

Hausarbeit: „Deutschland zuerst“?

Von Wiss. Mitarbeiter **Stefan Martini**, Kiel*

Die Hausarbeit mittleren Schwierigkeitsgrads ist im Wintersemester 2016/2017 im Rahmen der Übung für öffentliches Recht für Anfänger (3. Fachsemester) mit drei Wochen Bearbeitungszeit angeboten worden. Sie stellt zwar mit der Volksbefragung ein klassisches Element des Staatsorganisationsrechts ins Zentrum. Gleichwohl fordert der Sachverhalt die Bearbeiter heraus, weil er zum einen aktuelle Ereignisse im Vereinigten Königreich mit europaverfassungsrechtlichem Bezug aufgreift, die Anlass geben, gewohnte staatsrechtliche Probleme teilweise ungewohnt zu bearbeiten. Zum anderen wird erwartet, die Leitlinien der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Wahlberechtigung von Auslandsdeutschen (BVerfGE 132, 39) auf die hier etwas anders liegende Konstellation zu übertragen. Eingekleidet ist der Fall in eine verfassungsprozessuale Fragestellung. Im Folgenden wird eine Musterlösung vorgestellt, von der begründete Abweichungen – insbesondere zum Verfassungsvorbehalt von Volksbefragungen – sehr gut vertretbar sind. Entscheidend für den Erfolg ist es weniger, die Musterlösung genau zu treffen als die im Sachverhalt angelegten Argumente zu erfassen und juristisch plausibel zu verarbeiten, die verfassungsrechtlichen Maßstäbe herauszupräparieren und die eigene Argumentation kohärent und konsistent vorzutragen. Die Zulässigkeitsprüfung ging mit 10%, die Verfassungsmäßigkeit des Referendums mit 50% und die Prüfung von Gleichheitsfragen mit 40% in die Bewertung ein.

Sachverhalt

Bei den Wahlen zum Deutschen Bundestag erringt die Partei „Deutschland zuerst“ 120 der insgesamt 630 Sitze (einschließlich Überhang- und Ausgleichsmandaten). Gemeinsam mit der P-Partei, die im Bundestag über 302 Sitze verfügt, bildet sie eine Koalitionsregierung. Entsprechend einer Vereinbarung im Koalitionsvertrag beschließt die Bundesregierung, ein Referendum über den Austritt der Bundesrepublik Deutschland aus der Europäischen Union (EU) abzuhalten. Bundeskanzler K erklärt in einer Pressekonferenz, die Bundesregierung werde das Ergebnis des Referendums als verbindlich akzeptieren. Die europäische Einigung dürfe nicht als ein Elitenprojekt am Willen des Volkes vorbei betrieben werden. Das „Gesetz über ein Referendum zur Mitgliedschaft der Bundesrepublik in der Europäischen Union“ (EU-RefG) wird im vollbesetzten Bundestag nach kontroverser, teils turbulenter Debatte in dritter Lesung mit 420 Stimmen bei 209 Gegenstimmen und einer Enthaltung beschlossen. Nach Zustimmung durch den Bundesrat (mit 49 Ja-Stimmen), Aus-

fertigung durch den Bundespräsidenten und Gegenzeichnung durch die Bundesregierung wird es im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt am 1. Oktober in Kraft. Die Durchführung ist für den 17. Juni des Folgejahres geplant.

Die oppositionelle O-Partei will das Referendum verfassungsgerichtlich verhindern. Ihre Bundestagsfraktion, die 145 Mitglieder zählt, und die Regierung des Bundeslandes B, dessen Ministerpräsidentin M der O-Partei angehört, reichen formgerecht beim Bundesverfassungsgericht Anträge auf Durchführung eines Normkontrollverfahrens ein. Die Antragsteller rügen, dass das Grundgesetz weder Volksabstimmungen zu Fragen der EU-Mitgliedschaft noch den EU-Austritt selbst vorsehe. Das Referendum ersetze den Bundestag als eigentlichen Gesetzgeber durch das Wahlvolk. Dass das Referendum nach dem EU-RefG rechtlich unverbindlich sei, spiele keine Rolle, da die Bundesregierung erklärt habe, das Ergebnis als politisch verbindlich zu akzeptieren. Außerdem rügen die Antragsteller, dass gemäß § 2 Abs. 2 EU-RefG Deutsche, selbst solche im EU-Ausland, von der Abstimmung ausgeschlossen sind, die seit mehr als 15 Jahren nicht mehr im Bundesgebiet sesshaft sind. Diese würden als „Staatsbürger zweiter Klasse“ behandelt. Die Bundesregierung hält die Regelung hingegen für unverzichtbar, um ein „ausreichendes Maß an Verbundenheit mit den nationalen Angelegenheiten“ zu gewährleisten. Sie weist auf Unterschiede in der Betroffenheit durch deutsche Hoheitsakte, auf das Fehlen einer Korrelation von Rechten und Pflichten sowie auf potentielle Interessen- und Loyalitätskonflikte bei längerem Daueraufenthalt außerhalb Deutschlands hin. Zudem verweist sie auf die Rückkehrer-Klausel in § 2 Abs. 3 EU-RefG, wonach Staatsbürger, die mehr als 15 Jahre außerhalb Deutschlands gelebt haben, stimmberechtigt sind, wenn sie zum Zeitpunkt der Abstimmung seit mindestens drei Monaten wieder ihren Hauptwohnsitz im Bundesgebiet haben.

Aufgabe

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Anträge der O-Fraktion und der Landesregierung von B!

Bearbeitervermerk

Gehen Sie auf alle verfassungsrechtlichen Fragen ein.

Falllösung

Die Anträge der O-Fraktion sowie der Landesregierung von B vor dem Bundesverfassungsgericht auf Normenkontrolle des EU-RefG versprechen Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

A. Zulässigkeit

Die Anträge müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle erfüllen.

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Völker- und Europarecht (Prof. Dr. Andreas v. Arnould) am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Die Hausarbeit beruht hinsichtlich des Sachverhalts maßgeblich auf Ideen von *Andreas v. Arnould* und ist im Austausch mit ihm entstanden – alle verbliebenen Fehler und Unschärfen sind freilich meine.

I. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG die Bundesregierung, eine Landesregierung sowie ein Viertel der Mitglieder des Bundestages. Die Landesregierung von B ist somit antragsberechtigt.

Fraktionen des Bundestages fallen nach dem Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG jedoch nicht in den Kreis der Antragsberechtigten. Die Regelung ist auch nicht analogiefähig¹ und auf Fraktionen übertragbar. Das Grundgesetz hat sich vielmehr dafür entschieden, Rechte der parlamentarischen Minderheit vom Erreichen von Quoren abhängig zu machen und sie nicht von distinkten oppositionellen Akteuren wie Fraktionen wahrnehmen zu lassen.²

Selbst wenn man davon ausginge, dass die O-Fraktion den Antrag stellvertretend für alle ihre Mitglieder eingereicht hätte, erreichten die 145 Abgeordneten das Viertel-Quorum von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG nicht. Bei der Berechnung, ob das Quorum erreicht ist, ist von der gesetzlichen Mitgliederzahl gem. Art. 121 GG zum Zeitpunkt der Antragstellung auszugehen, d.h. der Sollbestand des Bundestages von 598 Mitgliedern nebst möglichen Überhang- und Ausgleichsmandaten (§ 1 Abs. 1 BWahlG).³ Bei einer Größe von 630 Mitgliedern müssten sich mindestens 158 Antragsteller versammeln, um antragsberechtigt zu sein.

