



**Hausanschrift:**

Leibnizstraße 6 · D-24118 Kiel

☎ Telefon: (0431) 880-3545

Telefax: (0431) 803471

Internet: [www.uni-kiel.de/oeffrecht/](http://www.uni-kiel.de/oeffrecht/)

schmidt-jortzig

e-mail: [eschmidt-jortzig@law.uni-kiel.de](mailto:eschmidt-jortzig@law.uni-kiel.de)

**Kiel, den 15.08.2008**

**Schriftliche Stellungnahme  
zu zwei parlamentarischen Anträgen (BT-Drs. 16/5904 und 6628)  
anlässlich der  
öffentlichen Anhörung „Kommunales Ausländerwahlrecht“ durch den  
Innenausschuß des Deutschen Bundestages  
am 22. September 2008**

Beide parlamentarischen Initiativen zielen auf eine Änderung des Grundgesetzes ab, der Gesetzentwurf BT-Drs. 16/6628 erklärtermaßen bei Art. 28 Abs. 1 GG, der Entschließungsantrag BT-Drs. 16/5904 unbenannt in gleicher Richtung.

Im vorliegenden Votum wird allein auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Anstöße, nicht aber auf ihre politische Empfehlbarkeit eingegangen.

Eine Änderung des Grundgesetzes ist nach Art. 79 Abs. 3 GG (u.a.) nur zulässig, wenn sie nicht die „in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt“. Falls das Kommunalwahlrecht eine Komponente des demokratischen Prinzips darstellt und damit einen „Grundsatz“ von Artikel 20, nämlich Art. 20 Abs. 2 GG ausformt, wäre also entscheidend, ob

auch die bisherige Begrenzung des Kommunalwahlrechts auf Deutsche ebenso zu den demokratischen Prinzipien gehört und – wenn ja – ob dieser „Grundsatz“ dann durch die beabsichtigte Verfassungsänderung „berührt“ würde. Das Bundesverfassungsgericht scheint dazu freilich in dem bekannten Schleswig-Holstein-Urteil vom 31.10.1990 bereits hinreichend geantwortet zu haben: Aus den verfassungsrechtlichen Normen folge 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“

- BVerfGE 83, 37 (59) -.

Der Passus erweist sich jedoch bei genauerem Hinsehen als durchaus vielschichtig und unklar.

### **I. Zielbereich der Anträge ein „Grundsatz von Artikel 20“ ?**

Das argumentative Ringen um die zutreffenden Aussagen des Grundgesetzes zur Problematik des kommunalen Ausländerwahlrechts soll nicht erneut ausgebreitet werden. Ich verweise dazu auf den Dokumentationsband von

Josef Isensee / Edzard Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, Heidelberg 1993.

Realistische Ausgangsbasis muß heute auf jeden Fall das bezeichnete Schleswig-Holstein-Urteil sein.

1. Darin heißt es nun (Leitsatz 5): Auch soweit das Grundgesetz „eine Vertretung des Volkes für die Kreise und Gemeinden vorschreibt, bilden ausschließlich Deutsche das Volk und wählen dessen Vertretung. Die Vorschrift gewährleistet für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage und trägt damit der besonderen Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften im Aufbau des demokratischen Staates Rechnung“

- BVerfGE 83, 37 (und im Begründungstext dann: 53) -.

Dieser Befund wird ausdrücklich und vor allem anderen aus Art. 20 Abs. 2 GG hergeleitet. Der dort festgeschriebene Tatbestand, daß „das Volk, von dem die

Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland ausgeht, nach dem Grundgesetz von den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art. 116 Abs. 1 gleichgestellten Personen gebildet, die Zugehörigkeit zum Staatsvolk der Bundesrepublik also grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit vermittelt“ wird

- BVerfGE 83, 37 (51) Leitsatz 3 a -,

gelte nämlich ebenso, wenn das Grundgesetz vorschreibe, dass auch in den Kreisen und Gemeinden „das Volk eine Vertretung haben“ müsse. Diese „Norm bestimmt, daß die Grundentscheidungen der Verfassung für die Prinzipien der Volkssouveränität und der Demokratie sowie für ein demokratisches Wahlverfahren nicht nur auf Bundes- und Landesebene gelten sollen, sondern auch in den Untergliederungen der Länder, den Gemeinden und Gemeindeverbänden“

- BVerfGE 83, 37 (53) Leitsatz 5 -.

