

# **Gültigkeit der Wahl des Kreisausländerbeirats 2021**

Rechtsgutachten

auf Ersuchen des

Landkreises Gießen

erstattet von

Universitätsprofessor Dr. iur. Steffen Augsberg  
Professur für Öffentliches Recht, Justus-Liebig-Universität Gießen

Juni 2021

## Gliederung

<b>A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag.....</b>	<b>3</b>
<b>B. Verfassungs- und einfachgesetzlicher Rahmen.....</b>	<b>4</b>
<b>I. Vorgaben des (Bundes- und Landes-)Verfassungsrechts.....</b>	<b>5</b>
<b>II. Vorgaben des (kommunalen) Wahlrechts .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Wahlrecht der gemeindlichen Ausländerbeiräte .....</b>	<b>8</b>
<b>2. Wahlrecht der Kreisausländerbeiräte .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Besonderheiten hinsichtlich der Wahlvorschläge.....</b>	<b>9</b>
<b>III. Auslegungsaspekte.....</b>	<b>12</b>
<b>C. Antworten auf die gestellten Fragen.....</b>	<b>12</b>
<b>I. Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Zulassung .....</b>	<b>13</b>
<b>1. Zu den Vorgaben des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG .....</b>	<b>13</b>
<b>2. Modifikation durch § 61 KWG?.....</b>	<b>15</b>
<b>3. Zwischenergebnis .....</b>	<b>18</b>
<b>4. Konsequenzen einer irregulären Zulassung des Wahlvorschlags .....</b>	<b>18</b>
<b>II. Zulässigkeit nachträglicher Einsprüche Dritter .....</b>	<b>18</b>
<b>III. Taugliche Einspruchsführer.....</b>	<b>21</b>
<b>IV. Gleichheitsrechtliche Fragen.....</b>	<b>23</b>
<b>V. Erfordernis (möglicher) subjektiver Rechtsverletzungen für die     Einspruchsoption.....</b>	<b>23</b>
<b>D. Ergebnis .....</b>	<b>24</b>

## A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

Im Rahmen der Wahl des Kreisausländerbeirats 2021 wurde im Landkreis Gießen ein Wahlvorschlag („Konservative Liste“) durch den Kreiswahlausschuß zunächst zur Wahl zugelassen, später aber mit Mehrheitsentscheidung von der Wahl ausgeschlossen. Begründet wurde dies, soweit dies aus den vorliegenden Dokumenten erkennbar ist,

Vgl. insbes. die „Niederschrift über die 2. Sitzung des Kreis-Wahlausschusses am 20. Januar 2021“.

v.a. mit einem Verstoß gegen das Formerfordernis des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG, nämlich der Unterschrift von „zwei weiteren Mitgliedern oder Vertretern“. Diese Entscheidung des Kreiswahlausschusses erging auf einen von der Vertrauensperson einer anderen Liste erhobener Einspruch hin. Der insoweit im Vorfeld erhobene Einwand, ein solcher gesetzlich nicht vorgesehener, sondern auf eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 des hessischen Kommunalwahlgesetzes (KWG) gestützter Einspruch sei unzulässig, wurde von einer Mehrheit des Kreiswahlausschusses zurückgewiesen.

Vgl. erneut die „Niederschrift über die 2. Sitzung des Kreis-Wahlausschusses am 20. Januar 2021“.

In der gleichen Sitzung wurden zwei weitere Listen trotz entsprechender formaler Gestaltung der Wahlvorschläge zugelassen. Ein gegen die Ausschlußentscheidung von der Vertrauensperson der „Konservativen Liste“ erhobener Einspruch wurde vom Kreiswahlausschuß mehrheitlich zugelassen, aber als unbegründet zurückgewiesen. Nachdem auch ein Eilrechtsschutzverfahren vor dem VG Gießen erfolglos blieb (Unzulässigkeit wegen angenommener Exklusivität des Wahlprüfungsverfahrens), fand die Wahl des Kreisausländerbeirates ohne die „Konservative Liste“ statt.

Gegen die Gültigkeit der Wahl wurden zwei Einsprüche erhoben. Daraufhin hat der Kreistag in seiner Sitzung am 17. Mai 2021 einen Wahlprüfungsausschuß eingerichtet. Dieser soll dem Kreistag für dessen Sitzung am 12. Juli 2021 einen Beschlußvorschlag zur Feststellung der Gültigkeit der Wahl und zu den eingelegten Einsprüchen vorlegen. Auf einen entsprechenden, mehrheitlich gefaßten Beschluß des Wahlprüfungsausschusses hin hat der Landkreis darum gebeten, die Gültigkeit der Wahl des

Kreisausländerbeirats 2021 in einem rechtswissenschaftlichen Gutachten zu untersuchen und dabei insbesondere die folgenden fünf Fragen zu beantworten:

- (1) War die ursprüngliche Zulassung der Konservativen Liste am 15.01.2021 rechtmäßig bzw. wie ist das weitere Verfahren unter der Annahme, dass diese hätte nicht zugelassen werden dürfen, einzuordnen?
- (2) War der nachträgliche Einspruch gegen die Zulassung eines Wahlvorschlags (Konservative Liste) durch die Vertrauenspersonen eines anderen Wahlvorschlags (Internationale Liste) im Einklang mit den Vorschriften des Kommunalwahlgesetzes (KWG)?
- (3) Waren die Vertrauenspersonen des anderen Wahlvorschlags (Internationale Liste) – unter Annahme einer grundsätzlichen Einspruchsmöglichkeit – auch taugliche Einspruchsführer?
- (4) Liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dadurch vor, dass die Wahlvorschläge der Liste für Vielfalt und Integration sowie der Liste für Vielfalt und Teilhabe – trotz potenziell gleicher Wahlmängel im Vergleich zur Konservativen Liste – zugelassen wurden? Wie ist zu bewerten, dass es hierzu zunächst keine Einsprüche gab?
- (5) Waren die vorliegenden und durch den Kreistag zu entscheidenden Einsprüche möglicherweise unzulässig, weil die beiden Einspruchsführer nicht in ihren eigenen Rechten verletzt waren, da der Wahlvorschlag objektiv fehlerhaft war und nicht hätte zugelassen werden dürfen?

Das erbetene Gutachten wird hiermit vorgelegt und zugleich versichert, daß zu keinem der Beteiligten eine besondere persönliche und/oder (partei-)politische Nähe besteht.

## **B. Verfassungs- und einfachgesetzlicher Rahmen**

Die Ausländerbeiräte sind nicht Teil der klassischen demokratischen Entscheidungsstrukturen. Ihre Aufgabe ist gem. § 88 Abs. 1, 2 HGO (i.V.m. § 4b Abs. 3 LKO) im wesentlichen repräsentativer Natur. Sie üben keine Staatsgewalt aus,

Siehe nur BVerfG, NVwZ 1998, 52 (mit Verweis auf BVerfGE 83, 60 [74]; BVerfGE 93, 37 [68]): „Die Wahrnehmung von Unterrichts-, Vorschlags- und Anhörungsrechten durch die Ausländerbeiräte stellt eine rein konsultative Tätigkeit dar, durch die keine Staatsgewalt ausgeübt wird.“ Etwas anders *Kersting*, Politische Repräsentation, und Integration. Zur Akzeptanz von Migrationsbeiräten, in: Egner/Sack (Hrsg.), Neue Koalitionen – alte Probleme. Lokale Entscheidungsprozesse im Wandel, 2020, S. 181 (185): „Instrument zwischen repräsentativer und deliberativer Demokratie“.

sondern wirken als Vertreter der nichtdeutschen Einwohner mit besonderen Informations-, Anhörungs- und Vorschlagsrechten und beraten die – genuin entscheidungsbefugten, demokratisch legitimierten – Gemeinde-/Kreisorgane in allen Angelegenheiten, die die ausländischen Gemeinde- resp. Kreisangehörigen betreffen.