Das Quorum ist wegen der eindeutigen Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers für die Höhe der Quoren auch nicht im Wege teleologischer Reduktion für Legislaturperioden abzusenken, in denen „erdrückende“ Regierungskoalitionsfraktionen ein starkes Gewicht gegenüber Oppositionsfraktionen einnehmen.⁴ Die „Auslegungs-Nothilfe“ käme in diesem Fall schon deswegen nicht in Betracht, weil die parlamentarische Minderheit zahlenmäßig durchaus in der Lage wäre, ein Viertel der Abgeordneten für einen Normenkontrollantrag zu stellen.

Die O-Fraktion ist somit nicht antragsberechtigt.

II. Antragsgegenstand

Der Normenkontrolle ist ein tauglicher Antragsgegenstand zu unterwerfen. Dazu gehören vor- wie nachkonstitutionelle Normen des Bundes- oder Landesrechts (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG).⁵ Die zu prüfende Norm muss grundsätzlich bereits existent sein, wobei der Zeitpunkt der Verkündung maßgeblich ist.⁶ Bei den Bestimmungen des EU-RefG handelt es sich um nachkonstitutionelle Bundes-

rechtsnormen; das Gesetzeswerk ist im Zeitpunkt der Antragstellung auch bereits verkündet gewesen.

III. Antragsgrund

Für die Zulässigkeit des Verfahrens bedarf es eines Klarstellungsinteresses. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG spricht hierzu von Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die Verfassungskonformität, § 76 Abs. 1 BVerfGG demgegenüber von der Überzeugung von der Nichtigkeit der angegriffenen Normen („für nichtig hält“). Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass ein objektives, nicht nur theoretisches⁷ Interesse an einer verfassungsgerichtlichen Klarstellung bestehen muss.⁸ Das bedeutet, dass Zweifel an der Verfassungskonformität der angefochtenen Normen zwar vorliegen müssen, aber nicht zwingend in der Person des Antragstellers.⁹ Auch ein subjektives Rechtsschutzinteresse ist trotz des Wortlautes von § 76 Abs. 1 BVerfGG nicht erforderlich.¹⁰ § 76 Abs. 1 BVerfGG konkretisiert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich das in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bestimmte objektive Interesse.¹¹ Zweifel an der Gültigkeit der angegriffenen Normen bei den Antragstellern indizieren das Klarstellungsinteresse.¹²

Selbst wenn man – trotz oder unabhängig des Vorrangs der Verfassungsnorm in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG – vom Erfordernis eines subjektiven Klarstellungsinteresses nach § 76 Abs. 1 BVerfGG ausginge,¹³ würden die Antragsteller diese Voraussetzung erfüllen, da sie ausgehend von ihren vorgetragenen Argumenten von der Verfassungswidrigkeit des EU-RefG überzeugt sind. Dass rechtliche Interessen des Bundeslandes womöglich nur mittelbar berührt sein könnten, spielt wegen des objektiven Charakters des Normenkontrollverfahrens keine Rolle. Zudem bestehen objektiv Meinungsverschiedenheiten über das EU-RefG, was an der Debatte im Bundestag anlässlich seiner Verabschiedung deutlich wird.

IV. Form und Frist

Das Normenkontrollverfahren kennt kein Fristerfordernis.¹⁴ Von der Erfüllung der Formvorschriften, wie z.B. dem schriftlichen Antrag nach § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG, ist laut Sachverhalt auszugehen.

V. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung von B ist zulässig, der Antrag der O-Fraktion hingegen unzulässig.

¹ BVerfGE 21, 52 (53 f.), in Bezug auf eine Partei.

² BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 93; siehe auch *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 57; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.6.2016, Art. 93 Rn. 30.

³ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum BVerfGG, Stand: Juli 2012, § 76 Rn. 11; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 93 Rn. 30.1.

⁴ BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 107 ff.

⁵ BVerfGE 2, 307 (312); 103, 111 (124); *Detterbeck*, in: Sachs, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2014, Art. 93 Rn. 55.

⁶ *Rozek* (Fn. 3), Art. 76 Rn. 15 f.

⁷ BVerfGE 12, 205 (221).

⁸ BVerfGE 6, 104 (110); 106, 244 (250); 113, 167 (193).

⁹ *Detterbeck* (Fn. 5), Art. 93 Rn. 58.

¹⁰ BVerfGE 103, 111 (124); 1, 208 (219 f.).

¹¹ BVerfGE 96, 133 (137).

¹² BVerfGE 103, 111 (124).

¹³ Dann setzte sich gleichwohl das objektive Erfordernis wegen des Vorrangs der Verfassung durch, vgl. *Detterbeck* (Fn. 5), Art. 93 Rn. 58; *Wieland* (Fn. 2), Rn. 59.

¹⁴ BVerfGE 7, 305 (310); 38, 258 (268).

B. Begründetheit

Der zulässige Antrag der Landesregierung von B ist begründet, wenn das EU-RefG in formeller (I.) und materieller (II.) Hinsicht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Aufgrund der objektiven Natur der abstrakten Normenkontrolle¹⁵ ist das Bundesverfassungsgericht nicht an die Rügen der Antragsteller gebunden, sondern prüft die Gültigkeit der angegriffenen Normen unter allen in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten¹⁶. Nahe liegt hier jedoch mangels weiterer Kenntnis des Wortlauts des EU-RefG die weitgehende Begrenzung auf die geltend gemachten verfassungsrechtlichen Mängel des EU-RefG.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das EU-RefG muss formell verfassungsgemäß sein. Dazu sind Zuständigkeit (1.), Verfahren (2.) und Form (3.) zu prüfen.

1. Bundeszuständigkeit

Dem Bund muss die Gesetzgebungskompetenz für das EU-RefG zustehen.¹⁷ Als Grundsatz gilt gem. Art. 70 Abs. 1 GG, dass den Ländern die Verbandszuständigkeit zukommt, sofern nicht das Grundgesetz dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz verleiht. Allerdings weist das Grundgesetz dem Bund weder für Instrumente der direkten Demokratie noch für den Austritt aus der Union eine ausdrückliche Kompetenz zu.

Eine Zuständigkeit des Bundes kann sich allerdings aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ergeben. Danach kann der Bund Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen. Der Austritt aus der Europäischen Union stellt hierzu den *actus contrarius* dar.¹⁸ Die Befragung vor der parlamentsgesetzlichen Entscheidung über den Austritt bildet zur Bundeszuständigkeit jedenfalls eine Annexkompetenz¹⁹. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ist für den Bereich der Unionsverfassungspolitik – also Grundfragen der Integration inklusive ihres Stopps – jedenfalls als *lex specialis* zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG²⁰, dem Kompetenztitel für auswärtige Angelegenheiten, anzusehen.

Denkbar erscheint es ferner, eine Zuständigkeit des Bundes kraft Natur der Sache zur Regelung von Modalitäten einer Abstimmung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG anzunehmen.²¹ Die Kompetenz zur Regelung eines unverbindlichen Referendums würde dieser Zuständigkeit folgen.

¹⁵ BVerfGE 103, 111 (124 m.w.N.).

¹⁶ BVerfGE 93, 37 (65).

¹⁷ Siehe BVerfGE 8, 104 (116 ff.).

¹⁸ Siehe Thiele, EuR 2016, 281 (293); Calliess, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 50 EUV Rn. 4, der dafür – unbeschadet der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des EU-Austritts – ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG fordert.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 8, 104 (119).

²⁰ Vgl. Wollenschläger, in: Dreier, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 32.

²¹ So Meyer, JZ 2012, 538 (542) für die Einführung von Abstimmungen.

Gleichwohl bedarf die Abstimmung im Einzelfall einer spezifisch sachlichen Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers,²² wofür wiederum auf Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zurückzugreifen ist.

Die Gesetzgebungskompetenz folgt demnach aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG.

2. Verfassungsgemäßes Verfahren

Das EU-RefG muss in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen sein.

