu ändern. Sie zeugen eher von dem Versuch, die parlamentarische Demokratie von direktdemokratischer Einflussnahme frei zu halten.²¹

2. Die Gleichrangigkeitsthese

Gegenüber der Prävalenzthese hat sich die Gleichrangigkeitsthese herausgebildet und – wie sogleich auszuführen sein wird – auch weitgehend durchgesetzt. Dies gilt zunächst vor allem für die juristische Literatur, in der zu Recht davon ausgegangen wird, dass zwar die direktdemokratische – auch die auf eine Verfassungsänderung zielende – Entscheidung des Volkes keinen Vorrang oder gar eine „höhere Dignität“ gegenüber der Entscheidung des parlamentarischen (auch und vor allem des verfassungsändernden) Gesetzgebers genießt, dieser gegenüber aber im Umkehrschluss auch die repräsentative Demokratie ihrerseits keinen qualitativen Vorrang genießen könne.²² Es ist somit nach diesem Befund davon auszugehen, dass zwischen der repräsentativen und der direkten Demokratie wegen ihrer wesensmäßigen Verwurzelung im demokratischen Prinzip ein Gleichrang besteht, der auch nicht dadurch erschütterbar ist, dass sich in der Staatspraxis gleichsam selbstredend die parlamentarische Demokratie als Regel durchgesetzt hat.

20 So auch *F. Wittreck*, Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 10), S. 164.

21 Ähnlich auch die Einschätzung von *F. Wittreck*, Direkte Demokratie vor Gericht (Fn. 16), S. 397 ff. (insbes. 403), der von der Errichtung von Hürden durch die Landesverfassungsgerichte spricht, die „einem Totalverbot verdächtig nahe kommen“.

22 So etwa *J. Ennuschat*, Volksgesetzgebung in den Ländern, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014, S. 705.

Der Gleichrangigkeitsthese hat sich – jedenfalls in Teilen und vor dem Hintergrund der insgesamt doch überschaubaren Zahl einschlägiger verfassungsgerichtlicher Entscheidungen – auch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit nicht verschlossen. So hat der BremStGH in seiner in weiten Teilen zwar durchaus kritikwürdigen Entscheidung vom 14. Februar 2000²³ jedenfalls im Ansatz angenommen, dass zwischen repräsentativer und direkter Demokratie Gleichrangigkeit besteht. Die Entscheidung hat der Gleichrangigkeitsthese damit auch in der Rechtsprechung eine gewisse Schubkraft verliehen.²⁴ In der besagten Entscheidung hat der BremStGH nämlich zum Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie wie folgt judiziert:²⁵

„(...) Ebenso wie Volksvertretungen nur dann das demokratische Prinzip verwirklichen, wenn sie aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen sind und zusätzlich in ein Rahmenwerk flankierender Einrichtungen wie einer unabhängigen und pluralistischen Presse, einem ungehinderten Parteienwettbewerb und effektiven grundrechtlichen Garantien politischer Freiheit eingebettet sind, muss auch die verfassungsrechtliche Einrichtung der Volksgesetzgebung bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um als Ausdrucksform des demokratischen Prinzips i.S. des Art. 28 Abs. 1 GG gelten zu können. **Die im Volksgesetzgebungsverfahren verabschiedeten Gesetze haben gem. Art. 123 Brem-Verf. dieselbe Bindungswirkung wie die von der Bürgerschaft erlassenen Gesetze.** Sie müssen daher in prinzipiell vergleichbarer Weise den Zwang zur öffentlichen Rechtfertigung ihrer Gemeinwohlorientierung unterliegen wie Parlamentsgesetze, **ohne dadurch ihren Charakter als eigenständige Verwirklichungsform des demokratischen Prinzips zu verlieren.** Das im Volksgesetzgebungsverfahren erlassene Gesetz muss deshalb verfahrensrechtlich die Gewähr für seine demokratische Verallgemeinerungsfähigkeit enthalten (...)“²⁶

Noch weitergehend – im Sinne einer Widerlegung der Prävalenzthese – kann die Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes vom 11. Juli 2002²⁷ gelten. Ihr lag mit Änderungen im Landesschulgesetz zwar kein

23 BremStGH, Urteil v. 14.02.2000 – St 1/1998 –, NVwZ-RR 2001, S. 1 ff.

24 Zu dieser Erkenntnis kommt – in kritischer Abwendung von der Entscheidung des ThürVerfGH – im Übrigen auch R. Gröschner, in: J. Linck/M. Baldus/J. Lindner/H. Poppenhäger/M. Ruffert (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, Kommentar, Baden-Baden 2013, Art. 44 Rn. 50 f.; ebenso H.-J. Blanke, in: J. Linck/M. Baldus/J. Lindner/H. Poppenhäger/M. Ruffert (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, Kommentar, Baden-Baden 2013, Art. 45 Rn. 28 f.

25 Fette Hervorhebungen im zitierten Text der Entscheidung durch den Verfasser.

26 BremStGH, Urteil v. 14.02.2000 – St 1/1998 –, NVwZ-RR 2001, S. 1 (2), unter Verweis auf W. Maihofer, in: E. Benda/ders./H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin u.a. 1994, § 12 Rn. 48 ff., 52.

27 SächsVerfGH, Urteil v. 11.07.2002 – Vf. 91-VI-01 –, NVwZ 2003, 472 ff.

Sachverhalt zugrunde, der wie in Bremen, Bayern oder Thüringen auf eine vollplebiszitäre Verfassungsänderung zielte; ein Bezug zum Haushaltsvorbehalt und damit zur Sächsischen Verfassung als Prüfungsmaßstab war wegen der finanziellen Auswirkungen der angestrebten einfachgesetzlichen Änderungen im Schulrecht damit aber gleichwohl gegeben. Daher ist dieses Urteil für die Untermauerung und Absicherung der Gleichrangigkeitsthese von eminenter Bedeutung. Der Sächsische Verfassungsgerichtshof (Sächs-VerfGH) geht davon aus, dass sich der normative Gleichrang von mittelbarer und unmittelbarer Demokratie in einem Nebeneinander von Volks- und Parlamentsgesetzgebung äußere, die darauf angelegt sind, sich gegenseitig zu beeinflussen, und die darauf angewiesen sind, dass ihre – zum Teil bewusst in einem Spannungsverhältnis stehenden – Funktionen störungsfrei ausgeübt und gerade nicht gegeneinander argumentativ in Stellung gebracht werden dürfen.²⁸ Insoweit heißt es in den Gründen unter anderem:

„(...) Mit der Aufnahme der Volksgesetzgebung hat der Verfassungsgeber sich dafür entschieden, dem Landtag den Volksgesetzgeber unmittelbar und gleichberechtigt an die Seite zu stellen (...). Es liegt in der Konsequenz dieser Entscheidung, dass der Verfassungsgeber nicht nur in Art. 3 Abs. 2 SächsVerf. beide Formen der Gesetzgebung ausdrücklich und ohne Vorrangentscheidung, sondern auch in Art. 70 Abs. 1 SächsVerf. bei dem Gesetzesinitiativrecht ausdrücklich den vom Volk eingebrachten Volksantrag nennt. Damit hat der Verfassungsgeber zugleich das repräsentative parlamentarische Regierungssystem, wie es etwa die grundgesetzliche Ordnung kennzeichnet, plebiszitär modifiziert. Ein Legitimationsvorrang des Parlaments, wie er für die grundgesetzliche Ordnung verbreitet angenommen wird (...) besteht damit für den Bereich der Gesetzgebung in Sachsen nicht. Der Verfassungsgeber hat bewusst ein Spannungsverhältnis zwischen parlamentarischer und Volksgesetzgebung institutionalisiert, das nicht durch einen Vorrang des einen oder anderen - sowie nicht durch die Verfassung vorgegeben - interpretatorisch beseitigt werden kann, ohne die Entscheidung für ein Volksgesetzgebungsverfahren um ihre Bedeutung zu bringen. Mag auch die Volksgesetzgebung schon auf Grund ihres Verfahrens faktisch die Ausnahme darstellen (...), eine normative Nachrangigkeit ergibt sich daraus nicht (...). Ebenso wenig begründet das verfassungspolitische Motiv, Defizite der parlamentarischen Gesetzgebung, wenn es sie denn gibt, zu kompensieren, eine bloße Ergänzungsfunktion. (...). Das Volksgesetzgebungsverfahren ist auch kein Instrument, das vor allem der Durchsetzung politischer Anliegen mehr oder weniger randständiger Minderheiten dient, die sich im parlamentarischen Prozess nicht ausreichend repräsentiert fühlen (...). Es eröffnet dem Volk in seiner mehrstufigen Anlage vielmehr die Möglichkeit, auf den parlamentarischen

28 So bereits die zutreffende Einschätzung von *F. Wittreck*, *Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit* (Fn. 10), S. 171.

Gesetzgeber mit Sachanliegen Einfluss zu nehmen und - für den Fall als unzureichend angesehener Reaktion - eine eigene Entscheidung in einer Sachfrage herbeizuführen (...).²⁹

III. Stellungnahme und rechtliche Bewertung

Vor dem Hintergrund der geschriebenen Verfassungstexte in den Ländern und dem Umstand, dass diese sämtlich die Volksgesetzgebung eingeführt haben, erscheint es fraglich, ob sich die These von der Prävalenz der repräsentativen gegenüber der direkten Demokratie tatsächlich aufrechterhalten lässt. Überzeugende Argumente für die Gleichrangigkeitsthese hat – wie dargelegt – vor allem der SächsVerfGH geliefert. Im Rahmen einer Stellungnahme ist zunächst einmal festzuhalten, dass sich die direkte Demokratie aufgrund ihrer sachlichen Begrenzung der Volksentscheidung auf partikuläre Gegenstände schon von ihrem Gewicht her kaum in eine Richtung weiterentwickeln wird, die der repräsentativen Demokratie in Gestalt der parlamentarischen Gesetzgebung tatsächlich wird den Rang ablaufen können.³⁰ Dies verbietet sich auch vor dem Hintergrund, dass eine Prävalenzannahme zugunsten der parlamentarischen Gesetzgebung selbst in den Ländern mit geschriebener Ewigkeitsgarantie,³¹ die – wie in Bayern in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayVerf. – einen verfassungsrechtlichen Mindeststandard im Hinblick vor allem auf die Einhaltung des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips gewährleistet und damit einen Rückgriff auf Art. 28 Abs. 1 GG überflüssig macht,³² nicht zu rechtfertigen ist. Denn diese Länder haben – zum Teil in sehr weitreichender Weise – wie alle Bundesländer

29 Der SächsVerfGH, Urteil v. 11.07.2002 – Vf. 91-VI-01 –, NVwZ 2003, 472 (472 f.), setzt sich an dieser Stelle (im Volltext mit entsprechendem zitatweisen Bezug) in ausdrücklichen Gegensatz insbesondere zum BayVerfGH, Entscheidung v. 31.03.2000 – Vf. 2-IX-00 –, NVwZ-RR 2000, S. 401 (402) und zum BremStGH, Urteil v. 14.02.2000 – St 1/1998 –, NVwZ-RR 2001, S. 1 (2).

30 Vgl. SächsVerfGH, Urteil v. 11.07.2002 – Vf. 91-VI-01 –, NVwZ 2003, 472 (473); so im Übrigen auch P. Neumann, Sachunmittelbare Demokratie (Fn. 2), Rn. 655.

31 Art. 64 Abs. 1 Satz 2 BWVerf.; Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayVerf. (ausdrücklich auf die Unzulässigkeit von Verfassungsänderungen bezogen, die „den demokratischen Grundgedanken der Verfassung widersprechen“); Art. 56 Abs. 3 MVVerf.; Art. 46 Abs. 2 NdsVerf.; Art. 69 Abs. 1 Satz 2 NRWVerf.; Art. 129 Abs. 2 RhPfVerf.; Art. 101 Abs. 2 SaarlVerf.; Art. 74 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf.; Art. 78 LSAVerf.; Art. 83 Abs. 3 ThürVerf.

32 Dazu W. Brechmann, in: T. Meder/W. Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, 5. Aufl., Stuttgart 2014, Art. 75 Rn. 10, unter Verweis unter anderem auf den BayVerfGH, BayVerfGHE 49, 160 (166); 52, 104

die Volksgesetzgebung als Möglichkeit direktdemokratischer Rechtsetzung in ihren Landesverfassungen *neben* der repräsentativen Demokratie etabliert.³³ Würde nun die Prävalenzthese zum Maßstab der Verfassungsauslegung durch das Landesverfassungsgericht erhoben, konterkarierte dies geradezu die verfassungsgeberische Grundentscheidung, neben der parlamentarischen Gesetzgebung auch die Volksgesetzgebung zuzulassen. Es liegt auf der Hand, dass insoweit – nämlich in Ansehung des Schutzes des Demokratieprinzips – die Grenzen der geschriebenen Ewigkeitsgarantie im Landesverfassungsrecht nicht berührt sein können. Für die Länder mit geschriebener Ewigkeitsgarantie kann daher nur gefolgert werden, dass dort der Gleichrangigkeitsthese der Vorrang gebührt und somit das Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie nur im Sinne eines Gleichrangs auszudeuten ist.

Soweit es in der jeweiligen Landesverfassung an einer geschriebenen Ewigkeitsgarantie fehlt, wird – dies hat insbesondere die Entscheidung des BremStGH gezeigt – der Rückgriff auf Art. 28 Abs. 1 GG gewählt und insoweit versucht, den Vorrang der repräsentativen Demokratie gegenüber der direkten Demokratie zu begründen. Dies kann aber nur dann gelingen, wenn man – davon ausgehend, dass die Grundsätze des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG mit dem Schutzgehalt des Art. 79 Abs. 3 GG übereinstimmen³⁴ – dem Grundgesetz als Teil des Homogenitätsgebots auch eine solche Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung und damit der repräsentativen Demokratie überhaupt entnehmen könnte. Dagegen spricht zunächst der klare Befund, dass an der entscheidenden Stelle im Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG beide Formen demokratischer Legitimationsvermittlung – Wahlen und Abstimmungen – gleichberechtigt nebeneinander genannt sind und der verfassungsändernde Gesetzgeber nur die Abstimmungen bislang nicht näher ausgestaltet hat, hierzu aber von Verfassungs wegen jederzeit in der

(137 f.); 58, 253 (264), sowie darauf, dass etwa in Bremen sich die Verfassungslage bezüglich der Ewigkeitsgarantie anders darstelle (und somit Art. 28 Abs. 1 GG als Maßstab heranzuziehen sei, Anm. des Verfassers).

