

# **Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit**

BVR Prof. Dr. *Peter M. Huber*

Eine persönliche Bemerkung vorab: Siegfried Magiera habe ich häufiger außerhalb Deutschlands getroffen als in Deutschland – in Griechenland, Polen und anderswo. Wir haben uns dort aber sowohl über europäische Fragen als auch über Fragen des Parlamentarismus ausgetauscht. Insofern freue ich mich, dass ich – wenn auch weniger zu Europa als zum nationalen Kontext – hier zu einem Deiner Arbeitsgebiete sprechen darf.

## **I. Parlamentarismus unter Druck?**

Die Themenstellung – Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit – insinuiert eine Spannungslage zwischen der repräsentativen Demokratie, die im Parlament ihre Mitte und im Parlamentarismus ihre entscheidende politische Ausprägung findet und Volksbegehren bzw. der direkten Demokratie auf der einen und der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der anderen Seite. Sie impliziert, dass sich der Parlamentarismus in einer Zwangslage befindet, so als seien direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit gewissermaßen konkurrierende Größen und Volk und Verfassungsgerichte mit dem Parlament rivalisierende Akteure. Dabei schwingt zugleich der Vorwurf mit, dass die aus der deutschen Verfassungsgeschichte bekannte Geringschätzung des Parlamentarismus zu Beginn des 2. Jahrzehnts des 21. Jahrhunderts fröhliche Urständ feiert, wobei die direkte Demokratie wie auch eine überbordende verfassungsgerichtliche Kontrolle dem Parlamentarismus – bewusst oder unbewusst – das Terrain streitig machten.

Das macht es schwer, unbefangen über den Dreiklang von Parlament, direkter Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit zu sprechen, denn Parlamentarismuskepsis ruft in aller Regel (zu Recht) negative Reaktionen hervor. Freilich kann man die Kritik an den Kritikern auch leicht überziehen und dem Parlamentarismus einen Bären dienst erweisen. Denn auch in anderen, oftmals älteren, Demokratien ist der Parlamentsbetrieb keineswegs über jeden Zweifel erhaben, und auch die (Vor-)Urteile über die „politische Klasse“ unterscheiden sich von denen in Deutschland kaum. Realismus, konstruktive

Kritik und Offenheit für eine zeitgemäße Weiterentwicklung müssen daher keineswegs in einer Schwächung des Parlamentarismus münden, auch wenn sie auf Änderungen zielen, die aus der Perspektive der politischen Akteure nicht attraktiv erscheinen.

## **II. Das Parlament als „Mitte der Demokratie“ – Anspruch und Wirklichkeit**

### **1. Die Parlamentszentriertheit des grundgesetzlichen Institutionengefüges**

#### **a) Grundlagen**

Für eine allgemeine Parlamentarismuskonzeption gibt es jedoch keinen Grund. Im Gegenteil: Das Grundgesetz hat das Parlament zur „Mitte der Demokratie“ bestimmt,<sup>1</sup> Rechtsprechung und die Literatur haben diese Positionsbestimmung bekräftigt und Schritt für Schritt ausgebaut.

aa) Als Mitte und Gravitationszentrum der Demokratie tritt uns das Parlament aus den Kommentaren des Grundgesetzes ebenso entgegen wie aus Lehrbüchern, Monographien und sonstigen Publikationen. Es ist das einzige unmittelbar demokratisch legitimierte Verfassungsorgan und erfüllt Funktionen, die weit über das hinaus gehen, was von anderen Verfassungsorganen erwartet wird: die Legitimationsfunktion für die gesamte öffentliche Gewalt, die Kreationen für die Kanzlerin, (mittelbar) die Bundesregierung, die Bundesverfassungsrichter<sup>2</sup> und andere Verfassungsorgane, die Kontrollfunktion vor allem gegenüber der Exekutive, die Gesetzgebungsfunktion, die Integrationsfunktion u. a. m. Keinem anderen Verfassungsorgan schreiben wir so viele zentrale Funktionen für das Funktionieren unseres institutionellen Gefüges zu wie dem Parlament.

bb) Für diesen verfassungsrechtlichen Befund sprechen auch bei näherem Hinsehen zahlreiche Gründe. Schon seit dem Kaiserreich kennen wir die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als zentralen Anker unseres Verwaltungsrechtssystems. In Art. 20 Abs. 3 GG verankert, ist sie jedenfalls der älteste Teil des Rechtsstaatsprinzips im formellen Sinne und praktisch vielleicht sogar der wichtigste. Mit dem Vorrang des Gesetzes verfügt es über die Oberhoheit bei der Definition von öffentlichen Aufgaben, Instrumenten etc.,

---

<sup>1</sup> Formulierung von *P. Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badura, 2004, S. 237 ff.

<sup>2</sup> BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.

während der Vorbehalt des Gesetzes dafür sorgt, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Zustimmung des Parlaments bedürfen.<sup>3</sup> Seitdem befindet sich das Parlament sozusagen an der Schaltstelle der Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat.

