

## **Fall 1: „Deutschland“**

### **Teil 1: Vorüberlegungen**

Der zu bearbeitende Sachverhalt ist sehr umfangreich und unterteilt sich in mehrere Teilaufgaben, sodass eine getrennte Prüfung der einzelnen Aufgaben zwingend geboten ist. Um diese Trennung hinreichend deutlich zu machen, sollten auch die Überschriften der Prüfungspunkte ganz klar formuliert werden. In einer Originalklausur würden Sie, je nach Bearbeitungszeit, wohl nur mit einzelnen Teilen dieser Übungsklausur konfrontiert.

Im Teil A wird ein einzelnes formelles Problem aufgeworfen, nämlich die Frage nach der Zuständigkeit für die Entscheidung über die Festlegung einer neuen Nationalhymne. Hier trifft man direkt auf eine Hauptschwierigkeit des Staatsorganisationsrechts, nämlich die Erörterung unbekannter Rechtsprobleme. Diese Erörterung kann nur bei guter Kenntnis der einzelnen Vorschriften des Grundgesetzes, einer sicheren Beherrschung der juristischen Auslegungsmethoden und der daran anknüpfenden Fähigkeit zur eigenständigen Argumentation gelingen. Konkret muss bekannt sein, welche Funktion und Aufgaben der Bundespräsident hat und dass die Wesentlichkeitstheorie die wichtigen Entscheidungen dem Bundestag vorbehält.

Im Teil B sind genau genommen zwei Teilaufgaben abzuhandeln (Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und Recht des Bundeskanzlers zur Verweigerung der Gegenzeichnung). Das verlangt eine getrennte Prüfung, die sich erneut in den Überschriften der Prüfungspunkte niederschlagen muss. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes unterteilt sich in die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit. Sie ist also ähnlich aufgebaut wie die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts, nur dass peinlich genau darauf zu achten ist, dass es „Verfassungsmäßigkeit“ und nicht „Rechtmäßigkeit“ heißt. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt auf der formellen Verfassungsmäßigkeit beim Gesetzgebungsverfahren, was sich auch schon aus den Angaben im Sachverhalt ergibt. Hier ist es wichtig, den genauen Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens zu kennen, da die aufgeworfenen Probleme ansonsten nicht zutreffend eingeordnet werden können. Inhaltlich handelt es sich um „klassische“ Probleme des Gesetzgebungsverfahrens, deren Lösung keine übermäßigen Schwierigkeiten bereiten sollte. Problematischer ist da schon die Erörterung der materiellen Verfassungsmäßigkeit. Hier gilt es vor allem, die Reichweite des freien Mandats aus Art. 38 I 2 GG auszulegen. Bzgl. der zweiten Teilaufgabe (Verweigerung der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler) kann auf die Überlegungen zu dem bekannten Problem des Verweigerungsrechts des Bundespräsidenten im Rahmen der Ausfertigung von Gesetzen zurückgegriffen werden. Da der Bundeskanzler allerdings deutlich stärker im politischen Wettbewerb steht als der Bundespräsident und auch über eine größere politische Macht verfügt, kann die Argumentation zum Verweigerungsrecht des Bundespräsidenten nicht vollständig auf den Bundeskanzler übertragen werden.

Auch im Rahmen des Teils C ist zwischen der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit des GSdB zu trennen. Es wiederholt sich hier also der Aufbau, der von Teil B bekannt ist. Wie im Teil B stellen sich die formellen Probleme vor allem im Gesetzgebungsverfahren. In der materiellen Verfassungsmäßigkeit sind §§ 3, 4 GSdB getrennt zu untersuchen, weil sie unterschiedliche verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen. Bei § 3 GSdB gilt es zudem zu erkennen, dass sowohl die Einführung einer Volksabstimmung als solche als auch das konkrete Quorum von 15% fragwürdig ist, was sich aber auch schon aus dem Sachverhalt hinreichend deutlich ergibt. Thematischer Schwerpunkt ist an dieser Stelle das Demokratieprinzip. Die Prüfung des § 4 GSdB erfordert die schon erwähnten sicheren Kenntnisse der Vorschriften des Grundgesetzes, die es an dieser Stelle ermöglichen, durch das Ziehen von Umkehrschlüssen zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis zu gelangen.

In Teil D wird die etwas ungewöhnliche Situation der Überprüfung einer Änderung des Grundgesetzes geschildert. Wichtig ist in diesem Kontext zunächst, dass sich am „normalen“ Prüfungsaufbau nichts ändert, also in formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zu unterteilen ist. In der formellen Verfassungsmäßigkeit spielt Art. 79 I, II GG eine entscheidende Rolle, wohingegen die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Art. 79 III GG dominiert wird. Hier gilt ein „verschobener“ Prüfungsmaßstab, d.h. eine Grundgesetzänderung ist nicht wie jedes einfache Gesetz zu prüfen, sondern nur darauf, ob Kernprinzipien des Grundgesetzes verletzt sind.

