

Die Briefwahl: Ein scharfes Schwert im Kampf gegen Epidemien?

Überlegungen anlässlich kommunaler „Zwangsbriefwahlen“

Frederik Orlowski¹/Simon Pohlmann²

Wahlen sind der Akt, auf den jede funktionierende Demokratie zwingend angewiesen ist: Sie spinnen vom Moment der Stimmabgabe an ein legitimierendes Band vom Bürger bis hin in zu jedem öffentlichen Amt: Die Gewählten fürchten sie, weil die durch Wahlen verliehene Macht durch neuerliche Wahlen wieder schwinden kann; die Bürger bedürfen ihrer, um dem Souverän, dem Volk – genauer: sich selbst – Gehör zu verschaffen.³

Dieser urdemokratische Akt kann aber auch selbst zu einer Gefahr für Leib und Leben werden. So bezeugen es Vorkommnisse im Freistaat Bayern im Frühjahr des Jahres 2020.

Am 15. März standen hier landesweite Kommunalwahlen an. Dem gesetzlichen Turnus entsprechend sollten in 24 kreisfreien Städten Bürgermeister sowie in 64 Landkreisen die Landräte neu gewählt werden. Alles wurde minutiös geplant; Wahlbezirke eingeteilt, Kandidaten aufgestellt, Wahlkampf betrieben, Wahlscheine und Stimmzettel gedruckt. Doch dann kam COVID-19 in den Freistaat.

Für Virologen sind Wahlen, spätestens seit dem 20. Jahrhundert, ein Massenverfahren,⁴ Anlass genug für schlaflose Nächte: Wahlkämpfer schütteln Hände, Wahlhelfer sitzen oft dicht an dicht gedrängt stundenlang in schlecht belüfteten Turnhallen oder Grundschulklassenräumen und haben physischen Kontakt zu hunderten von Menschen. Wähler kreuzen das Kreuz ihres favorisierten Kandidaten im Verborgenen der Wahlkabine mit dem Kugelschreiber an, den

schon der Wähler vor ihm und der Wähler wiederum vor diesem nutzte. Kurzum: Wahlen sind ein Nährboden für die Demokratie – und für Viren.

Ungeachtet dessen wurden noch am 15. März die Wahllokale Land auf, Land ab, von Fladungen in Unterfranken bis nach Oberstorf im Oberallgäu geöffnet. Für acht Bürgermeister und 46 Landräte⁵ waren die Kommunalwahlen an diesem Punkt zu Ende. Sie hatten die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen erreicht und waren fortan in Amt und Würden.

In 16 Städten bzw. 18 Landkreisen musste jedoch die Stichwahl entscheiden. Diese war bereits im Vorfeld der Wahl auf den 29. März terminiert worden. In der Zwischenzeit veranlasste allerdings die bayerische Landesregierung zahlreiche Maßnahmen im Kampf gegen das neuartige Virus. Betroffen war hiervon auch die noch laufende Kommunalwahl. Die Stichwahl sollte fortan exklusiv als Briefwahl abgehalten werden.⁶

Mit der Anordnung einer ausschließlichen Briefwahl betrat Bayern gesamtdeutsches Neuland. Anlass genug, sich in einem ersten Schritt kurz der Geschichte der Briefwahl in Deutschland zu vergewissern. Sodann werden überblicksartig die mit der Briefwahl verbundenen Probleme thematisiert, ehe zu analysieren ist, ob die bayerische Entscheidung mit geltendem Recht vereinbar ist. Sodann wird abschließend der Fokus von Bayern nach Nordrhein-Westfalen verlegt: Auch hier stehen alsbald Kommunalwahlen an, sodass es die Frage zu erörtern gilt, ob ausschließliche Briefwahlen im bevölkerungsreichsten Land mit den geltenden Gesetzen konfliktieren.

Von der Ausnahme zur Regel? Briefwahlen in Deutschland

Die Briefwahl ist eine neuere Erscheinung. Auch in der Weimarer Republik war sie grundsätzlich nicht vorgesehen.⁷ Vielmehr fand sie erst 1956 ihren Weg in das Bundeswahlgesetz (BWahlG)⁸ und wurde

¹ Frederik Orlowski ist studentische Hilfskraft am Institut für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung (PRuF) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

² Simon Pohlmann, M.Iur., ist Jurist und arbeitet in der Verwaltung einer kreisfreien Stadt in Nordrhein-Westfalen.