In den 1970er Jahren ist diese Konzeption vom Bundesverfassungsgericht bekanntlich zur sogenannten Wesentlichkeitsdoktrin weiterentwickelt worden.<sup>4</sup> Zwar weiß bis heute niemand so genau, was wirklich „wesentlich“ ist – letztlich ist wesentlich, was das Bundesverfassungsgericht dafür hält. Aber der Gedanke, die für das Zusammenleben einer Gesellschaft wichtigen Fragen in die Hand des Gesetzgebers zu legen, ist mit Blick auf das institutionelle Gefüge des Grundgesetzes plausibel und unterstreicht das Verständnis vom Parlament als der Mitte der Demokratie. Auf seiner Grundlage konnte der alte, rechtsstaatlich konzipierte Vorbehalt des Gesetzes um ein demokratisches Standbein erweitert werden, und das hat auch über die Grenzen Deutschlands hinaus Verbreitung gefunden.

cc) Auch das Budgetrecht als ältestes Recht des Parlaments überhaupt gehört in diesen Kontext. Der Haushaltsplan ist dabei nicht nur ein Wirtschaftsplan, sondern zugleich ein staatsleitender Hoheitsakt in Gesetzesform. Artikel 110 Abs. 2 Satz 1 GG statuiert daher für den Haushalt, Art. 115 GG für Gewährleistungen und Bürgschaften einen besonderen Gesetzesvorbehalt und gewährleisten damit, dass das, was heute Politik in erster Linie ausmacht – die Verteilung von Ressourcen und Setzung politischer Schwerpunkte durch die Allokation von Mitteln –, in den Händen des Parlaments liegt. „Der Haushaltsplan ist damit der Ort konzeptioneller politischer Entscheidungen über den Zusammenhang von wirtschaftlichen Belastungen und staatlich gewährten Vergünstigungen“.<sup>5</sup>

In seiner Rechtsprechung zu den EURO-Rettungsmaßnahmen ist das Bundesverfassungsgericht sogar noch einen Schritt weitergegangen und hat nicht nur einen – vom Haushaltsgesetz zu unterscheidenden – allgemeinen Parlamentsvorbehalt für finanzielle Hilfsmaßnahmen an internationale Organisationen oder ausländische Staaten begründet, sondern es dem Parlament auch untersagt, sich dieser Kompetenz tatsächlich oder faktisch zu begeben. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und Parlamentarismus verlangen danach, dass der Deutsche Bundestag der Ort ist, an dem

---

<sup>3</sup> E. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 4/12 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 33, 1 <10 ff. > – Strafgefangenen; 33, 125 <158 ff.> – Facharzt; 33, 303 <337 f.> – NC; 41, 251 <260>; 45, 400 <417 f.>; 47, 46 <78 f.>; 116, 24 <58>.

<sup>5</sup> BVerfGE 130, 318 <343 f.> unter Hinweis auf BVerfGE 123, 267 <361>; 129, 124 <178 f.>.

eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten.<sup>6</sup>

„Es ist dem Deutschen Bundestag daher untersagt, seine Budgetverantwortung auf andere Akteur derart zu übertragen, dass nicht mehr überschaubare budgetwirksame Belastungen ohne seine vorherige konstitutive Zustimmung eingegangen werden (...). Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen der Einnahmen und Ausgaben ohne konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Deutschen Bundestages begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzuges und könnte seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung nicht länger wahrnehmen (...). Der Bundestag muss daher im unionalen Bereich - unbeschadet einer Mitwirkung nach Art. 23 Abs. 2 GG – jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im Einzelnen bewilligen und, soweit überstaatliche Vereinbarungen getroffen werden, die aufgrund ihrer Größenordnung für das Budgetrecht von struktureller Bedeutung sein können, sicherstellen, dass weiterhin hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht“.<sup>7</sup>

dd) In ähnlicher Weise hatte Karlsruhe schon zu Beginn der 1990er Jahre die Parlamentszentriertheit des grundgesetzlichen Institutionengefüges auch für den militärischen Bereich forciert. In der insoweit grundlegenden Entscheidung zum sog. *Out-of-Area*-Einsatz der Bundeswehr wird diese als „Parlamentsheer“ charakterisiert<sup>8</sup> und mit diesem – an den englischen Bürgerkrieg erinnernden – Begriff der Verfügungsbefugnis des Bundestages unterstellt. Das hat Deutschland nicht nur in das Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz)<sup>9</sup> eingetragen, sondern auch die Vorgabe, dass der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes stets der Zustimmung des Bundestages bedarf (§ 1 Abs. 2 PBG). Aus diesem Grund finden Verurteilungen von Soldaten heute eben vor dem Reichstag statt und rücken die zentrale Rolle des Parlaments damit auch optisch-symbolisch ins Blickfeld. Die Bundesregierung kann die Bundeswehr vor diesem Hintergrund grundsätzlich erst nach einer unter den Augen der Öffentlichkeit geführten Debatte im Parlament einsetzen; das erhöht die Hürden für einen Einsatz militärischer Macht und kostet zumindest Zeit. Aus einer verfassungsrechtsvergleichenden Perspektive

<sup>6</sup> BVerfGE 129, 124 <178>; 130, 318 <344>.

<sup>7</sup> BVerfGE 129, 124 <180 f.>; 130, 318 <344 f.>.

<sup>8</sup> BVerfGE 90, 286 <382>.

<sup>9</sup> BGBl. I 2005, 775.

ist ihre Stellung gegenüber dem Parlament daher schwächer als die verbündeter Regierungen.

