

Gutachten zu Rechtsfragen des Entwurfs für ein Bundespartizipationsgesetz

Prof. Dr. Nora Markard, Universität Münster

I. Anlass des Gutachtens und Fragestellung

Die Bundeskonferenz der Migrant*innenorganisationen (BKMO) hat, unter der Leitung der Vorsitzenden ihrer AG Partizipationsgesetz *Galina Ortmann* und *Michael Mwa Allimadi* im November 2021 einen „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Teilhabe und Partizipation und zur Bekämpfung der rassistischen Diskriminierung (Bundespartizipationsgesetz)“ vorgelegt. Der Gesetzentwurf enthält neben dem Entwurf des titelgebenden Bundespartizipationsgesetzes selbst auch Vorschläge zur Änderung verschiedener Bundesgesetze sowie des Grundgesetzes.

Unter anderem sollen danach Fördermaßnahmen für „Personen mit Migrationsgeschichte und Personen mit Diskriminierungserfahrung“ eingeführt werden (1.), zudem soll das Kommunalwahlrecht reformiert werden (2.).

1. Fördermaßnahmen für Menschen mit Migrationsgeschichte

Das Bundespartizipationsgesetz soll gemäß § 1 BPartG-E für Personen mit Migrationsgeschichte und Personen mit Diskriminierungserfahrung die gesellschaftliche Teilhabe umfassend verwirklichen, Benachteiligungen beseitigen und verhindern und die Partizipation an staatlichen Entscheidungen verbessern. Nach § 1 Abs. 2 BPartG-E soll für beide Personengruppen „die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung“ gefördert werden, zudem sind „[s]trukturelle Benachteiligungen“ durch die „gezielte Förderung“ dieser Personen zu beheben.

Als „Menschen mit Migrationsgeschichte“ definiert § 2 Abs. 1 BPartG-E Personen, die entweder keine deutsche Staatsangehörigkeit haben oder bei denen entweder der eigene Geburtsort oder der eines Eltern- oder Großelternanteils im Ausland liegt.

Als „Menschen mit Diskriminierungserfahrung“ definiert § 2 Abs. 2 BPartG-E Personen, „die rassistisch diskriminiert wurden und Personen, denen nach eigenen Angaben eine Migrationsgeschichte zugeschrieben wird. Diese Zuschreibung kann insbesondere an phänotypische Merkmale, Sprache, Namen, Herkunft, Nationalität und Religion anknüpfen.“

Verpflichtende Fördermaßnahmen sind für Personen mit Migrationsgeschichte vorgesehen, und zwar in Form von sogenannten Entscheidungsquoten.¹ Die Förderregelung findet sich in § 3 BPartG-E:

§ 3 Interkulturelle Öffnung

(1) Der Bund strebt die Erhöhung des Anteils der Beschäftigten mit Migrationsgeschichte entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung an. Bei Stellenausschreibungen ist darauf hinzuweisen, dass Bewerbungen von Personen mit Migrationsgeschichte und Personen mit Diskriminierungserfahrung, die die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, ausdrücklich erwünscht sind.

¹ Zu unterscheiden sind u.a. Entscheidungsquoten (bei Unterrepräsentation von Frauen wird bei gleicher Qualifikation eine Frau eingestellt) und Ergebnisquoten (wird eine bestimmte Zielvorgabe bei der Erhöhung des Frauenanteils in einem bestimmten Zeitraum nicht erreicht, greifen Sanktionen). Dazu *Sacksofsky* in *Umbach/Clemens*, GG, 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 365.

(2) Alle Dienststellen [...] und alle Unternehmen [...] sind verpflichtet, jedes Jahr den Anteil von Personen mit Migrationsgeschichte an ihrer Gesamtpersonalstärke zu ermitteln.

(3) Sind Personen mit Migrationsgeschichte in einem bestimmten Bereich [...] unterrepräsentiert, hat die Dienststelle oder das Unternehmen sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, bei Einstellung und beruflichem Aufstieg bevorzugt zu berücksichtigen. Dies gilt auch bei der Abordnung, Versetzung und Umsetzung für jeweils mehr als drei Monate, wenn diesen ein Ausschreibungsverfahren vorausgeht. Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass Bewerberinnen oder Bewerber mit Migrationsgeschichte die gleiche Qualifikation aufweisen wie ihre Mitbewerberinnen oder Mitbewerber. Die Bevorzugung ist ausgeschlossen, wenn rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen, die in der Person einer Mitbewerberin oder eines Mitbewerbers liegen.

(4) Absatz 2 gilt insbesondere für

1. die Besetzung von Stellen von Beamtinnen und Beamten, von Richterinnen und Richtern, von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie von Auszubildenden;
2. den beruflichen Aufstieg.

Satz 1 schließt auch Arbeitsplätze mit Vorgesetzten- oder Leitungsaufgaben ungeachtet der Hierarchieebene ein.

(5) Sind bei der Besetzung einer Stelle sowohl Frauen wie auch Personen mit Migrationsgeschichte bevorzugt zu berücksichtigen, so erhält bei gleicher Qualifikation diejenige Person den Vorzug, in deren Gruppe die größere Unterrepräsentation besteht.

Weitere Förderregelungen sollen im Bundesgremiengesetz (BGremG) eingeführt werden. So soll dort in § 4 Abs. 4 im Wesentlichen bestimmt werden, dass der Bund für seine Sitze in Aufsichtsgremien mindestens 25 % Personen mit Migrationsgeschichte benennen muss.

