

## VII. Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Maßnahmen der Rechtsaufsicht

### 1. Rechtsschutz gegen Vorgehen im Wege der Rechtsaufsicht

Gegenüber einer Ersetzung des Einvernehmens im Wege der Rechtsaufsicht (vgl. § 125 BWGemO) kann die betroffene Gemeinde *Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht* erheben.<sup>81</sup> Dies gilt nicht nur für die eigentliche Ersetzung durch Ersatzvornahme (vgl. § 123 BWGemO), sondern auch für die vorgelagerten Verfahrensstufen der Beanstandung und Anordnung. Eine Anfechtungsklage hat aber nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Gemeinde nicht zur Erteilung des Einvernehmens verpflichtet war und deshalb mit der Verweigerung des Einvernehmens *nicht gegen Rechtsvorschriften verstoßen* hat. Dient das rechtsaufsichtliche Vorgehen der Durchsetzung einer vorangegangenen (nicht befolgten) fachaufsichtlichen Weisung, dürfte eine Klage hingegen nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn die Gemeinde (ausnahmsweise) berechtigt wäre, auch gegen die fachaufsichtliche Weisung selbst vorzugehen<sup>82</sup> (dazu sogleich).

### 2. Rechtsschutz gegen fachaufsichtliche Weisung

Grundsätzlich besteht gegenüber fachaufsichtlichen Weisungen *keine Rechtsschutzmöglichkeit*. Es fehlt an der Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten (§ 42 II VwGO). Dies gilt insbesondere für Gemeinden im Rahmen der hier in Rede stehenden Konstellation, da sie bei Bestehen einer Fachaufsicht definitionsgemäß nicht im eigenen, sondern im übertragenen staatlichen Wirkungskreis betroffen sind.<sup>83</sup> Folglich scheidet die von § 42 II VwGO geforderte Möglichkeit der Verletzung in eigenen Rechten *im Regelfall aus*.

Ausnahmsweise erkennt die Rechtsprechung eine Klagebefugnis von Gemeinden gegen fachaufsichtliche Weisungen der staatlichen Verkehrsbehörden an, wenn und soweit die straßenverkehrsrechtlichen Maßnahmen, deren Vornahme oder Unterlassung Gegenstand der Weisung sind, sich über den übertragenen Wirkungskreis hinaus *auch auf den von Art. 28 II GG geschützten eigenen Wirkungskreis der Gemeinde nachteilig auswirken können*.<sup>84</sup> Ob und inwieweit dies für einvernehmenspflichtige Maßnahmen in einem Luftreinhalteplan ausnahmsweise bejaht werden kann, bedarf stets der Prüfung im Einzelfall.<sup>85</sup>

## VIII. Ergebnis

Das Einvernehmenserfordernis des § 47 IV 2 BImSchG wirft eine Vielzahl an Fragen nicht nur des Immissionschutzrechts, sondern auch des Kommunal-, Straßen- und Unionsrechts auf, die bislang allenfalls ansatzweise geklärt sind. Dieser Befund ist unbefriedigend, da es sich bei diesem Erfordernis nicht nur um eine bloße Formalie, sondern um eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Erlass von Luftreinhalteplänen handelt. Angesichts der aktuellen Kontroversen insbesondere um die Zulässigkeit von Verkehrsverboten ist zu erwarten, dass Kommunen, die zur Umsetzung der Maßnahmen verpflichtet sind, zukünftig häufiger von der Möglichkeit Gebrauch machen werden, das Einvernehmen zu einzelnen Maßnahmen zu verweigern. ■

81 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 327.

82 In diese Richtung auch *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 364.

83 *BVerwGE* 95, 333 (335) = NVwZ 1995, 165; *BVerwG*, NVwZ 1995, 910.

84 *BVerwGE* 95, 333 (337 ff.) = NVwZ 1995, 165; *BVerwG*, NVwZ 1995, 910; *Sparwasser/Engel*, NVwZ 2010, 1513 (1518).

85 Für Verkehrsverbote für Diesel-Kfz tendenziell verneinend *BVerwGE* 161, 201 = NVwZ 2018, 883 Rn. 68.

Professor Dr. Hermann Heußner und Professor Dr. Arne Pautsch\*

## Die Verfassungswidrigkeit des Wahlrechtsausschlusses von 17-Jährigen bei den Wahlen zum Europäischen Parlament

Die Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Wahlrechtsausschlusses vollbetreuter Personen begründen Zweifel, ob der Ausschluss von unter 18-Jährigen bei Wahlen verfassungsrechtlich zu halten ist. Dieser Beitrag kommt für die Europawahlen zu dem Ergebnis, dass ein verfassungswidriger Wahlrechtsausschluss vorliegt.

### I. Einleitung

Die Allgemeinheit der Wahl ist auf der Agenda. Das BVerfG hat durch seine Entscheidungen vom Januar<sup>1</sup> und April<sup>2</sup> dieses Jahres für die Vollbetreuten das Tor an die Wahlurnen aufgestoßen, und der Bundestag<sup>3</sup> und die Landesparlamente<sup>4</sup> ändern die Wahlgesetze entsprechend. Alle Volljährigen sind jetzt wahlberechtigt.<sup>5</sup> Das rückt mit Nachdruck die Frage in den Fokus, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, alle unter 18-Jährigen vom Wahlrecht auszuschließen. Dabei ist zwischen kommunaler, Landes-, Bundes- und Europaebene zu unterscheiden. Der folgende Beitrag konzentriert sich auf die Wahlen zum Europäischen Parlament und weist nach, dass es sich insoweit um einen verfassungswidrigen Wahlrechtsausschluss handelt.

### II. Grundrecht der Wahl, Allgemeinheit der Wahl

Europarechtlich ist das politische Grundrecht der Wahl für die Wahlen zum Europäischen Parlament in Art. 39 I GRCh garantiert.<sup>6</sup> Diese Vorschrift gibt kein Mindestalter vor. Das-

\* Der Autor *Heußner* ist Professor für Öffentliches Recht und Recht der Sozialen Arbeit an der Hochschule Osnabrück; der Autor *Pautsch* ist Professor für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg.

1 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818, bezogen auf die Bundestagswahlen.

2 *BVerfG*, Beschl. v. 15.4.2019 – 2 BvQ 22/19, BeckRS 2019, 6147, bezogen auf die Europawahlen.

3 Vgl. BT-Drs. 19/9228, insbes. Art. 3 und S. 2, 8 f., 15; BT-PlenProt. 19/101, 12325B.

4 Vgl. zB Anträge der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen in Hessen, LT-Drs. 20/628 v. 14.5.2019.

5 Lediglich der Ausschluss aufgrund Richterspruchs besteht noch gem. § 13 BWG bzw. § 6 a I, II Nr. 1 EuWG nF.

6 So zB *Magiera* in *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 39 Rn. 9–13; *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 39 GRCh, Rn. 3; *van Vormizeele* in *Becker/Hatje/Schoo/Schwarze*, EU, 4. Aufl. 2019, Art. 39 GRCh, Rn. 4; *Haratsch* in *Heselhaus/Nowak*, Hdb. d. Europäischen Grundrechte, 2006, § 47 Rn. 8; *Folz* in *Vedder/Heimtschel v. Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 39 GRCh Rn. 3; aA zB *Frenz*, Handbuch Europarecht IV, Europäische Grundrechte, 2009 Rn. 4449; *Jarass*, EU-Grundrechtecharta, 2005, § 35 Rn. 6.

selbe gilt für die anderen europarechtlichen Wahlvorschriften wie Art. 14 III EUV, Art. 223 I AEUV, den Direktwahlakt (DWA)<sup>7</sup> und die Europawahl-Richtlinie.<sup>8</sup> Die in diesen Vorschriften statuierte Allgemeinheit der Wahl<sup>9</sup> gilt somit uneingeschränkt. Es besteht keine an ein Mindestalter gebundene europarechtliche Beschränkung.<sup>10</sup> Allerdings dürfen die Mitgliedstaaten der EU gem. Art. 8 S. 1 DWA das Wahlverfahren in den Grenzen der europarechtlichen Vorgaben bestimmen. Dies bedeutet, dass der deutsche Gesetzgeber aufgrund Europarechts nicht daran gehindert ist, ein Mindestwahlalter bei den Europawahlen einzuführen.<sup>11</sup>

