

Rechtsgutachten

über die rechtlichen Möglichkeiten der Freien Hansestadt Bremen, durch Entscheidung der Bremischen Bürgerschaft ein Wahlrecht für Drittstaatler zu den Beiräten der Stadtgemeinde Bremen und ein Wahlrecht der EU- Bürger zur Bürgerschaft (Landtag) einzuführen

Im Auftrag des nichtständigen Ausschusses der Bremischen Bürgerschaft "Ausweitung des Wahlrechts"

erstattet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich K. Preuß

Freie Universität Berlin/Hertie School of Governance, Berlin

INHALTSVERZEICHNIS

Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens in Leitsätzen	3
A. Sachverhalt	7
I. Verfassungspolitischer Hintergrund und Gutachtauftrag	7
II. Migrationspolitischer Hintergrund	8
B. Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht vom 31. 10. 1990 ...	10
I. Die Begründung	10
II. Zur Relevanz der Urteile für die Fragestellung des Gutachtens	12
III. Zur Bindungswirkung der Urteile	14
1. Typologie der Verbindlichkeit von Entscheidungen des BVerfG	14
2. Anwendung der Kriterien auf den hier erörterten Sachverhalt	19
3. Faktische Barrieren?	20
C. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes und seine Antwort auf die Frage des Ausländerwahlrechts	23
I. Der offene Charakter des demokratischen Prinzips	23
1. Demokratie als Rechtsprinzip, nicht als Rechtsregel	23
2. Zum Verhältnis von Art. 20 Abs. 1 zu Abs. 2	24
3. Demokratie als Souveränität der Nation	26
a) Die Spannung zwischen National- und Demokratieprinzip	26
b) Überwindung der Spannung zwischen Nation und Demokratie durch eine großzügige Einbürgerungspolitik?	28
4. Demokratie als Lebensform des politischen Gemeinwesens	29
a) Das Beispiel der politischen Parteien	30
b) Demokratische Öffentlichkeit des Volkes	31
II. Die Bedeutung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung für das demokratische Prinzip	32
III. Die Bedeutung des kommunalen Wahlrechts für ausländische Unionsbürger (Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG)	35
1. Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG als Öffnungsklausel für die gleitende Erweiterung des gemeindlichen Volksbegriffs	36
2. Folgen für die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG	38
3. Zulässigkeit des Wahlrechts von ausländischen Unionsbürgern zu den Landtagen ...	41
D. Die Verfassungsmäßigkeit der Ausweitung des Ausländerwahlrechts in der Freien Hansestadt Bremen	45
I. Wahlrecht von Drittstaatlern zu den Ortsbeiräten der Stadtgemeinde Bremen	45
II. Wahlrecht von ausländischen Unionsbürgern zur Bremischen Bürgerschaft (Landtag) ...	48
E. Mögliche Verfahren der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Ausländerwahlrechts durch die Bürgerschaft (Landtag) und die Stadtbürgerschaft	49
I. Präventive Normenkontrolle von Gesetzentwürfen durch den StGH	50
II. Abstrakte Normenkontrolle der verabschiedeten Gesetze durch das BVerfG	52

Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens in Leitsätzen

A.

Ende 2011 lebten in der Bundesrepublik knapp sieben Millionen Ausländer, von denen etwa zwei Drittel, rund 4,3 Millionen, aus Nicht-EU-Ländern zugewandert sind (sog. Drittstaatler). Diese zugewanderte ausländische Bevölkerung lebt überwiegend in größeren Städten konzentriert und macht dort teilweise einen Bevölkerungsanteil von bis zu 30% der gesamten Einwohnerschaft aus. In der Stadtgemeinde Bremen lebten Ende 2010 ca. 547.340 Einwohner, davon ca. 45.000 Drittstaatler. Aufgrund zweier Urteile des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 31. Oktober 1990 schließt das Grundgesetz ein kommunales Wahlrecht von Drittstaatlern aus. Damit sind etwa 8% der stadtbremischen Bevölkerung weder in der Stadtbürgerschaft noch in den Ortsbeiräten vertreten. Von den gegenwärtig 27 Mitgliedsstaaten der EU haben zwölf ein kommunales Wahlrecht auch für Drittstaatler eingeführt.

B.

1. Das hier einschlägige Urteil des BVerfG zum schleswig-holsteinischen WahlG erklärt Art. 20 Abs. 2 GG zum Maßstab für das an die Länder gerichtete Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bei ihrer Regelung des kommunalen Wahlrechts. Danach können nur Deutsche das Wahlrecht zu Volksvertretungen auf allen Ebenen des Staatsaufbaus haben. Daraus folgt, dass eine etwaige Änderung der bremischen Landesverfassung mit dem Ziel der Ermöglichung eines erweiterten Ausländerwahlrechts an dem Vorrang des Grundgesetzes in der ihm vom BVerfG gegebenen Auslegung scheitern müsste. Die Absicht, ein über den gegenwärtigen Zustand hinausreichendes Ausländerwahlrecht in der Freien Hansestadt Bremen einzuführen, erfordert daher eine Auseinandersetzung mit diesem Urteil.

2. Weder die Rechtskraft der Urteile des BVerfG zum Ausländerwahlrecht noch deren erweiterte Bindungswirkung gem. § 31 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) stehen der Absicht des Bremischen Landesgesetzgebers im Wege, ein Gesetz mit ähnlichem Inhalt zu verabschieden. Auch die Voraussetzungen für ein Normwiederholungsverbot liegen nicht vor.

3. Eine präjudizielle Wirkung dieser Urteile besteht innerhalb der Gerichtsbarkeit. Sie gilt nicht für den Gesetzgeber. Angesichts der wachsenden Bedeutung des BVerfG für den politischen Prozess hat allerdings die faktische Vorwirkung seiner bisherigen Rechtsprechung insbesondere auch zum Ausländerwahlrecht auf die politischen Akteure großes Gewicht. Daher erfordert das Projekt einer Ausweitung des Ausländerwahlrechts durch die bremischen Gesetzgeber Bemühungen, das BVerfG zu einer Änderung seiner Rechtsprechung zu bewegen.

C.

1. Der Begriff der Demokratie gehört zu den ihrem Wesen nach umstrittenen Begriffen, über deren Inhalt und Bedeutung es in einer freien Gesellschaft niemals dauerhafte Übereinstimmung gibt. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes ist daher auch keine rechtliche *Regel* im Sinne eines Maßstabes, unter den ein Sachverhalt

subsumiert werden kann oder nicht („Alles-oder-Nichts“-Logik), sondern ein rechtliches *Prinzip*, das der Logik der Angemessenheit folgt. Daher sind seine Auslegung und praktische Ausgestaltung im Rahmen der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG Aufgabe des politischen Prozesses. Gerichtliche Subsumtionslogik verfehlt methodisch die Bedeutung des demokratischen Prinzips.

2. Das demokratische Prinzip findet in dem die politische Identität der Bundesrepublik Deutschland bestimmenden Grundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG seine fundamentale und bestimmende verfassungsrechtliche Grundlage („Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“). Dadurch wird der Satz „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG in einen neuen Kontext gestellt. Er ist eine staatsorganisatorische Spezialvorschrift zu Absatz 1, die das Volk als Kurations- und Legitimationsorgan für die Organe staatlicher Herrschaft definiert. Sie enthält keine Antwort auf die Frage, wie sich in den verschiedenen konkreten gesellschaftlichen Lebenszusammenhängen und politischen Formationen das Volk zusammensetzt.

3. In der Version des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG bedeutet das demokratische Prinzip die Souveränität der Nation. Im Idealtypus der demokratischen Nation sind die Mitglieder der exklusiven Nation mit den demokratisch Berechtigten kongruent. Als Folge der mit der Globalisierung verbundenen weltweiten Migrationen hat sich diese Kongruenz in vielen demokratischen Nationen, auch in Deutschland, aufgelöst. Die zunehmende quantitative Diskrepanz zwischen den Angehörigen der Nation, d.h. den demokratisch Berechtigten, und den ihrer Herrschaft Unterworfenen droht die demokratische Legitimation des Staates zu unterhöhlen.

4. Eine Überwindung dieser Diskrepanz durch eine großzügige Einbürgerungspolitik ist in Deutschland trotz der Reform des Staatsbürgerschaftsrechts im Jahre 2000 nicht gelungen. Das auf individuelle Verhältnisse zugeschnittene Einbürgerungsrecht ist für die Bewältigung des Massenphänomens von dauerhaft im Lande lebenden Nicht-Staatsangehörigen nicht geschaffen.

5. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes wird in seiner normativen Bedeutung nur zutreffend erfasst, wenn man zur Kenntnis nimmt, dass es das Gesamtpolitikum der vom Grundgesetz getragenen Ordnung durchdringt. Hervorstechende Beispiele sind die ausdrücklich als nicht-staatlich und zugleich demokratisch qualifizierten politischen Parteien und die vor allem grundrechtlich strukturierte politische Öffentlichkeit des Volkes.

6. Auch die Gemeinden bilden eine Sphäre demokratischer Öffentlichkeit, wie das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich feststellt. Diese Öffentlichkeit ist die Öffentlichkeit des Gemeindevolkes, dessen Eigentümlichkeit durch Zusammengehörigkeit kraft räumlicher Nähe und Nachbarschaft gekennzeichnet ist und die das Grundgesetz mit der Umschreibung als „örtliche Gemeinschaft“ ausdrücklich anerkennt. Das Volk der örtlichen Gemeinschaft ist soziologisch und verfassungsrechtlich grundverschieden von dem Volk des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 als Träger der Souveränität der Nation.

7. Die grundlegende Verschiedenheit der Volksbegriffe in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG schließt die Annahme einer einheitlichen demokratischen Legitimationsgrundlage für die nationale und die gemeindliche Ebene aus. Dement-

sprechend kann die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG nicht die Übereinstimmung des gemeindlichen mit dem nationalen Legitimationsmodus gebieten.

8. Mit der verfassungskräftigen Einrichtung eines kommunalen Wahlrechts für Ausländer, die Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der EU sind (ausländische Unionsbürgerinnen und -bürger) in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 hat der verfassungsändernde Gesetzgeber positiv-rechtlich anerkannt, dass auch Ausländer zum Volk auf der Ebene der Gemeinden gehören. Damit ist die Annahme einer Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage auf allen Stufen des Staatsaufbaus – vom Bund über die Länder bis hin zu den Gemeinden und deren dezentralen Untereinheiten – hinfällig. Zugleich kann in der Uneinheitlichkeit dieser Legitimationsgrundlage kein Verstoß gegen das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG liegen.

9. Das kommunale Wahlrecht für ausländische Unionsbürger ist keine Ausnahme von einem dem Grundgesetz innewohnenden Prinzip, dass Ausländer auch auf kommunaler Ebene nicht zum Volk gehören und daher nicht wahlberechtigt sein können. Vielmehr erweist sich Art. 28 Abs. 1 Satz 3 als eine gleitende Öffnungsklausel für die Aufnahme immer neuer ausländischer Gemeindebürger, da mit jedem neuen Beitritt zu der auf Erweiterung gerichteten EU die Staatsangehörigen des Beitrittslandes das Wahlrecht in den Gemeinden erwerben.

10. Mit der Einführung des Wahlrechts für ausländische Unionsbürgerinnen und -bürger in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 hat der verfassungsändernde Gesetzgeber zugleich auch die Sperre gegen die Freiheit der Länder bei der Gestaltung des demokratischen Prinzips beseitigt, die das BVerfG im Namen einer angeblichen Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage auf allen Ebenen des Staatsaufbaus errichtet hatte. Damit können die Länder das demokratische Prinzip kraft ihrer Verfassungsautonomie selbständig ausgestalten. Dabei stellt die Vorschrift des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG nur das vom Grundgesetz vorgegebene Minimum an demokratischer Teilnahme dar, das die Länder dabei einzuhalten haben. Sie formuliert keine Grenze.

11. Die Gemeinden können im Rahmen ihres dem Wohl der örtlichen Gemeinschaft gewidmeten Wirkungskreises den Personenkreis der Wahlberechtigten zu den Organen der örtlichen Demokratie im Rahmen der Gesetze frei bestimmen. Das Grundgesetz errichtet dagegen kein Hindernis. Solange keine verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Normen des Landesrechts entgegenstehen, können sie daher auch Drittstaaten das aktive und passive Wahlrecht einräumen.

12. Die Zulässigkeit der Ausdehnung des kommunalen Wahlrechts für ausländische Unionsbürger (Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG) auf die Wahlen zu den Landtagen hängt davon ab, ob die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG für die Vertretung des „Volkes“ in den Ländern einen Volksbegriff erfordert, der mit dem des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG identisch ist. Die Tatsache, dass die Länder durch den Bundesrat bei der Gesetzgebung des Bundes mitwirken, kann ein solches Erfordernis nicht begründen. Dagegen könnte sich aus dem bundesstaatlichen Prinzip, dass im Bundesstaat Gesamtstaat und Gliedstaaten eine Nation bilden, das Erfordernis der gemeinsamen Zusammensetzung von Bundesvolk und Landesvölkern ergeben. Da jedoch die Verfassungsidentität der Bundesrepublik nicht in ihrer nationalen Identität besteht, erhält der Umstand ein besonderes Gewicht, dass sowohl die Präambel wie insbesondere Art. 23 Abs. 1 GG die Selbstbeschreibung der Bundesrepublik als Glied eines vereinten Europa enthalten. In diesen Normen des Grundgesetzes ist Verpflichtung verankert, dieses identitätsbestimmende Staatsziel zu verwirklichen. Eine verfassungsrechtlich

zwingende Gewichtung dieser gegenläufigen Gründe ist nicht möglich. Nach Auffassung des Gutachters überwiegen allerdings die Gründe für die Zulässigkeit des Wahlrechts für ausländische Unionsbürger zu den Landtagswahlen.

D.

1. Der bremische Gesetzgeber (Landtag) kann das Wahlrecht zur Stadtbürgerschaft unter den gleichen Voraussetzungen wie Deutschen und ausländischen Unionsbürgern auch allen anderen ausländischen Einwohnern gewähren. Ebenso kann der Ortsgesetzgeber der Stadtgemeinde Bremen (Stadtbürgerschaft) im Rahmen seiner Verantwortung für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft allen erwachsenen Einwohnern der Beiratsbereiche unabhängig von der Staatsangehörigkeit, also neben Deutschen und ausländischen Unionsbürgern auch Drittstaatlern, das aktive und passive Wahlrecht zu den Ortsbeiräten gewähren. Unterschiedliche Voraussetzungen für Deutsche, ausländische Unionsbürger und Drittstaatler (z.B. Alter oder Aufenthaltsdauer) sind nicht zulässig, da dies eine sowohl nach Landes- wie nach Bundesverfassungsrecht unzulässige, weil sachlich nicht rechtfertigungsfähige Ungleichbehandlung der wahlberechtigten Gemeindeeinwohner darstellen würde.

2. Ob der bremische Gesetzgeber ohne Verstoß gegen das Grundgesetz das Wahlrecht von ausländischen Unionsbürgern zur Bürgerschaft (Landtag) einführen kann, hängt von der Gewichtung zweier gegenläufiger Argumente ab (s. Leitsatz C. 13). In jedem Fall würde eine Grundgesetzänderung analog zu der des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 nicht an Art. 79 Abs. 3 GG scheitern.

E.

1. Die Bürgerschaft (Landtag) kann selbst eine verfassungsrechtliche Prüfung ihres Gesetzesvorhabens initiieren, indem sie dem Staatsgerichtshof (StGH) einen bereits ausgearbeiteten Gesetzentwurf zur Einführung des Wahlrechts von EG-Bürgern zur Bürgerschaft (Landtag) mit dem Antrag auf eine präventive Normenkontrolle vorlegt. Ebenso kann sie den Entwurf der Stadtbürgerschaft zum Beirätegesetz vorlegen, in dem das Wahlrecht für Drittstaatler vorgesehen ist. Der StGH kann Normen bzw. Normentwürfe nur am Maßstab der bremischen Landesverfassung prüfen. Verstößt es seiner Auffassung nach gegen die Landesverfassung, insbes. gegen Art. 66, Drittstaatlern das Wahlrecht zu den Ortsbeiräten bzw. ausländischen Unionsbürgern das Wahlrecht zur Bürgerschaft (Landtag) zu gewähren, so wäre der Erlaß entsprechender oder ähnlicher Gesetze durch die Bürgerschaft bzw. die Stadtbürgerschaft unzulässig. Hält er die Gesetze für verfassungskonform, so muss er sie gem. Art. 100 Abs. 3 GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen.

2. Unabhängig von dem innerbremisch beim StGH angestoßenen Verfahren der präventiven Normenkontrolle kann die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages nach Verabschiedung der Gesetze den Antrag auf die Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz beim Bundesverfassungsgericht stellen.

A. Sachverhalt

I. Verfassungspolitischer Hintergrund und Gutachtenauftrag

Auf Antrag der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (Drucks. 18/214) hat die Bremische Bürgerschaft (Landtag) in ihrer Sitzung vom 22. Februar 2012 den nichtständigen Ausschuss "Ausweitung des Wahlrechts" eingesetzt. Der Ausschuss hat die Aufgabe,

„1. die Möglichkeit der Ausweitung des Wahlrechts zu den Beirätewahlen in der Stadtgemeinde Bremen auf Bremer Bürgerinnen und Bürger, die weder die deutsche Staatsangehörigkeit noch die eines anderen EU-Mitgliedstaats besitzen, zu prüfen und eine entsprechende (landesverfassungs-)gesetzliche Regelung vorzuschlagen, die ihnen das aktive und passive Wahlrecht eröffnet; hilfsweise, sofern Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Regelung bestehen sollten, einen inhaltlich entsprechenden Vorlagebeschluss an den Staatsgerichtshof gemäß Artikel 140 Absatz 1 Landesverfassung vorzubereiten;

2. die Möglichkeit der Ausweitung des Wahlrechts auf Bremer Bürgerinnen und Bürger, die die Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Mitgliedstaats besitzen, zu den Wahlen zur Bürgerschaft - Landtag - zu prüfen und eine entsprechende (landesverfassungs-)gesetzliche Regelung vorzuschlagen, die ihnen das aktive und passive Wahlrecht eröffnet; hilfsweise, sofern Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Regelung bestehen sollten, einen inhaltlich entsprechenden Vorlagebeschluss an den Staatsgerichtshof gemäß Artikel 140 Absatz 1 Landesverfassung vorzubereiten.“

Hintergrund dieses Prüfauftrags ist der Umstand, dass in der Vergangenheit politische Initiativen, das durch Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG ermöglichte aktive und passive kommunale Wahlrecht für Ausländer aus EU-Mitgliedstaaten auf alle Ausländer (sog. Drittstaats-Angehörige) auszudehnen, an tatsächlichen oder vermeintlichen verfassungsrechtlichen Hürden scheiterten. Diese Hürden finden sich in zwei Urteilen des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 1990, in denen (vor der Grundgesetzänderung vom 25. Dez. 1992, durch die das kommunale Wahlrecht für ausländische Unionsbürger eingeführt wurde) die Einführung des aktiven und passiven kommunalen Wahlrechts für ausländische Staatsangehörige wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Demokratie (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 GG) für verfassungswidrig erklärt wurde¹.

Der nichtständige Ausschuss "Ausweitung des Wahlrechts" der Bremischen Bürgerschaft (Landtag) hat mich gebeten, gutachterlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es für den bremischen Gesetzgeber Möglichkeiten gebe, für die Freie Hansestadt Bremen das kommunale Wahlrecht für Drittstaatler sowie das Wahlrecht für EU-Bürger zur Bürgerschaft (Landtag) einzuführen. Im Einzelnen lautet der Gutachtenauftrag:

„Nach überwiegender Ansicht in der rechtswissenschaftlichen Literatur würde eine GG-Änderung die enge Staatsvolksdefinition des BVerfG von 1990 verwerfen können und hiermit den Weg für das kommunale Wahlrecht für Drittstaatler und das Landtagswahlrecht für EU-Bürger freimachen. Kann eine solche Neudefinition des Staatsvolksbe-

¹ BVerfGE 83, 37 [Schleswig-Holstein]; 83, 60 [Hamburg].

griffs nicht auch durch landesverfassungsrechtliche Regelung erfolgen und im Anbetracht der rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen der letzten 22 Jahre ein Wahlrecht für Drittstaatler zu den Beiräten der Stadtgemeinde Bremen und ein Wahlrecht der EU- Bürger zur Bürgerschaft (Landtag) durch Entscheidung der Bremischen Bürgerschaft eingeführt werden?“

Soweit der oben zitierte Auftrag der Bürgerschaft (Landtag) an den nichtständigen Ausschuss "Ausweitung des Wahlrechts" weiter reicht als der Gutachtauftrag, wird auch diese Fragestellung, insbesondere die etwaige Rolle des Staatsgerichtshofs bei der Verfolgung der Zielsetzung des Ausschusses, in die Begutachtung einbezogen.

II. Migrationspolitischer Hintergrund

Das Recht, durch die Teilnahme an fairen Wahlen an der Bestimmung derjenigen mitzuwirken, die die Herrschaft des Gemeinwesens ausüben und die Gesetze erlassen, denen man Gehorsam schuldet, gilt jedenfalls in liberalen Demokratien als das wesentliche Element der Demokratie. Überall ist es an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die sicherstellen sollen, dass der sich in Wahlen äußernde Volkswille ein Höchstmaß an Rationalität und Authentizität besitzt. Zu diesen Voraussetzungen gehören üblicherweise neben einem bestimmten Mindestalter und der Fähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, der dauerhafte Wohnsitz im Wahlgebiet und die Zugehörigkeit zum „Wahlvolk“, d.h. der Status als Mitglied oder Bürger der Gemeinschaft, die sich durch die Wahl eine legitime Regierung gibt. Nach dem Ideal des demokratischen Nationalstaates fallen dauerhafter Wohnsitz und Bürgerstatus regelmäßig zusammen. Doch im Zuge großer Bevölkerungsbewegungen infolge von Krieg, Vertreibung und Armutswanderung hat sich nach dem Ende des zweiten Weltkrieges die Wirklichkeit in fast allen Teilen der Welt von diesem Ideal weit entfernt. Nicht jeder Bürger eines Staates hat dort auch seinen dauerhaften Wohnsitz; und nicht jeder Einwohner eines Staates ist auch dessen Bürger, d.h. Staatsangehöriger. Viele Staaten tragen dem Rechnung und gewähren ihren im Ausland lebenden Bürgern das Wahlrecht zum nationalen Parlament². Auch die Bundesrepublik gewährt Deutschen, die am Wahltag außerhalb der Bundesrepublik Deutschland leben, sofern sie nach dem 23. Mai 1949 und vor ihrem Fortzug mindestens drei Monate ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland ansässig gewesen waren, das Wahlrecht zum Bundestag³.

Bei dem anderen Fall des Auseinanderfallens von Wohnsitz und Bürgerstatus – Einwohner besitzen nicht die Staatsangehörigkeit ihres Wohnsitzlandes – herrscht dagegen weltweit größere Zurückhaltung. So gewähren nur vier Staaten allen Einwohnern unabhängig von der Staatsbürgerschaft das Wahlrecht zu den nationalen Körperschaften, wobei Neuseeland sogar nur eine rechtmäßige Aufenthaltsdauer von einem Jahr verlangt⁴. Auf unteren Ebenen, insbesondere in örtlichen Wahlen, sind Ausländer immerhin in ca. 45 Ländern wahlberechtigt. In dieser Zahl sind auch die EU-Mitgliedsstaaten enthalten, in denen seit dem Inkrafttreten des Maastricht-Vertrages

² Vgl. den Überblick bei R. Bauböck "Expansive citizenship - Voting beyond territory and membership", in *Political Science and Politics* 38 (2005), S. 683-687.