Das EU-RefG ist mit Zweidrittel-Mehrheit sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat beschlossen worden, sodass alle erdenklichen Quoren eingehalten wurden. Auch die Zustimmung des Bundesrates ist erfolgt, sodass selbst einer eventuellen aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG folgenden Zustimmungsbefürftigkeit des Gesetzes Genüge getan wäre.²³ Sonstige Abstimmungsfehler sind nicht ersichtlich.

Mangels erkennbarer Verfahrensfehler ist das Verfahren verfassungsgemäß.

3. Verfassungsmäßige Form

Das EU-RefG genügt auch sonstigen formellen Anforderungen des Verfassungsrechts. Es ist ordnungsgemäß verkündet und ausgefertigt (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG).

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das EU-RefG müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Dazu ist zunächst zu prüfen, ob das Grundgesetz dem Erlass des EU-RefG als einer direktdemokratischen Regelung prinzipiell entgegensteht (1.), und in einem zweiten Schritt, inwiefern die Ausgestaltung mit gleichheitsrechtlichen Prinzipien des Grundgesetzes übereinstimmt (2.).

1. Grundsätzliche Zulässigkeit des EU-RefG nach dem Grundgesetz

Die Einführung eines konsultativen Referendums – zum Austritt der Bundesrepublik Deutschland aus der Europäischen Union – müsste verfassungsrechtlich zulässig sein. Eindeutig wäre die Zulässigkeit zu bejahen, wenn das Grundgesetz eine solche Möglichkeit ausdrücklich bestimmen würde. An einer definitiven Gestattung im Text des Grundgesetzes mangelt es jedoch.

a) Generelles Verbot konsultativer Referenden nach geltendem Verfassungsrecht?

Die dürre Formulierung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, dass das Volk die Staatsgewalt (u.a.) in Wahlen und Abstimmungen ausübt, gleichfalls spärliche Aussagen des Bundesverfassungsgerichts und die hochpolitische Bedeutung des Themas

²² Ebenso wiederum Meyer, JZ 2012, 538 (542).

²³ Um materiell-rechtliche Inzidentprüfungen zu vermeiden, sollte die Frage, ob die Regeln der Verfassungsänderung (Art. 79 GG) oder die des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (Art. 77 GG) Anwendung finden, in der Begründetheit abgehandelt werden.

haben eine intensive staatsrechtliche Diskussion um die Einführung direktdemokratischer Instrumente auf Bundesebene ausgelöst. Hier ist vieles, Prinzipielles, aber auch im Detail, sowie überhaupt die Grenze zwischen Verfassungsrecht und Verfassungsrechtspolitik umstritten. Unterschieden werden muss jedenfalls zwischen unterschiedlichen Instrumenten direkter Demokratie: Während Volksbegehren (bzw. -initiativen) und Volksentscheide zu rechtlich verbindlichen Entscheidungen führen (die Rechtsfolgen sind im Einzelnen aber nicht determiniert), stellen von staatlichen Stellen veranstaltete Volksbefragungen bzw. konsultative Referenden grundsätzlich unverbindliche Erhebungen des Volkswillens dar.²⁴

Zunächst ist danach zu fragen, ob konsultative Referenden, die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nicht genannt sind, deswegen vom Grundgesetz verboten sind. Ausdrücklich untersagt das Grundgesetz allerdings Volksbefragungen nicht. Anhaltspunkte für eine Antwort bieten lediglich die Staatsstrukturprinzipien des Grundgesetzes in Art. 20 GG, v.a. das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität, und insbesondere die Aussage in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, nach der das Volk die Staatsgewalt – neben der Repräsentation in den drei Gewalten – durch Wahlen und Abstimmungen ausübt. Versteht man konsultative Referenden als direktdemokratisches Minus zu rechtsverbindlichen Volksentscheiden,²⁵ gleich welche Rechtsfolgen sie nach sich ziehen, ist die Frage des grundgesetzlichen Verbots mit der verfassungsrechtlichen Bewertung von „Abstimmungen“ zu beantworten.²⁶ Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG lässt sich – isoliert und auf Basis der Wortlautauslegung – jedenfalls so verstehen, dass direktdemokratische Elemente auf Bundesebene nicht von vornherein ausgeschlossen sind.²⁷ Die Erwähnung von „Abstimmungen“ wäre ansonsten sinnlos.

Die repräsentative Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk ist gleichwohl z.B. in Art. 38, 76 ff. GG durch Prinzipien und Handlungsformen konkreter ausgestaltet. Die daraus abgeleitete prinzipielle „Zweitrangigkeit der Abstimmungen“²⁸ kann – in systematischer Auslegung – Rückhalt darin finden, dass direktdemokratische Instrumente im Grundgesetz nur sporadisch geregelt (Art. 29, 118, 118a GG) und im Übrigen nicht für das gesamte Bundesgebiet vorgesehen sind.²⁹ Aber selbst wenn man – wiederum mit Unterstützung des Wortlauts und des Sinns der Vorschrift – der Auffassung ist, dass Abstimmungen im verfassungsrechtlichen Wertesys-

tem nicht prinzipiell hinter Wahlen zurückstehen,³⁰ lässt sich aus der abstrakten Rangbestimmung kein Argument für oder wider die Grundgesetzwidrigkeit konsultativer Referenden gewinnen.

Eine vereinzelte Auffassung, nach der konsultative Referenden an sich gegen die Grundsätze der Volkssouveränität und des Rechtsstaates, mithin gegen Art. 20 GG verstoßen, beruft sich darauf, dass selbst bei einem rechtlich unverbindlichen Referendum das Volk an der Staatswillensbildung teilnimmt³¹ und in Konkurrenz zu dem eigentlich berufenen Organ der Gesetzgebung tritt³²; gleichlaufend wird ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG bejaht, da die Abgeordneten durch die Entscheidung des Volkes unzulässig instruiert werden, mithin nicht frei in ihrer Entscheidung sind³³.

Diese Unzulässigkeit kraft nicht legitimierter Bindungswirkung konsultativer Referenden ist unabhängig von der Einordnung in die Terminologie von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nicht überzeugend. Deren zumindest faktische Bindungswirkung unterstellt,³⁴ spricht – als strenggenommen nicht für sich geltendes Autoritätsargument – schon die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittelbar für eine Zulässigkeit von Volksbefragungen, da das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit der im Jahr 1958 geprüften Befragungen lediglich an der fehlenden Verbandszuständigkeit scheitern ließ.³⁵ Verfassungsrechtlich wesentlich ist jedoch: Weder die gesetzgebenden Organe – wegen Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG Bundestag und Bundesrat – noch der einzelne Abgeordnete können durch ein konsultatives Referendum im verfassungsrechtlichen Sinne gebunden werden.³⁶ Ein Verstoß gegen die Volkssouveränität ist – selbst wenn es um Art. 23 GG geht³⁷ – abzulehnen.³⁸ Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantieren mangels entgegenstehender Bestimmungen im Grundgesetz, die ein direktdemokratisches Verfahren regeln, die Unabhängig-

²⁴ Siehe *M. Martini*, DÖV 2015, 981 (982 f.).

²⁵ Vgl. *M. Martini*, DÖV 2015, 981 (983): „kleine Schwester des Bürger-/Volksentscheids“. Anders Bayerischer Verfassungsgerichtshof (BayVerfGH), *Entsch. v. 21.11.2016 – Vf. 8 und 15-VIII-14*, Rn. 101.

²⁶ *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 20), Art. 20 (Demokratie) Rn. 99; anders *Krause*, in: *HbStR*, III, 3. Aufl. 2005, § 35 Rn. 24.

²⁷ *Dreier* (Fn. 26), Art. 20 Rn. 105.