Im Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) soll in § 17 Abs. 7 Satz 2 eine Regelung eingefügt werden, die bezogen auf Personalräte ab 2025 einen Anteil von mindestens 25 % Personen mit Migrationsgeschichte erfordert.

Die Bundeshaushaltsordnung (BHO) soll um einen § 23a ergänzt werden, der im Wesentlichen von größeren Zuwendungsempfängern einen Integrationsförderplan verlangt, der Maßnahmen zur Steigerung des Anteils von Personen mit Migrationsgeschichte unter den Auszubildenden und Beschäftigten bis auf deren Bevölkerungsanteil im jeweiligen Bundesland vorsieht.

2. Kommunalwahlrecht für Drittstaatsangehörige

Der Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes sieht vor, Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG wie folgt zu fassen:

Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit wahlberechtigt und wählbar.

Bisher lautet Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG wie folgt:

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.

3. Rechtsproblem und Gutachtenfrage

Sowohl die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen in Form von sogenannten „Quoten“ als auch die Zulässigkeit des Kommunalwahlrechts für Drittstaatsangehörige sind umstritten.

Die Zulässigkeit von Quoten wurde bisher vor allem in Bezug auf Frauenfördermaßnahmen diskutiert, die zu mehreren Urteilen des Europäischen Gerichtshofs geführt haben, vom Bundesverfassungsgericht aber bisher nicht zu beurteilen waren. Umstritten ist insbesondere, ob solche Maßnahmen gegen das Verbot der Bevorzugung oder Benachteiligung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verstoßen. Diese Vorschrift enthält zugleich ein Verbot der Bevorzugung oder Benachteiligung wegen der Rasse, der Sprache und der Heimat, die bei der Förderung von Personen mit Migrationsgeschichte einschlägig sein können. Während Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG seit 1994 ein Gleichstellungsgebot enthält, fehlt eine solche Regelung für die anderen Kategorien des Absatzes 3.

Die Einführung eines kommunalen Wahlrechts für Drittstaatsangehörige wurde zuletzt 2013 in Bremen vorgeschlagen, wurde dort aber vom Staatsgerichtshof – dem Landesverfassungsgericht der Freien Hansestadt Bremen – verworfen. Hierbei handelte es sich allerdings um eine einfachgesetzliche Regelung, die der Staatsgerichtshof für unvereinbar mit Art. 28 und Art. 116 GG hielt, mit angreifbaren Argumenten.

Das vorliegende Gutachten widmet sich vor diesem Hintergrund zwei Fragen:

1. Sind Fördermaßnahmen für „Menschen mit Migrationsgeschichte“ mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar?
2. Ist die Einführung eines kommunalen Wahlrechts für Drittstaatsangehörige in Art. 28 GG mit Art. 116 GG vereinbar?

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Fördermaßnahmen für „Menschen mit Migrationsgeschichte“

Während es im europäischen und internationalen Recht bereits Vorgaben für Fördermaßnahmen zugunsten von Personen gibt, die von rassistischer Benachteiligung betroffen sind, und diese Vorgaben auch bereits im AGG umgesetzt sind, ist die Zulässigkeit solcher Maßnahmen im deutschen Verfassungsrecht nach wie vor umstritten. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass solche Fördermaßnahmen mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar sind.

1. Europäische und internationale Vorgaben

Das europäische Recht sieht für Frauen schon seit langem Fördermaßnahmen vor. Art. 157 Abs. 4 AEUV erlaubt es beispielsweise seit 1999 explizit, „zur Erleichterung der Berufstätigkeit *des unterrepräsentierten Geschlechts* oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“.² Ähnlich sieht Art. 3 der Gender-Richtlinie³ Maßnahmen „zur vollen Gleichstellung

² Herv. d. Verf. Art. 19 AEUV geht auf positive Maßnahmen nicht ein.

³ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204/23 vom 26.7.2006 (Herv. d. Verf.).

von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ vor, ebenso Art. 5 RL 2010/41⁴ im Rahmen der Selbständigkeit und Art. 6 RL 2004/113⁵ im Bereich Güter und Dienstleistungen.

Seit auf Grundlage von Art. 19 AEUV Antidiskriminierungs-Richtlinien auch jenseits von Geschlecht erlassen wurden, sehen diese ebenfalls Fördermaßnahmen vor. Danach steht das Verbot der Diskriminierung Maßnahmen nicht entgegen, die bestehende Benachteiligungen ausgleichen oder zukünftige verhindern sollen. So heißt es in der EU-Antirassismus-Richtlinie⁶ in Art. 5:

Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.

Ähnlich lautet die Formulierung in Art. 7 Abs. 1 der Rahmen-Richtlinie⁷ für das Berufsleben.

Entsprechend bestimmt § 5 AGG, der diese Richtlinien ins deutsche Recht umsetzt:

§ 5 Positive Maßnahmen

Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

Die UN-Antirassismus-Konvention nimmt – ebenso wie die UN-Frauenrechtskonvention⁸ – in ihrem Art. 1 Abs. 4 Fördermaßnahmen ebenfalls vom Diskriminierungsverbot aus; dort heißt es:

(4) Sondermaßnahmen, die einzig zu dem Zweck getroffen werden, eine angemessene Entwicklung bestimmter Rassengruppen, Volksgruppen oder Personen zu gewährleisten, die Schutz benötigen, soweit ein solcher erforderlich ist, damit sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt genießen und ausüben können, gelten nicht als Rassendiskriminierung, sofern diese Maßnahmen nicht die Beibehaltung getrennter Rechte für verschiedene Rassengruppen zur Folge haben und sofern sie nicht fortgeführt werden, nachdem die Ziele, um derentwillen sie getroffen wurden, erreicht sind.

