



Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg
Postfach 0489 | 71604 Ludwigsburg

Landtag von Baden-Württemberg
An den Vorsitzenden des Ausschusses des
Inneren, für Digitalisierung und Kommunen
Herrn Ulli Hockenberger MdL
Konrad-Adenauer-Straße 3
70173 Stuttgart

PROFESSUR FÜR ÖFFENTLICHES RECHT UND KOMMUNALWISSENSCHAFTEN

PROF. DR. IUR. ARNE PAUTSCH

Datum: 21.03.2023
Bearbeiter: Prof. Dr. Arne Pautsch
Telefon: 07141 140-1542
E-Mail: arne.pautsch@hs-ludwigsburg.de

Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Landesregierung am 15. März 2023 – „Gesetz zur Änderung kommunalwahlrechtlicher und anderer Vorschriften“ (Drucksache 17/4079)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem mit Schreiben vom 10. Februar 2023 übermittelten Gesetzentwurf der Landesregierung übersende ich Ihnen meine nachfolgende schriftliche Stellungnahme. Sie fokussiert sich vor allem auf die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Absenkung des passiven Wahlalters bei Kommunalwahlen auf 16 Jahre (I.) und geht nachfolgend noch cursorisch auf Rechtsfragen im Zusammenhang mit weiteren Neuregelungen des Gesetzentwurfs ein (II.).

I. Absenkung des passiven Wahlalters bei Kommunalwahlen auf 16 Jahre

Als zentrale Änderung des o.g. Gesetzentwurfs ist die Absenkung des passiven Wahlalters von derzeit 18 Jahren auf 16 Jahre anzusehen. Der Gesetzentwurf sieht eine entsprechende Änderung der kommunalrechtlichen Vorschriften – vor allem § 28 Abs. 1 GemO und § 23 Abs. 1 LKrO – dergestalt vor, dass die frühere Wahlaltersgrenze für die Wählbarkeit in den Gemeinderat von 18 Jahren aufgehoben und das passive Wahlrecht den Bürgern der Gemeinde bzw. den wahlberechtigten Kreiseinwohnern eingeräumt wird. Für die Wählbarkeit in den Ortschaftsrat sieht die Neuregelung in § 69 Abs. 1 Satz 4 GemO vor, dass „wahlberechtigt und wählbar die in der Ortschaft wohnenden Bürger“ sind.

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Absenkung des passiven Wahlalters bemisst sich anhand des Wahlrechtsgrundsatzes der Allgemeinheit der Wahl. Er gilt gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sowie als allgemeines demokratisches Rechtsprinzip auch für die Kommunalwahlen und ist in Ausfüllung der bundesverfassungsrechtlichen Homogenitätsvorgabe landesverfassungsrechtlich in Art. 72 Abs. 1 Satz 1 LV BW niedergelegt (Pautsch, in: Haug, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, 1. Aufl. 2018, Art.72 Rn. 1).

Dieser Grundsatz stellt sich wie die Gleichheit der Wahl als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes dar und gebietet, dass grundsätzlich allen Staatsbürgern – hier also dem kommunalen Teilvolk auf Gemeinde- bzw. Kreisebene – das Wahlrecht gleichermaßen eingeräumt sein muss (vgl. *Pautsch*, in: Haug, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, 1. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 14; *Zimmermann-Kreher*, in: Sander, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, 1. Aufl. 2023, Art. 72 Erl. 3).

Vor diesem Hintergrund ist zunächst festzuhalten, dass der einfache Gesetzgeber auch mit der Festsetzung des passiven Wahlmindestalters von 18 Jahren in § 28 Abs. 1 GemO bzw. § 23 Abs. 1 LKrO (bzw. § 69 Abs. 1 Satz 5 GemO für den Ortschaftsrat) in der derzeit geltenden Fassung Jugendlichen das passive Wahlrecht bei den Kommunalwahlen entzieht. Dies stellt einen Eingriff in die Allgemeinheit der Wahl dar.

Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn er den dafür geltenden Maßstäben, welche die Verfassungsrechtsprechung entwickelt hat, genügt. Hierzu kann die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) herangezogen werden. Denn die dort entwickelten Argumentationen treffen der Sache nach auch bei Kommunalwahlen zu. Der Wahlrechtsentzug ist nach dieser Rechtsprechung an strenge Kriterien geknüpft. Nach dem BVerfG ist der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert (vgl. BVerfGE 123, 267, 340 f.; 142, 123, 189 ff.). So sichert nach dem BVerfG die Allgemeinheit der Wahl die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Gleichheit der Staatsbürger bei der politischen Selbstbestimmung und untersagt den unberechtigten Ausschluss einzelner Staatsbürger von der Teilnahme an der Wahl (BVerfGE 151, 1, 18 Rn. 42). Die Allgemeinheit der Wahl ist – wie die Wahlrechtsgleichheit auch – im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit bei der Zulassung zur Wahl zu verstehen (BVerfGE 151, 1, 18 Rn. 42).

Auch wenn nach dem BVerfG der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl keinem absoluten Differenzierungsverbot unterliegt, folge aus dessen formalem Charakter, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wahlberechtigung nur ein eng bemessener Spielraum für Beschränkungen verbleibt (BVerfGE 151, 1, 18 Rn. 42). Differenzierungen hinsichtlich der (aktiven) Wahlberechtigung bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets besonderer Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht wie die Allgemeinheit der Wahl sein müssen, so dass sie als „zwingend“ qualifiziert werden können (BVerfGE 151, 1, 18 Rn. 43).

Fraglich ist vorliegend, ob dieser strenge Maßstab, der vom BVerfG für das *aktive* Wahlrecht entwickelt wurde, in vergleichbarer Weise auch für den hier in Rede stehenden Ausschluss der 16- und 17-Jährigen vom *passiven* Wahlrecht bei Kommunalwahlen Geltung beanspruchen kann.

Hierfür ist zunächst bedeutsam, dass der Wahlrechtsgrundsatz der Allgemeinheit der Wahl grundsätzlich Schutzwirkung sowohl für das aktive als auch das passive Wahlrecht entfaltet (BVerfGE 38, 326, 337 f.; 40, 296, 317; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Stand: 50. Edition, 15.02.2022, Art. 38 Rn. 65; *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 80; *Meyer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 1, 14). Die Verknüpfung beider Ausprägungen des Wahlrechts wird als „natürlich“ angesehen (*Meyer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 1, 14). Daher kann unter Berücksichtigung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben für das passive Wahlrecht zunächst einmal grundsätzlich nichts anderes gelten als für das aktive Wahlrecht auch. Denn die Wählbarkeit ist ebenso als Ausdruck politischer Teilhabe zu verstehen wie das Recht, aktiv an Wahlen teilzunehmen.

Das Land als Kommunalgesetzgeber hat zwar einen Gestaltungsspielraum, wenn er Differenzierungen in Bezug auf das – aktive wie passive – Wahlrecht vornimmt. Allerdings erfordern „die fundamentale Bedeutung des Wahlrechts und der dynamische Charakter des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl eine ständige Überprüfung und ggf. Anpassung der Beschränkungsgründe an die sich ändernden Bedingungen für die Ausübung des Wahlrechts“ (so *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 82, unter Bezugnahme auf *Meyer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 2).

Und das BVerfG (BVerfGE 151, 1, 20 f. Rn. 46) führt zur Frage des gesetzgeberischen Spielraums – wenngleich wiederum bezogen auf das aktive Wahlrecht, aber wegen der grundsätzlichen Verknüpfung beider Ausprägungen des Wahlrechts (s.o.) in übertragbarer Weise – aus:

„Den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl mit kollidierenden Verfassungsbelangen zum Ausgleich zu bringen, ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers (...). Das Bundesverfassungsgericht prüft insoweit lediglich, ob die Grenzen des eng bemessenen Spielraums des Gesetzgebers überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (...). Voraussetzung für eine Rechtfertigung von Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl ist, dass differenzierende Regelungen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sind (...). Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich auch danach, mit welcher Intensität in das Wahlrecht eingegriffen wird (...). Dabei hat sich der Gesetzgeber bei seinen Einschätzungen und Bewertungen nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit zu orientieren (...). Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung des Wahlrechts gerechtfertigt ist, ist ein strenger Maßstab anzulegen (...).“