²⁸ *Krause* (Fn. 26), Art. 35 Rn. 24.

²⁹ *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 5), Art. 20 Rn. 32 m.w.N.; *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 2), Art. 20 Rn. 82; anders *Stein*, in: *Alternativ-Kommentar Grundgesetz*, 3. Aufl. 2001, Art. 20 Abs. 1-3 III Rn. 51.

³⁰ *Z.B. Dreier* (Fn. 26), Art. 20 Rn. 99; *Pestalozza*, NJW 1981, 733 (734); siehe auch *Engelken*, DÖV 2013, 301 (303).

³¹ So in diesem Punkt auch *BVerfGE* 8, 104 (118).

³² *Krause* (Fn. 26), § 35 Rn. 23.

³³ *Krause* (Fn. 26), § 35 Rn. 26. Dieser Gedankengang setzt freilich voraus, dass konsultative Referenden nicht Abstimmungen sind, *Krause* (Fn. 26), § 35 Rn. 24; so auch für die bayerische Verfassung *BayVerfGH*, *Entsch. v. 21.11.2016 – Vf. 8 und 15-VIII-14*, Rn. 101; siehe dagegen *Neumann*, *Sachunmittelbare Demokratie*, 2008, S. 180.

³⁴ So *BayVerfGH*, *Entsch. v. 21.11.2016 – Vf. 8 und 15-VIII-14*, Rn. 105 ff. (allerdings wohl ohne im engeren Sinne entscheidungserheblich zu sein).

³⁵ *BVerfGE* 8, 104; 8, 122.

³⁶ *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, *Kommentar zum GG*, Stand: Januar 2010, Art. 20 Rn. 114. In Bezug auf Abgeordnete *Hufschlag*, *Einfügung plebiszitärer Komponenten in das Grundgesetz?*, 1999, S. 80 ff.

³⁷ *Hölscheidt/Menzenbach*, DÖV 2009, 777 (779 f.).

³⁸ So auch *Hölscheidt/Menzenbach*, DÖV 2009, 777 (779 f.) – zur Ratifikation europäischen Vertragsrechts.

keit der jeweiligen Entscheidung.³⁹ Ein allein faktischer Entscheidungsdruck gehört zur verfassungsrechtlichen Normalität bzw. zur Verfassungswirklichkeit – er kann keinen Verstoß gegen das freie Mandat bewirken.⁴⁰

Diese vom Einzelfall eines konkreten Referendums abstrahierende verfassungsrechtliche Position wird auch nicht durch die Zusage des K ausgehebelt, sich an das Volksvotum zu halten. Die verfassungsrechtliche Wirkkraft einer solchen Zusage ist begrenzt. Die Richtlinienkompetenz aus Art. 65 S. 1 GG ist auf die Beziehung zwischen Bundeskanzler und Bundesminister begrenzt.⁴¹ Der Bundestag ist nicht Adressat von Vorgaben durch den Bundeskanzler; über eingebrachte Gesetzes- bzw. Beschlussentwürfe entscheiden das Parlament bzw. die Abgeordneten frei. Zwar gilt es in die verfassungsrechtliche Bewertung einzubeziehen, dass der Bundeskanzler in der Regel auf eine parlamentarische Mehrheit, die die Regierung stützt, vertrauen kann und eine Vorgabe des Bundeskanzlers durch faktische Zwänge – z.B. die Fraktionsdisziplin – die Entscheidung des Bundestages (bzw. im Falle von Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auch des Bundesrates) faktisch zu präjudizieren vermag. Für die verfassungsrechtliche Bewertung ist dieser faktische Zwang, was die Zulässigkeit der Volksbefragung angeht, jedoch letztlich irrelevant. Außerdem zeigen die „Abweichler“ bei der Abstimmung über das EU-RefG, dass die Abgeordneten des Bundestages durchaus eine freie Entscheidung treffen können.

Die Regelung der Hoheitsrechtsübertragung gem. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG als Verfassungsänderung schließt im Umkehrschluss keine Abstimmungen bzw. Volksbefragungen prinzipiell aus. Dies veranschaulicht eine parallele Überlegung zu Verfassungsänderungen gem. Art. 79 GG. Auch Gegenstände dieses Verfahrens können prinzipiell zum Thema einer Abstimmung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gemacht werden.

Mithin steht das Grundgesetz nicht per se einem konsultativen Referendum entgegen.

b) Beschluss durch Gesetzesform ausreichend?

Es ist ferner zu prüfen, ob der Beschluss des EU-RefG in Gesetzesform zulässig war oder nicht vielmehr eine Verfassungsänderung nach Art. 79 GG erforderlich gewesen wäre.

aa) Verfassungsvorbehalt für rechtlich verbindliche Volksgesetzgebung

Die Einführung rechtlich verbindlicher Volksgesetzgebung bedarf nämlich nach überwiegender Auffassung einer Verfassungsänderung.⁴² Dies gelte auch für europaverfassungsrecht-

³⁹ Siehe Dreier (Fn. 26), Art. 20 Rn. 107, jedenfalls für das freie Mandat.

⁴⁰ Hölscheidt/Menzenbach, DÖV 2009, 777 (780), obgleich „wegen der integrationspolitischen Bedeutung“ eine verfassungsrechtliche Ausgestaltung eines integrationspolitischen Referendums als Minderheitenrecht anregend.

⁴¹ Siehe Hermes, in: Dreier (Fn. 20), Art. 65 Rn. 25.

⁴² Dreier (Fn. 26), Art. 20 Rn. 106; Grzeszick (Fn. 36), Art. 20 Rn. 113; Huster/Rux (Fn. 29), Art. 20 Rn. 82; Krause (Fn. 26), § 35 Rn. 26; Kühling, JuS 2009, 777 (778);

liche Abstimmungsthemen; derzeit steht dem nämlich der Verfassungswortlaut in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG entgegen.⁴³ Für den Verfassungsvorbehalt streitet in einem allgemeinen Sinne parallel, dass das Gesetzgebungsverfahren in Art. 77 GG einer Ergänzung bedürfte.⁴⁴

bb) Entscheidungserheblicher Streit um den Verfassungsvorbehalt für Volksbefragungen

Das EU-RefG ermächtigt jedoch lediglich zur Durchführung eines rechtlich unverbindlichen Referendums. Für diese Kategorie der direkten Demokratie ist es umstritten, ob eine Verfassungsänderung erforderlich ist.

Eine Streitentscheidung erübrigte sich freilich, wenn durch das EU-RefG die Volksgesetzgebung gem. Art. 79 GG in den Verfassungsbestand der Bundesrepublik Deutschland aufgenommen worden ist. Die gem. Art. 79 Abs. 2 GG erforderliche Zweidrittelmehrheit ist sowohl im Bundestag mit 420 von 630 Stimmen als auch im Bundesrat mit 49 von 69 Stimmen jedenfalls erreicht. Allerdings muss ein verfassungsänderndes Gesetz das Grundgesetz ausdrücklich ändern oder ergänzen (Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG). Dies ist durch das EU-RefG gerade nicht geschehen. Vielmehr wurde eine einmalige Volksbefragung in Form eines einfachen Gesetzes beschlossen. Eine Grundgesetzänderung würde höchstens implizit durch das Gesetz erreicht („faktische Verfassungsänderung“), was das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG jedoch verbietet. Eine Streitentscheidung ist somit nicht obsolet, da das Grundgesetz nicht geändert worden ist.

cc) Auffassung I: Gesetzesbeschluss für Volksbefragungen ausreichend

Die Einführung von Volksbefragungen durch Gesetz wird für zulässig⁴⁵ und auch für notwendig⁴⁶ gehalten. Nach vereinzelter Auffassung wäre eine Volksbefragung selbst ohne Gesetzesbeschluss möglich, da die Entscheidungshoheit des Bundestages nicht beeinträchtigt werde.⁴⁷ Jedenfalls ist hiernach eine Verfassungsänderung nicht erforderlich. Das EU-RefG genügt nach dieser Auffassung dem häufig vertretenen Gesetzesvorbehalt.