³ Zur legitimierenden Funktion von Wahlen statt vieler nur *Ute Sacksofsky*, § 6 Wahlrecht und Wahlsystem, in: Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz (Hrsg.), *Handbuch Parlamentsrecht*, 2016, § 6 Rn. 2 ff. m.w.N.

⁴ Vgl. hierzu nur *Hedwig Richter/Hubertus Buchstein*, Einleitung: Eine Neue Geschichte der Wahlen, in: dies. (Hrsg.), *Kultur und Praxis der Wahlen: Eine Geschichte der modernen Demokratie*, 2017, S. 1 (1 f.).

⁵ Bayerisches Landesamt für Statistik (Hrsg.), *Kommunalwahlen am 15. März 2020*, Pressemitteilung vom 16.03.2020, abrufbar unter: <https://www.statistik.bayern.de/presse/mitteilungen/2020/pm067/index.html> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

⁶ Hierüber setzte das Bayerische Staatsministerium des Inneren, für Sport und Integration die nachgeordneten Behörden bereits am 16. März, d.h. einen Tag nach dem noch per Urnenwahl abgehaltenen 1. Wahlgang in Kenntnis. S. hierfür das entsprechende Rundschreiben, abrufbar unter: https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/suv/wahlen/ims_vom_16.03.2020_stichwahl_als_briefwahl.pdf [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

⁷ Vgl. *Stephan Meyer*, *Das justizförmige Wahlprüfungsgericht beim Reichstag der Weimarer Republik*, 2010, S. 221.

⁸ BGBl. I, Nr. 21 v. 09.05.1956, S. 383 (388).

schließlich bei der Bundestagswahl 1957 erstmalig angewendet. Als hätte der Gesetzgeber von 1956 bereits COVID-19 vorhergesehen, machte sich der Wahlrechtsausschuss schon damals Gedanken um Naturkatastrophen. Allerdings erörterten die Parlamentarier nicht, ob im Falle eines grassierenden Virus komplett auf die Briefwahl umgestellt werden könnte. Vielmehr nahmen die Beratungen einer „Naturkatastrophe“ insoweit Raum ein, als dass dadurch die Zustellung abgegebener Stimmen verzögert werden könnte – hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des Zugangs abgegebener Stimmen i.E. also entscheidend auf den Poststempel und nicht den Eingang des Briefes abgestellt werden müsse.⁹

Einmal im BWahlG verankert, hat sich die Briefwahl bei den Wählern von Jahr zu Jahr steigender Beliebtheit erfreut. Gaben 1957 bloß 4,9 % der Wähler ihre Stimme per Brief ab, stieg bei der Bundestagswahl 1976 der Wert erstmals in einen zweistelligen Prozentbereich.¹⁰ Dieser Trend ist sicherlich auch damit zu begründen, dass die den Wählern in den Weg gestellten Hürden für die Stimmabgabe per Brief vom Gesetzgeber immer weiter gesenkt worden sind. So ist es seit 2008 nicht mehr erforderlich, besondere Gründe zu haben und diese glaubhaft zu machen, um einen Wahlschein zu erhalten.¹¹ Der Gesetzgeber war zutreffender Weise der Ansicht, dass diese Gründe durch die Wahlorganisatoren nicht nachprüfbar seien.¹² Er irrte sich in der Gesetzesbegründung allerdings insoweit, als dass er davon ausging, dass „ein Anstieg der Briefwahlbeteiligung durch den Wegfall der Glaubhaftmachung der Antragsgründe (...) nicht zu erwarten [ist].“¹³ Vor dem Wegfall der Glaubhaftmachung lag der Anteil der Briefwähler zuletzt bei 18,7 %. Nach der Gesetzesänderung, d.h. bei den Bundestagswahlen 2009, 2013 und 2017, stieg der Wert jedoch abermals kontinuierlich von 21,4 % über 24,3 % bis auf 28,6 % an. Die Briefwahl ist also auf dem besten Weg, sich von der Ausnahme zur Regel zu wandeln.