- 33 Vgl. mit Blick auf alle Länder: Art. 64 Abs. 3 BWVerf.; Art. 75 Abs. 2 BayVerf.; Art. 62 Abs. 1, 63 Abs. 2 BlnVerf.; Art. 79, 78 Abs. 3 BbgVerf.; Art. 125 Abs. 3 BremVerf.; Art. 50 Abs. 3 Satz 11 HmbVerf.; Art. 123 Abs. 2 HessVerf.; Art. 60 Abs. 1, 4 MVVerf.; Art. 49 Abs. 2 Satz 2, 46 Abs. 3 Satz 2 NdsVerf.; Art. 69 Abs. 3 Satz 2 NRWVerf.; Art. 129 Abs. 1 RhPfVerf.; Art. 101 Abs. 1 SaarVerf.; Art. 74 Abs. 3 SächsVerf.; Art. 81 Abs. 1, 5 Verf. LSA; Art. 48 Abs. 1, 49 Abs. 4 Satz 2 SHVerf.; Art. 83 Abs. 2 Satz 3 ThürVerf.
- 34 Vgl. *W. Löwer* (Fn. 15), Art. 28 Rn. 19; *M. Sachs*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, DVBl. 1987, S. 857 (864); *H.-P. Schneider*, Verfassungsrecht (Fn. 8), S. 751.

Lage wäre, soweit der Verfassungsvorbehalt beachtet, d.h. die Ausgestaltung im Grundgesetz selbst erfolgen würde.³⁵ Allein der Umstand, dass der Grundgesetzänderungsgesetzgeber hiervon bislang keinen Gebrauch gemacht hat, Wahlen und Abstimmungen aber seit Anbeginn gleichberechtigt nebeneinander in Art. 20 Abs. 2 GG stehen, spricht klar gegen die dem Grundgesetz vermeintlich immanente Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung und deutlich für die Gleichrangigkeitsthese. Ist es also dem verfassungsändernden Gesetzgeber nicht verwehrt, direktdemokratische Instrumente und Verfahren wie die Volksgesetzgebung auch im Grundgesetz vorzusehen und damit den hinsichtlich der Abstimmungen bislang unerfüllten Verfassungsauftrag aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ins Werk zu setzen, dann kann auch kein über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG in das Landesverfassungsrecht hineingetragener Ewigkeitsschutz bezüglich eines Vorrangs der repräsentativen Demokratie gleichsam konstruiert werden. Denn zu den über Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Mindeststandards des demokratischen Prinzips, die von den Landesverfassungsgebern zu beachten wären, zählt nicht der Vorrang der repräsentativen Demokratie und der parlamentarischen Gesetzgebung. Es liegt vielmehr so, dass mit Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG das Verhältnis direktdemokratischer und repräsentativer Elemente ebenso unentschieden bleibt wie die Frage, welche Organe unmittelbar vom Volk gewählt und welche Amtsträger von den Gewählten gewählt oder ernannt werden.³⁶ Da Art. 79 Abs. 3 GG somit gerade keinen Vorrang der repräsentativen Demokratie schützt, bleibt auch kein Raum, dies über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG in das Landesverfassungsrecht zu „transportieren“. Weder für das nach wie vor „antiblebiszitäre“ Grundgesetz noch für die „plebiszitären“ Landesverfassungen kann somit eine Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung gegenüber der Volksgesetzgebung festgestellt werden. Soweit es um das Rangverhältnis im Sinne einer Wertigkeit zwischen beiden Formen geht, gilt somit die Gleichrangigkeitsthese.

35 W. Löwer (Fn. 15), Art. 28 Rn. 19.

36 So zutreffend B.-O. Bryde (Fn. 1), Art. 79 Rn. 41; ähnlich auch K.-E. Hain (Fn. 1), Art. 79 Rn. 81, der konstatiert, dass der Ewigkeitsschutz der Einführung plebiszitärer Elemente durch Verfassungsänderung nicht entgegenstehe, dies allerdings nicht zur „Erosion der aus Gründen der Funktionsfähigkeit notwendigen repräsentativen Grundstruktur führen“ dürfe.

C. Neuvermessung des Verhältnisses von repräsentativer und direkter Demokratie durch das HVerfG?

Unter den verfassungsgerichtlichen Judikaten zur Volksgesetzgebung, namentlich zur verfassungsändernden Volksgesetzgebung, mit denen die prinzipielle Gleichrangigkeit von repräsentativer und direkter Demokratie infrage gestellt wurde, sticht in der jüngsten Zeit das Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichts zum Volksbegehren „Rettet den Volksentscheid“ vom 13. Oktober 2016 (negativ) hervor. Mit dieser Entscheidung hat das Landesverfassungsgericht in Hamburg den Versuch unternommen, die hier zuvor beschriebenen Gewissheiten zum Rangverhältnis in Zweifel zu ziehen und damit das Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie neu zu vermessen. Kurz gesagt: Das HVerfG hat die Gleichrangigkeitsthese für den Verfassungsraum Hamburgs infrage gestellt.

Die Entscheidung, so ist zu mutmaßen, wird – wie alle bisherigen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in diesem Kontext auch (siehe oben unter B.II.) – eine Ausstrahlungswirkung über den Verfassungsraum Hamburgs hinaus zeitigen. Nimmt man hinzu, dass das Urteil vom 13. Oktober 2016 vor allem mit Blick auf die Herleitung seiner wesentlichen Annahmen dogmatisch überaus angreifbar ist und daher im juristischen Schrifttum in dieser Form selten anzutreffende – geradezu vernichtende – Kritik erfahren hat,³⁷ muss die Mutmaßung wohl eher als Befürchtung zu sehen sein, dass das HVerfG kaum überwindbare Hürden für die (verfassungsändernde) Volksgesetzgebung formuliert hat. Sie sind – wie zu zeigen sein wird – (verfassungs-)rechtlich nicht haltbar und machen Volksgesetzgebung – insbesondere solche, die auf eine Änderung der Verfassung zielt – wegen des im Urteil festgestellten unabänderlichen „ex ante-Vorrangs“ der repräsentativen Demokratie nahezu unmöglich.

37 Siehe etwa *Thomas Groß*, der fragt, ob das Hamburgische Verfassungsgericht die „Diktatur des Volkes“ verhindert habe, vgl. bereits den Aufsatztitel: *T. Groß*, Hat das Hamburgische Verfassungsgericht die Diktatur des Volkes verhindert?, JZ 2017, S. 349 ff.; ähnlich die Entscheidungsbesprechung von *M. Sachs*, Staatsorganisationsrecht: Volksgesetzgebung auf Landesebene – Grenzen der Verfassungsänderung im Hinblick auf Volksgesetzgebung, JuS 2017, S. 282 ff.; siehe auch *F. Wittreck*, Ausgewählte Entscheidungen (Fn. 7), S. 298 ff.; demgegenüber kommt *F. Becker*, NVwZ 2016, S. 1708 (1710), in seiner Urteilsanmerkung bei aller Kritik an der dogmatischen Herleitung des Vorrangs der repräsentativen Demokratie durch das HVerfG zu der Erkenntnis, dass die Ausführungen des Gerichts „in rechtspolitischer Hinsicht“ überzeugen.

