

Rainer Hofmann | Sven Hölscheidt | Philipp Mörth
Jürgen Pirker | Magdalena Pöschl | Ewald Wiederin (Hrsg.)

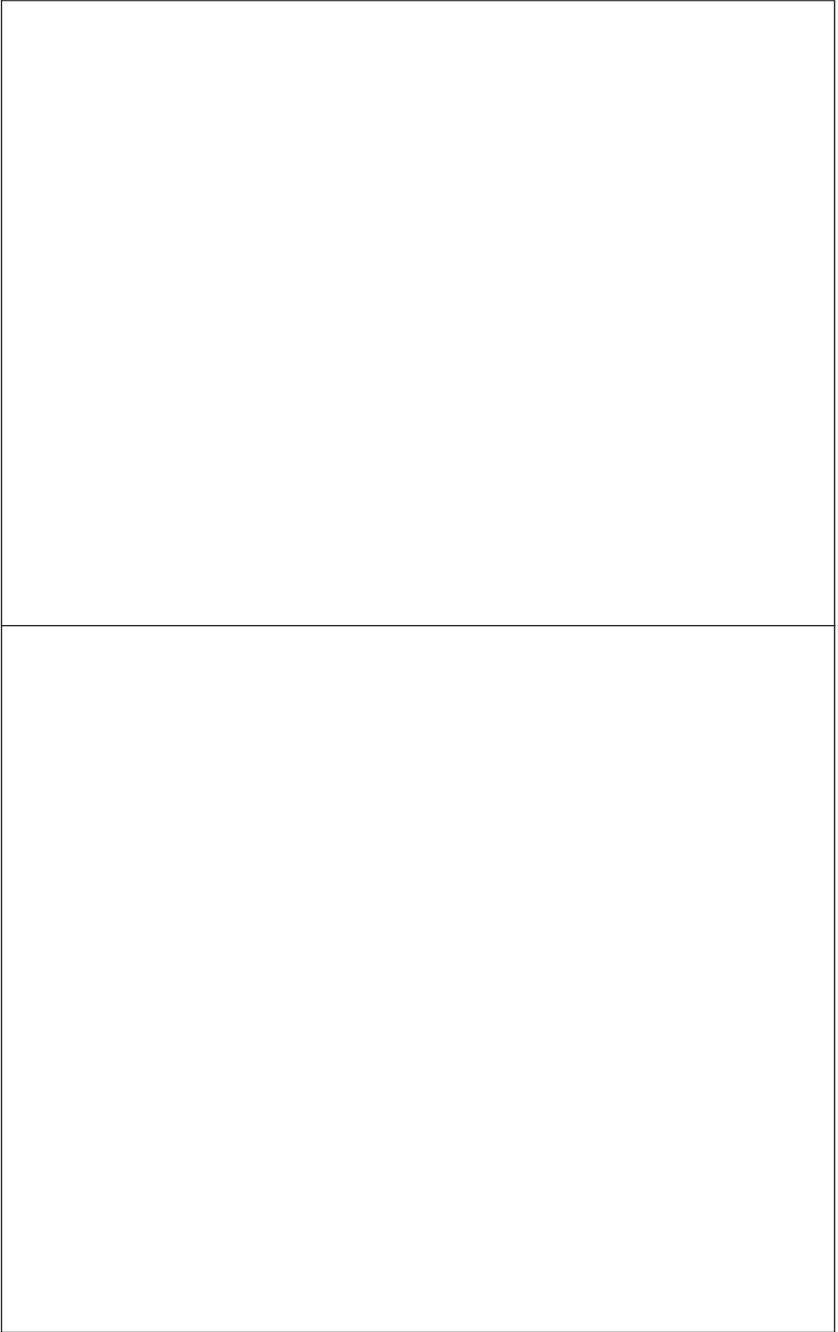
Festschrift
für
Franz Merli



Nomos

MANZ 





Rainer Hofmann | Sven Hölscheidt | Philipp Mörth
Jürgen Pirker | Magdalena Pöschl | Ewald Wiederin (Hrsg.)

Festschrift
für
Franz Merli



Nomos

MANZ 

Die Drucklegung der Festschrift wurde ermöglicht
durch großzügige Unterstützung von:

 **Bundesministerium**
Justiz

ÖFG // ÖSTERREICHISCHE
FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT

hba

Held Berdnik Astner & Partner
Rechtsanwälte GmbH



 **Das Land**
Steiermark

→ Wirtschaft, Tourismus,
Wissenschaft und Forschung

WKO 
STEIERMARK

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN (Print) 978-3-8487-8995-5
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-3460-8
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-214-00792-8
(MANZ'sche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck
und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des
Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbe-
halten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Im November 2023 feiert Franz Merli seinen 65. Geburtstag – und wir feiern ihn, in der vorliegenden Festschrift, die über 50 Beiträge seiner Schüler, Kolleg:innen und Freund:innen versammelt. Sie kommen aus Österreich, Deutschland, der Schweiz, aus Polen, der Slowakei, aus Spanien und Ungarn und spiegeln das vielseitige, tiefgründige und weltoffene Werk des Jubilars wider.

Franz Merli war nie ein Forscher, der „etwas werden“ will, sondern stets einer, der etwas wissen will. Nur ein Land, bloß eine Rechtsordnung zu kennen oder allein die Rechtswissenschaft zu beherrschen, reicht ihm nicht. Geboren und aufgewachsen in Graz, zog es ihn schon als Schüler für ein Jahr in die USA. Danach studierte er neben Rechtswissenschaften auch Slawistik, nicht nur wegen der Sprachen, auch wegen der Literaturwissenschaft, nicht bloß in Österreich, sondern ebenso in Russland. Zurück in Graz verschlug es ihn 1981 eher zufällig in die Rechtswissenschaft, aber wohl nicht von ungefähr in das öffentliche Recht, das so vielfältig und weit gespannt ist, dass es immer Neues zu entdecken gibt. Franz Merli hat dieses Fach zudem von Beginn an rechtsvergleichend betrieben. Für seine von Bernd-Christian Funk betreute Habilitationsschrift „Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch“ forschte er ein Jahr am Max-Planck-Institut in Heidelberg. 1994 verlieh ihm die Universität Graz dafür die Lehrbefugnis für Österreichisches und vergleichendes Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Nur ein Jahr später wurde er nach Heidelberg berufen, diesmal auf eine Professur für öffentliches Recht. 1998 übernahm er in Dresden eine Professur für das „Recht der europäischen Integration und Rechtsvergleichung unter besonderer Berücksichtigung Mittel- und Osteuropas“. Acht Jahre später kehrte er an die Universität Graz zurück, um 2015 einem Ruf an die Universität Wien zu folgen. Neben diesen großen Stationen übte er drei Gastprofessuren in den USA aus und unterrichtete an verschiedensten anderen Universitäten, von Polen über Tschechien, Kroatien und Türkei bis hin zu Spanien, Marokko und Äthiopien.

Wie seine Biographie zeigt, nähert sich Franz Merli Rechtsfragen gern „von außen“; denn er ist überzeugt, dass man mit Abstand leichter sieht, was sonst verborgen bleibt. Für ihn stimmt das gewiss – kaum jemand erfasst so schnell wie er den Kern eines Rechtsproblems, die Struktur und die Grundfragen eines Rechtsgebiets. Durch sein überreiches und ständig wachsendes Vergleichsrepertoire hat Franz Merli auch fast immer

Regelungsalternativen parat, die zu besseren Lösungen führen. Seinem ausgeprägten Sinn für die Funktion von Rechtsvorschriften, für ihre Wechselwirkungen und ihren Platz im System entgeht naturgemäß auch nichts, was Systeme bricht. So verdanken wir ihm scharfsinnige Analysen quer durch das öffentliche Recht, im Verfassungsrecht zu allen Schlüsselfragen der Demokratie und des Rechtsstaates. Das Verwaltungsrecht überblickt er – vom Baurecht über das Infrastruktur-, Migrations-, Polizei-, Umwelt-, Raumordnungs-, Wirtschaftsrecht bis hin zum Wehr- und Zivildienstrecht – wie kaum ein anderer. Dabei sieht er hinter der Vielfalt des Besonderen immer das Verbindende und Bleibende; das verleiht seinen wegweisenden Arbeiten zum Allgemeinen Verwaltungsrecht buchstäblich eine besondere Tiefe. Weitblickend sind Franz Merlis europarechtliche Arbeiten, die die Integration auch und gerade der mittel- und osteuropäischen Staaten von Beginn an intensiv begleitet haben. In seinem viel beachteten Vortrag „Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte“ auf der Staatsrechtslehrrertragung in Rostock führte Franz Merli 2006 gewissermaßen alle Fäden seines Könnens zusammen. Der große Respekt, der ihm im Kreis der deutschsprachigen Staatsrechtslehrer:innen entgegengebracht wird, spiegelt sich auch darin wider, dass er von 2016 bis 2017 in den Vorstand der Vereinigung berufen wurde. Seine Publikationen präsentiert Franz Merli, wie könnte es anders sein, in guter systematischer Ordnung,¹ in die wir gerne auch unsere Festschriftbeiträge einreihen.

Viele Autor:innen, die an dieser Festgabe mitgewirkt haben, heben hervor, wie bereichernd Diskussionen mit Franz Merli sind – tatsächlich ist er ein kluger Verwalter seines Wissens: Er hortet es nicht, er teilt es, und indem er sein Wissen teilt, vermehrt es sich. Es gibt buchstäblich keine Rechtsfrage, die man nicht gewinnbringend mit ihm diskutieren könnte. Entweder er kennt sich in dem Rechtsfeld ohnedies schon aus oder er ist dort nach wenigen Informationen orientiert und kann einschätzen, was nicht funktioniert. Defizite sieht er sofort, und er benennt sie auch, aber nicht, um es besser zu wissen, sondern um sie zu überwinden: Franz Merli sieht, was aus Ideen und Texten noch werden kann, und er hat ein weites Herz für Menschen, die anders denken als er – wenn sie nur denken! Sein scharfer Geist, seine konstruktive Kritik und seine Großzügigkeit machen ihn zu einem herausragenden Gesprächspartner für Kolleg:innen und zu einem fabelhaften Lehrer für seine Schüler:innen.

1 Vgl. <https://staatsrecht.univie.ac.at/team/merli-franz/publikationsverz-syst-merli/>.

Um etwas zu lernen, gibt es für Franz Merli keine bessere Methode als es zu unterrichten – das hat er an vielen Universitäten der Welt erprobt, und er hat auch manchen Lehrgang mit aufgebaut: das postgraduale Studium „Gemeinsamer Rechtsraum Europa: Die europäische Integration und Mittel-, Ost- und Südeuropa“ in Dresden, das Netzwerk „Deutsche und Europäische Rechtsschulen“ in Südosteuropa und die Sommerschule in Kroatien. Seine Erfahrungen aus verschiedensten Rechts- und Lehrkulturen machen Franz Merlis Unterricht zu einem Lernerlebnis im besten Sinn: Er schafft in der verwirrenden Vielfalt des Rechtsstoffs Ordnung, indem er vereinfacht, strukturiert und zuspitzt, ohne aber zu verkürzen. Er beherrscht das Wechselspiel zwischen Besonderem und Allgemeinem, Abstraktion und Veranschaulichung, der Auslegung einer Einzelvorschrift und ihrer Funktion im Gesamtsystem. Er regt die Studierenden an, das Gelernte zu verknüpfen, aber auch, es anzuzweifeln und nach Alternativen zu fragen, er lässt sie nicht in Ruhe, irritiert und provoziert sie zum Widerspruch, nicht zuletzt mit seinem pointierten, manchmal auch herausfordernden Humor. Franz Merli ist ein großartiger Lehrer, der Generationen von Studierenden für das öffentliche Recht begeistert und ihnen ein tiefes Verständnis für das Recht an sich vermittelt hat.

Als Forscher wie als Lehrer interessiert sich Franz Merli unverdrossen für die Wirklichkeit. Er kennt und achtet die Theorie, doch genauso drängt es ihn zu wissen, wie Dinge real funktionieren und woran sie scheitern: „Recht braucht Wirklichkeit“² – dieser Prämisse folgend, spielt Franz Merli jede These an konkreten Beispielen durch. Dabei idealisiert er weder die Welt noch die Rechtsordnung – er nimmt sie als Menschenwerk, das weder perfekt sein kann noch muss, das sich aber doch verbessern lässt. Sein ausgeprägter Realitätssinn, sein sicheres Judiz und sein Augenmaß machen Franz Merli auch zu einem gefragten Ratgeber der Praxis. Er hat zu bedeutenden staatsrechtlichen Fragen gegutachtet und war Mitglied in vielen Expert:innenkommissionen, nicht zuletzt durch seine Hartnäckigkeit hat er maßgeblich dazu beigetragen, die Vorgänge rund um den Terroranschlag vom 2. November 2020 in Wien aufzuklären.³

Franz Merli ist ein glänzender Forscher und Jurist, auch, weil er nicht nur Jurist ist. Gerade, weil er das Ganze sehen will und nie allein das Recht vor Augen hat, kann er Distanz wahren. Selbst schwierige Lagen beruhigt

2 *F. Merli*, Themenbeschränkungen der direkten Demokratie?, in: T. Öhlinger/K. Poier (Hrsg.), *Direkte Demokratie und Parlamentarismus – Wie kommen wir zu den besten Entscheidungen?*, 2015, 311 (323).

3 Vgl. nur den Titel des Beitrages von *I. Zerbes/M. Stempkowski*, „Jetzt stellen Sie sich doch nicht dümmer als Sie sind!“, 651.

Vorwort

er mit seiner Gelassenheit, und stets erfreut er uns mit seinem spezifischen Humor, von ihm wissen wir: „Auch mit fundamentalen Konflikten kann man ... leben – wenn sie nicht auftreten.“⁴

Lieber Franz Merli, wir danken für viele herausfordernde, vergnügliche, stets lehrreiche Gespräche und Texte und gratulieren im Namen aller Autor:innen herzlich zum Geburtstag!

Rainer Hofmann
Sven Hölscheidt
Philipp Mörth
Jürgen Pirker
Magdalena Pöschl
Ewald Wiederin

4 *F. Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 66, 2007, 392 (413).

Inhalt

A. Verfassungsrecht und internationale Einflüsse	17
I. Demokratie	19
Wahlen und Abstimmungen im Deutschen Bundestag <i>Sven Hölscheidt</i>	21
Evaluation und Politikberatung in der Pandemie Reflexionen aus der Werkstatt <i>Stefan Huster</i>	35
Legalitätsprinzip und Volksdemokratie <i>Benjamin Kneib</i>	51
Der Bürger:innen Rat für die Gesetzgebung? Beispiele aus Irland und Belgien <i>Marlies Meyer</i>	65
Über Verschwörungsdanken <i>Gunnar Folke Schuppert</i>	81
Über Wahlkreise und Verhältnismäßigkeit im Wahlrecht <i>Ewald Wiederin</i>	95
II. Rechtsstaat	111
Der Aufstieg der Menschenrechte in den 1970er-Jahren <i>Oliver Diggelmann / Livia Enzler</i>	113

Inhalt

Und die Welt dreht sich weiter – nur das Recht nicht? Reflexionen am Beispiel des Steuerrechts <i>Tina Ehrke-Rabel</i>	131
When the House is on Fire... Grund- und Menschenrechte als Instrumente des Klimaschutzes? <i>Michael Lysander Fremuth</i>	149
Das österreichische Eherecht zwischen verfassungsrechtlichem Diskriminierungsschutz und Reformverweigerung durch den Gesetzgeber <i>Monika Hinteregger</i>	167
Der geschlechtliche Personenstand Szenen einer Odyssee <i>Elisabeth Holzleithner</i>	181
Beobachtung zum Rechtsschutz bei verwaltungsnahen Verträgen <i>Peter Ivankovics</i>	199
Der Niedergang der österreichischen Bundesministerien <i>Clemens Jabloner</i>	211
Tötung auf Verlangen und EMRK Die Entscheidung des EGMR in der Rs. Mortier gg. Belgien <i>Lamiss Khakzadeh</i>	227
Alternative Zuständigkeiten in der mittelbaren Bundesverwaltung am Beispiel des Gesundheitswesens <i>Christian Kopetzki</i>	243
Ombudsmann in Polen Verteidiger der Rechte und Freiheiten in Krisenzeiten <i>Irena Lipowicz</i>	257

	<i>Inhalt</i>
Die Geister, die man rief ... Gedanken über die Judikaturentwicklung zum namensrechtlichen Teil des AdelsaufhebungsG <i>Rudolf Müller</i>	273
Umstrukturierungen im staatlichen Sektor aus arbeits- bzw. dienstrechtlicher Sicht <i>Gert-Peter Reissner</i>	289
Beleihung im interföderalen Kontext Die Gesundheitsplanungs GmbH vor dem VfGH <i>Karl Stöger</i>	303
Rüstungsexporte – Wer entscheidet? <i>Joachim Wieland</i>	317
B. Verwaltungsrecht und internationale Einflüsse	331
I. Allgemeines Verwaltungsrecht	333
Nutzungsrechtsverhältnisse in Ansehung „öffentlicher Sachen“ <i>Hartmut Bauer</i>	335
Die „Verwaltung“ des Art. 20 Abs. 1 B-VG <i>Michael Holoubek</i>	349
Zur sozialen Dimension des Allgemeinen Verwaltungsrechts <i>Konrad Lachmayer</i>	365
Verwaltungsermessen im Sinne des B-VG – eine Definition im Kontrast zur Rechtslage in Deutschland <i>Philipp Mörth</i>	379
Zweifelhafte Segnungen der verfassungsgerichtlichen Erlasskontrolle <i>Magdalena Pöschl</i>	397

Inhalt

Gemischte Rechtsakte <i>Sebastian Schmid</i>	415
„Da mihi factum, dabo tibi ius“ Plädoyer für eine bessere Einbeziehung von Sachverhalts- und Wissensfragen in die Dogmatik des Verwaltungsrechts <i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i>	433
II. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsverfahren	449
Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Slowakischen Republik <i>Alexander Brösl</i>	451
Der Verkauf von Nachbarrechten im öffentlichen Recht aus Sicht des bürgerlichen Rechts <i>Wolfgang Lüke</i>	463
Zehn Jahre zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit Die juristische Praxis und ihr wachsamer Beobachter <i>Anna Sporrer</i>	481
Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung im demokratischen Rechtsstaat <i>Andreas Wimmer</i>	497
III. Besonderes Verwaltungsrecht	513
Perspektiven der Vertragsraumordnung <i>Harald Eberhard</i>	515
Gelöste und ungelöste Probleme grenzüberschreitender Altersvorsorge in Deutschland aus Sicht der Rechtsprechung <i>Jutta Förster</i>	529
Wirtschaftssteuerung durch Wirtschaftsförderung <i>Claudia Fuchs</i>	547

Rechtsprechungskonkurrenzen im Bereich der
Eisenbahnregulierung 561
Arno Kahl

Die strikte Trennung von Staatsschutz und Nachrichtendienst –
gelungene Reform oder Etikettenschwindel? 575
Reinhard Klaushofer

Der Gewerbebegriff. Szenen einer Entwicklung 589
Jürgen Pirker

Sexualmoral im Militär 607
Ute Sacksofsky

Ein seltener Fall von Zurückhaltung? 623
Die österreichischen Höchstgerichte und der Klimaschutz
Kirsten Schmalenbach

Lehren aus der Corona-Pandemie 635
Herstellung von Resilienz mit Instrumenten des öffentlichen
Wirtschaftsrechts
Stefan Storr

„Jetzt stellen Sie sich doch nicht dümmer als Sie sind!“ 651
Oder: Was wurde eigentlich aus den Ergebnissen der
Untersuchungskommission zum Terroranschlag im November
2020?
Ingeborg Zerbes / Monika Stempkowski

C. Europarecht und Völkerrecht 669

Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-
Mitgliedstaates 671
Pedro Cruz Villalón

Who regulates the space environment? 685
Mahulena Hofmann

Inhalt

Rechtsstaatsprinzip und Unionsrecht <i>Rainer Hofmann</i>	703
Verbindlichkeit von EuGH-Urteilen in Österreich <i>Michael Potacs</i>	719
Wege aus der Sackgasse Perspektiven für die Interpretation von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG <i>Matthias Ruffert</i>	733
Wie lässt sich Artikel 10 EUV in die Praxis umsetzen? Das Grundrecht auf Wahlen und die Kardinalgesetze in Ungarn <i>Pál Sonnevend</i>	747
D. Rechtstheorie und Verfassungstheorie	765
Die normative Kraft des Faktischen <i>Christoph Bezemek</i>	767
Der gesunde Menschenverstand als Rechtsgrundsatz? <i>Stephan Breitenmoser</i>	785
ChatGPT: Brauchen wir 2025 noch Jurist:innen? <i>Iris Eisenberger</i>	803
„Rechtswissenschaftliche Interpretation“ und „die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm“ <i>Bernd-Christian Funk</i>	815
Habermas' Diskurstheorie des Rechts im Dilemma zwischen Objektivismus und Normativismus <i>Peter Koller</i>	819
Freiheit und Sicherheit: Aspekte einer klassischen Antinomie <i>Martin Morlok</i>	835

Herrschaft und Knechtschaft im Staatsrecht Auch ein Beitrag zur Problematik des «Richterrechts» <i>Alexander Somek</i>	851
Chronologisches Verzeichnis der Publikationen von Franz Merli	865
Systematisches Verzeichnis der Publikationen von Franz Merli	879
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	895

A. Verfassungsrecht und internationale Einflüsse

I. Demokratie

Wahlen und Abstimmungen im Deutschen Bundestag

Sven Hölscheidt

Franz Merli und ich haben uns auf der 26. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiter „Öffentliches Recht“ kennengelernt. Die sog. kleine Staatsrechtslehrertagung hat im März 1986 in Kiel stattgefunden. Damals hat Franz Merli zu einem gewerberechtlichen Thema vorgetragen.¹ Aus den beiden „kleinen“ sind im Laufe der Jahre nicht nur ältere, sondern auch „große“ Staatsrechtslehrer geworden, die regelmäßig zusammen skifahren. Auf der Staatsrechtslehrertagung in Rostock 2006 hat sich Franz Merli dem Thema Rechtsprechungskonkurrenz gewidmet.² Franz Merli hat zu vielen weiteren Themen des öffentlichen Rechts publiziert, u. a. auch zum Wahl- und Abstimmungsrecht.³ Als langjähriger Parlamentsmitarbeiter ergeife ich deshalb die Möglichkeit, zu diesem Thema Stellung zu nehmen. Ich behandle zahlreiche alte und neue Fragen, die sich im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen⁴ im Deutschen Bundestag stellen.

A. Wahlen und Abstimmungen als Methode der Entscheidungsfindung

Sowohl bei Wahlen als auch bei Abstimmungen handelt es sich um eine Methode der Entscheidungsfindung. In einer parlamentarischen Demokratie wird mit Mehrheit entschieden (s. z.B. Art. 42 Abs. 2 GG). Also gilt es,

-
- 1 *F. Merli*, Wirtschaftsgestaltung und Wirtschaftslenkung im österreichischen Gewererecht, in: J. Makswit/F. K. Schoch (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Finanzordnung im internationalen und nationalen Recht, 1986, 249.
 - 2 *F. Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: VVDStRL, Band 66, 2007, 392.
 - 3 S. z.B. *F. Merli*, Wahlen in Gibraltar, Demokratie in Österreich und Lehren für Europa, in: T. Boriae/B. Lurger/P. Schwarzenegger/U. Terlitza (Hrsg.), Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II – Festschrift für Willibald Posch, 2011, 503; *ders.* in: K. Korinek/M. Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, 1. Lieferung 1999, Art. 41 Abs. 2, Art. 43, Art. 45, Art. 46 B-VG; sowie Art. 49b B-VG, 5. Lieferung 2002.
 - 4 Grundlegend *C. Thiele*, Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen, 2008.

die Mehrheitsverhältnisse festzustellen, damit klar wird, welche Entscheidung über eine Person oder eine Sache getroffen worden ist. Im Parlamentsrecht ist es üblich, Personalentscheidungen als Wahlen und Sachentscheidungen als Abstimmungen zu bezeichnen.⁵ Die wichtigsten Wahlen, die der Bundestag durchführt, sind die Wahl des Bundeskanzlers (Art. 63 GG) und die des Bundestagspräsidenten (Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG); die wichtigsten Abstimmungen sind die über Bundesgesetze (Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG).

B. Wahl- und Abstimmungsberechtigung der Abgeordneten

I. Mandatsinhaberschaft

Wahl- und abstimmungsberechtigt im Bundestag sind nur seine Abgeordneten. Das Mandat muss vor der Wahl bzw. Abstimmung begonnen haben und darf noch nicht beendet sein. Ein gewählter Bewerber erwirbt die Mitgliedschaft im Bundestag unmittelbar mit der Eröffnung der ersten Bundestagssitzung, nachdem der Bundeswahlausschuss das Wahlergebnis gemäß § 42 Abs. 2 S. 1 BWahlG festgestellt hat (§ 45 Abs. 1 S. 1 BWahlG).⁶ Sonderfälle des Mandatserwerbs (Ersatzwahl, Listennachfolge, Wiederholungswahl) sind in § 45 Abs. 2 und 3 BWahlG geregelt.⁷

Das Mandat endet im Regelfall mit dem Ende der Wahlperiode des (alten) Bundestages, also wenn der neue Bundestag gemäß Art. 39 Abs. 1 S. 2 GG zusammentritt. Es endet unmittelbar kraft Gesetzes, so wie es begonnen hat. Parlamentslose Zeiten gibt es daher nicht; der neue Bundestag folgt dem alten nahtlos.⁸ Abgesehen von diesem verfassungsrechtlichen Regelfall des kollektiven Mandatsendes endet das Mandat im Einzelfall am häufigsten durch Verzicht gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 4 BWahlG. Weitere Gründe für die Mandatsbeendigung sind überwiegend in § 46 Abs. 1 BWahlG geregelt.⁹

5 *S. Roßner*, Verfahren der Mehrheitsbestimmung: Wahl- und Abstimmungsverfahren, in: M. Morlok/U. Schliesky/D. Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 41 Rn. 2.

6 *S. Hölscheidt* in: W. Kahl/Ch. Waldhoff/Ch. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 199. Aktualisierung Juli 2019, Art. 39 Rn. 150.

7 Ausführlich *H. Sauer*, Beginn und Ende der Rechtsstellung als Abgeordneter, in: Morlok u.a. (Hrsg.), Parlamentsrecht (Fn. 5), § 11 Rn. 4.

8 *Sauer*, Parlamentsrecht (Fn. 5), § 11 Rn. 5; *Hölscheidt* (Fn. 6), Art. 39 Rn. 67, 131 f.