Vgl. nur *Bensch*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen (Stand: 05/2021), § 88 HGO Rn. 1 ff.; *Daneke u.a.*, in: Praxis der Kommunalverwaltung, He B-1, Hess. GO (Stand: 07/2014), § 88 Rn. 9 ff. Siehe zum Hintergrund etwa *Liebau*, Ausländerbeiräte – Politische Partizipation von Migranten in der Kommune, in: Dietz/Eißel/Naumann (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Sozialpolitik, 1999, S. 479 ff.

Indes bedeutet dies nicht, daß ihre Wahl losgelöst von den üblichen demokratischen Legitimationsanforderungen erfolgt. Vielmehr sind die genuin auf diese Wahlvorgänge bezogenen Normen (dazu II.) aus übergreifenden verfassungsnormativen Vorgaben (dazu I.) heraus entwickelt worden und (auch) in diesem Lichte auszulegen (dazu III.).

### **I. Vorgaben des (Bundes- und Landes-)Verfassungsrechts**

Aus verfassungsrechtlicher Sicht gibt es kein zwingendes Erfordernis, Ausländerbeiräte einzurichten. Bundes- wie Landesverfassungsrecht verwenden einen formalen Begriff des demokratischen Legitimationssubjekts „Volk“. Damit wird zwar auf die deutsche Staatsbürgerschaft (und im kommunalen Kontext auch auf die Unionsbürgerschaft, also die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats der Europäischen Union), also auf ein formales Element, abgestellt.

Vgl. nur *Steffen Augsburg*, Wer ist das Volk? Zum Umfang der Bindungswirkung direktdemokratischer Entscheidungen im Bundesstaat, ZG 2012, 251 ff. m.w.N.

Doch ändert dies nichts daran, daß damit ausländische Staatsangehörige und Staatenlose von dieser Form kollektiver Selbstbestimmung prinzipiell ausgeschlossen sind.

Vgl. als Gegenmodell (staatsangehörigkeitsunabhängige Einbeziehung der Bevölkerung) klassisch *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 ff.

Gleichwohl wird man, wenn für diese zunächst nicht einbezogenen Bevölkerungsteile auf einfachgesetzlicher Ebene Partizipationsmöglichkeiten schafft, diese nicht strikt von den verfassungsrechtlich für demokratische Verfahren vorgesehenen Vorgaben trennen können. Zwei Aspekte verdienen besondere Hervorhebung:

Zunächst ist die in § 86 Abs. 1 S. 1 HGO für die Wahlen zum gemeindlichen Ausländerbeirat gesetzlich normierte Verpflichtung auf die Grundsätze der Allgemeinheit, Freiheit, Gleichheit, Geheimheit und Unmittelbarkeit der Wahl nicht als Ausdruck reiner gesetzgeberischer Deziision zu verstehen. Mit der Entscheidung, ihre Wahl weitgehend nach den gleichen Regeln ablaufen zu lassen wie die Wahl der sonstigen kommunalen Organe, integriert der Gesetzgeber die Ausländerbeiräte in ein übergreifendes, kohärentes Legitimationsmodell (vgl. Art. 38 GG, Art. 138 LV). Es bedürfte deshalb jedenfalls außergewöhnlicher Umstände und überzeugender Gründe, um von den allgemeinen Wahlrechtsgrundsätzen abzuweichen.

Insoweit wohl großzügiger unter Verweis auf die fehlende Ausübung von Staatsgewalt *Euler*, in: Borchmann (Begr.), Praxis der Kommunalverwaltung, He B-2 (Stand: 12/2020), Hess. LKO, § 4b Rn. 4.2 ff.

Vor diesem Hintergrund erscheint es kaum angängig, aus der im Vergleich zu § 86 Abs. 1 S. 1 HGO knapperen und offeneren Norm des § 4b Abs. 2 LKO den Schluß zu ziehen, die Landkreise seien im Falle der – fakultativen – Einrichtung von Kreis-Ausländerbeiräten für das Wahlverfahren nicht an verfassungsrechtliche Basisstandards gebunden. Daß der Gesetzgeber hiermit insbesondere auch die Möglichkeit einer mittelbaren Wahl offenhalten wollte,

Vgl. Hess. LT-Drs. 14/3550, S. 25.

stellt keinen Widerspruch hierzu dar. Im Gegenteil: Die insoweit hervorgehobenen logistischen Schwierigkeiten, die entstünden, wenn in jeder einzelnen kreisangehörigen Gemeinde – gleich welcher Größe – Wahllokale bereitzuhalten wären,

Siehe *Dünchheim*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen (Stand: 05/2021), § 4b HKO Rn. 9.

stellen eine besondere Begründung dar, die im konkreten Fall Abweichungen erlauben mag, damit aber zugleich die allgemeine Einschätzung bestätigt.

Neben den Wahlrechtsgrundsätzen zählt zu den für die vorliegende Fragestellung besonders relevanten verfassungsnormativen Maßgaben namentlich die Chancengleichheit der politischen Wettbewerber. Sie stellt im Grundansatz eine verfassungsrechtlich wie demokratietheoretisch notwendig mit dem Gedanken staatlicher

Wettbewerbsregulierung verbundene Forderung dar. Denn jegliche Ungleichbehandlung durch den Staat – sei es in Form einer Benachteiligung, sei es in Form einer besonderen Begünstigung – beeinträchtigt den politischen Konkurrenzkampf und besitzt das Potential, dessen Ergebnisse zu verfälschen.

Vgl. nur *Uwe Volkmann*, Politische Parteien und öffentliche Leistungen, 1993, S. 151 ff.; unter Bezugnahme v.a. auf Joseph Schumpeter schon *Konrad Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (17 ff.).

Für den Wettbewerb der politischen Parteien ist deshalb zu Recht hervorgehoben worden, daß der Staat nicht nur die Freiheit, sondern zugleich auch die Gleichheit der politischen Parteien zu achten hat. „Die Freiheit der Parteien ist notwendig gleiche Freiheit: *Freiheit durch Gleichheit*, aber auch umgekehrt: *Gleichheit durch Freiheit*.“

*Hans Hugo Klein*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Loseblatt (Stand 03/2001), Art. 21 Rn. 296 – Hervorhebung i.O. Vgl. auch *Philip Kunig*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, § 40 Rn. 94 m.w.N.; *Martin Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 21 Rn. 75 ff.

Ungeachtet der (nur) für die politischen Parteien einschlägigen, bei genauerer Betrachtung nicht ganz eindeutigen verfassungsnormativen Fundierung dieses Postulats und des nach früheren (Wahl-)Erfolgen differenzierenden, mit spezifischen Problemen behafteten § 5 des Parteiengesetzes

Vgl. dazu etwa *Steffen Augsberg*, in: Kersten/Rixen (Hrsg.), ParteienG, 2007, § 5, v.a. Rn. 24 ff.

ergeben sich damit grundlegende, nicht allein für diese Organisationen relevante Grenzen zulässiger Einflußnahme auf den politischen Wettbewerb. Soweit trotz der bestehenden Unterschiede auch die Wahl der Ausländerbeiräte der politischen Teilhabe dienen und den sonstigen demokratischen Willensbildungsverfahren zumindest stark angenähert sind, ist es damit sinnvoll, wenn nicht geboten, die Chancengleichheitserwägungen prinzipiell auch auf die dort antretenden Listen zu erstrecken.