Der UN-Antirassismus-Ausschuss und der UN-Frauenausschuss, die die Einhaltung dieser beiden Konventionen überwachen, haben bereits klargestellt, dass solche Maßnahmen gegebenenfalls auch gezielt auf intersektionale Nachteile reagieren können.⁹

⁴ Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, ABl. L 180/1 vom 15.7.2010.

⁵ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373/37 vom 21.12.2004.

⁶ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180/22 vom 19.7.2000.

⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16 vom 2.12.2000.

⁸ Art. 4 Abs. 1 CEDAW lautet: „Zeitweilige Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der Defacto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Übereinkommens, dürfen aber keinesfalls die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Maßstäbe zur Folge haben; diese Maßnahmen sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind.“

⁹ CERD, General Recommendation No. 25 on Gender-Related Dimensions of Racial Discrimination, 2000, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), S. 214; CEDAW, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, 2004, UN Doc.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) wurde schon mehrfach mit Vorlagefragen zur Zulässigkeit von Fördermaßnahmen für Frauen befasst.¹⁰ Er hat klargestellt, dass Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation bevorzugt eingestellt werden dürfen, „sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.“¹¹ Zulässig sind demnach Vorrangregeln, wenn „die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, und solche Kriterien [...] gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung“ haben.¹² Damit hat der EuGH¹³ ebenso wie das BAG¹⁴ klargestellt, dass solche Gründe nicht durch die Hintertür wieder zur Benachteiligung derjenigen führen dürfen, die gefördert werden sollen. Allein die Eigenschaft als Ehemann und Vater genügt also nicht, um Männer trotz geltender Regeln zur Frauenförderung gleich Qualifizierten vorzuziehen.¹⁵

Danach verstoßen Fördermaßnahmen dann nicht gegen das Diskriminierungsverbot, wenn sie auf eine tatsächliche Unterrepräsentanz antworten, nur bei gleicher Qualifikation eingreifen und keine starre Vorzugsregel enthalten, sondern auf Besonderheiten des Einzelfalls reagieren können.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Diese Vorgaben des EuGH haben den verfassungsrechtlichen Streit um Quoten in Deutschland¹⁶ entschärft, aber nicht erledigt.¹⁷ Auch bei der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG um einen neuen Satz 2 im Jahr 1994 fand man darüber kein Einvernehmen, vielmehr einigte man sich auf einen Formelkompromiss und überließ die Sache der Gesetzgebung und den Gerichten.¹⁸ Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG lautet nunmehr:

Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

Er ergänzt das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, das lautet:

Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), S. 282, para. 12, 28, 38. Dazu ausführlich *Markard*, Affirmative Action angesichts von Intersektionalität, in: Mangold (Hg.), *Materiale Gleichheit* (i.E.).

¹⁰ EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke*; Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall*; s.a. Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, Rn. 33 ff. – *Badeck*.

¹¹ EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, Rn. 33 – *Marschall*.

¹² EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, Rn. 35 – *Marschall*.

¹³ EuGH Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 Rn. 33 – *Marschall*. Fördermaßnahmen zur Vereinbarkeit sind aber beispielsweise nur zulässig, wenn hiervon auch alleinerziehende Väter profitieren können; EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers*, Rn. 36–48. Vgl. aber EuGH, Urt. v. 17.7.2014, Rs. C-173/13 – *Leone*, Rn. 44–51: neutrale Regel zu Rentenvorteilen bei Kindererziehungszeiten mittelbare Diskriminierung zum Nachteilen von Männern, aber keine positive Maßnahme zum Ausgleich von Nachteilen von Frauen.

¹⁴ BAG Beschl. v. 22.6.1993 – 1 AZR 590/92, BAGE 73, 269 ff.

¹⁵ Dazu bereits *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 378.

¹⁶ Dazu etwa: *Pfarr*, Quoten und Grundgesetz: Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung, 1988; *Raasch*, Frauenquoten und Männerrechte, 1991;

¹⁷ Zu den Formen *Sacksofsky* in Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 365.

¹⁸ Ausführlicher *Sacksofsky* in Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 286–288; insgesamt *Degener*, Der Streit um Gleichheit und Differenz in der Bundesrepublik Deutschland seit 1945, in: Gerhard (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, S. 871.

Bei der Einstellung und Beförderung im öffentlichen Dienst muss jedenfalls Art. 33 Abs. 2 GG gewahrt bleiben, der lautet:

Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.

Fördermaßnahmen in Form von einer bevorzugten Berücksichtigung bestimmter Personen kommen schon deswegen auch nach deutschem Verfassungsrecht nur in Betracht, soweit die Kandidat*innen gleich qualifiziert sind. Förderung darf nicht auf Kosten von Qualität gehen.

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Über die Zulässigkeit von Frauenquoten hat das Bundesverfassungsgericht, anders als er EuGH, bisher nicht explizit entschieden. Allerdings hat es schon vor der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG deutlich gemacht, dass Art. 3 Abs. 2 GG ausgleichende Begünstigungen rechtfertigt.¹⁹ Den neuen Satz 2 GG versteht es entsprechend als ausdrückliche Klarstellung.²⁰

Danach stellt Art. 3 Abs. 2 GG keine über Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG hinausgehenden Rechtfertigungsanforderungen: „Sein über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichender Regelungsgehalt besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgesetz aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt.“²¹

Mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG sind Ungleichbehandlungen, die an dessen Kategorien anknüpfen, weiterhin nur vereinbar, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“²² oder soweit sie durch mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt sind²³. „Insoweit“, so das Bundesverfassungsgericht, „kommt vor allem das erwähnte Gleichberechtigungsgesetz des Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, das den Gesetzgeber berechtigt, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen“²⁴.