Selbst wenn man im Hinblick auf das passive Wahlrecht einen weniger strengen Maßstab anlegen wollte und mit dem VGH Baden-Württemberg (VGH BW, Urteil vom 21.07.2017 – 1 S 1240/16 -, VBIBW 2018, 63) – und in der Folge dem BVerwG (BVerwG, Urteil vom 13.06.2018 – 10 C 8.17 -, BVerwGE 162, 244) – wie bei der Bestimmung des aktiven Wahlalters davon ausgehen wollte, dass für den Wahlrechtsgesetzgeber als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz gelte, das aktive Wahlrecht an ein Mindestmaß an Reife und Urteilskraft und daher ein entsprechendes Mindestalter zu binden, nimmt der Landesgesetzgeber mit der vorliegenden Neuregelung des § 28 Abs. 1 GemO bzw. § 23 Abs.1 LKrO eine angemessene Bestimmung des Wahlalters in diesem Sinne vor.

Legt man nämlich als Anforderung zugrunde, dass es für die Zuerkennung der Wahlberechtigung auf das Vorliegen eines gewissen Grades an politischer Einsichtsfähigkeit ankommt (siehe VGH BW, a.a.O.), und der Gesetzgeber diesen zu ermitteln habe, ist dies hinsichtlich der vorgesehenen Neuregelung des passiven Wahlalters gerade der Fall. Zwar ist zuzugeben, dass im Unterschied zur Ausübung des aktiven Kommunalwahlrechts mit der Wahrnehmung eines durch Wahl errungenen Mandats in einem kommunalen Gremium ein höheres Maß an politischer Verantwortung einhergeht. Dies verpflichtet den Gesetzgeber allerdings nicht – schon vor dem Hintergrund der hohen Bedeutung der Allgemeinheit der Wahl –, an der bestehenden Wahlaltersgrenze von 18 Jahren festzuhalten. Im Gegenteil: Wie dargelegt, trifft den Gesetzgeber vielmehr auch in Ansehung des passiven Wahlalters bei Kommunalwahlen eine ständige Überprüfungs- und Anpassungspflicht der Beschränkungsgründe (s.o), die selbst bei einem gegenüber dem aktiven Wahlrecht gelockerten Maßstab von dessen Einschätzungsspielraum gedeckt ist. Dem ist der Gesetzgeber vorliegend erkennbar nachgekommen.

Denn die im Gesetzgebungsverfahren in Bezug genommenen nicht-juristischen Studien zur „politischen Kompetenz“ von Jugendlichen (Bertelsmann-Stiftung, Universität Wien und Otto Brenner Stiftung) lassen den Schluss zu, dass die dort jeweils für das aktive Wahlrecht konstatierte Einsichtsfähigkeit Jugendlicher sich auf das passive Wahlrecht jedenfalls auf kommunaler Ebene übertragen lässt und eine Absenkung des passiven Wahlalters – gewissermaßen im Gleichlauf mit dem aktiven Wahlalter – auf 16 Jahre trägt. In der Entwurfsbegründung wird vor allem zutreffend bezüglich der Komplexität politischer Entscheidungen auf Landesebene und kommunaler Ebene unterschieden und die Mitwirkung in kommunalen Gremien als geeignete Maßnahme zur Einräumung politischer Teilhabemöglichkeiten Jugendlicher angesehen.

Das für die Notwendigkeit einer Beibehaltung des Wahlalters von 18 Jahren häufig ins Feld geführte Argument, die Festsetzung des Wahlalters auf 18 Jahre diene der Sicherstellung des im Sinne der Einheit der Rechtsordnung geforderten Gleichlaufs mit dem Volljährigkeitsalter, das im Zivil- und Strafrecht als Anknüpfungspunkt für wesentliche Rechte und Pflichten dient, trägt nicht. Denn es handelt sich dabei nicht um einen Wert von Verfassungsrang, der der Allgemeinheit der Wahl und – damit verbunden – dem Demokratieprinzip die Waage halten könnte.