³ § 12 Abs. 2 BWahlG.

⁴ Diese und die folgenden Angaben bei Bauböck (Fn. 2), S. 684 f.

am 1. November 1993 das kommunale Wahlrecht für ausländische Einwohner besteht, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates besitzen. In der Bundesrepublik Deutschland wurde dieses auf Unionsbürger begrenzte kommunale Ausländerwahlrecht durch eine Ergänzung des Art. 28 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert. Unabhängig von diesem europarechtlich begründeten Ausländerwahlrecht hatten bereits vor 1993 die Republik Irland, die Niederlande sowie die skandinavischen Staaten das kommunale Wahlrecht für alle ausländischen Einwohner eingeführt. Diesem Beispiel folgten dann Estland, Litauen, Ungarn, die Slowakei und Slowenien nach ihrem Beitritt zur EU im Jahre 2004, sowie Luxemburg (2003) und Belgien (2004). Das bedeutet, dass unter den gegenwärtig 27 Mitgliedsstaaten der EU zwölf ein kommunales Wahlrecht auch für Drittstaatsangehörige haben.

In Deutschland wurde im Jahre 1989 in Schleswig-Holstein und in der Hansestadt Hamburg von den Landesgesetzgebern ein (in Schleswig-Holstein sehr begrenztes) Ausländerwahlrecht eingeführt, jedoch durch die erwähnten Urteile des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 31. Oktober 1990 für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Seitdem hat es immer wieder auf Bundesebene Initiativen zur Ermöglichung des kommunalen Wahlrechts für Drittstaatsangehörige gegeben⁵, die jedoch zu keinem Ergebnis geführt haben. Als entscheidendes Hindernis einer Lösung erwiesen und erweisen sich die beiden zitierten Urteile des BVerfG.

Bei dieser Rechtslage gibt es in Deutschland eine Teilung der in örtlicher Gemeinschaft lebenden Einwohner der Gemeinden in Wahlberechtigte und von der Wahl Ausgeschlossene. In der Hochzeit der nationalen Demokratie, in der Einwohner und Bürger fast vollständig identisch waren, da Ausländer i.d.R. nur vorübergehend und in marginalen Größenordnungen in einer Gemeinde lebten, bestand darin kein Problem unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses der demokratischen Legitimation der gemeindlichen öffentlichen Autorität. In den letzten Dekaden haben sich jedoch die quantitativen Verhältnisse grundlegend verändert. Ende 2011 lebten in der Bundesrepublik knapp sieben Millionen Ausländer, von denen knapp zwei Drittel, rund 4,3 Millionen, aus Nicht-EU-Ländern zugewandert sind. Unter diesen wiederum stammen ca. 1,6 Millionen aus der Türkei⁶. Bedeutsamer noch ist der Umstand, dass diese zugewanderte ausländische Bevölkerung überwiegend in größeren Städten konzentriert lebt und dort teilweise einen Bevölkerungsanteil von bis zu 30% der gesamten Einwohnerschaft ausmacht⁷. In der Stadtgemeinde Bremen lebten Ende 2010 ca. 547.340 Einwohner, davon ca. 68.000 Ausländer⁸. Zieht man davon entsprechend dem bundesrepublikanischen Durchschnitt ein Drittel Unionsbürger ab, so leben in der Stadtgemeinde Bremen ca. 45.000 Einwohner, etwa 8% der Gesamtbevölkerung, die

⁵ Vgl. z.B. Anträge der Fraktionen DIE LINKE v. 4. 7. 2007, BT-Drs. 5904 u. Bündnis90/DIE GRÜNEN v. 10. 10. 2007, BT-Drs. 16/6628; Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE v. 13. 07. 2007, BT-Drs. 16/4666; Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses v. 14. 05. 2009, BT-Drs. 16/13033; Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis90/DIE GRÜNEN v. 23. 3. 2010 zur Änderung des Art. 28 Abs. 1 GG, BT-Drs. 17/1150.

⁶ Angaben lt. Statistischem Bundesamt, s.

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendischeBevoelkerung/Tabellen/StaatsangehoerigkeitJahre.html> -- zuletzt aufgerufen am 18. 07. 2012

⁷ Vgl. K. Sieveking "Kommunalwahlrecht für Drittstaatsangehörige – „kosmopolitische Phantasterei“ oder Integrationsrecht für Einwanderer?", in ZAR Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 4/2008, S. 121-126 [123].

⁸ Statistisches Landesamt Bremen (Hg.) Statistisches Jahrbuch 2011. Bremen 2011, S. 7.

– unter der Annahme, dass Minderjährige durch ihre Eltern repräsentiert werden – in der Stadtbürgerschaft und in den Ortsbeiräten nicht vertreten werden. In anderen deutschen Großstädten dürfte dieser Anteil z.T. noch erheblich höher liegen. Entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben der beiden oben zitierten Urteile des BVerfG sind in der Freien Hansestadt Bremen Drittstaatsangehörige, d.h. Ausländer, die keine Unionsbürger sind, von der Wahl zu stadtbremischen Bürgerschaft sowie von den Ortsbeiräten der Stadtgemeinde Bremen ausgeschlossen⁹.

Während die deutsche Diskussion über das Ausländerwahlrecht überwiegend noch in migrationspolitisch interessierten Gruppen und Parteien geführt wird, insbesondere die rechtswissenschaftliche Erörterung weitgehend ausbleibt, gibt es auf internationaler Ebene ein durchaus schärferes Problembewusstsein hinsichtlich der demokratiepolitischen Implikationen eines Ausschlusses von Ausländern von Wahlen insbesondere zu kommunalen Volksvertretungen. Insbesondere wird dabei der Wandel der Bedeutung der Unterscheidung zwischen Bürger und Ausländer im Zeitalter von Globalisierung und globaler Migration erörtert und in diesem Rahmen nach Lösungen der Spannung zwischen zwei Dimensionen des demokratischen Prinzips, nämlich der Wahrung der Volkssouveränität auf der Grundlage nationaler Identität und dem Prinzip der Inklusion, d.h. der Einbeziehung all jener, die physisch zur Gesellschaft gehören, in deren Institutionen gemeinsamer politischer Selbstbestimmung¹⁰. Die folgende rechtliche Analyse sucht am konkreten Fall eine Antwort für diese Spannungslage zu finden.

B. Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht vom 31. 10. 1990

I. Die Begründung

Die Begründung dieser Urteile lautet folgendermaßen: Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG bestimme, dass das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland Träger und Subjekt der Staatsgewalt ist. Wie sich aus der Präambel des Grundgesetzes, dem Artikel 146 und verschiedenen anderen Regelungen ergebe, in denen auf das Volk Bezug genommen werde, sei darunter das deutsche Staatsvolk zu verstehen, das sich aus den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen zusammensetze. Das Wahlrecht, durch dessen Ausübung das Volk die ihm zustehende Staatsgewalt ausübt, setze die Eigenschaft als Deutscher voraus. Gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG könne die den Bundesländern zukommende Staatsgewalt ebenfalls nur von deutschen Staatsangehörigen und den ihnen gem. Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen wahrgenommen werden. Dasselbe gelte gem. Art. 28

⁹ Vgl. § 1 Abs. 1a BremWahlG u. § 3 Ortsgesetz über Beiräte und Ortsämter Vom 2. Februar 2010 (Brem.GBl. S. 130)

¹⁰ Vgl. D. C. Earnest, D. C. Old nations, new voters: nationalism, transnationalism, and democracy in the era of global migration. Albany, N.Y 2008; D. Munro "Integration through participation: non-citizen resident voting rights in an era of globalization" *Journal of International Migration and Integration* 9/1 (2008), S. 63-80; S. Song "Democracy and noncitizen voting rights", in *Citizenship Studies* 13/6 (2009), S. 607-620; C. M. Rodriguez "Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity", in *International Journal of Constitutional Law* 8 (1) (2010), S. 30-49; R. H. Pildes Elections, in M. Rosenfeld and A. Sajó (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford 2012, S. 529-544 [532 ff.]. jeweils m.w.N.

Abs. 1 Satz 2 GG auch für die Wahl zu Vertretungen des Volkes in Kreisen und Gemeinden. Diese Vorschrift gewährleiste für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage und trage damit der besonderen Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften im Aufbau des demokratischen Staates Rechnung¹¹. Der Begriff des Volkes habe auch nicht infolge der erheblichen Zunahme des Anteils von Ausländern an der Gesamtbevölkerung einen Bedeutungswandel erfahren. Auch wenn es im Ausgangspunkt zutreffend sei, dass es der demokratischen Idee, insbesondere dem in ihr enthaltenen Freiheitsgedanken entspreche, „eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen“, könne dies nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen“. Vielmehr sei das Staatsangehörigkeitsrecht „der Ort, an dem der Gesetzgeber Veränderungen in der Zusammensetzung der Einwohnerschaft der Bundesrepublik Deutschland im Blick auf die Ausübung politischer Rechte Rechnung tragen“ könne¹².

Bezüglich der Beurteilung der Beteiligung von Ausländern an Wahlen zu den hamburgischen Bezirksversammlungen, die für die Freie Hansestadt Bremen wegen des möglicherweise vergleichbaren Status der Beiräte in Bremen von besonderer Bedeutung sind, führt die zweite der zitierten Entscheidungen aus, dass die Teilnahme von Vertretern gesellschaftlicher Interessen an der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben an Gremien zulässig sei, die lediglich beratende Funktionen ausüben. „Verdichtet sich indes die unverbindliche, bloß beratende Teilhabe an der Verwaltung zur Mitentscheidung ... , so wird staatliche Herrschaft ausgeübt, die stets demokratisch, d.h. vom Staatsvolk legitimiert sein muß“¹³. Das demokratische Prinzip aber lasse es nicht beliebig zu, „anstelle des Gesamtstaatsvolks – dieses und das Parlament umgehend – jeweils einer durch örtlichen Bezug verbundenen, gesetzlich gebildeten kleineren Gesamtheit von Staatsbürgern Legitimationskraft zuzuerkennen“¹⁴. Die in Hamburg geschaffenen Bezirke seien keine Gebietskörperschaften i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung der Freien Hansestadt Hamburg; demzufolge übten die Bezirksversammlungen als deren Organe, die gewichtige Entscheidungskompetenzen hätten, Staatsgewalt aus. Die dazu erforderliche demokratische Legitimation sei nur durch die Wahl von Volksvertretungen durch den örtlich begrenzten Teil des Staatsvolks, d.h. „durch die in den Bezirken wohnenden Deutschen“ zu vermitteln¹⁵.

Im Kern lässt sich die Argumentation des Zweiten Senats des BVerfG in den beiden Urteilen zum kommunalen Ausländerwahlrecht als eine Kette logischer Deduktionen kennzeichnen, mit denen das demokratische Prinzip des Grundgesetzes rekonstruiert wird: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) - das Prinzip der Volkssouveränität¹⁶. „Volk“ im Sinne dieses demokratischen Legitimationsprinzips

¹¹ BVerfGE 83, 37 [Leitsätze] u. S. 51 ff.

¹² A.a.O., S. 52.

¹³ BVerfGE 83, 60, 74.

¹⁴ BVerfGE 83, 60, 75.

¹⁵ A.a.O., S. 81.

¹⁶ E-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in Handbuch des Staatsrechts. Band II: Verfassungsstaat (hrsgg. v. J. Isensee/ P. Kirchhof). 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 24, S. 429 ff., Rdnr. 2.

ist das Staatsvolk, d.h. die Gesamtheit der Staatsangehörigen. „Die Staatsangehörigen sind mit dem politischen Leben und Schicksal des Staates, den sie bilden und tragen, unlöslich verknüpft, stellen insofern auch eine politische Schicksalsgemeinschaft dar“¹⁷. Mit „Volk“ ist m.a.W. das deutsche Volk gemeint. Das Gleiche gilt für das „Volk“ in den Ländern, Kreisen und Gemeinden, das gem. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG eine aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangene Vertretung haben muss. Denn auch dort wird Staatsgewalt ausgeübt, und die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet eine Einheitlichkeit der demokratischen Legitimation auf allen Ebenen des Staatsaufbaus¹⁸. Soweit in Stadtstaaten Bezirksvertretungen gebildet werden, die staatliche Befugnisse wahrnehmen, bedürfen auch sie einer demokratischen Legitimation, die nur von der Gesamtheit der im Wahlgebiet ansässigen deutschen Staatsangehörigen vermittelt werden könne¹⁹. Wahlen seien eine Form der Ausübung von Staatsgewalt, das Recht zur Teilnahme daran setze die Staatsangehörigkeit voraus. „Mit der Stimmabgabe der Wahlen betätigt sich der Bürger als Glied des Staatsorgans Volk im status activus“²⁰. Er übe damit zugleich ein Recht aus, aber das „Wahlrecht ist nicht Menschenrecht, sondern Bürgerrecht“²¹.

II. Zur Relevanz der Urteile für die Fragestellung des Gutachtens

Die ins Auge gefasste Gesetzgebung zur Wahlberechtigung von ausländischen Unionsbürgern zur Bremischen Bürgerschaft (Landtag) und von Drittstaatlern zu den bremischen Ortsbeiräten betrifft zunächst Angelegenheiten des Landes. Verfassungsrechtlicher Maßstab ist daher die Landesverfassung. Doch betrifft das Ausländerwahlrecht zweifellos Fragen der Ausgestaltung des demokratischen Prinzips, für die das Grundgesetz in Gestalt der sog. Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 den Ländern verbindliche Vorgaben macht. Danach muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Es ist in der Rechtsprechung des BVerfG – übrigens auch in dem Urteil zum schleswig-holsteinischen Wahlgesetz – und in der verfassungsrechtlichen Literatur anerkannt, dass angesichts der Verfassungsautonomie der Länder das Gebot der Homogenität nicht Uniformität mit dem Grundgesetz fordert²². Freilich haben die Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht das Homogenitätsgebot in der Weise ausgelegt, dass die in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG für die Länder, Kreise und Gemeinden geforderten Volksvertretungen nicht anders zu konzipieren sind als auf der Bundesebene, d.h. nur vom „Volk“ als Gesamtheit der Deutschen gewählt werden können²³. Insoweit gestatten diese Urteile also keine eigenständige Gestaltung des Demokratieprinzips durch die Länder. Für die im Folgenden zu prüfenden Rechtsfragen muss daher die bremische Landesverfassung außer Betracht bleiben. Verfassungsrechtlicher Maßstab ist Art. 28 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 GG. Daraus folgt bereits, dass eine etwaige Änderung der bremischen Landesverfassung mit dem Ziel der Ermöglichung eines über den gegen-

¹⁷ Böckenförde, a.a.O., Rdnr. 26.

¹⁸ BVerfGE 83, 37 [55]; 83, 60 [71].

¹⁹ BVerfGE 83, 60 [76 ff.].

²⁰ BVerfGE 83, 60 [71].

²¹ Böckenförde (Fn. 16), Rdnr. 27; BVerfGE 83, 37 [51 f.]; 83, 60 [81].

²² BVerfGE 9, 268 [279]; 36, 342 [361]; 83, 37 [58]; 90, 60 [84 f.]; 103, 332 [349].

²³ BVerfGE 83, 37 [53]; E 83, 60 [71].

wärtigen Rechtszustand hinausgehenden Ausländerwahlrechts wegen des Vorranges des Art. 28 GG die durch die zitierten Urteile geschaffenen Restriktionen nicht beseitigen könnte.

Für die Frage, ob durch Entscheidung der Bremischen Bürgerschaft ein Wahlrecht der EU-Bürger zur Bürgerschaft (Landtag) eingeführt werden könnte, ist die Relevanz beider Urteile offenkundig. Durch sie ist entschieden, dass zur Teilnahme an Wahlen zu Organen, die Staatsgewalt ausüben, Ausländer aus bundesverfassungsrechtlichen Gründen nicht berechtigt sind. Eine Ausnahme bildet lediglich das kommunale Wahlrecht für EU-Ausländer gem. Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG. Damit wäre die landesgesetzliche Einführung eines Wahlrechts von EG-Ausländern für die Bremische Bürgerschaft (Landtag) wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 GG unzulässig.

Nicht ganz so eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob die zitierten Urteile des BVerfG der Einführung eines Ausländerwahlrechts für die Wahl zu den Beiräten im Wege stehen, die durch das „Ortsgesetz über Beiräte und Ortsämter“ vom 2. Februar 2010 (Brem.GBl. S. 130) gebildet worden sind. Das vom BVerfG dargelegte Prinzip, dass zur Wahl von Organen, die Staatsgewalt ausüben, nur Deutsche berechtigt sind, ist nur auf amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter anzuwenden. Es betrifft nicht die Tätigkeit von Beiräten, die lediglich beratende Befugnisse ohne Mitbestimmungsbefugnisse haben²⁴. In diesem Sinne hatte der Bremische Staatsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. März 1989 die damalige Fassung des Ortsgesetzes über Beiräte und Ortsämter im Gebiet der Stadtgemeinde Bremen qualifiziert und die Wahl der Beiratsmitglieder durch die Stadtbürgerschaft wegen deren geringer Befugnisse für verfassungsmäßig gehalten²⁵. Wenn dies auch für die heutigen Beiräte so wäre, dann würden die Entscheidungen des BVerfG den stadtbremischen Ortsgesetzgeber nicht hindern, die Wahlberechtigung von Ausländern zu diesen Beiräten einzuführen.

Doch liegt diese Voraussetzung nicht vor. Denn die Beiräte haben nicht nur Beratungsrechte und Befugnisse zu unverbindlichen Stellungnahmen zu Vorhaben zuständiger Stellen, sondern gem. § 10 Entscheidungs- und Zustimmungsrechte z.B. bezüglich Verwendung der Globalmittel für orts- und stadtteilbezogene Maßnahmen, verkehrslenkende, -beschränkende und -beruhigende Maßnahmen, soweit diese stadtteilbezogen sind, oder den .Ausbau, Umbau, wesentliche Um- und Zwischenutzung und Benennung von öffentlichen Wegen, Plätzen, Grün- und Parkanlagen, soweit diese stadtteilbezogen sind. Es handelt sich hierbei um echte Entscheidungskompetenzen einer dezentralisierten Stadtteilverwaltung i.S. des Art. 145 Abs. 2 der Bremischen Landesverfassung. Auch für sie gilt nach den Kriterien des BVerfG das Gebot demokratischer Legitimation nach dem Maßstab des Art. 20 Abs. 2 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 2 GG; auch für sie gilt m.a.W., dass nach den Maßstäben der zitierten Urteile Ausländer vom Wahlrecht zu den Beiräten von Verfassung wegen ausgeschlossen sind.

²⁴ BVerfGE 83, 60 [73 f.].

²⁵ BremStGH 4, 19; hierzu H. Brandt/ D. Schefold Gemeinden, in Handbuch der bremischen Verfassung (hrsgg. v. Kröning u.a.) Baden-Baden 1991, S. 547 ff. [570 ff., 574 ff.].

Daraus folgt, dass die zitierten Entscheidungen des BVerfG für das Thema des Gutachtens einschlägig sind und eine Auseinandersetzung mit ihrer Bedeutung für das Handeln der Bremischen Bürgerschaft als Landtag und als Ortsgesetzgeber erforderlich machen.

III. Zur Bindungswirkung der Urteile

Alle Überlegungen zur Frage des Ausländerwahlrechts könnten sich erübrigen, wenn die beiden zitierten Urteile des Bundesverfassungsgerichts eine Bindungswirkung entfalteteten, die allen Versuchen einer Überwindung der dort aufgerichteten Hürden mit Ausnahme einer Grundgesetzänderung das Stigma der Verfassungswidrigkeit aufdrücken würde. Und selbst eine Verfassungsänderung mit dem Ziel der Erweiterung des Volksbegriffs um Ausländer müsste an der Sperre des Art. 79 Abs. 3 GG scheitern, würde man einigen Stimmen in der verfassungsrechtlichen Literatur folgen²⁶. Dies wirft die Frage nach Art und Umfang der Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf.

1. Typologie der Verbindlichkeit von Entscheidungen des BVerfG

Es ist hier zwischen drei Arten von Verbindlichkeit zu unterscheiden. An erster Stelle steht die für alle Arten von gerichtlichen Entscheidungen geltende Rechtskraft. Sie bedeutet, „dass jede weitere gerichtliche Kontrolle ... unstatthaft ist (formelle Rechtskraft) und in persönlicher, sachlicher sowie zeitlicher Hinsicht eine Bindungswirkung hinsichtlich der festgestellten Rechtsfolge besteht (materielle Rechtskraft)“²⁷. Die Rechtskraft betrifft und bindet also nur die Prozessbeteiligten; bei objektiven Normenkontrollverfahren, in denen es keine Streitparteien gibt, bezieht sich die Rechtskraft allein auf die jeweils im Tenor genannte Norm. Danach bezieht sich die Erklärung der Nichtigkeit in den beiden Ausländerwahlentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausschließlich auf das in der Entscheidungsformel genannte schleswig-holsteinische bzw. hamburgische Gesetz. Mangels einer weitergehenden Bindung wären andere Landesgesetzgeber durch diese Urteile nicht gehindert, ihrerseits ein kommunales Ausländerwahlrecht einzuführen.

Allerdings ermächtigt das Grundgesetz in Art. 94 Abs. 2 den Gesetzgeber, für bestimmte Arten von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts deren Gesetzeskraft – und damit eine über die Rechtskraft hinausgehende Bindungswirkung – einzuführen. Das ist in § 31 Abs. 2 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) u.a. für Normenkontrollverfahren geschehen. Danach haben die hier erörterten Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht Gesetzeskraft. Die Gesetzeskraft ist eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung der Rechtskraft der Entscheidung; sie bewirkt eine gesetzesgleiche Bindung für jedermann, seien es staatliche Organe oder Privatpersonen. Die Bindung bezieht sich jedoch, ebenso wie die der

²⁶ Vgl. K. Rennert Gutachtliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 22. September 2008, Innenausschuss Drs 16(4)459 C; M. Pechstein Gutachtliche Stellungnahme ebendort, Innenausschuss A-Drs 16(4)459 B

²⁷ BVerfGE 103, 111 [139].

Rechtskraft, allein auf die Entscheidungsformel²⁸. Dies folgt auch daraus, dass gem. § 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG (nur) die Entscheidungsformel im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen ist. Dies ist bezüglich der hier erörterten beiden Entscheidungen mit Wirkung vom 30. November 1990 geschehen (BGBl. I S. 2554). Sie binden damit auch den bremischen Landesgesetzgeber, jedoch nur bezüglich der in den Entscheidungsformeln genannten Gesetze. Das bedeutet, dass auch der bremische Gesetzgeber die für nichtig erklärten Gesetze und alle darauf beruhenden Rechtsakte als nichtig behandeln muss. Die Gesetzeskraft hindert ihn jedoch nicht daran, ein eigenes Gesetz mit gleichem Inhalt zu erlassen.

Dies könnte jedoch durch die dritte Art von Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ausgeschlossen sein, nämlich durch die in § 31 Abs. 1 BVerfGG kodifizierte Bindungswirkung. Sie legt fest, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden. Auch diese Vorschrift bezweckt eine Erweiterung der Bindung über die Rechtskraft hinaus, unterscheidet sich von der Gesetzeskraft aber dadurch, dass sie für alle Entscheidungen des BVerfG gilt, andererseits nur Träger öffentlicher Gewalt adressiert. Die Bedeutung der Vorschrift ist umstritten²⁹.

a) Nach der Auffassung des BVerfG erstreckt sich die Bindungswirkung seiner Entscheidungen nicht nur auf den Tenor, sondern auch auf die die Entscheidung tragenden Entscheidungsgründe. Dies wird mit dem Status des Gerichts als „maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung“ begründet³⁰.