I. Hintergrund: Das Volksbegehren „Rettet den Volksentscheid“

Der Entscheidung des HVerfG war – der dreistufigen Volksgesetzgebung nach Art. 50 der HVerf. folgend – die Volksinitiative „Rettet den Volksentscheid“ vorausgegangen. Mit ihr verfolgten die Initiatoren eine weitgehende Reform der Volksgesetzgebung in der HVerf. Sie war, wie die Betitelung „Rettet den Volksentscheid“ zeigt, eine Folge des im Jahre 2016 eingeführten Bürgerschaftsreferendums nach Art 50 Abs. 4b HmbVerf. in die Landesverfassung, einem in der Folge der Olympia-Bewerbung eingeführten Instrument direkter Demokratie „von oben“, das – so die Einschätzung der Initiatoren – unter anderem zu einer Aushöhlung der bestehenden Volksrechte „von unten“ nach Art. 50 HmbVerf. führen könne.³⁸

Die Initiatoren hatten am 30. September 2015 hierzu zunächst die nach der HmbVerf. vorgesehene Volksinitiative mit den zugehörigen Unterschriftenlisten und der zureichenden Zahl von 14.538 Unterschriften beim Hamburger Senat eingereicht, der unter dem 27. Oktober 2017 das Zustandekommen der Volksinitiative feststellte. Nach der Unterrichtung der Bürgerschaft durch den Senat über das Zustandekommen der Volksinitiative hörte diese nach den Vorgaben der HmbVerf. die Initiative im Verfassungs- und Bezirksausschuss an. Das der Volksinitiative zugrunde liegende – verfassungsändernde – Gesetz verabschiedete die Bürgerschaft indes nicht. Nachdem die Volksinitiative somit auf der ersten Stufe nicht zum Erfolg geführt hatte, beantragten die Initiatoren am 30. Januar 2016 – d.h. auf der „zweiten Stufe“ der Volksgesetzgebung nach der HmbVerf. – die Durchführung des Volksbegehrens „Rettet den Volksentscheid“ mit der Zielsetzung, die Demokratie in Hamburg zu stärken. Die eingereichte Vorlage war gegenüber der Volksinitiative in Teilen überarbeitet worden und hatte – wie bereits der der Volksinitiative zugrunde liegende Gesetzentwurf – solche Neuregelungen der Verfassung zum Gegenstand, die zu maßgeblichen Verlagerungen legislativer Aufgaben auf die Volksgesetzgebung geführt hätten. Dabei sollte unter anderem das Zustimmungsquorum für die Gesetzgebung auf etwa 13 v.H. aller Wahlberechtigten festgelegt werden und durch

38 Zu den verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Problemen direkter Demokratie „von oben“ siehe am Beispiel der konsultativen Volksbefragung etwa *H. K. Heußner/A. Pautsch*, Der Griff nach dem Plebiszit – Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Probleme der konsultativen Volksbefragung, NVwZ-Extra 10/2014, S. 1 ff.; *dies.*, „Plebiszit von oben“ bald bundesweit? Zur Verfassungswidrigkeit einfachgesetzlicher konsultativer Volksbefragungen, NJW 2015, S. 1225 ff.

Einführung eines obligatorischen Verfassungsreferendums eine Verfassungsänderung allein durch die Bürgerschaft quasi ausgeschlossen werden. Das HVerfG hatte aufgrund mehrerer Anträge darüber zu entscheiden, ob das Volksbegehren durchgeführt werden konnte. Das Gericht hat die Durchführung abgelehnt.

Das Volksbegehren, das der Entscheidung des HVerfG zugrunde lag, hatte folgenden Inhalt (Wiedergabe im Wortlaut):

„Das Volk möge beschließen:

Artikel 1

... Gesetz zur Änderung der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg: Rettet den Volksentscheid – Stärkung der Demokratie in Hamburg

Änderungen in der Präambel, S. 10 erhält folgende Fassung:

In diesem Geiste gibt sich die Freie und Hansestadt Hamburg diese Verfassung.

Artikel 4 Abs. (3) S. 3 erhält folgende Fassung: Das Gesetz bestimmt das Nähere.

Artikel 6 Abs. (4) erhält folgende Fassung: Das Gesetz bestimmt das Nähere.

Art. 48 erhält folgende Fassung:

(1) Gesetzesvorlagen oder Vorlagen zu bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung (Andere Vorlagen) werden vom Senat, aus der Mitte der Bürgerschaft oder des Volkes eingebracht.

(2) Gesetze oder Andere Vorlagen werden von der Bürgerschaft oder durch Volksabstimmung (Volksentscheid oder Referendum) beschlossen. Eine Volksabstimmung über eine Andere Vorlage bindet Bürgerschaft und Senat. Die Bindung kann durch einen Beschluss der Bürgerschaft beseitigt werden. Der Beschluss ist im Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt zu verkünden.

(3) Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung sind in allgemein verständlicher Sprache abzufassen.

Artikel 50 erhält folgende Fassung:

(1) Haushaltspläne, Bundesratsinitiativen, Personalentscheidungen, Tarife der öffentlichen Unternehmen sowie Dienst- und Versorgungsbezüge können nicht Gegenstand einer Volksinitiative sein.

(2) Eine Volksinitiative ist zu Stande gekommen, wenn mindestens 10000 zur Bürgerschaft Wahlberechtigte den Gesetzentwurf oder die Andere Vorlage unterstützen.

(3) Die Bürgerschaft befasst sich mit dem Anliegen der Volksinitiative. Sie oder ein Fünftel ihrer Mitglieder oder die Träger der Initiative (Initiative) können ein Prüfungs- und Berichtersuchen zu den finanziellen Auswirkungen an den Rechnungshof richten. Die Initiative erhält Gelegenheit, das Anliegen in einem Ausschuss erläutern.

(4) Sofern die Bürgerschaft nicht innerhalb von vier Monaten nach Einreichung der Unterschriften das von der Initiative beantragte Gesetz verabschiedet oder einen Beschluss gefasst hat, der der anderen Vorlage vollständig entspricht, kann die Initiative innerhalb von sechs Monaten die Durchführung eines Volksbegehrens beantragen. Sie kann den Gesetzentwurf oder die Andere Vorlage hierzu in überarbeiteter Form einreichen. Grundcharakter, Zulässigkeit und Zielsetzung des Anliegens dürfen dadurch nicht verändert werden. Der Senat berät die Initiative.

(5) Der Senat führt das Volksbegehren durch. Die Initiative ist berechtigt, Unterschriften auf eigenen Listen zu sammeln. Das Volksbegehren ist zu Stande gekommen, wenn es von mindestens einem Zwanzigstel der Wahlberechtigten innerhalb von sechs Wochen unterstützt wird.

(6) Die Bürgerschaft befasst sich mit dem Anliegen des Volksbegehrens. Die Initiative erhält Gelegenheit, das Anliegen in einem Ausschuss zu erläutern. Sofern die Bürgerschaft nicht innerhalb von vier Monaten nach Einreichung der Unterschriften das vom Volksbegehren eingebrachte Gesetz verabschiedet oder einen Beschluss gefasst hat, der der Anderen Vorlage vollständig entspricht, kann die Initiative innerhalb von sechs Monaten die Durchführung eines Volksentscheids beantragen. Sie kann den Gesetzentwurf oder die Andere Vorlage hierzu in überarbeiteter Form einreichen. Grundcharakter, Zulässigkeit und Zielsetzung des Anliegens dürfen dadurch nicht verändert werden. Der Senat berät die Initiative.

(7) Der Senat legt den Gesetzentwurf oder die Andere Vorlage dem Volk zur Entscheidung vor. Die Bürgerschaft kann einen eigenen Gesetzentwurf oder eine eigene Andere Vorlage beifügen. Der Volksentscheid findet am Tag der Wahl zur Bürgerschaft oder zum Deutschen Bundestag statt. Auf Antrag der Initiative kann der Volksentscheid über einfache Gesetze oder Andere Vorlagen auch an einem anderen Tag stattfinden.