## b) Grenzen

Zur starken Konzentration auf das Parlament als Gravitationszentrum unseres politischen Systems gehört andererseits auch, dass man dessen Grenzen betont. So gehört es zum *cantus firmus* der Verfassungsdogmatik, dass das Grundgesetz keinen Parlamentsmonismus kennt und – anders als Österreich oder wohl auch Polen<sup>10</sup> – auch keinen Totalvorbehalt des Gesetzes statuiert.<sup>11</sup> Seit den späten 1970er und 1980er Jahren hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder hervorgehoben, dass das Parlament keinen Alleinvertretungsanspruch für die Definition des Gemeinwohls besitzt und, ungeachtet seiner Wahl unmittelbar durch die Bürgerinnen und Bürger, auch nicht über eine bessere demokratische Legitimation als die anderen Staatsgewalten verfügt. Diese ist, wie es im Pershing-Urteil heißt, „in all ihren Funktionen (...), wenn auch in unterschiedlicher Weise, demokratisch konstruiert und legitimiert und auf dieser Grundlage gewaltenteilig organisiert“.<sup>12</sup>

Vor allem im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten kommen der Exekutive auch ausschließliche Befugnisse zu weittragenden, möglicherweise existentiellen Entscheidungen zu.<sup>13</sup> In Anknüpfung an die traditionelle Staatsauffassung hat das Grundgesetz der Regierung insoweit einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen:<sup>14</sup>

„Der Verkehr mit anderen Staaten, die Vertretung in internationalen Organisationen, zwischenstaatlichen Einrichtungen und Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG) sowie die Sicherstellung der gesamtstaatlichen Verantwortung bei der Außenvertretung Deutschlands fallen (...) grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Exekutive, insbesondere der Bundesregierung. Die grundsätzliche Zuordnung der Akte des auswärtigen Verkehrs zum Kompetenzbereich der Exekutive beruht auf der Annahme, dass institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfügt, auf

<sup>10</sup> S. *Biernat*, Grundzüge des polnischen Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V (im Erscheinen), § 80 Rn. 170 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.

<sup>12</sup> BVerfGE 68, 1 <89>.

<sup>13</sup> BVerfGE 68, 1 <89>.

<sup>14</sup> BVerfGE 49, 89 <125>; 104, 151 <207>; BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff., Rn. 91.

wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren, und so die staatliche Aufgabe, die auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrzunehmen, bestmöglich zu erfüllen (...). Eine erweiternde Auslegung der Zustimmung- oder Mitwirkungsbefugnisse des Bundestages unter Überspielung der konkreten Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht im Grundgesetz würde die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und liefe auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinaus (...). Sie lässt sich nicht auf einen aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten allumfassenden Parlamentsvorbehalt stützen.“<sup>15</sup>

Was – um auf das Thema „Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit“ zurückzukommen – für die Bundesregierung recht ist, ist für das Bundesverfassungsgericht billig. Die Wahl der Verfassungsrichter durch das Parlament bzw. den Ausschuss nach § 6 BVerfGG,<sup>16</sup> die Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie seine ausdrückliche Verankerung im Grundgesetz (Art. 92 – 94 GG) gewährleisten über die personelle, sachliche und institutionelle Legitimation ein demokratisches Legitimationsniveau, das dem der anderen Verfassungsorgane grundsätzlich nicht nachsteht.

## 2. Realität und Erosion

Dieser verfassungsrechtlichen Bestandsaufnahme steht eine weniger arkadisch anmutende Realität gegenüber. In dieser Realität ist das Parlament eben nicht die Mitte der Demokratie. In dieser Realität stehen die Abgeordneten mitunter so unter Druck, dass die in den Lehrbüchern, Kommentaren und Aufsätzen, anzutreffende Stilisierung des Parlaments zur Mitte der Demokratie eher einem frommen Wunsch gleicht oder, schlimmer noch, einer leeren Phrase.<sup>17</sup>

### a) Faktische Exekutivlastigkeit des Institutionengefüges

<sup>15</sup> BVerfG, NVwZ 2012, 954 <957>, unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.

<sup>16</sup> BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.; zur Einordnung *D. Wiefelspütz*, Die Bundesverfassungsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!, DÖV 2012, 961 ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu *P. M. Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 47 Rn. 28.

aa) In der Realität war und ist nämlich die Exekutive zwar vielleicht nicht die Mitte unserer Demokratie, wohl aber das Gravitationszentrum unseres politischen Systems. Sie hat schon aufgrund ihrer überlegenen Personalressourcen einen uneinholbaren Kompetenzvorsprung gegenüber dem Parlament. Den derzeit 749.140 Beschäftigten in der Bundesverwaltung<sup>18</sup> stehen ganze 2.600 Mitarbeiter der Bundestagsverwaltung gegenüber. Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass der Zugang zu Know-how mit einer Dreiviertel-Million an Mitarbeitern besser zu gewährleisten als mit 2.600. Die überlegenen Personalressourcen der Regierung bedingen insbesondere, dass die dem Parlament zustehende Gesetzgebungsfunktion – das ist vielfach untersucht worden<sup>19</sup> – durch die Exekutive weitgehend determiniert wird. Über die Hälfte bis zu Dreiviertel der beim Bundestag eingebrachten Gesetzesinitiativen stammen von der Bundesregierung,<sup>20</sup> und selbst die Initiativen, die aus der Mitte des Bundestages von den Regierungs-, i. d. R. nicht von den Oppositionsfraktionen eingebracht werden, werden normalerweise „über die Bande gespielt“, d. h. in einem Ministerium erarbeitet und dann von den Fraktionen eingebracht. Die Gründe dafür sind unterschiedlich; auf Bundesebene dient dieses Verfahren häufig der Umgehung des Bundesrates im ersten Durchgang,<sup>21</sup> oder – wie auch auf Landesebene – der Überwindung koalitionspolitischer Schwierigkeiten, der Profilierung der Fraktionen und ihrer Protagonisten u. a. m.

