Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2

Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?

Josef Franz Lindner

25.03.2020 doi: 10.17176/20200326-002839-0

29. März 2020 - Stichwahlen in Bayern im Zeichen der Corona-Krise

Am 15. März 2020 haben die allgemeinen Kommunalwahlen in Bayern stattgefunden. Trotz der Corona-Pandemie wurde der Termin beibehalten, keine Verschiebung angeordnet – was wahlrechtlich wohl nur durch eine Gesetzesänderung möglich gewesen wäre (zur „Infektionsschutzfestigkeit des Wahlrechts“ s. Verfassungsblog vom 13.3.2020). Die Wahlbeteiligung lag höher als bei den letzten Kommunalwahlen im Jahr 2014 – auf den ersten Blick überraschend, auf den zweiten vielleicht nicht.

Doch mit *einem* Wahlgang ist es nicht getan. Denn erhält bei den Wahlen zum Amt des Bürgermeisters oder des Landrats kein Kandidat mehr als die Hälfte der abgegebenen gültigen Stimmen, so findet am zweiten Sonntag nach dem Wahltag eine Stichwahl unter den zwei Personen statt, die bei der ersten Wahl die höchsten Stimmenzahlen erhalten haben. So regelt es Art. 46 Abs. 1 Satz 2 des bayerischen Gemeinde- und Landkreiswahlgesetzes (GLKrWG).

Für diese Stichwahlen, die am 29. März 2020 stattfinden und ebenfalls nicht verschoben werden, sondern ausschließlich als Briefwahlen stattfinden sollen, gelten zunächst die gleichen wahlrechtlichen Grundsätze wie für den „ersten Durchgang“ der Kommunalwahlen am 15. März 2020. Ein wichtiger Wahlrechtsgrundsatz ist die Öffentlichkeit der Wahl. Art. 17 Abs. 1 GLKrWG bestimmt lakonisch: „Die Durchführung der Abstimmung ist öffentlich“. Der Wahlvorgang ist ein öffentlicher Akt. Öffentlichkeit schafft einen Raum der staatsbürgerlichen Gleichheit, Transparenz und Nachvollziehbarkeit, ermöglicht Kontrolle, wirkt manipulationsmindernd.

Deswegen verhandeln, beraten und entscheiden auch die Wahlausschüsse, die Wahlvorstände und die Briefwahlvorstände in öffentlicher Sitzung. Bereits der Anschein manipulationsfördernder Abläufe und Strukturen soll vermieden werden. Die Stimmabgabe per Brief passt dazu nicht, ist aber gleichwohl vorgesehen, jedoch als Ausnahme gedacht. Denn die Briefwahl ist nur möglich, wenn der Wahlberechtigte eigens einen Wahlschein beantragt (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GLKrWG). Für die Urnenwahl ist ein Wahlschein nicht erforderlich, es genügt der Eintrag in die Wählerliste sowie die Wahlbenachrichtigung.

„Zwangs“-Briefwahl per Allgemeinverfügung - Infektionsschutzrecht bricht Wahlrecht?

Am 19. März 2020 hat das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege als oberste Infektionsschutzbehörde im Freistaat Bayern eine „Allgemeinverfügung“ unter dem Titel „Durchführung der Stichwahlen am 29.03.2020 ausschließlich als Briefwahlen anlässlich der Corona-Pandemie“ im Wege einer Bekanntmachung erlassen. Die Allgemeinverfügung, die – wie fast alle Maßnahmen momentan (Ausgangsbeschränkungen, Besuchsverbote, Schließung von Geschäften und Gaststätten etc.) – auf § 28 Abs. 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) gestützt ist, lautet: „Bei den am 29.03.2020 im Zuge der allgemeinen Gemeinde- und Landkreiswahlen erforderlich werdenden Stichwahlen dürfen keine Abstimmungsräume zur Stimmabgabe genutzt werden. Die Stichwahlen werden daher ausschließlich als Briefwahlen durchgeführt und die Wahlscheine mit Briefwahlunterlagen durch die Gemeinden an alle wahlberechtigten Personen von Amts wegen ohne Antrag versandt“. Es ist also – das dürfte ein Novum in der deutschen Demokratie sein – eine verpflichtende Briefwahl durch eine (oberste)

Infektionsschutzbehörde angeordnet worden – natürlich nicht im Sinne einer Wahlpflicht, wohl aber im Sinne eines zwangsweisen Verzichts auf den Urnenwahlgang.

Ist das rechtmäßig? Jedenfalls nicht allein deswegen, weil es epidemiologisch zweckmäßig ist. Der Ausgangspunkt ist klar: Als Verwaltungsakt ist eine Allgemeinverfügung nur rechtmäßig, wenn sie formell und materiell mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Bereits an der Zuständigkeit des Gesundheitsministeriums könnte man zweifeln, da dieses nicht für den Vollzug des Wahlrechts zuständig ist – immerhin hat aber das fachlich zuständige Innenministerium das Einvernehmen erteilt.

