



Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.

Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M. · Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel · Leibnizstraße 2 · 24118 Kiel

Telefon: 0431 880-5378
Telefax: 0431 880-5374
Durchwahl: 0431 880-1504
E-Mail: f.becker@law.uni-kiel.de
Homepage: www.becker.jura.uni-kiel.de

An die
Vorsitzende des Innen- und Rechtsausschusses
Frau Barbara Ostmeier, MdL
Schleswig-Holsteinischer Landtag
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Kiel, den 31. Aug. 2021

innenausschuss@landtag.ltsh.de

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/6281

„Kommunalwahlrecht für alle einführen“ (Antrag der Abgeordneten des SSW - Drucksache 19/3073 (neu)) und „Für ein zeitgemäßes Wahlrecht“ (Alternativantrag der Fraktion der SPD - Drucksache 19/3108)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Ostmeier,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

mit Schreiben vom 30. Juli 2021 haben Sie mir freundlicherweise die Gelegenheit eingeräumt, zu den o.a. Anträgen Stellung zu nehmen. Vielen Dank für diese Möglichkeit, von der ich gerne Gebrauch mache.

I. Gegenstand der Anträge

Im Ergebnis zielen sowohl der Antrag der Abgeordneten des SSW als auch der Alternativantrag der Fraktion der SPD auf die Auslösung einer Initiative der Landesregierung im Bundesrat, an deren Ende eine Verfassungsänderung steht. Deren Gegenstand soll die Ausweitung des aktiven und passiven Wahlrechts auf kommunaler Ebene auf solche Personen sein, die seit mindestens vier Jahren ihren ständigen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland haben (so der Antrag der Abgeordneten des SSW). Demgegenüber verlangt der Antrag der SPD-Fraktion (nur?), dass die Personen „dauerhaft“ rechtmäßig in Deutschland leben. Der Alternativantrag der SPD geht insoweit über den Antrag der Abgeordneten des SSW hinaus als auch eine Bundesratsinitiative

mit dem Ziel initiiert werden soll, das bereits bestehende aktive und passive Wahlrecht für Unionsbürger zu Kommunal- und Europawahlen auf den Bereich der Landtagswahlen auszuweiten. Der Antrag lässt ausdrücklich offen, ob die entsprechenden Änderungen auf einfachgesetzlicher oder verfassungsrechtlicher Ebene eingeführt werden sollen.

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Nach Art. 20 Abs. 2 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Diese kurze Aussage wirft drei Fragen auf: Was ist die Staatsgewalt (Legitimationsobjekt)? Wer ist das Volk, von dem sie ausgeht (Legitimationssubjekt)? Und wie wird die Brücke zwischen Objekt und Subjekt geschlagen, damit die Staatsgewalt tatsächlich vom Volk „ausgeht“? Vorliegend sind primär die ersten beiden Aspekte von Bedeutung¹.

Das Objekt demokratischer Legitimation ist nicht nur jedes amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter², sondern die gesamte Tätigkeit des Staates und seiner Organe bedürfen der demokratischen Legitimation³. Auch die mittelbare Staatsverwaltung übt Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG aus. Zumindest für die kommunale Selbstverwaltung stellen Landes- wie Bundesverfassung dieselben Anforderungen an das demokratische Legitimationsniveau wie bei den Handlungen anderer Staatsgewalten⁴.

Damit tatsächlich alle staatliche Tätigkeit vom Volk ausgeht, müssen Handlungen und Entscheidungen des Staates auf die Willensäußerung des Volkes zurückzuführen sein. Auf der Ebene des Bundesverfassungsrechts gehören zum Volk im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG nicht etwa die Einwohner, sondern allein die deutschen Staatsangehörigen i.S.d. Art. 116 GG⁵. Allein deren Gesamtheit bildet das Legitimationssubjekt i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG. Dies wird zwar bisweilen bezweifelt⁶, dürfte aber auch heute noch der herrschenden Lehre entsprechen⁷.

¹ Der folgende Text stellt eine Zusammenfassung der Kommentierung *Becker*, in: ders./Brüning/Ewer/Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein Art. 2 Rn. 6 ff. dar.

² BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73); 93, 37 (68); 107, 59 (87).

³ *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 42. Ed. 01.12.2019, Art. 20 Rn. 62; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG III Art. 20 Rn. 90; *Dreier* in ders., GG II Art. 20 (Demokratie) Rn. 87.

⁴ BVerfGE 107, 59 (88).

⁵ BVerfGE 83, 37 (50 f.); 107, 59 (87); 131, 316 (342); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II § 24 Rn. 26 ff.; *Dreier*, in: ders., GG II Art. 20 (Demokratie) Rn. 90; *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG I Art. 20 Rn. 107; *Sachs*, in: ders., GG Art. 20 Rn. 27a; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II Art. 20 Rn. 148.

⁶ Vgl. *Bryde*, JZ 1989, 257 ff.; *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR III § 46 Rn. 7.

⁷ *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG I Art. 20 Rn. 107.

Grundlage und Ausgangspunkt des „Ausgehens“ ist der Wahlakt. Die Staatsgewalt geht dann von dem Volk aus, wenn eine ununterbrochene Kette demokratischer Legitimation besteht, die sich von der konkreten staatlichen Handlung oder Entscheidung zu dem Wahlakt des Volkes zurückverfolgen lässt. Da jede staatliche Handlung auf die Entscheidung eines Menschen zurückzuführen ist, die mehr oder weniger rechtlich determiniert ist, bedarf es, um das „Ausgehen“ der staatlichen Handlung vom Willen des Volkes – dem Wahlakt – zu gewährleisten, der personellen wie der sachlichen Legitimation gleichermaßen, die im Zusammenwirken das erforderliche Legitimationsniveau gewährleisten. Dieses wird nur dann erreicht, wenn sich die Bestellung des Handelnden – „personelle Legitimation vermittelnd“ – auf das Staatsvolk zurückführen lässt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt, d.h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen“⁸.

Auf kommunaler Ebene verläuft die Legitimationskette von den in der Selbstverwaltungskörperschaft Wahlberechtigten zu der Vertretungskörperschaft, auch wenn diese kein Parlament im staatsrechtlichen Sinne ist.⁹ Die Vertretungskörperschaft ist dann entweder ihrerseits für die Wahl der kommunalen Verwaltungsspitze zuständig¹⁰ oder diese wird unmittelbar durch das (in dem Gebiet der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft ansässige¹¹) Volk gewählt¹².

Organisatorisch-personelle Legitimation einerseits, sachlich-inhaltliche Legitimation andererseits können sich grundsätzlich nach dem Prinzip der kommunizierenden Röhren wechselseitig ersetzen, sofern im Ergebnis die Effektivität demokratischer Legitimation nicht in Frage gestellt wird¹³. Der völlige Ausfall eines der beiden Legitimationsstränge kann dabei nicht kompensiert werden¹⁴.

Art. 20 Abs. 2 GG formuliert diese bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben für die gesamte Staatsgewalt – also auch die der Länder und der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG unterstreichen dies insoweit, als die „verfassungsmäßige

⁸ BVerfGE 107, 59 (87 f.); zu dem folgenden *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof HStR II § 24 Rn. 11 ff.

⁹ Vgl. *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG I Art. 28 Rn. 38 m.w.N.

¹⁰ So wieder für den Landrat: § 43 Abs. 1 KrO SH.

¹¹ Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GKWG SH.

¹² Vgl. etwa § 57 Abs. 1 GO SH für den Bürgermeister.

¹³ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof HStR II § 24 Rn. 23.

¹⁴ BVerwG NVwZ 1999, 870 (873 ff.); *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof HStR II § 24 Rn. 23; *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 46, S. 329 ff.; *Papenfuß*, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 161 f.; *Sommermann* in von Mangoldt/Klein/Starck GG II Art. 20 Rn. 170.

Ordnung in den Ländern ... den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen [muß]. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist“.

Dementsprechend legt Art. 2 LVerf SH das Erfordernis demokratischer Legitimation staatlicher Gewalt auch für und in Schleswig-Holstein fest.