In seiner Entscheidung zum *Altersruhegeld*, das Frauen aufgrund ihrer Doppelbelastung durch Erwerbs- und Familienarbeit bereits ab Vollendung des 60. Lebensjahres beziehen konnten, hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass „der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt ist, wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen. Darin liegt keine Ungleichbehandlung ‚wegen des Geschlechts‘ [...], sondern eine Maßnahme, die auf eine Kompensation erlittener Nachteile zielt. Bei der Prüfung, ob solche Nachteile entstanden sind, wie lange sie fortwirken und welche Maßnahmen als Ausgleich in Betracht kommen, ist grundsätzlich von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen.“²⁵

Demnach darf der Ausgleich von Nachteilen typisieren – muss also nicht auf *individuell erlittene* Nachteile reagieren –, er bedarf aber einer empirischen Grundlage, wobei die Kontrollbefugnis der Gerichte begrenzt ist. Hierbei ist auch einzubeziehen, wie lange die entstandenen Nachteile fortwirken.

¹⁹ So BVerfGE 85, 191 (212) – *Nachtarbeit* (1991): „Darüber hinaus kommen Fördermaßnahmen zur Erleichterung der Doppelbelastung durch Familie und Beruf in Betracht.“

²⁰ BVerfGE 92, 91 (109) – *Feuerwehrrabgabe* (1995).

²¹ Ebd. (Herv. d. Verf.); die Formulierung stammt aus BVerfGE 85, 191 (207) – *Nachtarbeit*.

²² BVerfGE 85, 191 (207) – *Nachtarbeit*.

²³ BVerfGE 85, 191 (209) – *Nachtarbeit*.

²⁴ BVerfGE 92, 91 (109) – *Feuerwehrrabgabe*, unter Berufung auf BVerfGE 74, 163 (180) – *Altersruhegeld*; 85, 191 [207]

²⁵ BVerfGE 74, 163 (180) – *Altersruhegeld* (1987).

b) Materielles Gleichheitsverständnis

Mit der Entscheidung zum *Altersruhegeld* deutet das Bundesverfassungsgericht an, dass der Ausgleich tatsächlicher Nachteile gar keine Diskriminierung darstellt, die einer Rechtfertigung bedürfte.

Einer solchen Sichtweise liegt ein materielles Gleichheitsverständnis zugrunde. Einem formalem Gleichheitsverständnis stellt sich die bevorzugte Einstellung von Frauen – trotz gleicher Qualifikation mit dem männlichen Mitbewerber – als verbotene Bevorzugung aufgrund des Geschlechts dar.²⁶ Aus materieller Sicht dagegen handelt es sich um den Ausgleich faktischer Nachteile, die typischerweise Frauen treffen und die durch ein formales Diskriminierungsverbot nicht hinreichend beseitigt werden. Beim Abbau von Nachteilen handelt es sich damit nicht um eine Begünstigung, die die nicht begünstigten Männer benachteiligt. Wenn diese nicht mehr – ungerechtfertigt – aufgrund ihres Geschlechts bevorzugt werden, handelt es sich um keine Benachteiligung, sondern um den Abbau von unfairen Privilegien.²⁷ Das Diskriminierungsverbot soll nicht vor irgendwelchen Unterscheidungen schützen, sondern vor Dominierung bzw. Hierarchisierung²⁸, also vor asymmetrischen Machtverhältnissen. Diese Sichtweise liegt auch dem Unionsrecht und dem Völkerrecht zugrunde.

Diese asymmetrische Ausrichtung zeigt sich auch in der Formulierung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, der gleichzeitig mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eingeführt wurde.²⁹ Danach dürfen Menschen mit Behinderungen nicht „benachteiligt werden“. Damit sollten gerade Fördermaßnahmen für behinderte Menschen, die auf deren Inklusion zielen, weiter möglich bleiben. Diese Maßnahmen wurden also gerade nicht als unfaire Bevorzugung, sondern als fairer Ausgleich von Nachteilen verstanden. Anders als „Geschlecht“ oder „Rasse“, die insofern neutrale Kategorien sind, als sie sowohl die benachteiligte als auch die bevorzugte Merkmalsausprägung erfassen, bezeichnet „Behinderung“ ausschließlich die benachteiligte Ausprägung körperlicher und geistiger Befähigung (im Zusammenwirken mit gesellschaftlichen Hindernissen, wie die UNBRK klarstellt). Dem entspricht es, das Verbot der Benachteiligung auf die benachteiligte Ausprägung und das Verbot der Bevorzugung auf die bevorzugte Merkmalsausprägung zu beziehen – und damit Art. 3 Abs. 3 GG insgesamt als *materielles* Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, das auf tatsächliche Asymmetrien reagieren kann.

Fördermaßnahmen, die lediglich tatsächliche Nachteile ausgleichen, sind danach keine Diskriminierung, sondern „verwirklich[en ...] Diskriminierungsschutz; soweit sie aber nicht nur Nachteile beseitig[en], sondern Dritte nachteilig [treffen], muss dies gerechtfertigt werden können. Sachlich ist also entscheidend, ob es zur Beseitigung von Nachteilen erforderlich und auch zumutbar ist, Maßnahmen zur Förderung derjenigen zu ergreifen, die sonst benachteiligt werden.“³⁰

c) Fördermaßnahmen jenseits von Art. 3 Abs. 2 GG

Wie gesehen (oben II.2.a.), nennt das Bundesverfassungsgericht das Gleichstellungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG als mögliche Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Allerdings zeigt es sich, wie ebenfalls ausgeführt, auch offen dafür,

²⁶ So *Sachs* in Stern StaatsR IV/2 § 121, S. 1681 f. m.w.N.; *Rüfner*, in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Stand: Mai 1996, Rn. 763 ff.; anders nun *Kingreen*, in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Stand: Februar 2020, Art. 3, Rn. 90, 453.