Daß mit der Ausweitung des kommunalen Wahlrechts auf (EU- und Nicht-EU)-Ausländer ein „Grundsatz von Artikel 20“ modifiziert werden soll, ist hiernach eindeutig.

2. Freilich ist damit die vorgeschlagene Verfassungsänderung in ihrer Zulässigkeit noch nicht abschließend determiniert.

Das Bundesverfassungsgericht stützt seine ablehnende Entscheidung zur schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrechtseinräumung für Ausländer nämlich zusätzlich zu der Herleitung über Art. 20 Abs. 2 GG und das Homogenitätsprinzip (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) auch auf den Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 **Satz 2** GG, weil dort der Begriff „Volk“ eben für die Länder, Staaten also, und die Kommunen einheitlich verwendet wird

- BVerfGE 83, 37 (53) -.

Die Wortlautauslegung, daß es sich demgemäß auch bezüglich der Kommunen „ausschließlich um die Deutschen handelt, die jeweils das Volk bilden und dessen Vertretung wählen“, entspreche auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Denn Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG trage auf diese Weise „der besonderen Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften im Aufbau des demokratischen Staates Rechnung“. Die kommunale Selbstverwaltung stehe in der parlamentarischen Demokratie „nicht mehr

in Abwehrstellung zur Staatsorganisation, (sondern werde) im Rahmen der staatlichen Organisation konstituiert und in den staatlichen Aufbau integriert“. Gemeinden und Kreise übten „in dem ihrer Selbstverwaltung unterliegenden Bereich (eben) hoheitliche Gewalt und damit Staatsgewalt aus“

- BVerfGE 83, 37 (53 f.) -.

Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG ist nun für sich, d.h. ungeachtet seiner demokratischen Gehalte, nicht änderungsfest gestellt. Die Norm könnte also wie jede andere lineare Vorschrift der Verfassung unter den besonderen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 79 Abs. 1 und 2 GG geändert werden. Die allgemein demokratische Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung bliebe auf jeden Fall durch deren verfassungsrechtlich unmittelbare Konstituierung gewahrt und eine Änderung (allein) von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG würde dann nur die zusätzliche, nämlich „die ´mitgliedschaftlich-partizipatorische` Komponente (betreffen), die aller Selbstverwaltung eigen ist“

- BVerfGE 83, 37 (55) -.

Eine solch isolierte Sicht von Art. 28 Abs.1 Satz 2 GG ist aber systematisch unangängig. Ihre prinzipielle Verbundenheit mit dem Demokratiegrundsatz kann die Norm nicht abstreifen.

## **II. Das „Berühren“ der Grundsätze durch die beantragte Verfassungsänderung**

Verfassungsrechtlich hängt mithin alles davon ab, ob durch die beabsichtigte Grundgesetzänderung der Demokratiegrundsatz von Art. 20 GG im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG „berührt“ wird. Denn das eben wäre unzulässig.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat bei dieser Norm schon frühzeitig

- „Abhörentscheidung“ vom 15.12.1970 -

einer nur relativ schwachen, ´minimalistischen` Begrenzungswirkung für Verfassungsänderungen das Wort geredet. ´Grundsätze` i.S. von Art. 79 Abs.3 GG würden „von vornherein nicht berührt, wenn ihnen (auch weiterhin) im allgemeinen Rechnung getragen werde und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert werden“. Art. 79 Abs. 3 GG

sei eine „Ausnahmevorschrift“, die nicht verhindere, daß selbst elementare Verfassungsgrundsätze „systemimmanent modifiziert“ werden

- BVerfGE 30, 1 (24 f.) -.