Das Grundgesetz sieht in Art. 38 I 1 in Form der Aufzählung der Wahlgrundsätze das grundrechtsgleiche Recht zur Wahl des Deutschen Bundestages vor.<sup>12</sup> Das Wahlrecht zum Europäischen Parlament ist in Art. 38 GG nicht geregelt. Diese Vorschrift gilt lediglich für die Bundestagswahlen.<sup>13</sup> Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 38 GG und aus dessen systematischer Stellung im Abschnitt „III. Der Bundestag“. Für die Wahl der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments ergibt sich der Wahlgrundsatz der Gleichheit der Wahl vielmehr aus Art. 3 I GG in seiner Ausprägung als Gebot formaler Wahlrechtsgleichheit.<sup>14</sup> Dies gilt ebenso für die Allgemeinheit der Wahl als spezifische Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes<sup>15</sup> bzw. der Wahlrechtsgleichheit.<sup>16</sup> Das Grundrecht der Wahl zum Europäischen Parlament ergibt sich im Hinblick auf die Allgemeinheit der Wahl im Grundgesetz daher aus Art. 3 I GG.<sup>17</sup>

### III. Verfassungsunmittelbare Schranken

#### 1. Wortlaut

Art. 38 II Hs. 1 GG beschränkt das Wahlrecht bzw. dessen Ausübung auf alle Staatsbürger, die das 18. Lebensjahr vollendet haben.<sup>18</sup> Diese Altersbeschränkung bezieht sich direkt auf Absatz 1, also auf das Wahlrecht zum Bundestag. Eine altersmäßige Beschränkung des Wahlrechts für die Wahlen zum Europäischen Parlament sieht Art. 38 II Hs. 1 GG ebenso wenig vor wie Art. 3 I GG und der übrige Text des Grundgesetzes.<sup>19</sup>

#### 2. Ungeschriebenes Verfassungsrecht

Das Wahlmindestalter von 18 Jahren könnte auch für die Wahlen zum Europäischen Parlament gelten, wenn Art. 38 II Hs. 1 GG einen insgesamt in der deutschen Rechtsordnung geltenden, ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz enthielte, wonach das aktive Wahlrecht genau an die Altersgrenze von 18 Jahren gebunden ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn in den vier Bundesländern Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein gibt es in den jeweiligen Landesverfassungen gar keine altersmäßige Beschränkung des Wahlrechts zu den Landtagen.<sup>20</sup> Dementsprechend haben Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein das Landtagswahlrecht einfachgesetzlich auf 16 Jahre herabsetzen können.<sup>21</sup> Und Brandenburg hat das Wahlalter in der Verfassung auf 16 Jahre gesenkt.<sup>22</sup> Ein allein auf das Grundgesetz bezogener ungeschriebener Wahlaltersgrundsatz von genau 18 Jahren ist ebenfalls nicht festzustellen. Denn die Altersgrenzen schwanken. So betrug diese vor 1970 noch 21 Jahre.<sup>23</sup> Auch der intertemporale Verfassungsvergleich spricht dagegen. Denn in der Weimarer Demokratie betrug das Wahlmindestalter 20 Jahre.<sup>24</sup>

#### 3. Analogie

Fraglich ist, ob eine altersmäßige Begrenzung im Wege der Analogie festgestellt werden kann. Dies wäre der Fall, wenn

Art. 38 II Hs. 1 GG auf das allgemeine Wahlrecht zum Europäischen Parlament gem. Art. 3 I GG analog angewendet werden könnte.

a) *Analogiefähigkeit.* Eine Analogie scheidet aus, wenn Art. 38 II Hs. 1 GG nicht analogiefähig ist. Zum Teil wird die Interpretationsregel vertreten, dass Ausnahmenvorschriften nicht analogiefähig sind.<sup>25</sup> Dies würde auf Art. 38 II Hs. 1 GG zutreffen. Denn der Ausschluss einer bestimmten Altersgruppe von der Wahl ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl. Diese Interpretationsregel kann allerdings keine Geltung beanspruchen, wenn der Gesetzeszweck eine Analogie zulässt.<sup>26</sup> Dies ist hier nicht von vornherein auszuschließen.<sup>27</sup>

Im Bereich der Grundrechte ist eine analoge Anwendung von Eingriffsvorbehalten unzulässig.<sup>28</sup> Sind aber Gesetzesvorbehalte analogieunfähig, muss dies erst recht für Begrenzungen von Grundrechten gelten. Denn diese erzeugen nicht nur die Möglichkeit eines Eingriffs durch den Gesetzgeber, sondern führen von vornherein zur Geltung von nachteiligen Ausnahmen. Danach wäre Art. 38 II Hs. 1 GG analogieunfähig. Anders wäre es nur, wenn – ähnlich wie bei Art. 12 I GG<sup>29</sup> – von einem einheitlichen Grundrecht auszugehen wäre. Dies ist jedoch sehr zweifelhaft. Denn – anders als bei Art. 12 GG – sind die Wahlgrundrechte zum Bundestag und zum Europäischen Parlament in unterschiedlichen Artikeln angesiedelt, nämlich in Art. 38 I GG und Art. 3 I GG. Die Eigenschaft von Art. 38 II Hs. 1 GG als Grundrechtsbegrenzung gemahnt deshalb zumindest zu großer Vorsicht bei einer analogen Anwendung.

- 7 Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner und unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments v. 20.9.1976 (BGBl. II 1977, 733/734), zul. geänd. durch Beschluss des Rates v. 25.6.2002 und 23.9.2002 (BGBl. II 2003, 810; II 2004, 520).
- 8 RL 93/109/EG des Rates v. 6.12.1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen (ABl. 1993 L 329 v. 30.12.1993, 0034-0038), zul. geänd. durch Art. 1 der RL 2013/1/EU des Rates v. 20.12.2012 (ABl. 2013 L 26 v. 26.1.2013, 27–29).
- 9 Art. 39 II GRCh, Art. 14 III EUV, Art. 223 I AEUV, Art. 1 III DWA.
- 10 Vgl. *Morlok* in *Dreier*, GG II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 23 f.
- 11 Zu einer Übersicht der Mindestaltersgrenzen bei den Europawahlen in den verschiedenen EU-Ländern s. *Zicht*, Europawahlrecht, 10.3.2019, <https://www.wahlrecht.de/ausland/europa.htm> (25.3.2019).
- 12 *Pieroth* in *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 1.
- 13 *Pieroth* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 38 Rn. 7.
- 14 Vgl. *BVerfGE* 129, 300 (317) = NVwZ 2012, 33 (34); *BVerfGE* 135, 259 (283) = NVwZ 2014, 438 (441).
- 15 *Magiera* in *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 79, im Hinblick auf Art. 38 GG.
- 16 So *Pieroth* in *Jarass/Pieroth*, Art. 38 Rn. 4; *Roth* in *Umbach/Clemens*, GG, 2002, Art. 38 Rn. 36; jeweils im Hinblick auf Art. 38 GG.
- 17 Nach aA ergeben sich die Wahlgrundsätze aus analoger Anwendung des Art. 38 I 1 GG, *Klein* in *Maunz/Dürig*, GG, Stand 85. EL Nov. 2018, Art. 41 Rn. 37 mwN (Jan. 2013 Lfg. 68).
- 18 Strittig ist, ob Art. 38 II Hs. 1 eine Begrenzung der Allgemeinheit der Wahl darstellt, so *Klein* in *Maunz/Dürig*, Art. 38 Rn. 140 mwN, oder lediglich die Ausübungsbefugnis begrenzt, so etwa *Adrian*, Grundsatzfragen zu Staat und Gesellschaft am Beispiel des Kinder-/Stellvertreterwahlrechts, 2016, 301.
- 19 Vgl. Art. 23 und 28 GG.
- 20 Art. 75 I 2 BremVerf; Art. 6 II, IV HmbVerf; Art. 20 II 2 MVVerf; Art. 3 I, IV, Art. 10 II SchlHVerf.
- 21 Vgl. dazu *Mehde* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Rn. 90.
- 22 Art. 22 I 1 BbgVerf.
- 23 *Dreier/Wittreck*, Grundgesetz, Textausgabe mit sämtlichen Änderungen und weiteren Texten zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht, 11. Aufl. 2017, GG, Art. 38 Fn. 1.
- 24 Art. 22 I 1 WRV.
- 25 Vgl. Nachw. bei *Palandt/Sprau*, BGB, 78. Aufl. 2019, Einl. Rn. 53.
- 26 Vgl. bei *Palandt/Sprau*, BGB, Einl. Rn. 53.
- 27 Zum Gesetzeszweck s. u. sogleich III.3.c.aa.
- 28 *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 40.
- 29 Art. 12 I 1 GG; Wahlfreiheit, Art. 12 I 2 GG; Ausübungsfreiheit, vgl. grundlegend *BVerfGE* 7, 402.