## **Teil 2: Lösungsskizze**

### **A. Beteiligung des Bundestages**

### **B. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und Gegenzeichnung des Bundeskanzlers**

#### **I. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes**

##### **1. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

###### **a) Gesetzgebungskompetenz**

###### **b) Gesetzgebungsverfahren**

###### **aa) Einleitungsverfahren**

###### **bb) Hauptverfahren**

###### **(1) Beschluss im Bundestag**

###### **(2) Beschluss im Bundesrat**

###### **c) Ausfertigung und Verkündung**

##### **2. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

#### **II. Verweigerung der Gegenzeichnung**

### **C. Verfassungsmäßigkeit der §§ 3, 4 GSdB**

#### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des GSdB**

##### **1. Gesetzgebungskompetenz**

##### **2. Gesetzgebungsverfahren**

###### **a) Einleitungsverfahren**

###### **b) Hauptverfahren**

###### **aa) Beschluss im Bundestag**

###### **bb) Beschluss im Bundesrat**

##### **3. Ausfertigung und Verkündung**

#### **II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des GSdB**

##### **1. § 3 GSdB**

###### **a) Grundsätzliche Zulässigkeit von Volksabstimmungen**

###### **b) Verfassungsmäßigkeit des Quorums**

##### **2. § 4 GSdB**

### **D. Verfassungsmäßigkeit der Änderung des Grundgesetzes**

#### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

##### **1. Gesetzgebungskompetenz**

##### **2. Gesetzgebungsverfahren**

##### **3. Form**

#### **II. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

## **Teil 3: Lösung**

### **A. Beteiligung des Bundestages**

Fraglich ist, ob der Bundestag an der Festlegung der neuen Nationalhymne hätte beteiligt werden müssen.

Das setzt zunächst voraus, dass es sich überhaupt um eine Angelegenheit des Bundes handelt. Sollte es sich nämlich um eine Landesangelegenheit handeln, ist von vornherein nicht der Bundestag, sondern höchstens der jeweilige Landtag zuständig.

In der Sache ist die Festlegung der Nationalhymne jedoch fraglos kraft Natur der Sache eine Entscheidung des Bundes. Es handelt sich um eine Sachmaterie, bei der ein Landesgesetz denkgesetzlich ausgeschlossen ist und ein zwingendes Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Regelung besteht.

Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, welches Bundesorgan dafür zuständig ist, der Bundespräsident oder der Deutsche Bundestag. Eine ausdrückliche Regelung hat das Grundgesetz nicht getroffen. Traditionell ist Festlegung der Staatssymbole jedoch Sache des Bundespräsidenten, z.B. Festlegung des 27. Januar (Jahrestag der Befreiung des KZ Auschwitz) als nationaler Gedenktag durch den Bundespräsidenten Roman Herzog.

Etwas anderes könnte sich aber aus der Wesentlichkeitstheorie ergeben. Wesentlich im Sinne dieser Theorie sind zumindest alle erheblichen Grundrechtseingriffe. Da die Bürger jedoch nicht gezwungen sind, die Nationalhymne zu singen, scheidet ein Grundrechtseingriff aus. Die Wesentlichkeit einer Entscheidung kann sich aber darüber hinaus auch aus anderen Umständen ergeben. Die Nationalhymne dient der inneren Integration, sie soll die Staatsangehörigen zu einer Einheit zusammenschweißen. Der einzelne Staatsangehörige verdeutlicht seine Integration in den Staat, indem er die Nationalhymne als solche für sich akzeptiert. Dies ist bzgl. der bisherigen Nationalhymne, dem sog. Deutschlandlied, der Fall. Wird die Nationalhymne einseitig durch den Bundespräsidenten geändert, steht ihre Integrationswirkung auf dem Spiel, insbes. wenn die neue Hymne umstritten und wie hier mundartlich geprägt ist, also nicht unbedingt von allen Staatsangehörigen verstanden wird. Dann sollte eine Diskussion und Entscheidung durch den Bundestag als das Verfassungsorgan erfolgen, das die beste demokratische Legitimation besitzt. Es handelt sich folglich um eine wesentliche Angelegenheit im Sinne der Wesentlichkeitstheorie, die daher vom Bundestag zu entscheiden ist.

Folglich hätte der Bundestag an der Festlegung der neuen Nationalhymne beteiligt werden müssen.

### **B. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und Gegenzeichnung des Bundeskanzlers**

Der Bundeskanzler möchte wissen, ob das Gesetz formell und materiell verfassungsgemäß zustande gekommen ist und ob er die Gegenzeichnung verweigern kann. Da es sich um unterschiedliche Rechtsfragen handelt, ist zwischen ihnen zu differenzieren.

#### **I. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes**

Das Gesetz ist verfassungsgemäß, wenn es formell und materiell im Einklang mit dem Grundgesetz steht.

##### **1. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Das Gesetz müsste formell verfassungsgemäß sein. Das ist der Fall, wenn es unter Einhaltung der Gesetzgebungskompetenzen und des Gesetzgebungsverfahrens zustande gekommen sowie ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet worden ist.

**a) Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des Gesetzes zukommt. Wie bereits im Rahmen der Aufgabe A gezeigt, folgt das Gesetzgebungsrecht des Bundes aus einer ungeschriebenen Kompetenz kraft Natur der Sache. Folglich besitzt der Bund die Kompetenz zum Erlass des Gesetzes.

**b) Gesetzgebungsverfahren**

Weiterhin muss das in Art. 76-78 GG normierte Gesetzgebungsverfahren beachtet worden sein.

**aa) Einleitungsverfahren**

Bzgl. des in Art. 76 GG verankerten sog. Einleitungsverfahrens bestehen keine rechtlichen Bedenken.