Grosche, JuS 2016, 239 (241, Falllösung). A.A. z.B. Meyer, JZ 2012, 538 (542).

⁴³ Hölscheidt/Menzenbach, DÖV 2009, 777 (779).

⁴⁴ Grzeszick (Fn. 36), Art. 20 Rn. 113; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 162.

⁴⁵ Siehe nur Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 9; Hofmann, in: Hofmann, Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 146 (159).

⁴⁶ Robbers, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand: Januar 2014, Art. 20 Rn. 3079; Ebsen, AöR 110 (1985), 2 (21 ff.).

⁴⁷ Pestalozza, NJW 1981, 733 (735).

dd) Auffassung 2: Verfassungsvorbehalt für Volksbefragungen

Demgegenüber wird ebenfalls zahlreich vertreten,⁴⁸ dass der amtliche Charakter einer Volksbefragung die Entscheidungsfreiheit des Bundestages erheblich einschränke und jedenfalls zu einer politisch relevanten Strukturverschiebung führe.⁴⁹ Wie beim faktischen Grundrechtseingriff sei auch der politische Druck ausreichend, um das befragte Volk zur Staatsgewalt zu formen.⁵⁰ Folgt man dieser Auffassung, ist eine Verfassungsänderung erforderlich.⁵¹

ee) Beschluss einer Volksbefragung durch Gesetz letztlich verfassungskonform

Gegen diese Auffassung lässt sich aber anführen, dass – anders als bei verbindlicher Volksgesetzgebung – keine zusätzlichen Gesetzgebungsverfahren einzuführen wären.⁵² Mit Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG existiert bereits eines, das dem Zweck nach unabhängig von vorgängigen (unverbindlichen) Prozeduren – wie z.B. einem konsultativen Referendum – existiert. Zudem wiederholt die Auffassung vom Verfassungsvorbehalt die Vermutung des rechtlich relevanten, politischen Drucks auf die Legislative. Diese ist jedoch verfassungsrechtlich frei und kann in ihrer Entscheidung nicht nur das Volksvotum, sondern für ihre Willensbildung auch andere Erwägungen, z.B. solche der auswärtigen Politik sowie überholende tatsächliche Entwicklungen berücksichtigen.

Eine Verfassungsänderung solle indes dann erforderlich werden, wenn „durch vorherige normative ‚Unterwerfung‘ der Abgeordneten“ der parlamentarische Abschluss vom Ausgang des Votums abhängig gemacht werde.⁵³ Eine solche normative Unterwerfung kann nicht in der Zusage des K gesehen werden, sich an das Volksvotum zu halten. Allenfalls ein vorgehender Beschluss von Bundestag und Bundesrat könnte eine solche Bindungswirkung auslösen, der freilich wiederum unter dem Vorbehalt einer späteren – parlamentarisch freien – Entscheidung stünde.

⁴⁸ Nach *Möstl* (BayVBl. 2015, 217 [220]), sogar die überwiegende Meinung; einschränkend freilich *Dreier* (Fn. 26), Art. 20 Rn. 107 („wohl noch überwiegende[...] Auffassung“). Rein quantitativ lässt sich eine eindeutige Stimmenverteilung nicht ausmachen (siehe z.B. *M. Martini*, DÖV 2015, 981 [983] zur hiesigen Auffassung: „häufig vertretene[...] Auffassung“; sowie die Aufführungen in *Neumann* [Fn. 33], S. 181 Fn. 190).

⁴⁹ *Sommermann* (Fn. 44), Art. 20 Rn. 162.

⁵⁰ *Volkman*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 2001, Art. 20 (4. Teil), Rn. 59; siehe auch *Kämmerer/Ernst/Winter*, ZG 2015, 349 (352): „faktische Alterierung des verfassungsrechtlichen Willensbildungsprozesses“.

⁵¹ Siehe nur *M. Martini*, DÖV 2015, 981 (983).

⁵² Vgl. *Pieroth* (Fn. 45), Art. 20 Rn. 9. Anders wohl *M. Martini*, DÖV 2015, 981 (983), der die „prozedurale[...] und institutionelle[...] Formenbindung der Gesetzgebung“ betont.

⁵³ *Dreier* (Fn. 26), Art. 20 Rn. 108; a.A. *Hofmann* (Fn. 45), S. 159 f.

Eine Verfassungsänderung ist demnach nicht erforderlich, ein Verfassungsvorbehalt nicht überzeugend. Der Beschluss des EU-RefG in Gesetzesform ist verfassungskonform.

c) Materielle Unzulässigkeit wegen des Staatsziels Europa?

Das EU-RefG könnte allerdings verfassungswidrig sein, wenn es gegen das Staatsziel der Beteiligung an der Europäischen Union gem. Art. 23 Abs. 1 GG verstößt. Dies könnte daraus folgen, dass in der Literatur aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG hohe Hürden für die Ausübung des Austrittsrechts aus der Europäischen Union abgeleitet werden und das EU-RefG die (tatsächliche) Möglichkeit des Austritts gesetzlich bestimmt.

Ein verfassungsrechtliches Staatsziel ist in der Regel nur hinsichtlich seines Ziels verbindlich, lässt den Verfassungsorganen aber Spielraum bei der Wahl der Mittel zur Erreichung des Ziels.⁵⁴ Allerdings kommt es hinsichtlich des Grads der Verbindlichkeit auf das konkrete Staatsziel an und können für Kernelemente eines weichen Staatsziels konkretere Rechtspflichten begründet sein.⁵⁵ Aus dem konkreten Auftrag in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, an der Europäischen Union mitzuwirken,⁵⁶ wird in Übereinstimmung mit dieser Staatszieldogmatik spiegelbildlich zumindest für den konkreten Sonderfall des Austritts aus der Europäischen Union gefordert, dass die Europäischen Union die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 GG verfehlt⁵⁷ oder übereinstimmend politisch gescheitert ist.⁵⁸ Jedenfalls stelle ein grundloser Austritt einen Verstoß gegen Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG dar.⁵⁹ Dass ein Austritt EU-weit konsentiert ist oder dass die EU die Staatsstrukturprinzipien in Art. 23 Abs. 1 GG verletzt, geht aber aus dem Sachverhalt nicht hervor. Soweit demnach ein Austritt aus der Europäischen Union mangels hinreichender Begründung unzulässig wäre, ist fraglich, ob ein Austrittsverbot auf das EU-RefG durchschlägt. Anders gefragt, kann ein verfassungswidriges Handeln eine zulässige Option eines Referendums sein?

Zwar bereitet das EU-RefG den Boden für einen Austrittsbeschluss gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG; auch setzt es die Möglichkeit eines Austrittsbeschlusses voraus. Eine notwendige Durchgangsstufe für den Austrittsbeschluss stellt es verfassungsrechtlich indes nicht dar. Wie schon dargestellt, ist es lediglich rechtliche Grundlage für eine rechtlich unverbindliche Volksbefragung, die gerade nicht den Austritt aus der EU selbst regelt. Faktische Volksbefragung und rechtsverbindlicher Austrittsbeschluss sind rechtlich zu trennen. Selbst wenn man Volksbefragung und Austrittsbeschluss rechtlich verknüpft sieht, ist jedenfalls eine gewisse Ein-

⁵⁴ *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 377.

⁵⁵ *Sommermann* (Fn. 54), S. 378.

⁵⁶ *Wollenschläger* (Fn. 20), Art. 23 Rn. 37; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 44), Art. 23 Rn. 7.