9 Ausführlich *Sauer*, Parlamentsrecht (Fn. 5), § 11 Rn. 11 ff.

Weil der Verfassungsgesetzgeber das Mandatsende an das Ende der Wahlperiode gekoppelt hat, kann der einfache Gesetzgeber das Mandat nicht darüber hinaus verlängern. Er versucht es aber im Gesetz über das Parlamentarische Kontrollgremium (Art. 45d GG), dem PKGrG. Die Mitglieder des Gremiums sind Abgeordnete, die ihre Mitgliedschaft in dem Gremium verlieren, wenn sie aus dem Bundestag ausscheiden (§ 2 Abs. 1, 4 S. 1 PKGrG). Trotzdem übt das Gremium seine Tätigkeit über das Ende der Wahlperiode hinaus aus, bis der nachfolgende Bundestag gemäß § 2 PKGrG ein neues Mitglied gewählt hat (§ 2 Abs. 4 S. 2, § 3 Abs. 4 PKGrG). Das geht aber nicht, weil das Gremium keine Mitglieder mehr hat.¹⁰

II. Anwesenheit im Sitzungssaal

1. Körperliche Anwesenheit

Wahl- und abstimmungsberechtigt sind nach gegenwärtiger Rechtslage nur Abgeordnete, die im Plenarsaal des Bundestages körperlich anwesend sind. Fernabstimmungen, das sog. Remote Voting, sind nicht zulässig, infolgedessen auch keine hybriden Sitzungen, in denen ein Teil der Abgeordneten anwesend ist und der andere mit Hilfe elektronischer Kommunikationsmittel teilnimmt. Vor Beginn der Coronapandemie herrschte Einigkeit darüber, dass das Leitbild des Grundgesetzes der körperlich anwesende Abgeordnete ist. Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 GG sprechen vom *Zusammentritt* des Bundestages; der Bundestag und seine Ausschüsse können nach Art. 43 Abs. 1 GG die *Anwesenheit* jedes Mitglieds der Bundesregierung verlangen. Außerdem haben die Mitglieder des Bundesrates und der Bundesregierung sowie ihre Beauftragten zu allen Sitzungen des Bundestages und seiner Ausschüsse gemäß Art. 43 Abs. 2 S. 1 GG *Zutritt*.¹¹

Weil es unter Pandemiebedingungen schwierig wurde, Präsenzveranstaltungen durchzuführen, sind einige Autoren auf die Idee gekommen, sog. virtuelle Bundestagssitzungen für zulässig zu erachten.¹² Das hört

10 Ausführlich *Hölscheidt* (Fn. 6), Art. 39 Rn. 77; a.A. *G. Hornung*, Parlamentarisches Kontrollgremium und G 10-Kommission, in: Morlok u.a. (Hrsg.), Parlamentsrecht (Fn. 5), § 30 Rn. 14.

11 *S. Hölscheidt/M.-L. Leonhardt*, Dabeisein ist alles: Zur Notwendigkeit körperlicher Anwesenheit im Parlament, ZParl 2021, 742 m.w.N.

12 *Z.B. J. Kersten/St. Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Coronakrise, 2. Aufl., 2021, 219 ff.; *Ch. Lenz/H. Schulte*, Sitzungen des Bundestags per Videokonferenz: Gehst du noch hin oder streamst du schon?, NVwZ 2020, 744 (745).

sich irgendwie modern und fortschrittlich an, ist aber falsch. Zum einen stimmt die Begrifflichkeit nicht, denn eine „virtuelle“ Sitzung wäre eine Sitzung, die nicht in Wirklichkeit stattfindet, aber echt erscheint. Eine solche Sitzung ist aber nicht gemeint, sondern eine echte Sitzung mit echten Abgeordneten, die mit Hilfe elektronischer Kommunikationsmittel durchgeführt wird. Zweitens ist die Idee auch inhaltlich verfehlt. Die körperliche Anwesenheit der Abgeordneten wird nicht deshalb obsolet, weil es schwierig ist, sie zu gewährleisten. Deshalb scheitert der Versuch, hybride oder sogar vollständig präsenzlose Sitzungen mit Hilfe gewagter interpretatorischer Klimmzüge für zulässig zu erachten.

Konsequenterweise gilt es daher zu überlegen, ob solche Sitzungen durch Verfassungsänderung eingeführt werden können. Das entscheidet sich am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG. Änderungen sind unzulässig, wenn sie die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berühren. Werden hybride oder präsenzlose Bundestagssitzungen eingeführt, berührt das die Grundsätze der Öffentlichkeit (Art. 42 Abs. 1 GG) und der repräsentativen Demokratie (Art. 20 Abs. 2 GG). Aufgrund dieser Aussage steht aber noch nicht fest, dass es unzulässig wäre, die Verfassung zu ändern. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es nur untersagt, die genannten Grundsätze prinzipiell Preis zu geben; auch elementare Verfassungsgrundsätze dürfen systemimmanent modifiziert werden.¹³ Die Sitzungen sollen ermöglicht werden, um die Funktionsfähigkeit des Bundestages zu gewährleisten. Dies ist ein vom Bundesverfassungsgericht anerkanntes Verfassungsgut.¹⁴ Es kann daher mit den Verfassungsgütern der Öffentlichkeit und der repräsentativen Demokratie zu einem verfassungsgemäßen und schonenden Ausgleich gebracht werden.¹⁵ Ein Formulierungsvorschlag etwa für einen neuen Art. 42 Abs. 4 GG lautet im Kern: „Von dem Erfordernis körperlicher Anwesenheit gemäß Art. 42 Abs. 1, Art. 39 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 3 S. 1 und Art. 43 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG kann der Bundestag in Notfällen durch Beschluss Ausnahmen zulassen, soweit das zwingend erforderlich ist, um seine Funktionsfähigkeit aufrecht zu erhalten.“¹⁶ Schleswig-Holstein hat seine Verfassung in diesem Sinn im April 2021 geändert. In Notlagen sind nun ausnahmsweise hybride Sitzungen zulässig. Hoffentlich finden sie nie statt.

13 BVerfGE 30, 1 (24 f.).

14 S. z.B. BVerfGE 112, 118 (140 f.); 96, 264 (278).

15 Hölscheidt/Leonhardt, Dabeisein (Fn. 11), 794.

16 S. näher Hölscheidt/Leonhardt, Dabeisein (Fn. 11), 752 ff.

2. Stimmrechtsübertragung

Stimmrechtsübertragung bedeutet, dass ein Abgeordneter, der an einer Wahl oder Abstimmung nicht teilnehmen kann, sein Stimmrecht auf einen anderen Abgeordneten überträgt.¹⁷ Sie wird auch „Proxy Voting“, „stellvertretende Stimmabgabe“ oder „Stimmrechtsdelegation“ genannt. Die Stimmrechtsübertragung ist in Art. 27 der Französischen Verfassung ausdrücklich vorgesehen. Dort ist bestimmt, dass das Stimmrecht der Parlamentsmitglieder höchstpersönlich auszuüben ist. Und weiter: „Das verfassungsausführende Gesetz kann ausnahmsweise die Übertragung des Stimmrechts gestatten. In diesem Falle darf niemandem mehr als ein Mandat übertragen werden.“ Nach dem Grundgesetz ist eine solche Stellvertretung nicht möglich, denn das Amt des Abgeordneten kann nur höchstpersönlich ausgeübt werden.¹⁸ Es widerspricht der Abgeordnetengleichheit, wenn ein Abgeordneter zwei Stimmen abgeben darf, also ein doppeltes und nicht wie die anderen nur einfaches Stimmrecht hat. Wie bei der Fernabstimmung stellt sich nun die Frage, ob die Stimmrechtsübertragung durch Verfassungsänderung eingeführt werden könnte. Das dürfte zu bejahen sein, wenn die Stimmrechtsübertragung für Notfälle vorgesehen wird, um die Funktionsfähigkeit des Bundestages zu gewährleisten. Wenn Abgeordnete aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (also z.B. krankheits- oder quarantänebedingt) in solchen Fällen nicht persönlich abstimmen können, sollte ihnen die Möglichkeit der Stimmrechtsübertragung eingeräumt werden. Wenn sie kein Stimmrecht haben, können sich u. U. die Mehrheitsverhältnisse ändern oder es kann sogar die Beschlussfähigkeit des Bundestages gefährdet sein. Es ist aber (wie im französischen Recht) nur zulässig, eine Stimme zu übertragen, die außerdem weisungsgemäß abgegeben werden müsste. Hinzu kommt, dass die Stimmrechtsübertragung hinter die Fernabstimmung zurückzutreten hat. Die Stimmabgabe durch den Abgeordneten höchstpersönlich (wenn auch aus der Ferne) entspricht eher dem Grundgesetz als die Stimmabgabe durch einen anderen Abgeordneten.

17 Ausführlich *Hölscheidt/Leonhardt*, Dabeisein (Fn. 11), 756 f.

18 Vgl. *D. Wiefelspütz*, Abgeordnetenmandat, in: Morlok u.a. (Hrsg.), Parlamentsrecht (Fn. 5), § 12 Rn. 6.

C. Wahl- und Abstimmungsverhalten

I. Freie Entscheidung des Abgeordneten

Jeder Abgeordnete kann aufgrund seiner Mandatsfreiheit (Art. 38 Abs. 1 GG) bei jeder Wahl oder Abstimmung mit „Ja“, „Nein“ oder „Enthaltung“ stimmen, der Wahl oder Abstimmung fernbleiben, bei geheimen Wahlen auch eine ungültige Stimme abgeben. Grundsätzlich entscheidet er autonom, ob und wie er wählt oder abstimmt. Nun wird oft behauptet, eine bestimmte Entscheidung sei alternativlos, um zum Ausdruck zu bringen, dass es nur *eine* Entscheidungsmöglichkeit gibt. Das ist zum einen schon deshalb falsch, weil Alternative bekanntlich die Möglichkeit bedeutet, zwischen zwei oder mehreren Dingen zu wählen. Zum anderen gibt es in jedem Fall die genannten Alternativen.

Ebenso wenig wie ein Abgeordneter sinnvollerweise geltend machen kann, seine Entscheidung sei alternativlos gewesen, kann er behaupten, sie sei dem Fraktionszwang geschuldet. Denn: „Ein Fraktionszwang ist unzulässig.“ Das ist zwar nur in den Verfassungen von Brandenburg (Art. 67 Abs. 2) und Bremen (Art. 77) ausdrücklich geregelt, gilt aber generell. Rechtlich zulässigen Fraktionszwang gibt es also nicht. Fraktionszwang ist die unzulässige Nötigung eines oder mehrerer Fraktionsmitglieder durch ein oder mehrere Fraktionsmitglieder, das Mandat in einem bestimmten Sinn auszuüben. Dabei wird die Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch wirtschaftlichen oder politischen Druck ausgeübt. Unzulässigkeit liegt vor, wenn das angedrohte oder angewandte Zwangsmittel in einem verwerflichen Verhältnis zu der bezweckten Mandatsausübung steht.¹⁹ Dem Abgeordneten steht es allerdings frei, entgegen seiner persönlichen Überzeugung bei seiner Entscheidung der Mehrheitsmeinung seiner Fraktion zu folgen. Er kann sich der Fraktionsdisziplin unterwerfen. Das ist die Ordnung und vor allem Geschlossenheit der Fraktion, die dadurch zustande kommt, dass sie auf potenzielle Abweichler einwirkt, mit dem Ziel, dass diese der politischen Linie der Fraktionsmehrheit folgen.²⁰

Jedem Abgeordneten muss die Möglichkeit verbleiben, zumindest zu wählen und abzustimmen. Das Stimmrecht ist nicht einschränkbar. Allerdings darf ein Abgeordneter von einer Sitzung ausgeschlossen werden, wenn er sie erheblich stört. Dieser Eingriff in sein Statusrecht aus Art. 38 Abs. 1 GG, an Sitzungen teilzunehmen, ist gerechtfertigt, weil die Funkti-

19 Ausführlich S. Hölscheidt, Das Recht der Parlamentsfraktionen, 2001, 438 ff.

20 Ausführlich Hölscheidt, Parlamentsfraktionen (Fn. 19), 703 f.

onsfähigkeit des Bundestages gewährleistet sein muss. Sonst hätte ein trillerpfeifender Abgeordneter die Möglichkeit, die anderen (gegenwärtig 735) Abgeordneten daran zu hindern, ihr Mandat auszuüben. Insoweit sind die Regelungen des Sitzungsausschlusses in § 44e Abs. 1, S. 3, 4 AbgG, § 38 GO-BT verfassungskonform.

Ein Sitzungsausschluss darf aber nicht dazu führen, dass der ausgeschlossene Abgeordnete weder wählen noch abstimmen kann. In diesem Sinn sind die genannten Regelungen des Sitzungsausschlusses verfassungskonform zu interpretieren.²¹ Es ist nämlich nicht ersichtlich, wie die bloße Ausübung des Stimmrechts die Funktionsfähigkeit des Bundestages beeinträchtigen könnte. Ich bleibe meinem konkret-realtätsbezogenen Ansatz²² treu: Einem ausgeschlossenen Abgeordneten könnte die Möglichkeit gegeben werden dergestalt zu wählen oder abzustimmen, dass er den Plenarsaal durch eine der mit „Ja“, „Nein“ oder „Enthaltung“ gekennzeichneten Hammelsprungtüren betreten darf, den er sofort wieder zu verlassen hat.

II. Gebundene Entscheidungen des Bundestages

Die Abgeordneten sind in ihrer Gesamtheit als Bundestag verpflichtet, bestimmte Wahlen und Abstimmungen durchzuführen. Die Verfassung begrenzt die Mandatsfreiheit. Das Verfassungsrecht kennt ebenso wie das Verwaltungsrecht gebundene Entscheidungen. So ist der Bundestag verpflichtet, einen Bundeskanzler und seinen Präsidenten zu wählen sowie einen Wehrbeauftragten zu berufen (Art. 45b GG). Er muss Pflichtausschüsse einsetzen: für die Angelegenheiten der EU (Art. 45 GG), für auswärtige Angelegenheiten und für Verteidigung (Art. 45a GG) sowie den Petitionsausschuss (Art. 45c GG), den Gemeinsamen Ausschuss (Art. 53a GG) und das Parlamentarische Kontrollgremium (Art. 45d GG). Auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder hat der Bundestag die Pflicht, einen Untersuchungsausschuss einzusetzen (Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG). Zu der Einsetzungsverpflichtung gehört die Wahl der Mitglieder, wenn keine Benennung durch die Fraktionen vorgesehen ist. Sie bereitet der Mehrheit immer dann Schwierigkeiten, wenn eine Oppositionsfraktion ausgegrenzt werden soll: früher die Grünen, dann die PDS und nun die AfD. In der

21 Ausführlich A. Ingold/S.-Ch. Lenski, Ordnungsgeld und Sitzungsausschluss als Ordnungsmaßnahmen gegen Bundestagsabgeordnete, JZ 2012, 120 (123 f.); Thiele, Regeln (Fn. 4), 426 ff.

22 Hölscheidt, Parlamentsfraktionen (Fn. 19), 37 ff.

20. Wahlperiode scheiterte bislang z.B. die Wahl eines Abgeordneten der AfD zum Bundestagsvizepräsidenten und in das Parlamentarische Kontrollgremium.²³ Bei der Wahl ist der Bundestag daran gebunden, dass den Fraktionen das Recht auf Chancengleichheit und auf effektive Ausübung der Opposition zusteht. Zwar gilt bei der Wahl Abstimmungsfreiheit (Art. 38 Abs. 1 GG) und am Ende zählt die Mehrheit (Art. 42 Abs. 2 GG). Abgeordnetenfreiheit und Mehrheitsprinzip stehen aber nicht ohne weiteres über dem Recht der Opposition auf Chancengleichheit. Diese Verfassungsgüter müssen vielmehr zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden. Der Bundestag muss deshalb durch Verfahren sicherstellen, dass Wahlvorschläge von Oppositionsfraktionen nicht aus sachwidrigen Gründen abgelehnt werden.²⁴

Der Bundestag ist auch in vielen Fällen verpflichtet, Gesetze zu beschließen. Er muss seine Gesetzgebungsaufträge erledigen, also z.B. das Nähere zum Wahl- und Parteienrecht regeln (Art. 38 Abs. 3, Art. 21 Abs. 5 GG). Das kann sich manchmal ganz schön hinziehen: Beim Parteiengesetz hat es von 1949 bis 1967 gedauert. Unions- und verfassungsrechtlich verpflichtende Auftragsgesetzgebung für die EU (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, Art. 288 Abs. 3 AEUV, Art. 23 Abs. 2 GG) hat der Bundestag zu erledigen, denn für die Umsetzung von Richtlinien der EU ist nach deutschem Recht in der Regel der Bundesgesetzgeber zuständig. Außerdem muss der Bundestag den Schutzaufträgen nachkommen, die ihm das Grundgesetz erteilt, wie z.B. in Art. 1 Abs. 1 S. 2 zugunsten der Menschenwürde und in Art. 6 Abs. 1, 4, 5 GG zugunsten von Ehe und Familie sowie von Müttern und der Gleichstellung nichtehelicher Kinder. Weiter hat der Bundestag Schutzpflichten zu erfüllen, die aus Grundrechten resultieren, vor allem aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Sie werden meist vom Bundesverfassungsgericht bestimmt, an dessen Entscheidungen der Bundestag gebunden ist (§ 31 BVerfGG). Es ist nicht unproblematisch, aus den Grundrechten objektive Verpflichtungen abzuleiten. Die demzufolge entstehende Bindung des Bundestages wird allerdings dadurch relativiert, dass ihm ein großer Einschätzungsspielraum zusteht, wenn er die Verpflichtungen erfüllt. Jedoch bringt jeder durch Gesetz verordnete Schutz von Grundrechtsberechtigten eine Freiheitsein-

23 BT-Drs. 20/6501, 20/6502; BT-Plenarprotokoll 20/106, 12866.

24 Zu der vergleichbaren Konstellation in den Landtagen zutreffend ThürVerfGH DÖV 2021, 222 m.w.N.

schränkung mit sich.²⁵ Gäbe es eine Helmpflicht für Skifahrer, müsste auch ich, wie seit einigen Jahren Franz Merli, einen Helm tragen.

D. Beschlussfähigkeit des Bundestages

Als nächstes stellt sich die Frage, wie viele der wahl- und abstimmungsberechtigten Abgeordneten im Sitzungssaal sein müssen, damit sie einen Beschluss fassen können. Unter welchen Voraussetzungen ist der Bundestag beschlussfähig? Eine Antwort auf diese Frage findet sich im Grundgesetz nicht. Auch die Weimarer Verfassung enthielt keine Regelung der Beschlussfähigkeit, anders als das gegenwärtig in den meisten Landesverfassungen der Fall ist. Ausführliche Regelungen gibt es hingegen in allen Parlamentsgeschäftsordnungen, also auch in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GO-BT): „Der Bundestag ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder im Sitzungssaal anwesend ist“ (§ 45 Abs. 1 GO-BT).²⁶ Abweichend davon war der Bundestag von März 2020 bis März 2022 aufgrund der Coronapandemie beschlussfähig, wenn mehr als ein Viertel der Mitglieder im Sitzungssaal anwesend war (Art. 126a GO-BT).²⁷

Die Mitgliederzahl ist in Art. 121 GG definiert als Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl des Bundestages. Das Grundgesetz legt die Mitgliederzahl also nicht selbst fest, sondern verweist dynamisch auf § 1 BWahlG. Dessen Absatz 1 Satz 1 sieht vor, dass der Bundestag aus 598 Abgeordneten besteht, vorbehaltlich der Abweichungen, die sich aus dem Bundeswahlgesetz ergeben. Entscheidend ist die Zahl der Mitglieder, die zum konkreten Zeitpunkt der Beschlussfassung wahl- bzw. stimmberechtigt sind (sog. konkreter Sollbestand). Die vollständige Zahl beträgt im 20. Bundestag 736, sodass die Mitgliederzahl bei 369 Stimmen erreicht ist. Die Zahl kann sich vorübergehend oder dauerhaft verringern. Das ist z.B. der Fall, wenn nach dem endgültigen Ausscheiden eines Abgeordneten aus dem Bundestag die Berufung eines Nachfolgers noch eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt oder (im Fall eines Überhangmandats) gar

25 Näher zum Ganzen *F. Hufen*, Staatsrecht II, 9. Aufl., 2021, § 5 Rn. 5, § 13 Rn. 27.

26 Ausführlich z.B. *B. Beckermann*, Beschlussfähigkeit des Deutschen Bundestages zwischen Repräsentation und Arbeitsfähigkeit, DÖV 2020, 273; *R. Pracht/M. Ebmer*, Die Beschlussfähigkeit des Deutschen Bundestags, JuS 2019, 531.

27 BT-Drs. 20/1050, BT-Plenarprotokoll 20/22, 1733.

nicht erfolgt (§ 45 ff. BWahlG).²⁸ Die Mehrheit der Mitglieder ist aber nur selten im Plenarsaal anwesend. Gäbe es keine weitere Regelung, könnte der Bundestag also nur selten beschließen. Deshalb ist vereinfacht gesagt Folgendes festgelegt: Der Bundestag gilt als beschlussfähig, solange nicht auf Antrag festgestellt wird, dass weniger als die Hälfte der Abgeordneten anwesend ist (§ 45 Abs. 2 GO-BT). Die im Einzelnen recht kompliziert geratene Regelung sieht u.a. vor, dass die Beschlussfähigkeit in einem besonderen Verfahren gemäß § 51 GO-BT festgestellt wird, wenn sie vor Beginn einer Abstimmung von einer Fraktion angezweifelt und auch vom Sitzungsvorstand (also dem amtierenden Präsidenten und zwei Schriftführern, § 7 Abs. 1 GO-BT) nicht einmütig bejaht wird.

Dazu ein Beispiel aus der Praxis: In der 107. Sitzung des 19. Bundestages hat eine Oppositionsfraktion die Beschlussfähigkeit vor einer Abstimmung bezweifelt.²⁹ Damals betrug die Mitgliederzahl 355 Abgeordnete, anwesend waren jedoch nur ca. 100. Trotzdem hat der Sitzungsvorstand die Beschlussfähigkeit einmütig bejaht, sodass die Feststellung der Beschlussunfähigkeit unterblieben ist. Das hat gegen § 45 Abs. 2 GO-BT verstoßen, denn die Vorschrift legitimiert den Sitzungsvorstand nicht dazu, 355 Abgeordnete im Saal zu sehen, obwohl nur 100 anwesend sind.³⁰

Es stellt sich damit die Frage, ob es eine absolute Untergrenze für die Beschlussfähigkeit gibt oder ob es möglich ist, dass der Bundestag einen Beschluss mit zwei Jastimmen gegen eine Neinstimme fasst. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer älteren Entscheidung ausgeführt, die Präsenz aller Abgeordneten im Plenum werde zwar dem Geist des Parlamentarismus und dem Prinzip der Repräsentation am ehesten gerecht. Eine begrenzte Anwesenheit bei der Schlussabstimmung im Plenum sei aber mit dem Prinzip der demokratischen Repräsentation vereinbar, wenn eine intensive Fraktions- und Ausschussarbeit stattfinde.³¹ In der Regel dürfte gewährleistet sein, dass Vorlagen bereits in den Ausschüssen und Fraktionen ausreichend beraten werden. Diese Beratungen dienen aber immer nur dazu, die Plenarentscheidungen vorzubereiten (s. § 62 Abs. 1 S. 2 GO-BT);

28 W. Kluth in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl., 2022, Art. 121 Rn. 3 f.

29 P. Cancik, Parlamentarische Beschlussfähigkeit und Verfassungsrecht, Der Staat 2020, 7.

30 S. Hölscheidt, Obstruktion im Parlament, Der Staat 2022, 129 (141); a.A. Cancik, Beschlussfähigkeit (Fn. 29), 19 ff. Der wegen dieses Vorgangs gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts war erfolglos, allerdings aus prozessualen Gründen, BVerfG NVwZ 2019, 1593.

31 BVerfGE 44, 308 (317).

hinzu kommt, dass die Fraktionsberatungen nicht einmal schriftlich dokumentiert werden. Deshalb können Beschlüsse von sehr wenigen Abgeordneten nicht gefasst werden. Mit zwei zu eins kommt kein Beschluss zustande. Will man nun die Untergrenze für die Beschlussfähigkeit bestimmen, bietet es sich an, von § 45 Abs. 2 S. 1 GO-BT auszugehen. Der Geschäftsordnungsgeber hat bestimmt, dass die Beschlussfähigkeit von einer Fraktion oder von fünf Prozent der Abgeordneten bezweifelt werden kann. Sind weniger als fünf Prozent der Abgeordneten anwesend, können sie nicht die Beschlussfähigkeit bezweifeln. Naheliegend ist daher die Schlussfolgerung, dass sie in einer solch dünnen Besetzung auch nicht beschließen können.³² Positiv gewendet heißt das: Der Bundestag ist beschlussfähig, wenn mindestens fünf Prozent der Abgeordneten anwesend sind, gegenwärtig also 37 von 736.³³

E. Wahl- und Abstimmungsarten

Sie ergeben sich aus der GO-BT und der parlamentarischen Praxis; das Grundgesetz äußert sich nicht dazu. Im Bundestag wird in der Regel offen, das heißt durch Handzeichen abgestimmt (§ 48 Abs. 1 S. 1 GO-BT). Offen ist eine Abstimmung, wenn die Stimmabgabe durch die Abgeordneten und das Ergebnis der Abstimmung für andere sichtbar sind. Unproblematische Vorschläge für Wahlen und Abstimmungen, also solche deren Ergebnis aufgrund interfraktioneller Vereinbarungen feststeht, werden vom Bundestagspräsidenten nur verlesen. Weiter sagt er dann: „Ich gehe davon aus, dass Sie zustimmen. Ich sehe und höre keinen Widerspruch. Dann ist es so beschlossen.“ Demokratie ist manchmal ganz einfach. Die Schlussabstimmung über Gesetzentwürfe erfolgt durch Aufstehen oder Sitzenbleiben (§ 48 Abs. 1 S. 2 GO-BT).

Namentliche Abstimmung kann bis zur Eröffnung der Abstimmung von einer Fraktion oder von anwesenden fünf Prozent der Abgeordneten verlangt werden (§ 52 S. 1, § 53 GO-BT). Die Schriftführer (§ 3 GO-BT) sammeln die Abstimmungskarten, die den Namen des Abstimmenden und die Erklärung „Ja“ oder „Nein“ oder „Enthalte mich“ tragen und zählen anschließend die Stimmen, bevor der Bundestagspräsident das Ergebnis verkündet (§ 52 S. 2 ff. GO-BT). Diese Abstimmungsart macht die Ent-

³² Vgl. *Pracht/Ehmer*, Beschlussfähigkeit (Fn. 26), 535.