III. Bewertung der Vorschläge

Jede Erweiterung des Kreises der Wahlberechtigten, die in ihrer Gesamtheit als „Volk“ den personellen Ausgangspunkt des demokratischen Legitimationsprozesses bilden, reibt sich an dem verfassungsrechtlichen Begriff des Volkes in Art. 20 Abs. 2 GG. Es wäre in dieser Hinsicht zu kurz gegriffen, wenn man behauptete, dass den bislang in den Begriff des Volkes integrierten Personen doch nichts genommen würde, wenn einfach weitere Personenkreise in diesem Begriff einbezogen werden: Jeder Erweiterung des Personenkreises verwässert das Stimmgewicht der bislang Berechtigten.

1. Wahlrecht von EU-Ausländern

Der Hinweis auf Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG legitimiert keine Erweiterung des Kreises der Wahlberechtigten über die dort genannten Personen hinaus. Nach dieser Vorschrift sind bei „Wahlen in Kreisen und Gemeinden ... auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar“.

Diese Norm hat im Zusammenhang mit der Ratifizierung des Vertrags von Maastricht¹⁵ (vgl. nun Art. 20 Abs. 2 Satz 2 (b) AEUV) Einzug in das Grundgesetz gefunden und ist somit angesichts des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber dem deutschen Recht¹⁶ dem hiesigen verfassungsrechtlichen Diskurs praktisch entzogen.

Es handelt sich bei dieser Erweiterung des Wählerkreises durch EU-Ausländer auch nicht um eine Aushöhlung der Substanz von Art. 20 Abs. 2 GG, sondern um eine durch Vorgaben des Unionsrechts sachlich begründete Modifikation des Demokratieprinzips auf der Ebene der

¹⁵ BGBl. 1992 II, S. 1251.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251.

kommunalen Selbstverwaltung¹⁷.

Ganz in diesem Sinne hatte auch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1990 festgestellt, dass „es dem Landesgesetzgeber verwehrt [ist], auch Ausländern das Wahlrecht zu den Vertretungen des Volkes in den Gemeinden einzuräumen. ... Daraus folgt nicht, daß die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörterte Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art. 79 Abs. 3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein kann“¹⁸.

Im Hinblick auf die Ausweitung der Wahlberechtigung auf Ausländer von Drittstaaten greift das Argument vom Vorrang des Unionsrechts naturgemäß nicht.

2. Notwendigkeit einer Verfassungsänderung auf Bundesebene

Den vorgelegten Anträgen geht es – zunächst unabhängig von Bezugsgegenstand und Adressatenkreis – um eine Legitimation staatlicher Herrschaft, die nicht mehr *nur* im Volk ihren Ausgangspunkt hat, sondern zu der auch Personen beitragen können, die nicht Angehörige des Volkes im verfassungsrechtlichen Sinne sind.

Eine solche Änderung der Rechtslage ist – wenn überhaupt – nur auf der Ebene des Bundesverfassungsrechts zu erreichen. Ganz in diesem Sinne hatte auch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1990 festgestellt, dass „es dem Landesgesetzgeber verwehrt [ist], auch Ausländern das Wahlrecht zu den Vertretungen des Volkes in den Gemeinden einzuräumen“¹⁹. Angesichts der verfassungsrechtlichen Wertigkeit von Art. 20 Abs. 2 GG gilt dies auch für den (einfachen) Bundesgesetzgeber.

Daher ist es folgerichtig, dass beide Anträge nicht auf eine Verfassungs- oder Gesetzesänderung in Schleswig-Holstein, sondern auf eine Bundesratsinitiative des Landes mit dem Ziel einer Änderung des Grundgesetzes zielen. Allerdings stehen auch bei einer solchen Verfassungsänderung nicht alle denkbaren Gestaltungsoptionen zur Verfügung.

¹⁷ Ernst, in: v. Münch/Kunig, GG I Art. 28 Rn. 56; Mehde, in: Maunz/Dürig, GG III Art. 28 Abs. 1 Rn. 126; s.a. HbgVerfG, NVwZ-RR 2010, 129 (131).

¹⁸ BVerfGE 83, 37 (59).

¹⁹ BVerfGE 83, 37 (59).