⁵⁷ *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., Kommentar zum GG, 13. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 7.

⁵⁸ *Classen* (Fn. 56), Art. 23 Rn. 7.

⁵⁹ *Calliess* (Fn. 18), Art. 50 Rn. 4, der als Grund eine Vertiefung der Integration anführt (dann wohl außerhalb der EU).

schätzungsprärogative der Gesetzgebungs- bzw. Verfassungsänderungsorgane in Rechnung zu stellen. Hier ist auf die Aussage des K zu rekurrieren, der die Europäische Union als Elitenprojekt ablehnt, was als Stellungnahme zur demokratischen Mangelhaftigkeit der EU mit dem in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG erwähnten Demokratieprinzip jedenfalls in Verbindung steht. In einem solchen Spielraum verkörpert sich auch die weichere rechtliche Verbindlichkeit des Staatsziels Europa. Verfassungsrechtlich vertretbar erscheint es daher, davon auszugehen, dass die Grenzen des Austrittseinschätzungsspielraums nicht überschritten sind.

Das EU-RefG ist somit materiell nicht verfassungswidrig.

2. Möglicher Gleichheitsverstoß der Ausgestaltung des Referendums

Unabhängig davon, ob man die Verfassungswidrigkeit des konsultativen Referendums über den EU-Austritt bejaht oder nicht, könnte § 2 Abs. 2 EU-RefG (i.V.m. § 2 Abs. 3 EU-RefG) durch Ausschluss von sog. Auslandsdeutschen von der Abstimmung verfassungswidrig sein, indem die Norm gegen Gleichheitspostulate des Grundgesetzes verstößt.

a) Abgrenzung bzw. Konkurrenz von Art. 38 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG

Dabei sind die in Betracht kommenden Maßstäbe von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, die in einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen,⁶⁰ voneinander abzugrenzen.

Dem Wortlaut nach gelten die Wahlrechtsgrundsätze von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nur für die Wahl zum Deutschen Bundestag. Als Rechtsprinzipien, die im Demokratieprinzip wurzeln,⁶¹ sind sie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings auch auf andere staatliche Wahlen in den Ländern und Kommunen sowie auf andere Wahlen anzuwenden.⁶² Danach wäre eine unmittelbare Anwendung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auf das EU-RefG ausgeschlossen, da das EU-RefG keine Wahl ist. Andererseits sollen, so eine Auffassung, die Wahlrechtsgrundsätze auch auf Abstimmungen im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG angewendet werden.⁶³ Als direktdemokratisches Minus käme dann die jedenfalls entsprechende Anwendung auch auf Volksbefragungen – wie hier im Falle des EU-RefG – in Betracht.

Für eine Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG spricht andererseits, dass die formale Rigidität der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl⁶⁴ als Grundsatz auch im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes berücksichtigt

werden kann.⁶⁵ So misst das Bundesverfassungsgericht die Wahlen zum Europäischen Parlament nicht an Art. 38 GG, sondern an Art. 3 GG.⁶⁶ Außerdem würde in Rechnung gestellt, dass die Grundsätze, die zur Wahl zum Deutschen Bundestag gelten, nicht unbesehen auf andere Verfahren übertragen werden sollten.⁶⁷ Die nötige Flexibilität und Berücksichtigung der Eigenheiten konsultativer Referenden erhält Art. 3 Abs. 1 GG. Da somit mehr für eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG spricht, ist das EU-RefG am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen.⁶⁸

b) Allgemeinheit des Referendums

Als Maßstab bildet Art. 3 Abs. 1 GG den Ausgangspunkt mit dem Grundsatz, dass gleiche Sachverhalte nicht ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt werden dürfen⁶⁹.

aa) Ungleichbehandlung bzw. Einschränkung der Allgemeinheit des Referendums

Als Vergleichsgruppen können hier zum einen die im Rahmen des EU-RefG zur Abstimmung berechtigten Deutschen bzw. die zur Abstimmung berechtigten Auslandsdeutschen⁷⁰ (die weniger als 15 Jahre außerhalb Deutschlands leben) und zum anderen die von der Abstimmung ausgeschlossenen Auslandsdeutschen, die zum Zeitpunkt des Referendums mehr als 15 Jahre außerhalb Deutschlands leben, herangezogen werden. Sie werden durch die jeweils erteilte bzw. nicht erteilte Berechtigung zur Teilnahme am Referendum ungleich behandelt.

Selbst wenn man das Allgemeinheitspostulat aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG für den Fall einer Volksbefragung entsprechend anwendet, lässt sich ein Eingriff bejahen. Nicht alle grds. zum Wahlvolk gehörenden Deutschen dürfen am EU-Referendum teilnehmen. Eine Referendumsallgemeinheit ist somit nicht gegeben.

bb) Zwingender Einschränkung Grund

Zu prüfen ist nun, inwiefern die Einschränkung der Referendumsallgemeinheit gerechtfertigt werden kann. Wegen der sachlichen Parallelität zu einer Wahl bzw. Abstimmung sind die Prinzipien des Wahlrechtsgrundsatzes der Allgemeinheit der Wahl auf das konsultative Referendum des EU-RefG bzw. im Rahmen der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG zu übertragen.⁷¹

⁶⁰ BVerfGE 99, 1 (13).

⁶¹ BVerfGE 134, 25 (30).

⁶² BVerfGE 47, 253 (276 f.).

⁶³ Sachs (Fn. 29), Art. 20 Rn. 34. Nach einer älteren Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 13, 54 [91 f.]; 28, 220 [224]) sind die Wahlrechtsgrundsätze rügar bei Abstimmungen nach Art. 29 GG. Hier kommt es darauf an, ob Abstimmungen nach Art. 29 GG zu den Abstimmungen des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gehören.

⁶⁴ BVerfGE 129, 300 (319).

⁶⁵ Siehe auch *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 63, für Verfahren außerhalb von Art. 38 und 28 Abs. 1 S. 2 GG.

⁶⁶ BVerfGE 129, 300 (317).

⁶⁷ BVerfGE 41, 1 (12) zu Richterwahlen.

⁶⁸ Allerdings ist auch die Anwendung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG analog (!) vertretbar.

⁶⁹ Eine Pflicht zur Einräumung aller staatsbürgerlichen Rechte besteht hingegen nicht, BVerfG, NJW 1991, 689 (690).

⁷⁰ Vgl. etwas anders gelagert BVerfGE 132, 39 (51).

⁷¹ BVerfGE 129, 300 (317): „Ausprägung als Gebot formaler Wahlgleichheit“. Wer die Grundsätze von Art. 38 Abs. 1 GG nicht auf Art. 3 Abs. 1 GG überträgt, hat in den gewohnten

Danach besteht zwar kein prinzipielles Differenzierungsverbot; allerdings darf der Gesetzgeber wegen des formalen Charakters des Grundsatzes die Allgemeinheit des Referendums nur aus zwingenden sachlichen Gründen einschränken.⁷² Dem Gesetzgeber kommt dabei ein gewisser Spielraum zu. So ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, realitätsgerecht Typisierungen ausgeschlossener wie eingeschlossener Gruppen vorzunehmen.⁷³ Dabei ist freilich wegen der „Strenge demokratischer Egalität“⁷⁴ ein strikter verfassungsrechtlicher Maßstab anzulegen, sodass dem Gesetzgeber nur „ein eng bemessener Spielraum für Beschränkungen“ zur Verfügung steht.⁷⁵ Der Rechtfertigungsgrund muss Anhalt in der Verfassung haben und von gleichem Gewicht wie die Allgemeinheit der Wahl bzw. des Referendums sein.⁷⁶ Für zulässig ist bspw. die Bestimmung eines Wahlalters befunden worden.⁷⁷ Hingegen ist ein Ausschluss bestimmter Bevölkerungsgruppen von der Ausübung des Wahlrechts – und dementsprechend von der Teilnahme an einem Referendum – aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen verfassungswidrig.⁷⁸ Die Ausgestaltung der Wahl bzw. hier des Referendums ist trotz Eignung dann verfassungswidrig, wenn sie zur Erreichung eines grds. verfassungsrechtlich legitimen Ziels nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Zieles Erforderlichen überschritten hat.⁷⁹

(1) Legitimer Einschränkungsgrund

Der Eingriff durch das EU-RefG muss sich zunächst auf einen verfassungsfundierten Einschränkungsgrund stützen können.