Vgl. zur umgekehrten Konstellation, nämlich einer aus „Art. 3 GG und den Wahlrechtsgrundsätzen“ folgenden Pflicht der Ausländerbeiräte, im Wahlkampf Neutralität zu wahren und die Chancengleichheit der Bewerber nicht zu verletzen, *Borchmann*, in: Praxis der Kommunalverwaltung, B 21 He, Hess. LKO (Stand: 06/2002), § 4b Rn. 47. Vgl. *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 58 Rn. 4.

Hieraus resultiert eine die Anwendung des einfachen Rechts steuernde Neutralitätspflicht. Sie gebietet gerade im Wahlkampf, in der Wahlvorbereitung und der Wahlnachbereitung eine weitreichende Zurückhaltung der kommunalen Organe.

Vgl. näher *Schmidt*, in: *Bennemann/ders.*, *Praxis der Kommunalverwaltung*, He A-27 (Stand: 11/2019), Hess. KWG, § 50 Rn. 74 ff.

## **II. Vorgaben des (kommunalen) Wahlrechts**

Das hessische Kommunalrecht differenziert, wie bereits angesprochen, für die Wahl der Ausländerbeiräte zwischen den Gemeinden (dazu 1.) und den Landkreisen (dazu 2.). Besondere, im Detail umstrittene Anforderungen gelten für die Aufstellung der Wahlvorschläge (dazu 3.).

### **1. Wahlrecht der gemeindlichen Ausländerbeiräte**

Für die Wahl der Ausländerbeiräte in den Gemeinden enthalten die HGO und das KWG klare Regelungen bezüglich des aktiven und passiven Wahlrechts und der Durchführung der Wahlen. § 86 Abs. 1 HGO zufolge werden die Ausländerbeiräte „in allgemeiner, freier, gleicher, geheimer und unmittelbarer Wahl gleichzeitig mit den Gemeindevertretern für die Wahlzeit der Gemeindevertretung gewählt“. Für das Wahlverfahren wird auf das KWG verwiesen, das wiederum in § 58 im wesentlichen die für die Gemeindevertretung geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt. Der hieraus resultierende enge sachliche und zeitliche Zusammenhang zwischen den Ausländerbeiratswahlen und den sonstigen kommunalen Wahlvorgängen wird auch durch § 1 KWO hervorgehoben. 2020 wurde die getrennte Wahl der Ausländerbeiräte aufgegeben; im Rahmen der Zusammenlegung mit der allgemeinen Kommunalwahl wurde der Abschnitt der KWO, der sich mit der Durchführung der Ausländerbeiratswahl befasste, ersatzlos gestrichen. Anpassungserfordernisse können sich aus faktischen Unterschieden ergeben, etwa, wenn infolge der vergleichsweise geringen Anzahl an Wahlberechtigten und erfahrungsgemäß niedriger Wahlbeteiligung die Geheimheit der Wahl gefährdet ist. Soweit indes in der Praxis weitergehende Modifikationen gefordert werden, um spezifischen tatsächlichen Herausforderungen – insbesondere Sprach- und Verständnisschwierigkeiten und der geringen Beteiligung – zu begegnen, wird zu Recht darauf hingewiesen, daß der Grundsatz der (Wettbewerbs-)Neutralität auch für die Ausländerbeiratswahlen gilt. Deshalb sind (gutgemeinte) Hilfestellungen – etwa bei der Aufstellung von Bewerberlisten – unzulässig, weil es dem Neutralitätsgebot bzw.



dem Chancengleichheitsprinzip widerspräche, wenn eine über bloße allgemeine Informationen hinausgehende Beeinflussung des Wahlvorgangs erfolgte.

Vgl. *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 58 Rn. 4, mit Verweis auf VG Wiesbaden, Urteil v. 20.4.1994, HSGZ 1995 S. 499 f.

## **2. Wahlrecht der Kreisausländerbeiräte**

Etwas unklarer ist die Rechtslage auf Kreisebene, denn hier stellt § 4b LKO es in das Ermessen der entsprechenden Organe des Kreises, ob und wie sie einen Ausländerbeirat einrichten. Das betrifft prinzipiell auch das Wahlverfahren.

Vgl. *Euler*, in: *Borchmann (Begr.)*, Praxis der Kommunalverwaltung, He B-2 (Stand: 12/2020), Hess. LKO, § 4b Rn. 4.2 ff.

Allerdings wird man nach dem oben Gesagten nicht davon ausgehen können, daß dies eine umfassendere Gestaltungsfreiheit dahingehend impliziert, daß von den beschriebenen wahlrechtlichen Prinzipien ohne sachlichen Grund abgewichen werden kann. Das gilt zunächst für die grundlegenden verfassungsnormativen Anforderungen. Es gilt aber grundsätzlich – im Interesse einer möglichst einheitlichen Legitimationsbasis der Ausländerbeiräte insgesamt – auch für die einfachgesetzlichen Vorschriften. Das spricht dafür, vorbehaltlich eigenständiger, sachlich begründeter Regelungen in der Hauptsatzung die für die Gemeindeausländerbeiräte geltenden Normen regelhaft auch dann auf Landkreisebene heranzuziehen, wenn eine eindeutige Verweisung nicht gegeben ist.

## **3. Besonderheiten hinsichtlich der Wahlvorschläge**

Die letztgenannte Überlegung erlaubt es, insbesondere mit Blick auf die Wahlvorschläge für die Ausländerbeiratswahl Gemeinden und Landkreise gemeinsam zu betrachten. Einschlägige Vorgaben enthalten insbesondere die §§ 12, 61 KWG sowie § 88a KWO. Demnach müssen auch hier für neue Wahlvorschläge Unterschriftenschriften vorgelegt werden. Dabei sind allerdings einige Besonderheiten zu beachten. § 61 KWG begrenzt die Teilnahmeberechtigung bei der Aufstellung der Wahlvorschläge für die Wahl des Ausländerbeirates auf nach der HGO entsprechend wahlberechtigte Personen. Gem. §§ 86 Abs. 1, 84 S. 1 2. HS HGO sind dies ausländische Staatsangehörige und Staatenlose. Stimmberechtigt sind auch Unionsbürger ohne (zusätzliche) deutsche Staatsangehörigkeit. Weil sie gem. Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG auch

bei den Gemeindeorganwahlen wahlberechtigt und wählbar sind, besitzen sie ein doppeltes Wahlrecht.

Siehe *Bensch*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen (Stand: 05/2021), § 86 HGO Rn. 7.

Darüber hinaus sind nach der gesetzlichen Ausnahmegesetzgebung des § 86 Abs. 4 HGO deutsche Staatsbürger passiv wahlberechtigt, die zugleich noch eine weitere Staatsangehörigkeit besitzen oder die früher eine ausländische Staatsangehörigkeit besaßen, inzwischen aber eingebürgert wurden. Daß sie wählbar, aber nicht selbst wahlberechtigt sind, ist bei der Bestätigung der Wählbarkeit und der Bescheinigung des Wahlrechts zu beachten. § 88a KWO normiert insoweit zusätzliche formale Anforderungen an die Bewerber für die Wahlen zu den Ausländerbeiräten.