3. Grenzen der Verfassungsänderung

Einer möglichen Verfassungsänderung werden durch die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG materielle Grenzen gesetzt. Die Ewigkeitsgarantie enthält die einzigen inhaltlichen Vorgaben für eine Verfassungsänderung. Die Charakterisierung einer Verfassungsnorm als sog. „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ beschränkt sich auf Verstöße gegen die von Art. 79 Abs. 3 GG in besonderem Maße geschützten Gehalte²⁰.

a) „Demokratische Legitimation“ nach Art. 79 Abs. 3 GG als Grenze der Verfassungsänderung

Nach Art. 79 Abs. 3 GG ist eine Grundgesetzänderung, „durch welche ... die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ... unzulässig“. Damit stellt sich die entscheidende Frage, ob eine Verfassungsänderung mit dem Ziel der Entkopplung von Wahlberechtigung und Staatsangehörigkeit den Grundsatz demokratischer Legitimation in dem Sinne der Ewigkeitsklausel „berührt“. Bei dem Demokratieprinzip handelt es sich um einen besonders elementaren Grundsatz der Ewigkeitsklausel, der eine Reihe fundamentaler Legitimationsvoraussetzungen erfasst und diese von einer Verfassungsänderung ausschließt²¹.

Wie oben dargelegt, handelt es sich bei dem Erfordernis demokratischer Legitimation indes nicht um ein starres Konzept. Vielmehr sind im Zusammenspiel von personeller und sachlicher Legitimation unterschiedliche Gewichtungen des einen wie des anderen mit wechselseitiger Kompensation denkbar. Maßgeblich ist stets die Effektivität, mit der Entscheidungsprozesse demokratisch gesteuert werden.²²

b) Erweiterung des Wahlrechts auf kommunaler Ebene (SSW)

Zwar wird sowohl auf staatlicher wie auch auf kommunaler Ebene durchweg der demokratischen Legitimation bedürftige Staatsgewalt ausgeübt. Aber die Möglichkeiten zur wechselseitigen Kompensation beider Aspekte demokratischer Legitimation unterscheiden sich auf diesen beiden Ebenen durchaus. Dies ist nicht zuletzt auf die fehlende Staatsqualität der kommunalen Ebene sowie auf den Unterschied zwischen dem dortigen Vertretungsorgan und

²⁰ Vgl. *Dreier*, in: ders., GG II Art. 79 III Rn. 14.

²¹ *Dreier*, in: ders., GG II Art. 79 III Rn. 36 ff.; vgl. auch *Hain*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II Art. 79 Rn. 75.

²² BVerfGE 135, 317 (429); vgl. auch *Dreier*, in: ders., GG II Art. 20 (Demokratie) Rn. 113.

einem Parlament aus staatlicher Ebene zurückzuführen²³.

Nicht weniger relevant ist der Umstand, dass die Ausübung von Staatsgewalt durch die Selbstverwaltungskörperschaften im übertragenen Wirkungsbereich auf parlamentsgesetzlicher und damit ihrerseits demokratisch legitimierter Grundlage beruht²⁴. Im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben üben die Körperschaften ihre Befugnisse „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 GG) aus.

In beiden Fällen wird das erforderliche Legitimationsniveau staatlicherseits somit bereits durch eine nicht unerhebliche gesetzliche Determinierung oder Determinierungsoption sichergestellt (sachliche Legitimation). Eine Verwässerung der personellen Legitimationskomponente ist bei der Wahl kommunaler Vertretungskörperschaften mithin möglich²⁵. Hier dürfte also die in einer Ausweitung des Wahlrechts auf Ausländer liegende Abschwächung der personellen demokratischen Legitimation durch die in vielen Bereichen kommunaler Tätigkeit gegebene Möglichkeit der sachlichen Vermittlung demokratischer Legitimation durch ein seinerseits demokratisch legitimiertes Gesetz dazu führen, dass diese Ausweitung mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar ist; mithin würde das Erfordernis demokratischer Legitimation durch eine solche Verfassungsänderung nicht berührt und wäre daher auch kein verfassungswidriges Verfassungsrecht.