**bb) Hauptverfahren**

Fraglich ist aber, ob das in Art. 77 GG normierte Hauptverfahren verfassungsrechtlich einwandfrei abgelaufen ist. Das Hauptverfahren unterteilt sich in den Beschluss des Bundestages und des Bundesrates über den Gesetzentwurf.

**(1) Beschluss im Bundestag**

Das Gesetz muss im Bundestag fehlerfrei beschlossen worden sein. Dies begegnet jedoch unter mehreren Gesichtspunkten rechtlichen Bedenken.

**(a) Beschlussfähigkeit des Bundestages**

Problematisch könnte sein, dass an der entscheidenden Sitzung des Bundestages nur 200 Abgeordnete teilnahmen. Dadurch könnte es an der Beschlussfähigkeit des Bundestags mangeln. Gestützt auf Art. 40 I 2 GG ist die Beschlussfähigkeit in § 45 der Geschäftsordnung des Bundestages (GO BT) normiert. Gem. § 45 I GO BT ist der Bundestag beschlussfähig, wenn die Hälfte seiner Mitglieder im Sitzungssaal anwesend sind. Das ist bei der streitgegenständlichen Abstimmung nicht der Fall gewesen. Allerdings verlangt § 45 II GO BT eine ausdrückliche Feststellung der Beschlussunfähigkeit, d.h. solange diese Feststellung nicht erfolgt ist wird die Beschlussfähigkeit fingiert. Da eine derartige Feststellung hier nicht vorliegt, ist der Bundestag demnach beschlussfähig gewesen.

Fraglich ist jedoch, ob diese rechtliche Einordnung den Anforderungen des Demokratieprinzips gerecht wird. In einer repräsentativen Demokratie i.S.d. Art. 20 II, 38 I GG, wie sie unter der Herrschaft des Grundgesetzes verwirklicht ist, ließe sich eventuell fordern, dass bei einem Parlamentsbeschluss ein gewisses Mindestmaß an Repräsentanz der Volksvertreter gewährleistet sein muss, um der getroffenen Entscheidung die erforderliche demokratische Legitimation zu geben. Durch Abwesenheit größerer Gruppen von Parlamentariern könnte es zudem zu einer groben Verzerrung der Mehrheitsverhältnisse kommen. Allerdings stellt die abschließende Abstimmung im Bundestag nicht die einzige Möglichkeit für die Parlamentarier dar, sich in

das Entscheidungsverfahren einzubringen. Das ist vielmehr bereits vorher möglich, indem sie Anträge stellen, das entsprechende Thema in den Fraktionssitzungen ansprechen oder ggf. an Ausschusssitzungen teilnehmen. Weiterhin ist es den Abgeordneten auch rein tatsächlich nicht immer möglich, an allen Sitzungen des Bundestages teilzunehmen. Daher bewerkstelligt § 45 GO BT einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie und der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Parlaments. Demnach ist mit der Regelung des § 45 II GO BT davon auszugehen, dass der Bundestag bei dem Gesetzesbeschluss beschlussfähig war.

**(b) Wertung der Stimmenthaltungen**

Weiterhin ist fraglich, ob der Einsetzungsantrag die erforderliche Mehrheit gefunden hat. Gem. Art. 42 II 1 GG ist zu einem Beschluss des Bundestages die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Es genügt folglich die einfache/relative Mehrheit. Diese Mehrheit hat der Einsetzungsantrag mit 95 Ja-Stimmen gegenüber 80 Nein-Stimmen eigentlich erreicht. Diskussionswürdig ist jedoch, wie sich die 25 Stimmenthaltungen auswirken, ob sie also als abgegebene Stimmen i.S.d. Art. 42 II 1 GG zu werten sind.

Für diese Rechtsauffassung spricht, dass Stimmenthaltungen Ausfluss des parlamentarischen Rechts sind, keine Entscheidung zu treffen. Andererseits wirken sich die Stimmenthaltungen dann faktisch wie eine Nein-Stimme aus, indem sie die erforderliche Abstimmungsmehrheit erhöhen. Für den Einsetzungsbeschluss wären unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung 101 statt 81 Ja-Stimmen erforderlich. Stimmenthaltungen können mangels tatsächlicher Meinungsäußerung aber weder als Zustimmung noch als Ablehnung aufgefasst werden. Sie bleiben daher unberücksichtigt.

Mithin ist das Gesetz mit der erforderlichen Abstimmungsmehrheit beschlossen worden.

**(c) Verzögerte Weiterleitung an den Bundesrat**

Schließlich hat der Bundestagspräsident das beschlossene Gesetz infolge seines Urlaubs erst mit mehrwöchiger Verzögerung an den Bundesrat weitergeleitet. Da er dies hätte verhindern können, z.B. durch Beauftragung seines Stellvertreters, handelt er schuldhaft und verstieß somit gegen Art. 77 I 2 GG. Allerdings dient diese Vorschrift nur der Verfahrensbeschleunigung. Würde ihre Missachtung zur Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit des jeweiligen Gesetzes führen, hätte es der Bundestagspräsident in der Hand, die Wirksamkeit von ihm nicht gewollter Gesetze zu vereiteln. Folglich ist Art. 77 I 2 GG nur eine sog. Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führt.

Demnach hat der Bundestag das Gesetz wirksam beschlossen.

## (2) **Beschluss im Bundesrat**

Fraglich ist, ob auch der Bundesrat das Gesetz verfassungsrechtlich fehlerfrei beschlossen hat.

Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates hängen entscheidend davon ab, ob es sich bei dem streitgegenständlichen Gesetz um ein Einspruchsgesetz oder um ein Zustimmungsgesetz handelt. Einspruchsgesetze stellen den Regelfall dar und ermöglichen dem Bundesrat die Blockade eines Gesetzes, die vom Bundestag aber gem. Art. 77 IV GG beseitigt werden kann. Demgegenüber verbürgen die Zustimmungsgesetze dem Bundesrat ein echtes Vetorecht. Sie sind nur gegeben, wenn dies vom Grundgesetz ausdrücklich angeordnet wird. Eine solche Anordnung existiert für das umstrittene Gesetz nicht. Insbesondere löst eine Bundeskompetenz kraft Natur der Sache nicht automatisch die Zustimmungspflichtigkeit aus. Folglich handelt es sich um ein Einspruchsgesetz.

Da der Bundesrat das Gesetz fälschlicherweise als Zustimmungsgesetz qualifizierte, hat er keinen Einspruch dagegen eingelegt, sondern seine Zustimmung verweigert. Fraglich ist, ob diese Ablehnung in einen Einspruch umgedeutet werden kann. Dafür spricht, dass der Bundesrat mit der Verweigerung seiner Zustimmung seine ablehnende Haltung hinreichend zum Ausdruck bringt. Dagegen spricht der im Bundesrat geltenden Grundsatz der Formenstrenge, vgl. § 30 I GO BR. Ferner kann der Bundesrat vorsorglich Einspruch einlegen, wenn er sich nicht sicher ist, ob es sich um ein Zustimmungs- oder Einspruchsgesetz handelt. Schließlich droht bei einer Umdeutung eine Umgehung des Vermittlungsausschusses, der vor Einlegung eines Einspruchs vom Bundesrat gem. Art. 77 III 1 GG zwingend angerufen werden muss.

Da der Bundesrat somit nicht wirksam Einspruch eingelegt hat, ist das Gesetz gem. Art. 78 3. Fall GG zustande gekommen.

Demnach sind die in Art. 76-78 GG normierten Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren erfüllt.

### **c) Ausfertigung und Verkündung**

Für seine formelle Verfassungsmäßigkeit bedarf das Gesetz nur noch der Ausfertigung und Verkündung gem. Art. 82 I 1 GG. Sobald der Bundespräsident das Gesetz ausgefertigt und verkündet hat, ist es formell verfassungsgemäß zustande gekommen.

## **2. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Fraglich ist, ob das Gesetz auch materiell-rechtlich im Einklang mit dem Grundgesetz steht. In materiell-rechtlicher Hinsicht könnte das Gesetz gegen das Demokratieprinzip verstoßen, indem die Parlamentarier den Liedentwurf des L ohne jede Änderung übernommen und dies u.a. mit dem Gebot des sparsamen Umgangs mit Steuergeldern begründet haben. Darin könnte eine mangelnde inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gesetzentwurf zu sehen sein, dem infolgedessen die demokratische Legitimation fehlen könnte. Jedoch ist das gebotene Maß der inhaltlichen Auseinandersetzung mit einem Gesetzentwurf im Grundgesetz nicht vorgegeben. Vielmehr statuiert Art. 38 I 2 GG das sog. freie Mandat.

Danach sind die Abgeordneten in ihrer Entscheidung frei. Das umfasst auch die Freiheit, sich mit einem Gesetzentwurf mehr oder minder intensiv zu befassen und Entwürfe von Privatpersonen, Vereinigungen oder Interessenverbänden zu übernehmen. Sanktioniert werden kann dies nur durch den Wähler, indem er den Abgeordneten nicht wieder wählt, wenn er mit dessen Verhalten unzufrieden ist.

Das Gesetz ist daher formell und materiell verfassungsgemäß zustande gekommen.

## **II. Verweigerung der Gegenzeichnung**

Möglicherweise kann der Bundeskanzler das Wirksamwerden des Gesetzes dadurch verhindern, dass er dessen Gegenzeichnung verweigert. Das Gegenzeichnungserfordernis folgt aus Art. 82 I 1 GG i.V.m. Art. 58 S. 1 GG. Ein Verweigerungsrecht setzt voraus, dass dem Bundeskanzler die vorgelagerte Befugnis zusteht, das Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu dürfen.

Da es sinnvoll ist, am Ende des Gesetzgebungsverfahrens die Einhaltung der formellen Anforderungen abschließend zu kontrollieren, steht dem Bundeskanzler wie dem Bundespräsidenten ein formelles Prüfungsrecht zu.

Bzgl. eines materiellen Prüfungsrechts ist die rechtliche Situation ebenfalls vergleichbar mit derjenigen beim Bundespräsidenten. Für ein Prüfungsrecht könnte der Wortlaut des Art. 82 I 1 GG sprechen. „Vorschriften dieses Grundgesetzes“ können nämlich alle Vorschriften des Grundgesetzes sein, also auch materiell-rechtliche. Andererseits spricht die Formulierung „zustande gekommen“ nur für ein formelles Prüfungsrecht. Folglich ist der Wortlaut nicht eindeutig.