Diesem Wandel könnten wiederum durch das Bundesverfassungsgericht Grenzen gesetzt werden. Obwohl die Briefwahl sich großer Beliebtheit bei den Wählern erfreut und das Wahlrechtsprinzip der Allgemeinheit der Wahl fördert, ist ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit nicht unumstritten.¹⁴ Für diejenigen, die mit der Durchführung der Wahl betraut sind, bedeuten Briefwahlen zunächst einen erhöhten Organisationsaufwand¹⁵. Darüber hinaus bergen sie, im Vergleich zur klassischen Urnenwahl, ein nicht unbeachtliches Manipulationsrisiko¹⁶ sowie hohe praktische Risiken.¹⁷ Von einer verfassungsunmittelbaren Warte aus betrachtet geht die Förderung der Allgemeinheit wiederum zu Lasten der Grundsätze

¹⁴ Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer „grundlosen“ Briefwahl *Christoph Schönberger*, Vom Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie, in: JZ 2016, S. 486 (488 f.). Für „nicht geboten“, mit Blick auf das Wahlgeheimnis gleichwohl für „unbedenklich“ hält sie wiederum *Hans H. Klein*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), GG-Kommentar, 89. EL 2019, Art. 38 Rn. 97, 112. Dafür, dass die Beeinträchtigung der Geheimheit wiederum gerechtfertigt ist, sprechen sich aus: *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 125; *Hermann Butzer*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, 42. Ed. (01.12.2019), Art. 38 Rn. 100; abseits dieser verfassungsrechtlichen Diskussion hat sich etwa auch der Bundeswahlleiter *Georg Thiel* anlässlich der Europawahl kritisch zur Briefwahl geäußert, dazu: *Silvia Stöber*, Was spricht gegen die Briefwahl?, tagesschau.de v. 21.05.2019, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/inland/briefwahl-109.html> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

¹⁵ *Frank Bätge*, Wahlfehler und Wahlprüfung bei den Kommunalwahlen in Nordrhein-Westfalen: Forschungsbericht, 2011, S. 136 ff. kommt zu dem empirischen Befund: „Das Briefwahlgeschäft ist für die Gemeindeverwaltung ein sehr aufwendiger Komplex, der besondere Anforderungen an die Ablauforganisation stellt und insgesamt als sehr fehleranfällig bezeichnet werden kann.“

¹⁶ Überblick über verschiedene Manipulationsmöglichkeiten in Bezug auf Briefwahlen und die hierdurch hervorgerufene Berichterstattung über Wahlprüfung bei *Michael Haußmann*, Die Briefwahl auf dem Weg vom Ausnahme- zum Normalfall, in: KommPrax Wahlen 2016, S. 27 (28 ff.); Zutreffend fasst *David Nikolai Rauber*, Wahlprüfung in Deutschland, 2005, S. 250, diesen Komplex zusammen: „Wenn Wahlbehörden, wie es mit der Briefwahl notwendig verbunden ist, die Einhaltung der Wahlgrundsätze bei der Stimmabgabe selbst ‚aus der Hand geben‘, dann können sie auch nur eingeschränkt für die Gesetzmäßigkeit der Stimmabgabe sorgen. Hier öffnet sich dann ein weites Feld für die Verursachung von Wahlfehlern von Dritten.“

¹⁷ *Frank Bätge*, Wahlen und Abstimmungen in Nordrhein-Westfalen, 8. EL, KWahlO, § 56 Rn. 1 konstatiert: „Obwohl die Unterlagen zur Briefwahl mit einem besonderen Merkblatt für die Briefwahl [...] die Handhabung der Briefwahl wiedergeben [...], stellen die Wahlbehörden immer wieder fest, dass eine hohe Zahl von Wahlbriefen nicht zur Teilnahme an der Briefwahl zugelassen werden kann.“

⁹ BT-Plenarprotokoll v. 15.03.1956, S. 6931 (6969).

¹⁰ Alle, auch im Folgenden genannte Zahlen stammen von: Der Bundeswahlleiter (Hrsg.), Stichwort Briefwahl, abrufbar unter <https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/b/briefwahl.html> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

¹¹ Diese Gesetzesänderung war Ausdruck der Bemühungen, die Wahlbeteiligung zu steigern. Dazu *Alexander Thiele*, Neugestaltung des Wahlrechts zur Wiederbelebung der Demokratie, in: ZRP 2017, S. 105 (105 f.). Zum Gesetz etwa *Philipp Richter*, Wahlen im Internet rechtsgemäß gestalten, 2012, S. 54.

¹² BT-Drs. 16/7461, S. 16.