In materieller Hinsicht könnte die Allgemeinverfügung in doppelter Weise gegen das Kommunalwahlrecht verstoßen – gegen Art. 17 GLKrWG, der den Grundsatz der öffentlichen Stimmabgabe festschreibt, und gegen Art. 13 GLKrWG, in dem durch das Antragserfordernis letztlich die Freiwilligkeit der Briefwahl und in der Sache ein Recht auf Urnenwahl festgelegt ist.

Dem kann man entgegenhalten, die Allgemeinverfügung sei nicht auf das Kommunalwahlrecht, sondern eben auf das Infektionsschutzrecht gestützt, nämlich auf § 28 Abs. 1 IfSG. Doch dieses Argument hilft nicht wirklich. Denn ein Verwaltungsakt muss in *jeder* Hinsicht mit dem Gesetzesrecht in Einklang stehen. Dass ein Verwaltungsakt auf eine bestimmte Befugnisnorm gestützt ist, ermächtigt die Behörde nicht dazu, gegen andere Gesetze zu verstoßen (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes).

Anders wäre es hier nur dann, wenn man zwischen dem IfSG und dem Kommunalwahlrecht ein derogierendes Spezialitätsverhältnis dergestalt annähme, dass § 28 IfSG die Infektionsschutzbehörde von der Beachtung anderen einschlägigen Rechts (hier des Kommunalwahlrechts) entbinden würde. Das kann man jedenfalls nicht grundsätzlich und ohne weiteres annehmen: Sonst könnte im Ergebnis eine Infektionsschutzbehörde Sitzungen des Landtags oder des Bundestages auf der Basis des § 28 IfSG ebenso unterbinden wie Gemeinderatssitzungen oder Urteilsverkündungen des Bundesverfassungsgerichts.

Man steht also vor einer schwierigen rechtssystematischen Frage: Ist das Kommunalwahlrecht gegen infektionsschutzrechtliche Verwaltungsakte immun, ist es infektionsschutz(rechts)fest? Oder brechen das IfSG und dessen Vollzug das GLKrWG? Immerhin ist das IfSG ein Bundesgesetz und die Landesbehörden sind nach Art. 83, 84 GG zu dessen ordnungsgemäßem Vollzug verpflichtet. Und ganz allgemein gefragt: Kann eine Landesbehörde im Rahmen des Vollzugs einer bundesgesetzlichen Regelung vorbringen, Landesrecht stünde einer nach Bundesrecht eigentlich notwendigen Maßnahme entgegen? Eher nicht. Das Spannungsverhältnis von Infektionsschutz- und Wahlrecht, das erstmals im Lichte der Corona-Pandemie auftaucht (wie so viele neue Rechtsprobleme) wird durch die Allgemeinverfügung des Gesundheitsministeriums zu Gunsten des Infektionsschutzrechts aufgelöst. Das ist – auch im Lichte des Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) – wohl nicht zu beanstanden. Man kann es aber auch anders sehen.

Gesetzesänderung: „Zwangs“-Briefwahl per Gesetz

Nun muss in Krisenzeiten mit Unverständnis rechnen, wer rechtlich, womöglich noch formaljuristisch argumentiert. Etwa: Kleinkarierte Verwaltungs- und Verfassungsrechtler sollten sich doch bitte mit den echten Rechtsproblemen der Corona-Krise befassen und nicht einer pragmatischen und epidemiologisch sinnvollen Maßnahme mit theoretischen Spitzfindigkeiten entgegentreten.

Doch das Wahlrecht beruht nun einmal auf streng formalen Anforderungen, die die Wahlrechtsgrundsätze sicherstellen sollen. Daher kann die Verletzung von Wahlrechtsvorschriften zu Wahlanfechtungen führen, die nicht stets aussichtslos sind, auch nicht bei Kommunalwahlen.

Der Bayerische Landtag hat sich daher am 25. März 2020 dazu entschlossen, den Normkonflikt zwischen Infektionsschutzrecht und Wahlrecht dadurch aufzulösen, dass er das Wahlgesetz inhaltlich an das Infektionsschutzrecht anpasst, genauer, den Regelungsgehalt der Allgemeinverfügung vom 20. März 2020 in einen neuen Art. 60a GLKrWG übernimmt. Damit wird die Allgemeinverfügung gegen-

standslos. Der durch Art. 9a des neuen Bayerischen Infektionsschutzgesetzes eingefügte Art. 60a GLKrWG („Stichwahlen im Rahmen der allgemeinen Gemeinde- und Landkreiswahlen 2020“) lautet:

> *„Die am 29. März 2020 im Zuge der allgemeinen Gemeinde- und Landkreiswahlen erforderlich werdenden Stichwahlen werden ausschließlich als Briefwahlen durchgeführt. Die Wahlscheine mit Briefwahlunterlagen werden durch die Gemeinden an alle wahlberechtigten Personen von Amts wegen ohne Antrag versandt.“*

Ist die gesetzlich angeordnete „Zwangs“-Briefwahl verfassungskonform?