Die Erweiterung der Bindungswirkung über den Entscheidungsinhalt hinaus auf die Begründung hat jedenfalls bei normverwerfenden Entscheidungen den Effekt, dass der Gesetzgeber bei der Erzeugung gesetzlicher Normen nicht mehr nur an den Text der Verfassung und die gem. § 31 Abs. 1 und 2 BVerfGG bestehende doppelte Bindung an den Entscheidungstenor gebunden ist, sondern auch an die verfassungsrechtlichen Argumente des Gerichts. Das ist in der wissenschaftlichen Literatur zu Recht auf breite Ablehnung gestoßen. Denn es handelt sich hierbei um eine verdeckte Form der Verfassungsänderung³¹, die dem Gericht durch das GG nicht zugewiesen worden ist. Aus seiner Stellung als „mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan“, die sich das Gericht selbst in seiner berühmten „Status-Denkschrift“ vom 27. Juni 1952 zugesprochen hat³², „gewinnt (das Gericht) kein Jota mehr an Kompetenz“, wie Hans Meyer zu Recht unter dem Beifall seiner Staatsrechtslehrerkollegen feststellte³³. Hinzu kommt, dass im Wege „authentischer Interpretation“ und der über § 31 BVerfGG beanspruchten Verbindlichkeit entgegen der Norm des Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG eine Ergänzung des Grundgesetzes ohne ausdrückliche Änderung seines Textes ermöglicht würde³⁴.

²⁸ A. Rinke AK-GG 3. Aufl. 2001, Art. 94, Rdnr. 62.

²⁹ Hierzu ausführlich Rinke AK-GG, Art. 94, Rdnrn. 64 ff.

³⁰ BVerfGE 40, 88 [93 f.]; 79, 256, 264; 112, 268 [277]; 115, 97 [110].

³¹ Vgl. K. Schlaich "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen", in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Bd. 39 (1981), S. 99-146 [126 ff.]; die Diskussion (mit der abw. Auffassung Böckenfördes) S. 172 ff.

³² JöR N.F. Bd. 6 (1957), S. 145.

³³ H. Meyer Diskussionsbeitrag in VVDStRL H. 39 (1981), S. 167.

³⁴ So zutr. S. Koriath "Die Bindungswirkung normverwerfender Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber", in Der Staat 30 (1991), S. 549 – 571 [560 f.].

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei betont, dass es keinen Streit darüber gibt, dass die Interpretation des Grundgesetzes durch das BVerfG in den verschiedenen Verfahrensarten notwendigerweise stets eine Konkretisierung der in der Regel offenen und vagen Verfassungsnormen erfordert³⁵. Ebenso wenig lässt sich leugnen, dass generell gerichtliche Urteile, auch die des BVerfG, nicht lediglich Recht anwenden, sondern auch Recht erzeugen. „Die klassische Entgegensetzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung ist falsch. Jede Judikat fügt vielmehr dem existierenden Rechtsbestand etwas hinzu, was es vorher nicht gab“³⁶. Insofern gilt auch für das BVerfG ein „Spannungsverhältnis zwischen Streitentscheidung und Normbildung“³⁷. Der Streit geht darum, welche Bedeutung das Element der Normbildung für das Verhältnis der rechtsprechenden zur gesetzgebenden Gewalt hat. Während die richterliche Normbildung durch den Gesetzgeber jederzeit korrigiert werden kann, wäre dies unmöglich, wenn man den Anspruch des BVerfG anerkennen würde, dass seine Verfassungsinterpretation Verfassungskonkretisierung oder „authentische“ Verfassungsauslegung sei und mithin Verfassungsrang habe³⁸. Dann wäre auch der Gesetzgeber durch die gerichtliche Normbildung gebunden und damit als die Instanz ausgeschaltet, die eine verfassungsgerichtliche Norminterpretation korrigieren könnte. Eine derartige Fesselung des Gesetzgebers sieht das Grundgesetz jedoch keineswegs vor³⁹. Der Anspruch des BVerfG, den Gesetzgeber durch die Gründe einer normverwerfenden Entscheidung zu binden und damit für die Zukunft Richtlinien für die Gesetzgebung aufzustellen, lässt sich verfassungsrechtlich nicht begründen. Das BVerfG hat zwar das Monopol, in Anwendung des Maßstabes des Grundgesetzes gesetzliche Normen zu verwerfen. Es hat aber kein Monopol der Grundgesetzinterpretation. Insbesondere die gesetzgebenden Organe müssen aufgrund ihrer Bindung an die Grundrechte und an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3) ihrerseits das Grundgesetz im Hinblick auf ihre Verfassungsfunktion interpretieren. „Gesetzgeber und Gericht stehen hier mit unterschiedlichen Funktionen nebeneinander, ihr Bezug zur Verfassung ist unterschiedlich ... Das letzte Wort steht dem BVerfG nur bei der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der ihm vorgelegten Norm zu. Gewaltenübergreifende Direktwirkung für zukünftige Gesetzgebung haben Normenkontrollentscheidungen nicht“⁴⁰. Daher ist die Frage, ob es „im Rahmen der Normenkontrolle um die Nichtigkeitsklärung der Norm oder um die Bewahrung der Verfassung (geht)“, im Sinne der ersten Alternative zu beantworten. „Verfassungsrechtsprechung entscheidet ‚autoritär‘ nicht über den Inhalt der Verfassung, sondern über den Fall (die Norm)“, in anderen Worten, es entscheidet „letztinstanzlich und letztverbindlich den Streitgegenstand, nicht das dahinter stehende allgemeine verfas-

³⁵ Vgl. die verfassungstheoretische Entfaltung des Arguments der Rechtsbildung durch Verfassungsnormkonkretisierung bei E.-W. Böckenförde Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in ders. Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt/M. 1991, S. 159-199 [189 ff.].

³⁶ C. Schönberger "Höchstgerichtliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen", in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 71 (2012), S. 296-335 [301].

³⁷ Schönberger, a.a.O., S. 304 ff.

³⁸ Schlaich (Fn. 31), S. 127 ff.

³⁹ Wenn hier und im Folgenden von „dem Gesetzgeber“ die Rede ist, dann sind damit der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber gemeint, d.h. jene Gesetzgebungsorgane, deren Normen gem. Art. 93 Abs. 1 Nrn. 2 und 2a GG der Überprüfung durch das BVerfG unterliegen.

⁴⁰ Koriath (Fn. 34), 564, s. auch S. 567.

sungsrechtliche Problem⁴¹. Eine Erstreckung der Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG auf die tragenden Entscheidungsgründe ist daher abzulehnen.

b) Wenn danach der Gesetzgeber an die tragenden Gründe einer normverwerfenden Entscheidung des BVerfG nicht gebunden ist, so liegt die Schlussfolgerung nahe, dass er frei ist, ein neues Gesetz gleichen Inhalts ohne Verstoß gegen die Rechtskraft und die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gem. § 31 BVerfGG zu erlassen. Dies erschien jedenfalls dann merkwürdig, wenn es bedeuten würde, dass sich der Gesetzgeber ohne weiteres über die normativen Aussagen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung hinwegsetzen und sie damit leerlaufen lassen könnte.

Es gibt hierzu bislang zwei einander widersprechende Äußerungen des BVerfG. In einer seiner ersten Entscheidungen stellte der Zweite Senat im Jahre 1951 nach Darlegung der Bindungswirkung seiner ein Bundesgesetz verwerfenden Entscheidung gem. § 31 BVerfGG fest, „daß ein Bundesgesetz desselben Inhalts nicht noch einmal von den gesetzgebenden Körperschaften beraten, beschlossen und vom Bundespräsidenten verkündet werden kann“⁴². Es handelte sich bei dieser Feststellung lediglich um eine Erläuterung der Folgen des Urteils und stellte gewissermaßen eine Warnung für die Zukunft dar, ohne für die in Rechtskraft erwachsene materielle Entscheidung selbst von Bedeutung zu sein. Mehr als drei Jahrzehnte später, im Jahre 1987, erklärte dagegen der Erste Senat, dass „§ 31 BVerfGG und die Rechtskraft normverwerfender Entscheidungen ... den Gesetzgeber nicht (hindern), eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschließen“⁴³. Zur Begründung heißt es, das folge bereits daraus,

„daß die gesetzgebende Gewalt im Unterschied zur vollziehenden und zur rechtsprechenden Gewalt in Art. 20 Abs. 3 GG nur an die verfassungsmäßige, nicht auch an die einfachgesetzliche Ordnung gebunden ist, als deren Urheberin sie gerade fungiert. Ebenso wenig wie die von der Rechtskraft zu unterscheidende Bindungswirkung für das Bundesverfassungsgericht selbst besteht ..., verwehrt diese einfachgesetzlich angeordnete Bindung [scil. des § 31 BVerfGG – UKP] es dem Gesetzgeber, seiner Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsverantwortung durch Verabschiedung einer inhaltsgleichen Neuregelung nachzukommen, wenn er sie für erforderlich hält Diese Beurteilung entspricht der besonderen Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers für die Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen. Sie trägt zugleich den funktionellen und institutionellen Grenzen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, namentlich dem Umstand Rechnung, daß das Bundesverfassungsgericht Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen hat und seine Rechtsprechung nicht aus eigener Initiative korrigieren kann; sie beugt einer mit der rechts- und sozialstaatlichen Demokratie unvereinbaren Erstarrung der Rechtsentwicklung vor, ohne die Aufgaben und Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts zur rechtsverbindlichen Auslegung der Verfassung und Gewährung wirksamen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu gefährden“⁴⁴.

In diesen Sätzen des Ersten Senats des BVerfG sind in größtmöglicher Klarheit die wesentlichen Argumente gegen ein Normwiederholungsverbot enthalten: das normlo-

⁴¹ Schlaich (Fn. 31), S. 126, 133, 135.

⁴² BVerfGE 1, 14 [37]; bestätigt E 69, 112 [115 ff.].

⁴³ BVerfGE 77, 84 [103].

⁴⁴ A.a.O., S. 103 f.

gische Argument, dass eine einfachgesetzliche Norm – hier: § 31 BVerfGG – den Gesetzgeber schon deshalb nicht binden kann, weil er zur Überwindung dieser Bindung diese Norm selbst aufheben könnte⁴⁵; das verfassungsdogmatische, genauer: rechtsquellentheoretische Argument, dass Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung gesetzlicher Normen der Text der Verfassung und – anders als in der durch Präjudizen geprägten *common-law*-Tradition – nicht dessen jeweils fallbezogenen Interpretationen sind; weiterhin das funktionell-rechtliche Argument, dass die Wahrnehmung der Verantwortung des demokratischen Gesetzgebers für die Gestaltung der ständigen Veränderungen unterworfenen sozialen Wirklichkeit nicht dadurch beeinträchtigt werden darf, dass das Bundesverfassungsgericht über seine ihm im Grundgesetz zugeschriebene Funktion der Rechtsprechung hinaus zukunftsbezogene Gestaltungskompetenzen in Anspruch nimmt; schließlich das rechtspolitische Argument, dass die Befugnis zur Normwiederholung einer Erstarrung der Rechtsentwicklung vorbeuge.

Dieses letzte Argument verweist auf das Prinzip der Offenheit der Verfassung und des Verfassungsprozesses gegenüber gesellschaftlichen Veränderungen⁴⁶. Bereits die Befristung der Amtszeit der Bundesverfassungsrichter auf zwölf Jahre – anstelle der Amtszeit bis zur Altersgrenze oder gar, wie in den USA, auf Lebenszeit – wurde bei der Novellierung des BVerfGG im Jahre 1970 mit der Zielsetzung begründet, dadurch die demokratische Legitimation der Richter zu erhöhen und „durch die Zuwahl neuer Richter dem Gericht zugleich neue Impulse zu geben, auf die die Verfassungsrechtsprechung nicht verzichten kann, wenn sie differenzieren und ständig wachsenden Bedürfnissen einer im schnellen Wandel befindlichen modernen Leistungsgesellschaft gerecht werden soll“⁴⁷. In dieselbe Richtung zielt die Einrichtung des Sondervotums in § 30 Abs. 2 BVerfGG. Es dient dazu, alternative Interpretationen des Verfassungsrechts öffentlich sichtbar zu machen, ihnen einen legitimen Status im Verfassungsdiskurs zu verleihen, die Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung eines Verfassungskonfliktes praktisch zu widerlegen und dadurch Möglichkeiten der Änderung der Rechtsprechung des Gerichts offen zu halten⁴⁸.

Die beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht sind freilich jeweils einstimmig ergangen⁴⁹. Aber das bedeutet nur, dass interpretative Ansatzpunkte für eine spätere Änderung der Rechtsprechung in der Frage des Ausländerwahlrechts nicht aus dem Gericht selbst kamen. Das schließt aber nicht aus, dass Impulse in diese Richtung von anderen Beteiligten des Verfassungsprozesses ausgehen und ggf. an das BVerfG herangetragen werden.

Zu einer Entscheidung zwischen der Divergenz zwischen Zweitem und Erstem Senat bezüglich der Befugnis des Gesetzgebers zur Normwiederholung durch eine Plenarentscheidung gem. § 16 BVerfGG ist es nicht gekommen ist. Der Erste Senat rief das Plenum nicht an, weil die seinerzeit vom Zweiten Senat geäußerte Rechtsauffassung

⁴⁵ So zutr. Koroith (Fn. 34), S. 556.

⁴⁶ Vgl. W. Hoffmann-Riem, W. "Beharrung oder Innovation - Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen", in *Der Staat* 13 (1974), S. 335-364; A. Voßkuhle "Verfassungsstil und Verfassungsfunktion. Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk", in *AöR* 119 (2004), S. 35-60 [44].

⁴⁷ BundesratsDrs. 678/69, S. 6.

⁴⁸ Vgl. A. Rinke AK-GG 3. Aufl. 2001, Art. 94, Rdnr. 73.

⁴⁹ BVerfGE 83, 37 [59] u. 60 [81].

„ersichtlich nicht tragend“ gewesen sei⁵⁰. Die Frage ist mithin verfassungsgerichtlich unentschieden.

c) Während die vom Ersten Senat vertretene Rechtsauffassung die durchgreifenden Gründe für eine Befugnis des Gesetzgebers zur Normwiederholung enthält⁵¹, erscheinen doch gewisse Einschränkungen angebracht. Denn die institutionelle Architektur in der Beziehung zwischen Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung geriete in eine Schiefelage, wenn die Gründe des BVerfG für eine Normverwerfung den Gesetzgeber in seinem Tun nicht zu kümmern brauchten. Es könnte langfristig auch die Autorität des BVerfG als ein bedeutsames Organ des Verfassungslebens untergraben. Der Ausgleich zwischen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und der Rechtsfindungsfunktion des BVerfG ist in dem Prinzip der Verfassungsorgantreue zu finden⁵². Es besagt, dass die durch die Verfassung konstituierten Organe aufgrund ihrer Einbindung in einen übergreifenden Funktions- und Ordnungszusammenhang eingebunden sind und daher zur Wechselseitigkeit von Respekt, Kooperation und Rücksichtnahme bei der Erfüllung ihrer Funktionen verpflichtet sind. Für das Verhältnis des Gesetzgebers zum BVerfG bedeutet dies negativ, dass der Gesetzgeber durch sein Handeln eine vorangegangene Entscheidung des BVerfG nicht konterkariert oder den Versuch unternimmt, „den wiederholten Norminhalt der Kontrolle des Gerichts zu entziehen“⁵³. Positiv verlangt die Verfassungsorgantreue des Gesetzgebers gegenüber dem BVerfG, „die Präjudizien des BVerfG zu reflektieren und sich mit ihnen vor einer Gesetzesänderung auseinanderzusetzen“⁵⁴.

2. Anwendung der Kriterien auf den hier erörterten Sachverhalt

Wendet man diese normativen Vorgaben auf die in diesem Gutachten untersuchte Fragestellung an, so ist festzustellen, dass die Rechtskraft der Urteile des BVerfG zum Ausländerwahlrecht vom 31. Oktober 1990 den Bremischen Landesgesetzgeber nicht daran hindert, ein Gesetz mit ähnlichem Inhalt zu verabschieden. Ebenso wenig steht die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG einer solchen Gesetzgebung im Wege. Denn sie besteht nur für die Entscheidungsformeln. Auch die Voraussetzungen, unter denen die Bremische Bürgerschaft aus Gründen der Verfassungsorgantreue daran gehindert wäre, ein dem Inhalt der vom BVerfG verworfenen Gesetze zum Ausländerwahlrecht gleiches oder ähnliches Gesetz zu erlassen, liegen nicht vor. Die Überlegungen, die die Initiatoren einer Erstreckung des Wahlrechts zu den Beiräten bzw. zur Bremischen Bürgerschaft (Landtag) angestellt haben, beziehen sich ausdrücklich auf die zitierten Urteile des BVerfG und begründen, warum sie die Zeit und die Umstände für reif halten, von der jene Urteile tragenden Rechtsauffassung abzuweichen. So heißt es in der Begründung für die Einrichtung des nichtständigen Bürgerschaftsausschusses „Ausweitung des Wahlrechts“ unter Hinweis auf die beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1990 u.a.:

„Seither hat sich die bundesdeutsche Gesellschaft geändert, eingebettet in europäische und globale Entwicklungen. Deutschland ist ein Ein- und Auswanderungsland, Men-

⁵⁰ BVerfGE 77, 84 [104].

⁵¹ So im Ergebnis auch Koriath (Fn. 16), S. 564 f.; Rinken AK-GG, Art. 94, Rdnr. 71a.

⁵² Hierzu umfassend W.-R. Schenke Die Verfassungsorgantreue. Berlin 1977.

⁵³ Koriath (Fn. 34), S. 566.

⁵⁴ Rinken, AK-GG Art. 94 Rdnr. 71a.

schen ziehen in andere Länder, um dort zu arbeiten und um Familien zu gründen. Sie wollen sich in der Regel in die neue Gesellschaft integrieren und mitwirken, ohne dabei ihre ursprüngliche Herkunft vollständig abzulegen.

Die Europäische Union hat diese Entwicklung mit der Einführung des kommunalen Wahlrechts für EU-Ausländerinnen und EU-Ausländer nachvollzogen; seit 1992 erlaubt daher auch das Grundgesetz Nicht-Deutschen aus der EU zumindest an Kommunalwahlen und an den Wahlen zum Europaparlament teilzunehmen. Damit ist das Wahlrecht nicht mehr ausschließlich an die „Volkszugehörigkeit“ gebunden.

Die Europäische Kommission, das Europäische Parlament, der Ausschuss der Regionen haben in vielen Beschlüssen dazu aufgerufen, auch Bürgerinnen und Bürgern aus Nicht-EU-Ländern dieses Recht einzuräumen. In der Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten ist dieses Recht inzwischen eingeführt und bewährte Praxis, zum Beispiel in Polen und Schottland über Kommunalwahlen hinaus.

Die Vorstellung, dass die Staatsangehörigkeit unabdingbare Voraussetzung für staatsbürgerliche Rechte sei, gerät auch durch das Völkerrecht unter Druck. Denn zunehmend sind alle Menschen eingebunden in transnationale Rechtssysteme, beispielsweise durch den internationalen Menschenrechtsschutz.

Diese objektiven Entwicklungen haben dazu geführt, dass die gegenwärtige Situation nicht mehr akzeptiert und die Forderung erhoben wird ... Die gesellschaftliche Entwicklung und die politische Aufgabe der Integration aller Bürgerinnen und Bürger in das demokratische Gemeinwesen erfordert nun aber eine grundsätzliche verfassungspolitische Überprüfung ...“

Ob die in diesen Erwägungen genannten gesellschaftlichen Wandlungen tatsächlich stattgefunden und damit die tatsächlichen Grundlagen der Urteilsbegründungen des BVerfG aus dem Jahre 1990 weitgehend verändert haben, ist unerheblich. Entscheidend ist allein, dass sich der Landesgesetzgeber mit den Begründungen des BVerfG auseinandersetzt und begründet, warum er ein ihnen widersprechendes Gesetz für politisch geboten und verfassungsrechtlich zulässig hält. Diese Bedingung ist hier erfüllt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass weder die Rechtskraft der Urteile des BVerfG zum Ausländerwahlrecht noch deren erweiterte Bindungswirkung gem. § 31 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) der Absicht des Bremischen Landesgesetzgebers im Wege stehen, ein Gesetz mit ähnlichem Inhalt zu verabschieden. Auch die Voraussetzungen für ein Normwiederholungsverbot liegen nicht vor.

3. Faktische Barrieren?

Auch wenn die Urteile des BVerfG zum Ausländerwahlrecht keine rechtliche Barriere einer inhaltsgleichen oder –ähnlichen Gesetzgebung durch die Bremische Bürgerschaft (Landtag) darstellen, so könnten sie doch eine so starke präjudizielle Wirkung entfalten, dass daraus eine faktische Barriere entsteht, die sich u.U. als unübersteigbar erweist. Obwohl im kontinentaleuropäischen Rechtssystem im Gegensatz zum Rechtskreis des *common law* Präjudizien keine eigenständige Rechtsquelle darstellen, haben doch obergerichtliche Entscheidungen generell einen über die konkrete

Fallentscheidung hinausweisende „Leitwirkung für das gesamte Rechtssystem“⁵⁵. Diese faktische Bindungswirkung bezieht sich freilich bei den höchstrichterlichen Fachgerichten im Wesentlichen auf das Gerichtssystem, d.h. die unteren Fachgerichte, nicht auf den Gesetzgeber, der als Urheber des einfachen Rechts nicht an deren Auslegung durch die Gerichte gebunden werden kann. Ob dies auch für den Landesgesetzgeber in bezug auf höchstrichterliche Interpretationen von Bundesgesetzen gilt, kann hier dahingestellt bleiben, da es hier um die faktischen Wirkungen der Rechtsprechung des BVerfG geht.

Dessen Autorität strahlt jenseits der oben behandelten rechtlichen Bindungswirkung weit über das Gerichtssystem hinaus in alle staatlichen Funktionsbereiche und in die allgemeine Öffentlichkeit aus. Insbesondere die Organe der Gesetzgebung orientieren sich – häufig in vorauseilendem Gehorsam – an den Judikaten des BVerfG, dessen Entscheidungen in Normenkontrollverfahren je nach Ausgang und parlamentarischer Mehrheit als politischer Sieg oder Niederlage interpretiert werden. Wie ein kritischer Beobachter zutreffend feststellt, dürfte die Gefahr einer Niederlage für die parlamentarische Mehrheit „die Gestaltungsfreudigkeit des Gesetzgebers nachhaltig dämpfen, selbst wenn es gute Gründe für eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung gibt“⁵⁶. Nicht selten werden sie dabei durch Gutachten aus der Staatsrechtswissenschaft bestärkt, die, wie Bernhard Schlink schon vor fast einem Vierteljahrhundert feststellte, weitgehend ihre kritische Selbständigkeit gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit aufgegeben hat⁵⁷. Tatsächlich erklärte Rudolf Smend bereits beim Jubiläum zum zehnjährigen Bestehen des BVerfG mit uneingeschränkter Zustimmung, das das Grundgesetz „nunmehr praktisch so (gilt), wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne“⁵⁸.