Die Exekutive führt den Haushaltsplan – unbeschadet rechtlicher Bindungen – im Wesentlichen nach den politischen Vorgaben der Bundesregierung aus (§ 3 Abs. 1 HGrG), die darüber hinaus über das Nothaushaltsrecht (Art. 111 GG) und die Befugnis zur Bewilligung über- und außerplanmäßiger Ausgaben (Art. 112 GG) besitzt. Sie verfügt damit praktisch über die im Etat bereitgestellten Mittel und, wie ein altes deutsches Sprichwort sagt: „wer zahlt, schafft an“. Das kann auch Abgeordnete, die für ihre Wählerschaft an staatlichen Mitteln partizipieren wollen – zurückhaltend formuliert – wohlwollend stimmen. Besonders gut lässt sich dies an der Verfügung über die Lottomittel in den Ländern beobachten, die man u. a. für Feuerwehreffeste u. ä. verwenden kann. Das

---

<sup>18</sup> BMI (Hrsg.), Der öffentliche Dienst des Bundes. Daten zur Personalstruktur 2011, 2011, S. 7.

<sup>19</sup> H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 196 f.; P. M. Huber, Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rn. 199; H. Maurer, Die Mitwirkung der Exekutive bei der Gesetzgebung, in: Bauer/Hendler/Huber/Popowska/Rabska (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts, 1999, S. 109 ff.

<sup>20</sup> J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 17.

<sup>21</sup> J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 18; kritisch ebenda, Rn. 100; ähnlich T. Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 76 Rn. 25 f.

hat sich als probates Instrument der Klimapflege zwischen der Regierung und den sie tragenden Fraktionen erwiesen.

Die Bundesregierung ist darüber hinaus zur Außenvertretung Deutschlands berufen – in internationalen Organisationen, in den Gremien der Europäischen Union und gegenüber anderen Staaten. Das ist in Zeiten der Globalisierung und unter den Bedingungen der zahlreichen Mehr-Ebenen-Systeme, in denen sich die europäischen Staaten heute wiederfinden und in denen autonome Entscheidungen eher die Ausnahme als die Regel geworden sind, unter machtspezifischen Gesichtspunkten ein kaum zu überschätzender Vorteil. Wenn das eigene Parlament die außen- und europapolitisch bedeutsamen Informationen – gewollt oder ungewollt – stets nur gefiltert erhält und sie nicht sicher überprüfen kann, ist es von vornherein im Hintertreffen.<sup>22</sup>

bb) Der Parteienstaat verschärft diesen Befund. In dem Dualismus zwischen Regierung und Opposition, den Hans-Peter Schneider schon in den 1970er Jahren beschrieben hat,<sup>23</sup> beruht die Macht der Regierung ganz entscheidend darauf, dass die Kanzlerin oder der Ministerpräsident auch Parteivorsitzende sind oder doch zumindest über die Parteiorganisation (des größeren Koalitionspartners) verfügen können. Damit sind sie in der Regel in der Lage, die sie tragenden Fraktionen einzubinden oder zu disziplinieren. Zwar beruhen die Fraktionen formal auf dem Zusammenschluss unabhängiger und nur ihrem Gewissen unterworfenen Abgeordneter (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG);<sup>24</sup> in der Sache aber sind sie der parlamentarische Arm ihrer Partei,<sup>25</sup> die wiederum – typischerweise mit dem Segen der Parteiführung – über die (Wieder-)Aufstellung von Kandidaten entscheidet, und damit nicht selten auch über die ökonomische Existenz der Abgeordneten. Die Kompatibilität von Regierungsamt und Mandat, Anreizsysteme wie das Institut des parlamentarischen Staatssekretärs<sup>26</sup> oder die Hierarchisierung des Parlaments<sup>27</sup> befördern die Konzentration auf den Regierungschef zusätzlich. Dass die Fraktionsvorsitzenden in vielen Landesregierungen, wenn auch ohne Stimmrecht, mit am Kabinetttisch sitzen, mag

---

<sup>22</sup> Dazu sogleich unter II.2.b.

<sup>23</sup> H. P. Schneider, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1974.

<sup>24</sup> BVerfGE 70, 324 <362>; 84, 304 <322>.

<sup>25</sup> So deutlich für die Fraktionen im EP BVerfGE 129, 300 <327 ff.>.

<sup>26</sup> P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.

<sup>27</sup> Zu den Funktionszulagen als Ausdruck dieser Hierarchisierung siehe BVerfGE 102, 224 ff.; BremStGH, NVwZ 2005, 929 ff.; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2003, 793 ff. Auch das Zugriffsrecht der Fraktionsvorsitzenden auf die Flugbereitschaft der Bundeswehr kann hier genannt werden.

eine weitere Facette zu dem Befund beitragen, dass die Regierung und die Parlamentsmehrheit letztlich über die Parteischiene geführt werden.<sup>28</sup>

## **b) Neuere Erosionstendenzen zulasten des Parlamentarismus**

Neuere Erosionstendenzen zulasten des Parlamentarismus kommen hinzu, von denen ich vor allem zwei hervorheben will: Die Privatisierung (aa) und die Europäisierung bzw. Internationalisierung (bb). Beide haben dazu beigetragen, dass die zentrale Rolle des Parlaments als Transmissionsriemen für die politische Selbstbestimmung der Gesellschaft wie des Einzelnen, seine Rolle als – wie die Italiener dies nennen – *indirizzo politico* für demokratische Verantwortung zunehmend unter Druck geraten ist.