Diese Differenzierung wirkt sich auf die Gestaltung der Wahlvorschläge aus. Bloß passiv Wahlberechtigte dürfen selbst keine Unterstützungsunterschriften für den eigenen Wahlvorschlag leisten, weil dies den Mitgliedern der Aufstellungsversammlung vorbehalten ist. Es sei nicht mit „demokratischen Grundsätzen“ zu vereinbaren, „wenn Personen, die selbst an der Wahl nicht mitwirken dürfen, die Wahlvorschläge mitgestalten.“

*Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 12 Rn. 3a.

Einen umfassenden Ausschluß von jeglicher Mitwirkung bedeutet dies indes nicht; vielmehr können nur passiv Wahlberechtigte jedenfalls als Vertrauenspersonen fungieren und Versammlungsleiter oder Schriftführer sein. Denn für letztere Personengruppe wird lediglich vorgeschrieben, daß sie von der Versammlung gewählt werden; sie müssen aber nicht aus deren Mitte bestimmt werden. Mithin können sogar externe, damit bewußt „neutrale“ Versammlungsleiter und/oder Schriftführer einbezogen werden.

So zu Recht *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 12 Rn. 34.

Im übrigen wirkt sich erneut das Neutralitätsgebot aus: „Die Aufstellung der Wahlbewerber ist ausschließlich Angelegenheit der Wahlberechtigten selbst, in die sich zur Wahrung der erforderlichen Neutralität die Gemeinde nicht einzumischen hat. Wenn

die Gemeinde den weitergehenden Forderungen nachkäme und aktiv zur Aufstellung eines Wahlvorschlages einladen würde, würde dies eine Wahlanfechtung begründen. Dieser Wahlvorschlag hätte im Gegensatz zu den anderen einen offiziellen Anstrich.“

*Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 58 Rn. 5.

In formaler Hinsicht verlangt § 12 Abs. 3 S. 3 KWG u.a., daß eine Niederschrift anzufertigen ist, die alle inhaltlich geforderten Angaben vollständig enthält. Sie ist „von dem Versammlungsleiter, dem Schriftführer und zwei weiteren Mitgliedern oder Vertretern zu unterzeichnen“. Diese Personen versichern damit zugleich an Eides statt, daß die Wahl der Bewerber in geheimer Abstimmung erfolgte und die Anforderungen nach Abs. 1 S. 3 beachtet worden sind. Fehler hinsichtlich dieser besonderen Formvorgabe sind keineswegs unbeachtlich: „Der Gesetzgeber misst diesen vier Unterschriften eine große Bedeutung bei. Wenn eine von ihnen fehlt, handelt es sich um einen Wahlvorschlag, der wegen eines formellen Mangels nicht zur Wahl zugelassen werden darf.“

*Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 12 Rn. 29.

Entsprechendes muß prinzipiell für die Situation gelten, daß eine nicht hierzu berechtigte Person eine der erforderlichen Unterschriften leistet. Mit Blick auf den Versammlungsleiter und den Schriftführer kann es allerdings nach dem oben Gesagten nicht darauf ankommen, ob sie selbst (aktiv oder passiv) wahlberechtigt sind. es wäre unverständlich, sie zunächst funktionsbezogen zu beteiligen, dann aber eine spezifische, die an diese Funktion geknüpfte Aufgabe auszuschließen.

Insoweit unklar – unter Hinweis auf eine bestandskräftig gewordene Entscheidung des Gemeindevwahlausschusses der Stadt Usingen im Vorfeld der Kommunalwahl 2001 – zu einem nicht selbst wahlberechtigten Versammlungsleiter *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 12 Rn. 29.

Noch nicht geklärt ist damit indes, welche Anforderungen an die beiden weiteren Unterzeichner der Niederschrift zu stellen sind. Inwieweit diese „aus dem Kreis der stimmberechtigten Mitglieder oder Vertreter der Partei oder Wählergruppe bestellt werden“ müssen,

So *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 12 Rn. 28.

ist zentraler Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden konkreten Fallkonstellation (dazu näher unten sub C. I.).

### **III. Auslegungsaspekte**

Für die sich damit bereits andeutenden Auslegungsprobleme ist auf die allgemeine juristische Auslegungsmethodik zurückzugreifen.

Dazu statt vieler *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 269 ff.

Das bedeutet zunächst, die als einschlägig erkannten Normen sowohl hinsichtlich ihres Wortlauts wie ihrer systematischen Stellung und des spezifischen Regelungskontextes genau zu analysieren. Ergänzend können entstehungsgeschichtliche und teleologische Gesichtspunkte herangezogen werden. Für die hier zu behandelnden Fragestellungen ergibt sich hieraus vornehmlich das Bedürfnis, das Zusammenspiel der unterschiedlichen Normschichten und Rechtsquellen zu berücksichtigen sowie namentlich die differenzierte Handhabung der Ausländerbeiratswahlen auf Gemeinde- und auf Kreisebene anlaßbezogen zu untersuchen und zu hinterfragen. Besondere Bedeutung kommt der besonderen, oben bereits angerissenen Funktion der Ausländerbeiräte zu: Sie ermöglichen es, auch außerhalb der normalen demokratischen Legitimationsstrukturen stehende Bevölkerungsteile zumindest partiell in den politischen Willensbildungsprozeß einzubeziehen. Sie leisten damit einen wichtigen Beitrag zur politischen Integration. Ungeachtet der Bedeutung übergreifender (Wahl-)Rechtsstandards muß diese basale Zielsetzung kontinuierlich mitbedacht werden; die erstrebenswerte weitgehende Parallelität mit den üblichen demokratischen Standards findet deshalb dort ihre Grenzen, wo die genuine Aufgabe der Ausländerbeiräte, sonst unterrepräsentierte Einwohner sicht- und hörbar zu machen, durch eine allzu strikte bzw. einseitige Anwendung interpretationsoffener Normen gefährdet wird. Mit Blick auf die intendierte zumindest partielle politische Teilhabe und die bewußten, jüngst noch einmal verstärkten Verschränkungen zwischen den Ausländerbeiratswahlen und dem allgemeinen kommunalen Wahlrecht ist deshalb im Zweifelsfall eine entsprechend funktionsoptimierte Auslegungsvariante zu wählen.

### **C. Antworten auf die gestellten Fragen**

Vor dem Hintergrund dieser etwas abstrakteren Einführung lassen sich die konkret gestellten Fragen wie folgt beantworten:

## **I. Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Zulassung**

Zunächst ist zu klären, ob die ursprüngliche Zulassung der „Konservativen Liste“ durch den Kreiswahlausschuß am 15. Januar 2021 rechtmäßig war oder ob der Wahlvorschlag nach § 15 Abs. 2 KWG zurückzuweisen war. Die entsprechende Prüfung wird nachfolgend im Sinne einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle vorgenommen. Der gegen die Zulassung erhobene Einspruch dient insoweit nur als äußerer Anlaß und Stichwortgeber. Allerdings ist festzuhalten, daß die in ihm enthaltenen Vorwürfe für das anschließende Verfahren nur insoweit eine Rolle gespielt haben, als ein Verstoß gegen das Formerfordernis des § 12 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 61 KWG moniert wurde. Auf diese Frage konzentrieren sich folglich auch die nachfolgenden Überlegungen.

Die Zulassungsentscheidung des § 15 KWG ist keine politische Opportunitätsentscheidung, sondern beruht auf einer bloßen Rechtskontrolle. Der Kreiswahlausschuß hatte deshalb nur zu überprüfen, ob der Wahlvorschlag der „Konservativen Liste“ die einschlägigen rechtlichen Voraussetzungen erfüllte. Bejahendenfalls mußte er zugelassen werden, bei fehlender Rechtskonformität war der Vorschlag hingegen zurückzuweisen.

Vgl. *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 15 Rn. 7 f.

