

Prof. Dr. iur. Matthias Pechstein

Berlin, den 9.9.2008

Jean-Monnet-Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Europarecht
Europa-Universität Viadrina
Frankfurt/Oder

Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Kommunales Ausländerwahlrecht)**

BT-Drs. 16/6628 und zum Antrag BT-Drs. 16/5904

**für die öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen
Bundestags am 22.9.2008**

I. Vorbemerkung

Die rechtswissenschaftliche Diskussion über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines kommunalen Ausländerwahlrechts wird nunmehr seit über zwei Jahrzehnten geführt. Sämtliche denkbaren Argumente – für beide Sichtweisen – sind insoweit bereits angeführt worden¹. Über die als grundsätzlich unproblematisch angesehene Frage des Kommunalwahlrechts für EU-Ausländer hinaus wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum eine Erweiterung auf Nicht-EU-Ausländer weit überwiegend als verfassungswidrig angesehen. Das BVerfG hat sich in zwei Urteilen

¹ Vgl. etwa *Karpen*, NJW 1989, 1012 ff.; *von Mutius*, JURA 1991/1991, 410 ff.; *Sieveking*, ZAR 2008, 121 ff.; *Zuleeg*, KritV 2000, 419 ff., *Scholz*, in: FS Dürig, 1991, 367 ff.; *Papier*, KritV 1987, 309 ff.; *Schink*, DVBl. 1988, 417 ff.; jeweils m.w.Nw.

zum Kommunalwahlrecht ebenfalls bereits ablehnend geäußert, die Eröffnung für EU-Ausländer allerdings für zulässig erachtet.

Im Folgenden soll nicht das gesamte Spektrum der Argumentation erneut aufbereitet werden, sondern vor allem der Frage nachgegangen werden, ob eine Verfassungsänderung, wie sie mit der BT-Drucksache 16/6628 vorgeschlagen wird, vor dem BVerfG im Lichte seiner bisherigen Judikatur mit einiger Erfolgsaussicht bestehen könnte. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Es ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das BVerfG eine entsprechende Verfassungsänderung als gegen die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG verstoßend einstufen und daher verwerfen würde. Von einem entsprechenden politischen Vorstoß ist daher abzuraten. Für eine entsprechende Positionierung von Bundestag und Bundesrat – jeweils mit 2/3-Mehrheit – kann nicht die evtl. theoretische Vertretbarkeit bestimmter Positionen maßgeblich sein, sondern insofern muss die Realisierbarkeit des Gesetzesprojekts mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG eine ausschlaggebende Rolle spielen. Eine absehbare Niederlage in einer zentralen Frage des Demokratieprinzips vor dem BVerfG provozieren zu wollen ist als politisches Anliegen nicht nachvollziehbar.

II. Der Prüfungsmaßstab des Art. 79 Abs. 3 GG

Verfassungsändernde Gesetze sind am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG zu prüfen. Danach ist eine Änderung des Grundgesetzes unzulässig, durch welche u.a. die in Art. 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden. Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG anerkannte Volkssouveränität genießt völlig unstreitig den Schutz der „Ewigkeitsgarantie“². Dies hat das BVerfG ausdrücklich anerkannt, wenngleich diese Frage in den beiden Entscheidungen zum Kommunalwahlrecht für Ausländer nicht explizit angesprochen wurde (vgl. aber unten IV.). In der Maastricht-Entscheidung hat das Gericht jedoch ausgeführt:

² Vgl. nur *Lücke*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl., 2007, Art. 79, Rn. 67, m.w.Nw.

„Zu dem gemäß Art. 79 Abs. 3 GG nicht antastbaren Gehalt des Demokratieprinzips gehört, daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben sich auf das Staatsvolk zurückführen lassen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortet werden.“ (BVerfGE 89, 155 (182); bestätigt in E 102, 370 (397).