aa) Die seit der Zeitenwende der Jahre 1989/90 erfolgte Privatisierung hat den Einfluss der Politik, und mit ihr des Parlaments auf vielfältige Weise geschwächt, und damit auch die Fähigkeit der Gesellschaft, Gemeinwohl und Individualinteressen angemessen auszutarieren.<sup>29</sup> Denken Sie, um nur ein paar aktuelle Beispiele zu erwähnen, an die Berliner Wasserwerke, die jetzt zurückgekauft werden sollen, die mögliche Privatisierung der Flugsicherung (Art. 87d Abs. 1 GG) oder die weit fortgeschrittene Privatisierung des Maßregelvollzugs,<sup>30</sup> die in anderen Ländern dazu geführt hat, dass die Betroffenen länger in Haft bleiben, damit die Betriebsrendite stimmt.

Zudem hat der Personalabbau in der öffentlichen Verwaltung dazu geführt, dass in der Ministerialverwaltung kaum noch Beschäftigte vorhanden sind, um die notwendigen Leitungsaufgaben zu erledigen, und auch das geht in gewisser Weise zu Lasten des Parlaments. So ist etwa das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG, FMStEG) von der englischen Großkanzlei *Freshfields* erarbeitet worden, und nicht von dem eigentlich dafür zuständigen Bundesministerium der Finanzen. Auf Landesebene gibt es vergleichbare Fälle. Zugegeben – auch der Einsatz von Rechtsanwaltskanzleien kann im Einzelfall sinnvoll sein. Die immer umfangreichere Ersetzung der auf den demokratischen Rechtsstaat und das Gemeinwohl verpflichteten Ministerialverwaltung durch zwangsläufig (auch) am kommerziellen Erfolg ihrer Tätigkeit interessierte Anwälte ist jedoch

<sup>28</sup> P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.

<sup>29</sup> Siehe etwa P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <37 ff.>.

<sup>30</sup> Dazu BVerfGE 130, 76 <121>.

dysfunktional und müsste – dem Planungsrecht vergleichbar – zumindest eine deutlich intensivere Überprüfung von Gesetzesvorlagen der Bundesregierung durch das Parlament nach sich ziehen. Dazu aber scheint es politisch, organisatorisch und personell nur bedingt willens und in der Lage.<sup>31</sup>

bb) Was Europäisierung und Internationalisierung anlangt, so kann man deren Auswirkungen auf den Parlamentarismus prägnant wie folgt zusammenfassen: „The losers are the national parliaments“.<sup>32</sup> Vor allem die europäische Integration führt dazu, dass immer mehr Gesetzgebungszuständigkeiten auf die EU abwandern, in deren Rat die Bundesregierung sitzt, aber nicht das Parlament. So kann diese wiederum „über die Bande spielen“ und Vorhaben, die sie im nationalen Kontext nicht durchsetzen könnte, auf europäischer Ebene herbeiführen – am Bundestag und Bundesrat sowie an der Öffentlichkeit vorbei. Es gibt Versuche der Gegensteuerung, es gibt den Art. 23 Abs. 2 bis 6 GG, das IntVG, das EuZBBG und die Vereinbarung nach § 12 EuZBBG. Sie werden sogar unionsrechtlich ergänzt durch Art. 12 EUV und die Protokolle über die Rolle der nationalen Parlamente in der EU und über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Allein, der Fall des ESM und des Euro-Plus-Paktes<sup>33</sup> zeigt, dass hier zwischen Anspruch und Wirklichkeit noch eine erhebliche Lücke klafft. Sie zu schließen, ist eine der großen Herausforderungen für die nächsten Jahre.

### c) Erkenntnis- und Verarbeitungsdefizit der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft bildet diesen Befund freilich kaum ab. Sie hat es bis heute nicht vermocht, einen Modus zur Verarbeitung der empirisch gewonnen Einsichten von Politikwissenschaft, Soziologie, Ökonomie (soweit sich diese überhaupt um verlässliche Einsichten bemüht) und anderer Disziplinen zu entwickeln und ihre Anschlussfähigkeit

---

<sup>31</sup> P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <39>.

<sup>32</sup> P. Birkinshaw, British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 205 <251>; P. M. Huber, Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union, 2001, S. 13.

<sup>33</sup> BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff.

gegenüber den Nachbardisziplinen herzustellen. Das Recht kennt insoweit noch keine zuverlässigen Instrumentarien, um den Realbefund, um die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen, angemessen zu verarbeiten. Insofern hat die sog. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>34</sup>, wenn auch weniger auf den hier interessierenden staatsrechtlichen Kontext bezogen, jedenfalls den Finger in die Wunde gelegt. Denn sie fordert von der Rechtswissenschaft mehr als bloße „anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft“ zu sein. Auch die Governance-Forschung, so diffus sie (noch) sein mag, berührt mit ihrer Konzentration auf die Regelungsstrukturen einen zentralen Punkt und könnte eine wichtige Brücke sein, um das geschilderte Defizit der Rechtswissenschaft zu überwinden.<sup>35</sup>

### **III. Volksgesetzgebung als punktuelle Ergänzung, nicht als Ersatz der repräsentativen Demokratie**

#### **1. Allgemeines**

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG bestimmt, dass die Staatsgewalt vom Volk in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt wird. So gesehen zieht die Erwähnung der Abstimmungen die direktdemokratischen Instrumente des Grundgesetzes – Art. 29, Art. 118, Art. 118a und Art. 146 GG – „vor die Klammer“. Solange jedoch nicht in den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Identitätskern des Grundgesetzes eingegriffen oder eine Länderneugliederung vorgenommen werden soll, sind Volksbegehren auf Bundesebene bislang nicht vorgesehen. *De constitutione lata* sind sie daher auch nicht geeignet, den Parlamentarismus unter Druck zu setzen.