b) *Lücke*. Eine Analogie setzt eine Lücke im Recht voraus. Hier handelt es sich um eine nachträgliche Gesetzeslücke.<sup>30</sup> Das Mindestwahlalter für das aktive Wahlrecht ist 1949 bei Erlass des GG in Art. 38 II Hs. 1 auf 21 Jahre festgesetzt und 1970 auf 18 Jahre abgesenkt worden.<sup>31</sup> Weder 1949 noch 1970 war die Direktwahl des Europaparlaments Gegenstand der Diskussion. Es ging allein um die Wahl des Bundestages.<sup>32</sup> 1979 kam es zur ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments.<sup>33</sup> Damit trat eine neue Tatsachenlage für die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch die Bürger in Form von Wahlen ein. Denn nunmehr fanden Wahlen zu einem supranationalen Parlament statt, ohne dass auf diese im Grundgesetz oder in den Landesverfassungen im Verfassungstext Bezug genommen wurde. Die Tatsachenlage des geregelten Lebensbereichs des Art. 38 II Hs. 2 GG hat sich somit in einem wesentlichen Punkt geändert. Eine verfassungsgesetzliche Regelung des neuen Sachverhalts im Hinblick auf ein Wahlmindestalter ist nicht gegeben. Art. 38 GG und die entsprechenden Regelungen der Länder decken nicht mehr alle Bereiche der Ausübung hoheitlicher Gewalt durch das Volk im Rahmen von Wahlen ab.

c) *Lückenfüllung – Übertragung der Rechtsfolge*. aa) *Objektivierende Auslegung*. Art. 38 II Hs. 1 GG könnte analog auf das Wahlrecht für die Europawahl angewendet werden. Um eine Vorschrift analog anwenden zu können, muss der Zweck der getroffenen Regelung ermittelt werden, um zu prüfen, ob die Gesetzgebung die getroffene Regelung auch für den unregulierten Sachverhalt vorsehen würde.<sup>34</sup> Der Zweck von Mindestwahlaltern besteht darin, den erforderlichen Grad an Reife und Vernunft für die Wahlen sicherzustellen.<sup>35</sup> Die Frage ist also, ob die verfassungsändernde Gesetzgebung die Wahlaltersgrenze von genau 18 Jahren für diesen Zweck auch für die Europawahlen vorsehen würde. Dafür ist insbesondere wichtig, welcher Zeitpunkt für die Analogiebetrachtung zu wählen ist: 1949/1970 oder der heutige Zeitpunkt.

Analogie ist rechtsfortbildende Auslegung.<sup>36</sup> Je jünger das analog anzuwendende Gesetz ist, desto eher ist die historische Zwecksetzung heranzuziehen. Je älter das Gesetz ist, desto mehr ist jedoch im Rahmen der objektivierenden Auslegung auf die heutigen Wertungen zu achten.<sup>37</sup> Es geht darum, die dem Gesetz zum Zeitpunkt der Auslegung innewohnende Bedeutung zu ermitteln.<sup>38</sup> Es ist zu fragen, welche Gerechtigkeitsvorstellungen das Gesetz heute zu repräsentieren hätte, wenn es heute erlassen würde. Es ist ex nunc zu interpretieren.<sup>39</sup> Verfassungsinterpretation, die auf den heutigen Wertungshorizont abstellt, darf bei Rechtsfortbildung, also Analogie, nicht zum Transport überkommener Rechtsanschauungen in die Gegenwart führen, die dauerhaft keinen dafür notwendigen Konsens in der Rechtsgemeinschaft mehr haben.

Dies bedeutet hier: Art. 38 II Hs. 1 GG hat die formale Wirkung, dass die Wahlberechtigung erst mit 18 eintritt. Der heute konsensfähige Zweck besteht darin, dass die Kommunikationsfähigkeit sichergestellt werden soll. Bei welchem Alter diese typischerweise eintritt, ist aber umstritten.<sup>40</sup> Dies bedeutet, dass Art. 38 II Hs. 1 GG nicht analog angewendet werden kann.

Dazu kommt, dass es sich hier um eine Analogie im Rahmen des Verfassungsrechts handelt. Hier ist besondere Zurückhaltung geboten.<sup>41</sup> Dies gilt insbesondere wegen des Erfordernisses qualifizierter Mehrheiten für Verfassungsänderungen.<sup>42</sup> Dies bedeutet, dass die qualifizierten Mehrheiten bei Erlass von Verfassungsrecht zu beachten sind, nämlich gem.

Art. 79 II GG eine 2/3-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat. Würde man heute ein Wahlmindestalter von 18 Jahren mit Verfassungsrang festlegen wollen, dann wäre nicht zu erwarten, dass die notwendigen Mehrheiten zustande kommen könnten. Denn in den Wahlprogrammen für die Bundestagswahl 2017 fordern SPD, Grüne und Linke die Absenkung des Wahlalters auf 16 Jahre.<sup>43</sup> Diese Parteien stellen zusammen 288 Bundestagsabgeordnete, also mehr als 1/3, was 237 Abgeordneten entspricht.<sup>44</sup> Eine 2/3-Mehrheit im Bundestag ist also nicht zu erwarten. Im Bundesrat sind für eine 2/3-Mehrheit 46 Stimmen erforderlich.<sup>45</sup> Zurzeit gibt es lediglich zwei Länder, in denen keine der Parteien, welche die Wahlaltersabsenkung fordern, an der Regierung beteiligt sind. Da in Koalitionen für gewöhnlich die Vereinbarung gilt, dass sich das Land bei Meinungsverschiedenheit im Bundesrat der Stimme enthält,<sup>46</sup> wäre allenfalls mit den Stimmen dieser Länder zu rechnen. Dies sind lediglich zwölf Stimmen.<sup>47</sup>

Forderungen nach Absenkung des Wahlalters sind keine kurzfristigen „Kapriolen“. Sie bilden einen langfristigen Trend. 16-Jährige durften bereits 1996 in Niedersachsen erstmals an Kommunalwahlen teilnehmen,<sup>48</sup> 2011 erstmals in Bremen an Landtagswahlen.<sup>49</sup> Mittlerweile liegt das Mindestalter bei Kommunalwahlen in acht Flächenländern bei 16 Jahren.<sup>50</sup> Gleiches gilt für die Landtagswahlen in vier Bundesländern.<sup>51</sup>

- 30 Zu nachträglichen Gesetzeslücken allgemein vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 861.
- 31 *Pieroth in Jarass/Pieroth*, GG, Art. 38 Rn. 23; *Dreier/Wittreck*, Grundgesetz, Art. 38 Fn. 1.
- 32 Zu 1970 vgl. BT-Drs. VI/304, 1 ff.
- 33 *Loth*, Europas Einigung, 2014, 214.
- 34 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, Rn. 889.
- 35 *Strelen in Schreiber*, BWG, 10. Aufl. 2017, § 12 Rn. 9, 4.
- 36 Vgl. *Sachs in Sachs*, Einf. Rn. 45; *Jarass in Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 65 mwN.
- 37 *Zippelius/Würtenberger*, Dt. Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 21, 25.
- 38 *Jarass in Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 60.
- 39 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, 20, 42.
- 40 Siehe näher u. IV.3.a.
- 41 S. o. III.3.a.
- 42 *Sachs in Sachs*, GG, Einf. Rn. 45.
- 43 SPD Regierungsprogramm, Bundestagswahl 2017, 79, [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Regierungsprogramm/SPD\\_Regierungsprogramm\\_BTW\\_2017\\_A5\\_RZ\\_WEB.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Regierungsprogramm/SPD_Regierungsprogramm_BTW_2017_A5_RZ_WEB.pdf) (30.4.2019); Bündnis90/Die Grünen, Bundestagswahlprogramm 2017, 149, [https://cms.gruene.de/uploads/documents/BUENDNIS\\_90\\_DIE\\_GRUENEN\\_Bundestagswahlprogramm\\_2017\\_barrierefrei.pdf](https://cms.gruene.de/uploads/documents/BUENDNIS_90_DIE_GRUENEN_Bundestagswahlprogramm_2017_barrierefrei.pdf) (30.4.2019); Die Linke, Wahlprogramm zur Bundestagswahl 2017, 111, [https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2017/wahlprogramm2017/die\\_linke\\_wahlprogramm\\_2017.pdf](https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2017/wahlprogramm2017/die_linke_wahlprogramm_2017.pdf) (30.4.2019).
- 44 Der Bundeswahlleiter, Bundestagswahl 2017, Ergebnisse der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag, 2018, [https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/e2023a6b-6535-4ec4-af93-29b4af9a056/c/btw17\\_ergebnisse\\_flyer.pdf](https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/e2023a6b-6535-4ec4-af93-29b4af9a056/c/btw17_ergebnisse_flyer.pdf) (30.4.2019); eigene Berechnung.
- 45 Der Bundesrat hat 69 Mitglieder, *Pieroth in Jarass/Pieroth*, GG, Art. 51 Rn. 4.
- 46 *Bauer in Dreier*, GG, Art. 51 Rn. 27.
- 47 Stand 30.4.2019: Bayern (CSU/Freie Wähler): 6 Stimmen, Nordrhein-Westfalen (CDU/FDP): 6 Stimmen. Vgl. Bundesrat, Zusammensetzung des Bundesrates, 6 Stimmen, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/sonstiges/Zusammensetzung-BR.jpg?\\_\\_blob=publicationFile&cv=31](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/sonstiges/Zusammensetzung-BR.jpg?__blob=publicationFile&cv=31) (30.4.2019); eigene Berechnungen.
- 48 *Hausser*, Kommunales Wahlrecht ab 16, o. J., S. 3, [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=aed1ae7a-5eab-d878-5b01-882fc37ff319&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=aed1ae7a-5eab-d878-5b01-882fc37ff319&groupId=252038) (2.5.2019).
- 49 *Drobinski*, Ein Erwachsenenprojekt, SZ v. 18.5.2011, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bremen-wahlen-mit-ein-erwachsenenprojekt-1.1098755> (2.5.2019).
- 50 Überblick bei *Gern/Brüning*, Dt. Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 739.
- 51 *Zicht*, Übersicht über die Wahlsysteme bei Landtagswahlen, 2018, <https://www.wahlrecht.de/landtage/> (2.5.2019).