(8) Ein Gesetzentwurf oder eine andere Vorlage ist angenommen, wenn:

a) die Mehrheit der gültig Abstimmenden zustimmt und

b) diese Mehrheit die Zahl der in der Bürgerschaft repräsentierten Wählerinnen und Wähler übersteigt, die der Zahl von Abgeordneten entspricht, die gem. Art. 19 iVm Art. 20 I 1 mindestens erforderlich ist, um einfache Gesetze zu verabschieden. Für die Berechnung ist die vorangegangene Bürgerschaftswahl maßgebend.

(9) Eine Verfassungsänderung ist angenommen, wenn:

a) zwei Drittel der gültig Abstimmenden zustimmen und

b) diese Mehrheit die Zahl der in der Bürgerschaft repräsentierten Wählerinnen und Wähler übersteigt, die der Zahl von Abgeordneten entspricht, die gem. Art. 51 II 2 mindesten erforderlich ist, um Gesetzentwürfe für Verfassungsänderungen zu verabschieden.

(10) Gelangen mehrere Vorlagen zur Abstimmung, können die Abstimmungsberechtigten jede Vorlage einzeln annehmen oder ablehnen und angeben, welche sie bevorzugen (Stichfrage). Erhalten mehrere Vorlagen zum gleichen Gegenstand mehr Ja- als Neinstimmen, ist jene angenommen, die bei der Stichfrage die meisten

Stimmen erhält. Die Landesabstimmungsleitung kann im Einvernehmen mit der Bürgerschaft und den Initiativen auch andere Abstimmungsverfahren ermöglichen.

(11) Während eines Zeitraumes von drei Monaten vor und einem Monat nach dem Tag einer allgemeinen Wahl in Hamburg finden keine Volksentscheide statt.

(12) Die Auffassungen der Bürgerschaft und einer Initiative zum Gegenstand eines Volksabstimmungsverfahrens dürfen in Veröffentlichungen des Senats nur in gleichem Umfang dargestellt werden und müssen sachlich verfasst sein.

(13) Das HmbVerfG entscheidet auf Antrag des Senats über die Zulässigkeit des Volksbegehrens. Sind Teile einer Vorlage unzulässig, bleiben die anderen Teile davon unberührt.

(14) Das HmbVerfG entscheidet auf Antrag des Senats, der Bürgerschaft, eines Fünftels der Abgeordneten der Bürgerschaft oder der Initiative über die Durchführung von Volksbegehren und Volksentscheid. Volksbegehren und Volksentscheid ruhen während des Verfahrens.

(15) Das Gesetz bestimmt das Nähere. Es kann auch Zeiträume bestimmen in denen die Fristen nach Abs. 4 S. 1 und Abs. 6 S. 3 wegen sitzungsfreier Zeiten der Bürgerschaft oder eines von der Bürgerschaft auf Vorschlag der Initiative gefassten Beschlusses nicht laufen.

Neu eingefügt wird Art. 50a:

(1) Die Bürgerschaft kann einen Gesetzentwurf oder eine andere Vorlage dem Volk zur Entscheidung vorlegen (Parlamentsreferendum). Die Einleitung eines Parlamentsreferendums ist sechs Monate vor dem entsprechenden Beschluss der Bürgerschaft mit begründeter Zielsetzung zu veröffentlichen. Zur Beschlussfassung ist Art. 49 sinngemäß anzuwenden.

(2) Innerhalb von drei Monaten nach dem Beschluss der Bürgerschaft kann mindestens ein Fünftel ihrer Abgeordneten eine eigene Vorlage dem Parlamentsreferendum beifügen (Gegenvorlage). Das Gleiche gilt für Gegenvorlagen, die von mindestens zweieinhalb vom Hundert der Wahlberechtigten innerhalb dieser Frist unterstützt werden.

(3) Der Senat führt das Parlamentsreferendum frühestens acht und spätestens 12 Monate nach dem Beschluss der Bürgerschaft durch. Die Bürgerschaft beschließt den Abstimmungstag. Die Abstimmung kann auf den Tag einer allgemeinen Wahl in Hamburg gelegt werden, die auf den Beginn der Frist nach S. 1 folgt. Sie findet an einem Wahltag statt, wenn er innerhalb der Frist nach S. 1 liegt.

(4) Werden dem Referendum Gegenvorlagen beigelegt, so wird der Abstimmungstag im Einvernehmen mit den Trägern dieser Gegenvorlagen bestimmt. Kommt kein Einvernehmen zu Stande, dann ist der letzte Sonntag vor Ablauf der Frist nach Abs. 3 S. 1 der Abstimmungstag, sofern nicht Abs. 3 S. 3 anzuwenden ist.

(5) Für die Annahme eines Gesetzentwurfs oder einer Anderen Vorlage gilt Art. 50 VIII entsprechend.

(6) Gelangen mehrere Vorlagen zur Abstimmung, können die Wahlberechtigten jede Vorlage einzeln annehmen oder ablehnen und angeben, welche sie bevorzugen

(Stichfrage). Haben mehrere Vorlagen mehr Ja- als Neinstimmen, ist jene angenommen, die bei der Stichfrage die meisten Stimmen erhält. Bei sich widersprechenden Vorlagen ist eine Alternativabstimmung im Einvernehmen mit den Trägern der Vorlagen zulässig.

(7) Eine Volksinitiative, die nach einem Referendumsbeschluss der Bürgerschaft zum selben Gegenstand angezeigt wird, ruht bis zum Abschluss des Referendums. Das gleiche gilt für eine Volksinitiative, die zum Zeitpunkt des Beschlusses noch nicht zu Stande gekommen ist.

(8) Beschließt die Bürgerschaft ein Parlamentsreferendum zum Gegenstand einer bereits zu Stande gekommenen Volksinitiative, führt der Senat auf Antrag der Initiative ein Verfahren gem. Abs. 2 S. 2 durch. Das Gleiche gilt für ein entsprechendes Volksbegehren, das noch nicht zu Stande gekommen ist. Stellt die Initiative keinen Antrag, ruht das Referendumsverfahren bis zum Abschluss des von der Initiative eingeleiteten Verfahrens.

(9) Beschließt die Bürgerschaft ein Parlamentsreferendum zum Gegenstand eines bereits zu Stande gekommenen Volksbegehrens, ruht das Referendumsverfahren bis zum Abschluss des von der Initiative eingeleiteten Verfahrens.

(10) Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind die Regeln für die Durchführung von Volksbegehren und Volksentscheid gem. Art. 50 sinngemäß anzuwenden und gelten die Rechte und Pflichten der am Volksbegehren Beteiligten entsprechend. Das Gesetz bestimmt das Nähere.

Artikel 51 erhält folgende Fassung:

(1) Die Verfassung kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das deren Wortlaut ausdrücklich ändert oder ergänzt. Es muss dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden (obligatorisches Verfassungsreferendum).

(2) Für einen Gesetzentwurf der Bürgerschaft zur Verfassungsänderung sind zwei übereinstimmende Beschlüsse erforderlich, zwischen denen ein Zeitraum von mindestens dreizehn Tagen liegen muss. Beide Beschlüsse müssen bei Anwesenheit von mindestens drei Vierteln der gesetzlichen Mitgliederzahl der Bürgerschaft und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Abgeordneten gefasst werden.

(3) Der Senat führt das Referendum zur Verfassungsänderung am Tag der Bürgerschafts- oder Bundestagswahl durch, die auf den Beschluss der Bürgerschaft gemäß Abs. 2 folgt, jedoch frühestens vier Monate nach diesem Beschluss. Soweit nicht anderes bestimmt ist, gelten die Regeln für die Durchführung von Volksentscheiden sinngemäß.