Unter systematischen Gesichtspunkten könnte gegen ein materielles Prüfungsrecht eingewandt werden, dass es dem BVerfG vorbehalten ist, die Verfassungswidrigkeit einer Norm festzustellen (vgl. Art. 100 I GG). Andererseits kontrolliert das Bundesverfassungsgericht erst, wenn das Gesetz bereits wirksam zustande gekommen ist. Vor der Ausfertigung besteht diese Ausschließlichkeit nicht. Eine vorherige Kontrolle durch den Bundeskanzler wäre daher evtl. sinnvoll, zumal das BVerfG nur auf Antrag tätig werden kann. Weiterhin ist jedoch zu bedenken, dass die Gesetzgebung die Sache der Legislative ist. Der Bundeskanzler gehört hingegen zur Exekutive. Stünde ihm ein materielles Prüfungsrecht zu, könnte er in den Aufgabenbereich der Legislative eingreifen.

Die teleologische Auslegung zeigt zunächst, dass auch der Bundeskanzler gem. Art. 20 III GG an die Verfassung gebunden ist. Das könnte dafür sprechen, dass er zumindest evident verfassungswidrigen Handlungen nicht auch noch mit seiner Unterschrift zur Wirksamkeit verhelfen muss, in diesem Umfang also ein materielles Prüfungsrecht für ihn besteht. Andererseits ruft das aber die Gefahr hervor, dass der Bundeskanzler unter Hinweis auf ein materielles Prüfungsrecht auch Gesetze verhindern kann, die ordnungsgemäß erlassen wurden. Im Gegensatz zum Bundespräsidenten steht der Bundeskanzler auch im Mittelpunkt der tagespolitischen Auseinandersetzungen. Er ist bei diesen Auseinandersetzungen gewillt, seine politischen Vorstellungen durchzusetzen. Daher ist die beschriebene Missbrauchsgefahr beim Bundeskanzler höher einzustufen als beim Bundespräsidenten.

Deshalb ist davon auszugehen, dass dem Bundeskanzler nur ein formelles Prüfungsrecht zusteht und er daher auch nur bei formellen Verfassungsverstößen die Gegenzeichnung verweigern darf.

Da das streitgegenständliche Gesetz ohnehin formell und materiell verfassungsmäßig ist (s.o.), darf der Bundeskanzler die Gegenzeichnung in keinem Fall nicht verweigern.

### **C. Verfassungsmäßigkeit der §§ 3, 4 GSdB**

Das GSdB ist verfassungsgemäß zustande gekommen, wenn es formell und materiell im Einklang mit dem Grundgesetz steht.

#### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des GSdB**

Das GSdB müsste formell verfassungsgemäß sein. Das ist der Fall, wenn es unter Einhaltung der Gesetzgebungskompetenzen und des Gesetzgebungsverfahrens zustande gekommen sowie ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet worden ist.

##### **1. Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des GSdB zukommt. Grundsätzlich haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung gem. Art. 70 I GG. Für § 3 GSdB ergibt sich auch nichts aus den geschriebenen Gesetzgebungskompetenzen der Art. 73 ff. GG. In Betracht kommt aber, dass die Verbandskompetenz des Bundes aufgrund ungeschriebener Gesetzgebungskompetenzen des Bundes besteht. Insofern könnte der Bund kraft Natur der Sache zur gesetzlichen Regelung der Materie zuständig sein. Die Zulässigkeit und Durchführung von Abstimmungen auf Bundesebene kann einheitlich nur vom Bund geregelt werden, sodass dieser eine Kompetenz kraft Natur der Sache innehat. § 4 GSdB begründet das Wahlrecht auch für Ausländer. Art. 38 III GG überlässt die nähere Regelung des Wahlrechts einem „Bundesgesetz“, womit eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes verbunden ist. Folglich steht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der §§ 3, 4 GSdB zu.

##### **2. Gesetzgebungsverfahren**

Weiterhin muss das in Art. 76-78 GG normierte Gesetzgebungsverfahren beachtet worden sein.

###### **a) Einleitungsverfahren**

Das Einleitungsverfahren müsste ordnungsgemäß abgelaufen sein.

Verfassungsrechtliche Bedenken könnten sich daraus ergeben, dass die Gesetzesinitiative allein durch den Abgeordneten A erfolgte. Gem. Art. 76 I GG werden Gesetzesvorlagen u.a. aus der Mitte des Bundestages eingebracht. Das könnte so zu verstehen sein, dass die Gesetzesinitiative von einer Mehrzahl von Abgeordneten ausgegangen sein muss. Diese Gesetzesinterpretation kann weiterhin damit begründet werden, dass ein Initiativrecht einzelner Abgeordneter möglicherweise die Funktionsfähigkeit des Bundestages beeinträchtigt. Dem lässt sich entgegenhalten, dass der Wortlaut offen formuliert ist. Ferner gehört es gerade zu den originären Rechten eines Abgeordneten, Gesetzesvorhaben auf den Weg zu bringen. Das Gesetzesinitiativrecht des einzelnen Abgeordneten ist also Ausfluss seiner durch Art. 38 I 2 GG gesicherten verfassungsrechtlichen Stellung. Zudem besteht die Gefahr „querulatorischer“ Anträge auch, wenn diese z.B. von Fraktionen gestellt werden. Es bleibt dem Bundestag im Übrigen unbenommen, entsprechende Anträge nur ganz kurz zu erörtern, um seine Funktionsfähigkeit zu schützen. Daher ist davon auszugehen, dass auch der einzelne Abgeordnete die „Mitte des Bundestages“ im Sinne des Art. 76 I GG darstellt.