Smends Feststellung trifft auch heute noch weitgehend zu. Doch gilt das nur eingeschränkt für die staatsrechtswissenschaftliche Rezeption der Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht und verwandter Entscheidungen, die auf derselben demokratietheoretischen Prämisse beruhen. Zwar gilt auch heute noch die Feststellung von Bryde aus dem Jahre 2000, dass diese Prämisse „in Lehrbüchern und Kommentaren nach wie vor als unangefochtene herrschende Lehre dargestellt (wird). Den Gegenstimmen wird gelegentlich eine verweisende Fußnote gegönnt, oft aber nicht einmal das“⁵⁹. Eine Durchsicht der neuesten Auflagen der Kommentar- und Lehrbuchliteratur bestätigt das⁶⁰. Doch immerhin gibt es in dieser Frage eine Vielzahl

⁵⁵ Schönberger (Fn. 36), S. 318.

⁵⁶ Koriath (Fn. 34), S. 553.

⁵⁷ B. Schlink "Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit", in *Der Staat* 28 (1989), S. 161-172.

⁵⁸ R. Smend *Das Bundesverfassungsgericht.*, in ders. *Staatsrechtliche Abhandlungen*. 2. Aufl. Berlin 1968, S. 581 – 593 [583].

⁵⁹ B.-O. Bryde *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe*, in *Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung* (hrsgg. v. B. Blanke im Auftrag d. Redaktion Kritische Justiz). Baden-Baden 2000, S. 59 – 70 [70/71].

⁶⁰ Vgl. nur Scholz in *Maunz-Dürig, Komm. z. GG*, Art. 28 Rn. 41 c (Lfg. 32, Okt. 1996); Kunig in v. Münch/Kunig *GGK I*, 6. Aufl. 2012, Art. 21 Rdnr. 28; Löwer in v. Münch/Kunig *GGK I*, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rdnrn. 18 u. 28; *Nierhaus* in *Sachs (Hrsg.) Grundgesetz*, 5. Aufl. 2009, Art. 28 Rdnr. 26; Dreier in *H. Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar*. Bd. II. 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 78

kritischer Stimmen in der staatsrechtlichen Literatur, die die Rechtsprechung des BVerfG zum Demokratieprinzip des Grundgesetzes in Frage stellen⁶¹.

Dass diese im *mainstream* der staats- und verfassungsrechtlichen Literatur noch wenig Resonanz gefunden haben, mag an der zitierten „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit“ liegen. Wenn es so wäre, so müsste sich der Bremische Landesgesetzgeber darüber keine Sorgen machen, denn das Schicksal seines Gesetzes zur Einführung eines Ausländerwahlrechts über den gegenwärtig bestehenden Umfang hinaus hängt nicht vom Urteil der Staatsrechtslehre ab. Die dem geplanten Gesetz entgegenstehende herrschende Meinung in der Verfassungsrechtswissenschaft stellt daher keine faktische Barriere gegen das Gesetzesvorhaben dar.

Es spricht allerdings mehr für die Auffassung, dass die demokratietheoretische Argumentation des Zweiten Senats des BVerfG deshalb mehrheitlich von den Vertretern der deutschen Verfassungsrechtslehre angenommen worden ist, weil sie dank ihrer logischen Stringenz eine große Überzeugungskraft jedenfalls in einer traditionell sehr estatistisch orientierten Verfassungsrechtswissenschaft besitzt. Sie beruht im Übrigen auch auf einer theoretischen Grundlage, die erstmals in einem akademischen Handbuch erschienen ist und deren Autor als damaliges Mitglied des Zweiten Senats des BVerfG Gelegenheit hatte, seine Theorie in praktisches judikatives Handeln umzusetzen⁶². Das spricht dafür, dass es nicht in erster Linie geistige Bequemlichkeit, sondern die aus der theoretischen Schärfe resultierende intellektuelle Ausstrahlung der theoretischen Grundlage der Ausländerwahl-Urteile ist, die ihnen ihre anhaltende Bedeutung trotz erheblicher Wandlungen seit ihrer Verkündung verschafft hat.

Will der Landesgesetzgeber von diesem Urteil abweichen, so muss daher der Zweite Senat des BVerfG überzeugt werden, dem ein solches Gesetz mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in einem Normenkontrollverfahren von einem der Antragsberechtigten (Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) zur Prüfung vorgelegt werden würde. Auch wenn zunächst der Bremische Staatsgerichtshof mit dem Gesetz befasst und dessen Verfassungsmäßigkeit bestätigen würde, käme die Kernfrage der Zulässigkeit des Ausländerwahlrechts gem. Art. 100 Abs. 3 GG zum BVerfG (s. dazu unten die Ausführungen zu E.). Dessen Zweiter Senat müsste also in einem solchen Verfahren zu einer Änderung seiner Rechtsprechung bewegt werden. In dem folgenden Teil dieses Gutachtens wird untersucht, ob es hierfür hinreichend überzeugende verfassungsrechtliche Argumente gibt, die den Wunsch nach einem Wechsel der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG in eine realistische Erwartung zu verwandeln vermögen.

⁶¹ Vgl. die Beiträge in dem Schwerpunktheft der *Kritischen Justiz* hrsgg. v. T. Blanke Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Baden-Baden 2000.

⁶² E.-W. Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip (Fn.16).

C. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes und seine Antwort auf die Frage des Ausländerwahlrechts

I. Der offene Charakter des demokratischen Prinzips

1. Demokratie als Rechtsprinzip, nicht als Rechtsregel

Der Begriff der Demokratie gehört zu den ihrem Wesen nach umstrittenen Begriffen, über deren Inhalt und Bedeutung es in einer freien Gesellschaft niemals dauerhaft Übereinstimmung geben wird. Das gilt auch für eine durch Verfassung kodifizierte Demokratie⁶³. Auch im pluralistischen Verfassungsstaat gibt es keine einzig „richtige“ Auslegung des Demokratieprinzips, sondern stets konkurrierende Interpretationen im Rahmen der anerkannten Auslegung der Verfassung. Zu Recht sprechen wir in bezug auf die Qualifizierung der Bundesrepublik im Grundgesetz als „demokratisch“ – jeweils in Verbindung mit dem Bundesstaat und dem Rechtsstaat in Art. 20 Abs. 1 bzw. 28 Abs. 1 – von dem demokratischen Prinzip⁶⁴ oder, in der Begrifflichkeit von Hermann Heller, von einem Rechtsgrundsatz⁶⁵. Das Grundgesetz bezeichnet in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 die Merkmale des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates als „Grundsätze“; in der verfassungsrechtlichen Diskussion der Gegenwart hat sich dafür der Begriff des Prinzips durchgesetzt. Ebenso normiert auch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG mit der Formel „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ ein Prinzip, nämlich das Prinzip der Volkssouveränität.

(Rechts-)Prinzipien haben einen von (Rechts-)Regeln verschiedenen normativen Status. Regeln sind Normen, die entweder auf einen Sachverhalt anwendbar sind oder nicht, sie sind ihrem Wesen nach kategorisch und folgen einer Logik des Entweder-Oder, oder, wie es Dworkin ausdrückt, des „Alles-oder-Nichts“⁶⁶. Idealerweise gibt es bei der Anwendung einer Regel auf einen Sachverhalt nur eine richtige Antwort. Prinzipien dagegen folgen einer Logik der Zielverwirklichung und können in unterschiedlichem Maße verwirklicht werden. Alexy bezeichnet Prinzipien als Optimierungsgebote, deren Verwirklichung davon abhängt, was rechtlich und faktisch möglich ist⁶⁷. Man könnte auch von einer „Logik der Angemessenheit“ sprechen⁶⁸. Auf jeden Fall gilt für Prinzipien, dass sie der konkretisierenden Auslegung bedürfen und dass konkurrierende Auslegungen, solange sie sich im Rahmen der anerkannten Maßstäbe bewegen, nicht „richtig“ oder „falsch“, sondern nur als „angemessen“ oder „unangemessen“, oder, in

⁶³ Vgl. G. Frankenberg Democracy, in M. Rosenfeld/A. Sajó (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford 2012, S.250-268 [252]; W. Maihofer Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. Aufl., Berlin/New York 1994, S. 427-536 [430 ff.].

⁶⁴ So die Überschrift des wegweisenden Beitrages von Böckenförde im *Handbuch des Staatsrechts* (Fn. 63).

⁶⁵ H. Heller "Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung." *VVDStRL* 4 (1928), S. 98-135 [119 ff.].

⁶⁶ Vgl. R. Dworkin *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt/M. 1990, S. 58, 61 f.

⁶⁷ R. Alexy *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in ders. *Recht, Vernunft, Diskurs* Frankfurt/M. 1995, S. 177-212 [202 ff.]; vgl. auch G. J. Jacobsohn *Constitutional Values and Principles*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford 2012, 777-791.

⁶⁸ J. G. March/ J. P. Olsen "The logic of appropriateness", in *The Oxford handbook of public policy*. Oxford 2006, S. 689–708.

Alexys Kategorisierung, als dem Optimum ferner oder näher qualifiziert werden können.

Dies ist einer der Gründe, warum, wie eingangs dieses Abschnitts bemerkt, das demokratische Prinzip des Grundgesetzes zu den „*essentially contested concepts*“ gehört⁶⁹. Daraus folgt, dass die in diesem Gutachten kritisierte Demokratie-Konzeption des BVerfG nicht als „falsch“ bezeichnet werden kann. Sie ist vielmehr dem Problem, zu dessen Lösung das demokratische Prinzip in die Verfassung aufgenommen worden ist, unangemessen. Dementsprechend wird die im Folgenden dargelegte Argumentation, der zufolge das Grundgesetz, insbesondere dessen demokratisches Prinzip, eine Wahlberechtigung von Drittstaatlern zu den Wahlen der Ortsbeiräte der Stadtgemeinde Bremen zulässt und auch für die Erweiterung des Wahlrechts von EU-Ausländern zur bremischen Bürgerschaft (Landtag) gewichtige Argumente streiten, auch nicht als die „einzig richtige“, wohl aber als die unter den gegebenen Verhältnissen angemessenste und dem demokratischen Prinzip des Grundgesetzes nächste verstanden⁷⁰.

Entscheidend ist, dass dieses Prinzip wegen dieses offenen und umstrittenen Charakters der für die Gerichtsbarkeit charakteristischen Subsumtionslogik des „Alles-oder-Nichts“ nicht zugänglich ist. Auslegung und praktische Ausgestaltung des demokratischen Prinzips sind innerhalb der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG Sache des politischen Prozesses.

2. Zum Verhältnis von Art. 20 Abs. 1 zu Abs. 2

Nicht nur den Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht⁷¹ legt der Zweite Senat des BVerfG eine Konzeption von Demokratie zugrunde, die sich auf Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG stützt: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Durch diesen Satz wird üblicherweise das Prinzip der Volkssouveränität ausgedrückt. Es bedeutet, dass das Volk in seiner Gesamtheit sich kollektiv eine Ordnung gibt, die keine höhere Legitimationsgrundlage hat als dessen kollektiven Willen⁷². Aus dieser Prämisse hat das Gericht, wie oben dargelegt, die Folgerung einer einheitlich durch das Gesamtvolk legitimierten Herrschaftsordnung auf allen Ebenen des Staatsaufbaus abgeleitet.

Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ist jedoch nicht die einzige Quelle des demokratischen Prinzips im Grundgesetz⁷³. Ohne den Grund-Satz des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 in Frage zu stellen, verweist das Grundgesetz an anderen Stellen auf Bereiche, für die das demokratische Prinzip nicht minder wesentlich ist, dort jedoch nicht die Gestalt der „Volks-

⁶⁹ Grundlegend zu diesem Theorem W. B. Gallie, 'Essentially contested concepts', in Proceedings of the Aristotelian Society, 56 (1956), pp. 167–198; zur seiner Verwendung in bezug auf das demokratische Prinzip vgl. D., F. Collier/ D. Hidalgo et al. "Essentially contested concepts. Debates and applications", in Journal of Political Ideologies 11/3 (2006), S. 211-246 [222 ff.].

⁷⁰ Zu der Kategorisierung eines Rechtszustandes als „näher beim Grundgesetz“ vgl. BVerfGE 4, 157 [168 ff., Zitat S. 170]; 15, 337 [349].

⁷¹ Zu erwähnen sind vor allem BVerfGE 93, 37 u. 107, 59 zum Personalvertretungsrecht.

⁷² E.-W. Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip (Fn. 16), Rdnrn. 3 ff.

⁷³ Zutr.. Bryde in v. Münch/Kunig GGK II, 6. Aufl. 2012, Art. 79 Rdnr. 43: „Mit einer nur formalen Ableitbarkeit staatlichen Handelns von Entscheidungen des Volkes (eine edingung, die auch plebiszitäre Diktaturen erfüllen würden), ist das Demokratiekonzept des GG jedoch nicht hinreichend ungeschrieben“.

demokratie“ angenommen hat. Als „Volksdemokratie“ bezeichnet Bryde die „Herrschaft eines mit der Gesellschaft nicht identischen Kollektivs („Deutsches Volk“). Ob eine Entscheidung oder ein Amt ‚demokratisch‘ legitim sind, entscheidet sich (ausschließlich) danach, ob sie auf dieses Kollektiv zurückbezogen werden können⁷⁴. Das Volk ist aber nicht nur eine quasi-korporative Einheit, sondern auch und vor allem eine Vielheit, die die Verfassung auch als solche anerkennt. Auch die vielfältigen Lebensformen dieser gesellschaftlichen Pluralität werden im Grundgesetz mit dem Ideenkreis der Demokratie in Verbindung gesetzt.

Verfassungsrechtliche Quelle dieser Konzeption der Demokratie ist Art. 20 Abs. 1 GG. Dieser Absatz bildet das normative Fundament, das in einem kategorischen Satz den Charakter der nach der Katastrophe von 1933 bis 1945 neu errichteten Bundesrepublik Deutschland festlegt: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“. Dies ist der erste Satz des auf den Grundrechtsteil folgenden zweiten Abschnittes, der den Titel trägt: „Der Bund und die Länder“. Er fasst zusammen, was dem neuen Gemeinwesen seine Identität geben soll.

Zum Vergleich: Der erste Titel der französischen Verfassungen von 1946 und 1958 ist jeweils überschrieben mit „Von der Souveränität“ bzw. „Die Souveränität“. Dort heißt es: „Die nationale Souveränität steht dem französischen Volke zu“ (Art. 3 Verf. 1946) bzw. „Die nationale Souveränität liegt beim Volk“ (Art. Verf. 1958). Volkssouveränität ist die Souveränität der Nation. In der Weimarer Verfassung – der ersten demokratischen Verfassung Deutschlands – steht das demokratische Prinzip neben dem der Republik im ersten Satz, der die politisch-polemische Selbstbeschreibung und – behauptung dieser Neugründung in äußerster Prägnanz enthält: „Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Hier kommen die Aspirationen des 19. Jahrhunderts zum Ausdruck, nämlich die Überwindung des monarchischen Prinzips und die Rechtfertigung staatlicher Herrschaft durch das Volk als konstituierende Gewalt. Auch dies meinte nichts anderes als die Souveränität der deutschen Nation. Dieses Ziel wurde in Deutschland im Jahre 1919 mit der Weimarer Verfassung erreicht.

Das ja schon im Jahre 1949 postnationale Grundgesetz hat an die Stelle des Pathos der Souveränität der Nation seine ganz eigene politische Selbsterklärung gesetzt. Sie findet sich in Art. 20 Abs. 1. Dieser Satz enthält die *idée directrice*, die dem Gemeinwesen seine Prägung aufdrückt. Er ist die interpretatorische Leitlinie für das Verständnis des Grundgesetzes. Die Bundesrepublik ist nicht Staat *sans phrase*, d.h. sie erschöpft ihre politische Qualität nicht in ihrer Staatlichkeit als Verkörperung der souveränen Nation. Sie ist demokratischer und sozialer Bundesstaat, nicht soziale und föderale Demokratie. Das bundesstaatliche Prinzip ist das Substantiv, das demokratische Prinzip ist das Adjektiv. Das bedeutet keine Minderung, sondern lediglich die Klarstellung, dass das demokratische Prinzip des Grundgesetzes sich in verschiedenen gesellschaftlichen Lebensbereichen normativ entfaltet.

⁷⁴ B.-O. Bryde "Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie", in Staatswissenschaften und Staatspraxis Bd. 5/3 (1994), S. 305-330 [305].

Im Grundgesetz wird das Wort Souveränität vermieden, die Sache selbst aber erst im zweiten Absatz nach dem Grund-Satz des Abs. 1 verankert. Dadurch wird der ehrwürdige Satz „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ in einen neuen Kontext gestellt. Er ist jetzt gewissermaßen eine staatsorganisatorische Spezialvorschrift zum Grund-Satz des Absatzes 1; der nachfolgende Satz 2 des Abs. 2 zeigt⁷⁵, dass „das Volk“ hier in der Funktion als Kurations- und Legitimationsorgan für die Organe staatlicher Herrschaft fungiert. Er verströmt nicht das Pathos einer unauflöslchen Einheit von Volk, Souveränität und Staat im Begriff der Nation. Er sagt etwas über den Staat aus und über die Legitimation seiner Herrschaft durch das Volk – doch er sagt aber nicht, dass sich das demokratische Prinzip darin erschöpft. Die Antwort darauf, womit sich das demokratische Prinzip des Grundgesetzes verbindet, ergibt sich vielmehr aus den verschiedenen grundgesetzlichen Normkomplexen, die im Lichte der Leitidee des Art. 20 Abs. 1 auszulegen sind.

3. Demokratie als Souveränität der Nation

Die erwähnte Aspiration des 19. Jahrhunderts bestand in der Idee der demokratischen Nation (oder der nationalen Demokratie, je nach Betonung eines der beiden Elemente). Geboren worden war sie in der französischen Revolution, die in ihrer polemischen Stoßrichtung gegen dynastisch-absolutistische Herrschaft und feudalen Partikularismus die Individualität der Völker entdeckte und ihren Anspruch auf einen eigenen Staat als die angemessene Form ihrer politischen Existenz proklamierte⁷⁶. Die demokratische Nation verband das Ideal der äußeren nationalen Unabhängigkeit und Selbstbestimmung mit dem Prinzip der Volksherrschaft im Inneren. Das bedeutete Abwehr jeglicher Art von Fremdherrschaft und zugleich Entfaltung der Freiheit der Angehörigen der Nation als deren Bürger, die in der Gemeinschaft der Nation ihr Schicksal selbst formten. In dem Idealmodell der nationalen Demokratie waren die, die als Bürger gemeinsam herrschten, identisch mit denjenigen, die beherrscht wurden – sie war Selbstherrschaft der Nation. Der für diese Einheit von Nation und Demokratie gängige Begriff ist der der Souveränität der Nation. Die dafür in den Verfassungen üblicherweise gewählte Formulierung lautet: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.

a) Die Spannung zwischen National- und Demokratieprinzip

Dieses Ideal ist wie alle Ideale unerreichbar; aber es gibt größere und geringere Annäherungen. Denn Nation und Demokratie können durchaus auch in Widerspruch zu einander treten. Die Nation ist ein Verband, dessen Mitgliedschaft nach bestimmten Kriterien der Zugehörigkeit gekennzeichnet ist, mögen diese nun auf vorpolitische Gemeinsamkeiten oder einen gemeinsamen politischen Willen abstellen⁷⁷. In jedem Falle ist die Nation stets exklusiv, sie umfasst nicht die gesamte Menschheit, sondern grenzt Nichtzugehörige aus. Auch das demokratische Prinzip gilt nicht universell für die gesamte Menschheit, aber es ist erheblich inklusiver als die Nation. Ihre Reichweite bestimmt sich nach anderen Kriterien als die Zugehörigkeit zur Nation. Das demokratische Prinzip erfordert, dass diejenigen, die einem Gesetz und dem von ihm

⁷⁵ Er lautet: „Sie [scil. die Staatsgewalt] wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“.

⁷⁶ Vgl. hierzu E.-R. Huber Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Bd. I: Reform und Restauration (1789-1830). Stuttgart 1957, S. 8 ff.

⁷⁷ Vgl. E Francis Ethnos und Demos: Soziologische Beiträge zur Volkstheorie. Berlin 1965.

ausgehenden Zwang unterworfen sind, auch an dessen Erzeugung beteiligt sein müssen⁷⁸. Das Minimum an Beteiligung ist das Recht auf die Teilnahme an der Wahl der Gesetzgeber. So verlangt also das demokratische Prinzip eine vollständige Kongruenz zwischen den Wahlberechtigten und den Gesetzesunterworfenen⁷⁹.

Sie ist im Idealtypus des geschlossenen Nationalstaates mit weitgehend ethnisch und kulturell homogener Bevölkerung auch gegeben. Wenn so gut wie alle Menschen, die in einem Staat leben, der Nation angehören, dann sie so gut wie alle an der Erzeugung der Gesetze beteiligt. Die Differenz zwischen „so gut wie allen“ und „allen“ kann dann aus demokratietheoretischer Sicht vernachlässigt werden – die Frage der aus Altersgründen noch nicht Wahlberechtigten und der aus sachlichen Gründen vom Wahlrecht Ausgeschlossenen beiseitegelassen. So erklärt sich, dass sich insbesondere unter Staatsrechtlern die Überzeugung durchgesetzt hat, dass die Demokratie überhaupt nur eine Herrschaftsform für Nationen sei.

Deutschland gehörte nach dem zweiten Weltkrieg zu dieser Kategorie von homogenen Nationalstaaten, in denen Nation und Gesellschaft lediglich zwei verschiedene Existenzformen derselben Menschen waren. Erst mit den in den 1960er Jahren einsetzenden Einwanderungswellen änderte sich das. Da es lange gedauert hat, bis die Bundesrepublik ihren Status als Einwanderungsland anerkannt hat, hat sie die zunehmende quantitative Diskrepanz zwischen der Zahl der Angehörigen der Nation, d.h. der Bürger, und der der von der Nation beherrschten Einwohner des Landes lange ignoriert. Nation – die politische Form der Gesellschaft – und Gesellschaft wurden zunehmend inkongruent. Besorgt um die Stabilität ihrer Demokratie, fanden ihre politischen Repräsentanten daran nichts auszusetzen, denn sie hielten an der für eine bestimmte, nun vergangene historische Situation gültigen Doktrin fest, dass die Demokratie eine Herrschaftsform allein für die Nation sei, nicht für Menschen, die ihr nicht angehören, auch wenn sie in Gesellschaft mit den Nationsangehörigen leben. Diese Sicht ist dann in den hier erörterten Urteilen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht gleichsam zur offiziellen Staatsdoktrin geworden.

Die damit verbundene Trennung von Nation und Demokratie macht die Nation exklusiver und untergräbt das demokratische Prinzip. In einer zunehmend postnational eingerichteten Welt verbindet sich im Alltagsbewußtsein der Menschen mit dem Begriff der Demokratie weltweit, wie die Demokratiebewegungen der letzten Dekaden zeigen, nicht primär das Streben nach nationaler Identität, sondern das Versprechen der weitestgehenden Einbeziehung aller erwachsenen sowie geistig und seelisch reifen Mitglieder der Gesellschaft in das politische Gemeinwesen, gleiche Freiheit und gleiche Rechte, Schutz für die wesentlichen persönlichen Interessen und der Status jedes Individuums als moralisch anerkennungswürdige Person⁸⁰. Ein Staat, der den Anspruch erhebt, demokratisch legitimiert zu sein und diese Erwartungen im Namen des Schutzes der Integrität, Identität und Exklusivität der Nation enttäuscht, läuft Gefahr, seine eigenen Rechtfertigungsgrundlagen zu unterhöhlen, wenn er sich nicht darum bemüht,

⁷⁸ Vgl. die Aufzählung von Charakteristika der Demokratie bei R. A. Dahl On Democracy. New Haven 2000, S. 45.