³³ *Cancik*, Beschlussfähigkeit (Fn. 29), 24; *Hölscheidt/Leonhardt*, Dabeisein (Fn. 11), 755 f.

scheidung der Abgeordneten transparent; vor allem wird deutlich, ob es Abweichler in den Fraktionen gibt. Allerdings nimmt eine solche Abstimmung viel Zeit in Anspruch und verlängert daher die Sitzungsdauer. Häufiges Verlangen nach namentlichen Abstimmungen ist daher ein wirksames Obstruktionsmittel.

Geheim findet eine Wahl statt, wenn in einem Bundesgesetz oder in der GO-BT vorgeschrieben ist, dass der Bundestag sie mit verdeckten (amtlichen) Stimmzetteln durchführen muss (§ 49 Abs. 1 S. 1 GO-BT). Das trifft z.B. für die Wahl des Bundeskanzlers (§ 4 Abs. 1 S. 1 GO-BT) und des Bundestagspräsidenten (§ 2 Abs. 1 S. 1 GO-BT) zu. Die Stimmzettel müssen in einer Wahlzelle gekennzeichnet und sodann in einem Wahlumschlag in die dafür vorgesehene Wahlurne gelegt werden (§ 49 S. 3 f. GO-BT). Das ist problematisch, denn das Grundgesetz sieht keine geheime Wahl vor. Sie führt dazu, dass die vom Grundgesetz sehr wohl vorgesehene Verantwortlichkeit der Abgeordneten für ihr Wahlverhalten nicht geltend gemacht werden kann.

Die meisten Wahlen finden allerdings offen statt, wie z.B. die „Wahl der Mitglieder des Beirats zur Auswahl von Themen für die Sonderpostwertzeichen ohne Zuschlag beim Bundesministerium der Finanzen“.³⁴

F. Wahl- und Abstimmungsverfahren

Der Bundestag hat diese Verfahren³⁵ (anders als die meisten Landtage) nicht in seiner Geschäftsordnung festgelegt. Sie werden in ständiger Übung praktiziert, sind also Parlamentsbrauch. Z.B. wird über einen Antrag auf Ausschussüberweisung vor dem Antrag auf Entscheidung in der Sache abgestimmt, über den Änderungsantrag vor dem Hauptantrag. Wenn mehrere (Änderungs-)Anträge vorliegen, stimmt der Bundestag über den weitergehenden Antrag zuerst ab. Wenn die Abstimmungsreihenfolge für das Abstimmungsergebnis von großer Bedeutung ist, wird darum intensiv gerungen.³⁶ Zuletzt gab es eine längere Geschäftsordnungsdebatte zu der Abstimmung über die Reihenfolge von Vorlagen zur Impfpflicht. Im Ergebnis sind alle Vorlagen abgelehnt worden.³⁷

34 BT-Plenarprotokoll 20/25, 2072 f.

35 Ausführlich *Thiele*, Regeln (Fn. 4), 521 ff.

36 Beispiele bei *Thiele*, Regeln (Fn. 4), 522 ff.

37 BT-Plenarprotokoll 20/28, 2329, 2370 ff., 2366, 2370, 2373, 2377.

G. Wahl- und Abstimmungsergebnis: Mehrheitserfordernis

Zu einem Bundestagsbeschluss ist grundsätzlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich (Art. 42 Abs. 2 GG). Das ist die einfache oder Abstimmungsmehrheit. Sie ist sowohl für Wahlen als auch für Abstimmungen nötig. Abstimmungsmehrheit bedeutet, dass die bei einer Wahl oder Abstimmung abgegebenen gültigen Ja-Stimmen die Nein-Stimmen überwiegen; Enthaltungen bleiben außer Betracht. Stimmgleichheit bedeutet logisch, dass es kein Überwiegen von Stimmen gibt, sodass der Entscheidungsvorschlag nicht angenommen ist.

Weiter gibt es das Erfordernis der absoluten oder Mitglieder Mehrheit. Im Bundestag wird diese Mehrheit auch Kanzler Mehrheit genannt, weil sie u. a. für die Wahl des Bundeskanzlers erforderlich ist (Art. 63 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GG).³⁸ Besonders wichtige Entscheidungen des Bundestages erfordern darüber hinaus eine qualifizierte Mehrheit. Häufigste Erscheinungsform ist die Zweidrittel Mehrheit der Mitglieder. Im Grundgesetz ist sie erforderlich z.B. für verfassungsändernde Gesetze (Art. 79 Abs. 2 GG) und bestimmte Übertragungen von Hoheitsrechten auf die EU (Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG). Außerdem kennt das Grundgesetz noch weitere qualifizierte Mehrheiten, z.B. die Zweidrittel Mehrheit der abgegebenen Stimmen, die mindestens die Mehrheit der Mitglieder umfasst (Art. 77 Abs. 4 S. 2 GG).

Eine relative Mehrheit hat ein Entscheidungsvorschlag erreicht, wenn auf ihn (relativ) die meisten Stimmen entfallen. Diese Mehrheit ist vor allem bei Entscheidungen über Personen, also Wahlen, erforderlich. Stehen z.B. drei Personen zur Wahl und es entfallen auf A 45 %, auf B 35 % und auf C 20 % der Stimmen, ist A mit relativer Mehrheit gewählt.

H. Schluss

Es bleibt zu hoffen, dass Franz Merli und ich noch an vielen Wahlen und Abstimmungen teilnehmen werden (wenn auch „nur“ als Bürger) und uns noch lange auf Staatsrechtslehrertagungen treffen können. Auch der gemeinsame Skiurlaub zusammen mit Monika Merli und der Mitautorin Jutta Förster³⁹ sei uns noch lange vergönnt.

38 S. dazu bereits oben D.

39 S. ihren Beitrag zur grenzüberschreitenden Altersvorsorge in dieser Festschrift.

Evaluation und Politikberatung in der Pandemie

Reflexionen aus der Werkstatt*

Stefan Huster

A. Bedarf und Problematik der wissenschaftlichen Beratung und Evaluation

Die Einsicht, dass Recht und Politik in modernen hochkomplexen Gemeinwesen auf wissenschaftliche Erkenntnisse und Analysen angewiesen sind, ist seit langem anerkannt und hat im Zuge der Coronapandemie nochmals eine gesteigerte Bedeutung erfahren. Über das Verhältnis von Politik und Wissenschaft¹ und das richtige Verständnis von wissenschaftlicher Politikberatung² ist bereits vielfach intensiv nachgedacht worden; die Pandemiepolitik in all ihrer Umstrittenheit hat dann die kritischen Aspekte nochmals grell beleuchtet.

Über diese Aspekte soll hier nicht rein theoretisch, sondern anhand der praktischen Erfahrungen reflektiert werden, die der Autor dieses Beitrags als Vorsitzender einer Evaluationskommission zur Pandemiepolitik in Deutschland gemacht hat. Dies geschieht in der Hoffnung, dass diese Erfahrungen auch den Jubilar Franz Merli und die österreichischen Kolleginnen und Kollegen interessieren, da in Österreich vergleichbare Evaluierungen vorgenommen wurden und gerade (im Februar 2023) über die Einsetzung eines ähnlichen Gremiums zur Einleitung eines „Dialogprozesses“ nachgedacht zu werden scheint.³

Der Begriff „Dialogprozess“ weist dabei zugleich auf einen Umstand hin, der in der auslaufenden Pandemie immer wichtiger wird: Es geht

* Für ihre Hilfe bei der Endredaktion des Textes danke ich Frau stud. Hilfskraft Berfin Turan.

1 Umfassend zuletzt etwa L. Münkler, *Expertokratie*, 2020.

2 Vgl. zuletzt aus österreichischer und deutscher Sicht: *Österreichische Akademie der Wissenschaften/Leopoldina Nationale Akademie der Wissenschaften*, Wiener Thesen zur wissenschaftsbasierten Beratung von Politik und Gesellschaft, 2023.

3 Vgl. „Regierung will ‚Dialogprozess‘ zu Folgen der Coronapandemie starten“, *Kleine Zeitung* v. 15.2.2023 (https://www.kleinezeitung.at/politik/innenpolitik/6251869/Schonungslose-Analyse_Regierung-will-Dialogprozess-zu-Folgen-der).

bei der Evaluation der Coronapolitik und ihrer Maßnahmen nicht nur um eine leidenschaftslose Analyse der Erfolge, Irrwege und Versäumnisse, sondern nach verbreiteter Erwartung auch um einen gesellschaftlichen Diskussionsprozess, in dem Gräben zugeschüttet oder auch gerade wieder geöffnet werden sollen, die die Coronapolitik mitsamt ihrer wissenschaftlichen Beratung gerissen habe. Auch insoweit scheinen sich die Erfahrungen in Deutschland und Österreich zu ähneln; insbesondere ist in diesen beiden Ländern die Diskussion über die Coronamaßnahmen besonders kontrovers verlaufen. Woran das liegt, ist nicht völlig klar. Vielleicht sind und waren die Maßnahmen hier besonders umstritten, weil beide Länder von den gesundheitlichen Folgen von Covid-19 weniger dramatisch als andere Länder betroffen waren.⁴ Auch könnte es eine Rolle spielen, dass bekanntlich in deutschsprachigen Ländern die Skepsis gegenüber Impfungen, also dem zentralen Instrument zur Bekämpfung der Pandemie, besonders ausgeprägt ist.

B. Das Beispiel der deutschen Evaluationskommission zur Pandemiepolitik

I. Entstehung und Zusammensetzung der Kommission

Im Frühjahr 2021 gelangte auf Initiative einiger Bundestagsabgeordneter folgender Auftrag als Abs. 9 in den § 5 des deutschen Infektionsschutzgesetzes (IfSG):

„Das Bundesministerium für Gesundheit beauftragt eine externe Evaluation zu den Auswirkungen der Regelungen in dieser Vorschrift und in den Vorschriften der §§ 5a, 20a, 20b, 28 bis 32, 36 und 56 im Rahmen der Coronavirus-SARS-CoV-2-Pandemie und zu der Frage einer Reformbedürftigkeit. Die Evaluation soll interdisziplinär erfolgen und insbesondere auf Basis epidemiologischer und medizinischer Erkenntnisse die Wirksamkeit der auf Grundlage der in Satz 1 genannten Vorschriften getroffenen Maßnahmen untersuchen. Die Evaluation soll durch unabhängige Sachverständige erfolgen, die jeweils zur Hälfte von der Bundesregierung und vom Deutschen Bundestag benannt werden (...).“

4 Diese Einschätzung auch bei *J. Nida-Rümelin*, Politische Freiheit, ARSP 2021, 29 (37).

Der Begriff der „externen Evaluation“ grenzt diesen Auftrag von dem Bericht über die Pandemiepolitik ab, den das Bundesgesundheitsministerium selbst nach § 4 Abs. 1a IfSG erstellt und bereits im Juni 2021 dem Parlament vorgelegt hat; dieser Bericht listet im Wesentlichen die bis dahin ergriffenen Maßnahmen auf.⁵ Im Unterschied dazu war nun an eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation gedacht. Allerdings fällt sofort auf, dass der Evaluationsauftrag nicht sehr eingängig formuliert war: Es sollte einerseits um die „Wirksamkeit“ der ergriffenen Maßnahmen gehen, andererseits aber auch um die „Auswirkungen“ und die „Reformbedürftigkeit“ der zugrundeliegenden Rechtsnormen.

Die die Kommission besetzenden Organe standen daher vor keiner leichten Aufgabe: Welche Wissenschaftsdisziplinen waren zu berücksichtigen? Das Gesetz gibt insoweit vor, die Evaluation solle „interdisziplinär erfolgen und insbesondere auf Basis epidemiologischer und medizinischer Erkenntnisse“. Nun hätte man sich Gedanken machen müssen, wer außer Epidemiologen und Medizinern noch gebraucht werden könnte. Stattdessen haben – so ist jedenfalls der Eindruck – Bundestag und Bundesregierung einigermaßen unkoordiniert Sachverständige nominiert. Beim Bundestag bestand zudem die Besonderheit, dass die Benennungen nach Fraktionsproporz erfolgten, so dass die Auswahl der Sachverständigen zum Teil wohl bereits politisch eingefärbt war. So konnte z.B. auch die rechtspopulistische „Alternative für Deutschland“ (AfD) einen Sachverständigen benennen, dessen fachliche Expertise für die gestellte Aufgabe sich nicht ohne Weiteres erschloss, der sich aber gegenüber der gesamten Coronapolitik bereits hinreichend kritisch geäußert hatte. Die andere Hälfte der Kommissionsmitglieder wurde von der Bundesregierung benannt; federführend war insoweit das Bundesgesundheitsministerium, damals noch unter Leitung von Jens Spahn (CDU). Das etwas kuriose und – wie gesagt – wohl durch fehlende Koordination verursachte Ergebnis bestand dann darin, dass unter den 18 Mitgliedern des Gremiums allein sechs Juristen waren,⁶ aber kein einziger klassischer Epidemiologe. Diese Zusammensetzung wurde von dem Gremium selbst als nicht optimal wahrgenommen, ließ sich allerdings – auch auf Nachfrage wegen einer ergänzenden Besetzung – angesichts der Proporzzwänge (zwischen Bundestag und Bundesregierung und innerhalb des Bundestages zwischen den Fraktionen) nicht

⁵ Abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/311/1931175.pdf>.

⁶ Nicht zuletzt diesem Umstand dürfte es der Autor dieses Textes verdanken, dass die Kommissionsmitglieder ihn in der ersten Sitzung zum Vorsitzenden gewählt haben – was sollten all die Juristen sonst tun?

so einfach verändern. Insgesamt wird man dem Bundesgesundheitsministerium nicht den Vorwurf ersparen können, dass es hier seiner Koordinationsverantwortung nicht nachgekommen ist. Wirklich überraschend ist das nicht, denn bereits die Aufnahme einer gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung einer externen Evaluation fand wohl nicht die Sympathie der damaligen Hausleitung.⁷

II. Zeiten, Ressourcen und Ziele

Nachdem bereits die Zusammensetzung der Kommission nicht vollständig geglückt war, bestand das nächste große Problem auf der Zeitschiene. So war in der ursprünglichen Fassung des § 5 Abs. 9 IfSG davon die Rede, dass der Evaluationsbericht bis zum Ende des Jahres 2021 fertiggestellt sein sollte. Das Bundesgesundheitsministerium und die anderen Staatsorgane hatten die Einrichtung des Gremiums aber derartig saumselig betrieben, dass die erste Zusammenkunft erst Mitte Oktober 2021 stattfand – dann wären es also noch knappe zwei Monate bis zur Fertigstellung des Berichts gewesen! Allen Beteiligten war sofort klar, dass diese Vorstellung illusorisch war, so dass der Ausschuss beim Gesetzgeber darum bat, diese Frist zu verlängern. Dies geschah dann auch alsbald; die Frist wurde auf den 30.6.2022 gesetzt.

Der Ausschuss hätte gerne noch mehr Zeit gehabt, die ihm die Politik aber – aus zu erläuternden Gründen – nie zugebilligt hat. In den ersten Sitzungen des Gremiums wurde klar, dass hier eine Mammutaufgabe mit minimalen Ressourcen bewältigt werden sollte: eine umfassende Evaluation durch 18 ehrenamtliche Sachverständige, neben ihrer sonstigen beruflichen Tätigkeit und zudem nahezu ohne Unterstützung. Der Ausschuss hat daher sofort beim Gesundheitsministerium um mehr Zeit oder Ressourcen (z.B. für die Unterstützung durch wissenschaftliche Mitarbeiter) gebeten – leider erfolglos. Lediglich die Begleitung durch eine Geschäftsstelle, die die Terminkoordination leistete und später auch die Texterstellung begleitete, wurde zur Verfügung gestellt. Dass es keine weiterreichende Unterstützung gab, wird man auf das nicht gerade überbordende Interesse des Ministeriums an der Evaluation zurückführen dürfen; hinzu kam, dass

7 So wurde auch die Einrichtung des Ausschusses auf der Homepage des Gesundheitsministeriums möglichst versteckt in der Rubrik „Begriffserklärungen“ aufgeführt (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/s/sachverstaendigenausschuss-infektionsschutzgesetz.html>); immerhin konnte und kann man dort die Besetzung des Ausschusses finden.

in dieser Phase aufgrund der Bundestagswahl im September 2021 auch die Leitung des Ministeriums wechselte, was die Kommunikations- und Entscheidungswege im Ministerium und im Verhältnis zur Kommission über etliche Wochen nicht schneller machte.

Nicht klar war von Anfang an die Erwartung an die Evaluation. Auf der einen Seite sah die Kommission ihre Aufgabe nicht darin, die aktuelle Coronapolitik zu bewerten und entsprechende Empfehlungen zu geben. Das verbot sich schon deshalb, weil zu diesem Zweck im Dezember 2021, also kurz nach Einrichtung der Evaluationskommission, ein Expertenrat beim Bundeskanzleramt eingesetzt worden war, der die tagesaktuelle Beratung der Coronapolitik übernehmen sollte.⁸ Auf der anderen Seite hatte die Evaluation nach § 5 Abs. 9 IfSG den politischen Hintergrund, dass auf ihrer Grundlage im Herbst 2022 über Abschaffung oder Fortgeltung der coronapolitischen Maßnahmen und Rechtsgrundlagen diskutiert und entschieden werden sollte. Dieser Umstand war auch dafür verantwortlich, dass die Politik – und zwar unabhängig von der parteipolitischen Ausrichtung – nicht dem Drängen der Kommission folgen mochte, die Bearbeitungszeit über den 30.6.2022 hinaus zu verlängern: Die Evaluationsergebnisse wurden als unverzichtbare Grundlage für die Reform des IfSG im Herbst 2022 angesehen. So geriet die Kommission in den Strudel unterschiedlicher Erwartungen: Ging es um die Vorbereitung auf die nächste Pandemie oder um die aktuelle Gesetzesreform mit Blick auf die Coronabefugnisse?

III. Politisierung und politische Instrumentalisierung

Damit ist das Hauptproblem angesprochen: die Politisierung und politische Instrumentalisierung der Evaluation, die sich auf unterschiedlichen Ebenen zeigte. Dass bereits das Besetzungsverfahren insbesondere durch den Parteienproporz im Bundestag politisch eingefärbt war,⁹ ist in einer Demokratie kaum zu vermeiden; die Auswahl der Sachverständigen ist immer ein neuralgischer Punkt derartiger Gremien. Das Problem trat hier

8 Vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/bundeskanzler-scholz-beruft-expertengremium-zur-wissenschaftlichen-begleitung-der-covid-19-pandemie-1991366>. In drei Fällen gab es zwischen diesem Expertenrat und der Evaluationskommission sogar personelle Überschneidungen. Dies war natürlich ungünstig, weil man schlecht die Politik evaluieren kann, die man gleichzeitig beratend mitgestaltet.

9 Vgl. oben bei I.

aber in besonderer Schärfe auf, weil sich in der Pandemie bereits zuvor innerhalb der Wissenschaft öffentlich deutlich wahrnehmbare Richtungen und Gruppierungen („Team Vorsicht“ vs. „Team Öffnung“ u.ä.) gebildet hatten. Personen, die sich bisher noch gar nicht zur Pandemiepolitik geäußert hatten und trotzdem als sachkundig gelten durften, waren kaum zu finden. So geriet jede Besetzungsentscheidung bereits als solche in der öffentlichen Wahrnehmung zu einem politischen Bekenntnis. Für die Glaubwürdigkeit der Kommission war das schädlich, und es erschwerte auch ihre interne Arbeit.

Die eigentliche politische Instrumentalisierung aber hing wiederum mit der aktuellen Pandemiepolitik zusammen. Politischen Kräften, die gegenüber den Coronamaßnahmen sehr kritisch eingestellt waren, gelang es – insbesondere in der neu gebildeten Ampel-Koalition aus Sozialdemokraten, Grünen und Liberalen –, das Narrativ zu etablieren, dass bei der anstehenden Überarbeitung des IfSG nur noch diejenigen Maßnahmen aufrechterhalten werden dürfen, für die die Evaluation zu dem Ergebnis komme, dass sie ihre Wirksamkeit und ihren Nutzen nachgewiesen hätten. Dabei wird man die Forderung nach einer Evidenzbasierung an sich durchaus nachvollziehen können,¹⁰ zumal die Pandemie eine Situation hoher Ungewissheit darstellte, in der insbesondere die Freiheitseinschränkungen kaum mehr verfassungsrechtlich kontrollierbar waren, da ihre Wirkungen und Nebenwirkungen weithin unklar blieben, so dass sich der gesetzgeberische Prognosespielraum Bahn brach.¹¹ Nun aber ad hoc und ohne näheren Blick auf die – schwierige – Evidenzlage ein derartiges

10 Ob sie sogar als ein Menschenrecht aufgefasst werden kann (*M. Plozza*, Evidenzbasierte Politik ist ein Menschenrecht: Die Swiss National COVID-19 Science Task Force auf dem Prüfstand, *VerfBlog*, 2021/11/23, <https://verfassungsblog.de/evidenzbasierte-politik-ist-ein-menschenrecht/>), ist dagegen wohl zweifelhaft.

11 Vgl. dann vor allem die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur sog. Bundesnotbremse: BVerfGE 159, 223 ff. und 355 ff. Zur Diskussion der pandemiebedingten Grundrechtseinschränkungen vgl. etwa *K. F. Gärditz*, Grundrechtsschutz in der Pandemie, *NJW* 2021, 2761 ff.; *H. Greve*, Grundrechtsschutz und Grundrechtseingriff im Zuge der Coronavirus-Pandemiebekämpfung, *ZG* 2021, 25 ff.; *S. Huster/L. Wiese*, Einschränkung der Grundrechte des Grundgesetzes in Ausnahme- und Krisenzeiten, in: *P. Thielbörger/S. R. Lüder* (Hrsg.), Die Bewältigung des Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) als Herausforderung an das Völkerrecht, das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht, 2022, 57 ff.; *A. Leisner-Egensperger*, Der legitime Zweck als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeit, *JZ* 2021, 913 ff.; *A. K. Mangold*, Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, in: *VVDStRL*, Bd. 80, 2021, 7 ff.; *D. Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, *NVwZ-Extra* 5/2021, 1 ff.

Bedingungsverhältnis zu konstruieren, war gewagt und letztlich auch politisch nicht durchzuhalten. Für die Kommission hatte dies zum einen zur Konsequenz, dass sich die gesamte öffentliche und politische Aufmerksamkeit auf ihre Ausführungen zu den nicht-pharmazeutischen Interventionen (NPI) richtete; alle anderen Analysen und Anregungen fanden viel weniger Interesse. Zum anderen geriet die Arbeit der Kommission durch diese Verknüpfung unter einen erheblichen politischen Druck: Wenn das Schicksal der nächsten Änderung des IfSG erst einmal von den Aussagen eines Kommissionsberichts abhängt, liegt es auf der Hand, dass die Kommission nicht mehr unabhängig arbeiten kann, sondern politischen Interessen und Einflussnahmen ausgesetzt ist.

Verschärft wurde diese Situation dadurch, dass interne Informationen aus der Kommission, obwohl deren Mitglieder sich zur Vertraulichkeit verpflichtet hatten, an ein bestimmtes Presseorgan weitergeleitet wurden. Da einzelnen Mitgliedern der Kommission und auch dem Vorsitzenden von diesem Presseorgan Äußerungen vorgehalten wurden, die sie in Kommissionssitzungen viele Wochen zuvor gemacht hatten, muss man davon ausgehen, dass die (ausschließlich online stattfindenden) Sitzungen der Kommission sogar aufgenommen wurden (was – ebenso wie die Anstiftung und Beihilfe dazu – eine Straftat der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB darstellt). Für den Virologen Christian Drosten waren diese Vorgänge Anlass, die Kommission vorzeitig zu verlassen. Tatsächlich ist unter diesen Bedingungen eine vertrauensvolle Zusammenarbeit in einer wissenschaftlichen Kommission kaum mehr möglich. Es ist aber nicht ganz einfach, diese Einsicht (die jedem, der einmal in einer derartigen Kommission gearbeitet hat, unmittelbar einleuchten dürfte) gegenüber der populistischen Forderung nach „Transparenz“ zu verteidigen.¹²

Hinzu kam, dass das besagte Presseorgan allem Anschein nach nicht an einer objektiven Berichterstattung interessiert war, sondern selbst eine politische Agenda verfolgte. Insbesondere der seit Dezember 2021 im Amt befindliche Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach (SPD), der schon zuvor als „Corona-Mahner“ bekannt geworden war, geriet in seinen Fokus. Der Kommission wurde immer deutlicher, dass man die Erwartungen an die Evaluation der NPI angesichts fehlender Ressourcen, des Zeitdrucks und einer schlechten Evidenzlage dämpfen müsse. Zu diesem Zweck erläuterte die Kommission ihren Auftraggebern Bundestag und

12 Zu Sinn und Grenzen der Transparenzforderung aus verfassungsrechtlicher Sicht vgl. G.-J. Ostermann, *Transparenz und öffentlicher Meinungsbildungsprozess*, 2019.

Bundesregierung im März 2022 die Situation. Insbesondere der Bundesgesundheitsminister verstand das Problem, beharrte aber darauf, dass bis Ende Juni ein Evaluationsbericht vorliegen müsse. Die Kommission rang den Auftraggebern immerhin noch das Zugeständnis ab, dass bezüglich der NPI keine „Vollevaluation“ – z.B. unter Auswertung aller Studien – zu erwarten sei; dies wurde vom Gesundheitsministerium und später dann auch vom Bundestag bestätigt. Vor diesem Hintergrund, dass die Politik die Kommission geradezu drängte, die Evaluation durchzuführen, war es kurios, dass besagtes Presseorgan – offensichtlich aufgrund politischer Absichten und auf der Grundlage durchgestochener, aber missverständlicher Informationen – die Meldung verbreitete, der Bundesgesundheitsminister wolle die Evaluation be- oder verhindern¹³ – mit der unterstellten Absicht, dadurch nicht zugeben zu müssen, dass für die Maßnahmen keine Evidenz vorliege und sie daher alsbald beendet werden müssten. Der Kommissionsvorsitzende wies öffentlich deutlich darauf hin, dass das genaue Gegenteil – die Politik hat die Kommission zur Evaluation gedrängt – zutreffend sei und es sich daher um eine unzutreffende Berichterstattung handle.¹⁴ Damit handelte er sich von einem der betroffenen Journalisten eine Abmahnung und sodann einen Antrag auf eine einstweilige Verfügung beim zuständigen Landgericht auf Unterlassung dieser Äußerung ein, die aber erwartbarerweise abgewiesen wurde;¹⁵ nachdem die zweite Instanz angekündigt hatte, voraussichtlich zu keinem anderen Ergebnis zu kommen, wurde die Beschwerde gegen diese Entscheidung zurückgenommen.¹⁶ Zu einem späteren Zeitpunkt der Evaluation wurden – möglicherweise durch ein Missgeschick bei der Einschaltung externer Experten in die Kommis-

13 Vgl. <https://www.welt.de/politik/plus238362219/Karl-Lauterbach-behindert-offen-bar-Evaluierung-der-Corona-Massnahmen.html>.