Mit dieser gesetzlichen Regelung ist zwar der Normkonflikt zwischen Infektionsschutz- und Kommunalwahlrecht zunächst entschärft, doch es erhebt sich sogleich ein neues Problem: Ist die gesetzlich verordnete „Zwangs“-Briefwahl verfassungskonform oder verstößt sie gegen einen der verfassungsrechtlich verbürgten Wahlrechtsgrundsätze (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BayVerf), so dass die Stichwahl aus diesem Grunde fehlerhaft und angreifbar wäre?

Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG muss auch in den Kreisen und Gemeinden eine Vertretung bestehen, die aus allgemeinen, unmittelbaren, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Auf den ersten Blick möchte man meinen, auch eine vollständige Briefwahl sei doch allgemein, unmittelbar, gleich und geheim – wenn auch in der Praxis nicht immer ganz so geheim wie im Wahllokal.

Von Öffentlichkeit der Wahl ist weder in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG noch in Art. 12, 14 BayVerf die Rede. Allerdings kommt hier das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung zur Briefwahl ins Spiel, die auch in der oben genannten Allgemeinverfügung zitiert ist. Das BVerfG hat die „Öffentlichkeit der Wahl“ als ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsatz etabliert: „Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen.“ (BVerfGE 123, 39 – Ls. 1).

Aus diesem Grundsatz hat das BVerfG allerdings nicht die Unzulässigkeit des Instituts der Briefwahl abgeleitet. Zwar wird durch die Briefwahl infolge der nicht öffentlichen Stimmabgabe die öffentliche Kontrolle des Wahlvorgangs im Vergleich zur Urnenwahl reduziert. Die Briefwahl wird vom BVerfG aber gleichwohl insoweit für zulässig erachtet, als sie der Realisierung anderer Verfassungsgüter dient, etwa um „eine möglichst umfassende Wahlbeteiligung zu erreichen und damit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl Rechnung zu tragen.“ (BVerfGE 134, 25/Rn. 13). Eine Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl kann gerechtfertigt werden, wenn die anderen Wahlrechtsgrundsätze durch entsprechende Ausgestaltung des Briefwahlrechts gewahrt bleiben und andere verfassungsrechtlich legitime Zwecke eine Briefwahl rechtfertigen.

Ein solcher Zweck ist auch die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG folgende Schutzpflicht des Staates für die Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger. Infektionen mit dem Coronavirus bei einem öffentlichen Wahlvorgang auszuschließen, ist ein verfassungsrechtlich legitimer Grund für die Durchführung einer Wahl als generelle Briefwahl. Nun könnte man, wie beim ersten Wahldurchgang am 15. März, versuchen, durch geeignete Vorkehrungen für ein möglichst geringes Infektionsrisiko zu sorgen – schließlich sind ja auch die Supermärkte noch geöffnet, warum dann nicht auch ein Wahllokal? Allerdings würde man bei einer Urnenwahl wohl – anders als noch bei ersten Wahldurchgang am 15. März – mit einem deutlichen Rückgang der Wahlbeteiligung rechnen müssen. Zum Aspekt des Gesundheitsschutzes tritt das Ziel einer möglichst hohen Wahlbeteiligung hinzu.

Letztlich wird man die Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers, dem Schutz der Gesundheit und einer möglichst hohen Wahlbeteiligung den Vorrang gegenüber der Öffentlichkeit der Stimmabgabe einen Vorrang einzuräumen, nicht als verfassungswidrig qualifizieren können. Zumal dies – hoffentlich – auf dieses eine Mal, nämlich die Stichwahlen 2020,

beschränkt bleibt. Es handelt sich deswegen aber nicht etwa um ein nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG unzulässiges Einzelfallgesetz. Denn Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG gilt nur für Gesetze, die von einem echten Grundrechtsvorbehalt Gebrauch machen. Ein solcher ist aber im Falle des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gegeben.

AUTOR*IN
Josef Franz Lindner
Prof. Dr. Josef Franz Lindner ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

EMPFOHLENE ZITATION
Lindner, Josef Franz: Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2: Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?, Verfassungsblog, 25.03.2020, doi: 10.17176/20200326-002839-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20200326-002839-0.