Das Ziel des Antrags der Abgeordneten des SSW „Kommunalwahlrecht für alle einführen“ (Drucksache 19/3073 (neu)) wäre mithin durch eine Verfassungsänderung auf Bundesebene zu erreichen. Dass allerdings eine Beteiligung an einer Wahl bereits nach vier Jahren des Aufenthalts in Deutschland möglich sein soll, erscheint aus verfassungspolitischer Sicht nicht empfehlenswert. Zudem sollte – wie in dem Alternativantrag der Fraktion der SPD (Drucksache 19/3108) – auch die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts in Deutschland zu einem Kriterium für die Verleihung des Wahlrechts gemacht werden.

c) Erweiterung des Wahlrechts auf staatlicher Ebene

Anders als auf kommunaler Ebene, wo Befugnisse „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 GG) oder aufgrund staatlicher, d.h. gesetzlicher Aufgabenübertragung ausgeübt werden, gründet sich die demokratische Legitimation des Bundestags allein auf den Wahlakt. Eine mit der Erweiterung des Kreises der Wahlberechtigten erfolgende Verwässerung der personellen

²³ Ernst, in: v. Münch/Kunig, GG I Art. 28 Rn. 56.

²⁴ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof HStR II § 24 Rn. 25; Herdegen, in: Maunz/Dürig GG V Art. 79 Rn. 136.

²⁵ Dreier, in: ders., GG II Art. 79 III Rn. 43; Herdegen, in: Maunz/Dürig GG V Art. 79 Rn. 136; a.A. Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II Art. 28 Rn. 125.

demokratischen Legitimation kann durch keinen anderen Legitimationsstrang kompensiert werden, so dass nach h.M. eine Beschränkung des Wahlrechts zum Bundestag auf Deutsche zum zu dem im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Gehalt des Demokratieprinzips gehört und mithin auch durch eine Verfassungsänderung nicht überwunden werden kann²⁶.

Dasselbe gilt für die Wahlen zu den Landesparlamenten²⁷. „Zwar ist deren Gestaltungsspielraum durch die föderale Kompetenzordnung deutlich eingeschränkt. Aber die verbleibende Machtfülle der Länder erlaubt es nicht, das Bundesrecht und die Einwirkungsmöglichkeiten der Bundesorgane (etwa beim Verwaltungsvollzug) als Ausgleich für eine geminderte demokratische Legitimation heranzuziehen. Insoweit hat das demokratische Prinzip nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 GG einen dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG entsprechenden Inhalt“²⁸.

Damit wäre eine dahingehende Verfassungsänderung im Sinne des Alternativantrags der Fraktion der SPD (Drucksache 19/3108) nicht möglich.

Ob eine Erstreckung des Wahlrechts zu den Parlamenten von Bund und Ländern zumindest auf EU-Ausländer möglich wäre, ohne Art. 79 Abs. 3 GG zu verletzen, ist in der Literatur umstritten²⁹. Anders als im Rahmen der Diskussion um die Verfassungskonformität des Kommunalwahlrechts von EU-Bürgern (Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG) trifft das Staatsziel der europäischen Integration nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG auf die der Legislative zuzuordnenden und damit auf ein deutlich höheres Maß an demokratischer Legitimation angewiesenen Landesparlamente. Es ist mithin durchaus fraglich, ob ein Wahlrecht von EU-Bürgern auf Landesebene der Ewigkeitskontrolle des Art. 79 Abs. 3 GG standzuhalten vermag.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Professor Dr. Florian Becker

²⁶ Dreier, in: ders., GG II Art. 79 III Rn. 43; Ernst, in: v. Münch/Kunig, GG I Art. 28 Rn. 56; Herdegen, in: Maunz/Dürig GG V Art. 79 Rn. 136; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II Art. 20 Rn. 153.

²⁷ Herdegen, in: Maunz/Dürig GG V Art. 79 Rn. 136; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II Art. 20 Rn. 153; a.A. Dreier, in: ders., GG II Art. 79 III Rn. 43.

²⁸ Herdegen, in: Maunz/Dürig GG V Art. 79 Rn. 136..

²⁹ Herdegen, in: Maunz/Dürig GG V Art. 79 Rn. 136 m.w.N.; so etwa Dreier, in: ders., GG II Art. 79 III Rn. 43.