Auf Landesebene liegen die Dinge nicht wirklich anders. Zwar gibt es hier eine reiche Erfahrung mit der direkten Demokratie, vor allem aber längst nicht mehr nur in Bayern. Aber auch in Bayern sind die Erfahrungen mit Volksbegehren in den letzten 66 Jahren – so

---

<sup>34</sup> A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff., 29 ff., 37 ff., 48.

<sup>35</sup> Siehe dazu etwa P. Badura, Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts, 2010, S. 23 f.; W. Hoffmann-Riem, Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, 2011, passim; G. F. Schuppert, Alles Governance oder was?, 2011, passim.

lange gilt die bayerische Verfassung schon – überschaubar. Seit 1946 gab es lediglich 18 zugelassene Volksbegehren und 9 Referenden und 6 Volksentscheide, während der Landtag Gesetze im vierstelligen Bereich verabschiedet haben dürfte. Obwohl es keine übermäßigen Hürden gibt, ist die Organisation von Volksbegehren und Volksentscheiden doch so aufwändig, dass sie als ernsthafte Konkurrenz für die parlamentarische Gesetzgebung von vornherein nicht in Frage kommen. Antrags- und Zulassungsquoren, das Erfordernis der Amtsstubensammlung und die zeitliche Begrenzung sorgen dafür, dass sich das Volk nicht ohne weiteres mobilisieren lässt, wenn es mit dem Lauf der Dinge im Wesentlichen einverstanden ist. Das zeigt insbesondere die große Anzahl von Volksbegehren, die mangels der notwendigen Unterschriften nicht zustande gekommen sind.

## 2. Funktionsbedingungen

Die Erfahrung zeigt darüber hinaus, dass sich die begrenzten Möglichkeiten direkter Demokratie einigermaßen reibungslos neben dem repräsentativen System etablieren lassen.<sup>36</sup>

Aus der Grundentscheidung für eine „repräsentativ-plebiszitäre“ Demokratie folgt zunächst die Gleichrangigkeit von Volkswillensbildung und parlamentarischer Willensbildung sowie die funktionale Äquivalenz von im Wege der Parlaments- und der Volksgesetzgebung beschlossenen Gesetzen.<sup>37</sup> Vom Parlament und vom Volk beschlossene Gesetze besitzen daher den gleichen Rang. Dem entspricht die gefestigte Rechtsprechung aller Landesverfassungsgerichte.<sup>38</sup> Einem vom Volk beschlossenen Gesetz kommt insbesondere keine erhöhte Bestandskraft zu. Es kann – wie die Staatspraxis zeigt – durch ein Parlamentsgesetz ebenso umgehend abgeändert werden wie ein vom Landtag

<sup>36</sup> P. M. Huber, *Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit*, ZG 24 (2009), 311 ff.

<sup>37</sup> M. Borowski, *Parlamentsgesetzliche Änderung volksbeschlossener Gesetze*, DÖV 2000, 481 <489>; J. Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), *Verfassung des Landes Schleswig-Holstein*, 2006, Art. 42 Rn. 34, 36; K. David, *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2. Aufl. 2004, Art. 50 Rn. 15; T. Meder, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 3. Aufl. 1985, Art. 72 Rn. 1; M. Rossi/S. C. Lenski, DVBl. 2008, 416 <418>.

<sup>38</sup> Für Bayern: BayVerfGHE 29, 244 <265>; BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, 401 <402>; für Berlin: BerlVerfGH, Beschl. v. 27. 10. 2008 – VerfGH 86/08 – juris, Rn. 78; für Bremen: BremStGH, NVwZ-RR 2001, 1 <2>; für Hamburg: HmbVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – HVerfG 06/04 – juris; Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris, Rn. 95; für das Saarland: SaarlVerfGH, NVwZ 1988, 245 <248>; für Sachsen: SächsVerfGH, JbSächsOVG 6 (1998), 40 <42>; NVwZ 2003, 472 <473>.

beschlossenes Gesetz.<sup>39</sup> So wurde etwa die sog. Rechtschreibreform in Schleswig-Holstein durch einen am 27. September 1998 durchgeführten Volksentscheid abgelehnt und gesetzlich festgelegt, dass die "allgemein übliche" Rechtschreibung zu unterrichten sei, wie sie "in der Bevölkerung seit langem anerkannt ist und in der Mehrzahl der lieferbaren Bücher verwendet wird".<sup>40</sup> Diese Regelung ist nur neun Monate später durch ein vom Landtag beschlossenes Gesetz vom 21. September 1999 wieder aufgehoben worden.<sup>41</sup> Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde, mit der geltend gemacht wurde, dass das Ergebnis eines Volksentscheides nicht noch in derselben Legislaturperiode wieder rückgängig gemacht werden dürfe, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>42</sup> Vergleichbare Vorgänge lassen sich aus der Freien Hansestadt Hamburg berichten, wo die Bürgerschaft das durch Volksbegehren geänderte Wahlrecht wieder korrigiert hat.<sup>43</sup> Insoweit sorgt also der *lex posterior*-Grundsatz für ein geordnetes Nebeneinander von Parlamentarismus und direkter Demokratie. Das gilt auch für Regelungen, wonach das Parlament bei jedem Volksentscheid einen Alternativentwurf zur Abstimmung stellen kann (z. B. Art. 74 Abs. 4 BV).