⁷⁹ So D. P. Kommers The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham, NC 1997, S.198.

⁸⁰ Vgl. Dahl (Fn. 78), S. 45.

die Diskrepanz zwischen der Exklusivität der Nation und der Inklusivität des demokratischen Prinzips zu überwinden.

Der Grund-Satz des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ist Ausdruck einer Konzeption der Demokratie, deren Pathos sehr verblasst ist. Nicht ohne Berechtigung bezeichnete eine ausländische Völkerrechtlerin die Urteile des BVerfG, die ihre Begründungskette auf diesen Satz aufgebaut haben, als einen „Schwanengesang auf eine überkommene Nationalideologie“⁸¹. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Volkssouveränität hat natürlich nach wie vor ihren guten Sinn, um den *pouvoir constituant*, die Quelle der Legitimität der geltenden Verfassung, deutlich sichtbar zu machen. Doch für die Alltagsprobleme der heutigen Gesellschaft bietet sie kaum Lösungen. Alleine die sozialen und kulturellen Umwälzungen seit der Gründung der Bundesrepublik und das daraus erwachsene Potential an autonomer gesellschaftlicher Selbstorganisation könnten keine angemessene verfassungsrechtliche Verortung finden, wenn das demokratische Prinzip, wie jedenfalls in der auf Art. 20 Abs. 2 Satz 1 gestützten herrschenden Auslegung, als undifferenzierte Gesamtheit auf die rein staatsorganisatorische Funktionalität der Kreation und Legitimation von Staatlichkeit reduziert würde.

b) Überwindung der Spannung zwischen Nation und Demokratie durch eine großzügige Einbürgerungspolitik?

Aus der Sicht einer Demokratietheorie, in der Volkssouveränität die Selbstbestimmung und Identitätswahrung der Nation darstellt, ist der Hinweis auf die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse der Nation infolge von Globalisierung und Migration kein durchgreifender Einwand. Dieses Argument, untermauert mit sozialstatistischen Daten, wurde von den Verteidigern des kommunalen Ausländerwahlrechts bereits in den hier erörterten Verfahren vor dem BVerfG vorgetragen⁸². Die Problematik musste dem Gericht vollkommen klar sein, denn schon drei Jahre zuvor hatte E.-W. Böckenförde, einer der Richter, geschrieben, dass es im Sinne des demokratischen Prinzips liege, „eine Kongruenz zwischen den Inhabern der demokratischen Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen und nicht eine Vielzahl politisch rechtloser Untertanen eines herrschenden demokratischen Staatsvolkes zu schaffen“. Das Problem müsse jedoch durch „eine entsprechende Aufnahme- und Einbürgerungspolitik, nicht durch Ausdehnung des Wahlrechts gelöst werden“⁸³. Dementsprechend hat auch das Gericht die Annahme, „daß wegen der erheblichen Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung des Bundesgebietes der verfassungsrechtliche Begriff des Volkes einen edeutungswandel erfahren habe“, ausdrücklich zurückgewiesen. Unter den zwei möglichen Wegen zur Überwindung der Diskrepanz zwischen Bürgern und politisch rechtlosen Einwohnern – Ermöglichung eines Wahlrechts ohne Bürgerstatus oder Herstellung einer weitgehen-

⁸¹ H. Keller "Kulturelle Vielfalt und Staatsvolk: Gilt es den Begriff des Staatsvolkes zu überdenken?", in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Bd. 43 (2008), S. 39-68 [52].

⁸² Vgl. Schriftsatz des Landtags Schleswig-Holstein (Bryde), S. 247 ff.; vgl. Auch Schriftsatz der Bürger-schaft der Freien und Hansestadt Hamburg (Rittstieg), S. 397 ff., jeweils abgedruckt in J. Isensee/E. Schmidt-Jortzig Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht. Dokumentation der Verfahren. Heidelberg 1993.

⁸³ Böckenförde (Fn. 16), Rdnr. 28 [wortgleich mit der 1. Aufl. 1987].

den Übereinstimmung von Bürgerstatus und Wahlrecht durch großzügige Einbürgerung der Ausländer⁸⁴ – hat es sich für die zweite Alternative entschieden⁸⁵.

Was immer dagegen theoretisch eingewendet werden könnte, in der Wirklichkeit der Bundesrepublik hat sich diese vom BVerfG angebotene Alternative zum Ausländerwahlrecht nicht bewährt. Bryde hatte als Verfahrensbevollmächtigter des schleswig-holsteinischen Landtages, dieses Argument antizipierend, bereits eingewendet, dass das Staatsangehörigkeitsrecht keine realistische Alternative zum Ausländerwahlrecht darstelle:

„Da es nicht um ‚Grenzfälle‘ geht, sondern eine relevante, mehrere Millionen starke Bevölkerungsgruppe, kann die Lösung jedenfalls nicht in der punktuellen Einbürgerung besonders erfolgreich Assimilierter liegen“⁸⁶.

Tatsächlich hat es im Jahre 2000 unter der rot-grünen Bundestagsmehrheit eine Reform des Staatsangehörigkeitsrechts gegeben, die den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit erheblich erleichtert hat. Dennoch ist die Einbürgerungsquote (= Einbürgerungen gemessen an der Zahl der Nicht- Staatangehörigen) nach einem geringen Anstieg nach 2000 in den Folgejahren kontinuierlich gesunken – von 2,57% (2000) auf 1,44% (2011)⁸⁷. Offenbar gibt es für die meisten der in Deutschland lebenden Ausländer Gründe, die deutsche Staatsangehörigkeit nicht zu erwerben und dennoch hier ihren Lebensmittelpunkt zu wählen⁸⁸. Für ausländische Unionsbürger hat dieses durch die Grundfreiheiten der europäischen Verträge ermöglichte Lebensmodell inzwischen explizite Anerkennung durch das Grundgesetz gefunden (s. dazu unten sub III.).

So finden also zwei unterschiedliche, ja gegensätzliche Versionen des demokratischen Prinzips ihren Platz im Grundgesetz – Demokratie einerseits als Inbegriff nationaler Souveränität und Vehikel kollektiver Identität, andererseits als Garant von individueller Entfaltung, Gleichheit und Schutz von Interessen. Auf die Verwirklichung der Demokratie bezogen bedeutet dies: Wahlrecht der Nation versus Wahlrecht der Individuen. Nähere Betrachtung zeigt indessen, dass das Grundgesetz nicht durch diese schroffe Alternativität gekennzeichnet ist. Beide Dimensionen haben ihren je spezifischen Raum.

4. Demokratie als Lebensform des politischen Gemeinwesens

Mit der Selbstqualifizierung als „demokratischer und sozialer Bundesstaat“ in Art. 20 Abs. 1 greift das Grundgesetz in die Sphäre der Gesellschaft aus, indem es mit dem sozialstaatlichen Prinzip eine staatliche Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für einen sozialem Ausgleich in der Gesellschaft festlegt. Aus der Verbindung des Adjektivs

⁸⁴ Vgl. die Skizzierung dieser Alternativen bei Song (Fn. 10), S. 611 ff.

⁸⁵ BVerfGE 83, 37 [52].

⁸⁶ Bryde (Fn. 82), S. 248.

⁸⁷ *Statistisches Bundesamt – Bevölkerung (Migration und Integration)*

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/MigrationIntegration/EingeburgertePersonen/Tabellen/EinbuergierungenEinbuergierungsquoteLR.html> - zuletzt abgerufen am 20.

07. 2012

⁸⁸ Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage zur Einbürgerungspolitik vom 24. 06. 2009, BT-Drs. 16/13558.

„demokratisch“ mit der sozialen und der föderalen Dimension der Bundesrepublik folgt, dass die Verfassung „nicht nur Staatsverfassung, sondern Verfassung des politischen Gemeinwesens (ist)“⁸⁹, „Staatsverfassung und Gesellschaftsverfassung in einem, wenngleich in unterschiedlicher Dichtigkeit“⁹⁰. Ja, mit Art. 20 Abs. 1 ist „zum ersten Male in der deutschen Verfassungsgeschichte eine *staatliche* Verfassung mit dem rechtsverbindlichen Anspruch hervorgetreten, *auch* die Verfassung *gesellschaftlicher* Organisationen auf bestimmte Grundprinzipien festzulegen“⁹¹. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes wird m.a.W. in seiner normativen Bedeutung nur zutreffend erfasst, wenn man zur Kenntnis nimmt, dass es das Gesamtpolitikum der vom Grundgesetz getragenen Ordnung durchdringt.

a) Das Beispiel der politischen Parteien

Das prominenteste Beispiel für diesen Sachverhalt ist Art. 21, der Stellung und Funktion der politischen Parteien regelt. Gem. Abs. 1 Satz 2 sind sie frei gebildete gesellschaftliche Vereinigungen, die bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken. Nach Satz 3 muß ihre „innere Ordnung ... demokratischen Grundsätzen entsprechen“.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG nehmen die politischen Parteien „an der politischen Willensbildung des Volkes vornehmlich durch ihre Beteiligung an den Wahlen teil, die ohne die Parteien nicht durchgeführt werden könnten“⁹². Doch mindestens ebenso intensiv sind die Parteien an der Meinungs- und Willensbildung des Volkes, d.h. bei der Formung der politischen Öffentlichkeit beteiligt, ohne die Wahlen ihren demokratischen Charakter verlören und zu einem rein formalen Akt der Stimmenregistrierung degenerierten. Die Parteienfreiheit des Art. 21 Abs. 1 Satz 2 steht daher in engem Verbund mit der Meinungs-, Vereinigungs-, Koalitions- und Versammlungsfreiheit sowie dem Petitionsrecht⁹³. Sie ist integraler Bestandteil der Offenheit des politischen Prozesses, die das BVerfG, wie der Zweite Senat feststellt, „in seiner Rechtsprechung wiederholt als einen zentralen *Grundsatz der Demokratie* betont und gestärkt (hat)“⁹⁴. Ähnlich begründet er die in Art. 21 Abs. 1 Satz 4 bestimmte Verpflichtung der Parteien, über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel und über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft abzulegen damit, dass „die innere Ordnung der Parteien ... gegen *undemokratische Einflüsse* gesichert werden (soll)“⁹⁵.

Die strukturelle Bedeutung des Demokratiegebots für politische Parteien ist um so bemerkenswerter, als das Recht auf Mitgliedschaft in politischen Parteien nicht Deutschen i.S. des Art. 116 GG vorbehalten ist. In der Literatur wird zwar diese Auffassung

⁸⁹ A. Rinken "Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts", in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 3/1996, S. 282-309 [294/5] mit ausf. Nachw. aus der Lit.

⁹⁰ Alexander Hollerbach Ideologie und Verfassung, in W. Maihofer (Hrsg.) Ideologie und Recht. Frankfurt/M. 1969, S. 37-61 [61].

⁹¹ H. Ridder Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in Gesammelte Schriften (hrsgg. v. D. Deiseroth/P. Derleder/C. Koch/F.-W. Steinmeier). Baden-Baden (2010 [1960]), S. 291-337 [306].

⁹² BVerfGE 52, 63 [82].

⁹³ BVerfGE 20, 56 [98].

⁹⁴ BVerfGE 111, 382 [404] m.w.N. – Hervorhebung hinzugefügt, UKP.

⁹⁵ BVerfGE 111, 54 [83].

vertreten⁹⁶. Der Bundesgesetzgeber gibt dem Art. 21 jedoch eine andere Deutung und hat in § 2 Abs. 3 des Parteiengesetzes lediglich festgelegt, dass politische Vereinigungen keine Parteien sind, wenn ihre Mitglieder oder die Mitglieder ihres Vorstandes in der Mehrheit Ausländer sind oder ihr Sitz oder ihre Geschäftsleitung sich außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes befindet. Bloße Mitgliedschaft von Ausländern in politischen Parteien ist daher rechtlich zulässig⁹⁷ und prägt mittlerweile das Bild der Parteien als Institutionen der Demokratie. Ausländer nehmen daher an der demokratischen inneren Willensbildung der Parteien rechtmäßig teil. Bedenkt man, dass, wie Hans Meyer feststellt, die politischen Parteien „schätzungswise über 80% der späteren Abgeordneten vor allem wegen der starren Liste faktisch allein schon durch die Nominierung (bestimmen)“⁹⁸, so zeigt sich, dass Ausländer bereits jetzt als integrale Teile des „Parteivolks“ in den Prozess der demokratischen Willensbildung in den Ländern und im Bund eingebunden sind.

Denn das Volk bringt „seinen politischen Willen nicht nur durch Wahlen und Abstimmungen zum Ausdruck. Das Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußert sich nicht nur in der Stimmabgabe bei Wahlen, sondern auch in der Einflußnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Meinungsbildung, der Bildung der ‚öffentlichen Meinung‘ ...“⁹⁹.

b) Demokratische Öffentlichkeit des Volkes

Es ist daher nur folgerichtig, dass das BVerfG, insbesondere sein Erster Senat, die Kommunikationsgrundrechte des Grundgesetzes in einen engen Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip stellt. Wegweisend wurde die in der Lüth-Entscheidung formulierte Aussage, dass das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung „als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“ sei und für „eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ... schlechthin konstituierend“¹⁰⁰. Damit wurde ein Menschenrecht – Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistet anders als Art. 118 Abs. 1 der Weimarer Verfassung das Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit nicht nur für Deutsche, sondern für jedermann – als ein konstituierendes Element der demokratischen Ordnung anerkannt. Dabei unterstreicht die Qualifizierung dieser Ordnung als „freiheitlich-demokratisch“ - im Grundgesetz heißt es im Übrigen durchgängig „freiheitliche demokratische Grundordnung“¹⁰¹ – diesen Zusammenhang zwischen der staatlichen und der gesellschaftlichen Sphäre: die Demokratie, die als staatliches Formprinzip die Herrschaft des Kollektivsubjekts „Volk“ bedeutet, ist als solche antiindividualistisch und rechtfertigt die Herrschaft über das Individuum und seine Freiheitssphäre. „Freiheitlichkeit“ verweist aber genau auf diese Sphäre individueller Autonomie. Wenn sie im Grundgesetz mit der Herrschaft des Kol-

⁹⁶ Vgl. Morlok, in H. Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 21, Rdnr. 53; Kunig Parteien, in Handbuch des Staatsrechts. Band III: Demokratie - Bundesorgane. 3. Aufl. (hrsgg. v. J. Isensee u. P. Kirchhof). Heidelberg 2005, § 40, S. 297-356, Rdnr. 28; die von mir im AK-GG 2. Aufl. 1989, Art. 21, Rdnr. 30 geäußerte Auffassung, dass „Volk“ auch im Sinne des demokratischen Prinzips des Art. 21 die Gesamtheit der Deutschen i.S. des Art. 116 GG ist, erhalte ich nicht aufrecht.

⁹⁷ Gusy in AK-GG 3. Aufl. 2001, Rdnr. 63 zu Art. 21.

⁹⁸ H Meyer, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in Handbuch des Staatsrechts (hrsgg. v. Isensee/Kirchhof). Band III: Demokratie - Bundesorgane. 3. Aufl. Heidelberg 2005, § 45, Rdnr. 9.

⁹⁹ BVerfGE 20, 56 [98].

¹⁰⁰ BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]; 69, 315 [344 f.] u.ö.

¹⁰¹ Art. 10, 11, 18, 21, 73 Abs. 1 Nr. 10b, 87a Abs. 4, 91 Abs. 1.

lektivsubjekts verknüpft wird, so bedeutet dies, dass sich das demokratische Prinzip mit der Idee der individuellen Freiheit und Vielfalt verbindet und einen eigenständigen Demokratietypus hervorbringt¹⁰².

Das BVerfG hat diese demokratisch-funktionale Interpretation¹⁰³ der Meinungsfreiheit auch auf die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) angewendet¹⁰⁴ und hervorgehoben, dass die grundsätzliche Bedeutung der Versammlungsfreiheit insbesondere erkennbar werde, „wenn die Eigenart des Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen berücksichtigt wird“¹⁰⁵. Es sieht sie u.a. darin, dass „in einer Gesellschaft, in welcher der direkte Zugang zu den Medien und die Chance, sich durch sie zu äußern, auf wenige beschränkt ist, ... dem Einzelnen neben seiner organisierten Mitwirkung in Parteien und Verbänden im allgemeinen nur eine kollektive Einflußnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen (verbleibt)“¹⁰⁶. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass das Gericht die demokratische Dimension dieser beiden Kommunikationsgrundrechte unterschiedslos für das Jedermann-Grundrecht des Art. 5 und das Deutschen-Grundrecht des Art. 8 feststellt – dies ist ein Anzeichen dafür, dass der grundgesetzliche Begriff der Demokratie nicht ausschließlich durch den Bezug auf das Volk als nationaler Souverän und als Kurationsorgan von staatlicher Herrschaftsgewalt gekennzeichnet ist; er ist, mit anderen Worten, nicht ausschließlich mit dem Staatsaufbau der Bundesrepublik verbunden.

Nun besagt die Erinnerung an die im Grundgesetz deutlich zum Ausdruck kommende gesellschaftsbezogene, nicht-etatistische Dimension des Demokratieprinzips noch nichts darüber, welche dieser beiden demokratischen Paradigmen in welchen Zusammenhängen die bestimmende ist. Denn zweifellos finden sie beide Anerkennung im Grundgesetz. Die Antwort ist in Art. 28 GG zu finden, dessen normativer Gehalt sich im Lichte der unterschiedlichen Demokratiekonzeptionen in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 klarer erschließen lässt. Zunächst wird anhand der Klärung von Inhalt und verfassungsrechtlichem Status der kommunalen Selbstverwaltung der Volksbegriff des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 geklärt (II.), danach die Bedeutung des für eine bestimmte Kategorie von Ausländern in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG bereits geschaffenen kommunalen Wahlrechts für die hier geprüfte Ausweitung auf Drittstaatler (III.).

II. Die Bedeutung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung für das demokratische Prinzip

Wie erinnerlich, beruht die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit eines kommunalen Ausländerwahlrechts nach dem Urteil des BVerfG zum schleswig-holsteinischen

¹⁰² Hierzu eindringlich A. Rinken Demokratie als Organisationsform der Bürgergesellschaft in Demokratie und Selbstverwaltung in Europa. Festschrift f. Dian Schefold zum 65. Geburtstag (hrsgg. v. Bovenschulte, Grub et al.). Baden-Baden 2001, S. 223-241; Überblick über die grundrechtlich-plurallistisch geprägte Demokratiekonzeption bei S. Unger Das Verfassungsprinzip der Demokratie. Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips. Tübingen 2008, S. 75 ff.

¹⁰³ Hierzu E.-W. Böckenförde Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in ders. Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt/M. 1991, S. 115 – 145 [133 ff.].

¹⁰⁴ BVerfGE 69, 315 [343 ff.].

¹⁰⁵ A.a.O., S. 345.

¹⁰⁶ A.a.O., S. 346; vgl. auch BVerfGE 104, 92 [104].

Kommunalwahlgesetz auf seiner Auslegung der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Danach gelten für die dort geforderten Vertretungen des „Volkes“ in den Ländern, Kreisen und Gemeinden dieselben Prinzipien der Volkssouveränität, der Demokratie und des demokratischen Wahlverfahrens, die in Art. 20 Abs. 2 für das Bundesvolk niedergelegt sind. Dadurch werde „für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage (gewährleistet)“¹⁰⁷. Ausländer sind danach auf allen Ebenen der territorialen Gliederung der Bundesrepublik ausgeschlossen.

Die postulierte Einheitlichkeit des demokratischen Legitimationssubjekts für die Volksvertretungen auf Bundes- und auf Landesebene mag auf den ersten Blick plausibel erscheinen, da es sich immerhin jeweils um staatliche Ebenen handelt. Freilich gibt es auch hier Zweifel angesichts des jeweils originären Charakters der Staatlichkeit von Bund und Ländern¹⁰⁸ und der Tatsache, dass jedenfalls bis 1994 das Grundgesetz noch von der Existenz einer Staatsangehörigkeit in den Ländern ausging (Art. 74 Nr. 8 GG a.F.). Das bleibe hier dahingestellt. Denn jedenfalls ist die Einbeziehung der Gemeinden in diesen einheitlichen Volksbegriff wenig überzeugend.

Art. 28 bildet keine „Fortsetzung des Föderalismus auf örtlicher Ebene“¹⁰⁹. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Gemeinden von jeglicher „Mitwirkung ... in der staatlichen Sphäre, insbesondere in Verfassungsorganen des Bundes oder der Länder“ ausgeschlossen sind¹¹⁰. Die einheitliche Verwendung des Begriffes „Volk“ für Länder, Kreise und Gemeinden in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, die das Gericht als Indiz dafür ansah, dass jeweils das deutsche Volk gemeint sei, wird durch die Erwägung entwertet, dass offenbar doch gemeint ist, dass in den Ländern, Kreisen und Gemeinden das „jeweilige Volk“ eine Vertretung haben müsse, ohne dass damit bereits gesagt ist, wie sich diese jeweiligen Völker zusammensetzen. Der Begriff des Volkes gewinnt erst durch den jeweiligen Kontext einen klaren Inhalt.

Wenn Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG vom Volk in den Gemeinden, d.h. dem Gemeindevolk spricht, so ergibt sich erst aus den Regeln über die Zugehörigkeit zu einer Gemeinde, wer zum Gemeindevolk gehört. Es ist jedenfalls nicht ohne Weiteres einleuchtend, dass das Gemeindevolk nichts anderes sein soll als das auf dem Gemeindegebiet ansässige Staatsvolk. Denn zum einen unterliegen die Gemeinden nach dem Grundgesetz der Jurisdiktion der Länder, die damit – im Rahmen der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 – die Definitionsherrschaft über ihre territoriale Gliederung und die jeweiligen personellen Zugehörigkeiten innehaben; zum anderen genießen die Gemeinden aber auch aufgrund des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG durch das Grundgesetz selbst einen besonderen Status, der eine umstandslose Gleichschaltung mit den staatsorganisatorischen Strukturen des Bundes und der Länder ausschließt.

¹⁰⁷ BVerfGE 83, 37 [53].

¹⁰⁸ Vgl. A. Dittmann Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität, in Handbuch des Staatsrechts. Band VI: Bundesstaat. (hrsgg. v. J. Isensee). Heidelberg 2008, § 127, S. 201-230, Rdnrn. 1, 9 f.

¹⁰⁹ So zutr. Püttner Kommunale Selbstverwaltung, in Handbuch des Staatsrechts (hrsgg. v. J. Isensee/P. Kirchhof). Band VI: Bundesstaat. 3. Aufl. Heidelberg 2008, § 144, Rdnr. 3.

¹¹⁰ Püttner, a.a.O., Rdnr. 77.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“. Bezeichnenderweise wird von der „örtlichen Gemeinschaft“, nicht von den Angelegenheiten des gebietlichen Wirkungskreises gesprochen. Das hätte nahegelegen, wenn die Gemeinden lediglich durch ihre Eigenschaft als Gebietskörperschaft ohne Hinweis auf die sozialstrukturellen Eigenheiten des gemeindlichen Lebens gekennzeichnet worden wären.