Ob die Tradition des Sesshaftigkeitskriteriums für sich als Voraussetzung für die Ausübung des (aktiven) Wahlrechts als sachlicher Grund noch genügt,⁸⁰ mag mit gutem Grund be-

zweifelt werden.⁸¹ Dass einem Sesshaftigkeitskriterium „keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken“⁸² entgegenstehen, bedarf daher einer selbständigen sachlichen Abstützung.

Als Grund für Einschränkungen der Allgemeinheit des Referendums kommt vor allem die Sicherung der sog. Kommunikationsfunktion (der Wahl bzw.) des Referendums in Betracht. Danach kann ein Ausschluss vom aktiven Referendumsrecht in Betracht kommen, wenn eine Personengruppe nicht im hinreichenden Maße am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen teilnehmen kann.⁸³ Damit eng verknüpft ist die Verbundenheit mit den politischen Verhältnissen als legitimes Ziel einer Wahlrechtsausgestaltung angesehen worden.⁸⁴ Es ist nachvollziehbar, dass eine gewisse Mindestaufenthaltsdauer für die Vertrautheit mit deutschen Verhältnissen erforderlich ist, wobei es sich um eine Voraussetzung für lebendige Demokratie handelt.⁸⁵ Wegen der deutschrechtlichen Tradition des *ius sanguinis* (§ 4 Abs. 1 S. 1 StAG), d.h. der automatischen Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit ohne Ansehen des Lebensmittelpunktes der Eltern, ist es nicht selbstverständlich, dass im Ausland Lebende deutscher Staatsangehörigkeit mit den politischen Entwicklungen in Deutschland hinreichend vertraut sind.⁸⁶

Wenn die Bundesregierung somit (1) auf ein ausreichendes Maß an Verbundenheit mit den nationalen Angelegenheiten, (2) auf Unterschiede hinsichtlich der Betroffenheit durch deutsche Hoheitsakte, (3) das Fehlen einer Korrelation von Rechten und Pflichten sowie (4) potentielle Interessen- oder Loyalitätskonflikte⁸⁷ hinweist, kann sie sich somit auf einen in der Rechtsprechung des Bunde-verfassungsgerichts angelegten sachlichen Rechtfertigungsgrund stützen, der in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG bzw. im Demokratieprinzip des Grundgesetzes einen Anhalt findet. Alle angeführten konkreten Regelungszwecke weisen eine hinreichende Nähe zur Sicherung der Kommunikationsfunktion des Referendums auf. Dieser verfassungsrechtlich fundierte Grund ist der Allgemeinheit des Referendums zumindest gleichwertig. In der hinreichenden Verbundenheit mit nationalen Angelegenheiten ist im Übrigen keine Differenzierung aus rein politischen Gründen zu sehen – niemand wird wegen politischer Auffassungen, sondern wegen der unterschiedlich nahen Beziehung zum deutschen politischen (demokratischen) Prozess unterschiedlich behandelt.

Strukturen von Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen (d.h. Ungleichbehandlung und verfassungsrechtliche Rechtfertigung). In der Rechtfertigung sind zunächst verbotene Differenzierungskriterien nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu prüfen; danach ist zentral die sog. neue Formel des BVerfG anzulegen. In dieser gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung können alle Punkte, die im Rahmen von Art. 38 Abs. 1 GG relevant werden, angesprochen werden. Allerdings sollte von den Bearbeitern erkannt werden, dass sich die verfassungsrechtliche Bedeutung der demokratischen Prozedur der Volksbefragung in gegenüber dem klassischen Gleichheitsmaßstab strengerer Anforderungen niederschlagen muss; vgl. auch BVerfGE 129, 300 (319).

⁷² BVerfGE 132, 39 (47 f.).

⁷³ BVerfGE 132, 39 (49).

⁷⁴ BVerfGE 132, 39 (56).

⁷⁵ BVerfGE 132, 39 (48).

⁷⁶ BVerfGE 132, 39, (48).

⁷⁷ BVerfGE 36, 139 (142); 42, 312 (341).

⁷⁸ BVerfGE 15, 165 (166 f.).

⁷⁹ Siehe BVerfGE 132, 39 (48).

⁸⁰ Siehe BVerfGE 36, 139 (141).

⁸¹ *Trute*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 23. Versteckte Kritik bei BVerfGE 132, 39/60 (70) – abweichende Meinung *Lübbe-Wolff*.

⁸² So noch BVerfGE 36, 139 (142).

⁸³ BVerfGE 132, 39 (51).

⁸⁴ Mittelbar BVerfGE 5, 2 (6); 36, 139, (143). Zweifel an der Eignung und Verallgemeinerungsfähigkeit bei *Trute* (Fn. 81), Art. 38 Rn. 23.

⁸⁵ BVerfGE 132, 39 (54).

⁸⁶ BVerfGE 132, 39 (54).

⁸⁷ Explizit letzteres offengelassen in BVerfGE 132, 39 (52).

(2) Eignung

Die Ausgestaltung in § 2 Abs. 2 EU-RefG muss auch geeignet sein, das in Bezug genommene legitime Ziel zu erreichen.

Zunächst ist die Eignung für den Regelungszweck zu untersuchen, dass § 2 Abs. 2 EU-RefG Interessen- und Loyalitätskonflikten vorbeuge (4). Die Wahrscheinlichkeit einer Doppelwahl ist zwar nicht von vornherein fernliegend, soweit auch in anderen Staaten der Europäischen Union Referenden über einen EU-Austritt abgehalten werden. Eine Eignung erscheint hier allerdings zweifelhaft, weil nicht einsichtig ist, warum man nicht von mehreren Rechtsordnungen – gerade in EU-Angelegenheiten – in einem hinreichenden Maß betroffen sein kann, um zum einen an kollektiven Entscheidungen teilzuhaben (siehe z.B. Art 28 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 22 AEUV) und zum anderen zu gegenwärtigen, dass die eigene Abstimmungsentscheidung Auswirkungen für und in mehrere/n EU-Staaten haben kann. Interessenkonflikten kann dann durch einen einseitigen Ausschluss von der Abstimmungsbeziehung nicht vorgebeugt werden.

Soweit die Bundesregierung darauf abstellt, dass nur diejenigen am konsultativen Referendum teilnehmen können sollen, bei denen eine hinreichende Verbundenheit mit nationalen Angelegenheiten (1) sichergestellt ist, ist eine Eignung ebenfalls nicht gegeben. Über z.B. digitale Informations- und Kommunikationskanäle kann nämlich eine Verbundenheit selbst ohne Sesshaftigkeit in Deutschland langfristig gewährleistet werden.