²⁷ Dazu bereits *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 418 ff.

²⁸ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, Baden-Baden 1995; *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1995, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783845261423>.

²⁹ Vgl. *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 423.

³⁰ *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 378.

den Ausgleich von Nachteilen gar nicht erst als rechtfertigungsbedürftige Bevorzugung zu be- greifen. Klar ist, dass diese Frage nicht von der Einführung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG abhängt, da die entsprechende grundlegende Rechtsprechung dieser Norm vorausliegt.

Dass es an einem entsprechenden Gleichstellungs*gebot* für die anderen Diskriminierungs*ver- bote* fehlt, steht einer Ausweitung der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung auf die anderen Diskriminierungsmerkmale daher nicht entgegen.

Mit der Konturierung der verschiedenen Gehalte von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG hat das Bun- desverfassungsgericht zuletzt in seinem Beschluss zur *Dritten Option* verdeutlicht, dass Art. 3 Abs. 2 GG für einen Ausschnitt der in Art. 3 Abs. 3 GG besonders hervorgehobenen strukturellen Gefährdungslagen ein über das dortige Diskriminierungsverbot hinausgehendes Gleichstel- lungs*gebot* enthält. Dies bedeutet aber nicht zugleich, dass sich hieraus ein *Verbot* von Gleich- stellungsmaßnahmen im Hinblick auf die anderen Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG ergäbe. Für diese Lesart spricht auch, dass das Gericht das Verbot der *mittelbaren oder strukturellen* Diskri- minierung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verankert³¹ und damit die Tür für eine Anerkennung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung auch in Bezug auf alle anderen Merkmale öffnet³² – ein weiteres Argument dafür, dass diese strukturellen Gefährdungslagen auch durch Fördermaß- nahmen beseitigt werden können (wenn auch nicht müssen).

Hinzu kommt, dass Art. 3 Abs. 2 GG nicht der einzige verfassungsimmanente Rechtfertigungs- grund für Differenzierungen ist. So können Fördermaßnahmen auch durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG selbst gerechtfertigt werden, mit den betroffenen Freiheitsrechte oder dem Sozialstaats*gebot*.³³

d) „Personen mit Migrationsgeschichte“ und die Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG

Soweit der Begriff „Personen mit Migrationsgeschichte“ auf die typische Diskriminierungsbe- troffenheit der hiermit bezeichneten Personen verweist, können entsprechende Fördermaßnah- men von diesen Überlegungen als erfasst gelten. Zwar findet sich der Begriff „Migrationsge- schichte“ nicht in den Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG. Dort ist vielmehr von „Rasse“, „Sprache“ und „Heimat“ sowie von „Glaube“ und religiösen Anschauungen die Rede. Doch kann dieser Begriff hierfür mangels derzeit operationalisierbarer Alternativen als „Proxy“, also als Stellver- treter dienen.

Die von Art. 3 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Merkmale bezeichnen jeweils Eigenschaften, „die Menschen ab der Geburt zukommen oder zugeschrieben sind oder biografisch erlangt wer- den“ und damit grundsätzlich unveränderlich sind; andere „gelten zwar als gewählt und damit auch als änderbar, sind aber als Identitäten geschützt“³⁴. Damit eint diese Merkmale, „dass

³¹ BVerfGE 147, 1, Rn. 57 – *Dritte Option*: „Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darf das Geschlecht grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (BVerfGE 85, 191 <206>; stRSpr).“ Bisher war das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskrimi- nierung teils Abs. 3, teils Abs. 2 und teils beiden Absätzen gemeinsam entnommen worden. Die Klarstellung der Ver- ankerung in Abs. 3 bedeutet, dass es sich hier nicht um eine Sonderdogmatik zu Abs. 2 handelt, sondern die Relevanz benachteiligender Wirkung von Regelungen oder Maßnahmen mit anderer Zielrichtung auch auf die anderen Diskri- minierungsgründe des Abs. 3 übertragbar ist.

³² Ausführlicher hierzu *Markard*, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „dritten Option“, Verfassungsblog, 14.11.2017, <https://verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischen-bedeutung-der-dritten-option/>, abgedr. in: Greif (Hrsg.), No Lessons from the Intersexed? Schutz und Anerkennung intergeschlechtlicher Menschen durch Recht, 2019, S. 41.

³³ *Eckertz-Höfer* in AK-GG Art. 3 Rn. 92, 118; *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 435, 476.

³⁴ *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 439.