Wenn von der örtlichen „Gemeinschaft“ die Rede ist, dann ist die Gemeinde als ein durch die Gemeinsamkeit der lokalen Nähe gekennzeichnetes soziales Verhältnis von Menschen charakterisiert, nicht als gebietlicher Herrschaftsverband (wie der Staat). Die Gemeinde ist eine soziale Formation, die durch die physische Nähe und die daraus resultierenden vitalen Bedürfnisse, Konflikte und Verkehrsformen der Menschen gekennzeichnet ist. Die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ lassen sich nicht auf „Angelegenheiten des gebietlichen Wirkungskreises“ reduzieren, in denen die Menschen lediglich als abstrakte Individuen vorkommen. Die örtliche Gemeinschaft „darf nicht nur geographisch verstanden werden, sondern hat auch einen soziologisch-politischen Gehalt“¹¹¹.

Andererseits sind die modernen Gemeinden auch „nicht mehr Bürgergemeinden, in denen das Bürgerrecht in einem besonderen Verfahren erworben werden muß ..., sondern Einwohnergemeinden, in denen alle Einwohner die gleichen Rechte genießen, insbesondere das Recht auf Benutzung der gemeindlichen Einrichtungen“¹¹². Deshalb verortet Art. 28 Abs. 2 GG die Gemeinden auch nicht, wie das BVerfG zutreffend feststellt, im Dualismus von Staat und Gesellschaft „in Abwehrstellung gegenüber dem Staat“¹¹³. Vielmehr konstituiert diese Verfassungsgarantie sie als ein von der hierarchischen allgemeinen Staatsorganisation verschiedenes Element der organisierten Staatlichkeit. Kommunale Selbstverwaltung wird konzipiert als „dezentralisiert-partizipative Verwaltung mit eigenem Legitimationssystem, das der Bürgernähe, Überschaubarkeit, Flexibilität und Spontaneität verbunden sein soll“¹¹⁴.

Die Besonderheit der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ gegenüber der staatlichen Sphäre hat das Bundesverfassungsgericht durch die Hervorhebung ihrer doppelten Funktion folgendermaßen bestimmt:

„Einerseits ist die gemeindliche Allzuständigkeit gegen den *Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik* abzugrenzen ... andererseits der grundgesetzlich gewollten Teilnahme der Bürger an der öffentlichen Verwaltung ihr Betätigungsfeld zuzuordnen. Hiernach sind Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben ..., die also den *Gemeindeeinwohnern* gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das

¹¹¹ Schriftsatz E. Schmidt-Jortzig für die Landesregierung Schleswig-Holstein in dem Verfahren der Normenkontrolle des schleswig-holsteinischen Kommunalwahlgesetzes, in Isensee/Schmidt-Jortzig (Fn. 82), S. 226.

¹¹² Püttner (Fn. 109), Rdnr. 57.

¹¹³ BVerfGE 83, 37 [54].

¹¹⁴ E. Schmidt-Aßmann/ H. C. Röhl Kommunalrecht, in Besonderes Verwaltungsrecht (hrsgg. v. E. Schmidt-Aßmann) 14. Aufl., Berlin 2008, S. 9-125, Rdnr. 8.

Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen
...¹¹⁵.

Es trifft also zu, dass die Gemeinden kraft ihrer Allzuständigkeit für die örtliche Gemeinschaft und der offenen und unbestimmten Allgemeinheit ihrer Angehörigen eine strukturelle Ähnlichkeit mit dem Staat aufweisen¹¹⁶. Dies erklärt auch, warum Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG für die Regelung ihrer Angelegenheiten die Legitimation durch eine demokratisch gewählte Vertretung ihres „Volkes“ vorsieht. Aber dieses „Volk“ ist ein durch gemeinsame Einwohnerschaft und gemeinsames Betroffensein von den Problemen des physischen Zusammenlebens definiertes „Volk“, d. h. ein aus der Einwohnerschaft bestehendes Gemeindevolk¹¹⁷, dessen Regelungsprobleme abgegrenzt sind vom „Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik“ in der staatlichen Sphäre. Einwohnerschaft aber ist „von Staatsangehörigkeitsaspekten und anderen Nicht-Wohnsitz-Momenten genuin unabhängig“¹¹⁸.

Ein Indiz dafür, dass sich das staatlich und das gemeindlich definierte „Volk“ voneinander unterscheiden, ist im Übrigen die Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 1 ParteienG, wonach Parteien i.S. des Art. 21 GG nur solche Vereinigungen von Bürgern sind, die „an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen“. Gestaltung der kommunalen Angelegenheiten ist danach nicht mit der „politischen Willensbildung des Volkes“ i.S. des Art. 21 Abs. 1 GG gleichzusetzen, weil offenbar die staatliche Sphäre – der „Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik“ – nach dem Grundgesetz einer anderen Organisations- und Legitimationslogik folgt als die der örtlichen Angelegenheiten. Das BVerfG hat den Ausschluss der kommunalen Willensbildung von der durch Art. 21 GG geregelten politischen Willensbildung des Volkes in verschiedenen Entscheidungen bestätigt und festgestellt, dass „Gruppen, die sich in ihrer Tätigkeit auf die kommunale Ebene beschränken – sogenannte Rathausparteien – keine politischen Parteien im Sinne von Art. 21 GG (sind)“¹¹⁹.

III. Die Bedeutung des kommunalen Wahlrechts für ausländische Unionsbürger (Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG)

Mit einer kurzen, nicht näher begründeten Bemerkung ging das BVerfG in dem Urteil zum schleswig-holsteinischen Wahlgesetz auch auf eine mögliche zukünftige Entwicklung ein. Es gab im Jahre 1990 bereits Pläne, auf der Ebene der später in Europäische Union umbenannten Europäischen Gemeinschaft eine Unionsbürgerschaft und das kommunale Wahlrecht für Unionsbürger an ihrem jeweiligen Wohnsitz in einem EG-Mitgliedstaat außerhalb ihres Heimatstaates einzuführen. Darauf bezog sich das BVerfG mit dem Satz:

¹¹⁵ BVerfGE 79, 127 [151 f.] – Hervorhebungen hinzugefügt, UKP; vgl. auch Schmidt-Jortzig (Fn. 97), S. 226/7

¹¹⁶ BVerfGE 83, 37 [54 f.]; Faber in AK-GG, 2. Aufl. 2002, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2, Rdnr. 28.

¹¹⁷ So zutr., wenn auch mit z.T. abweichender Begründung, Faber in AK-GG, 2. Aufl. 2002, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2, Rdnr. 28.

¹¹⁸ Schmidt-Jortzig (Fn. 111), S. 222.

¹¹⁹ BVerfGE 6, 367 [372 f.]; vgl. auch 69, 92 [104]; 78, 350 [358 f. 362]; 85, 264 [328].

„Daraus [scil. aus der Unvereinbarkeit des kommunalen Ausländerwahlrechts mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG - UKP] folgt nicht, daß die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörtert Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art. 79 Abs. 3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein kann“¹²⁰

Wenig später, nämlich durch den am 1. November 1993 in Kraft getretenen „Vertrag über die Europäische Union“ vom 7. Februar 1992 (Maastricht-Vertrag) wurde die Institution der Unionsbürgerschaft auch tatsächlich geschaffen. Zu den daran geknüpften Rechten gehört das im damaligen Art. 8b Abs. 1 EG-Vertrag (heute: Art. 20 Abs. 2 b des „Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ [AEUV]¹²¹) niedergelegte kommunale Wahlrecht für Unionsbürger in ihrem jeweiligen EU-Wohnsitzland. Durch das Änderungsgesetz zum Grundgesetz vom 21. Dezember 1992 (BGBl. S. 2086) wurde daraufhin in Art. 28 Abs. 1 GG folgender Satz 3 eingefügt:

„Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.“

Damit hatte der verfassungsändernde Bundesgesetzgeber in Deutschland ein kommunales Ausländerwahlrecht eingeführt. Im Hinblick auf das den Unionsbürgern eingeräumte Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und niederzulassen (Art. 20 Abs. 1 AEUV) stellte dieses Recht eine Konkretisierung des die Europäischen Verträge beherrschende Verbotes der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Folgerichtig finden sich die Unionsbürgerschaft und die daran geknüpften Rechte einschließlich des kommunalen Wahlrechts am Wohnsitzort im AEUV am Anfang des Zweiten Teils, überschrieben mit „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“ (Art. 18 ff.). Dementsprechend sehen Art. 20 Abs. 2 b, 22 Abs. 1 AEUV vor, dass bei der Wahrnehmung des kommunalen Wahlrechts für Unionsbürger dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats. Das gilt auch für etwaige Regelungen über die Mindestzeit der Wohnsitzdauer¹²². Mit anderen Worten, jegliche wahlrechtliche Ungleichbehandlung von Deutschen und ausländischen Unionsbürgern gilt europarechtlich als eine verbotene Diskriminierung der Ausländer.

1. Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG als Öffnungsklausel für die gleitende Erweiterung des gemeindlichen Volksbegriffs

Diese innerstaatlich durch Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG vollzogene Rechtsänderung hat weittragende Implikationen für die Argumentation des BVerfG zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Ausländerwahlrechts. Zunächst folgt aus Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG, dass die unter Mitwirkung von ausländischen Unionsbürgern gewählten Organe Vertretungen des Gemeindevolkes i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sind. Unzweifelhaft handelt es sich dabei nicht um eine Vertretung des „deutschen

¹²⁰ BVerfGE 83, 37 [59].

¹²¹ vom 13. Dezember 2007 (ABl. V. 9. 5. 2008, C 115/47).

¹²² Vgl. „Richtlinie 94/80/EG des Rates vom 19. Dezember 1994 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen“, (ABl. L 368 vom 31.12.1994, S. 38).

Volkes“ in der jeweiligen Gemeinde, da das Elektorat aus Deutschen und Ausländern zusammengesetzt ist. Auf der Grundlage der Argumentation des BVerfG könnte man daraus schließen, dass die Wahlberechtigung ausländischer Unionsbürger zu den Volksvertretungen in den Kreisen und Gemeinden lediglich eine durch Art. 23 Abs. 1 GG gerechtfertigte Ausnahme von dem nach wie vor gültigen Prinzip darstellt, dass die Vertretung des Volkes i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die Vertretung des deutschen Volkes sei.

Die Ausnahme würde nicht etwa darin bestehen, dass das Volk in den Gemeinden – das ja nach der Prämisse das deutsche Volk sein muss – keine gewählte Vertretung haben muss, sondern darin, dass das Volk neben Deutschen auch Ausländer einschließt. Damit erhält der Volksbegriff des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG eine Erweiterung um diejenigen Ausländer, die Staatsangehörige eines Mitgliedsstates der EU sind¹²³. Mit jedem Schritt der Erweiterung der EU um neue Mitgliedstaaten erweitert sich damit auch der Kreis der potentiell in deutschen Kreisen und Gemeinden wahlberechtigten Ausländer und damit des Volkes in den Gemeinden. Dies folgt aus dem Verfahren der Aufnahme neuer Mitglieder in die EU.

Gemäß Art. 49 des „Vertrages über die Europäische Union (EUV)“ erfolgt die Aufnahme neuer Mitgliedstaaten nach einem einstimmigen Beschluss des Rates im Wege von Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten und dem antragstellenden Staat; diese Abkommen bedürfen der Ratifikation durch alle Vertragsstaaten gemäß deren verfassungsrechtlichen Vorschriften. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG verlangt ein verfassungsänderndes Gesetz nur für Änderungen der vertraglichen Grundlagen der EU und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden. Diese Voraussetzungen liegen bei den Beitrittsabkommen nicht vor; weder werden durch sie die vertraglichen Grundlagen der EU verändert, noch enthalten sie Regelungen, durch die das Grundgesetz geändert oder ergänzt wird. Für die Eröffnung des kommunalen Wahlrechts für die Bürger der neu aufgenommenen Mitgliedstaaten enthält Art. 28 Abs. 1 Satz 3 den notwendigen verfassungsmäßigen Rahmen. Durch das gem. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zu erlassende Vertragsgesetz, dessen Verabschiedung gem. Art. 42 Abs. 2 GG lediglich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erfordert, kann mithin das Substrat des „Volkes“ i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG durch einfaches Gesetz, mit dem berühmten „Federstrich des Gesetzgebers“ in auch quantitativ erheblichem Umfang im Wege einer pauschalen „Quasi-Masseneinbürgerung“ verändert werden.

Folgt man der in den hier erörterten Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht dargelegten Argumentation, so führt diese Erweiterung des Volksbegriffs in ein Dilemma. Trifft deren Behauptung eines für alle Ebenen einheitlichen Volksbegriffs zu, dann bedeutet das, dass durch Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG auch der Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 erweitert worden ist. Tatsächlich vertritt Scholz die Auffassung, dass die Ergänzung des Art. 28 Abs. 1 um das Wahlrecht für ausländische Unionsbürger den

¹²³ So etwas vage, aber im Ergebnis zutr. S. Hobe "Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht. Auf dem Weg zum Europäischen Bundesstaat?", in *Der Staat* 32 (1993), S.245-268 [262]; vgl. Scholz in *Maunz/Dürig Komm. z. GG Art. 28 Rn. 41d* (Lfg. 32 Oktober 1996); Böckenförde, *Art. Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 28; Schmidt-Aßmann, *AöR* 116 (1991), 329 (351).

Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 „in zwar nicht unwesentlicher, zugleich aber doch auch nur begrenzter, vor allem aber nicht identitätsbedrohender Weise modifiziert“¹²⁴ habe. Dann müsste er allerdings auch die Konsequenz ziehen, dass dann auch ausländische Unionsbürger zur Bundestags- und zu Landtagswahlen zugelassen werden müssen (bezüglich der Zulassung zu Landtagswahlen vgl. unten C. III. 3). Denn dass die Modifizierung „nicht unwesentlich“, aber doch auch „nicht identitätsbedrohend“ sei, ändert nichts daran, dass mit Art. 28 Abs. 1 Satz 3 die Brücke für eine einfachgesetzliche Ausländerwahlberechtigung jenseits der Einbürgerung errichtet worden ist. Wie soll bestimmt werden, wann die Schwelle von „nicht unwesentlich“ zu „identitätsbedrohend“ überschritten ist? Beim möglichen EU-Beitritt der Türkei, oder bereits bei dem ebenso möglichen Beitritt Serbiens, oder des Kosovo? Erstaunlicherweise übergehen die Vertreter dieser Auffassung von der Einheitlichkeit des Volksbegriffs diese Implikationen. Wollen sie ihnen entgehen, müssten sie anerkennen, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG jedenfalls einen für die Gemeinden erweiterten Volksbegriff nun auch explizit kodifiziert hat, der sich bei richtiger Auslegung des Grundgesetzes ohnehin bereits aus Art. 28 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1 ergab. Die Klarstellung war offenkundig durch die mit dem Maastricht-Vertrag eingegangene völkerrechtlichen Verpflichtung zur Einführung des kommunalen Wahlrechts für ausländische Unionsbürger (jetzt: Art. 20 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union [AEUV]) veranlasst.

Kommentar [ukp1]:

2. Folgen für die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG

Doch erschöpft sich die Bedeutung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 nicht darin, einen gegenüber Art. 20 Abs. 2 Satz 1 eigenständigen Volksbegriff in Art. 28 explizit zu machen. Diese Regelung hat eine darüber hinausgehende verfassungsstrukturelle Bedeutung.

Sie hat zunächst, wie dargelegt, die Schleuse für die erwähnte einfachgesetzliche kollektive und in größeren Städten auch massenhafte Ausweitung des kommunalen Wahlvolkes eröffnet, die in einem auffälligen Kontrast zu dem individualrechtlich geprägten Staatsangehörigkeitsrecht steht, das das BVerfG seinerzeit als einzigen Weg der verfassungsgemäßen Erweiterung des kommunalen Wahlvolkes ansah¹²⁵. Unabhängig von individuellen Einbürgerungsvoraussetzungen wie ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache oder Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse in Deutschland¹²⁶ besteht das kommunale Wahlrecht unterschiedslos für alle in einer Gemeinde ansässigen ausländischen Unionsbürger unter denselben Bedingungen wie für deutsche Einwohner. Mit dieser Ergänzung des Art. 28 Abs. 1 um den neuen Satz 3 hat die Bundesrepublik auch für ihre eigene innere Ordnung eine wichtige Konsequenz aus der in den Art. 23 bis 25 festgelegten konstitutionellen Offenheit des Grundgesetzes gegenüber der internationalen Gemeinschaft gezogen, indem sie das Prinzip der demokratischen Selbstbestimmung ein Stück weit der „postnationalen Konstellation“ (Habermas) angepasst hat.

¹²⁴ Scholz in Maunz/Dürig (Fn. 60), Art. 28 Rdnr. 41d.

¹²⁵ BVerfGE 83, 37 [52]; so auch weiterhin Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip (Fn. 16), Rdnr. 28.

¹²⁶ § 10 Abs. 1 StaatsangehörigkeitsG

Kaum weniger bedeutsam ist die mit der Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts für Unionsbürger einhergehende Veränderung des Homogenitätsgebotes des Art. 28 Abs. 1 Satz 1. Dieser Satz steht in engem Zusammenhang mit Satz 2 dieses Absatzes. Im Schleswig-Holstein-Urteil des BVerfG heißt es dazu:

„Bezüglich der Wahlen zu den Vertretungen des Volkes in den Gemeinden und Kreisen eröffnet ... Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG dem Landesgesetzgeber einen Spielraum nur in den Grenzen des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Der erste Satz dieser Vorschrift wird durch den zweiten ergänzt; dieser bestimmt für seinen Regelungsgegenstand das zu wählende Minimum an Homogenität“¹²⁷.

Mit anderen Worten: Ist einmal anerkannt, dass der Volksbegriff des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 von dem des Art. 20 Abs. 2 gelöst worden ist und eine diesem gegenüber weitere Bedeutung angenommen hat, dann verändern sich damit auch die Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 an die Homogenität der Demokratie jedenfalls in den Kreisen und Gemeinden, möglicherweise aber auch in den Volksvertretungen der Länder (s. dazu unten subC. III. 3.). Homogenität verlangt in dem hier erörterten Zusammenhang des Ausländerwahlrechts nach der Rechtsprechung des BVerfG die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland¹²⁸. Dieses behauptete Erfordernis stellt somit eine Sperre für die Ausübung der Verfassungsautonomie der Länder im Sinne der Erweiterung des Volksbegriffs auf der Landes- und Gemeindeebene dar. Ohne diese Sperre könnte das demokratische Prinzip in den Ländern durchaus recht unterschiedliche Ausgestaltungen erfahren, denn das Homogenitätsgebot verlangt, wie oben erwähnt (B. II.), keine Uniformität mit dem Grundgesetz. Denn „es gibt kaum einen verfassungsrechtlichen Begriff, dem so unterschiedliche Deutungen gegeben werden wie dem der Demokratie“¹²⁹.

Nun ist aber die Übereinstimmung der Volksbegriffe des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 – das ist der Kern des Gebots der Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage – durch zeitlich nach den Urteilen des BVerfG vom 31. Oktober 1990 erfolgte Verfassungsänderung beseitigt worden. Die dargelegte Trennung der Volksbegriffe in Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 Satz 2 als Konsequenz des im Jahre 1992 in Art. 28 Abs. 1 eingefügten neuen Satzes 3 hat zur Folge, dass nun je verschiedene demokratische Legitimationskörper für die Ausübung öffentlicher Herrschaft auf Bundes- und auf kommunaler Ebene existieren und wirksam sind. Damit hat das Grundgesetz selbst die Voraussetzung für das Postulat der Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage für alle Stufen der öffentlichen Gewalt beseitigt. Es kann folglich auch nicht als Maßstab für die Homogenitätsanforderung des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG fungieren.

Mit Blick auf Art. 28 Abs. 1 Satz 3 kann an dessen Stelle aber auch nicht das Gebot an die Länder treten, in ihren Kommunalwahlgesetzen außer den Deutschen nur jenen Ausländern das Wahlrecht zu gewähren, die zugleich Unionsbürger sind. Angesichts

¹²⁷ BVerfGE 83, 37 [58].

¹²⁸ BVerfGE 83, 37 [53, s. a. 55].

¹²⁹ K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Neudr. der 20. Aufl. Heidelberg 1999, Rdnr. 127.

der oben (C. III. 1.) dargelegten Fluidität und Offenheit dieses Personenkreises, der im Gefolge von Erweiterungen der EU jederzeit durch einfaches (Vertrags-)Gesetz vergrößert werden kann, kann schwerlich von einem Strukturmerkmal gesprochen werden, das ein solches Gewicht hat, dass es die Verfassungsautonomie der Länder einzuschränken vermag. Im Lichte des Postulats der Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage im gesamten Staatsaufbau (eingeschlossen die Kreise und Gemeinden) ist die Frage, welche Kategorie von Ausländern den Volksbegriff des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG erweitern, ein Detail ohne strukturelle Bedeutung. Strukturell bedeutsam ist allein, dass Ausländer in Deutschland von Verfassungs wegen auf kommunaler Ebene wahlberechtigt sind.

Auch inhaltlich ist die Verengung der Homogenitätsanforderung des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 darauf, dass die Erweiterung des Volksbegriffs des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 auf EU-Ausländer beschränkt ist, nicht überzeugend. Denn diese Begrenzung liegt nicht darin begründet, dass Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten etwa a priori den Deutschen näher stünden, d.h. ihnen weniger fremd wären als Ausländer aus Drittstaaten; der Grund liegt allein in der völkerrechtlichen Verpflichtung, allen Ausländern unabhängig von ihrer kulturellen Nähe oder Ferne das kommunale Wahlrecht zu geben, weil sie als Staatsangehörige eines EU-Mitgliedsstaates Unionsbürgerinnen und -bürger sind. Wer heute noch Drittstaatler ist – wie z.B. kosovarische, serbische oder türkische Staatsangehörige – kann je nach dem Stand des Prozesses der Erweiterungsverhandlungen morgen zum wahlberechtigten Unionsbürger werden. Die Beschränkung der Ausweitung des Volksbegriffs in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 auf ausländische Unionsbürger ist daher unabgeschlossen und macht die Unterscheidung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatlern in vielen Fällen zu einer Frage des Datums.

Dieser offene, z.T. auch von politischen Konstellationen abhängige Charakter des Status der Unionsbürgerschaft relativiert mithin im Zusammenwirken von Art. 49 EUV (Beitrittsverfahren) und Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG die Unterschiede zwischen Inländern, EU-Ausländern und Drittstaatlern. Vor allem dürfte damit das Prinzip der minderen Rechtsstellung von Ausländern in der kommunalen Demokratie – eine Konsequenz der Tradition der national geschlossenen Demokratie – erheblich geschwächt worden sein. Denn was gestern (nach tradiertem, national-demokratischem Staatsrecht) noch eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Ausländern war, kann morgen schon den Tatbestand einer verbotenen Diskriminierung derselben Ausländer nach Art. 18 AEUV¹³⁰ erfüllen. Auch daran lässt sich unschwer erkennen, dass die strukturell relevante Implikation des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 in dem Zerschneiden der Einheit der demokratischen Legitimationskette für alle Formen öffentlicher Herrschaft vom Bund bis zur kleinsten Gemeinde und zu Gemeindebeiräten liegt. Das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1, wonach die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen muss, verlangt daher keine Übereinstimmung des Volksbegriffs des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 mit dem des Art. 20 Abs. 2.

¹³⁰ Art. 18 AEUV lautet: „Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“.