Allerdings geht es dem Gesetzgeber nicht allein um die Sicherung der fortbestehenden politischen Verbundenheit mit dem deutschen Staatswesen oder der Verhinderung von Interessenkonflikten. Er beruft sich daneben selbständig auf die Sicherung der Kongruenz von demokratischer Betroffenheit und Mitspracherecht (2, 3). Den grundsätzlichen, wenngleich eng bemessenen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers Rechnung tragend, ist es dabei nicht von der Hand zu weisen, dass der Ausschluss in § 2 Abs. 2 EU-RefG die Kongruenz von „formelle(r) Zugehörigkeit [...] und materielle(r) Betroffenheit von der Staatsgewalt“⁸⁸ fördert. Die Regelung, an die generelle Betroffenheit von deutschen Hoheitsakten anknüpfend, wirkt dem Effekt entgegen, dass sich kollektive Selbstbestimmung zu Fremdbestimmung wandelt, wenn jemand über fremde Angelegenheiten (mit-)befindet. Der Regelung kommt mithin ein auch-demokratiefördernder Charakter zu.⁸⁹ Dass der Gesetzgeber die Grenze des Verlusts der Referendenzfähigkeit bei einer Abwesenheit von 15 Jahren zieht, bewegt sich innerhalb seines Typisierungsspielraums; eine evidente Überschreitung dieses Spielraums ist nicht zu erkennen. Jedenfalls kann nach 15 Jahren nicht mehr von einem nur vorübergehenden Leben außerhalb Deutschlands gesprochen werden.

⁸⁸ BVerfGE 132, 39/60 (66) – abweichende Meinung *Lübbe-Wolff*.

⁸⁹ Dieses Ziel ist eng mit der Sicherung der Korrelation von Rechten (z.B. Referendenrecht) und Pflichten (z.B. Steuerpflicht) verbunden; wegen der damit analogen Bewertung erübrigt sich eine tiefere Auseinandersetzung.

Eine gewisse Inkonsistenz könnte dem Gesetzgeber vorgeworfen werden, dass es für die Re-Integration in Deutschland ausreichend ist, (ggf. das erste Mal) drei Monate in Deutschland wohnhaft zu sein (siehe § 2 Abs. 3 EU-RefG). Allerdings ist dem Gesetzgeber für die Rückkehrerkonstellation ebenfalls ein Typisierungsspielraum eingeräumt; es ist nicht evident unzulässig, zu vermuten, dass bei einer längeren als dreimonatigen Wohnsitznahme ein noch längerer Aufenthalt wahrscheinlich ist und eine dementsprechende künftige Betroffenheit von deutschen hoheitlichen Entscheidungen anzunehmen ist.

Das EU-RefG ist damit jedenfalls geeignet, die Kongruenz von demokratischer Betroffenheit und Mitspracherecht durch Teilnahme am Referendum zu sichern. Es ist jedoch verfassungsrechtlich nicht geeignet, eine hinreichende Verbundenheit mit nationalen Angelegenheiten zu gewährleisten und Interessen- und Loyalitätskonflikten vorzubeugen. Im Folgenden wird daher die Prüfung auf die Verfolgung des Zwecks, die Kongruenz demokratischer Betroffenheit sicherzustellen, beschränkt.

(3) Erforderlichkeit

Die Regelung darf schließlich nicht über das Maß des zur Erreichung dieses legitimen Ziels Erforderlichen hinausgehen. Bei diesem Prüfungspunkt tritt die Typisierungsermächtigung des Gesetzgebers in Konflikt mit der Einzelfallgerechtigkeit; es ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber gewichtige Ausnahmetatbestände übersehen hat. Es fragt sich mithin, ob andere Ausgestaltungen möglich sind, die dem Ziel der Zuordnung demokratischer kollektiver Selbstbestimmung gleich gerecht werden und zugleich die Allgemeinheit des Referendums weniger berühren.

Ein Heraufsetzen der zeitlichen Grenze von 15 Jahren stellt die Erforderlichkeit der Regelung allerdings nicht in Frage, da die Festlegung noch in den Typisierungsspielraum des Gesetzgebers fällt.

In Betracht hätte ferner eine Ausnahme für Grenzgänger kommen können, d.h. für deutsche Staatsangehörige, die ihren Wohnsitz nah an der deutschen Staatsgrenze haben (hier könnte eine maximale Entfernung gesetzt werden), aber innerhalb Deutschlands arbeiten bzw. sich in Deutschland sozial und/oder politisch engagieren.⁹⁰ Allerdings ist schwer zu bestimmen, was ein grenznaher Wohnort ist und welches Engagement, welche berufliche Tätigkeit für die Person des Grenzgängers genügen. Es stellen sich bei jeder neuen Typisierung neue Gleichheitsprobleme, die eine gleiche Eignung in Frage stellen.⁹¹

Indes liegt eine andere Alternativregelung aus demokratischen Gründen noch näher (die so gut wie alle Grenzgänger erfassen würde), und zwar diejenigen deutschen Aktivbürger am Referendum teilnehmen zu lassen, die unionsrechtliche Freizügigkeitsrechte (Art. 21, 45, 49 AEUV) in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Anspruch nehmen.⁹²

⁹⁰ Dies wird in BVerfGE 132, 39 (57) nahe gelegt.

⁹¹ Ähnlich BVerfGE 132, 39/60 (69) – abweichende Meinung *Lübbe-Wolff*.

⁹² Vgl. auch BVerfGE 58, 202 (205).

Bei diesen Staatsbürgern greift das Argument der Fremdbestimmung nämlich nicht. Nehmen sie am Referendum teil, stimmen sie sehr wohl über eigene Angelegenheiten ab, nämlich darüber, ob ihnen die EU-Freizügigkeitsrechte verlustig gehen, da diese vom Vorliegen ihrer Unionsbürgerschaft abhängig sind, die wiederum nur Angehörigen eines EU-Mitgliedstaats zusteht (siehe Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV). Wegen der Gewichtigkeit der Konsequenzen des Referendums für auch im EU-Ausland lebende Deutsche und der Betroffenheit einer nicht unerheblichen Zahl von Aktivbürgern⁹³ ist der Typisierungsspielraum des Gesetzgebers in diesem Fall überschritten.

§ 2 Abs. 2 EU-RefG ist somit nicht zwingend erforderlich und damit wegen Verstoßes gegen den aus Art. 3 Abs. 1 GG fließenden Grundsatzes der Allgemeinheit von Referenden verfassungswidrig. Aus der Besonderheit konsultativer Referenden folgt nichts anderes und auch nicht eine Erleichterung des verfassungsrechtlichen Maßstabs gegenüber dem Gesetzgeber.⁹⁴

III. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung B ist teilweise im Umfang der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit (siehe § 78 S. 1 BVerfGG) von § 2 Abs. 2 EU-RefG begründet.

C. Ergebnis

Der Antrag der O-Fraktion ist bereits unzulässig. Der Antrag der Landesregierung B ist zulässig und wegen der Nichtigkeit von § 2 Abs. 2 EU-RefG teilweise begründet.

⁹³ Ca. eine Million, siehe BVerfGE 132, 39 (43).

⁹⁴ Wer die Erforderlichkeit der Regelung nicht an der Nichterfassung Deutscher im EU-Ausland scheitern lässt, hat sich ggf. – soweit nicht bei der Eignung abgelehnt – kurz mit potentiellen Interessenkonflikten auseinanderzusetzen. Das verfassungsrechtliche Gewicht einer klaren Zuordnung von Loyalitäten und Interessen erscheint jedenfalls leichter als das der Sicherung demokratischer Selbstbestimmung. Es spricht im Übrigen einiges dafür, soweit die Berücksichtigung von gewichtigen Ausnahmetatbeständen abgelehnt wird, die zwingende Erforderlichkeit der Regelung anzunehmen. Insbesondere ist durch die Rückkehrerklausel sichergestellt, Übergangskonstellationen der Re-Integration deutscher Staatsbürger zu erfassen. Die Regelung des § 2 Abs. 3 EU-RefG dämpft damit den Eingriff in die Referendenallgemeinheit.