(4) Die Verfassungsänderung ist angenommen, wenn eine Mehrheit von zwei Dritteln der gültig Abstimmenden zustimmt.

(5) Das Gesetz bestimmt das Nähere.

Neu eingefügt wird Art. 51a

(1) Ein Beschluss der Bürgerschaft, der durch Volksabstimmung beschlossene Gesetze oder Andere Vorlagen aufhebt oder ändert, tritt nicht vor Ablauf von drei Monaten nach seiner Verkündung in Kraft. Innerhalb dieser Frist können zweieinhalb vom Hundert der Wahlberechtigten eine Volksabstimmung (fakultatives Referendum) über den Änderungsbeschluss vom ... erlangen (Referendumsbegehren). In diesem Fall tritt der Änderungsbeschluss nicht vor Durchführung des Referendums in Kraft.

(2) Für die Änderung, Aufhebung oder den Erlass der Gesetze zur Durchführung von Wahlen oder Abstimmungen (Gesetz über die Wahl zur Hamburgischen Bürgerschaft, Gesetz über die Wahl zu den Bezirksversammlungen, § 4 Bezirksverwaltungsgesetz, Volksabstimmungsgesetz, § 32 Bezirksverwaltungsgesetz, Bezirksabstimmungsdurchführungsgesetz) gilt Abs. 1 entsprechend.

(3) Der Senat führt ein Referendum innerhalb eines Jahres, frühestens jedoch vier Monate nach dem Zustandekommen des Referendumsbegehrens durch. Auf Beschluss der Bürgerschaft kann das Referendum auf den Tag einer allgemeinen Wahl in Hamburg gelegt werden. Das Referendum findet am Tag einer Wahl statt, wenn sie innerhalb der Frist nach S. 1 liegt.

(4) Der Änderungsbeschluss oder das Änderungsgesetz sind angenommen, wenn die Mehrheit der gültig Abstimmenden zustimmt.

(5) Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind die Regeln für die Durchführung von Volksbegehren und Volksentscheid gem. Art. 50 sinngemäß anzuwenden und gelten die Rechte und Pflichten der am Volksbegehren Beteiligten entsprechend. Das Gesetz bestimmt das Nähere.

Artikel 2

Schluss- und Übergangsbestimmungen

Dieses Gesetz tritt am Tag nach seiner Verkündung in Kraft. Volksabstimmungsverfahren, die zu diesem Zeitpunkt bereits laufen, bleiben davon unberührt.“

II. Verfassungsrechtliche Problemstellungen der Entscheidung

1. Wiederkehr der Prävalenzthese

In der Entscheidung des HVerfG vom 13.10.2016 lebt – wenngleich nicht ausdrücklich als solche bezeichnet – die oben dargestellte Prävalenzthese in noch deutlich verschärfter Form wieder auf. Denn das HVerfG konstatiert einen unabänderlichen Vorrang der repräsentativen vor der plebiszitären demokratischen Legitimation. Bereits aus den Leitsätzen 4 bis 8 lässt sich deutlich herauslesen, dass das Gericht einen solchen „ex ante-Vorrang“ zugunsten der repräsentativen Demokratie ausmachen will. Es bleibt gleichwohl eine überzeugende Begründung dieser Prävalenzannahme

schuldig. Es erscheint vielmehr so, als würde sich das HVerfG in die bereits vormals vertretene Linie einreihen, wonach es keiner tiefgreifenden Begründung bedürfe, um der parlamentarischen Demokratie zur unabänderlichen Prävalenz gegenüber direktdemokratischen Entscheidungen zu verhelfen. Dies zeigen die nachfolgenden Ausführungen auf.

2. Unzureichende Begründungsansätze des HVerfG

Wie eingangs dargelegt, finden sich in allen Landesverfassungen Bestimmungen über die Volksgesetzgebung. Sie eröffnen durchweg auch die Möglichkeit der verfassungsändernden Volksgesetzgebung, lassen es mit anderen Worten also zu, dass die jeweilige Landesverfassung im Wege der Gesetzgebung durch das Volk selbst geändert werden kann.³⁹ Die entscheidende Frage lautet indes wohl, inwiefern dieser volksinitiierten Form der Verfassungsänderung seitens der jeweiligen Verfassung – und hier im Besonderen der HVerf. – Grenzen gesetzt sind. Während die meisten Landesverfassungen inhaltliche Begrenzungen der Änderungsmöglichkeiten wie die nach Art. 79 Abs. 3 GG kennen, fehlt es gerade in Hamburg an einer solchen „Ewigkeitsklausel“.⁴⁰ Das HVerfG hatte damit zunächst zu klären, wie es sich zu der möglichen Existenz und Herleitung verfassungsimmanenter – ungeschriebener – Schranken verfassungsändernder Volksgesetzgebung verhalten solle. Dabei bestand die Schwierigkeit, dass solche inhaltlichen Begrenzungen aus dem Inbegriff der Landesverfassung bei Fehlen einer ausdrücklichen Ewigkeitsgarantie an sich gar nicht hergeleitet werden können, weil der Verfassungsgesetzgeber sie andernfalls ja ausdrücklich in einer Ewigkeitsgarantie niedergelegt hätte. Woher bei Fehlen einer ausdrücklichen Ewigkeitsklausel in der Landesverfassung also die Grenzen der Verfassungsänderung sonst (verfassungsimmanent) herzuleiten seien, be-

39 Vgl. Art. 64 Abs. 3 BWVerf.; Art. 75 Abs. 2 BayVerf.; Art. 62 Abs. 1, 63 Abs. 2 BlnVerf.; Art. 79, 78 Abs. 3 BbgVerf.; Art. 125 Abs. 3 BremVerf.; Art. 50 Abs. 3 Satz 11 HVerf.; Art. 123 Abs. 2 HessVerf.; Art. 60 Abs. 1, 4 MVVerf.; Art. 49 Abs. 2 Satz 2, 46 Abs. 3 Satz 2 NdsVerf.; Art. 69 Abs. 3 Satz 2 NRWVerf.; Art. 129 Abs. 1 RhPfVerf.; Art. 101 Abs. 1 SaarlVerf.; Art. 74 Abs. 3 SächsVerf.; Art. 81 Abs. 1, 5 Verf. LSA; Art. 48 Abs. 1, 49 Abs. 4 Satz 2 SHVerf.; Art. 83 Abs. 2 Satz 3 ThürVerf.

40 Siehe die Nachweise oben in Fn. 31 zu den Ländern mit geschriebener Ewigkeitsklausel.

antwortet das HVerfG in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2016 freilich nicht bzw. nicht ausdrücklich und jedenfalls unter Aussparung einer tragfähigen Begründung.

In diesem Kontext erkennt das HVerfG jedenfalls noch, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG als *unmittelbarer* landesverfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab der zu beurteilenden Verfassungsänderung durch das Volksbegehren nicht in Betracht zu ziehen war.⁴¹ Denn insoweit konnte das Gericht bei der Entwicklung seiner verfassungsrechtlichen Maßstäbe nur auf die Vorgaben der Landesverfassung zurückgreifen, was – wie weithin geschehen – auch zu einer Ausblendung von Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG führen musste, da insoweit gerade nicht die Landesverfassungsgerichtsbarkeit zu einer Entscheidung – und auch nicht einer Auslegung – der grundgesetzlichen Norm berufen war (und ist).⁴² Damit blieb für das HVerfG aber gleichwohl die grundlegende Frage nach einer „ungeschriebenen Ewigkeitsgarantie“ bestehen, sollten auf verfassungsrechtlicher Ebene der verfassungsändernden Volksgesetzgebung in Hamburg Grenzen gesetzt sein.