3. Zulässigkeit des Wahlrechts von ausländischen Unionsbürgern zu den Landtagen

Nach der gegenwärtigen Rechtslage haben ausländische Unionsbürger nicht nur in der Freien Hansestadt Bremen, sondern in allen Bundesländern das Wahlrecht nur zu den gemeindlichen Volksvertretungen, in Bremen zur Stadtbürgerschaft (§ 1 Abs. 1a bremWahlG). Ein Wahlrecht zu den Landtagen hat nicht nur das BVerfG in den hier erörterten Urteilen vom 31. Oktober 1990 ausgeschlossen; ein verfassungsrechtliches Hindernis scheint vor allem auch die nach 31. Oktober 1990 geschaffene Regelung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG darzustellen, durch die das kommunale Wahlrecht für ausländische Unionsbürger Ende 1992 in Deutschland eingeführt wurde¹³¹. Aus dem Satz könnte gefolgert werden, dass das Wahlrecht für ausländische Unionsbürger *nur* für die kommunalen Volksvertretungen gilt und als eine Ausnahme von der Regel, dass generell zu Volksvertretungen in Deutschland nur deutsche Staatsangehörige und Deutsche i.S. des Art. 116 Abs. 1 GG wahlberechtigt seien, eng auszulegen sei.

Diese Auslegung wird jedoch der verfassungssystematischen Stellung und Funktion des Art. 28 nicht gerecht. Art. 28 Abs. 1 und 2 legen Pflichten der Länder fest, die ihren ureigenen Verfassungsraum betreffen. Angesichts des in Art. 30 GG niedergelegten Prinzips, dass die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt, sind diese Einwirkungen des Bundes auf die Verfassungsangelegenheiten der Länder als Ausnahmen eng auszulegen. In einer grundlegenden Entscheidung des BVerfG zu diesem Komplex heißt es u.a.:

„Das Eigentümliche des Bundesstaates ist, daß der Gesamtstaat Staatsqualität und daß die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen. Das heißt aber, daß sowohl der Gesamtstaat als auch die Gliedstaaten je ihre eigene, von ihnen selbst bestimmte Verfassung besitzen. Und das wiederum heißt, daß die Gliedstaaten ebenso wie der Gesamtstaat in je eigener Verantwortung ihre Staatsfundamentalnormen artikulieren. ... Die Länder haben im Bundesstaat ... grundsätzlich das Recht, in ihre Verfassung nicht nur Staatsfundamentalnormen aufzunehmen, die das Bundesverfassungsrecht nicht kennt, sondern auch Staatsfundamentalnormen, die mit den entsprechenden Staatsfundamentalnormen der Bundesverfassung nicht übereinstimmen. Nur ein *Mindestmaß* an Homogenität der Bundesverfassung und der Landesverfassungen ist gefordert ...“¹³².

So formuliert Art. 28 Abs. 1 nur diejenigen Pflichten, die unter dem Gesichtspunkt der Verfassungshomogenität des Gesamtstaates unerlässlich sind. Dazu gehört ausweislich des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 nicht die Einheitlichkeit des Volksbegriffs in den Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 Satz 2. Für die Gemeinden lässt sich daraus die Zulässigkeit des Ausländerwahlrechts auch für Drittstaatler ableiten. Fraglich ist dagegen, ob auch die Erweiterung des kommunalen Wahlrechts für ausländische Unionsbürger auf die Landtagswahlen verfassungsrechtlich zulässig wäre. Denn im Gegensatz zu den Gemeinden, deren verfassungsrechtliche Definition als „örtliche Gemeinschaft“ eine besondere, von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 abweichende demokratische Legitimations-

¹³¹ Vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 21. 12. 1992 (BGBl. I S. 2086); Art. 28 Abs. 1 Satz 3 lautet: „Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.“

¹³² BVerfGE 36, 342 [360 f.] – Hervorhebung i.O.

grundlage von vornherein nahelegt, scheint ein solcher verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Länder zu fehlen. Eine genauere Analyse ergibt kein ganz eindeutiges Bild.

Vorab ist zu bemerken, dass aus der Sicht derjenigen, die von einem einheitlichen Volksbegriff in den Artikeln 20 und 28 ausgehen, die Erweiterung des Volksbegriffs in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 auch den Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 und in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 betrifft. Dann müsste, wie oben bereits bemerkt, für die Volksvertretung sowohl im Bund wie in den Ländern einheitlich ein um ausländische Unionsbürger erweiterter Volksbegriff gelten (s. oben C. III. 1). Die Konsequenz wäre dann die Zulässigkeit des Wahlrechts auch der in den Volksbegriff aufgenommenen ausländischen Unionsbürger zu den Landtagen und zum Bundestag. Diese Konsequenz wird jedoch unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 bestritten, obwohl es logisch schwer nachvollziehbar ist, je nach dem Grad der „Identitätsbedrohung“ dem einheitlichen Volksbegriff die ausländischen Unionsbürger zuzurechnen oder sie auszuschließen¹³³. Da der prozentuale Anteil an der jeweiligen Gesamtheit der Wahlberechtigten auf kommunaler Ebene am höchsten ist und sich auf Landes- und Bundesebene zunehmend verringert, würde damit auch die „Identitätsbedrohung“ geringer. Die These von der Einheitlichkeit des Volksbegriffs verfängt sich damit in einen weiteren Widerspruch.

Nach zutreffender Auffassung enthält das Grundgesetz je nach Kontext verschiedene Volksbegriffe als Grundlage des demokratischen Prinzips, so dass für die hier fragliche Ebene der demokratischen Legitimation der Landesstaatsgewalt die hierfür spezifischen Gesichtspunkte untersucht werden müssen:

Einerseits verlangt, wie mehrfach betont, das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG keine Uniformität der Verfassungsräume von Bund und Ländern; es erlaubt Abweichungen, durch die die Individualität der Länder und ihre unabgeleitete Eigenstaatlichkeit zum Ausdruck kommt. Auch spricht Satz 2 des Art. 28 Abs. 1 GG einheitlich von der Vertretung des Volkes „in den Ländern, Kreisen und Gemeinden“ – das könnte dafür sprechen, das „das Volk“ des Landes hinsichtlich seiner Repräsentation sich nicht grundsätzlich von dem Volk in den Gemeinden und in den Kreisen unterscheidet. Das würde bedeuten, dass es Teil der Verfassungsautonomie der Länder ist, den zu den Gemeindevertretungen ja bereits wahlberechtigten ausländischen Unionsbürgerinnen und –bürgern auch das Wahlrecht zum Landtag zu gewähren.

Nun ist zu bedenken, dass ein qualitativer Unterschied zwischen einem Land und seinen Gemeinden besteht und damit wohl auch zwischen den jeweiligen Volksvertretungen. Die Länder sind anders als die Gemeinden konstituierende Elemente des Gesamtstaates und als solche Mitglied des Bundesrates, den man neben Bundestag und Bundesregierung als ein politisches Führungsorgan des Bundes bezeichnen kann¹³⁴. Er ist m.a.W. ein nationales Verfassungsorgan, durch das gem. Art. 50 GG die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken. Im normalen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 77 GG hat der Bundesrat jedenfalls bei Zustimmungsgesetzen ein mit dem Bundestag gleichberechtigtes Mitbestimmungsrecht, im Falle des Gesetzgebungsnotstandes wird

¹³³ Scholz in Maunz/Dürig (Fn. 60), Rn. 41 d.

¹³⁴ So R. Herzog Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat, in Handbuch des Staatsrechts. Band III: Demokratie - Bundesorgane. 3. Aufl. Heidelberg 2005, § 57, S. 943 – 964, Rdnrn 33 ff.

er gar als Ersatz für den Bundestag gesetzgeberisch tätig (Art. 81 Abs. 2 GG). Diese Befugnisse und der ihnen entsprechende verfassungsrechtliche Status sprechen auf den ersten Blick dafür, dass die demokratische Legitimation des Bundesrates vom Volk i.S. des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitet sein muss. Die Legitimation des Handelns eines nationalen Verfassungsorgans mit gesamtstaatlichen Kompetenzen muss, so jedenfalls scheint die Verfassungslogik zu verlangen, in einer Verfassungsordnung, in der alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, in dem Willen der Nation gründen.

Allerdings kann das Handeln des Bundesrates begriffsnotwendig nicht durch das Bundesvolk legitimiert werden, da er aus Mitgliedern der Regierungen der Länder besteht (Art. 51 Abs. 1 GG) – die Legitimationsgrundlage der Landesregierungen aber bilden die jeweiligen Landesvölker, die die Landesparlamente wählen, die ihrerseits die Landesregierungen wählen. Die Landesvölker sind aber nicht lediglich territorial begrenzte, auf das jeweilige Land bezogene Teilmengen des einheitlichen Bundesvolkes – dem widerspricht die Eigenstaatlichkeit der Länder, die bis zur Grundgesetzänderung im Jahre 1994¹³⁵ sogar eine in Art. 74 Nr. 8 vorausgesetzte eigene Staatsangehörigkeit besaßen; ob die Streichung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz auch die Beseitigung des Instituts der Staatsangehörigkeit in den Ländern bedeutet, erscheint fraglich, ist hier aber nicht weiter zu verfolgen. Jedenfalls hat das Handeln des Bundesrates eine demokratische Legitimation durch die Völker der Bundesländer, nicht durch das Bundesvolk. Als Verfassungsinstitution ist er natürlich durch den *pouvoir constituant* der Bundesrepublik Deutschland geschaffen worden.

Diese Pluralität von Legitimationssubstraten des Bundesrates ist kein Mangel, sondern Konstruktionsmerkmal des in Art. 20 Abs. 1 GG angesprochenen demokratischen Bundesstaates. Jedenfalls geht die vom Bundesrat ausgeübte Staatsgewalt nicht „vom Volke“ aus, d.h. von der als Einheit gedachten Nation, sondern von den Landesvölkern aus. Wenn das so ist, dann stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche Anforderungen die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 für die Zusammensetzung der Landesvölker stellt. Das vom BVerfG postulierte Prinzip der Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage für alle Ebenen des Staatsaufbaus könnte zwar ein solches Erfordernis sein, doch müsste es dafür eine besondere Begründung geben. Denn wie wir gesehen haben, ist die umfassende Geltung dieses Prinzip für alle Ebenen des Staatsaufbaus bereits durch Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG erschüttert. Wenn das bundesstaatliche Prinzip eine Rechtfertigung auch darin findet, dass im föderalen Staatsaufbau Raum für Vielfältigkeit, kulturelle Eigenart, Selbständigkeit und die Freiheit zum politischen Experimentieren geschaffen wird¹³⁶, dann spricht das eher für die Auffassung, dass die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 die Freiheit der Länder bei der Gestaltung ihrer demokratischen Ordnung nicht einschränkt. Immerhin hat zu Recht niemand den von 1946 bis 1999 bestehenden bayerischen Senat, eine quasi-ständische Kammer, als Verstoß gegen das Homogenitätsgebot angesehen, obwohl er mit dem demokratischen Prinzip nichts zu tun hatte¹³⁷.

¹³⁵ Vgl. Grundgesetz-ÄnderungsG v. 27. 10. 1994, BGBl. I S. 3146.

¹³⁶ O. Kimminich Der Bundesstaat, in Handbuch des Staatsrechts (hrsgg. v. Isensee/Kirchhof). Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung. Heidelberg 1987, § 26, S. 1113-1149, Rdnrn. 22 ff.

¹³⁷ So zutr. Bryde im Schriftsatz des Landtags Schleswig-Holstein (Fn. 82), S. 244

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass die herrschende Meinung nicht zuletzt unter dem Einfluss der hier erörterten Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht an der Einheitlichkeit des Volksbegriffs jedenfalls auf der Ebene des Bundes und der Länder festhält¹³⁸. „Das demokratische Prinzip lässt es nicht beliebig zu, anstelle des Gesamtvolkes jeweils einer durch örtlichen Bezug verbundenen kleineren Gesamtheit von Staatsbürgern Legitimationskraft beizulegen“¹³⁹. Danach wäre dann die Einheitlichkeit der Staatsangehörigkeit von Bundesvolk und Landesvölkern Maßstab der Homogenitätsklausel. Das ließe sich damit begründen, dass das Zusammenwirken von Bund und Ländern auf der engen Verflechtung der föderalen Ebenen beruht, für die die Gemeinsamkeit der Staatsangehörigkeit gefordert ist. In der Tat ist die Bundesrepublik kein Bundesstaat, in dem unterschiedliche Nationen zu einem föderativen Verbund auf der Grundlage des Grundgesetzes miteinander verbunden sind, sondern trotz der Pluralität der konstituierenden Einheiten eine Nation. Das spricht für die Beschränkung auch der Landesvölker auf die deutschen Staatsangehörigen (einschließlich der Deutschen i.S. des Art. 116 Abs. 1 GG). Immerhin aber zeigt die weitgehend unangefochtene Verfassungsergänzung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3, dass eine analoge Grundgesetzänderung zu Gunsten eines Wahlrechts ausländischer Unionsbürger zu den Landtagen nicht an der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG scheitern würde¹⁴⁰.

Andererseits gibt es aber auch gravierende Gründe, die für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Wahlrechts für ausländische Unionsbürger zu den Landtagen sprechen. So kann nicht übersehen werden, dass das Grundgesetz den der EU angehörenden europäischen Nationen eine Sonderstellung einräumt. Sie sind nicht in derselben Weise Ausland wie jene Staaten, die der EU nicht angehören. Der hier ausführlich erörterte Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG ist nur ein Beispiel. Von zentraler Bedeutung ist Art. 23 Abs. 1 GG, der die „Verwirklichung eines vereinten Europas“ als Staatsziel konstitutionalisiert hat und damit das in der Präambel ausgedrückte Versprechen konkretisiert, „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ werden zu wollen. Zur Erfüllung dieses Staatszieles erlaubt das Grundgesetz weitgehende Beschneidungen der nationalen Souveränität, d.h. der nationalen Demokratie. Gem. den Sätzen 2 und 3 dieser Norm ermächtigt das GG die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU in einem Umfang, der auch Verfassungsänderungen bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG einschließt. Es sind m.a.W. z.T. tiefgreifende Wandlungen der Verfassungsstruktur der Bundesrepublik möglich, deren Verwirklichung vom politischen Willen der legitimierten Organe abhängig ist. Zugleich finden zunehmend Verflechtungen zwischen nationaler und europäischer Ebene statt, durch die auch die Länder über den Bundesrat in den europäischen Integrationsprozess einbezogen sind (vgl. Art. 23 Abs. 1a ff.). Wenn also ein Land den in seinem Gebiet ansässigen ausländischen Unionsbürgern das Wahlrecht zu seinem Landtag einräumen will, so realisiert es damit ein Stück weit einen bedeutsamen Sinngehalt des Instituts der Unionsbürgerschaft, nämlich die Aufhebung von Fremdheit unter den Bürgern der Mitgliedsstaaten. Das Institut der Unionsbürgerschaft beruht schließlich auf der Einsicht, dass in den Mitgliedslän-

¹³⁸ P. Kirchhof Der allgemeine Gleichheitssatz., in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. V. Heidelberg 1992, § 124, S. 837-972, Rdnr. 127; Dreier in H. Dreier Grundgesetz-Kommentar (Fn. 60), Art. 20, Rdnr. 84.

¹³⁹ E. Schmidt-Assmann "Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff", in AöR Bd. 116 (1991), S. 329-390 [350].

¹⁴⁰ So Schmidt-Assmann, a.a.O., S. 351.

dem dauerhaft Ausländer leben. Und dies nicht als bloße soziologische Faktizität, sondern als Folge der EU-weit geltenden Freiheiten der Freizügigkeit und der Niederlassung völkerrechtlich, europarechtlich und verfassungsrechtlich anerkannt. Auch wenn die ausländischen Unionsbürger in der Regel ihr Wahlrecht zu den nationalen Parlamenten ihrer jeweiligen Heimatstaaten behalten, sie dort politisch mitbestimmen können und insofern ein Wahlrecht zum nationalen Parlament ihres Aufenthaltslandes nicht dringlich erscheint, bleiben sie in Deutschland auf der hier bestehenden gliedstaatlichen Ebene politisch entmündigt.

Wenn daher ein Land in Erfüllung des Integrationsauftrages des Art. 23 Abs. 1 GG den in ihm nicht nur vorübergehend ansässigen ausländischen Unionsbürgern das Wahlrecht zu seinem Landtag gewährt, so beschädigt es jedenfalls nicht die Verfassungsidentität des Grundgesetzes. Denn diese besteht nicht in der nationalen Identität der Deutschen, sondern in ihrer Selbstbeschreibung als „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“, an dessen Verwirklichung es mitwirkt. Auf der Gemeindeebene schließt die Verfassung den aus dem EU-Ausland zugewanderten Fremden als ausländischen Mitbürger positiv-rechtlich bereits heute in das politische Gemeinwesen ein. Mag ein weiterer Schritt hin zum Wahlrecht auf gesamtstaatlicher Ebene auch zu groß sein, demokratiepolitisch nicht vordringlich und vor allem auch verfassungsrechtlich noch einmal gesondert zu bewerten, so erscheint nicht zuletzt im Lichte der Tendenz zu regionaler Identitätsbildung der Schritt vom kommunalen Wahlrecht für ausländische Unionsbürger zum Landtagswahlrecht keiner zu sein, der die Grundfesten des bundesrepublikanischen Verfassungssystems sprengt. Im Rahmen der Verfassungsautonomie der Länder erscheint eine landesrechtliche Einführung des Wahlrechts ausländischer Unionsbürger zum Landtag daher vertretbar und zulässig.

D. Die Verfassungsmäßigkeit der Ausweitung des Ausländerwahlrechts in der Freien Hansestadt Bremen

I. Wahlrecht von Drittstaatlern zu den Ortsbeiräten der Stadtgemeinde Bremen

Wie oben (B. II.) dargelegt, sind die nach dem bremischen Ortsbeirätegesetz¹⁴¹ gebildeten Beiräte durch Gemeindegesetz gebildete örtlich gewählte Bezirksvertretungen mit relevanten Entscheidungsbefugnissen. Sie sind Organe der dezentralisierten Stadtteilverwaltung der Stadtgemeinde Bremen i.S. des Art. 145 Abs. 2 der bremischen Landesverfassung und kommunale Volksvertretungen i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG.

Wahlberechtigt zu den Beiräten sind alle Personen, die gem. § 1 des Bremischen Wahlgesetzes (bremWahlG) an der Wahl zur Bürgerschaft teilnehmen können, d.h. Deutsche sowie ausländische Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die das 16. Lebensjahr vollendet haben und seit mindestens drei Monaten im Beiratsbereich wohnhaft sind (§ 3 OrtsbeiräteG). Die Wahlberechtigung der ausländischen Unionsbürgerinnen und –bürger ergibt sich aus der Regelung des § 1 Abs. 1a bremWahlG, die sich

¹⁴¹ Ortsgesetz über Beiräte und Ortsämter Vom 2. Februar 2010 (Brem.GBl. S. 130).

nur auf die Stadtbürgerschaft bezieht. Wählbar zu den Beiräten ist jede nach § 3 wahlberechtigte Person, die am Wahltag das 18. Lebensjahr vollendet hat und seit mindestens drei Monaten im jeweiligen Beiratsbereich wohnhaft ist (§ 4 OrtsbeiräteG). Ausländerinnen und Ausländer aus sog. Drittstaaten, d.h. nicht der Europäischen Union angehörender Staaten, die die übrigen Voraussetzungen des aktiven und des passiven Wahlrechts erfüllen, sind damit von diesem Wahlrecht ausgeschlossen.

Eine Erweiterung des aktiven und passiven Wahlrechts auf diese Drittstaatler wird zunächst nicht durch Art. 66 BremLV ausgeschlossen¹⁴². Dieser Artikel normiert die Konstituierung der Landesstaatsgewalt durch das Landesvolk. Er betrifft nicht die demokratische Legitimation der kommunalen Hoheitsgewalt. Diese wird in den Artikeln 144 und 145 LV geregelt. Die dort geregelten Rechte der Verfassungsautonomie und der Selbstverwaltung (Art. 144) und der Bildung von Bezirksvertretungen (Art. 145 Abs. 2) enthalten keine Einschränkungen hinsichtlich der Wahlberechtigung zu den gemeindlichen Organen. Art. 148 Abs. 1 LV sieht die Wahrnehmung der Selbstverwaltungsfunktionen der Stadtgemeinde Bremen durch die Bürgerschaft und den Senat der Freien Hansestadt Bremen vor. Art. 148 Abs. 1 LV lautet:

„(1) Sofern nicht die Stadtgemeinde Bremen gemäß Artikel 145 durch Gesetz etwas anderes bestimmt, sind die Stadtbürgerschaft und der Senat die gesetzlichen Organe der Stadtgemeinde Bremen. Auf die Verwaltung der Stadtgemeinde Bremen sind in diesem Falle die Bestimmungen dieser Verfassung über Volksentscheid, Bürgerschaft und Senat entsprechend anzuwenden. Die Stadtbürgerschaft besteht aus den von den stadtbremischen Wählern mit der Wahl zur Bürgerschaft im Wahlbereich Bremen gewählten Vertretern.“

Da die Stadtgemeinde von dem in Satz 1 genannten Recht der Bildung einer eigenständigen Gemeindeordnung keinen Gebrauch gemacht hat, gelten für die Wahl zur Stadtbürgerschaft die Regelungen des BremWahlG zur Bürgerschaft mit der Maßgabe, dass, wie erwähnt, gem. § 1 Abs. 1a für die Wahl zur Stadtbürgerschaft ausländische Unionsbürgerinnen und –bürger aktiv und passiv wahlberechtigt sind.

Durch diese Verknüpfung von Landtags- und Stadtbürgerschaftswahl im BremWahlG wird nicht die für das Land geltende Regelung demokratischer Legitimation des Art. 66 zum Maßstab für die Organe der Stadtgemeinde Bremen. Durch die Regelung des Art. 148 Abs. 1 LV soll die rechtliche Selbständigkeit der Stadtgemeinde Bremen nicht gemindert werden. Ihre Rechte nach Art. 144 und 145 LV finden ihre Schranken allein in der Landesverfassung und in den Gesetzen. Keine dieser beiden Rechtsquellen enthält Vorgaben für die Bestimmung des Kreises der Wahlberechtigten zu den kommunalen Organen. Insbesondere sieht die Landesverfassung kein Gebot eines einheitlichen Legitimationssubstrats für die Landes- und die Gemeindeebene vor. Ebenso wie kraft der in § 1 Abs. 1a BremWahlG vorgesehenen Wahlberechtigung von ausländischen Unionsbürgerinnen und –bürgern zur Stadtbürgerschaft eine von der Wahl

¹⁴² Art. 66 LV lautet: „(1) Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

(2) Sie wird nach Maßgabe dieser Verfassung und der auf Grund der Verfassung erlassenen Gesetze ausgeübt:

a) unmittelbar durch die Gesamtheit der stimmberechtigten Bewohner des bremischen Staatsgebietes, die ihren Willen durch Abstimmung (Volksentscheid) und durch Wahl zur Volksvertretung (Landtag) äußert,

b) mittelbar durch den Landtag (Bürgerschaft) und die Landesregierung (Senat).“

zum Landtag abweichende kommunale Sonderregelung gilt, kann die Stadtbürgerschaft durch Ortsgesetz auch weiteren Personenkreisen das Wahlrecht einräumen.

Ebenso wenig besteht dafür ein bundesrechtliches Hindernis. Wie oben dargelegt, ist die vom Bundesverfassungsgericht angenommene Prämisse der Unzulässigkeit des Ausländerwahlrechts, nämlich die Geltung des Volksbegriffs des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 für den in Art. 28 geregelten Bereich der Gemeinden, unzutreffend. Selbst wenn diese Prämisse aber zutreffend wäre, so würde jedenfalls die vom BVerfG postulierte Einheitlichkeit der demokratischen Legitimation auf allen Ebenen der Staatsorganisation jedenfalls für die kommunale Ebene durch Art. 28 Abs. 1 Satz 3 beseitigt worden sein. M.a.W., das Grundgesetz normiert in dieser Vorschrift selbst eine Modifizierung des Volksbegriffs des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 für die Demokratie in den Gemeinden (vgl. oben C. III.).