14 Vgl. etwa <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/corona-massnahmen-evaluation-drosten-1.5579964?reduced=true>. Nachdem besagtes Presseorgan zudem eine politische Nähe zwischen dem Gesundheitsminister und dem Kommissionsvorsitzenden behauptet hatte (als deren Beleg ausschließlich eine Mitgliedschaft in derselben politischen Partei herhalten musste), war es in der Öffentlichkeit nicht mehr vermittelbar, dass sowohl die Berufung in die Kommission als auch die Wahl zum Vorsitzenden vor dem Amtsantritt des Ministers lagen und schon deshalb schwerlich von ihm gelenkt worden sein konnten. Einfacher gesagt: Bei seinem Amtsantritt im Dezember 2021 wusste der Minister kaum von der Existenz der Kommission, geschweige denn von ihrer Zusammensetzung oder ihrem Vorsitz. Aber wenn Unterstellungen in die einschlägigen Verschwörungserzählungen passen, bleiben Hinweise auf Fakten oft machtlos.

15 LG Hamburg, Beschl. v. 28.6.2022, Az.: 324 O 231/22.

16 Zutreffender Pressebericht zu dem gesamten Vorgang: <https://www.volksverpetzer.de/aktuelles/fake-news-welt-reporter-scheitert-vor-gericht-gegen-kritiker/>.

sionsarbeit – halbfertige Teile des Berichts für eine andere Zeitung mit gegensätzlicher Ausrichtung zugänglich, die dann bereits einige maßnahmenskeptische Passagen kritisierte.¹⁷ Das mediale Umfeld war jedenfalls schwierig und hat die Kommissionsarbeit erheblich beeinträchtigt.¹⁸ Ob und inwieweit einzelne Kommissionsmitglieder dazu beigetragen haben, indem sie mit einzelnen Medien zusammengewirkt und vielleicht sogar politisch gesteuert, die Evaluation in eine bestimmte Richtung gelenkt haben, bleibt ungewiss; entsprechende Gerüchte gab es.

Dass einige Politiker – zum Teil in kollusivem Zusammenwirken mit den genannten Presseorganen, mitunter auch über die sozialen Medien – zu ihrer eigenen Profilierung die rein ehrenamtlich, ohne jede Vergütung oder Erstattung arbeitende Kommission öffentlich angerempelt haben, hat die Sache nicht besser gemacht. Seinen Höhepunkt erreichte dies, als die CDU-Bundestagsfraktion Anfang Juni 2022, als der Bericht praktisch schon fertig war, ohne jede Rücksprache mit der Kommission und verlautbart über den Nachrichtendienst „Twitter“ auf die Idee kam, noch einen Nachfolger für den ausgeschiedenen Virologen Christian Drosten zu benennen; dies brachte sowohl den neu benannten Kollegen als auch die Kommission in eine schwierige, eigentlich unzumutbare Lage, weil nun in kürzester Zeit der gesamte Bericht noch einmal diskutiert werden musste.¹⁹ Sinn und Zweck dieser unglücklichen Aktion war es wohl allein, dass Teile der Bundestagsfraktion mit der Berufung einer „öffnungsfreundlicheren“ Person ein politisches Zeichen setzen wollten.²⁰

17 <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-massnahmen-1.5599050?reduced=true>.

18 Dass sich der Kommissionsvorsitzende dann von aktivistischen Journalisten noch ehrabschneidende und in keiner Weise belegte Bemerkungen (andere Kommissionsmitglieder würden sich „schämen“, mit ihm zusammengearbeitet zu haben u.ä.) nachrufen lassen musste und persönliche Vertrauensverhältnisse ausgenutzt wurden, ist unschön, aber erwartbar: Charaktermängel gibt es schließlich überall. Mit der Pandemie hat das nur insoweit zu tun, als dass diese Mängel in Stresssituationen deutlicher zutage zu treten scheinen.

19 Dies ist nicht mehr in jeder Hinsicht reibungsfrei gelungen; vgl. dazu die Anmerkung im Bericht „Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik“, 2022, 120 (https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/S/Sachverstaendigenausschuss/BER_IlfSG-BMG.pdf).

20 Dass dieses Zeichen so spät gesetzt wurde, hatte auch damit zu tun, dass die Bundestagswahl im Herbst 2021 die Mehrheitsverhältnisse verändert hatte und daher Uneinigkeit bestand, ob die CDU/CSU-Fraktion überhaupt nachberufen darf.

IV. Arbeitsweise und Ergebnisse

Getroffen hat sich die Kommission in monatlichen Online-Sitzungen. Die wesentliche Textarbeit wurde daneben in themenspezifischen Arbeitsgruppen geleistet, die ihre Texte dann im Plenum zur Diskussion gestellt, aber in eigener Verantwortung auch externe „Gutachter“ herangezogen hat.²¹ Dabei hat sich die Kommission angesichts des nicht ganz trennscharf formulierten Auftrags²² eine gewisse Freiheit bei dem thematischen Zuschnitt des Berichts genommen und Erörterungen zu folgenden Themenblöcken vorgelegt:

- den methodischen Schwierigkeiten der Evaluation (Teil 3)
- dem Datenmanagement während der Pandemie (Teil 4),
- der Risikokommunikation (Teil 5),
- den NPI (Teil 6) und
- den Rechtsgrundlagen der Pandemiepolitik (Teil 7).

Abgesehen von dem Kapitel zur Risikokommunikation enthält der Bericht keine Stellungnahme zur Coronaimpfung. Dies lag zum einen daran, dass der gesetzliche Auftrag die Impfung als Gegenstand der Evaluation nicht nahelegte. Eine allgemeine Impfpflicht fand im Bundestag bekanntlich keine Mehrheit.²³ § 20 IfSG, der bereits vor der Pandemie unter sehr engen Voraussetzungen die Einführung von Impfpflichten zuließ, war nicht Teil des gesetzlichen Auftrags. Der später diesem Auftrag hinzugefügte § 20a IfSG, der eine einrichtungsbezogene Coronaimpfpflicht vorsah, konnte noch nicht evaluiert werden, weil diese Impfpflicht zum Zeitpunkt der Erstellung des Berichts kaum angelaufen war. Zum anderen war die Kommission der Auffassung, dass sich mit der Ständigen Impfkommission beim Robert-Koch-Institut bereits eine sachverständige Einrichtung vielfach und detailliert zu den Fragen des Impfens geäußert hat, zu der man nicht in Konkurrenz treten wollte.

Das Augenmerk von Politik und Öffentlichkeit richtete sich fast ausschließlich auf den 6. Teil des Berichts zu den Maßnahmen im engeren Sinne. Dieser Teil machte auch der Kommission die größten Sorgen, weil

21 Diese externen Experten sind im Bericht (Fn. 19), S. 5, genannt. Nur in wenigen Fällen wollten externe Beteiligte nicht erwähnt werden (weil sie z.B. als Vertreter eines Fachverbandes später zu dem Bericht Stellung nehmen wollten); insofern ist bei der Geschäftsstelle eine interne Liste hinterlegt.

22 Vgl. oben bei I.

23 Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Impfpflicht vgl. nur jüngst *F. Gebhard*, Impfpflicht und Grundgesetz, 2022; *M. Nettesheim*, Impfpflichten, 2023.

er nicht auf der Grundlage von bereits in der Schublade befindlichen Erkenntnissen bearbeitet werden konnte und die Evidenzlage für viele Maßnahmen sehr durchwachsen war, ohne dass Zeit und Ressourcen zur Verfügung gestanden hätten, die internationale Studienlage umfassend aufzuarbeiten. Deshalb bleibt es in dem Bericht – wie gegenüber den Auftraggebern angekündigt²⁴ – an vielen Stellen bei recht vagen Auskünften und Hinweisen auf die Datenlücken; hier und da werden sogar weitere Evaluationsaufträge angeregt. Dass die Datenlage in Deutschland insoweit besonders schlecht war und man die Initiierung rechtzeitiger Begleitforschung versäumt hat, betont der Bericht ausdrücklich. Allerdings steht Deutschland mit diesem Grundproblem der Maßnahmenevaluation keineswegs allein da; auch z.B. in der Schweiz, wo die Evaluation sicherlich sehr viel professioneller vorbereitet worden war, ist man zum Ergebnis gekommen, dass zu den Wirkungen etlicher Maßnahmen „keine Aussage möglich“ sei oder „kein robustes Ergebnis“ vorliege.²⁵ In dieser Situation die Parole auszugeben, es dürfe keine Maßnahme mehr ergriffen werden, die ihre Wirksamkeit nicht nach höchsten Evidenzmaßstäben eindeutig nachgewiesen hat, war schwerlich plausibel und wurde bei den Änderungen des IfSG im Herbst 2022 auch nicht befolgt. Schließlich stellt man diese Forderung auch in anderen Politikbereichen nicht auf, weil sie ersichtlich zu weitgehender Handlungsunfähigkeit führen müsste.

Auch aufgrund dieser Unsicherheiten verzichtete die Evaluation der Rechtsgrundlagen im 7. Teil des Berichts von vornherein darauf, in eine Konkurrenz mit den Gerichten bei der Bewertung der in der Pandemie ergriffenen einzelnen Maßnahmen zu treten, und konzentrierte sich auf die strukturellen Probleme des IfSG, das nie auf die Bewältigung einer Pandemie ausgerichtet und daher nur sehr mühsam, mit großen verfassungsrechtlichen Friktionen und unsystematisch zu einer Rechtsgrundlage der Pandemiepolitik ausgebaut worden war. Inzwischen liegen weiter ausgearbeitete Reformvorschläge vor.²⁶ Entsprechende Hinweise auf einen Reformbedarf haben die Politik vor der Pandemie nicht beeindruckt;²⁷ ob sie jetzt unter dem Eindruck der Pandemie, aber auch der Umstrittenheit der Maßnahmen die Kraft zu einer Reform aufbringen wird, bleibt abzuwarten. Die (gesetzlich vorgeschriebene) Stellungnahme der Bundesregie-

24 Vgl. dazu oben bei III.

25 Vgl. *M. Funk u.a.*, Wirksamkeit von Corona-Massnahmen in der Schweiz – Empirische Analyse basierend auf Daten der zweiten Welle. Grundlagen für die Wirtschaftspolitik Nr. 36, 2022.

26 *J. Gallon/A.-L. Hollo/A. Kießling*, Epidemiegesetz, 2023.

27 Vgl. insbesondere *A. Klafki*, Risiko und Recht, 2017.

rung zu dem Evaluationsbericht lässt insoweit jedenfalls keinen besonderen Elan erkennen.²⁸

C. Fazit und Ausblick

Planung und Organisation der Evaluation nach § 5 Abs. 9 IfSG waren sicherlich einigermaßen dilettantisch; auch das politische und mediale Umfeld war alles andere als hilfreich. Im Nachhinein kann man sich fragen, ob die Kommission – worüber sie durchaus diskutiert hat – den Auftrag unter diesen Rahmenbedingungen nicht hätte zurückgeben sollen. Jedenfalls ist es erstaunlich, dass es der Kommission überhaupt gelungen ist, rechtzeitig einen Evaluationsbericht zu erstellen. Zu verdanken ist dies dem Einsatz der Kommissionsmitglieder, die ungeheuer fleißig, kooperativ und (trotz mancher Meinungsunterschiede) fair zusammengearbeitet haben²⁹ – und dies neben all den anderen anspruchsvollen und zeitraubenden Aufgaben, die viele Kommissionsmitglieder als Leiter von Instituten, Kliniken oder Verbänden gleichzeitig wahrzunehmen hatten. Wie gelungen der Bericht dann letztlich geworden ist, mögen andere beurteilen – solange sie dabei die limitierenden Umstände nicht vergessen und sich einigermaßen redlich der Komplexität der Sachfragen stellen und nicht schon immer alles besser zu wissen meinen.

Derweil stellt sich die Frage, wie die politischen Systeme die Ereignisse der letzten drei Jahre verarbeiten sollen und können. Die Diskussion über die Bewertung der Coronapolitik ist mit den ersten Evaluationen sicherlich nicht beendet. In Deutschland wird insoweit gelegentlich die Einrichtung einer Enquete-Kommission oder eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses vorgeschlagen. Man wird hier skeptisch sein dürfen,³⁰ denn mit einem derartigen Vorgehen verbinden sich ganz unterschiedliche Vorstellungen. Sinnvoll könnte eine derartige Untersuchung sein, wenn sie sich mit strukturellen Problemen der Pandemiepolitik befasst, damit die nächste Gesundheitskrise besser bewältigt werden kann. Der deutsche Evaluationsbericht hat insoweit insbesondere auf die unbefriedigende Datenlage und Begleitforschung sowie auf eine gewisse Einseitigkeit der Perspektive, die die unbestreitbaren Gefahren des Virus, nicht

28 BT-Drucksache 20/3850 v. 4.10.2022.

29 Und selbstverständlich ohne jede Vergütung!

30 So auch *T. Kingreen*, *Jenseits der Pandemie*, *VerfBlog*, 2023/3/07, <https://verfassungsblog.de/jenseits-der-pandemie/>.

aber immer die Kollateralschäden der Maßnahmen im Blick gehabt hat („medizinisch-virologischer Tunnelblick“),³¹ hingewiesen. Mit dem Blick auf zukünftige Herausforderungen könnten insoweit institutionelle, rechtliche und politische Verbesserungen herausgearbeitet und vorgeschlagen werden. Nicht selten wird mit der Einsetzung einer Enquete-Kommission oder eines Untersuchungsausschusses aber eine ganz andere Absicht verbunden, nämlich eine Untersuchung der Wirksamkeit der in den letzten drei Jahren ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie. Entsprechende Erkenntnisse hätten aber für die zukünftige Politikgestaltung nur eine sehr begrenzte Bedeutung, denn offensichtlich hängt die Sinnhaftigkeit einzelner Maßnahmen sehr stark von den Eigenschaften des jeweiligen Virus ab. Das Wissen, ob Masken oder Lockdowns gegen das Coronavirus und seine Ausbreitung hilfreich waren, wird bei der Bewältigung der nächsten Pandemie mit einem Virus mit möglicherweise ganz anderen Eigenschaften vermutlich nicht unmittelbar weiterhelfen. Allenfalls könnte eine derartige Untersuchung die Nebenwirkungen der Maßnahmen beleuchten und damit das Bewusstsein dafür schärfen, dass den pandemiebedingten Gesundheitsrisiken immer die maßnahmebedingten Gefahren für andere Rechtsgüter gegenüberzustellen sind.³² Dies mag insbesondere für die Klimapolitik wichtig sein, deren Protagonisten hier und da tatsächlich andeuteten, dass die Pandemie ja gezeigt habe, zu welchem entschiedenem Vorgehen Staat und Politik in der Lage seien. Insgesamt ist – bei vielen Übertreibungen im Einzelnen – ein Abrutschen des Rechtsstaats aber vermieden worden; dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Maßnahmen inzwischen fast ausnahmslos aufgehoben worden sind.

Daher hat man den Verdacht, dass es um etwas ganz anderes gehen könnte: um eine „Aufarbeitung“ oder „Abrechnung“ im Sinne von Schuldzuweisungen.³³ Entsprechende Vergeltungsphantasien strafrechtlicher und schlimmerer Art drängen sich nun nur auf, wenn man der Über-

31 Wobei man hier auch fairerweise sagen muss, dass die Beteiligten durchaus lernfähig waren. Während z.B. frühe Stellungnahmen der Leopoldina Nationale Akademie der Wissenschaften nicht zu Unrecht kritisiert worden sind, weil sie die Belange von Kindern und Familien nicht hinreichend berücksichtigt haben, betont dann die 10. Ad-hoc-Stellungnahme vom November 2021 ausdrücklich, dass Kita- und Schulschließungen zu vermeiden sind (https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Nationale_Empfehlungen/2021_Coronavirus-Pandemie_Klare_und_konsequente_Ma%C3%9Fnahmen.pdf).

32 Vgl. dazu jetzt die Beiträge bei K. Günther/U. Volkmann (Hrsg.), *Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft*, 2022.

33 Vgl. etwa G. Frank, *Das Staatsverbrechen: Warum die Corona-Krise erst dann endet, wenn die Verantwortlichen vor Gericht stehen*, 2023. Zu Recht kritisch

zeugung ist, dass die deutsche Coronapolitik total versagt hat – aus unglaublichem Dilettantismus oder gar absichtlich aus dunkelsten Motiven. Das dürfte aber schon deshalb nicht sehr plausibel sein, weil Deutschland letztlich nicht schlecht durch die Pandemie gekommen ist und andere Länder zum Teil noch sehr viel drastischere Maßnahmen ergriffen haben. Selbst wenn eine öffenungsfreundlichere Politik wie in Schweden insgesamt zu besseren Ergebnissen geführt hätte – was wiederum umstritten ist –, rechtfertigt das schwerlich eine Fundamentalkritik des gesamten politischen Systems.³⁴ Aber vermutlich war diese Fundamentalkritik vielfach schon vorher vorhanden und hat die Pandemiepolitik nur als weiteren dankbaren Anlass betrachtet – wie zuvor die Flüchtlings- und danach die Klima-, Gleichstellungs- und Ukrainepolitik. Dies relativiert auch die Kritik, dass in der Pandemie die „kritischen Stimmen“ nicht genügend gehört worden seien:³⁵ Das mag es tatsächlich gegeben haben, aber wer seine Kritik der Coronapolitik zum Anlass nimmt, sich rechtspopulistischen oder noch schlimmeren Gruppierungen in die Arme zu werfen oder sich den absurdesten Verschwörungstheorien anzuschließen, kann schwerlich damit rechnen, noch ernst genommen zu werden. Die simple Wahrheit lautet vermutlich: Es war sicherlich nicht alles richtig; insofern muss man tatsächlich einiges verzeihen.³⁶ Aber es war auch nicht alles falsch, und die Versäumnisse liegen weniger in der Vornahme oder dem Unterlassen konkreter Maßnahmen als darin, dass man sich nicht rechtzeitig um die Gewinnung von Erkenntnissen bemüht hat, auf deren Grundlage man hätte zielgenauer agieren können. Rechtliche und institutionelle Reformen,

zu derartigen Aufgeregtheiten vgl. zuletzt *S. Döring/T. Beschorner/P. Dabrock*, Mit Vor-Sicht in den Rückspiegel, FAZ v. 27.2.2023, 6.

- 34 Dies gilt auch für das Rechtssystem, das keineswegs versagt hat, wie gelegentlich zu hören war. Das kann hier nur behauptet werden; näher dazu vgl. nur *D. Wolff*, (Post-)Pandemische Rechtswissenschaft, RW 2022, 319 (325 ff.).
- 35 Der Evaluationsbericht gesteht dies sogar zu. Allerdings kann z. B. der Autor dieses Textes trotz einiger sehr früher kritischer Anmerkungen zur Pandemiepolitik (vgl. *S. Huster*, Grenzen der Solidarität, Verfblog, 2020/3/22, <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-solidaritaet/>; *ders./T. Kingreen/U. Volkmann*, Der infizierte Rechtsstaat, TAZ v. 26.3.2020, <https://taz.de/Krisenmanagement-und-Ungleichheit/!5674368/>), nicht berichten, deshalb geschnitten worden zu sein.
- 36 Diese Devise hat der damalige Gesundheitsminister geprägt und inzwischen zu einem Buchtitel gemacht, vgl. *J. Spahn*, Wir werden einander viel verzeihen müssen, 2022. Zu den missratenen Regelungen gehörten sicherlich die Beschränkungen in Alten- und Pflegeheimen, vgl. dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht *F. Hufen*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, 2020.

die dieses Defizit bei der nächsten Pandemie beheben, helfen weiter,³⁷ Verschwörungstheorien und moralische Vorwürfe gegen einzelne Personen³⁸ dagegen nicht.

37 Einen sinnvollen Aufgabenkatalog für eine Enquetekommission haben früh beschrieben *H.-P. Bartels u.a.*, Empfehlungen für die Arbeit einer Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages zu Lehren aus dem Umgang mit der Corona-Pandemie, WZB Discussion Paper, SP V 2021–102, 2021.

38 Besonders abschreckendes Beispiel: *M. Klöckner/J. Wernicke*, »Möge die gesamte Republik mit dem Finger auf sie zeigen.« Das Corona-Unrecht und seine Täter, 2022.

Legalitätsprinzip und Volksdemokratie

Benjamin Kneibs

A. Einleitung und Fragestellung

Art. 1 B-VG lässt vieles offen. Zunächst ist dort nicht vom Bundes-, Landes- oder Gemeindevolk, sondern schlicht nur vom „Volk“ die Rede. Art. 1 überlässt es damit den übrigen Bestimmungen des B-VG, sein Programm auf den verschiedenen Ebenen des Gemeinwesens umzusetzen. Auf allen Ebenen kann man sich daher schon fragen, wer eigentlich das „Volk“ ist. Mit Art. 1 B-VG ist außerdem nichts darüber gesagt, welche Qualität das „Recht“ haben muss, das vom Volk ausgehen soll, noch wie einander Elemente der direkten und der indirekten Demokratie ergänzen mögen. Diesen beiden Facetten der Diskussion um das demokratische Prinzip und ihrem Zusammenhang geht der Beitrag nach.¹

1 Dem ist folgendes vorzuschicken: Zwar wollte die Unabhängigkeitserklärung vom 27.4.1945 die „demokratische Republik Österreich“ „im Geiste der“ radikal demokratischen „Verfassung von 1920“ einrichten. Schon das am selben Tag kundgemachte Verfassungs-Überleitungsgesetz stellte aber auf die Novelle von 1929 ab. Nach herrschender Auffassung und ständiger Rechtsprechung wurde das B-VG nach dem Stand der Novelle 1929 schließlich durch Beschluss des Nationalrates vom 19.12.1945 wieder in Kraft gesetzt. Da keine Vorschrift den Nationalrat dazu ermächtigte (vielmehr eine Legiskanz für das Wiederinkrafttreten des B-VG vorgesehen war) und der Beschluss des Nationalrates mangels Genehmigung durch den Alliierten Rat nicht publiziert worden ist, verfehlt er die Erzeugungsbedingungen für Bundesverfassungsgesetze, wie sie durch die Unabhängigkeitserklärung i.V.m. der Vorläufigen Verfassung festgelegt waren (A. Birkbauer/B. Kneibs in: B. Kneibs/G. Lienbacher [Hrsg.], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 13. Lfg., 2014, Art. I Verbotsgesetz Rz. 16). Das B-VG wurde in seiner Gesamtheit mit dem in Rede stehenden Beschluss somit revolutionär wieder in Kraft gesetzt. In der diesem Beschluss zu Grunde liegenden Fassung stellt es daher die historisch erste Verfassung dar, von der bei der Ermittlung des Inhaltes der Grundprinzipien auszugehen ist. Allfällige Verstöße gegen die verfassungsrechtliche Grundordnung, die sich insbesondere aus der Novelle 1929 ergeben könnten, wären damit saniert. Das gilt auch für den Fall, dass man den erwähnten Beschluss mangels Kundmachung als absolut nichtig ansieht. Dann wäre nämlich das B-VG mit Ablauf seiner Legiskanz am 19.6.1946 wieder in Kraft getreten, und zwar

B. Ihr Recht...

Alle Ausprägungen staatlicher „Macht“ erhalten auf dem Boden der Bundesverfassung nur deshalb Relevanz, weil sie dort oder in von ihr eingesetzten Rechtsquellen vorgesehen sind.² Dabei ist die Bundesverfassung in der Gestaltung jener Handlungsformen relativ frei, denen sie normative Bedeutung und damit Rechtsquellencharakter verleiht – nur die Grundprinzipien binden sie dabei und die autonome Determinante des Bundesverfassungsgesetzgebers ist relativ groß. Mit bemerkenswerter Detailgenauigkeit setzt das B-VG die im aktionenrechtlichen Rechtssystem bekämpfbaren Verwaltungsaktsformen selber ein, nicht ohne sie aber allesamt an das Gesetz zu binden, dem sie im Kontrast dazu die Regelung der Gerichtsakte im Wesentlichen überlässt. „Recht“ i.S.d. B-VG sind also die Bundesverfassung sowie alle von ihr eingesetzten und die von diesen – insbesondere vom Gesetz – abgeleiteten Rechtssatzformen.³ Dem Gesetz hat das gesamte hoheitliche Handeln zu entsprechen, wo nicht bundesverfassungsrechtliche Ausnahmen oder verfassungsunmittelbare Ermächtigungen bestehen,⁴ das Gesetz ist der Dreh- und Angelpunkt der Demokratie.