Vorliegend wurde durch den Kreiswahlausschuß (nachträglich) ein entsprechender formaler Mangel des Wahlvorschlags der „Konservativen Liste“ festgestellt. Dieser liege darin, daß eines der beiden „weiteren Mitglieder“, die die Niederschrift i.S.d. § 12 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 61 KWG unterzeichnet hatten, zwar das passive Wahlrecht zum Ausländerbeirat besitze, aber als EU-Doppelstaater nicht selbst aktiv wahlberechtigt sei.

### **1. Zu den Vorgaben des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG**

§ 12 Abs. 3 S. 3 KWG verlangt die Unterschrift von „zwei weiteren Mitgliedern oder Vertretern“ (der Wählergruppe oder Partei). Das wird, wie bereits erwähnt, in der Literatur teilweise dahingehend verstanden, diese beiden Personen müßten „aus dem Kreis der *stimmberechtigten* Mitglieder oder Vertreter der Partei oder Wählergruppe bestellt werden.“

So *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 12 Rn. 28 (Hervorhebung hinzugefügt).

Das erscheint praktisch naheliegend, soweit es gerade um die Verantwortung dieser Wählergruppen/Parteien geht und regelhaft deren Mitglieder bzw. Vertreter, die an einer entsprechenden Versammlung teilnehmen, auch stimmberechtigt sein werden. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß es sich gleichwohl um eine den Gesetzestext ergänzende, dessen Rechtswirkung verändernde Hinzufügung handelt. Eine Erklärung für dieses im Ergebnis beschränkend wirkende Verständnis ist der Kommentierung nicht zu entnehmen. In der Tat bestehen durchgreifende Bedenken gegenüber einer entsprechenden Beschränkungslogik: So bleibt offen, warum allein am aktiven Wahlrecht angeknüpft wird. Bedeutet das, daß die bloße Nichtwählbarkeit (§ 32 Abs. 2 HGO, § 23 Abs. 2 LKO) keinerlei Relevanz besitzt? Das würde zumindest bedeuten, daß hinsichtlich ihres Wahlrechts beschränkte Personen nicht allgemein als untauglich angesehen werden, die Unterschrift wirksam zu leisten. Dann stellte sich indes die Frage, warum gleichzeitig Beschränkungen des aktiven Wahlrechts, etwa aufgrund eines erst kürzlich erfolgten Zuzugs in die Gemeinde/den Landkreis (vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGO, § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 LKO), für § 12 Abs. 3 S. 3 KWG relevant sein sollen. Eine überzeugende Begründung für diese Inkonsistenz und eine entsprechende – vom Gesetzeswortlaut nicht verlangte – Verschärfung der ohnehin relativ strengen formalen Anforderungen ist m.E. nicht erkennbar. Umgekehrt dürfte es mit Blick auf die grundlegende Funktion der Unterschrift und der Erklärung an Eides statt näherliegen, gerade keine zusätzlichen Vorgaben zu verlangen. Denn beide dienen zunächst und vor allem Dokumentations-, Zuordnungs- und Beweis Zwecken.

Diese teleologische Deutung liegt wohl auch den Ausführungen im „Leitfaden für die Vorbereitung und Durchführung der Kommunalwahlen“ zugrunde. Soweit dort – wohl in Übernahme der Formulierung aus § 22 Abs. 7 LWG – aus den „zwei weiteren Mitgliedern oder Vertretern“ schlicht „zwei weitere Teilnehmer“ werden,

Siehe *Hannappel/Meireis*, Leitfaden für die Vorbereitung und Durchführung der Kommunalwahlen im Lande Hessen, Ausgabe 2021, Rn. 91.

ist dies *prima facie* nicht nur terminologisch verwunderlich, sondern auch inhaltlich problematisch. Denn es könnte zu weit gehen, den Bezug zu einer bestimmten Wählergruppe/Partei auf diese Weise weitgehend aufzugeben. Mit der Unterschrift werden i.S.d. § 12 Abs. 3 S. 3 KWG gerade Personen in die Pflicht genommen, die

Mitglied/Vertreter einer Wählergruppe oder Partei sind. Das ist sinnvoll, denn es impliziert eine entsprechende, aus diesem Sonderverhältnis stammende Berechtigung und ermöglicht so zugleich externe (staatliche) wie interne Verantwortungszuschreibungen. Indes zeigt sich anhand der Regelung des § 22 Abs. 7 LWG, daß diese Verbindung auch durch die Formulierung „Teilnehmer“ treffend zum Ausdruck gebracht werden kann, weil damit ersichtlich die nach Abs. 1 S. 1 eingeladenen Mitglieder bzw. Vertreter umschrieben werden. In jedem Fall ist es keineswegs zwingend erforderlich, daß die die Unterschrift leistenden Personen selbst (aktiv oder passiv) wahlberechtigt sind. Es genügt die Fähigkeit, beurteilen zu können, ob die Anforderungen des § 12 Abs. 1 S. 3 KWG eingehalten wurden, und die Bereitschaft, das für die eigene Wählergruppe/Partei rechtsverbindlich zu erklären. Dementsprechend ist festzuhalten, daß es für § 12 Abs. 3 S. 3 KWG nicht auf die Stimm-/Wahlberechtigung, sondern nur auf eine spezifische, nach außen bekundete Nähe zu einer Wählergruppe/Partei ankommt.

## **2. Modifikation durch § 61 KWG?**

Möglicherweise wird allerdings dieser Befund durch die Sonderregelung des § 61 KWG verändert. Demnach gilt für die Ausländerbeiratswahlen § 12 KWG mit der Maßgabe, daß an der Aufstellung der Wahlvorschläge nur solche Mitglieder der Partei oder Wählergruppe teilnehmen können, die im Zeitpunkt der Aufstellung zum Ausländerbeirat wahlberechtigt sind. Im Vergleich zu § 12 Abs. 3 S. 3 KWG bedeutet dies eine doppelte Einschränkung: erstens sind die „Vertreter“ entfallen, und zweitens wird eine besondere Wahlberechtigung verlangt. Damit scheinen für dieses besondere Aufstellungsverfahren im Vergleich zum normalen Verfahren deutlich anspruchsvollere Vorgaben zu gelten. Das ist bereits auf den ersten Blick erstaunlich und wenig plausibel: Warum sollten bei der Wahl beratender Ausländerbeiräte strengere Anforderungen zu erfüllen sein als bei der Wahl entscheidungsbefugter kommunaler Organe? Und dies (ausgerechnet) gegenüber einer Bevölkerungsgruppe, bei der überproportional mit sprachlichen Schwierigkeiten gerechnet werden muß?

Vor diesem Hintergrund lohnt ein vertiefender Blick auf den Wortlaut, die systematische Stellung, die Entstehungsgeschichte und die Funktion der Norm. In diesem Sinne läßt sich zunächst der Verzicht auf die Vertreter als schlichte Reaktion auf die typischerweise überschaubaren Strukturen der entsprechenden Wählervereinigungen

verstehen. Eine vom Gesetzgeber intendierte Begrenzung ist insoweit nicht zu erkennen. Darüber hinaus verlangt der Gesetzeswortlaut eindeutig nur die „Wahlberechtigung“. Das wird in der Kommentarliteratur dahingehend (zugespitzt) verstanden, daß hiermit „der Kreis der Mitwirkungsberechtigten [...] stark eingeschränkt“ werde: „Die Einschränkung ist so stark, dass noch nicht einmal alle Personen, die das passive Wahlrecht besitzen, auch bei der Listenaufstellung mitwirken dürfen! In der Mitgliederversammlung der Partei oder Wählergruppe sind nur die Mitglieder stimmberechtigt, die am Tag der Listenaufstellung das aktive Wahlrecht besitzen.“

*Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 61 Rn. 3.