Einzelne entweder auf ihr Vorhandensein oder Fehlen keinen oder nur einen begrenzten Einfluss nehmen können [...] oder eine Anpassung durch Aufgabe nicht verlangt werden darf, wovor Freiheitsrechte schützen“³⁵. Nicht erforderlich ist, dass dieses Merkmal bei der betroffenen Person tatsächlich vorliegt – was bei der Kategorie „Rasse“ ohnehin ausscheidet. Es genügt insofern die Zuschreibung: „Verfassungsrechtlich ist nicht entscheidend, ob Menschen tatsächlich durch das Diskriminierungsmerkmal gekennzeichnet *sind*, sondern nur, ob sie in Bezug auf ein Merkmal nachteilig *behandelt* werden.“³⁶

Der Begriff „Migrationshintergrund“ oder, erweiternd, „Migrationsgeschichte“ wird in Deutschland seit langem benutzt, um Personen zu bezeichnen, die als nicht-weiß wahrgenommen werden („Rasse“), denen eine nicht-deutsche (Erst-)„Sprache“ zugeschrieben wird oder denen unterstellt wird, in einer im Ausland gelegenen „Heimat“ aufgewachsen zu sein. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es in Deutschland aufgrund der genozidalen nationalsozialistischen Rassenpolitik eine große Scheu gibt, über Erscheinungsformen und Wirkweisen von Rassismus zu sprechen³⁷ und Daten über die Prävalenz von Rassismusbetroffenheit zu erheben³⁸. Der Begriff, der auf Geburtsort im Ausland abstellt, bezeichnet freilich nicht trennscharf Personen, die auch tatsächlich diskriminierungs betroffen sind. So umfasst er Personen, die im Sudan geboren sind, ebenso wie Personen, die in Österreich oder Dänemark geboren sind, während er afrodeutsche Personen, die seit Generationen in Deutschland leben, aber dennoch von rassistischer Diskriminierung betroffen sind, nicht erfasst. Der UN-Antirassismus-Ausschuss hat daher immer wieder differenziertere Statistiken eingefordert.³⁹ Bisher liegen solche Statistiken allerdings nicht vor.⁴⁰ Daher ist der Begriff der „Migrationsgeschichte“, der mit dem Geburtsort auf offiziell erfasste Merkmale abstellt, derzeit noch ein adäquater Ersatz. Hierbei ist auch daran zu erinnern, dass Fördermaßnahmen ohnehin eine typisierende, da gruppenbezogene Betrachtung eignet.

Dass es dem Gesetzentwurf um eine solche Diskriminierungs betroffenheit geht, verdeutlicht § 1 BPartG-E, der auf die Behebung „struktureller Benachteiligungen“ durch die „gezielte Förderung“ von Menschen mit Migrationsgeschichte zielt. Diese Zielrichtung ergibt sich auch aus den Erläuterungen zum Verhältnis der Kategorie „Personen mit Migrationsgeschichte“ zur Kategorie „Personen mit Diskriminierungserfahrung“:

Personen mit Diskriminierungserfahrung sind darüber hinaus auch solche Personen, die zwar keine Migrationsgeschichte haben, die aber aufgrund einer Zuschreibung, insbesondere anhand von äußerlichen Merkmalen, diskriminiert werden und sich selbst dieser Gruppe zuordnen. Da es sich um Gruppe handelt, die nicht durch objektiv erfassbare Tatbestandsmerkmale definiert wird, sondern durch eine Selbsteinschätzung, kann diese Zuordnung zwar als Anknüpfungspunkt für staatliche Schutz- und Förderpflichten, nicht aber als Grundlage für individuelle Rechte dienen.⁴¹

³⁵ Ebd.

³⁶ Ebd., Rn. 411.

³⁷ Dazu *Barskanmaz*, *Recht und Rassismus: Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse*, Springer 2019, S. 22 f.

³⁸ Dazu *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh*, *Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, 2021, S. 22 ff., m.w.N., abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748927617>.

³⁹ Siehe zuletzt CERD, *Concluding Observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany*, 30.06.2015, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22, Rn. 6.

⁴⁰ Zu entsprechenden Plänen vgl. *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh*, *Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, 2021, S. 26 f., m.w.N., abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748927617>.

⁴¹ Bundeskonferenz der Migrant*innenorganisationen, *Entwurf des Gesetzes zur Förderung von Teilhabe und Partizipation und zur Bekämpfung der rassistischen Diskriminierung (Bundespartizipationsgesetz)*, 2021, S. 21.

3. Folgen für die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen für „Menschen mit Migrationsgeschichte“

Fördermaßnahmen für „Menschen mit Migrationsgeschichte“, wie sie im BPartG-E vorgesehen sind, müssen damit *erstens* Art. 33 Abs. 2 GG beachten. Dies ist durch § 3 Abs. 3 Satz 3 BPartG-E gewährleistet, der bestimmt:

Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass Bewerberinnen oder Bewerber mit Migrationsgeschichte die gleiche Qualifikation aufweisen wie ihre Mitbewerberinnen oder Mitbewerber.

Zweitens darf auch bei gleicher Qualifikation keine starre Vorgabe zur bevorzugten Berücksichtigung gemacht werden, sondern Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht werden. Dies ist durch § 3 Abs. 3 Satz 4 BPartG-E gewährleistet, der lautet:

Die Bevorzugung ist ausgeschlossen, wenn rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen, die in der Person einer Mitbewerberin oder eines Mitbewerbers liegen.

Drittens muss es sich um den Ausgleich tatsächlicher Nachteile handeln. Dies ist im Grundsatz durch § 3 Abs. 3 Satz 1 BPartG-E gewährleistet, der es zur Voraussetzung der bevorzugten Berücksichtigung macht, dass Personen mit Migrationsgeschichte im entsprechenden Bereich (also: Besoldungs- und Entgeltgruppen oder Laufbahngruppen, Laufbahnen und Fachrichtungen, Berufsausbildungen einschließlich des Vorbereitungsdienstes sowie Ebenen mit Vorgesetzten- oder Leitungsaufgaben einschließlich der Stellen und Planstellen Vorsitzender Richterinnen und Vorsitzender Richter, § 2 Abs. 3 Nr. 2 BPartG-E) „unterrepräsentiert“ sind.