-
- wiederum in der Fassung der Novelle 1929 (vgl. *B. Kneibs*, Die „demokratische Republik“: Zu den Befugnissen des Bundespräsidenten, JRP 2017, 73 [75 f. m.w.N]).
- 2 *E. Wiederin*, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung, in: ÖJT (Hrsg.), 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung, 2010, 15 (17); *H. Kelsen/G. Froehlich/A. J. Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, 65; *R. Klaushofer*, Demokratie, in: H. Eberhard et al. (Hrsg.), 100 Jahre Republik Österreich: Kontinuität – Brüche – Kompromisse, 2021, 289 (297).
 - 3 „Recht“ ist also zunächst das auf dem Boden der Bundesverfassung gesetzte, allenfalls trotz eines Fehlers vorerst gültige *Staatshandeln* (*P. Oberndorfer* in: K. Korinek/M. Holoubek et al. [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar, 3. Lfg., 2000, Art. 1 B-VG Rz. 12). Recht entsteht aber auch, wenn dieses Staatshandeln abgeleiteten privaten Handlungen rechtliche Bedeutungen verleiht, wie dies etwa für den Vertrag, das Vereinsstatut oder das Testament gesagt werden kann. Entscheidend ist hier nur der Ableitungszusammenhang: Art. 1 B-VG redet nicht der Binnen- oder Basisdemokratie von Interessengemeinschaften, Vereinen oder Erbgemeinschaften das Wort, sondern es verlangt die Rückführbarkeit des Vertrages, des Vereinsstatutes und des Testaments – kurz auch des privaten rechtserheblichen Handelns – auf das Gesetz.
 - 4 Für die so genannte Privatwirtschaftsverwaltung gilt das Legalitätsprinzip nach h.A. nicht, auch wenn sie sich an die allgemeinen Gesetze zu halten hat. Wohl aber muss der Gesetzgeber, wenn er privatwirtschaftliche Sachverhalte regelt, angemessen determinieren; vgl. *M. Potacs*, Staatliches Legalitätsprinzip und Gemeinschaftsrecht, in: St. Griller/B. Kneibs/V. Madner/M. Potacs (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung

Nicht alle unmittelbar bundesverfassungsrechtlichen Ermächtigungen entbinden dabei von der Beachtung des Gesetzes. Das gilt einmal in verfahrensrechtlicher, dann aber auch in inhaltlicher Hinsicht. Bundesverfassungsrechtliche Ausnahmen gelten für die Notverordnungen des Bundespräsidenten und für die Übung von Ermessen bei der Bescheiderlassung; ob außerdem für die territoriale und nicht territoriale Selbstverwaltung, in deren „eigenem Wirkungsbereich“ eine Lockerung verfügt ist,⁵ wird differenziert diskutiert.⁶ Differenziert ist im Übrigen nach h.A. auch das Legalitätsprinzip selbst, das es dem Gesetzgeber nämlich gestattet, von einer inhaltlichen Determinierung der Vollziehung dort abzusehen, wo sie nicht praktikabel erscheint und an ihrer Stelle insbesondere verfahrensrechtliche Bindungen vorgesehen werden. Selbstverständlich ist die Einhaltung solcher Verfahrensvorschriften dann auch zu dokumentieren.⁷ Ganz anders liegen aber Fälle, in denen das Gesetz insbesondere vom Verordnungsgesgeber die Beachtung bestimmter inhaltlicher Determinanten verlangt.⁸ Hier

und Binnenmarkt – Festschrift für Heinz-Peter Rill, 2010, 161 (164 f.); vgl. auch *M. Potacs/C. Wutscher*, Grenzen der Einbringlichkeit von Forderungen gegen Bundesländer, wbl 2015, 61 (67).

5 „Im Rahmen“ statt „auf Grund“: Art. 118 Abs. 4 und Art. 120b Abs. 1 B-VG.

6 Siehe dazu etwa *W. Berka*, Verfassungsrecht, 8. Aufl., 2021, Rz. 499; differenziert *H. Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, 2014, 357 ff. m.w.N.; ausdrücklich dagegen etwa VfSlg 7903/1976, 16.206/2001; *C. Ranacher/N. Sonntag* in: *A. Kahl/L. Khakzadeh/S. Schmid* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, 2021, Art. 18 B-VG Rz. 6. Keinesfalls kommt aber für die Selbstverwaltung eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip in Betracht: Auch die Selbstverwaltung ist Verwaltung i.S.d. B-VG (*H. P. Rill* in: *B. Kneih/G. Lienbacher* [Hrsg.], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg., 2001, Art. 18 B-VG Rz. 21 ff., insbesondere Rz. 24; *Ph. Mörth*, Das Legalitätsprinzip, 2020, 127 ff.). Ihre Aufnahme in die Bundesverfassung erteilt der Vorstellung gerade eine Absage, die „freie Gemeinde“ stünde in Opposition und damit in Unabhängigkeit vom Staate (*Kelsen/Froeblich/Merkl*, Bundesverfassung [Fn. 2], 228 f.). Eine allfällige Lockerung der Gesetzesbindung in Art. 118 Abs. 4 B-VG würde dadurch deutlich relativiert, dass die Gemeinde nicht nur an die Gesetze, sondern auch an die Verordnungen des Bundes und der Länder gebunden wird.

7 VfSlg 20.357/2019.

8 Stand der Wissenschaft und Technik in § 24 Abs. 5 FSG in der für VfSlg 17.161/2004 relevanten Fassung; besondere Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten und Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs mit Ermittlung und Kundmachung bestimmter Höchstzahlen in § 10 des Gelegenheitsverkehrsgesetzes sowie Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs sowie Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Abstellflächen in § 96 StVO in der für VfSlg 11.972/1989 maßgebenden Fassung; Besorgnis einer Erschwerung der Benützung öffentlicher Orte durch andere Personen oder sonst das

ersetzen die geforderten Überlegungen nicht die gesetzliche Vorherbestimmung, sondern sie setzen sie um. Eine wie auch immer geartete Einschränkung der Determinierungspflichten des Gesetzgebers lässt sich daraus genauso wenig ableiten wie eine Ermächtigung zur Übung von Verordnungsermessen. Die Ausnahme für das Ermessen findet sich schließlich nicht in Art. 139, sondern in Art. 130 B-VG. Möchte der Gesetzgeber in besonderen Situationen besondere Spielräume für die Erlassung von Verordnungen einräumen, muss er selbst⁹ durch Verfahrens- oder Begründungspflichten einen Ausgleich dafür vorsehen.

C. ...geht vom Volk aus...

Schon aus dem Wortlaut des Art. 1 B-VG, der insofern durch Art. 141 B-VG mit seiner Unterscheidung zwischen Allgemeinen Vertretungskörpern und Satzung gebenden Organen bestätigt wird, ergibt sich, dass das „Volk“ eine Gesamtheit der Bevölkerung ist, quer durch alle ihre Schichten und Gruppen und insbesondere ohne Rücksicht auf die in Art. 7 B-VG genannten Unterschiede.¹⁰ Wenn dort das „Volk“ gemeint ist, von dem – ohne diese Unterschiede – das Recht ausgehen soll, dann deutet der systematische Ort dieser Anordnung zwischen der Staatsbürgerschaft in Art. 6 und der Staatssprache in Art. 8 B-VG darauf hin, dass ihre Beschränkung auf die Staatsbürger auch den Zweck haben sollte, das (Bundes-) „Volk“ des Art. 1 B-VG auf die Staatsbürger hin zu konkretisieren. Eine explizite Einschränkung des Wahlrechtes enthielt Art. 26 B-VG in seiner Stammfassung nicht, wenngleich sie sich implizit aus dem Zusammenhalt mit Art. 95 B-VG ergab. Die für uns aber relevante historisch erste Verfassung

Gemeinschaftsleben störender Missstände auf Grund der zu erwartenden Anzahl an bettelnden Personen und der örtlichen Verhältnisse in § 7 der für VfSlg 20.095/2016 einschlägigen Fassung des Vorarlberger Landessicherheitsgesetzes; Grundlagenforschung in § 10 Abs. 2 des in VfSlg 8280/1978 präjudiziellen NÖ. ROG und in § 6 des für VfSlg 11.990/1989 entscheidenden Vfbg. RPG; Bezugnahme auf eine Änderung des örtlichen Raumordnungskonzeptes, einer diesem entsprechenden weiteren räumlichen Entwicklung der Gemeinde, Raumordnungsprogramme oder andere vorrangig raumbedeutsame Planungen oder Maßnahmen des Bundes und weitere Parameter in § 36 der in VfSlg 19.819/2013 aktuellen Fassung des Tir. ROG.

⁹ Und nicht der Verfassungsgerichtshof.

¹⁰ *B. Kneibs*, Besondere Diskriminierungsverbote und allgemeine Gleichheit, ZöR 2019, 729 (732); *W. Berka/C. Binder/B. Kneibs*, Die Grundrechte, 2. Aufl., 2019, 519 f. m.w.N. in Fn. 2241 und 2246.

enthält diese Einschränkung paradoxerweise explizit, indem sie den Bundesgesetzgeber dazu ermächtigt, unter der Bedingung der Gegenseitigkeit auch im Inland wohnenden Ausländer/innen das Wahlrecht zum Nationalrat einzuräumen.¹¹ Die Erteilung dieser Ermächtigung war schon 1929 keine Gesamtänderung. Umso weniger kann dies für die historisch erste Verfassung gelten, die diese Ermächtigung rezipiert. Es ist allerdings – schon wegen des reinen Ermächtigungscharakters des damaligen Art. 26 Abs. 1 Satz 2 B-VG¹² – auch nicht davon auszugehen, dass die Einbeziehung von in Österreich lebenden Ausländer/innen in das Wahlrecht dadurch zum Bestandteil des demokratischen Grundprinzips geworden ist. Ihr Ausschluss verstößt daher genauso wenig gegen das demokratische Prinzip. Die Art. 6, 7, 26 und 95 B-VG gestalten es vielmehr zulässig aus.¹³

Das Gegenstück zum Wahlrecht der in Österreich lebenden Ausländer/innen ist das Wahlrecht der im Ausland lebenden Österreicher/innen. Fehlt den Ausländer/innen, die im Inland leben und so tagtäglich gegen sich gelten lassen müssen, was die österreichischen Parlamente beschließen, für die Zugehörigkeit zum „Volk“ die österreichische Staatsangehörigkeit, so könnte man sich fragen, ob die Österreicher/innen, die im Ausland leben, von den Beschlüssen der österreichischen Parlamente so betroffen sind, dass man ihnen auch ein Wahlrecht zu diesen zugestehen muss. Zu ihnen schweigt die Stammfassung des B-VG genauso wie die historisch erste Verfassung, nach der sich die Interpretation des demokratischen Prinzips zu richten hat. Stellt sich aber bei näherer Betrachtung heraus, dass die historisch erste Verfassung die Staatsangehörigkeit gerade nicht zur Voraussetzung des Wahlrechts erhob, dann kann aus ihr auch nicht gefolgert werden, dass die Staatsangehörigkeit dieses Wahlrecht gleichsam in sich trägt.¹⁴

Dass das „Volk“ auch ein Landesvolk sein kann, ergibt sich in der Stammfassung des B-VG, aber auch noch in der historisch ersten Verfassung von 1945 aus dessen Art. 6, der die Bundesbürgerschaft aus der Lan-

11 M. Pöschl, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in: M. Akyürek/G. Baumgartner/D. Jähnel/G. Lienbacher/H. Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive – Festschrift für Heinz Schäffer, 2006, 633 (651 ff., insbesondere 657 ff.). Ausführlich zur Entwicklung des (Ausländer/innen-) Wahlrechtes in Österreich A. Wagner, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, 2022, 213 ff.

12 „Ob und unter welchen Voraussetzungen“.

13 Im Ergebnis genauso P. Bußjäger in: A. Kahl/L. Khakzadeh/S. Schmid (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, 2021, Art. 1 B-VG Rz. 5. Zu Art. 117 Abs. 2 B-VG siehe noch unten im Text.

14 So aber wohl VfSlg 12.023/1989.

desbürgerschaft ableitete. Daran ändert es auch nichts, dass die Landesbürgerschaft zwischenzeitlich vorübergehend aus dem B-VG verschwunden und der Begriff des Landesvolkes dem B-VG von Anfang an fremd ist.¹⁵ Im Kontext der Rechtsetzung, um die es ja bei Art. 1 B-VG geht, war nämlich 1920 wie 1945 auch die Summe der Bundesbürger mit (ordentlichem) Wohnsitz im Bundesland ein Landesvolk.¹⁶ Dass dieses Landesvolk an der Landesgesetzgebung nur durch die Wahl des Landtages, an ihn gerichtete Petitionen und Begehren und von ihm beschlossene Volksabstimmungen beteiligt sein soll, ergibt sich schon aus einer historischen und systematischen Interpretation des Art. 95 B-VG, wie sie VfSlg 16.241/2001 vorführt.¹⁷ In der Tat überträgt das B-VG die hier vor allem interessierende Gesetzgebung in der Stammfassung wie auch in der relevanten historisch ersten Verfassung Parlamenten und bindet auch die Volksinitiative und selbst die obligatorische Volksabstimmung über eine Gesamtänderung in die Parlamentsgesetzgebung ein. Das spricht dafür, das demokratische

15 Das Wahlrecht zum Landtag knüpfte 1920 wie 1945 an die Bundesbürgerschaft und einen (ordentlichen) Wohnsitz im Bundesland an. Daraus und aus dem Umstand, dass die Bedingungen für Erwerb und Verlust der Landesbürgerschaft in allen Bundesländern gleich zu sein hatten und überall die gleichen Rechte vermittelten, kann aber nicht auf die normative Bedeutungslosigkeit des damaligen Art. 6 B-VG geschlossen werden, wie dies R. Thienel in: K. Korinek/M. Holoubek et al. (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar, 1. Lfg., 1999, Art. 6 B-VG Rz. 68 darzulegen versucht. Immerhin musste danach – wenn auch unter jeweils gleichen Bedingungen – zuerst eine Landesbürgerschaft erworben werden. Richtig ist aber, dass die vorübergehende Abschaffung der Landesbürgerschaft keine Gesamtänderung war (VfSlg 2455/1952; Thienel, a.a.O.): Der Volksbegriff des Art. 1 B-VG ist für diese wie auch eine andere Ausgestaltung offen. Die Begründung einer Landesbürgerschaft steht dem Bundesverfassungsgesetzgeber frei, ist ihm aber durch Art. 1 nicht vorgegeben (H. P. Rill/H. Schäffer in: B. Kneibs/G. Lienbacher [Hrsg.], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg., 2001, Art. 1 B-VG, Rz. 39).

16 Rill/Schäffer (Fn. 15), Art. 1 B-VG Rz. 39.

17 A.M. A. Gamper, Direkte Demokratie und bundesstaatliches Homogenitätsprinzip, ÖJZ 2003, 441, die dem Umstand eine geringere Bedeutung beimisst, dass sowohl nach Art. 41 ff. als auch nach Art. 95 B-VG die Gesetzgebung jeweils dem Parlament und nicht dem Volk obliegt – auch im von ihr bemühten Fall einer Gesamtänderung muss zuerst ein parlamentarischer, mit erhöhten Quoren gefasster Beschluss vorliegen; dies einräumend dies., Parlamentarische Rechtsetzung und direkte Demokratie: Verfassungsrechtliche Grenzen, in: G. Lienbacher/E. Pürgy (Hrsg.), Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise, 2015, 101 (108 ff.).

Prinzip in der vom Verfassungsgerichtshof skizzierten Weise zu interpretieren.¹⁸

Die Mitglieder personaler Selbstverwaltungskörper und anderer Interessenverbände sind hingegen als solche kein „Volk“.¹⁹ Ihnen fehlt die Heterogenität; die verfassungsrechtlich geforderte Verbindung durch gleiche oder ähnliche Interessen, die sie zugleich hinreichend deutlich von anderen unterscheidet, schließt es aus, sie als repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung anzusehen. Ihre Organe mögen daher „Satzung gebend“ und „nach demokratischen Grundsätzen“ zu bilden sein.²⁰ „Allgemeine Vertretungskörper“ sind sie nicht.

18 *Klaushofer*, Demokratie (Fn. 2), 312 ff. m.w.N. auch anderer Auffassungen; ebenso *M. Hofmann*, „Volksgesetzgebung“ – Eine rechtsvergleichende Analyse der Volksgesetzgebung und ihres Verhältnisses zum Repräsentativsystem, 2021, 1, 30 ff.; anders *F. Merli*, Ängstlich gegenüber der Demokratie, einfallsreich für den Rechtsstaat, ZÖR 2021, 85 (86 f.); tendenziell anders auch *Th. Öhlinger*, Direkte Demokratie: Möglichkeiten und Grenzen, ÖJZ 2012, 1054 (1055), immerhin aber mit Hinweis auf die durch direkte Volksgesetzgebung ebenfalls bewirkte Ausschaltung des Bundesrates auf S. 1059 und *Bußjäger* (Fn. 13), Art. 1 B-VG Rz. 10, 13 m.w.N.; ganz anders auch schon *ders.*, Plebiszitäre Demokratie im Mehrebenensystem? Zur Theorie direkter Demokratie in föderalen und konföderalen Systemen, in: K. Weber/N. Wimmer/A. Gamper/I. Rath-Kathrein (Hrsg.), Vom Verfassungsstaat am Scheideweg – Festschrift für Peter Pernthaler, 2005, 85 (103 ff. et passim). Bemerkenswert ist, dass ein Verfechter der direkten Demokratie die Konsequenz der Gesamtänderung – nämlich die Volksabstimmung – ganz offenbar scheut (vgl. den Hinweis auf die Möglichkeit, weiter gehende Demokratiereformen auf diesem Weg herbeizuführen auch bei *H. Eberhard*, Parlamentarische Rechtsetzung und direkte Demokratie: Ausgestaltungsmöglichkeiten, in: G. Lienbacher/E. Pürgy [Hrsg.], Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise, 2015, 127 [130]; wie hier auch *Hofmann*, a.a.O., 36 f.). Eine abwegige Variante dieses Denkens findet sich bei *U. Willi*, Die Bundesverfassungskonformität der Vorarlberger „Volksgesetzgebung“, 2005, 51 ff., 59 ff. und 69 ff. m.w.N.: Die Grundprinzipien entfalten als solche keine Bindungswirkung für die Länder, sie sind bloß an den Bundesverfassungsgesetzgeber gerichtet, der die Länder nur durch konkrete Regelungen binden kann, zu denen nur Art. 95 ff B-VG, nicht aber auch die (allein) für den Bund geltenden Bestimmungen zählen, sodass die Demokratie in den Ländern auch anders ausgestaltet werden kann als im Bund. Einen Überblick über die vertretenen Auffassungen gibt *C. Drexel*, Neue Wege der politischen Partizipation – Instrumente der direkten und partizipativen Demokratie in der Vorarlberger Landesverfassung unter Berücksichtigung des neu eingeführten Art 1 Abs 4, Spektrum der Rechtswissenschaft 2013, Publiclaw.at online publications, 165, 178 ff.

19 Auch dazu schon *Rill/Schäffer* (Fn. 15), Art. 1 B-VG Rz. 8.

20 Art. 141, 120c B-VG.

Nicht so sicher ist das für die Gemeinde, deren Bevölkerung mehr oder weniger heterogen ist und nach den Grundsätzen der Nationalrats- und Landtagswahlen einen allgemeinen Vertretungskörper als oberstes Organ wählt.²¹ Immerhin sollte die Einrichtung der „allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern“ nach dem Grundsatz der Selbstverwaltung nach dem Konzept des B-VG 1920 zur Demokratisierung auch der untersten Ebenen der Verwaltung führen und für die Gemeinde die „gleichen demokratischen Prinzipien“ einführen, „die für die Verfassungen des Bundes und der Länder maßgebend sind“.²²

Allerdings war diese Organisation der „allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern“ ausführenden (Bundesverfassungs-) Gesetzen vorbehalten, die nie erlassen werden sollten;²³ statt dessen blieben auf Grund eines noch immer bestehenden Übergangsrechtes²⁴ die monokratischen Bezirksverwaltungsbehörden bis heute bestehen und an die Demokratisierung der Verwaltung erinnert nur noch Art. 120 B-VG.²⁵ Der Bundesverfassungsgesetzgeber zeigte m.a.W. weder 1920 noch 1945 Entschlossenheit, was die Gestaltung der „allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern“ nach den „gleichen demokratischen Prinzipien“ betrifft, „die für die Verfassungen des Bundes und der Länder maßgebend sind“. Sie wurde vielmehr aufgeschoben und bis auf Weiteres durch ein ganz anderes Kon-

21 Art. 117 Abs. 2 B-VG. Siehe *H. Stolzlechner/B. Auner* in: B. Kneibs/G. Lienbacher (Hrsg.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, 29. Lfg., 2022, Art. 117 B-VG, Rz. 13, 31.

22 *Kelsen/Froehlich/Merkel*, *Bundesverfassung* (Fn. 2), 229 f., wenngleich nicht ohne Hinweis auf das darin angelegte Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgebung und Vollziehung.

23 *K. Giese* in: A. Kahl/L. Khakzadeh/S. Schmid (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht*, 2021, Art. 120 B-VG Rz. 1.

24 Für 1920 *A. J. Merkel*, *Demokratie und Verwaltung*, 1923, 21 f. Ein unbefangener Blick auf Art. 150 B-VG i.d.F. des Beschlusses des Nationalrates vom 19.12.1945 (oben A.) könnte zu dem Schluss verleiten, dass damit ein eigenes Bundesverfassungsgesetz gemeint sein könnte, das den Übergang von der Vorläufigen Verfassung (StGBL. 5/1945) zum B-VG regeln sollte. Der Nationalrat beschränkte sich indes darauf, das B-VG i.d.F. der Novelle 1929 und der Novellen BGBl. 103/1931 und 244/1932 wieder in Kraft zu setzen. In Art. 150 B-VG ist daher weiterhin das Übergangsgesetz 1920, BGBl. 368/1925 (WV.) angesprochen (vgl. VfSlg 19.864/2014).

25 Einlässlich *K. Giese*, *Gemeinden und Demokratie: Willensbildung in der Gemeindegeldselbstverwaltung*, in: *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg.), *40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 – Aktuelle Rechtsfragen und Entwicklungen der kommunalen Selbstverwaltung*, 2002, 121 (125 ff.).

zept suppliert.²⁶ Vor diesem Hintergrund kann wohl nicht ernsthaft behauptet werden, dass die so verstandene demokratische Verwaltung Bestandteil des demokratischen Prinzips sein sollte.²⁷ Das demokratische Prinzip schließt eine solche Demokratisierung nach dem Gesagten ganz offenkundig nicht aus, es gebietet sie aber eben auch nicht. Die Berufung auf dieses Prinzip geht also auf jeden Fall fehl, ob sie nun die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit der einen oder der anderen Ausgestaltung des Gemeindeverfassungsrechtes begründen soll.²⁸

Das Gemeindeverfassungsrecht wiederum richtet den Gemeinderat zwar als allgemeinen Vertretungskörper, aber nicht als Organ der Gesetzgebung ein und bindet die Gemeinde vielmehr nicht nur an die Gesetze, sondern auch an die Verordnungen des Bundes und der Länder. Es macht die Gemeindebevölkerung daher auch dann nicht zum „Volk“²⁹ und den Gemeinderat zum Parlament,³⁰ wenn es die Wahlberechtigung nach dem Muster der National- und Landtagswahlen konstruiert.³¹ Liest man aber die gemeindeverfassungsrechtliche Ermächtigung zur Einführung von Ele-

26 In dieses Bild eines Provisoriums fügt sich nahtlos ein, dass nach § 8 Abs. 5 lit. f ÜG, BGBl. 268/1925 (WV.) für die Zeit, bis das in Art. 120 B-VG (1920/1945) genannte BVG erlassen ist, Bestimmungen des Reichsgemeindegengesetzes 1862, RGBl. 18, anwendbar waren, von denen nur durch BVG dispensiert werden durfte.

27 So aber VfSlg 13.500/1993 betreffend die Bürgermeisterdirektwahl im Tir. Gemeindevahlrecht und VfSlg 19.711/2012 betreffend die Abweisung des Begehrens einer Bürgerinitiative auf Durchführung einer Volksbefragung i.S.d. NÖ. Gemeinderechts. Auf diese Judikatur gründet sich auch die Ablehnung einer Volksgesetzgebung auf Landesebene (VfSlg 16.241/2001. Keinesfalls folgt diese Ablehnung aber in irgendeiner Form aus der Gemeindeverfassung) und einer direkt durch die Gemeindebevölkerung herbei geführten Rechtsetzung auf Gemeindeebene (VfSlg 20.406/2020).

28 So auch *Oberndorfer* (Fn. 3), Art. 1 B-VG Rz. 21. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass sich die Diskussion um die Demokratisierung der Verwaltung nicht auf die Gemeinde-, sondern auf die Bezirksebene bezogen hätte. Dreh- und Angelpunkt dieser Diskussion waren die Art. 115 bis 119 und insbesondere Art. 120 B-VG, die eben deshalb auch die Gemeindeverfassung weitgehend offenließen und i.V.m. Art. 150 B-VG die allgemeine staatliche Verwaltung in den Ländern bis zur Erlassung eines besonderen Gemeindeverfassungsgesetzes dem ÜG anvertrauten.

29 Schon in der Stamfassung gab es zwar eine Landesbürgerschaft, in der Gemeinde aber lediglich ein Heimatrecht, das die Landesbürgerschaft vermittelte. Die Gemeinde war dann aber keine eigene Bezugseinheit für ein „Volk“.

30 A.M. offenbar *Giése*, Gemeinden (Fn. 25), 127, 134, 149, 150.

31 *Rill/Schäffer* (Fn. 15), Art. 1 B-VG Rz. 8; a.M. *Bußjäger* (Fn. 13), Art. 1 B-VG Rz. 7.

menten der direkten Demokratie³² ohne den³³ behaupteten Kontext zu Art. 1, 24 ff. und 95, 97 ff. B-VG, dann ist nicht recht ersichtlich, wie aus diesen Bestimmungen ein „Homogenitätsprinzip“ für die Gemeinderetzsetzung folgen soll, das es dem Landes(verfassungs)gesetzgeber verwehren würde, die Wahlberechtigten einer Gemeinde auch dazu zu ermächtigen, einen Rechtsakt zu genehmigen oder zu erzwingen, dem sich der Gemeinderat nicht anschließen will.³⁴ Nirgends wird die – individuelle wie auch die generelle – Rechtsetzung der Gemeinde dem Gemeinderat oder auch nur den Organen der Gemeinde vorbehalten³⁵ und für solche Rechtsakte gelten auch uneingeschränkt die Art. 118 Abs. 4, 129 ff. und 139 B-VG, wodurch ihre Übereinstimmung mit dem „Recht“ sichergestellt wird, das tatsächlich i.S.d. Art. 1 B-VG „vom Volk“ ausgeht.³⁶

32 Art. 117 Abs. 8 B-VG.

33 Vom Verfassungsgerichtshof, siehe Fn. 27.

34 *Klaushofer*, Demokratie (Fn. 2), 299 f. Im Gegenteil stellen die Materialien (RV. 446 BlgNR. XVI. GP. 7 zu BGBl 490/1984) zu dieser Vorschrift (dem damaligen Art. 117 Abs. 7 B-VG, seit BGBl. 504/1994 Abs. 8) ausdrücklich klar, dass auch eine solche – den Gemeinderat übergehende oder ersetzende – Rechtsetzung zulässig sein soll; vgl. *Giese*, Gemeinden (Fn. 25), 130, der dann aber auf den folgenden Seiten und wiederum in *seinem* Beitrag *K. Giese*, Direktdemokratische Willensbildung in der Gemeindeselbstverwaltung – Stand, Rechtsfragen, Perspektiven, in: A. Kahl (Hrsg.), *Offen in eine gemeinsame Zukunft – Festschrift 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle, 2012*, 109 (121 ff.) die hier widerlegten bundesverfassungsrechtlichen Bedenken erhebt; ähnlich *ders.* in: A. Kahl/L. Khakzadeh/S. Schmid (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht, 2021*, Art. 117 B-VG Rz. 38. Auch *A. Gamper*, *Parlamentarische Rechtsetzung und direkte Demokratie*, in: G. Lienbacher/E. Pürgy (Hrsg.), *Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise, 2015*, 101 (107 f. und 117) und *dies.*, *Bürgerbeteiligung und demokratische Innovation in Tirol – Voraussetzungen, Instrumente, Schranken*, in: P. Bußjäger/A. Gamper (Hrsg.), *Demokratische Innovation und Partizipation in der Europaregion, 2015*, 21 (39 f.) scheint die Grenzen direkter Gesetzgebung auf die direkte Rechtsetzung im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu übertragen. Wie hier kritisch zur Übertragung der Grundsätze einer repräsentativen Demokratie auf die Gemeinde *Bußjäger* (Fn. 13), Art. 1 B-VG Rz. 11. Ebenso gegen eine Übertragung dieser Grundsätze, aus anderen Gründen aber für eine Begrenzung der direkten Gemeindedemokratie *K. Pabel*, *Einrichtungen der direkten Demokratie in den Gemeinden*, in: K. Pabel (Hrsg.), *Gemeinderecht, 2021*, Rz. 6.