Zwingend vom Normwortlaut her geboten ist ein solches Verständnis sicher nicht. Der Normtext spricht gerade nicht von einer aktiven und/oder passiven Wahlberechtigung. Der genannten Kommentierung ist denn auch durchaus ein gewisses Unbehagen hinsichtlich der hiermit verbundenen Folgen zu entnehmen. Zur Begründung wird allerdings angeführt, der Gesetzgeber habe vermeiden wollen, „dass im Rahmen der Kandidatenaufstellung in einer Partei der weit überwiegende Anteil der Stimmberechtigten nicht über das aktive Wahlrecht bei der anschließenden Wahl verfügt. Es wird so eine ‚Bevormundung‘ der ausländischen Wahlberechtigten durch die große Mehrheit der deutschen Mitglieder einer Partei oder Wählergruppe verhindert.“

*Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016), Hess. KWG, § 61 Rn. 4.

Indes konzediert der Autor nicht nur umgehend, daß diese Annahme an der bisherigen, durch *ad hoc* gebildete Wählervereinigungen geprägten Praxis vorbeigeht. Es bleibt, und nur darauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang an, auch unklar, inwieweit eine entsprechende „Bevormundung“ auch dadurch erfolgen könnte, daß lediglich passiv Wahlberechtigte als unterschriftsberechtigte Mitglieder angesehen werden. Es ist mithin jedenfalls vorstellbar, daß sich die Begrenzung auf die Stimmberechtigung i.R.d. Erstellung der Wahlvorschläge erstreckt, nicht aber auch auf die formalen Erfordernisse des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG.

Für die letztgenannte Sichtweise lassen sich namentlich die Gesetzgebungshistorie und insbesondere die darin erkennbare Teleologie der Normen anführen. § 61 KWG



gilt weiterhin in seiner ursprünglichen, 1992 eingeführten Form (1998 wurde lediglich der Hinweis auf die zeitliche Dimension der Wahlberechtigung eingefügt).

Vgl. LT-Drs. 13/1397; LT-Drs. 14/3550.

Schaut man nun in die ursprüngliche Gesetzesbegründung, dann findet sich dort bereits die oben angesprochene, in einer aktuellen Kommentierung enthaltene Argumentation: Demnach dient die Begrenzung auf wahlberechtigte Personen dazu, den Eindruck zu verhindern, daß Deutsche dominierenden Einfluß auf die Wahlvorschlagsgestaltung erhalten können oder gar sollen. Von einer Ausdehnung dieser auf das Aufstellungsverfahren als solches bezogenen (und insoweit durchaus nachvollziehbaren) *ratio* auch auf die Formvorschriften ist hier keine Rede. Im Gegenteil betont die Gesetzesbegründung, „die in der Praxis bewährte Regelung des § 12 Abs. 3 KWG, nach der Versammlungsleiter und Schriftführer aus wahlrechtlicher Sicht weder wahl- noch stimmberechtigt sein müssen,“ bleibe unberührt. Es liegt nahe, die damit anklingende Unterscheidung zwischen inhaltlicher und formaler Gestaltung auch auf die Formerfordernisse des Abs. 3 S. 3 zu beziehen. Wenn es schon nicht bevormundend wirkt, neutrale, nicht stimmberechtigte Versammlungsleiter resp. Schriftführer zu beteiligen, dann dürfte dies erst recht für die bloße Dokumentation i.S.d. § 12 Abs. 3 S. 3 KWG gelten. Denn während zumindest bei der Versammlungsleitung ja ein steuernder Einfluß nicht von vornherein ausgeschlossen ist, ist vollkommen unerfindlich, woraus dieser im Kontext der Vorgaben des Abs. 3 S. 3 erwachsen sollte. Der befürchtete Paternalismus läge deshalb nicht darin, eine wortlautkonforme, der Intention des historischen Gesetzgebers entsprechende Lesart vorzunehmen, die für die formale Absicherung des Verfahrens die Möglichkeit eröffnet, auch bloß passiv Wahlberechtigte einzubeziehen. Paternalistisch ist es hingegen, den (aktiv wahlberechtigten) ausländischen Einwohnern nicht zuzutrauen, eine entsprechende Auswahlentscheidung selbständig und sachorientiert vorzunehmen. Nur ergänzend sei deshalb noch darauf hingewiesen, daß ein Grund für eine entsprechende Auswahlentscheidung gerade darin liegen kann, sprachlich und/oder fachlich besonders qualifizierte Personen zu beteiligen, bei denen die Chance, eine falsche eidesstattliche Versicherung abzugeben, reduziert ist und die gleichzeitig die entsprechenden Voraussetzungen wie Risiken besser beurteilen können als der durchschnittliche Wahlberechtigte.

### 3. Zwischenergebnis

Mit Blick auf die beschriebenen Funktionen der beiden Normen wird man somit m.E. nicht umhinkommen, anzuerkennen, daß es eine den Wortlaut überdehnende, der Normhistorie, -systematik und -teleologie widersprechende Interpretation darstellt, wenn auch mit Blick auf die formalen Anforderungen des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG wegen § 61 KWG der Kreis der Unterschriftsberechtigten auf die aktiv Wahlberechtigten begrenzt wird. Sinn und Zweck dieser Formvorschriften werden durch diesen Status nicht berührt.

Vgl. im wesentlichen der vorstehenden Argumentation entsprechend schon die Einschätzung des Wahlleiters *Sinkel*, Stellungnahme zum Einspruch der Herren Tim und Philipp van Slobbe gegen den Beschluss des Kreiswahlausschusses vom 15.01.2021 zur Zulassung der Konservativen Liste zur Wahl des Kreisaußenländerbeirates v. 18.1.2021, der zudem auf die entsprechenden Normen des Landtags- und Bundestagswahlrechts verweist; i.E. ebenso die knappe Einschätzung aus dem Hessischen Innenministerium, Email v. 18.1.2021.

Die erste Frage ist deshalb dahingehend zu beantworten, daß die ursprüngliche Zulassungsentscheidung rechtmäßig, die auf den Einspruch hin erfolgte Zurücknahme hingegen rechtswidrig war.

### 4. Konsequenzen einer irregulären Zulassung des Wahlvorschlags

Die Frage nach dem weiteren Verfahrensverlauf basiert auf der – wie gesehen abzulehnenden – Prämisse eines Verstoßes gegen § 12 Abs. 3 S. 3 KWG. Sie läßt sich daher nur knapp und hypothetisch beantworten. Unterstellt man, erstens, die Formfehlerhaftigkeit des Wahlvorschlags der „Konservativen Liste“ und, zweitens, die Zulässigkeit des gegen die Zulassungsentscheidung gerichteten Einspruchs (dazu gleich sub. II.), dann mußte der Kreiswahlausschuß den Wahlvorschlag zurückweisen. Es handelt sich um eine gebundene Entscheidung, denn wenn ein Vorschlag die rechtlichen Anforderungen (formaler oder inhaltlicher Art) nicht erfüllt, besteht gerade kein Ermessensspielraum des Kreiswahlausschusses.

Vgl. *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 05/2016, 12/2017), Hess. KWG, § 15 Rn. 7, 14.