In dem anschließenden Satz erfolgt hinsichtlich des erforderlichen Legitimationsniveaus ein Hinweis auf eine der beiden Entscheidungen zum Kommunalwahlrecht für Ausländer (E 83, 60). Damit hat das BVerfG zunächst eindeutig klargestellt, dass auch im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG allein das Staatsvolk – nicht die faktische Bevölkerung – die notwendige demokratische Legitimation für die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt zu spenden vermag. Eine Änderung dieses Legitimationszusammenhangs sowie eine Modifizierung des Legitimationssubjekts ist daher gemessen an Art. 79 Abs. 3 GG auch nicht im Wege der Verfassungsänderung möglich.

III. Der Begriff des „Staatsvolks“ in der Rechtsprechung des BVerfG

Die Definition des Volksbegriffs im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG – und damit zugleich im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG – hat das BVerfG insbesondere in der Entscheidung zum schleswig-holsteinischen Gesetz zur Einführung des Kommunalwahlrechts für Ausländer formuliert. Es hat dabei das Staatsvolk über die Staatsangehörigkeit definiert (BVerfGE 83, 37 (51)):

„Das Volk, von dem die Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland ausgeht, wird nach dem Grundgesetz von den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art. 116 Abs. 1 gleichgestellten Personen gebildet.

(...)

Auch andere Regelungen des Grundgesetzes, die einen Bezug zum Volk aufweisen, lassen keinen Zweifel daran, daß Staatsvolk das deutsche Volk ist.“

Damit hat sich das BVerfG sowohl hinsichtlich des Begriffs des „Volks“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG als auch hinsichtlich des entsprechenden Gehalts der

„Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG mit nicht zu überbietender Deutlichkeit festgelegt. Es wäre naiv zu erwarten, dass das Gericht seine Rechtsprechung insoweit ändern und eine Ausdehnung des Volksbegriffs i.S.d. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG auf die gesamte Wohnbevölkerung akzeptieren würde. Diese Rechtsprechung mag man kritisieren³, sie seitens der gesetzgebenden Körperschaften zu ignorieren wäre eine vorsätzliche Provokation des BVerfG mit vorhersehbarem Ausgang und hinterließe einen beträchtlichen Schaden für die Legislative.

Das BVerfG hat auch der These eine Absage erteilt, dass es im Hinblick auf die Legitimation der Staatsgewalt auf die Betroffenen ankommen könne – ein Argument, das immer wieder hervorgehoben wird. Insoweit hat es ausgeführt:

„Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG hat daher nicht zum Inhalt, daß sich die Entscheidungen der Staatsgewalt von den jeweils Betroffenen her zu legitimieren haben; (...) (BVerfGE 83, 37 (51))

Die Betroffenheitsthese, die im wesentlichen besagt, dass all diejenigen, die von der Ausübung an der Staatsgewalt betroffen sind, aus demokratischen Gründen an ihrer Bestellung durch Wahl – jedenfalls auf der kommunalen Ebene – beteiligt werden müssten, ist auch in sachlicher Hinsicht nicht haltbar. Betroffen sind diese Personen wesentlich stärker als von kommunalen Regelungen durch bundes- und landesrechtliche Regelungen. Dies gilt insbesondere für das Ausländerrecht, aber auch die allermeisten transferrechtlichen Regelungen. Entweder, man sieht in diesem Argument nur den Versuch, auch das Wahlrecht auf Bundes- und Landesebene später noch nachzufordern, oder die Argumentation ist – wenn die Beschränkung auf das Kommunalwahlrecht ernst gemeint ist – von vornherein schief. Eine besonders hervorgehobene Betroffenheit von Ausländern durch Regelungen der Kommunen im Vergleich zu bundes- und landesrechtlichen Bestimmungen besteht jedenfalls nicht.

Das BVerfG hat auch die Legitimationsanforderungen an Kommunalwahlen mit denen auf Bundes- und Landesebene völlig parallelisiert:

³ *Zuleeg*, KritV 2000, 419 ff.; *Sievekings*, ZAR 2008, 121 ff.