35 Die Ausnahmen der §§ 7 Abs. 5 und 8 Abs. 5 F-VG bestätigen diese Regel eher als sie zu widerlegen.

36 Aus dem Legalitätsprinzip folgt daher keine Unzulässigkeit einer direkt demokratischen Gemeindeselbstverwaltung (anders *Giese*, *Gemeinden* [Fn. 25], 137 und *Pabel*, *Einrichtungen* [Fn. 34], Rz. 6, jeweils m.w.N.). Dass Art. 49b B-VG solche Entscheidungen als Gegenstand einer Volksbefragung ausschließt, beweist nur, dass solche Volksbefragungen sonst möglich wären und sagt über die Gemeinden

D. ...und seine Einhaltung wird vom Volk kontrolliert.

Nicht weit weg von Art. 18 bestimmt Art. 20 B-VG, dass „die Verwaltung“ nicht nur „nach den Bestimmungen des Gesetzes“, sondern auch nach den Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe von gewählten, ernannten berufsmäßigen oder vertraglich bestellten Organen zu führen ist. Diese Bestimmung ist kein Selbstzweck, sondern sie sichert die demokratische Verantwortlichkeit der Weisungsspitze.

Nun hält die Bundesverfassung bekanntlich Weisungsbindung und Verantwortlichkeit nicht konsequent durch. Ausnahmen gewährt nicht nur Art. 20 Abs. 2 B-VG. Die Art. 120a ff. B-VG kodifizieren darüber hinaus die Rechtsprechung zur personalen Selbstverwaltung und Art. 118 Abs. 4 B-VG befreit gerade die Gemeindegeldverwaltung ebenfalls von der Bindung an die Weisungen der Behörden des Bundes und der Länder. Dass dies gegen das demokratische Prinzip verstoßen würde, kann vor dem Hintergrund der aufgezeigten Entwicklungsgeschichte der Art. 115 ff. B-VG nicht gut behauptet werden.

Allerdings verlangen nicht nur Art. 20 Abs. 2 und Art. 120b B-VG, sondern es verlangen auch die Rechtsprechung zur Beleihung und schließlich Art. 119a B-VG ein angemessenes Aufsichtsrecht als Surrogat. Entschei-

nichts aus. Dass nach Art. 43 B-VG nur Gesetzesbeschlüsse Gegenstand einer Volksabstimmung sein dürfen schließt auf Bundesebene einerseits direkte Volksgesetzgebung, andererseits auch volksdemokratische Einzelfallentscheidungen aus, besagt aber über die Gemeinde ebenfalls nichts. Zur Absicherung kann unbeschadet der Rechtsschutzinstrumente vorgesehen werden, dass der Gemeindebevölkerung nur rechtmäßige Bescheide oder Verordnungen zur Entscheidung vorgelegt werden dürfen. Es gibt keinen vernünftigen Grund anzunehmen, dass diese politischer oder unsachlicher entscheiden würde als der Gemeinderat. Ob *F. Merli*, Langsame Demokratie, in: C. Jabloner/D. Kolonovits/G. Kucsko-Stadlmayer/R. Laurer/H. Mayer/R. Thienel (Hrsg.), Gedenkschrift für Robert Walter, 2013, 487 (500) den Vorhalt, die nachträgliche Rechtskontrolle direkt demokratischer Entscheidungen würde nicht ausreichen, nur auf die Gesetzgebung oder auch auf die verwaltungsrechtliche Mitbestimmung bezieht, ist unklar. Sein Vorschlag einer präventiven Rechtskontrolle ist aber so oder so auch auf diese Instrumente anzuwenden. Ernst zu nehmen ist der Einwand der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens bei individuell-konkreten Erledigungen (*Pabel*, Einrichtungen [Fn. 34], Rz. 6 m.w.N.). Nun gilt aber im AVG kein Grundsatz der Unmittelbarkeit, sodass auch aus dieser Perspektive nichts dagegen spricht, dass eine Gemeindebehörde das Verfahren führt, den Entscheidungsentwurf dann aber der Gemeindebevölkerung zur Genehmigung vorlegen muss (*R. Walter*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, 1973, 147 [167]). Für generelle Verwaltungsakte könnte eine Vorabkontrolle durch die Gemeindeaufsicht eingerichtet werden.

dend ist dafür nicht so sehr, dass der jeweilige Amtsträger gegebenenfalls abberufen werden kann: Dies sieht zwingend nur Art. 20 Abs. 2 B-VG vor. Art. 120b B-VG enthält eine solche Vorgabe gar nicht und für die Gemeindeaufsicht ist sie optional.³⁷ Dem demokratischen Prinzip genügt es, dass die (Spitze der) Aufsichtsbehörde verantwortlich ist.

Gegen eine direkt demokratische Gemeindegeldselbstverwaltung spricht dann weder der Umstand, dass sie nicht von gewählten, ernannten oder vertraglich Bediensteten geführt wird, noch kann gegen sie eingewendet werden, dass die Aufsichtsbehörde die Gemeindebevölkerung nicht wie den Gemeinderat auflösen kann. Entscheidend ist nur, dass sie über effektive Mittel verfügt, um die Gesetzesbindung auch einer solchen direktdemokratischen Verwaltung sicherzustellen. Dafür enthält Art. 119a B-VG ein vielfältiges Instrumentarium, das im Wesentlichen auf die „Gemeinde“ und nicht auf einzelne ihrer Organe bezogen ist. Ob Art. 119a Abs. 8 B-VG eine taugliche Grundlage dafür wäre, direkt demokratische Entscheidungen als solche unter Genehmigungsvorbehalt zu stellen, könnte³⁸ zweifelhaft sein. Die Aufsichtsmittel sind aber im B-VG nicht abschließend geregelt und ein Landes(verfassungs)gesetzgeber, der nach Art. 117 Abs. 8 B-VG direkte Gemeindegelddemokratie ermöglicht, kann dazu auch das passende Aufsichtsrecht schaffen, das dem Verantwortlichkeitspostulat des demokratischen Prinzips genügt.

Nun mag noch der Einwand erhoben werden, dass dann aber das innergemeindliche Weisungsrecht ins Leere liefe,³⁹ für das Art. 20 B-VG unbestrittenermaßen gilt. Die Gemeindebevölkerung ist schließlich kein tauglicher Adressat solcher Weisungen und andere Organe müssten dem Abstimmungsergebnis folgen und nicht der Weisung des Gemeinderates. Die Weisung ist aber kein Selbstzweck, und hier schließt sich der Kreis. Sie dient der demokratischen Kontrolle der Verwaltung, die innerhalb der Gemeinde wohl von der Gemeindebevölkerung auszuüben wäre. Wenn diese aber selbst entscheidet, muss sie sich nicht noch zusätzlich kontrollieren.⁴⁰

37 Art. 118 Abs. 7 B-VG.

38 Wegen der geforderten besonderen Berührung überörtlicher Interessen, insbesondere von finanzieller Bedeutung.

39 *Stolzlechner/Auner* (Fn. 21), Art. 117 B-VG Rz. 14; ähnlich zuvor schon *Giese*, Gemeinden (Fn. 25), 140; ähnlich auch *Pabel*, Einrichtungen (Fn. 34), Rz. 6.

40 Unbegründet sind auch Bedenken gegen das Erfordernis einer Volksabstimmung über ein Misstrauensvotum des Gemeinderates gegen den Bürgermeister (vgl. dazu wiederum *Giese*, Gemeinden [Fn. 25], 149): Dass als *contrarius actus* zur Direktwahl der Bürgermeister – wie der Bundespräsident – nur durch die Gemeindebürger/innen abgesetzt werden kann, verstößt selbst dann gegen keine bundesverfassungsrechtliche Vorschrift, wenn für den Fall des Scheiterns analog Art. 60

Art. 117 Abs. 8 wäre dann eben insoweit *lex specialis* im Verhältnis zu Art. 118 Abs. 5 B-VG.

Abs. 6 B-VG die Auflösung des Gemeinderates vorgesehen ist. Mit dem Weisungsrecht des Gemeinderates hat eine solche Vorschrift überhaupt nichts zu tun; Art. 118 Abs. 5 B-VG wird dadurch in keiner Weise berührt. Bedenklich ist es allerdings, wenn der Bürgermeister ohne Bindung an bzw. sogar gegen eine ausdrückliche Weisung des Gemeinderates Angelegenheiten einer Beschlussfassung durch die Gemeindebürger/innen unterwerfen kann (*Giese, a.a.O.*).

Der Bürger:innen Rat für die Gesetzgebung?

Beispiele aus Irland und Belgien¹

Marlies Meyer

A. Einleitung

Zwei Aufsätze spannen den Bogen über *Franz Merli's* intensive Auseinandersetzung mit der direkten Demokratie, den Normen, Reformvorhaben und der Judikatur dazu: „Die Steiermark - ein direktdemokratisches Paradies?“ aus dem Jahre 1985 und „Illiberal Direct Democracy“ aus dem Jahre 2020. Der erste Aufsatz, publiziert sieben Jahre nach der ersten Volksabstimmung in Österreich (über die friedliche Nutzung der Kernenergie), der zweite, vier Jahre nach der Brexit-Volksbefragung im Vereinigten Königreich.² *Merli* war stets wohlwollend an den Instrumenten der direkten Demokratie interessiert, allerdings mit zunehmender Vorsicht gegenüber einer „Tyrannei der Mehrheit“. Er hat als Experte wesentliche Impulse für die (letztlich ergebnislosen) parlamentarischen Beratungen zum Demokratiepaket 2013 im Nationalrat gegeben.³

-
- 1 Soweit der Beitrag Wertungen enthält, geben sie meine persönliche Meinung wieder. Ich danke *C. Clar* und *C. Konrath* für Kommentare zur ersten Manuskriptfassung. Wertvolle Hinweise gab der Informationsaustausch im Rahmen des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation (EZPWD), insbes. die Antworten zu den Anfragen Nr. 4700 (2021) und Nr. 5272 (2023). Besonderer Dank gilt den EZPWD-Kolleg:innen aus Irland, Belgien und Frankreich. Sämtliche Internetseiten wurden zuletzt am 28.2.2023 abgerufen.
 - 2 *F. Merli*, Die Steiermark - ein direktdemokratisches Paradies? Anmerkungen zum Entwurf der neuen Landesverfassung, ÖGZ 1985 H 12, 2 f.; *F. Merli*, Illiberal Direct Democracy, Vienna Journal on International Constitutional Law 2020, 199 (205), worin er ausführt: “The Brexit referendum teaches us that we should maybe ask for more: for information on the people behind the initiative, its funding and its advertising, including social media techniques.”
 - 3 Siehe *C. Konrath*, Das Demokratiepaket 2013, in: G. Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 2014, 345; *M. Meyer*, Das Demokratiepaket 2013 und aktuelle Entwicklungen, in: E. Schweighofer/F. Kummer/W. Hötzendorfer (Hrsg.), Transparenz, 2014, 315; *F. Merli*, Langsame Demokratie, in: C. Jabloner/C. Kolonovits/G. Kucsko-Stadlmayer/R. Laurer/H. Mayer/R. Thienel (Hrsg.), FS Robert Walter, 2013, 487; ders., Grundsätzliche Aspekte der direkten Demokratie –

Seither ist es – zumindest auf Bundesebene – um einen maßgeblichen Ausbau der direkten Demokratie vergleichsweise still geworden. Die im Zuge der Corona-Pandemie sich offenbarende Wissenschaftsskepsis hat das Vertrauen in eine möglichst rationale öffentliche Diskussion und Entscheidungsfindung des Volkes nicht befördert. Inzwischen haben Instrumente politischer Teilhabe, die auf die Auseinandersetzung in kleinen, eingegrenzten Debattenräumen setzen, kontinuierlich an Gewicht gewonnen. Angesprochen sind damit die sogenannte „Strategische Prozessführung“ und die Bürger:innenräte (BüR). Im ersten Fall versuchen Bürger:innen – unter Berufung auf die Grund- und Menschenrechte oder das Unionsrecht – Normen zu hinterfragen und treten so „im Gerichtssaal“ in Dialog mit dem Gesetzgeber.⁴ Im zweiten Fall setzen sich zufällig aber möglichst repräsentativ ausgewählte Bürger:innen (meist) mehrmals zusammen, um mit Unterstützung von Expert:innen anstehende Probleme zu beraten, um am Ende Empfehlungen für den Gesetzgeber (und die Verwaltung) abzugeben.⁵

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit dem letzteren Phänomen, und zwar aus der Perspektive der direkten Demokratie. Es wird das Verhältnis von Bürger:innenräten und Gesetzgeber in den Blick genommen. Denn – so wird hier angenommen – wesentlicher Zweck der Einsetzung von BüR ist doch die Beteiligung der Bürger:innen an der Gesetzgebung.⁶ Gemäß dieser Annahme werden Modelle von BüR aus zwei europäischen Ländern analysiert, bei denen das Verhältnis von BüR und verfassungsmäßigen Gesetzgebungsorgan(en) vor ihrer Abhaltung klargestellt wurde: Irland und Belgien.

das Beispiel Volksbegehren, in: ÖJK (Hrsg.), Direkte Demokratie, 2014, 15 (Vortrag vom 9.10.2012). Zum Scheitern der Verhandlungen: Siehe Parlamentskorrespondenz Nr. 622 vom 28.6.2013 und Nr. 722 vom 18.9.2013. Zur nachfolgenden Enquete-Kommission zur Stärkung der Demokratie siehe Bericht vom 16.9.2015, 791 BlgNR XXV. GP.

- 4 A. Graser, Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann, Zeitschrift für Rechtswissenschaft 2019, 317; M. Meyer, Zivilgesellschaftliche Prozessführung: Wenn Bürger:innen vor Gericht Rechte geltend machen und an der Gesetzgebung teilhaben, in: T. Weber (Hrsg.), Strategische Prozessführung in Österreich, im Erscheinen.
- 5 Zum Schwenk von direktdemokratischen Instrumenten zu den Bürgerräten siehe auch F. Decker, Bürgerräte – Abhilfe gegen die Repräsentationskrise oder demokratiepolitisches Feigenblatt? ZParl, Heft 1/2021, 125.
- 6 Zum Einfluss der Klima-BüR in Irland, dem Vereinigten Königreich und Frankreich auf die Gesetzgebung siehe L.-A. Duvic-Paoli, Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens' Assemblies, Transnational Environmental Law 2022, 235 (237).

B. Bürger:innenräte zur Gesetzgebung – Herkunft und Verbreitung

Ein BüR ist eine nach dem Zufallsprinzip repräsentativ ausgewählte Gruppe von Bürger:innen, die von Expert:innen informiert und durch Moderator:innen unterstützt, zu politischen Fragen Beratungen abhält und Empfehlungen abgibt.⁷ Mit Zusammensetzung und Methode ist auch die Hoffnung verbunden, dass für anstehende Probleme jenseits der von Parteien und Interessensgruppen gezogenen Konfliktlinien Lösungen gefunden werden können und dass ideale Bedingungen für den Meinungs-austausch geschaffen werden können, die sich deutlich von der oft „armseligen Qualität einer aus Sprechblasen, Demagogie und manipulativer Desinformation bestehenden Deliberation, wie sie die reale öffentliche Meinung prägt“, unterscheiden.⁸

Erste Vorläufer dieses Instruments der Bürgerbeteiligung sind die „Citizens‘ Jury“, erfunden 1971 von *Ned Crosby* in den USA, und die ebenfalls 1971 von *P. C. Dienel* in Deutschland entwickelte „Planungszelle“.⁹ Letztere erstellt eine Art Gutachten zu Planungsvorhaben oder anderen politischen Fragen. Die Zufallsauswahl der Bürger:innen soll – anders als etwa die freiwillige Beteiligung durch Bürgerinitiativen – die Vertretung aller Bevölkerungsruppen sicherstellen.¹⁰

7 *J. Pfeffer/J.C. Sahl*, Bürgerräte und die parlamentarische Demokratie, ZRP 5/2021, 153 (153); *D. Courant*, Institutionalizing deliberative mini-publics? Issues of legitimacy and power for randomly selected assemblies in political systems, *Critical Policy Studies* 2021, 1.

8 So *C. Lafont*, Unverkürzte Demokratie. Eine Theorie deliberativer Bürgerbeteiligung, 2021, 192 – im Zuge der Gegenüberstellung des Meinungs-austauschs in der Öffentlichkeit und in BüR (Mini-Öffentlichkeiten).

9 Zu weiteren Vorläufern siehe *D. Courant*, Citizens‘ Assemblies for Referendums and Constitutional Reforms: Is There an „Irish Model“ for Deliberative Democracy?, *Frontiers in Political Science* 2021, Heft 2, 3. Eine Spezialvariante ist das 2011 in Oregon (USA) gesetzlich verankerte Modell, wonach der BüR Pro- und Contra-Argumente zu einer bevorstehenden Volksabstimmung formuliert (§§ 250.137 – 250.147 Oregon Revised Statutes). Zur Anwendung dieses Modells im Rahmen eines Forschungsprojekts in der Schweiz siehe *N. Stojanović*, Citizens‘ assemblies and direct democracy, in: *M. Reuchamps/J. Vrydagh/Y. Welp* (Eds.), *De Gruyter Handbook of Citizens‘ Assemblies*, 2023, 183.

10 Neben der Zufallsauswahl von Bürger:innen nennt *Dienel* u.a. die Freistellung der Teilnehmer:innen von der Arbeit, deren Vergütung, die fachliche Begleitung und die Entscheidung in der Gruppe als Merkmale dieses Modells. Siehe *P.C. Dienel*, *Die Planungszelle. Eine Alternative zur Establishment-Demokratie*, 1978, 74. Das Modell wurde auch in Österreich diskutiert und angewandt.

Als erster BÜR zu einem Gesetzesvorhaben wird die in der kanadischen Provinz British Columbia 2004 abgehaltene „Citizens' Assembly on Electoral Reform“ angesehen.¹¹ In Europa wurde diese Praxis zunächst in den Niederlanden, Island, Irland, Belgien und Großbritannien aufgegriffen. Oft waren es wissenschaftliche oder zivilgesellschaftliche Organisationen, die „bottom-up“ den ersten BÜR in einem Land veranstaltet haben, wie z.B. die BÜR „We the Citizen“ in Irland oder den „G1000 Citizens' Summit“ in Belgien, beide im Jahre 2011¹². Mittlerweile wird der BÜR in zahlreichen anderen europäischen Ländern praktiziert.¹³ Insbesondere wurden seit 2017 viele landesweite BÜR zu Klimafragen abgehalten.¹⁴ So auch in Österreich.¹⁵

Einen weltweiten Überblick über BÜR gibt die Plattform Participedia.¹⁶ Auf den Variantenreichtum in Bezug auf Größe, Steuerungsorgan, Entscheidungsfindung etc. kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Unter dem Begriff BÜR versammelt sich z.B. sowohl die eineinhalb tägige Vorarlberger Variante als auch die irische Variation, die sich an zwölf Wochenenden beraten hat.

Eine gesetzliche Verankerung haben BÜR (zur Gesetzgebung) bisher in Europa nur vereinzelt gefunden.¹⁷ Das Instrument befindet sich offenbar

11 *Courant*, „Irish Model“ (Fn. 9), 4.

12 <http://www.wethecitizens.ie/> und <https://www.g1000.org/en/cases/g1000-citizens-summit>.

13 OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions : Catching the Deliberative Wave*, 2000; RLW, *Wie funktionieren Bürger:innenräte zu Gesetzesvorhaben in Europa?*, 2021 (<https://www.parlament.gv.at/fachinfos/rlw/Wie-funktionieren-BuergerInnenraete-zu-Gesetzesvorhaben-in-Europa>).

14 KNOCA (eine Wissensplattform) informiert zu landesweiten Klimaräten.

15 Dem österreichweiten Klimarat liegt die Entschließung des Nationalrates vom 26.3.2021, 160/E XXVII. GP, zugrunde. Die Vorgaben an den Ablauf des BÜR sind gering. Der Klimarat-Bericht ist nur der Bundesregierung und dem Klimakabinet vorzulegen. Die Bundesregierung hat den im Juni 2022 ihr vorgelegten Bericht (<https://klimarat.org/wp-content/uploads/Klimarat-Endbericht-WEB.pdf>) dem Nationalrat bisher nicht zur Behandlung vorgelegt.

16 Participedia ist eine weltweite Crowdsourcing Plattform.

17 Siehe später Kap. E oder z.B. das Südtiroler Landesgesetz Direkte Demokratie, Partizipation und politische Bildung vom 3.12.2018, Art. 17 bis 23. Zu den Staatszielbestimmungen zur partizipativen Demokratie in Art. 1 Abs. 4 Landesverfassung Vorarlberg und Art. 5 Abs. 5 Salzburger L-VG und fehlenden einfachgesetzlichen Bestimmungen für BÜR auf Landesebene siehe näher *C. Clar/C. Konrath/M. Meyer*, *Bürger:innenräte und Parlamente in Österreich*, in: G. Baumgartner (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliches Recht 2023*, im Erscheinen. Zu rechtspolitischen Überlegungen in Deutschland siehe *Pfeffer/Sahl*, *Bürgerräte* (Fn. 7), 156 und *J. Ziekow*, *Rechtsgutachten zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des Tä-*

nach wie vor weitgehend in einer experimentellen Phase. Publikationen über BüR finden sich denn in der Politik- und der Sozialwissenschaft äußerst zahlreich, in der Rechtswissenschaft sind sie aber rar – obwohl es auch aus dieser Perspektive genug zu beleuchten gibt.

C. Inwiefern stärken Bürger:innenräte die Demokratie?

Die grundlegende Frage für diesen Beitrag ist: Stärken BüR die Demokratie, d.h. erhöhen sie den Zuspruch zum und die Zufriedenheit möglichst vieler mit dem demokratischen System und seinen Repräsentant:innen? Dies kann u.a. danach beurteilt werden, ob sich wirklich alle dergestalt einbringen können oder aber mangels Arbeitsfreistellung bzw. freier Zeit sowie adäquater Vergütung, mangels Neugierde auf Wissen und auf andere Meinungen gar nicht zur Teilnahme gewonnen werden können.¹⁸ Geprüft werden kann u.a. auch, wie adäquat die Beratungen für diese ad hoc-Gruppe aufgesetzt sind. Ob etwa nicht im Einzelfall die wissenschaftlich aufbereiteten Informationen zu umfangreich und daher nicht bewältigbar sind.¹⁹ Schließlich kann die Frage gestellt werden, was mit den Ergebnissen passiert. Die Zufriedenheit der beteiligten Bürger:innen fördern würde es wohl, wenn ihre Empfehlungen umgesetzt werden. Einer bindenden Wirkung der Ergebnisse kann hier freilich – auch de lege ferenda – nicht das Wort geredet werden. Nur vereinzelte Stimmen plädieren für eine solche bindende Funktion der BüR bzw. geloster Abgeordneter.²⁰ Es darf

tigwerdens von losbasierten Bürgerräten im Auftrag von Mehr Demokratie e.V., 2021.

18 Zum Problem zu geringer Rücklaufquoten der Eingeladenen siehe z.B. *T. Ebs*, Die demokratische Gleichheit des Loses: Aus der Nische des Rechtswesens zurück in die Polis, *momentum quarterly*, 2019, 14 (23).

19 So hält *Duvic-Paoli*, Re-imagining (Fn. 7), 245, für die untersuchten Klimaräte fest, dass die Mitglieder im Allgemeinen von der Dichte der Informationen überfordert sind.

20 Für die Entwicklung in Belgien sehr maßgeblich war *Van Reybrouck*, der für eine zweite Parlamentskammer aus gelosten Bürger:innen eintritt. *D. Van Reybrouck*, Gegen Wahlen: Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, 2016, 137. In Österreich sprach sich *K. P. Liessmann* in seiner Rede in der Festsitzung des Nationalrates und des Bundesrates zum 75 Jahr-Jubiläum der Zweiten Republik am 15.12.2020 für eine Kombination von gewählten und gelosten Volksvertreter:innen aus. Siehe Parlamentskorrespondenz Nr. 1432 vom 15.12.2020. Zu Autor:innen, die für eine Entscheidungsgewalt von BüR eintreten, siehe auch *Lafont*, Unverkürzte Demokratie (Fn. 8), 189.

jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass das B-VG im Bereich der Rechtsprechung die Vertretung des Volkes durch per Losentscheidung ausgewählte Bürger:innen kennt.²¹ So fern ist die Idee, zufällig und repräsentativ ausgewählten Bürger:innen Entscheidungsmacht zuzugestehen, gerade in Österreich also nicht. Das B-VG legt die Gesetzgebung jedoch sehr klar in die Hände von durch Volkswahl bestimmter Vertreter:innen, ergänzt in bestimmten Fällen durch Volksentscheide.

Die unterschiedlichen von staatlicher Seite initiierten BÜR-Modelle können aber (auch) am Anspruch gemessen werden, welche Chancen sie eröffnen, dass die Empfehlungen zufällig ausgewählter Bürger:innen den von der Verfassung vorgegebenen politischen Willensbildungsprozess bereichern können. D.h. wie sehr der BÜR und die verfassungsmäßig relevanten Organe – wie die Regierung, das Parlament oder auch, im Fall von Abstimmungen, das Volk miteinander kommunizierende Gefäße sind. Anders ausgedrückt, wie sehr der BÜR in die Gesetzgebungsarchitektur und die öffentliche Debatte eingebettet ist.