Man könnte nun meinen, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 3 eine Erweiterung des Volksbegriffs auf der Gemeindeebene *nur* zu Gunsten von ausländischen Unionsbürgern vorgenommen hat und andere Ausländer weiterhin vom kommunalen Wahlrecht ausgeschlossen bleiben. Doch diese Auslegung übersieht, dass mit der Einführung des Wahlrechts für ausländische Unionsbürgerinnen und -bürger in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 zugleich auch die Sperre gegen die Freiheit der Länder bei der Gestaltung des demokratischen Prinzips beseitigt worden ist, die das BVerfG im Namen einer angeblichen Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage auf allen Ebenen des Staatsaufbaus errichtet hat. Hier ist daran zu erinnern, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 3 eine Mindestverpflichtung sowohl der Länder wie auch der Gemeinden hinsichtlich des Wahlrechts zu den gemeindlichen Volksvertretungen darstellt. Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG stellt nur das von der Bundesverfassung vorgegebene Minimum an demokratischer Teilnahme dar, das die Länder dabei einzuhalten haben. Er formuliert keine Grenze; er erlaubt den Ländern und im Rahmen ihrer Verfassungsordnung auch deren Gemeinden eine Ausweitung des Wahlrechts auf alle Einwohner der örtlichen Gemeinschaft.

Das BVerfG hat diese Auffassung zwar im Schleswig-Holstein-Urteil zurückgewiesen¹⁴³. Doch beruhte die Ablehnung auf der Auffassung, dass der Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und der des Art. 28 Abs. 1 Satz 2, auf den sich Satz 3 bezieht, identisch seien und das Grundgesetz die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage festlege. Diese Auffassung ist, wie gezeigt (oben C. III.), jedoch rechtsirrig und jedenfalls infolge der nach dem Urteilsspruch erfolgten Grundgesetzänderung obsolet. Auf der Grundlage ihrer Verfassungsautonomie können die Länder von ihrer Freiheit Gebrauch machen, das demokratische Prinzip des Grundgesetzes nach ihren Vorstellungen auszugestalten. Dabei müssen sie sich nicht notwendigerweise in die durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 verkörperte demokratische Traditionslinie der Souveränität der Nation stellen; sie können ihrer Konkretisierung des demokratischen Prinzips auch die breiter angelegte Dimension der Ermöglichung bürgerschaftlicher Selbstbestimmung zugrundelegen. Dabei können sie bei der Gestaltung der demokratischen Handlungsfähigkeit der örtlichen Gemeinschaft der Gemeinden das Wahlrecht über den in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 vorgegebenen Mindeststandard hinaus gehen.

¹⁴³ BVerfGE 83, 37 [58].

Daraus folgt, dass der bremische Gesetzgeber das Wahlrecht zur Stadtbürgerschaft unter den gleichen Voraussetzungen wie Deutschen und ausländischen Unionsbürgern allen anderen ausländischen Einwohnern gewähren kann. Ebenso kann der Ortsgesetzgeber der Stadtgemeinde Bremen im Rahmen seiner Verantwortung für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft allen erwachsenen Einwohnern der Beiratsbereiche unabhängig von der Staatsangehörigkeit, also neben Deutschen und ausländischen Unionsbürgern auch Drittstaatlern, das aktive und passive Wahlrecht zu den Beiräten gewähren. Unterschiedliche Voraussetzungen für Deutsche, ausländische Unionsbürger und Drittstaatler (z.B. Alter oder Aufenthaltsdauer) sind nicht zulässig, da dies eine sowohl nach Landes- wie nach Bundesverfassungsrecht unzulässige, weil sachlich nicht rechtfertigungsfähige Ungleichbehandlung der wahlberechtigten Gemeindeeinwohner darstellen würde (Art. 2 Abs. 2 BremLV bzw. 3 Abs. 3 GG).

II. Wahlrecht von ausländischen Unionsbürgern zur Bremischen Bürgerschaft (Landtag)

Es lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen, ob der bremische Gesetzgeber ohne Verstoß gegen das Grundgesetz das Wahlrecht von ausländischen Unionsbürgern zur Bürgerschaft (Landtag) einführen kann. Mit Gewissheit kann gesagt werden, dass darin jedenfalls ein Verstoß gegen die Landesverfassung (BremLV) nicht liegen würde. Das ergibt sich aus Art. 66 BremLV. Das in Abs. 1 niedergelegte Prinzip der Volkssouveränität wird in Abs. 2 konkretisiert. Danach wird die Staatsgewalt u.a. „durch die Gesamtheit der stimmberechtigten Bewohner des bremischen Staatsgebietes“ ausgeübt, wobei die Stimmberechtigung durch das Wahlgesetz festgelegt wird. Insofern wäre also eine Änderung der bremischen Landesverfassung nicht erforderlich. Jedoch könnte es sein, dass diese Deutung des Art. 66 BremLV das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 LV verletzt, weil dieses aus Gründen bundesstaatlicher Solidarität eine für den Gesamtstaat und die Gliedstaaten einheitliche Zusammensetzung des Volkes verlangt.

Nur zur Klarstellung sei erwähnt, dass eine Rechtfertigung eines Wahlrechts für ausländische Unionsbürger zur Bürgerschaft (Landtag) nicht aus den konstitutionellen Besonderheiten der Freien Hansestadt Bremen als Stadtstaat (genauer natürlich: Zwei-Städte-Staat), ihrer Nähe zu kommunalrechtlichen Strukturen und insbesondere aus der weitgehenden personellen Überschneidung der Mitglieder der Stadtbürgerschaft und der der Bürgerschaft (Landtag) hergeleitet werden kann. Die gleichberechtigte Mitwirkung aller Länder im Bundesrat erfordert, dass sie alle dasselbe Maß an Verfassungsautonomie genießen, wenn sie davon natürlich auch unterschiedlichen Gebrauch machen können. Die Länder im Bundesrat wären nicht gleich, wenn nur eine bestimmte Kategorie von ihnen – hier: Stadtstaaten – die Freiheit hätten, ausländische Unionsbürger zur Landtagswahl zuzulassen, die anderen – hier: die Flächenstaaten – dagegen von dieser Freiheit ausgeschlossen wären.

Unter Abwägung der gegen und für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erweiterung des Wahlrechts ausländischer Unionsbürger auf die Landtagswahlen überwiegen die oben genannten Gründe, die für eine Zulässigkeit sprechen (vgl. C. III. 3.). Angesichts der fast einhelligen gegenteiligen Auffassung muss sich Bremen allerdings auf heftigen Widerspruch einstellen. Am Ende wird die Frage vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden (s. den folgenden Abschn. E.). Im Hinblick darauf,

dass das demokratische Prinzip in den Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 keine subsumtionsfähige Regel, sondern ein konkretisierungsfähiges und unaufhebbar umstrittenes Konzept ist, kann es von einem juristischen Gutachter keine abschliessende und eindeutige Antwort geben. Im Grunde ist auch das Bundesverfassungsgericht nicht einmal die letzte Instanz, sondern der demokratische Prozess selbst.

E. Mögliche Verfahren der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Ausländerwahlrechts durch die Bürgerschaft (Landtag) und die Stadtbürgerschaft

Nach den Ergebnissen dieses Gutachtens könnte die Bremische Bürgerschaft (Landtag) das Wahlrecht für EG-Ausländer für die Wahlen zur Bürgerschaft (Landtag) und die Stadtbürgerschaft das Wahlrecht für alle Ausländer zu den Ortsbeiräten einführen, ohne gegen die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG zu verstoßen. Nur nebenbei sei erwähnt, dass auch ein möglicher Verstoß gegen die bremische Landesverfassung nicht erkennbar ist.

Sollte die Bürgerschaft diesen Weg beschreiten, so müsste sie damit rechnen, dass das Gesetz einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen würde. Hinsichtlich der materiellen Rechtslage ist zwischen der Einführung des Wahlrechts für EG-Ausländer zur Bürgerschaft (Landtag) und der Öffnung des Wahlrechts zu den Ortsbeiräten für alle Ausländer durch die Stadtbürgerschaft zu unterscheiden. Das ist für die Klärung der in Betracht kommenden Verfahren der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Landesgesetzes (Wahlrecht von EG-Bürgern zur Bürgerschaft [Landtag]) und des Ortsgesetzes (Wahlrecht auch für Nicht-EG-Ausländer zu den Ortsbeiräten) nicht erforderlich. Denn in Betracht kommen lediglich Normenkontrollverfahren. Deren Gegenstand können sowohl vor dem bremStGH wie vor dem BVerfG Rechtsnormen aller Rangstufen sein¹⁴⁴. Der bremStGH hat ausdrücklich festgestellt, dass gem. Art. 140 bremLV auch Ortsgesetze der Normenkontrolle unterliegen¹⁴⁵. Die folgenden Aussagen über Normenkontrollverfahren betreffen daher sowohl das Gesetz der Bürgerschaft (Landtag) und das Ortsgesetz der Stadtbürgerschaft.

Es kommen zwei Möglichkeiten der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der beiden Normen in Betracht, nämlich die von der Bürgerschaft selbst initiierte präventive Normenkontrolle der Entwürfe zu den geplanten Gesetzen (I.) sowie die nach Verabschiedung der Gesetze von den Antragsberechtigten angestoßene abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (II.).

¹⁴⁴ Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG; vgl. Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012, § 22, Rdnr. 676; Rinken AK-GG, 3. Aufl., Art. 93, Rdnr. 25, 29a.

¹⁴⁵ BremStGH v. 29. 03. 1982, E 4, 19 [26] = DVBl. 1982, 497; Entsch. v. 8. 07. 1991, E 5, 36 [46] = DÖV 1992, 164. – Die Entscheidungen des bremStGH sind online verfügbar unter <http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen02.c.736.de>

I. Präventive Normenkontrolle von Gesetzentwürfen durch den StGH

Die Bürgerschaft (Landtag) kann selbst eine verfassungsrechtliche Prüfung initiieren, indem sie dem Staatsgerichtshof einen bereits ausgearbeiteten Gesetzentwurf zur Einführung des Wahlrechts von EG-Bürgern zur Bürgerschaft (Landtag) mit dem Antrag auf eine präventive Normenkontrolle vorlegt. In einer neueren Entscheidung hat der StGH die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen bejaht¹⁴⁶. Es heißt dort in Leitsatz 1:

„Die Kontrolle eines Normentwurfs durch den Staatsgerichtshof setzt voraus, dass der zu beurteilende Entwurf bereits eine genau feststehende, am Maßstab der Verfassung messbare Formulierung gefunden hat. Außerdem muss absehbar sein, dass das Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel der Verabschiedung der Norm fortgeführt werden soll, wenn der Staatsgerichtshof die Vereinbarkeit des Entwurfs mit der Verfassung feststellt. Der Staatsgerichtshof erlässt keine Entscheidungen ‚auf Vorrat‘“.

Allerdings prüft der StGH Normen bzw. Normentwürfe nur am Maßstab der bremischen Landesverfassung (bremLV). Gem. Art. 140 Abs. 1 bremLV ist er zuständig für die Entscheidung von Zweifelsfragen über die Auslegung der Verfassung und andere staatsrechtliche Fragen, die ihm der Senat, die Bürgerschaft, ein Fünftel der gesetzlichen Mitgliederzahl der Bürgerschaft oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft des Landes Bremen vorlegt. Gem. § 24 Abs. 1 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof (StGHG) hat der Antrag darzulegen, auf welche Vorschrift der Landesverfassung sich die Zweifel beziehen und aus welchen Gründen die Auslegung zweifelhaft erscheint. Er soll sich dazu äußern, wie die Verfassung nach Auffassung des Antragstellers auszulegen ist.

Im vorliegenden Falle müssten die Antragsteller darlegen, dass sich ihre Zweifel auf die Vereinbarkeit ihres Gesetzentwurfes mit Art. 66 Abs. 1 bremLV beziehen. Diese Vorschrift lautet „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“ und ist fast wortidentisch mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, auf dessen Auslegung das BVerfG und Teile der verfassungsrechtlichen Literatur die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit des Ausländerwahlrechts stützen. Zugleich müssten sie die Gründe darlegen, warum der StGH dieser Vorschrift eine Auslegung geben soll, die ein Ausländerwahlrecht nach Maßgabe des Gesetzentwurfes zulässt.

1. Wenn der StGH dieser Auffassung nicht folgt und dem Art. 66 Abs. 1 bremLV dieselbe Auslegung gibt, die das BVerfG dem Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG gegeben hat, dann bindet diese Auslegung gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 StGHG die Verfassungsorgane der Freien Hansestadt Bremen sowie alle Gerichte und Behörden. In dem hier erörterten Falle eines (präventiven) Normenkontrollverfahrens hat die Entscheidung sogar Gesetzeskraft.

Es ist hier daran zu erinnern, dass der StGH in seiner Entscheidung vom 8. Juli 1991 in einem Normenkontrollverfahren die Verfassungsmäßigkeit des Ausländerwahlrechts

¹⁴⁶ Urteil vom 14.05.2009 NordÖR Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland 2009, 251 - <http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen02.c.736.de>

zu den Ortsbeiräten verneint hat¹⁴⁷. Das damalige „Ortsgesetz über Beiräte und Ortssämter“ hatte Nicht-Deutschen, die seit mindestens vier Jahren im Gebiet der Freien Hansestadt Bremen wohnhaft waren, dieses Wahlrecht verliehen. Das Gericht erklärte die entsprechende Vorschrift für verfassungswidrig und nichtig, da sie gegen Art. 65 und 66 Abs. 1 BremLV verstoße. In der Begründung folgte das Gericht der Argumentation des BVerfG in den hier behandelten Urteilen vom 31. 10. 1990 und behauptete dabei – etwas undeutlich – die Bindungswirkung der Gründe dieser Urteile gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG¹⁴⁸. Daneben aber vertrat es auch die Auffassung, dass das „Demokratieprinzip des Grundgesetzes ... inhaltsgleich auch Bestandteil der Landesverfassung (ist), Art. 65, 66 LV ...“¹⁴⁹, so dass es auf die Bindungswirkung gem. § 31 BVerfGG gar nicht ankam. Diese Entscheidung erging mit fünf gegen zwei Stimmen.

Sollte der StGH an der damaligen Rechtsauffassung festhalten, so würde seine normverwerfende Entscheidung Gesetzeskraft haben. Der Erlass eines inhaltsgleichen oder –ähnlichen Gesetzes durch die Bürgerschaft (Landtag) würde eine Brückierung des StGH darstellen¹⁵⁰ und die oben (B.III. 1b) dargelegten Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit zur Normwiederholung überschreiten. Wenn es den Antragstellern nicht gelingt, den StGH von der Notwendigkeit einer Änderung seiner Rechtsprechung zu Art. 66 Abs. 1 LV zu überzeugen, dann wäre die verfassungsrechtliche Prüfung hier bereits mit einem negativen Ergebnis beendet.

2. Sollte der StGH dagegen der von den Antragstellern vertretenen Auslegung des Art. 66 Abs. 1 BremLV folgen, so würde er sich in Widerspruch zu der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG setzen. Er würde dann von dessen Auffassung abweichen, dass der für das demokratische Prinzip konstitutive Volksbegriff in den Ländern mit dem des Art. 20 Abs. 2 GG übereinstimmen muss. BVerfG und StGH würden somit bei der Auslegung der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und des Volksbegriffs in Satz 2 dieser Vorschrift divergieren. In diesem Fall müsste der StGH das Normenkontrollverfahren aussetzen und gem. Art. 100 Abs. 3 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen (sog. Divergenzvorlage). Dies gilt unabhängig von der umstrittenen Reichweite der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG (vgl. oben B. II.1 a). Denn die Divergenzvorlage soll die Einheitlichkeit der Auslegung des Grundgesetz unter allen Verfassungsgerichten des Bundes und der Länder sichern. Art. 100 Abs. 3 GG lautet:

„Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes oder des Verfassungsgerichtes eines anderen Landes abweichen, so hat das Verfassungsgericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen“.

Obwohl es auf den ersten Blick erstaunt, dass ein Landesverfassungsgericht das Grundgesetz auslegen sollte, ist dies doch offenbar ein vom GG selbst als möglich angesehener Fall¹⁵¹ und betrifft u.a. Konstellationen, in denen Bundesverfassungsrecht „in den landesverfassungsrechtlichen Raum einwirkt und die Auslegung des

¹⁴⁷ StGH 5, 36 = DÖV 1992, 164

¹⁴⁸ A.a.O., S. 48.

¹⁴⁹ A.a.O., S. 48/9, unter Verweis auf StGH 4, 74 [80] = NJW 1985, 2323

¹⁵⁰ Vgl. Rinken in AK-GG 3. Aufl. 2001, Art. 94, Rdnr.71.

¹⁵¹ Vgl. BVerfGE 1, 208 [232]; 60, 175 [206 f.]; 96, 345 [374 f.]; vgl. auch BremStGH v. 27. 02. 2004, E 7, 58 [71] = NordÖR 2004, 198.

Grundgesetzes maßgeblich wird für die Auslegung von Landesverfassungsrecht¹⁵². Das liegt in Fällen, in denen es um die Tragweite der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG geht, auf der Hand. Denn für die Feststellung, ob eine Landesverfassung den Homogenitätsanforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG genügt, bilden die Grundsätze „des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates“ des Grundgesetzes den Maßstab. Prüft das Landesverfassungsgericht, ob ein Landesgesetz mit der Landesverfassung vereinbar ist, und gibt es Zweifel, ob die Landesverfassung den Homogenitätsanforderungen des Grundgesetzes entspricht, so muss das Landesverfassungsgericht zunächst in eigener Verantwortung den grundgesetzlichen Maßstab auslegen, um daran die Landesverfassung zu messen. Für den Fall, dass es dem grundgesetzlichen Maßstab eine Auslegung geben will, die von einer Entscheidung des BVerfG abweicht, ist das Verfahren nach Art. 100 Abs. 3 GG vorgesehen.

Es ist nicht damit zu rechnen, dass das BVerfG eine Divergenzvorlage des BremStGH deshalb für unzulässig erklären würde, weil Gegenstand des Ausgangsverfahrens eine präventive Normenkontrolle ist, die es durch das BVerfG nur ausnahmsweise für völkerrechtliche Vertragsgesetze gibt, nicht für andere Gesetze¹⁵³. Da das bremische Verfassungsrecht dieses Verfahren vorsieht und Art. 100 Abs. 3 GG den Fall einer Divergenz zwischen Landesverfassungsgerichten und BVerfG regelt, impliziert das, dass die landesverfassungsrechtlichen Vorgaben, die zu einer solchen Vorlage führen, durch das GG akzeptiert werden.

Man kann sich vorstellen, dass das Ergebnis des Vorlageverfahrens beim BVerfG feststeht, da ja die Auslegung des BVerfG bekannt ist und diese im Falle einer Divergenz mit der Auslegung durch den StGH verbindlich wird. Man könnte daher fragen, warum hier nicht gleich die Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG gem. § 31 BVerfGG zum Tragen kommt (vgl. oben B. II. 1. u. 2.) und sich der StGH diesen Umweg sparen kann, indem er in vorauseilendem Gehorsam die Auslegung des BVerfG übernimmt, zumal dann, wenn er, wie hier hypothetisch angenommen, eine Bindungswirkung auch der tragenden Gründe der Entscheidungen des BVerfG gem. § 31 BVerfGG annimmt. Dennoch hat die Regelung des Art. 100 Abs. 3 GG einen guten Sinn. Sie konfrontiert das BVerfG in einer für das Landesverfassungsrecht relevanten Frage mit einer abweichenden Auslegung des GG durch ein anderes Verfassungsgericht, gleichsam „auf Augenhöhe“, und eröffnet damit die Möglichkeit, dass das BVerfG seine frühere Rechtsprechung im Lichte neuer Argumente prüft, u.U. ändert und damit im Sinne der Rechtsfortbildung wirkt¹⁵⁴.

II. Abstrakte Normenkontrolle der verabschiedeten Gesetze durch das BVerfG

Die andere, herkömmliche Methode der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ist das in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 76 ff. geregelte Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, die sich auf geltende Normen bezieht und insofern eine für die Gerichtsbarkeit generell übliche nachträgliche Kontrolle darstellt. Nach diesem Verfahren kann die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages beim BVerfG den Antrag auf Prüfung der Vereinbarkeit der von der Bür-

¹⁵² Benda/Klein/Klein Verfassungsprozessrecht (Fn. 144), § 27, Rdnr. 975.

¹⁵³ Benda/Klein/Klein, § 22, Rdnr. 684.

¹⁵⁴ So zutr. Benda/Klein/Klein, § 27, Rdnr. 972.

gerschaft (Landtag) bzw. der Stadtbürgerschaft verabschiedeten Gesetze mit dem Grundgesetz stellen. Die Initiative zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes liegt hier bei nicht-bremischen Akteuren, da die bremische Landesregierung wohl kaum einen solchen Antrag stellen dürfte.

Das Normenkontrollverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 76 ff. kann unabhängig von dem im vorangegangenen Abschnitt erörterten Verfahren der präventiven Normenkontrolle durch den StGH durchgeführt werden. Zwischen beiden Verfahren besteht kein Verhältnis der Subsidiarität¹⁵⁵. Auch wenn das BVerfG zu Recht große Zurückhaltung gegenüber Einwirkungen auf den Verfassungsbereich der Länder übt¹⁵⁶, so zeigt doch die Tatsache, dass Antragsberechtigte des Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auch Verfassungsorgane des Bundes und anderer Länder sind, die kein Verfahren vor dem bremStGH anstoßen können, dass dieses Verfahren selbständig neben einem etwaigen landesverfassungsrechtlichen Verfahren zur Verfügung stehen soll.

Damit würde die Frage des Ausländerwahlrechts mit größter Wahrscheinlichkeit ebenso wie im zuvor erörterten Falle der präventiven Normenkontrolle durch den bremStGH beim BVerfG landen, da davon auszugehen ist, dass sich unter den genannten Antragsberechtigten gewiss einer finden wird, der das Verfahren in Gang setzen wird. Es ist zu beachten, dass es für die abstrakte Normenkontrolle als einem objektiven Verfahren keine Antragsfrist gibt. Die Prüfung kann also jederzeit je nach politischer Konjunktur von den Antragsberechtigten in Gang gesetzt werden.

Über den Ausgang eines solchen Verfahrens lässt sich naturgemäß nichts Verlässliches sagen. Auch hier bestünde die Möglichkeit, dass das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung zum Thema des Ausländerwahlrechts ändert. Doch dürfte es in einem solchen Verfahren kaum mit der gleichen Intensität mit den für eine Änderung seiner Rechtsprechung sprechenden Argumenten konfrontiert werden wie in einem Verfahren der im vorangegangenen Abschnitt dargelegten Divergenzvorlage.

Insbesondere wegen dieses Gesichtspunktes erscheint es empfehlenswert, dass die Bürgerschaft trotz aller Ungewissheiten, die mit gerichtlichen Verfahren notwendig verbunden sind, die Initiative zur präventiven Normenkontrolle ergreift.

Berlin, 1. August 2012

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich K. Preuß

¹⁵⁵ Hierzu Benda/Klein/Klein, § 2, Rdnr. 676

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 96, 231 [242 ff.].