bb) *Systemgerechtigkeit*. Fraglich könnte sein, ob zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen bzw. zur Sicherung des systemgerechten Zusammenspiels von Bundestags- und Europawahlen eine analoge Anwendung von Art. 38 II Hs. 1 GG auf Europawahlen notwendig ist.<sup>52</sup> Denn das EU-Parlament wirkt an EU-Gesetzen mit, die gegenüber dem deutschen Recht Anwendungsvorrang genießen.<sup>53</sup> Es könnte jedoch systemwidrig sein, wenn 17-jährige Bürger Abgeordnete des Europäischen Parlaments wählen dürfen, welche Gesetze mitbeschließen, die den deutschen Gesetzen vorgehen, die aber von Abgeordneten beschlossen werden, welche nur von 18-Jährigen und älteren Bürgern gewählt wurden.<sup>54</sup> Ein solches Zusammenspiel zwischen EU- und deutschem Recht ist jedoch nicht systemwidrig. Es ist vielmehr Bestandteil der Mehrebenenstrukturen der EU bzw. der Bundesrepublik.

Zum einen ist es in der Integration des deutschen Föderalismus in die deutsche Mitwirkung an der EU-Gesetzgebung (potenziell) bereits angelegt. Denn gem. Art. 23 III–VI GG ist in Bereichen der EU-Gesetzgebung die Position der Länder über den Bundesrat entsprechend der Intensität der Betroffenheit der Länderinteressen und -zuständigkeiten bis hin zur Wahrnehmung der Rechte, die der Bundesrepublik als Mitglied der EU zustehen, durch einen vom Bundesrat benannten Vertreter, Art. 23 VI 1 GG, in die EU-Gesetzgebung einzubringen. Die Länder werden im Bundesrat jedoch über die Landesregierungen vertreten, Art. 51 I GG. Die Regierungschefs bzw. Regierungen werden von den Landtagen gewählt.<sup>55</sup> In vier Ländern sind bereits 16-Jährige bei den Landtagswahlen wahlberechtigt. Dies kann dazu führen, dass aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts von 16-Jährigen mit beeinflusstes Europarecht deutschem Bundes- oder Landesrecht vorgeht, das vom Bundestag oder Landtagen beschlossen wurde, welche lediglich von 18-Jährigen und älteren Bürgern gewählt wurden.

Ebenso ist die deutsche Bundesgesetzgebung durch die Mitwirkung des Bundesrates durch das Wahlmindestalter von lediglich 16 Jahren in vier Bundesländern bereits für die Mitwirkung von 16-Jährigen geöffnet.

Zum anderen ist die Verdrängung von nationalem Recht, das von Parlamenten beschlossen wurde, die nur von mindestens 18 Jahre alten Bürgern gewählt wurden, bereits in der EU-Wahlgesetzgebung angelegt. Denn diese gibt kein Mindestalter vor. So sind bereits 16-Jährige in Österreich und Malta bei den Europawahlen wahlberechtigt.<sup>56</sup> Aufgrund von Art. 39 I GRCh können zudem auch in Malta wohnende 16-jährige Deutsche das EU-Parlament wählen.

#### 4. Zwischenergebnis

Weder das Europarecht noch das Grundgesetz sehen ein Wahlmindestalter bei den Europawahlen vor.

#### IV. Eingriff durch Europawahlgesetz

§ 6 I 1 Nr. 1 EuWG schließt Personen unter 18 Jahren einfachgesetzlich von den Europawahlen aus. Er stellt damit einen Eingriff in den durch Art. 3 I GG garantierten Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl bei Europawahlen dar.<sup>57</sup>

Ein solcher Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn er den dafür geltenden Maßstäben, die das *BVerfG* entwickelt hat, genügt. Danach sichert „(die Allgemeinheit der Wahl [...], wie die Gleichheit der Wahl, die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger bei der politischen Selbstbestimmung [...]). Er untersagt den unberechtigten Ausschluss einzelner Staatsbürger von der Teilnahme an der

Wahl [...]. Er ist – wie der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit – im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit bei der Zulassung zur Wahl [...] zu verstehen [...].“<sup>58</sup>

„Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl unterliegt keinem absoluten Differenzierungsverbot. (...) Allerdings folgt aus dem formalen Charakter des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wahlberechtigung nur ein eng bemessener Spielraum für Beschränkungen verbleibt. 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 sind (...), so dass sie als ‚zwingend‘ qualifiziert werden können.“<sup>59</sup>

„Den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl mit kollidierenden Verfassungsbelangen zum Ausgleich zu bringen, ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers (...). Das *BVerfG* 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 (...).“<sup>60</sup>

#### 1. Tradition

Die Tatsache, dass Minderjährige „von jeher“ vom Wahlrecht ausgeschlossen wurden, kann den Ausschluss von Minderjährigen nicht begründen.<sup>61</sup> Denn Tradition ist kein von der Verfassung legitimer Grund.<sup>62</sup>

#### 2. Leistungsfähigkeit

Das allgemeine Wahlrecht ist die radikale Absage an jeden Ausschluss vom Wahlrecht, der an eine irgendwie geartete Nützlichkeit oder Leistungsfähigkeit des Bürgers anknüpft. Deshalb verbietet die Allgemeinheit der Wahl den Ausschluss aus politischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen.<sup>63</sup> Unter 18-Jährige von der Wahl auszuschließen, weil sie noch von ihren Eltern oder der Gesellschaft ökonomisch abhängig sind, wäre eklatant verfassungswidrig.

52 Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Wege der Analogie vgl. *Jarass in Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 65.

53 Zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Dt. Staatsrecht, § 56 Rn. 94.

54 Beitrag 32 („angelobonn“) v. 18.4.2019 in Spiegel-Online, Forum zu Heußner, „17-Jährige auszuschließen ist Verfassungsbruch“, <https://www.spiegel.de/politik/ausland/interview-mit-hermann-heussner-zum-wahlrecht-fuer-17-jaehrige-a-1263557.html#js-article-comments-box-pager> (2.5.2019).

55 *Pestalozza*, Einführung in Verfassungen der deutschen Bundesländer, 10. Aufl. 2014 Rn. 124.

56 Vgl. *Zicht*, Europawahlrecht, 10.3.2019, <https://www.wahlrecht.de/ausland/europa.htm> (25.3.2019).

57 S. o. II.

58 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 42 mwN bzgl. der Allgemeinheit der Wahl bei Bundestagswahlen; vgl. *BVerfGE* 129, 300 [317] = NVwZ 2012, 33 [34] mwN bzgl. der Gleichheit der Wahl bei Europawahlen.

59 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 43 mwN bzgl. der Allgemeinheit der Wahl bei Bundestagswahlen; vgl. *BVerfGE* 129, 300 [317] = NVwZ 2012, 33 [34] mwN bzgl. Gleichheit der Wahl bei Europawahlen.

60 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 46 mwN bzgl. der Allgemeinheit der Wahl bei Bundestagswahlen; vgl. *BVerfGE* 129, 300 (320 f.) = NVwZ 2012, 33 (35 f.) mwN bzgl. der Gleichheit der Wahl bei Europawahlen.

61 So aber noch zB *BVerfG*, NVwZ 2002, 69 (70) bzgl. der Bundestagswahlen.

62 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 93 mwN.

63 *BVerfGE* 58, 205, mwN.