„Die Vorschrift (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, d. Unterzeichner) gewährleistet damit für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlagen.“ (BVerfGE 83, 37 (53))

Damit ist jede Möglichkeit versperrt, die Kommunalwahlen als Sonderfall anzusehen, der es gestatten würde, insofern weitergehende Wahlberechtigungen zu schaffen als auf Bundes- oder Landesebene. Dieser Rechtsprechung ist auch inhaltlich zuzustimmen. Die Kommunen sind im Staatsaufbau der Bundesrepublik keine eigenständige dritte Ebene, sondern Teil der Landesverwaltung, also mittelbare Staatsverwaltung. Insofern müssen hier, unbeschadet der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen, die gleichen Legitimationsbedingungen gelten. Dies bedeutet, dass auch eine Änderung des Art. 28 GG, wie sie in der BT-Drs. 16/6628 vorgeschlagen wird, „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ darstellt, da sie inhaltlich eine unzulässige Modifikation des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG verlangt.

Das BVerfG hat überdies den verfassungsrechtlich einzig möglichen Weg gewiesen, Ausländern den Zugang zum Wahlrecht zu ermöglichen. Es hat darauf hingewiesen, dass der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit erleichtert werden kann. Dies ist mittlerweile auch geschehen. Das

„Junktum zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt“ (BVerfGE 83, 37 (52))

ist jedoch verfassungsrechtlich zwingend. Das Wahlrecht als das nobelste Recht des Staatsbürgers im status activus kann nicht im Sinne eines „Rosinenpickens“ aus dem Gesamtpaket von Rechten und Pflichten, welches die Staatsangehörigkeit darstellt, herausgebrochen werden. Die Entscheidung zur Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen steht Ausländern frei, das entsprechende Angebot hierzu lässt sich nicht als Belastung einstufen. Die Inländerbehandlung beim Wahlrecht verlangt aber auch unter Gleichheitsgesichtspunkten den Inländerstatus, also die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ebenfalls eindeutig zurückgewiesen hat das BVerfG die These, dass die erhebliche Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung des Bundesgebietes

zu einem Bedeutungswandel des verfassungsrechtlichen Volksbegriffs geführt habe. Die Wiederholung dieser Behauptung wird beim BVerfG keinen Eindruck machen.

In systematischer Hinsicht ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass das erst im Jahr 1968 eingefügte staatskonservative Widerstandsrecht nur zugunsten von Deutschen besteht. Es wäre in sich nicht schlüssig, wenn zwar die Staatsgewalt von einem deutschen und von einem nichtdeutschen Teil der Wohnbevölkerung gemeinsam ausginge, aber nur der deutsche Teil der Wohnbevölkerung zum Widerstand gegen die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung berechtigt sein sollte⁴.

Das verfassungsrechtliche Prinzip der Volkssouveränität ist somit auch nicht im Wege der Verfassungsänderung durch ein Prinzip der Bevölkerungssouveränität ersetzbar.

IV. Änderung der Verfassungsrechtslage durch die Einführung des Kommunalwahlrechts für EU-Ausländer?

In der Entscheidung zum schleswig-holsteinischen Gesetz zur Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer hat das BVerfG gleichwohl die Einführung eines Kommunalwahlrechts für EU-Ausländer im Wege der Verfassungsänderung für vereinbar mit Art. 79 Abs. 3 GG gehalten. Das Gericht hat damit implizit ebenfalls angedeutet, dass jede weitergehende Verfassungsänderung an Art. 79 Abs. 3 GG scheitern würde. Diese Einschränkung wird von den Befürwortern eines Kommunalwahlrechts auch für Nicht-EU-Ausländer als Bruch des BVerfG mit seinen eigenen Prämissen dargestellt⁵: Durch die Beteiligung von EU-Ausländern an den Kommunalwahlen könne insoweit von einem rein deutschen Staatsvolk keine Rede mehr sein.

Dies ist zwar im Ansatzpunkt richtig, verfehlt aber gleichwohl den Kern. Die europäische Integration in der EG und nunmehr EU hat eine besondere

⁴ *Papier*, KritV 1987, 309 ff. (311); *Karpen*, NJW 1989, 11012 ff. (1014).