Eine solche konkrete Betrachtung erscheint adäquat für den gezielten Ausgleich von Nachteilen. Allerdings schreibt § 3 Abs. 2 BPartG-E den erfassten Dienststellen und Unternehmen lediglich vor, den Anteil von Personen mit Migrationsgeschichte an der Gesamtpersonalstärke zu ermitteln. Damit bestünde aber noch keine hinreichende Datengrundlage für konkrete Fördermaßnahmen. Hier sollte daher nachgebessert werden.

Zudem bestehen Spannungen zum Begriff der Unterrepräsentation, der in § 2 Abs. 3 Nr. 8 BPartG-E definiert ist. Danach sind Personen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert, „wenn ihr jeweiliger Anteil an den Beschäftigten in einem einzelnen Bereich [...] unter 25 Prozent liegt. Die Erläuterungen führen hierzu aus:

Die durch die Fördermaßnahmen zu erreichende Zielquote wird zunächst auf 25 % festgelegt. Damit liegt sie wie bei der Gleichstellung der Frauen etwas niedriger als ihr Bevölkerungsanteil. Nach einer Untersuchung des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung haben nur 12,0 Prozent der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Bundesverwaltung einen Migrationshintergrund, während ihr Anteil an der Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter im Jahr 2018 nach Angaben des Mikrozensus 27,1 Prozent beträgt.⁴²

Der Entwurf entscheidet sich damit gegen das Kaskadenmodell, das erfordert, dass der Anteil der benachteiligten Gruppe auf der jeweiligen Beschäftigungsebene an den Anteil dieser Gruppe im Bewerber*innenpool – also auf der darunter liegenden Ebene – angeglichen werden muss.⁴³

⁴² Bundeskonferenz der Migrant*innenorganisationen, Entwurf des Gesetzes zur Förderung von Teilhabe und Partizipation und zur Bekämpfung der rassistischen Diskriminierung (Bundespartizipationsgesetz), 2021, S. 21.

⁴³ Siehe dazu beispielsweise Ministerium für Innovation, Wissenschaft und Forschung NRW (MIWF), Das Kaskadenmodell des nordrhein-westfälischen Hochschulgesetzes in der Hochschulpraxis, Oktober 2014, https://www.mkw.nrw/sites/default/files/media/document/file/abhandlung_kaskadenmodell_-_e1.pdf.

Eine solche Ausgestaltung kann dann problematisch werden, wenn beispielsweise Posten besetzt werden sollen, für die eine Qualifikation erforderlich ist, bei der der Anteil von Personen mit Migrationsgeschichte deutlich unter ihrem Bevölkerungsanteil liegt.⁴⁴ Denn läge beispielsweise der Anteil von Personen mit Migrationsgeschichte auf der jeweiligen Qualifikationsebene *über* dem Anteil dieser Personen am qualifizierten Bewerber*innenpool, aber *unter* ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung, wiese nichts auf tatsächliche Nachteile bei der Besetzung der jeweiligen Qualifikationsebene hin. Damit bestünde für Fördermaßnahmen zum Nachteilsausgleich *auf dieser Ebene* kein Anlass; sie müssten auf den Ebenen darunter ansetzen. Hier sollte daher nachgebessert werden.

Viertens müssen Fördermaßnahmen dann enden, wenn keine Benachteiligung mehr besteht. Dies ist durch die genannten Regelungen zur Datenerhebung – mit entsprechenden Anpassungen – gewährleistet. Hierbei ist auch darauf hinzuweisen, dass mit der Verfügbarkeit passgenauerer Kriterien für die zu fördernde Gruppe der Begriff der „Migrationsgeschichte“ gegebenenfalls ersetzt werden muss.

III. Zulässigkeit der Einführung eines kommunalen Wahlrechts für Drittstaatsangehörige

Um die Öffnung des Kommunalwahlrechts für nichtdeutsche Staatsangehörige gibt es bereits seit den 1990er Jahren Diskussionen. Allerdings hat die Einführung des Unionsbürgerwahlrechts im Jahr 1992 die verfassungsrechtliche Ausgangslage verändert. Jedenfalls wäre eine Reform des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG verfassungsrechtlich zulässig.

1. Status quo ante

Art. 116 Abs. 1 GG definiert den Begriff des „Deutschen“:

Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG stellt dagegen auf den Begriff des „Volks“ ab:

In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.

Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG enthält die sogenannte „Homogenitätsklausel“, wonach die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern „den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne [des] Grundgesetzes entsprechen“ muss.

Für Wahlen auf Bundesebene gelten Artikel 20 Abs. 2 („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen [...] ausgeübt.“) und Art. 38 Abs. 2 und 3 GG („Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt. Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.“).

⁴⁴ Daten zur Repräsentation von Personen mit „Migrationshintergrund“ in juristischen Qualifikationsstufen und Berufen finden sich beispielsweise hier zusammengetragen: *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh*, *Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, 2021, S. 28 ff., abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748927617>.

Auf Grundlage dieser Normen hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1990 über zwei Initiativen zur Ausweitung des Wahlrechts auf ausländische Staatsangehörige zu entscheiden: In Hamburg sollten sie zu den Bezirksversammlungen, in Schleswig-Holstein zu den Gemeinde- und Kreiswahlen wahlberechtigt sein. Das Bundesverfassungsgericht befand beide Initiativen für verfassungswidrig.⁴⁵ Die Entscheidungen beruhen auf drei Prämissen, die die Richterin des Bremischen Staatsgerichtshofs *Sacksofsky* in ihrer abweichenden Meinung zum Urteil des Staatsgerichtshofs von 2014 wie folgt auf den Punkt gebracht hat:

(1) Zum Ersten sei das „Volk“, von dem in der Demokratie der Bundesrepublik alle Staatsgewalt ausgehe, allein die Gruppe der deutschen Staatsangehörigen (und der ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen) [...].