### 3. Kommunikationsfunktion der Wahl

Das *BVerfG* führt zur Kommunikationsfunktion der Wahl aus:

„Zu den Gründen, die geeignet sind, Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl und mithin Differenzierungen zwischen den Wahlberechtigten zu legitimieren, zählt das mit demokratischen Wahlen verfolgte Ziel der Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes. (...)“ Dazu „gehört die Sicherung der Kommunikationsfunktion der Wahl. Dem liegt zugrunde, dass Demokratie, soll sie sich nicht in einem rein formalen Zurechnungsprinzip erschöpfen, freie und offene Kommunikation zwischen Regierenden und Regierten voraussetzt. (...) Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht.“<sup>64</sup>

Die Festlegung eines Mindestwahlalters verfolgt diesen Zweck. Das Mindestalter soll den erforderlichen Grad an Reife und Vernunft für die Wahlen sicherstellen.<sup>65</sup>

Die Rechtfertigung der Einschränkung der Allgemeinheit der Wahl setzt voraus, dass die differenzierende Regelung zur Verfolgung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist.<sup>66</sup>

a) *Geeignetheit*. § 6 I 1 Nr. 1 EuWG ist zur Erreichung dieses Zweckes nur dann geeignet, falls die Regelung eine Personengruppe betrifft, bei der die Möglichkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess nicht in hinreichendem Umfang besteht. Diese Möglichkeit ist – jedenfalls bei der Personengruppe der 17-Jährigen – jedoch gegeben: Diese haben die zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess notwendige Vernunft und Reife. Dies ergibt sich aus Folgendem:

aa) *Bildung*. Die 17-Jährigen haben in der Regel den Realschulabschluss absolviert bzw. befinden sich nach Ablegen des Hauptschulabschlusses in einer Berufsausbildung bzw. besuchen gymnasiale Oberstufen. Die allgemeinbildenden Schulen haben das Ziel, den Schülern umfassende Bildung, Fähigkeiten, Fertigkeiten und Haltungen zu vermitteln, die für ein selbstverantwortliches Leben notwendig sind.<sup>67</sup> Insbesondere ist es Lernziel, die Schüler zu befähigen, soziale und politische Mitverantwortung zu übernehmen.<sup>68</sup> Es ist deshalb davon auszugehen, dass jedenfalls 17-Jährige über die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen, um als Staatsbürger verantwortlich an der Wahl teilzunehmen.

bb) *Reife*. Die vom Gesetzgeber angenommene mangelnde politische Reife der 17-Jährigen wird durch die empirischen Daten nicht gestützt. Die Grenze von 18 Jahren ist willkürlich.<sup>69</sup> Denn „(d)ie kognitive Entwicklungsforschung zeigt, dass in der Altersspanne zwischen 12 und 14 Jahren bei fast allen Jugendlichen ein intellektueller Entwicklungsschub stattfindet, der sie dazu befähigt, abstrakt, hypothetisch und logisch zu denken. Parallel hierzu steigt in dieser Altersspanne auch die Fähigkeit an, sozial, ethisch und politisch zu denken und entsprechende Urteile abzugeben. (...) Regeln und Werte können nach dem 14. Lebensjahr unabhängig von eigenen Interessen wahrgenommen und umgesetzt, die Intentionen der Handlungen anderer können erkannt und berücksichtigt, komplexe Zusammenhänge intellektuell verstanden werden.“<sup>70</sup> Gilt dies für 14-Jährige, ist dies bei 17-Jährigen erst recht und mit sehr großer Sicherheit gegeben.<sup>71</sup>

cc) *Verantwortungsfähigkeit*. Auch sonst geht die Rechtsordnung davon aus, dass Jugendliche hinreichend reif sind, Verantwortung für ihr Handeln zu übernehmen und – auch extrem schwerwiegende – Konsequenzen ihres Handelns zu tragen. Dies zeigt sich insbesondere an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die gem. § 19 StGB, § 1 I, II JGG im Grundsatz bereits ab 14 Jahren gegeben sein kann. In der Praxis gehen die in der Jugendstrafrechtspflege hauptamtlich Tätigen (Richter, Staatsanwälte, Jugendgerichtshelfer, Strafverteidiger) davon aus, dass zwischen ca. 75 Prozent und fast 100 Prozent der 17-Jährigen ausreichend einsichts- und steuerungsfähig sind.<sup>72</sup> Die Verantwortlichkeit Jugendlicher wird nur äußerst selten verneint.<sup>73</sup>

dd) *Zwischenergebnis*. Der Ausschluss der 17-Jährigen vom Wahlrecht ist also nicht geeignet, den notwendigen Grad an Reife und Vernunft sicherzustellen. Denn diese besitzen die notwendige Reife und Vernunft.

b) *Typisierung*. Der Ausschluss der 17-Jährigen wäre jedoch zulässig, wenn sich dieser im Rahmen einer erlaubten Typisierung bewegt. Denn „der Gesetzgeber ist berechtigt, die Durchführbarkeit der Masseveranstaltung Wahl durch verallgemeinernde Regelungen sicherzustellen, die nicht allen Besonderheiten Rechnung tragen müssen (...). Insoweit können grundsätzlich auch Praktikabilitätsabwägungen Berücksichtigung finden.“<sup>74</sup> Der Gesetzgeber strebt mit dem Wahlrechtsausschluss der 0- bis 17-Jährigen an, den erforderlichen Grad an Reife und Vernunft sicherzustellen. Dieses Ziel wird zweifellos erreicht, soweit sehr junge Kinder damit ausgeschlossen werden.

„(D)ie Vorteile der Typisierung müssen (jedoch) im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit stehen (...). Voraussetzung hierfür ist, dass die durch die Typisierung eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sind, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und das Ausmaß der Ungleichbehandlung gering ist (...).“<sup>75</sup>

Die Typisierung, wonach generell alle nicht Volljährigen von der Wahl ausgeschlossen werden, wird zumindest zwei dieser Anforderungen nicht gerecht. Dies gilt jedenfalls für die 17-Jährigen. Denn zum einen macht eine Typisierung die Einbeziehung der 17-Jährigen nicht notwendig. Die Einbeziehung ist ohne jede Schwierigkeiten vermeidbar. Das Wahlalter muss lediglich auf 17 Jahre herabgesetzt werden. Zum anderen ist der Eingriff in die Allgemeinheit der Wahl auch nicht nur geringfügig. Zwar umfasst der Ausschluss nur ein Jahr. Dies macht den Eingriff jedoch nicht geringfügig. Denn das Wahlrecht ist das vornehmste Recht des Bürgers im demokratischen Staat.<sup>76</sup> Insbesondere hat jede Wahl massive Auswirkungen auf das politische Leben und damit auf jeden Einzelnen, die zeitlich unabsehbar und irreversibel sein können. Außerdem besteht erst wieder nach Ablauf der Legislaturperiode die Möglichkeit, dass 17-Jährige, die nicht wählen dürfen, mithilfe von Wahlen Einfluss nehmen können. Bei Europawahlen sind es fünf Jahre.<sup>77</sup>

64 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 44 f. mwN.

65 *Strelen in Schreiber*, BWG, § 12 Rn. 9, 4.

66 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 46 mwN.

67 Vgl. zB zu Mecklenburg-Vorpommern Art. 15 IV MVVerf, § 2 I, II, § 3 MVSchulG; Bremen Art. 26 Nr. 1 BremVerf, § 4 IV, § 5 III BremSchG; Bayern Art. 131 BayVerf, Art. 1, 2 BayEUG.

68 Vgl. zB zu Mecklenburg-Vorpommern § 2 II, § 3 Nr. 4 MVSchulG; Bremen § 5 II Nr. 1 BremSchG; Bayern Art. 2 UAbs. 7 BayEUG.

69 *Hoffmann-Lange/de Rijke*, Die Entwicklung politischer Kompetenzen und Präferenzen im Jugendalter: Ein empirischer Beitrag zur Diskussion um die Herabsetzung des Wahlalters auf 16 Jahre in *v. Alemann/Morlok/Godewerth* (Hrsg.), Jugend und Politik, 2006, 73.

70 *Hurrelmann*, Für die Herabsetzung des Wahlalters in *Palentien/Hurrelmann* (Hrsg.), Jugend und Politik, 2. Aufl. 1998, 287 f.

71 Soweit ersichtlich, hat kein in parlamentarischen Anhörungen zur Absenkung des Wahlalters gehörter entwicklungspsychologischer oder vergleichbarer Sachverständiger die Auffassung vertreten, die Jugendlichen besäßen die notwendige Urteilskraft nicht. Soweit in der juristischen Literatur behauptet wird, die notwendige Reife setze erst mit 18 Jahren ein, werden dafür keine wissenschaftlichen Nachweise angeführt. Vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2018, 404 = BeckRS 2017, 119873 Rn. 40.

72 *Köhnken/Bliesener/Ostendorf*, Zwischenbericht an die Deutsche Forschungsgemeinschaft für das Projekt Verantwortlichkeit jugendlicher Straftäter nach § 3 JGG, April 2010, 32 ([http://entwpaed.psychologie.uni-kiel.de/tl\\_files/bliesener/Materialien/Zwischenbericht\\_%20A73.pdf](http://entwpaed.psychologie.uni-kiel.de/tl_files/bliesener/Materialien/Zwischenbericht_%20A73.pdf), 17.3.2019).

73 *Köhnken/Bliesener/Ostendorf*, Zwischenbericht, 24.