In der Gesamtschau kommt der Gesetzgeber mit der geplanten Änderung des § 28 Abs. 1 GemO bzw. § 23 LKrO (bzw. § 69 Abs. 1 Satz 4 GemO) vielmehr seiner Pflicht „zur ständigen Überprüfung und ggf. Anpassung der Beschränkungsgründe an die sich ändernden Bedingungen für die Ausübung des Wahlrechts“ (s.o.) nach. Insbesondere im Hinblick auf die Allgemeinheit der Wahl bestehen gegenüber der Zulässigkeit der Absenkung des passiven Wahlalters keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Einfachgesetzliche Ausgestaltung

Für die einfachgesetzliche Ausgestaltung gilt, dass der Landesgesetzgeber nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes Regelungen nur zur Handlungsfähigkeit bei der Ausübung des kommunalen Mandats treffen darf. Soweit es um zivilrechtliche Fragen vor allem der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) geht, sperrt Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG („bürgerliches Recht“) das entsprechende Tätigwerden des Landesgesetzgebers. Gleichwohl ergeben sich auf einfachrechtlicher Ebene Anknüpfungspunkte im Kommunalrecht insbesondere an die Geschäftsfähigkeit nach §§ 104 ff. BGB. Der Gesetzgeber versucht dem dadurch Rechnung zu tragen, dass in § 32 GemO nach Abs. 2 ein neuer Abs. 2a eingefügt wird, wonach Gemeinderäte, die noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, *hinsichtlich der Ausübung ihres Mandats handlungsfähig sind, soweit sich nicht aus Gesetz etwas anderes ergibt*. Der Passus „soweit sich nicht aus Gesetz etwas anderes ergibt“ erscheint insofern missverständlich, als damit versucht wird, generalklauselartig alle Konstellationen zu regeln, in denen ein einfachrechtlicher Widerspruch zur (ebenfalls einfachrechtlich geregelten) Volljährigkeit nach § 2 BGB aufgelöst werden soll. Da es – wie dargelegt – aber in den meisten Fällen darauf ankommt, dass für eine an das kommunale Mandat anknüpfende Tätigkeit Geschäftsfähigkeit gegeben sein muss, erscheint es sinnvoll, dies auch im Gesetzestext hervorzuheben (etwa mit einem „insbesondere“-Zusatz, der ausdrücklich die §§ 104 ff. BGB in Bezug nimmt). Rechtlich zwingend ist ein solcher Zusatz freilich nicht; er würde allerdings über die ausdrücklich vorgesehenen Neuregelungen etwa in § 48 Abs. 1 Satz 2 GemO (Stellvertreter des Bürgermeisters) und § 71 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GemO (Ortsvorsteher und Stellvertreter) mehr Klarheit auch für denkbare andere Fälle schaffen, in denen an die Mandatsausübung Rechte und Pflichten geknüpft sind, die ihrerseits erkennbar an das Erfordernis zivilrechtlicher Geschäftsfähigkeit anknüpfen.

II. Weitere Regelungen des Entwurfs

Nachfolgend soll auf einzelnen Regelungen des Entwurfs eingegangen werden, soweit sie zu substantziellen Änderungen führen.

1. Kommunales Stimmrecht für Wohnungslose

Die geplante Neuregelung des § 14 Abs. 3 GemO, mit dem auch Wohnungslosen das Stimmrecht bei Kommunalwahlen eingeräumt werden soll, ist zu begrüßen. Es erweitert den Kreis der Wahlberechtigten und ist somit auch Ausdruck der Allgemeinheit der Wahl. Die Einräumung der Möglichkeit, auf Antrag in das Wählerverzeichnis eingetragen zu werden, erscheint als geeignetes Mittel.

2. Ablehnung ehrenamtlicher Tätigkeit und Anhebung der Höchstaltersgrenze

Die geplante Neuregelung in § 16 Abs 1 Satz 2 Nr. 6 GemO, wonach die Höchstaltersgrenze für die Ablehnung ehrenamtlicher Tätigkeit von 62 auf 67 Jahre angehoben werden soll (für Ehrenbeamte 63 Jahre), erscheint ebenfalls als geeignete Regelung, die den demographischen Entwicklungen entspricht.