## II. Zulässigkeit nachträglicher Einsprüche Dritter

Losgelöst von diesen inhaltlichen Fragen ist die konkrete Kontrollkompetenz zu klären, also die Frage zu beantworten, ob die Vertrauenspersonen eines konkurrierenden

Wahlvorschlags zulässigerweise einen Einspruch gegen die Zulassung des Wahlvorschlags der „Konservativen Liste“ erheben konnten.

Unbestritten ist dabei zunächst, daß eine entsprechende Option im KWG nicht explizit vorgesehen ist. Mit Blick auf die zeitlichen Zwänge des Wahlablaufs bestehen vor der Wahl ohnehin nur eingeschränkte und zudem an enge Fristen geknüpfte Möglichkeiten, Fehler im Wahlverfahren überprüfen zu können. Eine entsprechende sachliche Begrenzung enthält namentlich auch § 15 Abs. 3 KWG. Typischerweise setzt das nationale, auf der Garantie effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG aufbauende Modell gerichtlicher Kontrolle hoheitlichen Handelns eine (mögliche) Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte voraus.

Vgl. hierzu nur *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?, NJW-Beilage 2016, 41 ff.

Kehrseite dieser Vorgabe ist es, daß prinzipiell jeder, der plausibel behaupten kann, durch staatliches Handeln in eigenen Rechten verletzt zu sein, um einen diesen Verletzungen abhelfenden Rechtsschutz nachsuchen kann. § 15 Abs. 3 KWG beschränkt demgegenüber von Anfang an das Recht, einen Einspruch einzulegen, sachlich auf die Situation einer Nichtzulassungsentscheidung und personell auf die Vertrauensperson, deren Wahlvorschlag zurückgewiesen wurde. Hingegen gibt es vor der Wahl keine zulässigen Rechtsmittel gegen eine fehlerhafte Zulassung eines Wahlvorschlags.

Vgl. zum Ganzen näher *Bennemann*, in: *ders./Schmidt*, Praxis der Kommunalverwaltung, He A-27 (Stand: 12/2017), Hess. KWG, § 15 Rn. 10 ff.; siehe auch *Nassauer*, Die Anfechtung kommunaler Wahlen nach hessischem Landesrecht in *Gornig/Kramer/Volkman* (Hrsg.), Staat – Wirtschaft – Gemeinde, FS Frotscher, 2007, S. 729 ff.

Dessen eingedenk argumentierte der Einspruchsführer vorliegend von Anfang an mit dem Erfordernis einer analogen Anwendung des § 15 Abs. 3 KWG, und der Kreiswahlausschuß ist dem mehrheitlich gefolgt. Diese Überlegungen können indes nicht geteilt werden: Eine Analogie setzt nach allgemeinen methodischen Anforderungen voraus, daß keine Analogieverbote vorliegen, eine planwidrige Regelungslücke gegeben ist und der unregelte und der geregelte Sachverhalt wertungsmäßig vergleichbar sind.

Vgl. dazu und zum folgenden nur *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 555 ff., 562 ff.

Mit Blick auf den Rechtsschutz im Kommunalwahlrecht dürfte es bereits überlegenswert sein, ob angesichts der spezifischen, bewußt eingeführten Begrenzungen individueller Rechtsschutzoptionen nicht bereits ein funktional gerechtfertigtes, bereichsspezifisches Analogieverbot anzunehmen ist. Letztlich kommt es darauf indes nicht an, denn jedenfalls kann von einer planwidrigen Regelungslücke und einer wertungsmäßigen Vergleichbarkeit der Sachverhalte keine Rede sein. Ersteres wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn die Nichtregelung auf einem legislativen Versehen bzw. nicht intendierten Unterlassen beruhte. Das setzte voraus, daß der Gesetzgeber des KWG unbewußt explizite Begrenzungen vorgenommen hat und kann mithin direkt ausgeschlossen werden. Daß die besondere Ausgestaltung des Wahlprüfungsrechts nachteilhafte Konsequenzen haben kann, weil die ex-post-Kontrolle möglicherweise auf eine Ungültigkeit der Wahl hinausläuft und damit nicht nur erhebliche zusätzliche Kosten und Mehraufwand verursacht,

So die Begründung des Einspruchs der „Internationalen Liste“ v. 17.1.2021, S. 1.

sondern möglicherweise auch Legitimationsverluste bedingt (insbesondere, weil der Gleichlauf mit den Kommunalwahlen verlorengeht und damit möglicherweise die Wahlbeteiligung sinkt), ändert nichts an dieser Einschätzung. Die bewußte Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht allein durch den Hinweis auf mögliche, durchaus offensichtliche und folgerichtig berücksichtigte Folgeprobleme umgangen werden.

Auch eine aus übergeordnetem Recht gebotene Regelungspflicht ist nicht zu erkennen: Weder verlangt Art. 19 Abs. 4 GG einen von der konkreten Kontrollsituation abstrahierenden, lückenlosen Rechtsschutz

Vgl. insoweit aufschlußreich zur „Exklusivität des Wahlprüfungsverfahrens“ VG Gießen, Beschluß v. 25.1.2021, Az.: 8 L 21/21, S. 2 f.

noch kann es als evident angesehen werden, daß die Mißachtung formaler Vorgaben für die demokratischen Mitbewerber eine Beeinträchtigung eigener subjektiver Rechte bedeutet. Das zeigt gerade der Vergleich der Sachverhalte: Während die negative Zulassungsentscheidung den demokratischen Wettbewerb für die ausgeschlossenen Wahlvorschläge beendet, wird er durch eine positive Entscheidung erst eröffnet.

Insgesamt liegen damit die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 KWG nicht vor.

Zu Recht skeptisch schon VG Gießen, Beschluß v. 25.1.2021, Az.: 8 L 21/21, S. 4.

In diese Richtung weist im übrigen eindeutig auch ein innerdeutscher Vergleich mit dem Kommunalwahlgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen. Nach dessen § 18 Abs. 4 S. 1 können explizit nur die Vertrauensperson des Wahlvorschlags, der Wahlleiter oder die Aufsichtsbehörde Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Wahlvorschlags einlegen. Das Beschwerderecht gegen die Zulassung eines Wahlvorschlags wird ausdrücklich beschränkt auf den Wahlleiter, die Aufsichtsbehörde und die oberste Aufsichtsbehörde (Abs. 4 S. 2). In der einschlägigen Kommentarliteratur wird das im Sinne einer nicht analogiefähigen Auswahlentscheidung verstanden: „Insbesondere steht ein solches Beschwerderecht gegen die Zulassung eines Wahlvorschlags keinem Vertreter einer anderen Partei oder Wählergruppe, auch keiner Vertrauensperson eines solchen Wahlvorschlagsträgers, zu.“

So Mörs, in: Praxis der Kommunalverwaltung, NW A-27, Kommentar KommunalwahlG NRW (Stand: 06/2020), § 18 Rn. 10.

Auch infolge der Unzulässigkeit des zugrunde liegenden Einspruchs erweist sich somit die Nichtzulassungsentscheidung des Kreiswahlausschusses als rechtsfehlerhaft.

### **III. Taugliche Einspruchsführer**

Damit erledigt sich eigentlich die Frage, ob für diese – grundsätzlich gerade nicht bestehende – Einspruchsmöglichkeit (ausgerechnet) die Vertrauenspersonen eines konkurrierenden Wahlvorschlags („Internationale Liste“) als taugliche Einspruchsführer angesehen werden können.