Ihm folgt darin eine Reihe von Stimmen in der Wissenschaft von Hans Schneider über Paul Kirchhof bis Hans-Jürgen Papier

- weitere Nachweise bei Sönke E. Schulz, *Änderungsfeste Grundrechte*, Frankfurt/M. 2008, S. 357 Fn. 2115 -.

Dagegen hat sich aber seinerzeit schon die Senatsminderheit gewendet

- BVerfGE 30, 1 (38 ff.) -,

und ebenso tut es von Günter Dürig und Karl-August Bettermann über Klaus Stern, Peter Badura oder Bernhard Schlink bis Horst Dreier die überwiegende Meinung im Schrifttum

- w. Nachw. bei Schulz, *Änderungsfeste Grundrechte*, S. 357 Fn. 2118 -.

Um eine wirkliche Sperrwirkung dieser nach den Weimarer Erfahrungen neu geschaffenen Klausel zu gewährleisten, dürften m. E. die stärkeren Gründe für eine restriktive, strenge Handhabung von Art. 79 Abs. 3 GG sprechen. Als Merkpunkt dagegen sei aber noch einmal (zusätzlich) auf das obiter dictum aus dem Schleswig-Holstein-Urteil verwiesen

- BVerfGE 83, 37 (59) -,

daß nämlich alle verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht bedeuteten, „daß die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörterte Einführung einer Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art. 79 Abs. 3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein kann“.

Eine gültige Klärung der konkreten Sperrwirkung von Art. 79 Abs. 3 GG in unserem Falle würde also erst eine (erneute) Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts bringen können. Derzeit sprechen Anhaltspunkte aus der bisherigen Rechtsprechung vielleicht eher für ein Passierenlassen der beantragten Verfassungsänderung, dogmatisch-systematische Erwägungen eher dagegen.

2. Möglicherweise hat das obiter dictum aus der Schleswig-Holstein-Entscheidung des Gerichts aber auch nur den – dann restriktivierenden – Sinn, daß lediglich die

„derzeit“, also zu Beginn der 1990er Jahre in Europa erörterte Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer, d.h. dessen Beschränkung auf eine mögliche Einführung für EG-Staatsbürger die Verfassungsänderungssperre von Art. 79 Abs. 3 GG überwinden könnte. Das würde bedeuten, daß eine Ausweitung über die heute in Art. 19 Abs. 1 EGV verankerte und in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG realisierte Rechtslage aus Sicht des Gerichtes wegen Art. 79 Abs. 3 GG nicht stattfinden dürfte.

Für ein solches Verständnis könnte sprechen, daß man sich 1990 eine über den EG-Bürger-Kreis hinausgehende Kommunalwahlrechtseinräumung verfassungskonform einfach nicht vorstellen konnte. Dagegen spräche aber schon, daß das seinerzeit inkriminierte schleswig-holsteinische kommunale Ausländerwahlrecht ausdrücklich Angehörige von Nicht-EG-Staaten wie Norwegen oder die Schweiz aufführte und sich das Gericht also sehr wohl auch mit solchen Dimensionen auseinandersetzen mußte.

Denken ließe sich eine Vorstellung EU-Bürger-bezogener Restriktion für die zulässige Modifizierung des Demokratiegrundsatzes auch vor dem Hintergrund der (seinerzeit sich abzeichnenden) Staatszielbestimmung „Verwirklichung eines vereinten Europas“ in Art. 23 Abs. 1 GG, wie sie dann mit dem 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes 1992 in die Verfassung kam. Europäische Integration in der EU und zulässiger verfassungsrechtlicher Strukturwandel wären also zusammen zu sehen. Eine solche Sichtweise verbietet sich aber aus systematischen Gründen, denn die „Grundsätze in Artikel 1 und 20“ nach Art. 79 Abs. 3 GG sind eben auf anderer, nämlich höherer Ebene angesiedelt als die zur europäischen Integration möglichen Staatsrechtsveränderungen. „Im Anwendungsbereich von Art. 23 schließt (es die Verfassung von vornherein aus, die grundlegende Legitimation des Staates durch das Volk) so zu entleeren, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird. Das Demokratieprinzip hindert die Bundesrepublik Deutschland nicht an einer Mitgliedschaft in einer – supranational organisierten – zwischenstaatlichen Gemeinschaft. Voraussetzung der Mitgliedschaft ist aber, daß eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflußnahme auch innerhalb des Staatenverbundes gesichert“ bleibt

- BVerfGE 89, 155 (182 ff.) Leitsätze 1 und 2, „Maastricht-Entscheidung“ -.