3. Gemeindegrößenregelung bei Wahlvorschlägen

Soweit in § 26 Abs. 4 Satz 2 GemO eine Anhebung der Einwohnerzahl von 3.000 auf 5.000 vorgesehen werden soll, um die Aufstellung von Wahlvorschlägen zu erleichtern und den Wählern mehr Wahlmöglichkeiten zu eröffnen, erscheint auch diese Neuregelung sinnvoll und geeignet.

4. Ersetzung der Neuwahl durch eine Stichwahl (Bürgermeisterwahl)

Die Neufassung des § 45 Abs. 2 GemO, wonach die bisherige Neuwahl als zweiter Wahlgang bei der Bürgermeisterwahl durch eine Stichwahl ersetzt werden soll, begegnet keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken. Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Kommunalgesetzen der übrigen Flächenländer.

Problematisch erscheint allerdings der Ausschluss der Möglichkeit einer/eines im ersten Wahlgang für die Stichwahl qualifizierten Bewerberin/Bewerbers, nach dem ersten Wahlgang und vor der Stichwahl die Bewerbung zurückzunehmen. Insoweit besteht ein Konflikt zum Wahlrechtsgrundsatz der freien Wahl, der für die Direktwahl des Bürgermeisters jedenfalls einfachgesetzlich nach § 45 Abs. 1 Satz 1 GemO (nicht aber über die nur für die Wahl der Gemeinde- und Kreisvertretungen geltende Bestimmung des Art. 72 Abs. 1 Satz 1 LV BW, vgl. *Pautsch*, in: Haug, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, 1. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 8; *Zimmermann-Kreher*, in: Sander, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, 1. Aufl. 2023, Art. 72 Erl. 2) abgesichert ist und auch das passive Wahlrecht einschließt (so *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 41. Erg.-Lfg. VII/13, Art. 38 Rn. 102). Anerkanntermaßen gilt dies auch für die Wahlbewerbungsfreiheit, die sich schließlich in der Freiheit, das Mandat anzunehmen oder abzulehnen niederschlägt (*Schreiber*, a.a.O., Art. 38 Rn. 102). Die Begründung greift insoweit jedenfalls etwas kurz, als sie darauf verweist, dass von einer Person, die sich für das Amt des Bürgermeisters bewirbt, „erwartet werden“ könne, dass sie sich im Falle einer erforderlichen Stichwahl dieser Wahl stellt.



5. Aufhebung der Altersgrenzen bei Bürgermeisterwahlen (Mindestalter von 18 Jahren)

Die Neuregelung in § 46 Abs. 1 GemO, mit der das Wahlalter für die Wahl von Bürgermeistern von derzeit 25 auf 18 Jahre abgesenkt werden und zugleich die bestehende Höchstaltersgrenze von 68 Jahren aufgehoben werden soll, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Vor allem die Regelung über das Mindestalter von 18 Jahren steht im Einklang mit der Anforderung, dass die Ausübung des Amtes des Bürgermeisters als kommunalem Hauptverwaltungsbeamten (Leiter der Verwaltung) zwingend an das Vorliegen uneingeschränkter Geschäftsfähigkeit nach BGB geknüpft ist.

6. Übernahmeanspruch für Beamte und tarifvertraglich Beschäftigte

Der in dem neuen § 52a GemO vorgesehene Rückübernahmeanspruch für Bürgermeisterinnen und Bürgermeister, die unmittelbar vor dem Amtsantritt in einem Beamten- oder Richterverhältnis (Abs. 1 und 2) bzw. einem vergleichbaren tarifvertraglichen Beschäftigungsverhältnis (Abs. 3) zum Land standen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Damit dürfte die Attraktivität des Bürgermeisteramtes gesteigert werden. Wenngleich sich unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten aus dem öffentlichen Dienstrecht kein Anspruch früherer Kommunalbediensteter ausmachen lässt, den früheren Landesbeamten bzw. Richtern oder Tarifbeschäftigten gleichgestellt zu werden, erscheint es erwägenswert, eine Anschlussverwendung ausgeschiedener Bürgermeisterinnen und Bürgermeister (etwa im Landesdienst) als vergleichbare Auffangoption vorzusehen.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Prof. Dr. Arne Pautsch