Die Beantwortung dieser Frage setzte jedenfalls eine nähere Auseinandersetzung mit dem bereits angesprochenen Problem voraus, ob das entsprechende Rechtsschutzbegehren auf eine Verletzung eigener subjektiver Rechtspositionen oder auf eine intendierte objektive Rechtmäßigkeitskontrolle gestützt würde. Letzteres dürfte von vornherein als systemwidrig zurückzuweisen sein, setzte also eine entsprechende, bewußte gesetzgeberische Entscheidung voraus. Die subjektive Rechtsverletzung hingegen hängt, weil die Formvorschriften des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG sicherlich keinen

drittschützenden Charakter besitzen, entscheidend davon ab, ob das Hinzutreten eines demokratischen Mitbewerbers als Beeinträchtigung der eigenen (Wettbewerbs-)Position angesehen werden kann. Das wird in klassischen Markt- und Wettbewerbs-situationen üblicherweise mit dem Argument verneint, die insoweit primär einschlägige Berufsfreiheit schütze *den*, nicht hingegen *vor* Wettbewerb.

Vgl. nur BVerfGE 105, 252 (265): „Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren. Insbesondere umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen.“

Auch wenn sich diese grundrechtsdogmatische Argumentation nicht eins-zu-eins auf demokratische Konkurrenzverhältnisse übertragen läßt, dürfte der dahinterstehende Grundgedanke doch auch dort von Relevanz sein: Insbesondere aus der Beschäftigung mit der Chancengleichheit der politischen Parteien erhellt, daß prinzipiell nicht die Schaffung, sondern die staatliche Beeinträchtigung des politischen Wettbewerbs besondere Rechtfertigungsbedürfnisse auslöst.

Vgl. hierzu allgemein auch *Hatje*, Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), S. 135 ff.

Wettbewerbsrechtstypisch ist es insoweit gerade, Differenzen aufrechtzuerhalten, Oligopole und *closed shop*-Konstellationen zu verhindern und damit den kontinuierlichen Konflikt zu ermöglichen. Das verweist nicht allein auf eine wettbewerbsexterne (staatliche) Aufsicht, sondern vertraut zu großen Teilen auf die sich aus der Logik des politischen Konkurrenzkampfes ergebende wechselseitige Kontrolle der Wettbewerber. Auch hier gilt: „Staatliche Regeln und Wettbewerb stehen nicht in Widerspruch, sondern in einem Ermöglichungsverhältnis zueinander.“

*Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 83.

Daß in diesem Sinne aus einer partiellen Mißachtung der formalen Vorgaben des § 12 Abs. 3 S. 3 KWG für einen zu Unrecht zugelassenen Wahlvorschlag Vorteile entstehen, die über die prinzipielle Möglichkeit, an der Wahl teilzunehmen, hinausgehen und damit die Wettbewerbssituation der anderen zugelassenen Vorschläge verschlechtern, dürfte aber selbst dann nicht anzunehmen sein, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung im konkreten Fall einen entsprechenden Verstoß annimmt.

#### **IV. Gleichheitsrechtliche Fragen**

Mit der bereits erwähnten besonderen Kontrollposition des Kreiswahlausschusses, der eben keine politische, sondern eine strikt rechtliche Entscheidung vorzunehmen hat, geht ein Gleichbehandlungsanspruch der Gruppierungen einher, die Wahlvorschläge unterbreiten. Insoweit ist es zwar auf Basis der hier vertretenen Auffassung nicht zu beanstanden, daß zwei andere Wahlvorschläge trotz potentiell gleicher Wahlmängel im Vergleich zur „Konservativen Liste“ zugelassen wurden. Allerdings stellt es eine inakzeptable Ungleichbehandlung dar, wenn derselbe Verstoß in einem Fall zur Nichtzulassung führt, in zwei anderen Fällen aber keine entsprechenden Konsequenzen nach sich zieht. Hierin liegt unabhängig von der Frage, wie man sich zu § 12 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 61 KWG positioniert, ein (weiterer) Rechtsverstoß.

Sachliche Legitimationsgründe für diese unterschiedliche Behandlung sind nämlich aus den vorliegenden Unterlagen nicht zu erkennen. Insbesondere genügt es nicht, darauf zu verweisen, daß sich der vorliegende Einspruch nur auf die „Konservative Liste“ bezog. Zwar erwächst dieser nicht allein aus der Tatsache, daß andere Wahlvorschläge trotz entsprechender formaler Ungereimtheiten zugelassen wurden, ein Anspruch auf Zulassung („keine Gleichheit im Unrecht“). Allerdings ist es umgekehrt auch nicht angängig, bei einer nachträglich erkannten formalen Fehlerhaftigkeit deren Konsequenzen nicht auf alle einschlägig problematischen Wahlvorschläge zu erstrecken. Aus der oben dargestellten Begrenzung der Kontrollkompetenz folgt insoweit gerade nicht, daß es auch dem Kreiswahlausschuß verwehrt ist, eine entsprechend verbesserte Kenntnislage zu nutzen und von Amts wegen auch die anderen Wahlvorschläge (erneut) zu überprüfen. Gegen eine entsprechende schützenswerte Vertrauensposition der beiden zugelassenen Wahlvorschläge dürfte dabei insbesondere der enge zeitliche Rahmen sprechen.

#### **V. Erfordernis (möglicher) subjektiver Rechtsverletzungen für die Einspruchsoption**

Abschließend ist zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und inwieweit die beiden aktuell vorliegenden und durch den Kreistag zu entscheidenden Einsprüche möglicherweise unzulässig sind, weil die Einspruchsführer nicht in eigenen Rechten verletzt waren, da der Wahlvorschlag objektiv fehlerhaft war und nicht hätte zugelassen werden dürfen.

Das kann sehr knapp erfolgen, denn die Frage beantwortet sich letztlich schlicht aus der oben näher begründeten Auffassung, daß ein entsprechender objektiver Rechtsverstoß gerade nicht vorliegt. Auf Basis der hier vertretenen Rechtsansicht wurde damit in allen drei diskutierten Fällen den Anforderungen der §§ 12 Abs. 3 S. 3, 61 KWG genügt.

§ 25 KWG differenziert im übrigen zwar danach, ob der den Einspruch erhebende Wahlberechtigte eine Verletzung eigener Rechte geltend macht oder nicht. Allerdings ist auf Basis der vorliegenden Einsprüche in beiden Fällen davon auszugehen, daß subjektive Rechtsbeeinträchtigungen behauptet werden. Diese Annahme kann angesichts der wie gesehen rechtswidrigen Nichtzulassung des von den Einspruchsführern unterstützten Wahlvorschlags zumindest nicht als von vornherein ausgeschlossen angesehen werden.

#### **D. Ergebnis**

Die vom Kreiswahlausschuß mehrheitlich unterstützte Position, § 12 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 61 KWG sei so auszulegen, daß über den Wortlaut hinausgehend die bloß passive Wahlberechtigung nicht genügt, begegnet durchgreifenden Bedenken und hält genauerer rechtlicher Betrachtung nicht stand. Da darüber hinaus auch die Kontrollkompetenz eines politischen Mitbewerbers zu verneinen ist, weil die Voraussetzungen einer analogen Anwendung von § 15 Abs. 3 KWG nicht vorliegen, hätte die ursprüngliche, rechtmäßige Zulassungsentscheidung aufrechterhalten werden müssen. Eine zusätzliche, gleichheitsrechtlich inakzeptable Beeinträchtigung ist darin zu sehen, daß die von der Mehrheit des Kreiswahlausschusses angenommene fehlende Zulassungsfähigkeit nicht auch auf die beiden anderen Wahlvorschläge angewendet wurde, die mit entsprechenden formalen Verstößen belastet waren.

Hamburg, 30. Juni 2021



(Prof. Dr. Steffen Augsberg)