Man kann im Einzelfall darüber streiten, ob eine regierungs- oder eine parlamentsnahe Einbettung mehr Sinn macht. Gerade wenn Gesetzesentwürfe vornehmlich in der Fassung der Regierungsvorlage zur Beschlussfassung kommen, also der Einfluss des Parlaments gering ist. Allerdings erscheint es widersinnig, mit einem möglichst repräsentativen BÜR das Vertrauen der Bürger:innen gewinnen zu wollen, während man gleichzeitig dessen Ergebnis dem Misstrauen der Abgeordneten bzw. zumindest dem der Oppositionsfractionen aussetzt. Verbleibt der BÜR im alleinigen Einflussbereich der Regierung, besteht zudem die Gefahr, dass er ein Instrument der bloßen Politikberatung bleibt. Der französische Klimarat ist in diesem Kontext ein seltsamer Fall. Dieser wurde vom Präsidenten veranlasst. Das Einsetzungsdokument sieht nur die Berichterstattung an

21 Gemäß Art. 91 Abs. 1 B-VG hat das Volk an der Rechtsprechung mitzuwirken. Gemäß Art. 91 Abs. 2 B-VG entscheiden Geschworene bei bestimmten schweren Delikten sogar über die Schuld des/der Angeklagten. Da bei Inkrafttreten des B-VG 1920 das Geschworenen- und Schöffensgesetz 1873 die Auswahl dieser Bürger:innen per Los vorsah, wird Art. 91 Abs. 1 B-VG in diesem Sinne gelesen. Materiell agieren die per Zufall ausgewählten Geschworenen als Richter:innen. Zur Genesis und Kritik siehe K. Korinek, Art. 91 Abs. 1 B-VG, in: K. Korinek/M. Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, 2000, Rz. 1 und 2; M. Vašek, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform der Laiengerichtbarkeit, in: G. Kohl/I. Reiter-Zatloukal (Hrsg.), Laien in der Gerichtsbarkeit. Geschichte und aktuelle Perspektiven, 2019, 251.

den Präsidenten und die Regierung vor.²² Allerdings machte der Präsident die politische Zusage, dass alle Ergebnisse ungefiltert umgesetzt würden (was er schon von Verfassungen wegen eigentlich nicht zusichern konnte). Gemäß *Leslie-Anne Duwic-Paoli* führte der Klimarat trotz allem zu bedeutenden Änderungen der französischen Klimagesetzgebung. Das Verhältnis des Bür zu den politischen Institutionen sei jedoch unklar gewesen. Nur das nach Vorlage des Berichts weiterhin hohe Engagement der Bür-Mitglieder hätte ihnen einen Einfluss auf die Gesetzesausarbeitung gesichert. Diese lag (entsprechend der Verfassungsrealität) vorwiegend in den Händen der Regierung.²³ Darüber hinaus hörte etwa auch die zweite Parlamentskammer von sich aus Verantwortliche und Mitglieder des Bür an, um dann bei Beratung der einschlägigen Gesetzesvorlagen bisher nicht berücksichtigte Empfehlungen des Bür einzubringen.²⁴ Besser wäre es auch hier gewesen, im Vorfeld schon Bür und verfassungsmäßige Gesetzgebungsorgane in eine klare Beziehung zu setzen.

Man kann Bür-Ergebnisse weder verabsolutieren noch sollte man sie negieren. Ihr demokratischer Mehrwert ist umso höher, je besser sie in Beziehung zu allen relevanten Akteuer:innen der Gesetzgebung und der Öffentlichkeit gesetzt sind. Hier bietet sich das Forum der gewählten Volksvertreter:innen als Angelpunkt an, das nicht von ungefähr grundsätzlich ein öffentliches Forum ist. Wie schon *Cristina Lafont* mit vielen Argumenten darlegte, können Bür die notwendige öffentliche Auseinandersetzung über Gesetzesvorhaben nicht ersetzen sondern sie bestenfalls befruchten.²⁵

Diese Überlegungen werden nun anhand zweier konkreter Beispiele illustriert.

22 Siehe „Lettre de mission du Premier Ministre“ vom 2.7.2019 zur Einsetzung eines Bür für das Klima (<https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/wp-content/uploads/2019/09/lettre-de-mission.pdf>).

23 Zur Rolle des französischen Klimarats im Gesetzgebungsprozess samt abschließender Bewertung: „(the assembly’s) relationship with political institutions was ill-defined“, siehe *Duwic-Paoli*, Re-imagining (Fn. 6), 254 - 257.

24 Siehe Comptes rendus de la Commission de l’aménagement du territoire et du développement de 27.1.2021, den Bericht dieses Ausschusses über den Gesetzesentwurf zur Bekämpfung des Klimawandels und der Stärkung der Resilienz gegenüber den Auswirkungen des Klimawandels vom 2.6.2021 (Nr. 666) und Bezugnahme auf die Convention citoyenne pour le climat in den Comptes rendus de Commissions mixtes paritaires de 12.7.2021 (<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210712/cmp.html#toc2>).

25 In den Worten von *Lafont*, Unverkürzte Demokratie (Fn. 8), 248: „Wir sollten die Mikrodeliberation nicht als *Alternative* zur Makrodeliberation, sondern als *Resource für* die Makrodeliberation verstehen.“

D. BüR in Irland

I. Bedeutung des obligatorischen Verfassungsreferendums

Gemäß der irischen Verfassung kann jede vom Parlament (den beiden Kammern) beschlossene Verfassungsänderung nur kundgemacht und damit wirksam werden, wenn sie in einer Volksabstimmung mehrheitlich befürwortet wird (Art. 27, Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 1 Verfassung Irlands). Das Gesetzesinitiativrecht kommt der Regierung und den Abgeordneten (beider Kammern) zu, wobei die Gesetzesentwürfe meistens von der Regierung kommen.²⁶ Mit Verfassungsänderungen sind also die Regierung, das Parlament und das Volk befasst. Die Gebundenheit von Verfassungsänderungen an die Zustimmung des Volkes war für die Einführung und grundsätzliche Konfiguration der irischen BüR sowie deren politischen Stellenwert von maßgeblicher Bedeutung.²⁷

Infolge der globalen Finanzkrise von 2008, die die irischen Haushalte besonders schwer traf, schwand das Vertrauen in die Politik und wurden grundlegende Reformen für notwendig erachtet. Der Gemeinsame Ausschuss zur Verfassung (Joint Committee on Constitution) schlug 2010 die Vorberaterung einer Wahlrechtsreform im Wege eines BüR vor. Nach Auffassung des Ausschusses würde ein BüR „eine höhere Beteiligung des Volkes an demokratischen Institutionen fördern und die Legitimation jeder vorgeschlagenen Reform stärken“.²⁸ Mitursächlich für diese Entscheidung war wohl auch, dass davor Vorschläge im Bereich Wahlrecht (1959 und 1968) und die Ratifikation des Vertrags von Nizza (2002) sowie des Vertrags von Lissabon (2008) im ersten Anlauf bei der Volksabstimmung gescheitert waren.²⁹

26 T. Saalfeld, Gesetzgebung im politischen System der Irischen Republik, in: W. Ismayr (Hrsg.), Gesetzgebung in Westeuropa, 2008, 201 (208).

27 Siehe auch *Courant*, „Irish Model“ (Fn. 9), 6: „A crucial point is that in Ireland, any constitutional change must be approved by referendum. Hence, this institutionally constraining framework largely explains the “deliberative enthusiasm” displayed by the political class, which is an adaptation to legal imperatives and should not be too quickly viewed as a “deep participatory conviction.” As it is impossible to modify the constitution without the direct approval of the people, it is therefore rational to consult a representative sample of the population before any referendum.“

28 Übersetzt zitiert nach *Courant*, „Irish Model“ (Fn. 9), 5.

29 Regierung Irlands, Ergebnisse der Volksabstimmungen 1937 - 2019 (<https://www.gov.ie/en/publication/32ea7-1937-2019-referendum-results/>).

II. Einsetzung und Behandlung im Parlament

Die BÜR werden jeweils mit einer Entschließung beider Parlamentskammern eingesetzt. Die erste BÜR-Entschließung von 2012 bestimmt, dass die BÜR-Berichte mit den Empfehlungen dem Parlament vorzulegen sind und die Regierung innerhalb von vier Monaten ab Vorlage im Parlament zu jeder einzelnen Empfehlung Stellung nehmen muss und im Fall der Zustimmung bekannt geben muss, für welchen Zeitraum die Abhaltung einer Volksabstimmung geplant ist.³⁰ Diese Kern-Vorgaben wurden in den weiteren BÜR-Entschließungen ab 2016 verfeinert beibehalten: Im Parlament muss sich ein Ausschuss mit dem Bericht (den Berichten) befassen. Seine Schlussfolgerungen werden im Plenum der zwei Kammern öffentlich debattiert. Die Regierung hat weiterhin Stellung zu nehmen, jedoch nicht mehr innerhalb einer bestimmten Frist.³¹

Auf Vorschlag der Regierung hat das irische Parlament mittels Entschließung bisher fünf Bürger:innenräte initiiert: Der erste BÜR (Convention on Constitution) tagte zu mehreren Verfassungsthemen (2013) und der zweite BÜR (Citizen Assembly) zu weiteren Verfassungsfragen sowie Maßnahmen zum Klimaschutz (2016). Der dritte BÜR widmete sich der Gleichbehandlung der Geschlechter (2020). Der vierte (lokale) BÜR zur Direktwahl des Bürgermeisters/der Bürgermeisterin in Dublin und der fünfte BÜR zur Biodiversität, beide im Februar 2022 initiiert, waren bereits im Regierungsprogramm von 2020 angekündigt.³² Dies gilt auch für den sechsten BÜR zum Drogenkonsum, der 2023 stattfindet.³³

30 http://www.constitutionalconvention.ie/Documents/Terms_of_Reference.pdf.

31 Zu den weiteren Entschließungen zur Einsetzung von BÜR (Terms of Reference) siehe Dáil Eireann debate, Resolution of both Houses of the Oireachtas, Vol. 918 (1), 13 July 2016 (<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2016-07-13/33/>), <https://www.citizensassembly.ie/en/previous-assemblies/2020-2021-citizens-assembly-on-gender-equality/news-publications/final-resolution-11th-july-2019.pdf> (2019), <https://www.citizensassembly.ie/en/dublin-assembly/about/> (2022) und <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2023-02-21/13/> (2023).

32 Department of the Prime Minister, Programme for Government: Our shared Future, 29. 10. 2020 (<https://www.gov.ie/en/publication/7e05d-programme-for-government-our-shared-future/>).

33 Presseerklärung des Amtes des Ministerpräsidenten vom 14.2.2023 (<https://www.gov.ie/en/press-release/64aa6-government-agrees-to-establish-a-citizens-assembly-on-n-drugs-use/>).

III. Verschränkung mit der verfassungsmäßigen Gesetzgebung

Die Einbettung des BüR in den Gesetzgebungsprozess soll im Folgenden anhand der Aufhebung des Abtreibungsverbots dargestellt werden: Im Juli 2016 setzte das Parlament den zweiten BüR ein, u.a. zum Thema „Achte Änderung der Verfassung“, d.h. zum verfassungsrechtlich verankerten Abtreibungsverbot.³⁴ Im Juni 2017 hat dieser BüR nach fünf Wochenend-Beratungen mit 64 % Pro-Stimmen (in geheimer Abstimmung) eine Aufhebung des Abtreibungsverbots empfohlen.³⁵ Der Bericht wurde dem Parlament vorgelegt.³⁶ Im Gemeinsamen Ausschuss wurden dazu 13 Anhörungstermine durchgeführt, der erste mit der Vorsitzenden des BüR. Der Gemeinsame Ausschuss sprach sich mit klarer Mehrheit (14 zu 6) für den Entfall des Abtreibungsverbots bzw. für einen legalen Schwangerschaftsabbruch (unter bestimmten Voraussetzungen) aus.³⁷ Im Jänner 2018 wurde dieser Bericht im Abgeordnetenhaus debattiert (ohne Abstimmung).³⁸ Im März 2018 legte die Regierung den entsprechenden Gesetzesentwurf zur Änderung der Verfassung dem Abgeordnetenhaus vor, wo er mit großer Mehrheit angenommen wurde.³⁹ Nachdem der Gesetzesbeschluss die zweite Kammer passiert hatte, wurde im Mai 2018 die Volksabstimmung abgehalten, in der sich 66,4 % für die Legalisierung der Abtreibung aussprachen.⁴⁰ Die Kundmachung der Verfassungsänderung erfolgte im September 2018.⁴¹

34 <https://citizensassembly.ie/overview-previous-assemblies/2016-2018-citizens-assembly/terms-of-reference/>.

35 Courant, „Irish Modell“ (Fn. 9), 9. Zum Bericht selbst siehe https://citizensassembly.ie/wp-content/uploads/2023/02/FirstReport_EIGHTAMENDMENT.pdf (June 2017).

36 First Report and Recommendations of the Citizens' Assembly, Eighth Amendment of the Constitution, DL 115987, vorgelegt am 29.6.2017.

37 Houses of Oireachtas, Report of the Joint Committee on the Eighth Amendment of the Constitution, December 2017, 21, https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/committee/dail/32/joint_committee_on_the_eighth_amendment_of_the_constitution/reports/2017/2017-12-20_report-of-the-joint-committee-on-the-eighth-amendment-of-the-constitution_en.pdf.

38 Dáil Éireann, Debate, Official Report, 18 January 2018, Vol. 963 (7) (<https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/debateRecord/dail/2018-01-18/debate/mul@main.pdf>).

39 Dáil Éireann, Debate, Thirty-sixth Amendment of the Constitution Bill 2018 – Fifth Stage, 21 Mar 2018, Vol. 966 (8) (<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2018-03-21/63/>).

40 Irish State Gazette, 29 May 2018, page 768.

41 Electronic Irish Statute Book, Thirty-sixth Amendment of the Constitution Act 2018, (<https://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/ca/36/enacted/en/html>).

IV. Bewertung

Es war den BÜR-Mitgliedern, die für eine Legalisierung der Abtreibung gestimmt hatten, sicher eine große Befriedigung, dass sowohl Parlament als auch Wahlvolk in dieser bisher äußerst konfliktbeladenen Materie zum selben Ergebnis gekommen waren wie sie. Aber wäre die Volksabstimmung ohne den BÜR anders ausgefallen? Dafür gibt es keine eindeutigen Nachweise.⁴² Die Frage ist jedoch eher, ob die Regierung überhaupt einen Gesetzesentwurf ins Parlament eingebracht hätte, da eine Positionierung für die Legalisierung der Abtreibung als riskant galt. Meinungsumfragen ergaben zwar eine Mehrheit dafür, aber die meisten Befragten waren nur unter bestimmten Bedingungen für eine Legalisierung.⁴³ 100 Bürger:innen sollten sich daher in diesem politisch unsicheren Feld vorantasten. Die über 12.000 Eingaben der organisierten Öffentlichkeit oder Einzelner an den BÜR zeigen, dass der BÜR von der Bevölkerung wahrgenommen wurde. Die Sitzungen des BÜR wurden auch live übertragen.⁴⁴

Nicht zu allen Berichten der BÜR bzw. deren Empfehlungen nimmt das Parlament bzw. die Regierung so zügig Stellung, nicht alle Empfehlungen werden gutgeheißen und mit einem Gesetzesentwurf auf den Weg gebracht, und manche dieser – vorab durch BÜR aufbereiteten Verfassungsänderungen – scheitern bei der Volksabstimmung.⁴⁵ Doch gewinnt man den Eindruck, dass Regierung und Parlament die Berichte bzw. Empfehlungen grundsätzlich abarbeiten.⁴⁶

Dimitri Courant sieht im irischen Modell bestätigt, dass BÜR nur bei nachfolgender Volksabstimmung ausreichendes Gewicht zukommt, um entscheidend zum öffentlichen Diskurs der Bürger:innen über eine anste-

42 *Courant*, „Irish Model“ (Fn. 9), 9.

43 *Courant*, „Irish Model“ (Fn. 9), 7.

44 First Report of the Citizens' Assembly (Fn. 36), 76–80.

45 Der 8. Bericht des ersten BÜR empfahl, ein Recht auf Wohnung, auf soziale Sicherheit und auf grundlegende Gesundheitsversorgung verfassungsrechtlich zu verankern. Dieser Vorschlag wurde von der Regierung nicht befürwortet. Siehe Stellungnahme in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 14.1.2016, Protokoll 95, 96. Die Empfehlung, das passive Wahlalter für den/die Ministerpräsident:in zu senken, bzw. der entsprechende Gesetzesbeschluss fand keine Mehrheit in der Volksabstimmung von 2015. Siehe <https://assets.gov.ie/130420/f956f6ce2-ac22-465a-b6c0-7f4289be27f8.pdf>.

46 Siehe in Bezug auf den ersten und zweiten BÜR mit Stand 2.7.2019: Oireachtas Library & Research Service, 2019, Bill Digest: Citizens' Assemblies Bill 2019, 2019, Appendix (https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/libraryResearch/2019/2019-07-15_bill-digest-citizens-assemblies-bill-2019_en.pdf).

hende Frage beizutragen. Und der Diskurs der Öffentlichkeit scheint nach *Courant's* Demokratieverständnis unerlässlich zu sein, ansonsten der BÜR nichts weiter als eine Handvoll zufällig ausgewählter Bürger:innen ist.⁴⁷ Dem ist zuzustimmen.

Trotz der laufenden Abhaltung von BÜR in Irland und den Auswirkungen auf die Gesetzgebung, kam es bisher zu keiner gesetzlichen Verankerung des Instituts.⁴⁸ Ein Vergleich der Entschlüsse zur Einsetzung der BÜR zeigt, dass man offenbar aus den Erfahrungen stetig lernt und die bestimmenden Elemente variiert oder neue Elemente hinzu nimmt.⁴⁹

E. BÜR in Belgien

I. Viele Gesetzgeber

Belgien ist ein föderaler Staat. Die Gesetzgebung ist zwischen dem Bund und den Teilstaaten aufgeteilt. Auf Ebene der Teilstaaten gibt es grundsätzlich einerseits die drei Regionen, die über „bodengebundene“ Materien wie z.B. die Raumordnung entscheiden und andererseits die drei (Sprach-)Gemeinschaften, die über personen- und sprachbezogene Materien wie z.B. das Bildungswesen bestimmen.⁵⁰ Die Gesetzgebungskompetenzen sind also stark gestreut. Die „Größe“ der Teilstaaten variiert stark. So vertreten im Parlament der Deutschsprachigen Gemeinschaft 25 Abgeordnete knapp unter 50.000 Wahlberechtigte.⁵¹ Das Parlament der Regi-

47 *Courant*, „Irish Model“ (Fn. 9), 16.

48 Der sogenannte Citizens' Assemblies Act 2019 – No. 25 of 2019 – Houses of Oireachtas war die (datenschutzrechtlich gebotene) gesetzliche Grundlage für den Zugriff auf das Wähler:innenregister zur Einsetzung des BÜR zur Gleichbehandlung (2019) – wie davor schon zwei Wahlrechtsänderungen zugunsten des ersten und zweiten BÜR (Electoral [Amendment] Act 2012 und Electoral [Amendment] Act 2016). Seit dem vierten BÜR (Dublin) werden allgemein zugängliche Haushaltsdaten herangezogen. Siehe Report of the Dublin Citizens' Assembly, 2022, 14.

49 Zu den fünf Entschlüssen siehe Fn. 31.

50 M. Woydt, Gesetzgebung im politischen System Belgiens, in: W. Ismayr (Hrsg.), Gesetzgebung in Westeuropa. EU-Staaten und Europäische Union, 2008, 303 (304).

51 Parlament der Deutschsprachigen Gemeinschaft, https://pdg.be/desktopdefault.aspx/tabid-4106/7286_read-41707/). Zum Vergleich: In Burgenland, dem bevölkerungsärmsten Bundesland Österreichs, waren 2020 ca. 250.000 Personen zum Landtag wahlberechtigt.

on Brüssel-Hauptstadt umfasst hingegen 89 Abgeordnete, die derzeit rd. 588.000 Wahlberechtigte vertreten.⁵²

2011 wurde aus Anlass der großen Regierungskrise der schon erwähnte „G1000 Citizens' Summit“ mit 704 Teilnehmer:innen durchgeführt. Das daraus hervorgegangene Netzwerk war wesentlicher Treiber für die Entwicklung der neuen Partizipationsform in Belgien.⁵³ Gesetzlich verankert wurde ein Modell des BüR im „kleinsten“ Teilstaat, nämlich der Deutschsprachigen Gemeinschaft. In drei weiteren Teilstaats-Parlamenten entschied man sich hingegen für das Modell eines erweiterten Parlamentsausschusses.⁵⁴ Im Februar 2023 hat auch das Abgeordnetenhaus auf Bundesebene mit dem Gesetz zur Auslösung von Bürger:innen dahingehend erste Weichen gestellt.⁵⁵

II. Modell der Deutschsprachigen Gemeinschaft

Das Gesetz zur Einführung eines permanenten Bürgerdialogs von 2019 sieht zwei geloste Organe vor: den ständigen „Bürgerrat“ (mit 24 Mitgliedern) zur Themensetzung und Prozesssteuerung und die „Bürgerversamm-

52 Zur Zahl der Abgeordneten siehe <http://www.parlement.brussels/deputes/>, zu den Wahlberechtigten <https://elections2019.belgium.be/de/ergebnisse-zahlen?el=BRR&cid=BRR00000>.

53 J. Vrydagb/S. Devillers/V. Jacquet/D. Talukder/J. Bottin, The peculiar rise of minipublics in consociational Belgium, in: D. Caluwaerts/M. Reuchamps (Hrsg.), *Belgian Exceptionalism: Belgian Politics between Realism and Surrealism*, 2021, 59 (66); C. Niessen/M. Reuchamps, Der permanente Bürgerdialog in der Deutschsprachigen Gemeinschaft, *Courrier hebdomadaire* Nr. 2426, 2019, 12.

54 Dem gemischten Ausschuss gehören Abgeordnete und geloste Bürger:innen im Verhältnis 1:3 an. Der öffentlichen Phase der Sachinformation folgt die Phase der moderierten Beratung in Kleingruppen. Danach stimmen Bürger:innen und Abgeordnete getrennt über die Empfehlungen ab. Zur Follow-Up-Sitzung und weiteren Details siehe die Regelungen in den Geschäftsordnungen jeweils: Art. 25/1 Règlement de la Parlement de la Région Bruxelles-Capitale, Art. 130bis Règlement du Parlement Wallon und Art. 42ter Règlement du Parlement francophone bruxellois.

55 Loi établissant les principes du tirage au sort des citoyens pour les commissions mixtes et les panels citoyens organisés à l'initiative de la Chambre des représentants établissant les principes du tirage au sort des personnes physiques pour les commissions mixtes et les panels citoyens organisés à l'initiative de la Chambre des représentants (https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl). Eine Geschäftsordnungsänderung ist in Arbeit.

lung“, das eigentliche Beratungsorgan.⁵⁶ Auch die parlamentarischen Fraktionen oder mindestens 100 Bürger:innen können dem „Bürgerrat“ Themen vorschlagen. Die Empfehlungen der „Bürgerversammlung“ sind in drei Sitzungen im zuständigen Parlamentsausschuss mit den eingeladenen Bürger:innen zu behandeln. Diese Sitzungen dienen der Präsentation, der Rückmeldung durch Regierung und Ausschussmitglieder sowie dem Umsetzungs-Monitoring. Falls erforderlich, können zusätzliche Sitzungen zur Weiterverfolgung der Umsetzung vereinbart werden. Angesichts der Ausschussgröße mit neun Abgeordneten, sind, wenn alle Bürgerversammlungs-Mitglieder zu den Sitzungen kommen, letztere in der Überzahl.⁵⁷

Bisher wurden fünf „Bürgerversammlungen“ eingesetzt, und zwar zu den Themen Pflege, Inklusion, Wohnen, Digitalisierung und Integration.

III. Bewertung

Das dargestellte Modell des BüR ist in vieler Hinsicht vorbildlich mit den Organen der Gesetzgebung, der Regierung und dem Parlament, verzahnt. Die relativ kleinen Mitgliederzahlen der „Bürgerversammlung“ und des Parlamentsausschusses erleichterten einen vertieften Austausch. Allerdings sind der Umsetzung der Empfehlungen schon aufgrund der föderalen Strukturen und damit den beschränkten Gesetzgebungskompetenzen des Parlaments der Deutschsprachigen Gemeinschaft enge Grenzen gesetzt. In entscheidenden Fragen muss daher auf den „Föderalstaat“, andere Teilstaaten aber auch auf Vorgaben der Europäischen Union verwiesen werden.⁵⁸ Leichter lassen sich Empfehlungen dort umsetzen, wo die Verwaltung einen Spielraum hat. Wie der Abschlussbericht zur Pflege zeigt, gewährt der Prozess einerseits den 25 befassten Bürger:innen einen umfassenden Einblick in Recht und Praxis des Pflegebereichs. Andererseits erschließt er

56 Dekret zur Einführung eines permanenten Bürgerdialogs in der Deutschsprachigen Gemeinschaft, Belgisch Staatsblad S. 37.795. Über das Modell und alle „Bürgerversammlungen“ informiert: <https://www.buergerdialog.be>.

57 Zur Ausschussgröße siehe Informationen auf der Website des Parlaments: <https://pdg.be/desktopdefault.aspx>. Siehe auch Tätigkeitsbericht des Parlaments der deutschsprachigen Gemeinschaft, Sitzungsperiode 2021–2022, 75.

58 Siehe etwa den Abschlussbericht vom 30.3.2022 zu den Empfehlungen der „Bürgerversammlung“ zur Pflege vom 19.9.2020, der auf die Zuständigkeiten des Föderalstaats für die Berufszulassung und die Patientenrechte verweisen muss. Parlament der Deutschsprachigen Gemeinschaft, Dokument 101 (2021–2022) Nr. 3 (https://www.buergerdialog.be/fileadmin/user_upload/101_2021-2022_Nr.3_BV1-Pflege_Abschlussbericht.pdf).

aber auch den Abgeordneten und der Regierung neue Erkenntnisse durch die Herangehensweise der Bürger:innen und der befragten Expert:innen.⁵⁹ Der Prozess erhöhte sicher das Vertrauen der befassten Bürger:innen in die Politik bzw. das Verständnis für die Komplexität der politischen Entscheidungsfindung.⁶⁰ Wie sehr dies jedoch auf die Wählerschaft bzw. Bevölkerung insgesamt ausstrahlt, bleibt offen. Von Vorteil ist dabei sicher, dass die Wählerschaft bzw. Bevölkerung sehr klein ist (rd. 50.000 bzw. 80.000 Personen) und das Instrument des BüR permanent (und nach klaren Regeln) eingerichtet ist.