74 Vgl. *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 105 mwN.

75 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 105 mwN.

76 Vgl. *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 106 mwN.

77 Vgl. Art. 14 III EUV.

#### 4. Reziprozität von Rechten und Pflichten

Häufig wird zur Begründung des Wahlmindestalters von 18 Jahren angeführt, dass dadurch eine zu fordernde Reziprozität von Rechten und Pflichten hergestellt werde. Da die volle Geschäftsfähigkeit und die volle Deliktsfähigkeit erst mit 18 Jahren beginne (Volljährigkeit), ebenso wie die volle Strafmündigkeit, dürfe auch das Wahlrecht nicht früher einsetzen.<sup>78</sup>

a) *Kein Wert von Verfassungsrang.* Damit könnte der Ausschluss der unter 17-Jährigen jedoch nur begründet werden, wenn dies ein von der Verfassung legitimer Grund ist, der dasselbe Gewicht hat wie die Allgemeinheit der Wahl. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Wahlen können ihre Funktion genauso gut erfüllen, wenn eine solche Reziprozität nicht besteht. Davon geht das Grundgesetz sogar bei den Bundestagswahlen aus, bei denen ein Wahlmindestalter besteht. Denn Art. 38 II GG differenziert zwischen Wahlalter und Volljährigkeitsalter.<sup>79</sup> Das Wahlalter ist nicht automatisch auch das Volljährigkeitsalter. Denn das aktive Wahlrecht setzt mit 18 Jahren ein, das passive jedoch erst mit Erreichen der Volljährigkeit. Zwischen 1970 und 1975 hatte diese Differenzierung auch praktische Auswirkungen. Denn das aktive Wahlalter wurde bereits 1970 von 21 auf 18 Jahre gesenkt,<sup>80</sup> während die Volljährigkeit erst 1975 von 21 auf 18 Jahre herabgesetzt wurde.<sup>81</sup>

Der Gesetzgeber geht auch im Übrigen nicht davon aus, dass eine Rechte-Pflichten-Reziprozität für das aktive Wahlrecht bestehen muss. Denn es ist anzunehmen, dass Hunderttausende Volljährige, welche an schwerer bzw. fortgeschrittener Demenz leiden, das Wahlrecht ohne entsprechende Pflichten haben. Denn diese Erkrankung führt dazu, dass diese sich in einem dauerhaften, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden,<sup>82</sup> so dass sie gem. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig, gem. § 827 S. 1 BGB zivilrechtlich deliktsunfähig und gem. § 20 StGB strafrechtlich schuldunfähig sind. Auch bei den Betreuten, für die ein Einwilligungsvorbehalt besteht und deren Willenserklärungen deshalb wie diejenigen von beschränkt Geschäftsfähigen behandelt werden, §§ 1903 I iVm § 108 ff. BGB, besteht keine Reziprozität.

b) *Keine angemessene Reziprozität.* Selbst wenn man hilfsweise annehmen wollte, dass eine Rechte-Pflichten-Reziprozität grundsätzlich ein von der Verfassung legitimer Grund sein könnte, kann dies den Ausschluss der 17-Jährigen jedoch nicht rechtfertigen.

aa) *Geschäftsfähigkeit.* Die zivilrechtliche Konstruktion der beschränkten Geschäftsfähigkeit, die gem. §§ 106 ff. BGB bereits mit 7 Jahren einsetzt und unterschiedslos auch noch für 17-Jährige gilt, ist lediglich ein Schutzsystem für diejenigen, die auch noch ein Jahr vor Erreichen der formalen Volljährigkeit keine ausreichende Reife besitzen und daher vor sich selbst geschützt werden müssen.<sup>83</sup> Bei den allermeisten 17-Jährigen ist jedoch von hinreichender Reife auszugehen.<sup>84</sup> Für diese ist dieses Schutzsystem daher eher eine Last als ein Schutz. Deshalb verhindert die beschränkte Geschäftsfähigkeit auch nicht die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften endgültig, sondern macht sie lediglich von der Zustimmung der Eltern abhängig, §§ 107 f. BGB. Diese sind jedoch gem. § 1626 II BGB verpflichtet, die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Jugendlichen zu selbstständigem verantwortungsbewussten Handeln zu berücksichtigen und seinem Entwicklungsstand entsprechend mit dem Jugendlichen Einvernehmen anzustreben. Diese Konstruktion der beschränkten Geschäftsfähigkeit führt also nicht endgültig

dazu, dass die 17-Jährigen zivilrechtlich handlungsunfähig sind. Der Ausschluss vom Wahlrecht besitzt demgegenüber Endgültigkeit.

bb) *Delikts- und Schuldfähigkeit.* Bei den 17-Jährigen ist davon auszugehen, dass deren strafrechtliche Verantwortlichkeit gegeben ist.<sup>85</sup> Es ist deshalb auch anzunehmen, dass ihre zivilrechtliche Deliktsfähigkeit in der Regel vorliegt. Insofern greift das Schutzsystem des § 827 BGB, das für eine kleine Minderheit noch notwendig ist, nicht. Insbesondere aber schädigen die meisten niemanden, schon gar nicht vorsätzlich.<sup>86</sup> Und falls dies aus Fahrlässigkeit geschehen sollte, können sie sich dagegen versichern. Die Schutzkonstruktion, die sich bei den allermeisten 17-Jährigen nicht realisiert, darf deshalb nicht dafür ins Feld geführt werden, ihnen das Wahlrecht zu nehmen.

Dasselbe gilt für das Jugendstrafrecht. Die Verantwortlichkeit der 17-Jährigen ist gegeben. Insbesondere aber werden die allermeisten gar nicht straffällig.<sup>87</sup> Die Schutzkonstruktion, die bei über 90 Prozent der 17-Jährigen nicht zum Tragen kommt, kann kein Argument sein, ihnen das Wahlrecht zu nehmen.

cc) *Wahlrechtsausschluss schwächt Reziprozität.* Schließlich ist zu beachten, dass der Wahlrechtsausschluss der 17-Jährigen die Reziprozität zwischen Rechten und Pflichten sogar schwächt. Denn ohne ein Wahlrecht haben die 17-Jährigen keinerlei demokratisches Mitentscheidungsrecht, müssen jedoch die meisten Gesetze, welche die Abgeordneten beschließen, die von allen 18-Jährigen und Älteren gewählt werden, befolgen. Insbesondere müssen sie alle faktischen Folgen der von den anderen bestimmten Gesetze ertragen. Das Verhältnis von Rechten zu Pflichten beträgt also formelhaft ungefähr „0“ zu „90“. Wird ihnen das Wahlrecht belassen, beträgt das Verhältnis hingegen ungefähr „100“ zu „90“. Ohne Wahlrecht ist das Verhältnis fast vollständig unausgeglichen, während es mit Wahlrecht nahezu ausgeglichen ist.

#### V. Ungleichbehandlung mit Volljährigen ohne Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Die Ausführungen unter III. und IV. führen bereits für sich betrachtet zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der

78\* Zuletzt *Deppenheuer*, der von „Korrelation“ spricht, vgl. Bundestag, Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat v. 18.3.2019 zu BT-Drs. 19/16, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw24-de-direkte-demokratie-558872> (15.5.2019); *Strelen in Schreiber*, BWG, § 12 Rn. 9. *Müller-Franken*, Familienwahlrecht und Verfassung, 2013, 39 ff., bezieht sich auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Teil des Rechtsstaatsprinzips.

79 Vgl. *Meyer* in *Deutsches Kinderhilfswerk* (Hrsg.), Absenkung des Wahlalters, 2016, 34.

80 *Dreier/Wittreck*, Grundgesetz, Art. 38 Fn. 1.

81 *Pieroth* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 38 Rn. 23.

82 Vgl. näher *Heußner/Pautsch*, Kurzgutachten, Wahlrechtsausschluss von 17-Jährigen bei Europawahl verfassungswidrig, 5 und Fn. 21, [https://wahlrecht.jetzt/wp-content/uploads/2019/04/19\\_Heu%C3%9Fner-Pautsch-Kurzgutachten-Europawahl-2019-Verfassungswidrigkeit-%C2%A7-6-I-Nr.-1-EuWG-31.3.2019.pdf](https://wahlrecht.jetzt/wp-content/uploads/2019/04/19_Heu%C3%9Fner-Pautsch-Kurzgutachten-Europawahl-2019-Verfassungswidrigkeit-%C2%A7-6-I-Nr.-1-EuWG-31.3.2019.pdf) (29.5.2019).

83 Vgl. *MüKoBGB/Spickhoff*, 8. Aufl. 2018, vor § 104 Rn. 6.

84 Vgl. o. IV.3.a.

85 Vgl. o. IV.3.a.cc.

86 Vorsätzliche Sachbeschädigung und ähnliche Delikte sind Straftaten. Die allermeisten Jugendlichen begehen jedoch keine Straftaten, vgl. Fn. 87.