Dies führte das HVerfG allerdings geradezu in ein grundlegendes Dilemma: Es musste sich an ein Konstrukt ungeschriebener Schranken für die verfassungsändernde Volksgesetzgebung wagen, das in der HVerf. schon deshalb nicht als angelegt erscheinen konnte, weil – auch im Unterschied zu den übrigen Bundesländern – in der Landesverfassung (insbesondere in Art. 50 HVerf.) eine weitreichende und im Sinne der Einräumung von Volksrechten sehr ausgebaut direkte Demokratie vorzufinden ist. Bereits vor diesem Hintergrund erscheint es mehr als fraglich, eine Prävalenz des parlamentarischen Gesetzgebers unter Geltung der Landesverfassung zu begründen. Denn bereits die Verfassungsrealität einer in hohem Maße entfalteten dreistufigen Volksgesetzgebung legt zwar nicht das Gegenteil –

41 Wenngleich es an anderer Stelle doch zumindest im Ansatz wiederum auf die Maßstäbe des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG rekurriert.

42 Die Frage, ob die Umsetzung der Homogenitätsvorgaben des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG durch die Hamburgische Verfassung (HVerf.) den Rahmen des Grundgesetzes wahrt, wäre dem BVerfG vorbehalten, da es sich um eine Vorgabe des Bundesverfassungsrechts handelt. Das BVerfG könnte in diesem Fall nach Art. 100 GG durch das Landesverfassungsgericht angerufen werden, da die Landesverfassungsgerichte als vorlagebefugte Gerichte im Sinne der Vorschrift gelten, vgl. etwa BVerfGE 69, 112 (117); a. A. allerdings für „Normentwürfe im Volksgesetzgebungsverfahren“ B. Pieroth (Fn. 14), Art. 100 Rn. 6, freilich ohne Begründung oder weiteren Nachweis. Jedenfalls stellt aber Landesverfassungsrecht einen tauglichen Antragsgegenstand im Rahmen von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dar, vgl. BVerfGE 103, 111 (124); B. Pieroth (Fn. 14), Art. 93 Rn. 38. Dies gilt daher auch für im Volksgesetzgebungsverfahren gesetztes Landesverfassungsrecht.

also das Überwiegen der Volksrechte – nahe. Jedoch ist gerade die Hamburger Verfassung unter den Landesverfassungen mit das prominenteste Beispiel für eine ausgebaute direkte Demokratie auf Verfassungsebene, womit unterstrichen ist, dass nicht die Prävalenzthese zugunsten der repräsentativen Demokratie das Rangverhältnis beider Legitimationsformen zutreffend beschreibt, sondern die Gleichrangigkeitsthese gerade mit Blick auf den Verfassungsraum Hamburgs den Maßstab bilden muss.

Das HVerfG indes beurteilt dies – unter anderem in Abkehr von seiner eigenen früheren Rechtsprechung⁴³ – in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2016 anders. Es geht dem Gericht zunächst darum, den verfassungsrechtlichen Rahmen zu bestimmen, aus dem heraus die Prävalenzthese nach Hamburger Lesart dann abgeleitet wird. Das HVerfG knüpft hierzu zunächst an die „Konzeption der Verfassung“ an, aus der sich ergebe, dass die Volkswillensbildung grundsätzlich durch das Parlament ausgeübt werde.⁴⁴ Weiter hebt das HVerfG für die nähere Bestimmung des insoweit geltenden Maßstabs dann doch – was an dieser Stelle objektivrechtlich nicht zu beanstanden ist⁴⁵ – auf Art. 28 Abs. 1 GG und die danach für das Landesverfassungsrecht bindenden Grundsätze des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ab. Unzutreffend ist allerdings die gezogene Folgerung, dass sich hieraus als Staatsform die repräsentative Demokratie ergebe und solcherart ein Übergewicht des parlamentarischen Gesetzgebers als selbstverständlich vorauszusetzen sei.⁴⁶ Ein solches – über Art. 28 Abs. 1 GG gleichsam in die Landesverfassung hineingetragenes – selbstverständliches Übergewicht zugunsten der parlamentarischen Gesetzgebung ist, wie gezeigt wurde, auch nach dem Grundgesetz nicht gegeben. Auch der Versuch eines Rückgriffs auf seine eigene frühere Rechtsprechung schlägt an dieser Stelle fehl, da der in Bezug genommenen Entscheidung des HVerfG vom 15.12.2004⁴⁷ gerade keine

43 So von HVerfG, Urteil v. 15.12. 2004 – 6/04 –, NordÖR 2005, S. 109 Rn. 57, und HVerfG, Urteil v. 27.04.2007 – HVerfG 3/06 –, NordÖR 2007, S. 312; in beiden Entscheidungen hat noch die Gleichrangigkeit von parlamentarischer Gesetzgebung und Volksgesetzgebung ihren Niederschlag gefunden.

44 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 100.

45 Wie dargelegt, scheidet lediglich eine Prüfung durch das Landesverfassungsgericht, ob die HVerf. den durch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG gezogenen Rahmen – hier bezüglich des Demokratieprinzips – einhält, aus. Dies wäre dem BVerfG vorbehalten, siehe oben Fn. 42. Dass eine Herleitung der Prävalenz des parlamentarischen Gesetzgebers aber unter Rekurs auf Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG als Maßstab nicht gelingt, ist ebenfalls oben (siehe unter B.II.3) ausgeführt worden. Auch dem Grundgesetz ist ein solcher wertmäßiger Vorrang nicht zu entnehmen.

46 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 100.

47 HVerfG, Urteil v. 15.12. 2004 – 6/04 –, NordÖR 2005, S. 109 Rn. 57.

Anhaltspunkte für die behauptete Prävalenz der repräsentativen Demokratie entnommen werden können. An der zitierten Stelle hatte das HVerfG seinerzeit nur das (auch hier nicht bestrittene) Gegenteil ausgeschlossen, wonach die Willensbildung des Volkes ihrerseits keinen Vorrang gegenüber der Willensbildung durch das Parlament genießt.

Das HVerfG versucht sodann – geradezu verzweifelt nach einem Anhaltspunkt zur Begründung des Vorrangs in der HVerf. suchend – auf einen mehr unterstellten denn begründeten Maßstab abzustellen, bei dem auch nicht der Versuch ausgelassen wird, sich für die selbst erdachte Herausbildung dieses Maßstabs ausgerechnet auf *Carl Schmitt*⁴⁸ (!) zu berufen.⁴⁹

„Eine Verfassung bindet, auch wenn sie – wie die Hamburgische – nicht unter dem Schutz einer ausdrücklichen Ewigkeitsgarantie (...) steht, den verfassungsändernden Gesetzgeber an ihre **identitätsstiftenden und -sichernden Grundentscheidungen** (...). Somit sind, obwohl einzelne Bestimmungen der Verfassung nicht in einem Rangverhältnis zueinander stehen (...), auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber durch die Verfassung selbst Grenzen gesetzt.“⁵⁰

Zur Ausfüllung dieses Maßstabes und zur Begründung der Prävalenz der repräsentativen Demokratie wird sodann – gleichsam als ungeschriebene Grenze einer Verfassungsänderung (durch das Volk) – das Folgende festgestellt und damit die bloße Erwähnung des Demokratieprinzips in Art. 3 HVerf. zum „Quasi-Ewigkeitsschutz“ erhoben:

„Eine Verfassungsänderung ist daher nur dann nicht zulässig, wenn sie den Kernbereich der geltenden Verfassung verletzt. Zum Bestand der identitätsstiftenden und -sichernden Grundentscheidungen der Hamburgischen Verfassung gehört jedenfalls der Regelungsgehalt von Art. 3 HVerf. (...). Der hamburgische Verfassungsgeber wollte mit Art. 3 HVerf. den durch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG gezogenen Rahmen wiederholen (...). Der Schutz, den Art. 3 HVerf. gegen Verfassungsänderungen gewährt, umfasst nicht nur die sich aus der Norm ergebenden Prinzipien, sondern alle wesentlichen Merkmale freiheitlicher, rechts- und sozialstaatlicher Demokratie.“⁵¹

Und weiter folgert das Gericht wenig später an zentraler Stelle hieraus sodann den für unabänderlich befundenen Vorrang der repräsentativen Demokratie nach der „Konzeption der Verfassung“:

„Nach der Konzeption der Verfassung wird die Volkswillensbildung grundsätzlich durch das Parlament, nämlich die Bürgerschaft als gewähltes Verfassungsorgan

48 Das HVerfG zitiert hier allein *C. Schmitt*, Verfassungslehre, Berlin 1928, S. 26.

49 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 89 (fette Hervorhebungen im zitierten Text der Entscheidung durch den Verfasser).

50 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 90.

51 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 90.

ausgeübt. Daneben sieht die Verfassung anlassbezogen und temporär die Bildung von Volksinitiativen vor, um den Volkswillen einer der in Art. 50 Abs. 1 Satz 1 HVerf. vorgesehenen Entscheidungsformen zuzuführen (...). Zwar sind Volkswillensbildung und parlamentarische Willensbildung hinsichtlich der hierbei gefundenen Ergebnisse gleichrangig (...), jedoch ist damit dem Volksgesetzgeber im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgeber nicht auch quantitativ und qualitativ der gleiche oder gar einen höheren Stellenwert einzuräumen. Eine substanzielle Verlagerung der legislativen Aufgaben vom parlamentarischen Gesetzgeber auf die Volksgesetzgebung ist mit dem Demokratieprinzip, so wie es in der Hamburgischen Verfassung verankert ist, nicht vereinbar.“⁵²

Und schließlich führt das HVerfG zur Untermauerung seiner Prävalenzannahme aus:

„Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats i.S.d. GG entsprechen. Da zu diesen Grundsätzen die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verankerte Staatsform der repräsentativen Demokratie gehört, ist das als selbstverständlich vorausgesetzte Übergewicht des parlamentarischen Gesetzgebers nicht in Frage zu stellen (...). Denn zwar erkennt auch das Grundgesetz das Volk im Rahmen landesverfassungsrechtlicher Möglichkeiten zur Herrschaftsausübung durch Abstimmungen als gleichwertig an, es garantiert jedoch zugleich dem Repräsentationsorgan eine substanzielle Aufgabenzuweisung im Sinne quantitativ und qualitativ genügender Entscheidungsbefugnisse“⁵³

3. Bewertung

Die Herausbildung des Maßstabs für die verfassungsgerichtliche Überprüfung der mit dem Volksbegehren „Rettet den Volksentscheid!“ verfolgten Verfassungsänderung gelingt dem HVerfG nicht in überzeugender Weise. Es handelt sich alles in allem um eine brüchige verfassungsrechtliche Konstruktion, die allein darauf ausgerichtet ist, den Vorrang der repräsentativen Demokratie gegenüber der direkten Demokratie zu „zementieren“. Die Zitate aus dem Urteil vom 13. Oktober 2016 belegen jedoch, dass es nach der HVerf., die ohne geschriebene Ewigkeitsgarantie auskommt, nicht angängig ist, die Grenzen der verfassungsändernden Volksgesetzgebung schlicht in Art. 3 HVerf. bezüglich des Demokratieprinzips hineinzulesen und über den Umweg von Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG zu behaupten, die Hamburger Verfassungsnorm wiederhole lediglich dasjenige, was das Grundgesetz

52 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 100.

53 HVerfG, Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 – = NJOZ 2016, S. 1896 Rn. 102.

vorsehe, auch für den Verfassungsraum Hamburgs. Dass dies nicht zutreffend ist, wurde oben (siehe unter B.II.3) herausgearbeitet. Wie sehr das HVerfG mit Behauptungen zu argumentieren versucht, zeigt der im letzten Zitat aus der Entscheidung des HVerfG vorzufindende beiläufige (in seiner fatalen Wirkung aber im negativen Sinne bedeutsame) Befund, wonach in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG die Staatsform der repräsentativen Demokratie verankert sei. Dass Wahlen als Legitimationsmodus der mittelbaren Ausübung von Staatsgewalt dienen, ist zwar selbstverständlich richtig. Unzutreffend ist aber der Kontext, in dem dieser beiläufige Befund dann zum Einsatz gebracht wird: nämlich als Beleg der in dem Hamburger Urteil noch mehr als in allen früheren – insoweit ebenfalls nur schwach begründeten – Landesverfassungsgerichtsentscheidungen vorgebrachten vermeintlichen Prävalenz des parlamentarischen Gesetzgebers vor dem Volksgesetzgeber. Hierfür ist – gerade unter der HVerf. – kein Raum. Es sollte anerkannt werden, dass repräsentative und direkte Demokratie in einem Gleichrangigkeitsverhältnis stehen und bei allen immanenten Spannungen von ihrer demokratischen Wertigkeit her auf gleicher Stufe stehen – ganz so, wie es vor allem der SächsVerfGH judiziert hat.

D. Fazit

Das HVerfG hat der Diskussion um das Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie mit seiner Entscheidung über das Volksbegehren „Rettet den Volksentscheid!“ einen Bärendienst erwiesen, indem es unter verfassungsrechtlich fragwürdiger und unzureichender Herleitung und Begründung versucht hat, die Grenzen verfassungsändernder Volksgesetzgebung und die dabei geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Hamburg neu auszubuchstabieren. Dieser Maßstab diene dazu, den offenbar als rechtspolitisch zu weitreichend empfundenen Vorstoß für eine abermalige vollplebiszitäre Änderung der HVerf. durch die Initiatoren mit den Mitteln des Verfassungsrechts zu verhindern, indem zentrale Vorhaben des Volksbegehrens – insbesondere die Absenkung der Quoren, die Erstreckung der Volksgesetzgebung auf Abgabengesetze und das obligatorische Verfassungsreferendum – wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip und dem Verweis auf den unabänderlichen Vorrang der repräsentativen Demokratie verworfen wurden. Legt man diesen Maßstab des HVerfG auch an künftige – nicht nur verfassungsändernde – Volksgesetzgebung an, wird sich die weit ausgebaute direkte Demokratie der HVerf. in praxi wohl kaum mehr entfalten können.

Das Urteil vom 13. Oktober 2016 wird trotz seiner Geltung nur für den Verfassungsraum der Freien und Hansestadt Hamburg, deren Verfassung immerhin eine besonders weit ausgebaut direkte Demokratie vorsieht, Ausstrahlungswirkung auf andere Bundesländer und die dort ebenfalls verwirklichte Volksgesetzgebung haben. Es sei daher zu Vorsicht gemahnt, was eine unreflektierte Übernahme so manchen verfassungsgerichtlichen Postulats aus Hamburg anlangt. Dies gilt zuvörderst für das hier behandelte Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie, das verfassungsrechtlich nur als ein solches der Gleichordnung verstanden werden kann.