F. Abschließende allgemeine Bemerkungen

BüR sind in Mode gekommen. Parteien und Abgeordnete sind mit sinkender Wahlbeteiligung und großer Bereitschaft zum Wechselwählen konfrontiert. Regierungskoalitionen mit zwei und mehr Parteien erschweren die Konsensfindung. Zudem findet Gesetzgebung immer intensiver auf drei, in Föderalstaaten auf vier Ebenen statt (international, europäisch, national und regional). Ein hoher Transformations- und Lösungsbedarf trifft auf sehr diametrale Ansichten. Die Lösungen lassen daher auf sich warten. Dazu ist mittlerweile ein sehr rauer politischer Ton eingezogen. Die sozialen Medien haben den Schlagabtausch noch einmal beschleunigt. In dieser Unwirtlichkeit sehnt man sich nach Oasen, einem Raum, wo dafür gesorgt wird, dass alle einander zuhören, dass allen mit Respekt begegnet wird, dass alle die für die Entscheidung nötigen Informationen erhalten und gemeinsam um Lösungen gerungen wird. Man wünscht sich einen Raum der Verständigung und nicht des – zum Teil ruinösen – Wettbewerbs. Eben einen BüR. Doch das unter diesen idealen Bedingungen Erwogene kann nur wirksam werden, wenn der Funke auf die allgemeine politische Debatte oder zumindest auf die zuständigen Entscheidungsträger:innen überspringen kann. Wenn Exekutive oder Legislative einen BüR einsetzen, müssen sie daher auch dafür Sorge tragen, dass dieser Funkensprung befördert wird. Das bedeutet erstens, dass die Strukturelemente bzw. das Verfahren des BüR möglichst breit beraten und transparent festgehalten werden, um das Vertrauen gegenüber den Ergebnissen zu erhöhen. Zweitens sollte bei Themensetzung die Komplexität der Materie, wie sie sich

59 Abschlussbericht zur Pflege (Fn. 58), 44.

60 Siehe auch *J. Vrydagh/S. Devillers/V. Jacquet et al*, *Minipublics* (Fn. 53), 68.

in der Rechtsordnung darstellt, berücksichtigt werden.⁶¹ Drittens müssen die BÜR-Mitglieder und deren Ergebnisse einen geregelten Zugang zu den politischen Institutionen, insbesondere auch zum Parlament haben. Viertens ist die demokratische Motivation auch bei Behandlung anderer Gesetzesvorhaben unter Beweis zu stellen, um glaubwürdig zu sein. Eine in ihren parlamentarischen Möglichkeiten knapp gehaltene Opposition wird auch einem von der Regierung(smehrheit) eingesetzten BÜR eher skeptisch gegenüberstehen.⁶² Fünftens können die guten Ambitionen, die hinter BÜR stehen, nur ausstrahlen, wenn gleichzeitig auch die „Qualität des politischen Diskurses in der gesamtgesellschaftlichen Öffentlichkeit“ verbessert wird.⁶³

61 *Duvic-Paoli*, Re-imagining (Fn. 6), 260.

62 Für den österreichischen Nationalrat kann hier die zunehmende Tendenz angesprochen werden, dass Gesetzesentwürfe der Regierung über Initiativanträge der Abgeordneten eingebracht werden und damit das reguläre Begutachtungsverfahren von Ministerialentwürfen umgangen wird. Verschärft wird die Situation, wenn der Hauptinhalt erst im Wege von Abänderungsanträgen bzw. Gesetzesanträgen im Ausschuss oder in zweiter Lesung im Nationalrat eingebracht wird. Siehe dazu näher schon *M. Blassnig/A. Reiss*, Parlamentarische Demokratien im Rückbau, *juridikum* 2019, 460. In der XXVII. GP hat diese Vorgangsweise zugenommen. Siehe Daten und Grafiken auf www.parlament.gv.at: Welche Gesetzesinitiativen sind erfolgreich?.

63 *Lafont*, Unverkürzte Demokratie (Fn. 8), 238.

Über Verschwörungsdenken

Gunnar Folke Schuppert

Mein Beitrag gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil geht es um die politische Bedeutung und Funktion von Verschwörungstheorien, der zweite Teil widmet sich dem für das Verschwörungsdenken typischen Denken in Selbst-, Fremd- und Weltbildern und der dritte Teil schließlich stellt die Frage, wie viel Misstrauen eine Demokratie verträgt.

A. Zur politischen Bedeutung und Funktion von Verschwörungstheorien

I. Die imaginierte sog. jüdische Weltverschwörung

Mit dieser Formel der jüdischen Weltverschwörung wird Bezug genommen auf ein Pamphlet, das allgemein als „*Die Protokolle der Weisen von Zion*“ bekannt ist und das eigentlich mit dem vollständigen Titel wie folgt heißt: „Aus den Verhandlungs-Berichten der >Weisen von Zion< während des ersten Zionisten-Kongresses, der 1897 in Basel abgehalten wurde“. Den Kongress gab es wirklich, die Protokolle behaupten jedoch, hinter dessen Kulissen habe gleichzeitig eine Reihe von Geheimsitzungen stattgefunden. In diesen Geheimsitzungen – so die allgemeine Lesart –¹ habe das Weltjudentum so etwas wie einen Plan für die Übernahme der Weltherrschaft entwickelt. Interessant ist nun, wie die Funktion und die politische Bedeutung dieser Protokolle der Weisen von Zion in großen Teilen der Literatur bewertet worden ist und wird.

Michael Butter hat dazu in seinem viel zitierten Buch „Nichts ist, wie es scheint“² ausgeführt, dieser Text habe geholfen, »eine Stimmung zu schaffen, in der es schließlich zum Genozid an den europäischen Juden kam«³. Als zweite Stimme sei das Standardwerk von Norman Cohn zitiert, der darin die Auffassung vertritt, der Text habe den Nationalsozialisten eine

1 Ergiebig dazu *R. J. Ewans*, *Das Dritte Reich und seine Verschwörungstheorien. Wer sie in die Welt gesetzt hat und wem sie nützen*, 2021.

2 *M. Butter*, *Nichts ist, wie es scheint. Über Verschwörungstheorien*, 2018.

3 Ebenda, 164/166.

offensichtliche Rechtfertigung für die Vernichtung der Juden geboten, ein – wie es im englischen Original heißt, „Warrant for Genocide“, also eine Vollmacht für den Völkermord⁴. Als dritte Stimme sei die von Alex Grolman gehört, dessen Studie über die Protokolle der Weisen von Zion den bezeichnenden Titel trägt „Licence to Murder“⁵.

II. Die sog. Dolchstoßlegende

Dieses Beispiel ist deshalb so instruktiv, weil an ihm gezeigt werden kann, wie eine solche Verschwörungstheorie entsteht und wer sie mit welcher Absicht in die Welt gesetzt hat.

Im Herbst 1918 war die militärische Lage aus deutscher Perspektive desolat. Zwar standen deutsche Truppen nach wie vor im Feindesland – so etwa in Nordfrankreich und in Belgien – und kein Teil des Reichsgebiets war von fremden Truppen erobert worden, aber die militärische Übermacht nahm durch das amerikanische Eingreifen täglich zu, das deutsche Heer war ermattet, der Nachschub funktionierte kaum noch und zudem stand Deutschland mit dem Ausscheiden Bulgariens und dem Kollaps der K.u.K.-Monarchie plötzlich ohne Verbündete da. Der deutschen Bevölkerung aber wurde diese dramatische Lage nicht kommuniziert; sie begrüßte demgemäß die heimkehrenden Truppen als unsere „ungeschlagenen Helden“⁶.

1919 beschloss die Weimarer Nationalversammlung einen *Untersuchungsausschuss* zu bilden, der die Ursachen des Krieges und die Art seiner Führung untersuchen sollte, während die Dolchstoßtheorie von dem deutschen ungeschlagenen, aber von hinten erdolchten Heer endgültig in die Öffentlichkeit getragen wurde. Die größte Sensation der Anhörungen des Untersuchungsausschusses erregte Hindenburgs Aussage, in der er sich wie folgt einließ: „Aber trotz der ungeheuren Ansprüche an Truppen und Führung, trotz der zahlenmäßigen Überlegenheit des Gegners konnten wir den Kampf zu einem glücklichen Ende führen, wenn die geschlossene und einheitliche Zusammenwirkung von Heer und Heimat eingetreten wäre.“ Doch dies sei nicht geschehen. „Ein englischer General“ – fügte

4 N. Cohn, Warrant for Genocide. The Myth of the Jewish World-Conspiracy and the Protocols of the Elders of Zion, 1967.

5 A. Grolman, Licence to Murder. The Enduring Threat of the Protocols of the Elders of Zion, 2011.

6 Ewans, Verschwörungstheorien (Fn. 1), 93.

Hindenburg hinzu – „sagte mit Recht: Die deutsche Armee ist von hinten erdolcht worden.“⁷

Damit war ein wirkmächtiges Bild in die Welt gesetzt worden, dessen Folgen Ewans wie folgt knapp zusammengefasst hat: „Als der Reichstagsuntersuchungsausschuss zwischen 1925 und 1929 schließlich die von ihm zusammengetragenen, höchst widersprüchlichen Materialien zu den Ursachen des deutschen Zusammenbruchs im Jahre 1918 veröffentlichte, war es zu spät, um die Dolchstoßlegende zu diskreditieren. Sie war inzwischen im Diskurs der nationalistischen Rechten als unantastbare Wahrheit verankert.“⁸

III. Das Verschwörungsdanken Putins

Ich kann und will mich an dieser Stelle nicht an der Diskussion darüber beteiligen, ob Putin unter Realitätsverlust leidet⁹ oder was wirklich in seinem Kopf vorgeht¹⁰. Legt man einfach nur seine politische Rhetorik zugrunde, in der von der Selbstverteidigung Russlands gegenüber einem feindlich gesinnten Westen und dessen Einkreisungspolitik die Rede ist¹¹, so erfüllt er damit – ob er seine Anschuldigungen selbst glaubt oder nicht – alle Merkmale eines Verschwörungstheoretikers. Kurt Kister hat ihm deshalb in seinem abgewogenen Artikel mit dem Titel „Ein Mann hebt ab“¹² einen verschwörungstypischen Aluhut aufgesetzt und dies in nachlesenswerter Weise wie folgt begründet:

„Putin, der nun wirklich alte weiße Mann, sozialisiert in der Sowjetunion, speziell im KGB, ist einer, der an etwas glaubt – oder, garstig gesagt: Er ist ein Aluhut-Träger. Er zieht mühelos und leidenschaftlich eine Linie von der Kiewer Rus, also dem gut 1000 Jahre alten Protostaat mit Wikinger migrationshintergrund, über die Land-Sammlung diverser Zaren, die man auch Kolonialisierung und/oder Imperialismus nennen könnte, bis hin zur Sowjetunion und Lenin, der die

7 Hier zitiert nach *Ewans*, Verschwörungstheorien (Fn. 1), 90.

8 Ebenda, 102.

9 Vgl. dazu *O. Weber*, Irre sind menschlich. Putin für wahnsinnig zu erklären, hilft dem Westen in diesem Krieg nicht weiter, SZ Nr. 61 vom 15.3.2022, 9.

10 Vgl. dazu *V. Weiß*, Putin verstehen. Von Alexander Dugin zu Carl Schmitt. Das sind die Ziele von Russlands Eroberungskrieg, SZ Nr. 83 vom 10.4.2022, 17.

11 Vgl. *S. Gikalke*, Abschaum und Verräter. Russischer Präsident verschärft Rhetorik gegen den Westen, SZ Nr. 64 vom 18.3.2022, 6.

12 SZ Nr. 47 vom 26./27.2.2022, 15.

Ukraine gleichsam erfunden habe. Er sieht sich in dieser, ihm von der Geschichte zugewiesenen Tradition als ein Beschützer Russlands. Er ist so brandgefährlich, weil er nicht vernünftig ist. Er fühlt sich als Werkzeug von etwas, was ein anderer mal die Vorsehung genannt hat.“

IV. Was man aus diesen drei Beispielen lernen kann

Dies sind vor allem *zwei Dinge*:

Erstens kann man aus ihnen lernen, *dass es auf den Wahrheitsgehalt der jeweiligen Verschwörungstheorie offenbar nicht ankommt*: sie entfaltet gleichwohl ihre Wirkung. Besonders instruktiv ist insoweit eine Tagebuchnotiz von Josef Goebbels vom 10. April 1924, in der es wie folgt heißt:

„Ich glaube, daß die Protokolle der Weisen von Zion eine Fälschung sind, nicht, weil mir das darin ausgesprochene Weltbild oder die jüdischen Aspirationen zu utopisch und phantastisch erscheinen – man sieht ja, wie sich heute eine Forderung aus den Protokollen nach der anderen verwirklicht, wie ein systematischer Plan der Zersetzung die Welt in Trümmern legt, – sondern weil ich die Juden nicht für so grenzenlos dumm halte, daß sie derart wichtige Protokolle nicht geheim zu halten verstünden. *Also: ich glaube an die innere, aber nicht an die faktische Wahrheit der Protokolle.*“¹³

Aber es sind nicht nur die Protokolle der Weisen von Zion, die trotz der Tatsache ihres Gefälschtseins ihre intendierte Wirkung erzielten, dies gilt auch für die – wie Ewans zu Recht anmerkt – sog. Dolchstoßlegende: „Wie im Falle der Protokolle der Weisen von Zion spielen Tatsachen [...] auch bei der Dolchstoßlegende – wie darüber hinaus auch bei anderen Verschwörungstheorien – *letztlich keine Rolle*. Selbst wenn diese Theorien nachweislich falsch waren, *drückten sie nach Ansicht ihrer Anhänger eine WESENTLICHE Wahrheit aus, die im Grunde keiner empirischen Verifikation bedurfte.*“¹⁴

Das *zweite*, was man aus den drei Beispielen lernen kann, ist, *dass es der Wirkkraft einer Verschwörungstheorie dienlich ist, wenn sie mit einprägsamen*

13 Hier zitiert nach *Ewans*, *Verschwörungstheorien* (Fn. 1), 51. Wenn nicht besonders angemerkt, gehen die Hervorhebungen in den Zitaten auf mich zurück, G.F.S.

14 Ebenda, 109 f.

*Bildern operiert.*¹⁵ Dies gilt – wie unmittelbar einsichtig ist – für das Bild des Dolchstoßes, aber auch für *das bedrohliche Bild der Einkreisung*, das im Übrigen auch vom Deutschen Reich im Kontext des Ersten Weltkrieges verwendet wurde, wie auch für ein *geheimnisumwittertes Protokoll einer geheimen Weltverschwörung*, ein Bild, das sich jeder von uns vorstellen kann und das von Umberto Eco in seinem Buch „Der Friedhof von Prag“¹⁶ liebevoll ausgemalt worden ist.

B. Die Sprache der Verschwörungstheorien als bilderreiche Sprache – zur Rolle von Selbstbildern, Fremdbildern und Feindbildern

I. Zu das Denken und Handeln bestimmenden Weltbildern

Zur Erläuterung dieser Überschrift soll ein kurzer Blick auf die zutiefst gesplante amerikanische Gesellschaft geworfen werden, wie sie von Torben Lütjen in seinem Buch „Amerika im Kalten Bürgerkrieg“¹⁷ anschaulich beschrieben worden ist. Aber nicht nur von diesem Buch soll hier die Rede sein, sondern auch von dem viel beachteten Buch „Fremd in ihrem Land“ von Arlie Russel Hochschild, in dem sie zu erklären versucht, was zahlreiche Amerikaner in die Arme der ultrakonservativen Tea-Party getrieben und Trumps Wahl zum Präsidenten ermöglicht haben.¹⁸ Unter der Überschrift „Politisch verlassen und infrastrukturell abgehängt“ haben Jens Kersten et al. die Botschaft Hochschilds für uns wie folgt zusammengefasst:

„Hochschild zeichnet eine tiefgesplante US-amerikanische Gesellschaft, in der nicht Wissen und Information die Sichtweisen und Standpunkte der Menschen bestimmen, sondern *das Vorhandensein einer emotional tief verankerten Haltung zur Welt*, die darüber entschei-

15 Allgemein zur Wirkkraft von Bildern siehe meine Beiträge „Der Fall Benetton – Wem gehört die Interpretationsherrschaft über Werbebotschaften?“, Archiv für Presserecht 2003, 113; „Bilderverbot: Einige verfassungsrechtliche Überlegungen zu den Grenzen visueller Kommunikation“, in: G. Frankenberg/P. Niesen (Hrsg.), Bilderverbot, Recht, Ethik und Ästhetik der öffentlichen Darstellung, 2004, 70.

16 2. Aufl., 2013.

17 Wie das Land seine Mitte verliert, 2000; siehe hierzu auch meinen Beitrag „Wie resilient ist unsere Politische Kultur?“, DER STAAT 2021, 473.

18 A. Russel Hochschild, Fremd in ihrem Land. Eine Reise ins Herz der amerikanischen Rechten, 2017.

det, wie sie die wirtschaftliche Entwicklung, die Globalisierung und die Politik wahrnehmen und welche Konsequenzen sie aus ihnen ziehen. Hochschild fasst diese konservativen Erzählungen zu einer Tiefengeschichte (»deep story«) *der alltäglichen Weltansichten* zusammen, die »sich für viele Menschen wie die eigentliche Wahrheit« anfühlen¹⁹. Solche »Tiefengeschichten«, die von enttäuschten Gerechtigkeitsvorstellungen, Marginalisierung und kultureller Abwertung traditioneller Lebensformen und -modellen handeln, lassen sich für Arbeiterinnen und Arbeiter, die den rechtspopulistischen Parteien zuneigen sowie für Landwirte und Landwirtinnen, die mit dem Rücken zur Wand stehen, auch in Deutschland erzählen.²⁰

II. Vom Fremdbild zum Feindbild

Wenn man beginnt, sich mit der Herkunft, der Verbreitung und den Funktionen von Feindbildern zu beschäftigen, stößt man alsbald auf mehrere, uns eigentlich schon vertraute Phänomene²¹:

- Das erste Phänomen ist dasjenige, was *wir als „Benennung“ bezeichnen wollen*.²² Der Andere, mit dem man freiwillig oder unfreiwillig zu tun hat, verlangt nach Benennung, *um ihn kategorisieren und damit in eine bestimmte Schublade stecken zu können*.²³

Besonders deutlich wird diese zentrale Funktion der Benennung, wenn sie die uns umgebenden Menschen nach den *Kategorien von Freund oder Feind* sortieren; in Herfried Münklers Feindbild-Aufsatz heißt es dazu wie folgt: »Darf man sich von seinem Feind ein Bild machen, ihm einen Namen geben? Oder schafft man womöglich den Feind erst als Feind, indem man ihn benennt und bildlich vorstellbar macht? Es kann kaum einen Zweifel geben: Benennung und Bebilderung lassen die Beziehung zum Feind enger und intensiver werden; Namen und

19 Ebenda, 27.

20 J. Kersten/C. Neu/B. Vogel, Das Soziale-Orte-Konzept. Zusammenhalt in einer vulnerablen Gesellschaft, 2022, 63 f.

21 Siehe dazu G. F. Schuppert, Wege in die moderne Welt, 2015, 103 ff.: Feindbilder in illustrierten Flugblättern in der Reformationszeit.

22 Instruktiv dazu K. Gümüşay, Sprache und Sein, 2020.

23 Eindrucksvoll dazu J. Froese, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts. Zur normativen Erfassung des Individuums durch Kategorien und Gruppen, 2022.

Bilder verwandeln den unbestimmten Artikel ins Possessivpronomen: *aus ein Feind wird mein Feind.*²⁴

- Das zweite vertraute Phänomen ist der *funktionale Zusammenhang von Feind- und Selbstbildern*. Es dürfte ein inzwischen weitgehend unbestrittener Befund sein, dass „jede Gruppe, indem sie sich ein Bild von sich selber macht, immer schon auch ein Bild ihres Gegenteils, eben ihres Feindes, entwirft“²⁵. Und klarstellend fügt Münkler noch hinzu: „*Im spezifischen Selbstbild einer politischen Ordnung sind [...] Feindbild und Fremdbild immer schon enthalten*“²⁶.
- Das dritte, uns aus anderem Zusammenhang vertraute Phänomen ist der Befund, *dass Menschenbilder* – und dies gilt auch und vor allem für Feindbilder – unsere Wahrnehmung, *unser Denken und letztlich auch unser Handeln beeinflussen*; dies sieht auch Herfried Münkler so:

„[...] kann kaum bestritten werden, dass Feindbilder die Wahrnehmung beeinflussen und verändern: Sie reduzieren Komplexität und schränken dadurch die unendliche Vielfalt von Möglichkeiten auf eine überschaubare und entscheidende Optionsmenge ein [...]. Es ist unwahrscheinlich, dass wir einer Welt ohne Feindbilder entgegengehen, und obendrein ist die Frage, ob wir in einer solchen Welt politisch handlungsfähig wären. Das heißt aber gerade nicht, dass Feindbild gleich Feindbild wäre. Es gibt Bilder des Feindes, die haben klärende und orientierende Funktion, und natürlich gibt es Feindbilder (und diese sind eher die Regel), die nicht klären und desorientieren [...]. Mehr noch als bei der Wahl seiner Freunde muss man bei der Wahl seiner Feinde auf der Hut sein.“²⁷

24 H. Münkler, Feindbilder – Bilder vom Feind, in: derselbe, Politische Bilder, Politik der Metaphern, 1994, 22.

25 Ebenda, 23.

26 Ebenda, 23.

27 Ebenda, 34.

C. Wie viel Misstrauen verträgt die Demokratie?

I. Vertrauen – ein für sich einnehmender, in der Regel positiv konnotierter Begriff

Einige diesbezügliche Stimmen hat Gary S. Schaal in seiner Habilitationsschrift mit dem Titel „Vertrauen, Verfassung und Demokratie“²⁸ für uns wie folgt zusammengestellt:

„Die mit Vertrauen verbundenen [...] Hoffnungen sind vielfältig: So argumentiert Putnam²⁹ im Rahmen des Social-Capital-Ansatzes, dass ein positiver Zusammenhang zwischen der Leistungsfähigkeit eines demokratischen Systems und dem in der Gesellschaft vorhandenen Niveau an Vertrauen existiert, während Fukuyama³⁰ die Korrelation zwischen Vertrauen und dem wirtschaftlichen Wohlstand einer Nation hervorhebt. Die segensreichen Effekte von Vertrauen sind jedoch nicht nur in der ökonomischen oder der politischen, sondern auch in der gesellschaftlichen Sphäre spürbar. Das Leben in einer Gesellschaft, deren Mitglieder sich wechselseitig vertrauen, ist besser und reicher als jenes in einer Gesellschaft, in der Misstrauen herrscht, da Vertrauen eine wichtige Voraussetzung von Kooperation ist.³¹ Doch damit nicht genug: Zu vertrauen und von anderen als vertrauenswürdig angesehen zu werden, hat auch positive Effekte auf die Konstitution des Selbst und das psychische Wohlbefinden.³² Die Abwesenheit von Vertrauen besitzt im Gegenzug fatale Konsequenzen: Die Bürger verharren in Handlungsunfähigkeit, es beschleunigen und vertiefen sich bereits bestehende gesellschaftliche Desintegrationstendenzen, während die Kosten des politischen Prozesses steigen.“³³

Uns interessiert aber nicht das Vertrauensproblem als solches, sondern – erstens – das Verhältnis von Vertrauen und Demokratie und – zweitens

28 Über den Einfluss konstitutioneller Prozesse und Prozeduren auf die Genese von Vertrauensbeziehungen in modernen Demokratien, Manuskriptfassung.

29 R. D. Putnam, *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, 1993; R. D. Putnam, *Bowling Alone: America's Declining Social Capital*, *Journal of Democracy* 1995, 65.

30 F. Fukuyama, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, 1995.

31 A. B. Seligman, *The problem of trust 1997*; D. Gambetta (ed.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, 1988.

32 M. Schweer, *Vertrauen und Misstrauen – zwei Seiten derselben Medaille?*, 1999.

33 A.a.O.

– die Frage, ob und in welchem Ausmaß ein grundständiges Misstrauen in die staatlichen Institutionen die Funktionsfähigkeit von Demokratie gefährdet.

II. Vertrauen als notwendige Voraussetzung demokratischer Herrschaft

Dass ein gewisses Maß an Vertrauen der Regierten in die Arbeit der Regierenden das Regieren nicht nur erleichtert, sondern zu den Funktionsbedingungen demokratischen Regierens gehört, dürfte in der Sache unbestritten sein.³⁴ Um diesen Befund zu belegen, bedarf es weniger so hoch gegriffener Begriffe wie dem des „*Vertrauensstaates*“³⁵ oder dem der „*Vertrauensdemokratie*“³⁶, als vielmehr ein Blick auf die Folgen, wenn es an einem solchen Vertrauensverhältnis fehlt. Zwei Autoren wollen wir insoweit in den Zeugenstand bitten, die eine Erosion des Vertrauensverhältnisses zwischen Regierenden und Regierten nicht nur konstatieren, sondern dies als Krise der Demokratie interpretieren; der erste Autor ist Pierre Rosanvallon, der in seinem Buch „Die gute Regierung“ dazu Folgendes ausgeführt hat:

„Die Wiederherstellung einer demokratischen Beziehung zwischen Regierten und Regierenden verläuft in erster Linie über die Reparatur eines heute stark beschädigten Vertrauensverhältnisses. Vertrauen bedeutet, sich auf jemanden verlassen zu können. Man definiert es deshalb in der Soziologie als Einstellung gegenüber anderen, die es ermöglicht eine »Hypothese künftigen Verhaltens«³⁷ aufzustellen. Es bezeichnet ein Verhältnis zu einem Dritten, das auf dem Wissen, das man über ihn hat, beruht. Ein Wissen, das es ermöglicht, seine Fähigkeit, ein Ziel zu verfolgen, seine Aufrichtigkeit und sein Engagement für das Gemeinwohl zu beurteilen. Vertrauen ist zugleich eine Methode, um sich Erklärungen und Rechtfertigungen zu ersparen (wer Ver-

34 Siehe dazu A. Przeworski, *Krisen der Demokratie*, 2020, 12f.: „Wenn die Demokratie bestimmter Voraussetzungen bedarf, um überhaupt funktionieren zu können [...], dann droht ihr der Zusammenbruch, wenn diese Voraussetzungen fehlen. Ein gewisses Maß an wirtschaftlichem Wohlergehen, ausreichendes Vertrauen der Bürger in die politischen Institutionen oder ein Minimum an öffentlicher Ordnung sind die plausibelsten Kandidaten für solche Bedingungen.“

35 Begriff bei U. Frevert, *Vertrauensfragen. Eine Obsession der Moderne*, 2013, 147 ff.

36 Begriff bei P. Rosanvallon, *Die gute Regierung*, 2016, 271.

37 G. Simmel, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 1908, 263.