Allerdings verstößt die Gesetzesvorlage des A gegen §§ 75 I lit. a), 76 I GO BT. Inwieweit dieser Verstoß gegen eine Norm, die im Rang unter dem Grundgesetz steht, zu einem Verfassungsverstoß führen kann, ist fraglich. Da aber der Bundestag das GSdB letztlich beschlossen hat, hat sich eine Mehrheit der Abgeordneten den Gesetzentwurf des A zu eigen gemacht. Dadurch ist der Verstoß gegen §§ 75 I lit. a), 76 I GO BT geheilt, so dass sich eine Untersuchung, welche verfassungsrechtlichen Folgen der Verstoß hat, erübrigt. Mithin begegnet das Einleitungsverfahren letztlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

#### **b) Hauptverfahren**

Weiterhin muss auch das in Art. 77 GG normierte Hauptverfahren verfassungsrechtlich fehlerfrei abgelaufen sein. Es unterteilt sich in den Beschluss des Bundestages und des Bundesrates über den Gesetzentwurf.

##### **aa) Beschluss im Bundestag**

Das Gesetz muss im Bundestag fehlerfrei beschlossen worden sein. Verfassungsrechtlich bedenklich könnte sein, dass der Bundestag vorliegend schon nach der zweiten Lesung das GSdB beschlossen hat.

Das Grundgesetz selbst schreibt zwar keine bestimmte Anzahl von Beratungen vor, jedoch fordert § 78 I GO BT drei Lesungen. Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens hat der Verfassungsgeber gem. Art. 40 I 2 GG zwar der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages überlassen. Jedoch sollen die Beratungen im Bundestag lediglich sicherstellen, dass jeder einzelne Abgeordnete effektiv an dem Gesetzgebungsverfahren mitwirken kann. Das ist aber auch bei Durchführung von zwei Lesungen gewährleistet. Daher führt der Verstoß gegen § 78 I GO BT nicht mittelbar zu einem Verfassungsverstoß (BVerfGE 1, 144 [153]). Der Beschluss des Gesetzes im Bundestag erging also fehlerfrei.

##### **bb) Beschluss im Bundesrat**

Diesbezüglich sind Verfassungsverstöße nicht ersichtlich.

Demnach sind die in Art. 76-78 GG normierten Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren erfüllt.

### **3. Ausfertigung und Verkündung**

Ausfertigung und Verkündung sind im Einklang mit Art. 82 I 1 GG erfolgt.

Das GSdB ist demnach formell verfassungsgemäß.

## **II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des GSdB**

Fraglich ist, ob die Bestimmungen des GSdB auch materiell verfassungskonform sind. Insoweit ist zwischen den einzelnen Bestimmungen des GSdB zu differenzieren.

### **1. § 3 GSdB**

Bzgl. des § 3 GSdB ist wiederum zwischen der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Volksabstimmungen sowie der Verfassungsmäßigkeit des gewählten Quorums zu unterscheiden.

**a) Grundsätzliche Zulässigkeit von Volksabstimmungen**

Möglicherweise ist die in § 3 GSdB normierte Möglichkeit einer Volksabstimmung per se verfassungswidrig. Ein ausdrückliches Verbot findet sich im Grundgesetz nicht. Vielmehr ergibt sich umgekehrt aus Art. 20 II 2 GG, der „Abstimmungen“ als Modus demokratischer Entscheidungsfindung vorsieht, dass die Einführung von Volksabstimmungen grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Fraglich ist jedoch, ob die Einführung durch ein einfaches Gesetz wie § 3 GSdB möglich ist. Dafür könnte sprechen, dass die Aufnahme der „Abstimmungen“ in Art. 20 II 2 GG sinnlos wäre, wenn Volksabstimmungen im Ergebnis doch nicht zulässig wären. Auf der anderen Seite regelt das Grundgesetz die Möglichkeit plebiszitärer Akte nicht näher, sondern sieht lediglich in Art. 29 II 1 GG Volksabstimmungen zur Neugliederung der Bundesländer vor. Insofern könnte Art. 20 II 2 GG auch als bloßer Hinweis auf die an anderer Stelle im Grundgesetz vorgesehenen Volksabstimmungen verstanden werden. Dafür spricht ein weiterer Gedanke. Das Volk handelt im Wege der Abstimmung als Staatsorgan. Kompetenzen staatlicher Organe bestehen aber nur im Rahmen einer entsprechenden Ermächtigung. Eine solche Ermächtigung könnte zwar Art. 20 II 2 GG darstellen. Bereits dies ist aber fraglich, da sich auch die Kompetenzen für Wahlen nicht aus Art. 20 II GG ergibt, sondern speziell in Art. 38 GG geregelt ist. Vor allem aber genügt Art. 20 II GG nicht den Anforderungen, die an eine solche Ermächtigungsgrundlage zu stellen sind. Volksabstimmungen berühren und beschränken zwangsläufig die Kompetenzen der Verfassungsorgane des Bundes. Aufgrund dieser besonderen Qualität muss ihre nähere Regelung und Ausgestaltung auf verfassungsrechtlicher Ebene erfolgen. Dies leistet Art. 20 II GG aber nicht und kann damit keine Ermächtigungsgrundlage darstellen. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die historische Auslegung. Im Parlamentarischen Rat wurden Anträge auf Einführung von Volksabstimmungen mehrmals aufgrund angeblich schlechter Erfahrungen der Weimarer Zeit und Zweifeln an der politischen Reife und Zuverlässigkeit der Bürger abgelehnt.