Ein Problem ist allenfalls, ob es eine Sperrwirkung zugunsten von Volksbegehren geben kann. Das ist umstritten, in der Sache jedoch zu verneinen.<sup>44</sup> Denn eine Sperrwirkung stellte die Präponderanz der repräsentativen Demokratie in Frage, ohne dass entsprechende Schutzbedürfnisse bestünden. Denkbare Manipulationsversuche der Parlamentsmehrheit lassen sich vielmehr in der nächsten Wahl sanktionieren.<sup>45</sup>

### 3. Bewertung

Volksbegehren wirken nicht nur retardierend gegenüber den Herausforderungen der Globalisierung und dem Druck intransparenter Machtkonstellationen und können dadurch

<sup>39</sup> BayVerfGH, NVwZ 2000, 401 <402>; SächsVerfGH, NVwZ 2003, 472 <473>.

<sup>40</sup> § 4 Abs. 10 SchulG S.-H.; Änderungsgesetz vom 10. 12. 1998, GVOBl. S.-H. S. 366.

<sup>41</sup> GVOBl. S.-H. S. 263.

<sup>42</sup> BVerfG, NJW 2000, 1104, allerdings unter Berufung auf eine fehlende Zuständigkeit.

<sup>43</sup> Volksentscheid vom 13. 06. 2004; Gesetz vom 05. 07. 2004, HmbGVBl. S. 313; Bürgerschafts-Drucks. 18/4339; Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Wahl zur hamburgischen Bürgerschaft, des Gesetzes über die Wahl zu den Bezirksversammlungen und des Bezirksverwaltungsgesetzes vom 19. 10. 2006, HmbGVBl. S. 519; HmbVerfG, Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris.

<sup>44</sup> P. M. Huber, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 24 (2009), 311 <315 ff.>.

<sup>45</sup> Zu einem entsprechenden Streit in Thüringen siehe die Dokumentation bei Wittreck (Hrsg.), Volks- und Parlamentsgesetzgeber: Konkurrenz oder Konkordanz? Dokumentation eines Thüringer Verfassungstreits, 2012.

Akzeptanz sichern.<sup>46</sup> Sie relativieren auch den Machtzuwachs der Exekutive, weil sie sich den Rationalitäten parteienstaatlicher Willensbildung versagen (können).<sup>47</sup>

Sie sind angesichts des mit ihnen verbundenen Aufwands jedoch keine Alternative zum Parlamentarismus, sondern allenfalls eine punktuelle Ergänzung. Als solche fordern sie, wie die Erfahrungen zeigen, ihn nicht heraus, sondern stabilisieren ihn. Das Referendum über das AKW Zwentendorf und die Nutzung der Atomkraft in Österreich mag hier ebenso als Beispiel dienen wie die bayerischen Probleme mit dem Rauchverbot. Der Landtag hatte es in wiederholten Anläufen nicht geschafft, eine Befriedung zu erreichen, und selbst die Billigung der Regelung durch das Bundesverfassungsgericht brachte keine Ruhe. 2010 hat dann das Volk gesprochen; jetzt funktioniert das Rauchverbot sogar auf dem Oktoberfest.

#### **IV. Verfassungsgerichtsbarkeit – Das ewige Problem des „*quis custodiet custodientes*“?**

##### **1. Allgemeines**

Seit *Marbury v. Madison*<sup>48</sup> gibt es das Spannungsverhältnis zwischen dem Mehrheitsprinzip der Demokratie und der gerichtlichen Kontrolle der Gesetzgebung. Das Problem ist so alt wie die Verfassungsgerichtsbarkeit, und es ist unvermeidbar, wenn man mit dem Kant'schen Satz ernst macht, dass Politik durch Recht gebunden werden muss.<sup>49</sup> Dabei gibt es natürlich zahlreiche Nuancen, die vom Verzicht des französischen Conseil Constitutionnel auf die Kontrolle vom Volk beschlossener Gesetze<sup>50</sup> über die *political question-doctrine* und den *judicial restraint* des US-Supreme Court<sup>51</sup> reichen.

Bei uns hat man statt dessen versucht, auf der Grundlage eines materiell-rechtlich geprägten Verfassungsverständnisses Spielräume des Gesetzgebers zu wahren, die von

---

<sup>46</sup> Zu diesem Gedanken S. Müller-Franken, Referendum versus Volksgesetzgebung, in Baus u. a. (Hrsg.), Perspektiven und Grenzen „direkter Demokratie“, 2012, S. 51 <60 f.>.

<sup>47</sup> P. M. Huber, Plebiszite, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Band I, 2013, § 60, S. 651 <656>.

<sup>48</sup> U.S. Supreme Court 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>49</sup> I. Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: Werke in Zwölf Bänden, Band 7, S. 642: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“

<sup>50</sup> CC No. 92-312 DC v. 02. 09. 1992, EuGRZ 1993, 193 <194> – Maastricht II.

<sup>51</sup> C. Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, 1999.