87 Nur ca. 5 % aller Jugendlichen zwischen 14 und einschl. 17 Jahren werden strafatverdächtig, vgl. Deutsches Jugendinstitut, Zahlen – Daten – Fakten, Jugendgewalt, April 2019, [https://www.dji.de/fileadmin/user\\_upload/jugendkriminalitaet/Z-D-F\\_Jugendgewalt\\_Apr2019.pdf](https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/jugendkriminalitaet/Z-D-F_Jugendgewalt_Apr2019.pdf) (27.5.2019). Vgl. *Heinz*, Jugendkriminalität, Bundeszentrale für politische Bildung, Schaubild 2, Kriminalität im Altersverlauf, 10.6.2016, <https://www.bpb.de/politik/innenpolitik/gangsterlaeufer/203562/zahlen-und-fakten?p=all> (27.5.2019).

17-Jährigen vom Wahlrecht zum Europäischen Parlament. Hinzu kommt die Ungleichbehandlung der 17-Jährigen mit den Volljährigen ohne Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

### 1. Wahlrecht von Vollbetreuten: BVerfG und Reaktion des Bundestages

Das BVerfG hat am 29.1.2019 entschieden, dass der Ausschluss rechtlich vollbetreuter volljähriger Personen gegen die Allgemeinheit der Wahl verstößt, da alle Personen, die sich in derselben Lage des Unvermögens befinden, alle ihre Angelegenheiten zu besorgen, bei denen jedoch kein rechtlicher Betreuer bestellt wird, das Wahlrecht behalten.<sup>88</sup> Die Parlamente haben zwei Möglichkeiten, auf diese Entscheidung zu reagieren. Zum einen können sie versuchen, die nicht einsichts- und urteilsfähigen Volljährigen aufgrund eines neu einzuführenden Verfahrens festzustellen und vom Wahlrecht auszuschließen. Zum anderen können sie allen einsichts- und urteilsunfähigen Volljährigen das Wahlrecht belassen und entsprechende Wahlrechtsausschlüsse aus den Wahlgesetzen streichen.<sup>89</sup> Im Bund – wie auch sonst überall – wird der zweite Weg beschritten.<sup>90</sup> Dies bedeutet, dass alle volljährigen Personen ohne Einsichts- und Urteilsfähigkeit das Wahlrecht haben.

### 2. Verfassungswidrigkeit der Ungleichbehandlung

Wenn jedoch alle volljährigen Personen ohne Einsichts- und Urteilsfähigkeit das Wahlrecht haben, muss dies erst recht für Personen gelten, welche über die hinreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. Wie dargestellt, ist bei der Gruppe der 17-Jährigen von hinreichender Einsichts- und Urteilsfähigkeit auszugehen.<sup>91</sup> Ihnen das Wahlrecht vorzuenthalten, entbehrt jedes sachlichen Grundes und wäre im Ergebnis absurd.

### 3. Quantitatives Ausmaß

In Deutschland leben ca. 1,42 Mio. demenzkranke deutsche Staatsbürger. Es ist deshalb davon auszugehen, dass ca. 426.000 volljährige Deutsche eine schwere Demenz haben.<sup>92</sup> Dazu kommen noch die EU-Bürger. Im Stadium der schweren Demenz sind die Menschen „in keiner Weise mehr zur Bewältigung auch der einfachsten alltäglichen Anforderungen in der Lage“. Die kognitiven Fähigkeiten sind „fast erloschen“.<sup>93</sup> Weiterhin gibt es ca. 568.000 Menschen mit einer mittelschweren Demenz,<sup>94</sup> bei denen sich viele auch schon im Zustand der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit befinden dürften. Es ist deshalb realistisch anzunehmen, dass in Deutschland weit mehr als 500.000 volljährige einsichts- und urteilsunfähige Wahlberechtigte leben. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass es in Deutschland ca. 540.000 17-jährige deutsche Staatsbürger gibt (2016).<sup>95</sup> Dazu kommen noch die 17-jährigen EU-Bürger.

### VI. EU-Bürger in Deutschland

Ebenso wie § 6 I 1 Nr. 1 EuWG ist auch § 6 III 1 Nr. 1 EuWG verfassungswidrig. Denn gem. Art. 39 I GRCh haben alle EU-Bürger entsprechend den rechtlichen Vorgaben des EU-Landes, in dem sie wohnen, das Wahlrecht zu den Europawahlen. Da alle deutschen Staatsbürger, die 17 Jahre alt sind, das Wahlrecht zum Europäischen Parlament haben, weil § 6 I 1 Nr. 1 EuWG verfassungswidrig ist, haben auch alle EU-Bürger, die 17 Jahre alt sind, dieses Recht.

### VII. 16-Jährige und jüngere

Die Ausführungen dieses Beitrags schließen nicht aus, dass von Verfassungen wegen auch der Ausschluss der 16-Jährigen

oder noch jüngerer Jahrgänge verfassungswidrig ist. Dies bleibt jedoch einer gesonderten Beurteilung vorbehalten.

## VIII. Prozessuale Fragen

### 1. Grundsätze der Wahlprüfung

Für die Justiziabilität von Wahlrechtsverstößen gilt, dass diese im Wahlprüfungsverfahren zu verfolgen sind.<sup>96</sup> Damit bemisst sich die Durchsetzung des Wahlrechts für unter 18-Jährige ebenfalls allein nach diesem Verfahren. Gemäß Art. 41 GG – sowie einfachgesetzlich nach dem auf der Ermächtigung des Art. 41 III GG erlassenen WahlPrG<sup>97</sup> – ist das Wahlprüfungsverfahren zweistufig ausgestaltet und begründet für die Prüfung von Wahleinsprüchen auf der „ersten Stufe“ zunächst die Zuständigkeit des Bundestages, Art. 41 I 1 GG. Gegen die Entscheidung des Bundestages, mit der der Einspruch verworfen oder zurückgewiesen wird, ist sodann auf der „zweiten Stufe“ die Beschwerdemöglichkeit zum BVerfG mittels Wahlprüfungsbeschwerde gegeben, Art. 41 II GG. Somit können sämtliche Entscheidungen und Maßnahmen, die sich *unmittelbar auf das Wahlverfahren* beziehen, ausschließlich im Wahlprüfungsverfahren mit den hierzu durch Art. 41 GG vorgegebenen Rechtsbehelfen angefochten werden.<sup>98</sup> Es gilt insoweit ein Ausschließlichkeitsgebot, das andere Rechtsbehelfe ausschließt, welche die Wahl als Gesamttakt betreffen.<sup>99</sup> Die konkrete Wahlprüfung ist somit dem Schutz des Art. 19 IV GG entzogen.<sup>100</sup> Dies ist nur deshalb hinzunehmen, weil die Wahlprüfung iSv Art. 41 GG gegenständiglich das gesamte Wahlverfahren, dh von der Wahlvorbereitung über die eigentliche Wahlhandlung bis zur Feststellung des Wahlergebnisses und der Sitzverteilung, umfasst.<sup>101</sup> Somit können auch erst im Wahlprüfungsverfahren solche Wahlrechtsverstöße – insbesondere auch solche, die, wie die Nichtaufnahme in das Wählerverzeichnis, den Ausschluss der Wählbarkeit betreffen – gerügt werden, die zeitlich vor der eigentlichen Wahlhandlung liegen. Überdies ist das frühere Erfordernis der Mandatsrelevanz<sup>102</sup> – dh die Erheblichkeit des Wahlrechtsverstößes für die Gültigkeit der Wahl<sup>103</sup> – infolge der Neufassung des § 48 BVerfGG durch Art. 3 des Gesetzes zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom

88 Vgl. BVerfG, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 102 f.

89 Vgl. BVerfG, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818 Rn. 139.

90 Vgl. o. I.

91 Vgl. o. IV.3.a.

92 Vgl. näher Heußner/Pautsch, Kurztgutachten, 5, Fn. 21, [https://wahlrecht.jetzt/wp-content/uploads/2019/04/19\\_Heu%C3%9Fner-Pautsch-Kurztgutachten-Europawahl-2019-Verfassungswidrigkeit-%C2%A7-6-I-Nr.-1-EuWG-31.3.2019.pdf](https://wahlrecht.jetzt/wp-content/uploads/2019/04/19_Heu%C3%9Fner-Pautsch-Kurztgutachten-Europawahl-2019-Verfassungswidrigkeit-%C2%A7-6-I-Nr.-1-EuWG-31.3.2019.pdf) (29.5.2019).

93 Weyerer, Altersdemenz, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 2028, 2005, hrsg. vom RKI, 9, 16; vgl. Deutsche Alzheimer Gesellschaft eV, Selbsthilfe Demenz, Informationsblatt 1, Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, 1, [https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1\\_haeufigkeit\\_demenzerkrankungen\\_dalzg.pdf](https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf) (18.3.2017).