Die Aufnahme von „Abstimmungen“ in Art. 20 II 2 läuft damit auch nicht - entgegen den allgemeinen Auslegungsregeln - ins Leere. Vielmehr schreibt die Vorschrift die grundsätzliche Zulässigkeit von Volksabstimmungen auf Bundesebene fest und deckt damit die landesverfassungsrechtlichen Plebiszitregelungen im Hinblick auf Art. 28 I 1 GG.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass die Einführung von Volksabstimmungen nur durch eine Änderung des Grundgesetzes erfolgen kann, so dass § 3 GSdB damit materiell verfassungswidrig ist.

**b) Verfassungsmäßigkeit des Quorums**

Darüber hinaus könnte das Quorum von 15% gegen das in Art. 20 I, II GG verankerte Demokratieprinzip verstoßen. Ggf. könnte ein Gesetz nämlich bereits von 8% der stimmberechtigten Bevölkerung beschlossen werden. Insofern erscheint fraglich, ob eine bloße formale Mehrheit hinreichende Bedingung für eine Zurechenbarkeit der Entscheidung zum gesamten Volk ist. Dies ist dann abzulehnen, wenn die Zurechnung zur reinen Fiktion wird, weil die Entscheidung nicht mehr als solche einer (schweigenden) Mehrheit des gesamten Volkes gewertet werden kann. Dies ist der Fall bei einem solch geringen Quorum von 15%, in welchem Entscheidungen durch Minderheiten strukturell angelegt sind.

Dem lässt sich auch nicht der Vergleich mit einer geringen Wahlbeteiligung etwa bei Bundestagswahlen entgegenhalten, da es sich bei Wahlen um einen in der Demokratie alternativlosen Vorgang handelt, während Volksabstimmungen ein parlamentarisches Entscheidungsverfahren ersetzen.

Auch das Quorum ist somit verfassungswidrig.

## 2. § 4 GSdB

Möglicherweise verstößt auch § 4 GSdB gegen inhaltliche Vorgaben des Grundgesetzes. Die Beteiligung von Ausländern an der Bundestagswahl könnte gegen Art. 20 II 2 GG verstoßen, wonach die Staatsgewalt vom Volk insbesondere durch Wahlen ausgeübt wird. Das wirft die Frage auf, was unter „Volk“ im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist.

Der Wortlaut, der lediglich vom „Volk“ spricht und keine Nationalität festlegt, ist wenig ergiebig.

Unter systematischen Gesichtspunkten ist hingegen festzuhalten, dass bereits die Präambel nur Deutsche als Element des Volkes qualifiziert. Weiterhin schwören der Bundespräsident und die Mitglieder der Bundesregierung gem. Art. 56, 64 II GG, ihre Kraft dem Wohle des deutschen Volkes zu widmen. Darüber hinaus spricht auch Art. 146 GG vom deutschen Volk. Schließlich verdeutlicht Art. 28 I 3 GG, dass Ausländer nur in Ausnahmefällen, die der Gesetzgeber zudem ausdrücklich normiert, wahlberechtigt sein sollen. Somit ist nach Maßgabe der systematischen Auslegung davon auszugehen, dass Art. 20 II GG mit dem Begriff des „Volkes“ nur deutsche Staatsangehörige erfasst.

Möglicherweise ergibt sich aber unter Zugrundelegung der teleologischen Auslegung ein anderes Ergebnis. Als „Volk“ könnten vor diesem Hintergrund möglicherweise alle Personen verstanden werden, die sich dauerhaft in Deutschland aufhalten. Diese Erwägung lässt sich eventuell durch die Annahme eines Wandels des Verfassungsverständnisses, verursacht durch den zunehmenden Anteil von Ausländern an der Gesamtbevölkerung, stützen. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass Art. 20 II GG mit dem Volk das Staatsvolk meint. Die Mitglieder des Staatsvolkes, das ein Merkmal des Staatsbegriffs ist, zeichnen sich durch eine dauerhafte Beziehung zum Staat aus. Das bedeutet einerseits ein dauerhaftes Unterworfenensein unter die Staatsgewalt, andererseits aber auch das Erfordernis und die Berechtigung zur demokratischen Legitimation der Staatsgewalt. Diese Staatsgewalt ergibt sich sowohl aus der Gebiets- als auch der Personalhoheit des Staates. Die auswärtigen Europäer aber, die in der Bundesrepublik leben, unterliegen zwar deren Gebietshoheit, sind aber der Personalhoheit ihres Heimatstaates unterworfen. Egal, wie integriert und kulturell verwandt diese Menschen sein mögen, sie können sich der deutschen Staatsgewalt jederzeit durch Ausreise entziehen. Daher können sie keine derart dauerhafte Beziehung zur Bundesrepublik haben, wie sie der Begriff „Volk“ voraussetzt. Somit besteht nach Sinn und Zweck des Art. 20 II 2 GG lediglich ein Wahlrecht für Deutsche.

Das Volk in Art. 20 II 2 GG ist somit das deutsche Volk.

§ 4 GSdB ist demnach materiell verfassungswidrig.

§§ 3, 4 GSdB sind materiell verfassungswidrig.

## **D. Verfassungsmäßigkeit der Änderung des Grundgesetzes**

Die Änderung des Grundgesetzes ist verfassungsgemäß, wenn sie formell und materiell ordnungsgemäß zustande gekommen ist.

### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Die Änderung des Grundgesetzes müsste formell verfassungsgemäß sein. Das ist der Fall, wenn sie unter Einhaltung der Gesetzgebungskompetenzen und des Gesetzgebungsverfahrens zustande gekommen sowie ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet worden ist.

#### **1. Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Änderung des Grundgesetzes zukommt.

Grundsätzlich haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung gem. Art. 70 I GG. Jedoch ergibt sich aus Art. 79 I, II GG, dass das Grundgesetz nur durch Bundesgesetz geändert werden kann. Selbst wenn man in Art. 79 GG keine kompetenzzuweisende Norm sehen sollte, ergibt sich die Kompetenz des Bundes jedenfalls aus der Natur der Sache.

Folglich hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz zur Änderung des Grundgesetzes.

#### **2. Gesetzgebungsverfahren**

Weiterhin muss das Gesetzgebungsverfahren fehlerfrei abgelaufen sein.

Da sich aus dem Sachverhalt nichts Anderweitiges ergibt, kann davon ausgegangen werden, dass die Gesetzesvorlage ordnungsgemäß in den Bundestag eingebracht wurde. Im Rahmen der Beschlussfassung durch den Bundestag gem. Art. 77 I 1 GG ist zu beachten, dass Voraussetzung eine qualifizierte 2/3-Mehrheit der Mitglieder ist, vgl. Art. 79 II GG. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Weiterhin handelt es sich gem. Art. 79 II GG stets um ein zustimmungsbedürftiges Gesetz, wobei auch im Bundesrat eine 2/3-Mehrheit der Stimmen erforderlich ist. Auch diese Anforderung an das Verfahren ist erfüllt, so dass das Gesetz ordnungsgemäß zustande gekommen ist, vgl. Art. 77 IIa, 78 GG.

Demnach sind die Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren erfüllt.

#### **3. Form**

Schließlich müssen auch die Formerfordernisse des Grundgesetzes beachtet worden sein.

Das in Art. 79 I 1 GG normierte Erfordernis der ausdrücklichen Änderung des Wortlauts des Grundgesetzes ist erfüllt. Ausfertigung und Verkündung durch den Bundespräsidenten gem. Art. 82 I 1 GG müssen noch erfolgen.

Sobald der Bundespräsident das verfassungsändernde Gesetz ausgefertigt und verkündet hat, ist es formell verfassungskonform zustande gekommen.

### **II. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Fraglich ist, ob die Änderung des Grundgesetzes materiell verfassungskonform ist.

Im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist zu beachten, dass Prüfungsmaßstab verfassungsändernder Gesetze nicht die Verfassung in ihrer Gesamtheit, sondern nur die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG ist, welche die unverzichtbaren Kerninhalte des Grundgesetzes auch gegen Verfassungsänderungen absichert. Danach sind die föderative Gliederung des Bundes in Länder mit eigener Staatsqualität, die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, und insbesondere die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze sowie Art. 79 III GG selbst einer Änderung entzogen.

In Betracht kommt eine Verletzung des Kerngehalts des in Art. 20 I, II GG niedergelegten Demokratieprinzips. Die in Art. 38 I 1 GG normierte Freiheit der Wahl ist eine unverzichtbare Voraussetzung für den demokratischen Staat, so dass sie zum Kernbereich des Demokratieprinzips zu zählen ist. Fraglich ist aber, ob dies auch die negative Freiheit umfasst, sich nicht an der Wahl zu beteiligen. Es ließe sich vertreten, dass die Wahlfreiheit nur das Recht schützt, keine bestimmte Person oder Partei wählen zu müssen (sog. Wahlentscheidungsfreiheit). Davon zu trennen und nicht geschützt wäre das Recht, der Wahl ganz fern zu bleiben (sog. Wahlbeteiligungsfreiheit). Weiterhin könnte der Wähler auch bei Bestehen einer Wahlpflicht faktisch die Wahl dadurch verweigern, dass er einen ungültigen Stimmzettel abgibt.

Andererseits ist dem Wortlaut des Art. 38 I 1 GG eine Differenzierung zwischen Wahlentscheidungsfreiheit und Wahlbeteiligungsfreiheit nicht zu entnehmen. Ferner muss die Wahlfreiheit als subjektives Recht auch das Recht umfassen, von diesem Recht keinen Gebrauch zu machen. Insofern kann die Nichtbeteiligung an der Wahl auch Ausdruck einer eigenen politischen Stellungnahme sein. Insbesondere kann der Wähler auf diese Weise deutlich machen, dass er die etablierten Parteien gerade nicht unterstützt. Eine Wahlpflicht würde damit auch ihren Zweck, dem Wahlergebnis eine höhere demokratische Legitimation zu verschaffen, verfehlen. Stattdessen führte sie umgekehrt zu einer Verfestigung der bestehenden Parteienlandschaft, obwohl es dieser gegebenenfalls gerade an demokratischer Legitimation mangelt. Den Gedanken, dass nicht die formale Wahlbeteiligung an sich zur tatsächlichen demokratischen Legitimation führt, verdeutlicht auch der Blick auf eine Vielzahl totalitärer Staaten. Die Statuierung einer Wahlpflicht verstößt mithin gegen den Kerngehalt des Demokratieprinzips.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das verfassungsändernde Gesetz wegen Verstoßes gegen Art. 79 III GG materiell verfassungswidrig, also verfassungswidriges Verfassungsrecht ist.