⁵ *Zuleeg*, KritV 2000, 419 ff. (426).

verfassungsrechtliche Stellung. Die Grundentscheidung hierfür ist schon in der Präambel des Grundgesetzes angesprochen und zunächst auf der Grundlage des Art. 24 GG vom BVerfG sehr grundsätzlich ausgeformt worden. Mit dem 1992 neu eingefügten Art. 23 GG hat diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung noch einmal eine weitere Aufwertung erfahren. Für die Interpretation aller anderen Normen des Grundgesetzes eröffnet dies in gewissem Umfang hierauf bezogene besondere Interpretationsmöglichkeiten. Die Schaffung einer auf Dauer angelegten integrativen gemeinsamen Ordnung für die Mitgliedstaaten, die Einräumung besonderer und zeitlich potentiell unbefristeter Aufenthaltsrechte für ihre Staatsangehörigen in allen anderen Mitgliedstaaten (Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft, jeweils ausgestattet mit Vorrang vor nationalem Recht), stellt insoweit eine ganz andere Ausgangslage dar als sie in Bezug auf Nicht-EU-Ausländer besteht. Hinzukommt die durch das Gemeinschaftsrecht garantierte Gegenseitigkeit dieser Gewährung, die in Bezug auf sonstige Staaten nicht garantiert ist. In Bezug auf andere Ausländer besteht eine solche verfassungsrechtliche Sondernorm nicht. Insoweit kann es mithin auch nicht zu einer modifizierenden Auslegung des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG kommen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Aussage falsch, die Vorenthaltung des Kommunalwahlrechts für Nicht-EU-Ausländer stelle eine unzulässige Diskriminierung dieses Personenkreises gegenüber EU-Ausländern dar. Eine Diskriminierung liegt in rechtlicher Hinsicht überhaupt nur dann vor, wenn es für eine Ungleichbehandlung keinen verfassungslegitimen sachlichen Grund gibt. Keineswegs stellt jede Ungleichbehandlung automatisch eine Diskriminierung dar, wie dies im öffentlichen Diskurs oft leichthin behauptet wird. Die Ungleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist vielmehr eine Ausprägung des Gleichheitssatzes und insofern verfassungsrechtlich geboten. Da die Sonderstellung der EU-Ausländer ihren Grund in Art. 23 GG und dem mit ihm verfolgten besonderen Staatsziel der europäischen Integration sowie den besonderen Wirkungsbedingungen des EG-Rechts findet, besteht insoweit ein hinreichender sachlicher Grund für ihre Besserstellung gegenüber Nicht-EU-Ausländern, für welche dies alles nicht gilt. Von einer Diskriminierung dieses Personenkreises kann mithin keine Rede sein.

V. Abschließende Bemerkung

Der Versuch einer Verfassungsänderung im Sinne der Einführung eines Kommunalwahlrechts für Nicht-EU-Ausländer wäre vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG eindeutig zum Scheitern verurteilt. Ein entsprechendes Gesetz würde vom BVerfG mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wegen Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG als „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ aufgehoben. Aufgrund der vorliegenden eindeutigen Festlegungen des BVerfG wäre ein entsprechender Versuch als politisch nicht nachvollziehbare vorsätzliche Provokation des BVerfG anzusehen. Die voraussehbare Niederlage der gesetzgebenden Körperschaften in einem Prozess vor dem BVerfG, der in jedem Fall angestrengt würde, würde einen beträchtlichen Schaden für das Ansehen der Legislative bedeuten.

Hinzu kommt, dass aufgrund der vom Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages erstellten Wirkungsanalyse gesetzlicher Regelungen zum Kommunalwahlrecht für Ausländer in anderen Staaten⁶ klar ersichtlich ist, dass eine Integrationsverbesserung durch dieses Instrument in praktisch keinem der betreffenden Staaten feststellbar ist. Es ist nicht erkennbar, weshalb dies in Deutschland anders sein sollte. Das Gesetzesvorhaben ist daher nicht nur verfassungswidrig sondern auch untauglich zur Erreichung des damit intendierten Zweckes der wünschenswerten Verbesserung der Integration von Ausländern. Es wird daher empfohlen, dieses Vorhaben nicht weiter zu verfolgen.

Prof. Dr. Matthias Pechstein

⁶ Deutscher Bundestag - Wissenschaftlicher Dienste, Ausarbeitung WD 1 – 036/08 vom 23.4.2008.