Und daß schließlich eine EU-Zugehörigkeit von Staatsbürgern, wie sie im Zweiten Teil des EGV (Art. 17 ff.) als „Unionsbürgerschaft“ konzipiert ist, die Bindung demokratischer Aktivlegitimation an die betreffende Staatsangehörigkeit ersetzen oder wenigstens konstitutionell weniger bedenklich machen würde, ist gleichfalls kaum einleuchtend. Denn abgesehen davon, daß die Europäische Union keine Staatsqualität aufweist und also keinerlei unmittelbare Personalhoheit über die Angehörigen ihrer Mitgliedstaaten hat, ist auch die Aushöhlung tragender Grundsätze der Staaten durch die Union ausgeschlossen. Denn „die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten“

- Art. 6 Abs. 3 EUV -.

3. **Ergebnis:** Es bleibt also bei dem prinzipiellen Dilemma, daß von hier aus nicht definitiv zu bestimmen ist, ob von der intendierten Änderung des Art. 28 Abs. 1 GG der Demokratiegrundsatz von Art. 20 GG „berührt“ wird oder nicht. Nach hiesiger Auffassung wäre das der Fall, nach Andeutungen aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht. Verfassungspolitisch müßte mithin entschieden werden, ob man im Interesse der Zielsetzung der beiden parlamentarischen Initiativen BT-Drs. 16/5904 und 6628

– letzterer stimmt insoweit übrigens wortwörtlich mit dem Antrag überein, den die SPD-Mitglieder in der Gemeinsamen Verfassungskommission 1991/93 ebendort einbrachten (KomDrs. 65; s. auch BT-Drs. 12/6000, S. 154) –

das Risiko eines verfassungsgerichtlichen Vetos eingehen will.

Hinter dieser Frage müssen alle weiteren verfassungspolitischen Erwägungen, ob an der formellen Homogenität des Staatsvolkes über die Staatsangehörigkeit festgehalten werden soll oder das Wahlrecht nun Voraussetzung oder Ergebnis einer bürgerlichen Integration im Staate sein müsse, zurücktreten. Als Alternative käme immerhin auch in Betracht, auf den Integrationsbedarf der ausländischen Wohnbevölkerung „mit entsprechenden staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen zu reagieren“, d.h. die Voraussetzungen für den Erwerb der demokratische Mitwirkung ermöglichenden Staatsangehörigkeit (weiter) zu erleichtern

- BVerfGE 83, 37 (52) -.

### **III. Das Mitumfaßtsein des Abstimmungsrechts**

Die im Gesetzentwurf BT-Drs. 16/6628 ausdrücklich beantragte Klarstellung

- der Antrag BT-Drs. 16/5904 geht erklärtermaßen in die gleiche Richtung -, daß die Berechtigung, „an Abstimmungen in den Kreisen und Gemeinden teilzunehmen“, vom kommunalen Wahlrecht mit umfaßt werde, erscheint mir überflüssig, weil selbstverständlich. Nicht nur knüpfen alle Regelungen über das bürgerschaftliche Abstimmungsrecht an das einschlägige Wahlrecht an. Vielmehr ist die Befugnis, durch Wahl das zur Entscheidung berufene Repräsentativorgan zu besetzen, auch sachlich von gleicher Substanz wie das Recht, die Entscheidung selber zu treffen, wenn die Kompetenz vom Repräsentativorgan in die Hände des Wahlvolkes selbst verlagert wird.