(2) Zum Zweiten sei dieser Volksbegriff in gleicher Weise auch ausschlaggebend für die den Bundesländern zukommende Staatsgewalt, die kommunale Ebene [...] sowie Volkswahlen zu anderen mit Entscheidungsgewalt ausgestatteten Organen [...].

(3) Zum Dritten könnten Wahlen, bei denen auch Ausländer beteiligt sind, demokratische Legitimation nicht vermitteln [...].⁴⁶

Diese Prämissen, die bereits nach der damaligen Rechtslage umstritten waren,⁴⁷ sind jedenfalls nach der heutigen Rechtslage nicht mehr haltbar.

2. Reform durch Einführung des Unionsbürgerwahlrechts

Der Vertrag von Maastricht führte 1992 das aktive und passive Wahlrecht von Unionsbürgerinnen und -bürgern bei Kommunalwahlen in dem EU-Mitgliedstaat ein, in dem sie ihren Wohnsitz haben, zu denselben Bedingungen wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates (inzwischen Art. 20 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b, Art. 22 Abs. 1 AEUV).

Daraufhin wurde im Dezember 1992 der bisherige Art. 28 Abs. 1 GG um einen Satz 3 ergänzt⁴⁸, der 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.

Wie Richterin *Sacksofsky* in ihrer abweichenden Meinung zum genannten Urteil des Bremischen Staatsgerichtshofs richtig ausführt, ist damit mindestens eine der drei Prämissen des Bundesverfassungsgerichts von 1990 hinfällig – entweder die erste, indem Unionsangehörige als dem „deutschen Volk“ zugehörig gelten, oder die zweite, indem akzeptiert wird dass das „Volk“ auf kommunaler und auf Bundesebene unterschiedlich bestimmt werden kann, oder die dritte, indem akzeptiert wird dass auch die Beteiligung Nichtdeutscher an Wahlen demokratische Legitimation vermitteln kann.⁴⁹

Soll insofern weiterhin davon ausgegangen werden, dass das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt, dass das Wahlvolk für Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen nach identischen Kriterien bestimmt werden muss, kann hierfür nicht mehr der Deutschenbegriff des Art. 116 GG maßgeblich sein. Dann stünde aber auch der Einbeziehung von

⁴⁵ BVerfGE 83, 37 – *Ausländerwahlrecht I*; BVerfGE 83, 60 – *Ausländerwahlrecht II*.

⁴⁶ BremStGH, Urt. v. 31.1.2014 – St-13, abweichende Meinung *Sacksofsky*.

⁴⁷ Siehe BremStGH, Entsch. v. 8.7.1991 – St 2/91 – BremStGH 5, 36, 48.

⁴⁸ BGBl I S. 2086.

⁴⁹ BremStGH, Urt. v. 31.1.2014 – St-13, abweichende Meinung *Sacksofsky*.

Drittstaatsangehörigen im Grundsatz nichts entgegen. (Anders verhielte es sich nur, wenn man stattdessen Unionsangehörige in den Deutschenbegriff hineinläse.)

Dasselbe gilt, wenn der Volksbegriff auf Kommunalebene wegen Art. 28 Abs. 2 Satz 3 vom Begriff des (Wahl-)Volks auf Bundesebene abgekoppelt wird. Auch dann wäre eine Ausweitung des Kommunalwahlrechts auf Drittstaatsangehörige möglich.

Ebenso verhält es sich schließlich, wenn im Grundsatz akzeptiert wird, dass demokratische Legitimation auch durch die Wahlbeteiligung von nichtdeutschen Unionsangehörigen vermittelt werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt deutlich gemacht, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG keine Grenze für die Beteiligung von Unionsangehörigen auch an Abstimmungen bei kommunalen Bürgerbegehren und -entscheiden enthält.⁵⁰

Zwar schützt Art. 79 Abs. 3 GG – die sogenannte „Ewigkeitsklausel“ – die Grundsätze des Art. 20 GG vor einer Verfassungsänderung. Artikel 28 Abs. 1 GG selbst ist von dieser Änderungsfestigkeit jedoch nicht umfasst; eine Änderung seines Satzes 3 hätte keine Rückwirkung auf den Inhalt des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG. Auch Art. 116 Abs. 1 GG ist nicht änderungsfest.

3. Folgen für die Zulässigkeit einer Reform des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG

Vieles spricht demnach dafür, dass sogar eine einfachgesetzliche Ausweitung des Kommunalwahlrechts nicht im Widerspruch zum Grundgesetz stünde.⁵¹

Einer entsprechenden Klarstellung im Grundgesetz, wie im Entwurf für ein Bundespartizipationsgesetz vorgeschlagen, steht erst recht nichts im Wege.

Denn nach allem kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der vorgeschlagenen Reform des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG um „verfassungswidriges Verfassungsrecht“⁵² handelte – jedenfalls dann nicht, wenn man dieses Verdikt nicht auch auf die derzeit geltende Fassung der Norm erstrecken will, die immerhin durch Art. 20 Abs. 2 lit. b und Art. 22 Abs. 1 AEUV vorgegeben ist.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 31. März 2016 – 2 BvR 1576/13 – Rn. 56.

⁵¹ Anders freilich BremStGH, Urt. v. 31.1.2014 – St-13.

⁵² Zum Begriff *Roznai*, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press 2019.