94 Heußner/Pautsch, Kurztgutachten, 5, Fn. 21.

95 Heußner/Pautsch, Kurztgutachten, 5, Fn. 24.

96 Ewer, Wahlprüfung, in Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 8 Rn. 2; Klein in Maunz/Dürig, GG, Art. 41 Rn. 8 ff.; Lackner, JuS 2010, 307 (310); Pautsch/Müller-Török, ZParl 2016, 851 (857 f.).

97 Sowie für die Bundestagswahl einfachgesetzlich in § 46 BWahlG angeordnet.

98 BVerfGE 74, 96 (101); BVerfGE 83, 156 (157 f.).

99 Klein in Maunz/Dürig, Art. 41 Rn. 54 ff.

100 Risse/Witt in Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 41 Rn. 2. Kritisch Morlok/Bäcker, NVwZ 2011, 1153; Pautsch/Müller-Török, ZParl 2016, 851 (857 f.).

101 Brocker in Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 41 Rn. 12; Schliesky in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 41 Rn. 33.

102 Dazu Lang in Friauf/Höfling, GG, Stand: 14. EL XII/05, Art. 41 Rn. 58; s. auch Bechler in Burckiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2015, § 48 Rn. 29.

103 Lang in Friauf/Höfling, GG, Art. 41 Rn. 72 ff.

12.7.2012<sup>104</sup> entfallen, wie auch das *BVerfG* zwischenzeitlich ausdrücklich festgestellt hat.<sup>105</sup> Damit ist explizit die Möglichkeit der Feststellung der Verletzung eigener Rechte im Wahlprüfungsverfahren eröffnet worden. Es bedarf bei einer ausschließlichen Rüge der Verletzung subjektiver Wahlrechte einer substantiierten Darlegung der Mandatsrelevanz des geltend gemachten Wahlfehlers somit nicht mehr.<sup>106</sup>

## 2. Europawahl

Für die hier relevante Europawahl – dh konkret die Wahl der deutschen Mitglieder des Europäischen Parlaments – gelten dieses Verfahren und die hierzu entwickelten Grundsätze über die einfachgesetzliche Verweisung in § 26 EuWG auf das WahlPrG entsprechend.<sup>107</sup> Es findet also auch in Ansehung der Europawahl das zweistufige Wahlprüfungsverfahren statt. Dies hat zur Folge, dass gem. § 2 II WahlPrG innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach der Europawahl für jeden Wahlberechtigten, hier also den zu Unrecht ausgeschlossenen 17-Jährigen, die Möglichkeit besteht, gegen die Gültigkeit der Wahl Einspruch zu erheben, § 26 II EuWG iVm § 2 IV WahlPrG, der innerhalb dieser Frist zu begründen ist. Auf der zweiten Stufe ist gegen die Entscheidung des Bundestages, mit der der Einspruch verworfen oder zurückgewiesen wurde, nach § 26 III EuWG iVm § 48 I

*BVerfGG* die Wahlprüfungsbeschwerde zum *BVerfG* statthaft.<sup>108</sup>

## IX. Ergebnis

Der Ausschluss der 17-Jährigen vom Wahlrecht zum Europäischen Parlament gem. § 6 I 1 Nr. 1, III 1 Nr. 1 EuWG ist verfassungswidrig. Art. 38 II Hs. 1 GG findet keine analoge Anwendung. Es liegen keine zwingenden Gründe vor, die den einfachen Gesetzgeber berechtigen, in die Allgemeinheit der Wahl einzugreifen. 17-Jährige haben die für Wahlen notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Da der Bundesgesetzgeber allen volljährigen Bürgern, denen die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt, das Wahlrecht belässt, müssen erst recht alle 17-Jährigen das Wahlrecht haben. Der Gesetzgeber ist angehalten, das EuWG zügig zu ändern. ■

104 BGBl. I 2012, 1501.

105 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818, Ls. 2 und Rn. 31.

106 *BVerfG*, NJW 2019, 1201 = BeckRS 2019, 1818, Ls. 2 und Rn. 31; Lenz/Hansel, *BVerfGG*, 2. Aufl. 2015, § 48 Rn. 37; zweifelnd insoweit Bechler in *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, *BVerfGG*, § 48 Rn. 21.

107 Brocker in *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 41 Rn. 12; Bechler in *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, *BVerfGG*, § 48 Rn. 44.

108 Bechler in *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, *BVerfGG*, § 48 Rn. 16, für die Bundestagswahl.

Professor Dr. Joachim Lege, Greifswald\*

# Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz?

## Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung“ an Windkraftanlagen

Wer will schon neben einem Windrad mit mehr als 50 m Gesamthöhe wohnen? Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat daher beschlossen, die Akzeptanz in der Bevölkerung durch „Bürgerbeteiligung“ zu fördern: Windanlagenbetreiber werden gesetzlich gezwungen, die ortsansässigen Bürgerinnen und Bürger (und auch die Gemeinden) an ihrem Unternehmen finanziell zu beteiligen. Es ist zu prüfen, ob dies mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu vereinbaren ist – nicht zuletzt angesichts erheblicher Kollateralkosten.

### I. Der Zwang zur Beteiligung von „Bürgern“ an Windkraftunternehmen

#### 1. Das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz M-V

Im Land Mecklenburg-Vorpommern gibt es seit 2016 ein so genanntes Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz<sup>1</sup> – im Folgenden: *BüGeBetG*. Es betrifft, was man auf den ersten Blick nicht vermutet, keineswegs die Beteiligung von Bürgern und Gemeinden an politischen Prozessen, etwa: an der Raumplanung des Landes. Vielmehr ermöglicht es die finanzielle Beteiligung von Bürgern oder Gemeinden an Unternehmen, die Windkraftanlagen bauen und betreiben wollen. Derartige Unternehmen dürfen laut diesem Gesetz, erstens, künftig nur noch in Form einer auf das jeweilige Projekt bezogenen Gesellschaft mit auf den Einlagebetrag beschränkter Haftung betrieben werden (§ 3 *BüGeBetG*) – im Folgenden: Windkraft GmbH. Zudem sind die Gründer der GmbH, zweitens, verpflichtet, mindestens 20 % ihrer GmbH-Anteile zu verkaufen (§ 4 I *BüGeBetG*). Davon gehen – idealiter<sup>2</sup> – die Hälfte an „Bürger“, genauer: an interessierte natürliche Personen, die im 5-km-Umkreis der Windräder wohnen (§ 5 I *BüGeBetG*), die andere Hälfte an die

Gemeinden, auf deren Gebiet die Windräder stehen oder die hinreichend nah (wieder fünf km) benachbart sind (§ 5 I *BüGeBetG*). Sinn dieser Regelung ist, in der Bevölkerung die Akzeptanz für Windkraftanlagen zu steigern.<sup>3</sup> (Die Freistellungsklauseln des § 10 *BüGeBetG* bleiben im Folgenden außer Betracht.)

### 2. Vorbilder und Streitstand

Vorweg sei bemerkt: Das soeben skizzierte Modell der Beteiligung von „Bürgern“ an den Profiten der Windkraft ist keine Erfindung Mecklenburg-Vorpommerns. Vorbild ist vielmehr Dänemark, wo eine solche Regelung seit 2008 besteht<sup>4</sup> – allerdings mit dem Unterschied, dass dort nur (!) die Nachbarn und die restlichen Gemeindeglieder das Recht haben, Anteile zu erwerben, nicht die Gemeinden selbst.<sup>5</sup> In Österreich wird über ein solches Zwangsmodell nachgedacht, eingeführt wurde es noch nicht.<sup>6</sup>

\* Der Autor hat den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Universität Greifswald inne.

1 Vom 27.5.2016, MVGVBl. 2016, 258. Amtl. Abk.: MVBüGembeteilG.  
2 § 9 IV 1 *BüGeBetG*; Abweichungen sind möglich, tun hier aber nichts zur Sache.

3 Gesetzentwurf der Landesregierung M-V, LT-Drs. 6/4568, 1, 2, 23 und öfter.

4 Übersetzung ins Englische: Promotion of Renewable Energy Act (PREA), Act. no. 1392 of 27.12.2008, abzurufen unter [https://ens.dk/sites/ens.dk/files/Vindenergi/promotion\\_of\\_renewable\\_energy\\_act\\_-\\_extract.pdf](https://ens.dk/sites/ens.dk/files/Vindenergi/promotion_of_renewable_energy_act_-_extract.pdf) (zuletzt aufgerufen am 2.4.2019).

5 PREA 15 (1)-(3).

6 *Pirstner-Ebner*, Förderungsmodelle für „grüne Kraftwerke“, RFG (Recht&Finanzen für Gemeinden) 2014, 197–202; *dies.*, Bürgerkraftwerke und Beteiligungspflicht, JRP [Journal für Rechtspolitik] 25 (2017), 143–153.