Einschätzungs- und Prognosespielräumen über Gestaltungsspielräume bei der Auflösung von Grundrechtskollisionen bis zu Konkretisierungsspielräumen bei der Ausgestaltung des Untermaßverbotes reichen. Seit dem Mitbestimmungsurteil<sup>52</sup> kennt die Rechtsprechung abgestufte Kontrolldichten, die, abhängig von der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit, von der Evidenzkontrolle über die Vertretbarkeitskontrolle bis zur strengen inhaltlichen Kontrolle reichen. In den 1990er Jahren hat die Rechtsprechung diese Abstufung auch für den Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes übernommen; hier fällt die Kontrolldichte heute umso enger aus, je stärker personenbezogen ein Differenzierungsmerkmal ist und je näher es den „verbotenen“ Differenzierungskriterien in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG kommt.<sup>53</sup> Wo materiell-rechtliche Maßstäbe schließlich versagen, weicht man in die Prozeduralisierung aus;<sup>54</sup> auch das verhindert einen zu großen Druck auf den Gesetzgeber.

Das ist die für Deutschland richtige, weil pfadabhängige Art mit der Spannungslage umzugehen, denn es ist eine Konsequenz aus der spezifisch deutschen Neigung zur „Juridifizierung“ von Politik. Diese hat ihre Wurzeln schon in den Erfahrungen des Alten Reichs, wo sie in der für die damalige Zeit herausgehobenen Rolle des Reichskammergerichts und des Reichshofrates sichtbaren Ausdruck gefunden hatte. Noch prägender dürfte die spezifisch deutsche Hervorbringung des Rechtsstaats im 19. Jahrhundert sein,<sup>55</sup> die mit dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes dem Bürgertum den Verzicht auf die Demokratie erträglich gemacht und unseren „Glauben“ an das Recht und die Konfliktlösung durch Gerichte nachgerade mit quasireligiösen Weihen versehen hat. Demokratie in Deutschland ist eben nicht nur das Ringen um politische Mehrheiten im Parlament, sondern auch Problembewältigung mit Hilfe von Gerichten, insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit.

## 2. Verfassungsgericht stärkt das Parlament

Aber auch hier ist der vermeintliche Widersacher des Parlamentarismus bei näherem Hinsehen seine Stütze. Das Bundesverfassungsgericht ist insoweit der größte „Fan“ des Bundestages und hat diesen immer wieder in die Mitte zu rücken versucht. Das Maastricht-

---

<sup>52</sup> BVerfGE 50, 290 <333 f.>.

<sup>53</sup> Grundlegend BVerfGE 99, 367 <388 ff.>.

<sup>54</sup> Paradigmatisch BVerfGE 125, 175 <219> – Hartz IV.

<sup>55</sup> Siehe *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts, 3 Bände, 1830–1837.

Urteil, hat den Gedanken aufgenommen hat, dass die durch die Übertragung von Zuständigkeiten auf die EU bewirkte Erosion von Kompetenzen durch eine hinreichend bestimmte Ausgestaltung des Integrationsprogramms kompensiert werden muss,<sup>56</sup> die Entscheidung zum europäischen Haftbefehl hat die Verantwortung des Parlaments für die für die Umsetzung des Unionsrechts gelassenen Spielräume betont;<sup>57</sup> das Lissabon-Urteil hat vor allem die Integrationsverantwortung des Bundestages herausgearbeitet,<sup>58</sup> während das Gericht in den Entscheidungen zur Griechenland-Hilfe und der EFSF,<sup>59</sup> zum Sondergremium,<sup>60</sup> zur Beteiligung des Bundestages an der Ausarbeitung von ESMV und EPP<sup>61</sup> sowie zum ESM<sup>62</sup> die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages manchmal mit mehr Verve zu verteidigen scheint, als das Parlament selbst. Wenn es eine Kraft gibt, die das Kirchhoff'sche Ideal vom Parlament als Mitte der Demokratie zu bewahren und zu stabilisieren versucht, dann ist es das Bundesverfassungsgericht.

## V. Zusammenfassung und Wertung

Weder die direkte Demokratie noch die Verfassungsgerichtsbarkeit sind Konkurrenten für das Gericht. Man mag über einzelne Entscheidungen streiten, aber im Ergebnis tragen beide Größen zu einer Stabilisierung und Förderung des Parlamentarismus bei, bzw. würden dies tun, wenn sie denn auf den Plan treten könnten. Mit Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit stellt sich eher die Frage, ob die Fürsorglichkeit nicht zu weit geht und es nicht im politischen Ermessen des Parlaments stehen muss, seine Funktionen auch nicht zu erfüllen. Indes: Parlamentarismus ist kein Selbstzweck, sondern eine von der Verfassung etablierte Staatsfunktion, die auch wahrgenommen werden muss. Wenn schon der Staat des Grundgesetzes nicht um seiner selbst willen, sondern um der Menschen willen existiert, um wieviel mehr muss dies dann für seinen Parlamentarismus gelten.

---

<sup>56</sup> BVerfGE 89, 155 <184 f.>.

<sup>57</sup> BVerfGE 113, 273 <300>.

<sup>58</sup> BVerfGE 123, 267 <347>.

<sup>59</sup> BVerfGE 129, 124 <178>.

<sup>60</sup> BVerfGE 130, 318 <344 f.>.

<sup>61</sup> BVerfG, NVwZ 2012, 954 <960, 962 ff.>

<sup>62</sup> BVerfG, NJW 2012, 3145 <3148 ff.>.