¹³ BT-Drs. 16/7461, S. 16.

der Geheimheit,¹⁸ der Freiheit sowie der Öffentlichkeit¹⁹ der Wahl.²⁰ Die genannten Wahlrechtsgrundsätze sind in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG²¹ verankert. Bereits drei Mal hat sich das Bundesverfassungsgericht mit der Zulässigkeit von Briefwahlen auseinandergesetzt: Zum ersten Mal 1967,²² erneut 1981, da im rheinland-pfälzischen Mayen eine Wahlmanipulation im Zuge einer Bundestagswahl nicht auszuschließen war,²³ und zuletzt 2013, wobei das Gericht das komplette Entfallen der Beibringung von Gründen billigte.²⁴ Bemerkenswert ist, dass die Richter in dem zuletzt genannten Beschluss das „verfassungsrechtliche[.] Leitbild der Urnenwahl, die die repräsentative Demokratie in besonderer Weise sichtbar und erfahrbar macht“²⁵ besonders hervorhoben und betonten, dass dieses Leitbild im Konflikt zur Briefwahl steht. Dabei ist das Gericht jedoch dem Gesetzgeber in der Prognose gefolgt, dass ein Anstieg der Briefwähler nicht zu befürchten sei – das Leitbild von der Urnenwahl somit auch nicht gefährdet sei. Das Gegenteil aber ist der Fall: Wie die bereits dargelegten Zahlen eindrücklich beweisen, ist die Anzahl der Briefwähler zuletzt rasant nach oben geschneilt,²⁶ sodass die Frage von Interesse ist, ob das Verfassungsgericht auch einen Anteil von knapp 30 % Briefwählern mit dem Leitbild der Urnenwahl für vereinbar hielte.

Ist das bayerische Kommunalwahlrecht „infektionsschutzfest“?

Der Begriff der „Polizeifestigkeit“ gehört zweifelsohne zum fest etablierten Kanon juristischer Fachterminologie.²⁷ Im März 2020 neu hinzugekommen ist zusätzlich der diesem entlehnte Begriff der „Infektionsschutzfestigkeit“²⁸ in Bezug auf Wahlen. Verantwortlich hierfür ist das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, das, gestützt auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG (Bund) a.F.²⁹, per Allgemeinverfügung die Nutzung von Abstimmungsräumen bei den noch ausstehenden Stichwahlen am 29. März verbot.³⁰ Weiter heißt es in der Allgemeinverfügung: „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.“

Das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, seines Zeichens oberste Infektionsschutzbehörde im Freistaat, reagierte damit auf den misslichen Umstand, dass auch in Zeiten einer Pandemie eine Verschiebung von Kommunalwahlen grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Zum einen, da gem. § 9 Abs. 2 S. 1 Gesetz über die Wahl der Gemeinderäte, der Bürgermeister, der Kreistage und

¹⁸ Diesen Aspekt hebt besonders hervor und bespricht eingehend *Hubertus Buchstein*, Präsenzwahl, Briefwahl, Onlinewahl und der Grundsatz der geheimen Stimmabgaben, in: ZParl 2000, S. 886 (892 ff.).

¹⁹ Dass die Wahl durch die Möglichkeit der Briefwahl „strukturell nichtöffentlich“ wird attestiert *Philipp Richter*, Briefwahl für alle?, in: DÖV 2010, S. 606 (608 ff.).

²⁰ Statt vieler nur *Peter Müller*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Begr.), GG-Kommentar, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 166 m.w.N.

²¹ Für die Wahl zu kommunalen Vertretungen ist zudem Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten.

²² BVerfGE 21, 200 ff.; dazu etwa *Jochen Abr. Frowein*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, in: AÖR 99 (1974), S. 72 (105 f.).

²³ BVerfGE 59, 119 ff.

²⁴ BVerfGE 134, 25 ff.; kritisch etwa *Ewgenij Sokolov*, Parteien im Spiegel der Rechtsprechung: Parteien und Wahlrecht, in: MIP 2014, S. 205 (205).

²⁵ BVerfGE 134, 25 (32).

²⁶ Vergleicht man verschiedene Gemeinden miteinander, ergeben sich hier teilweise Briefwahlanteile von weit über 50 % bei Bundestags- und Europawahlen. Dazu *Michael Haußmann*, Die Briefwahl auf dem Weg vom Ausnahme- zum Normalfall, in: KommPrax Wahlen 2016, S. 27 ff.

²⁷ BVerfG, Beschluss v. 26.10.2004 – 1 BvR 1726/01, juris Rn. 18; *Johannes Dietlein*, in: ders./Johannes Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 295. „Polizeifestigkeit“ bedeutet, dass Behörden bei ihrem Vorgehen gegenüber einer Versammlung allein auf Grundlage des – gegenüber den allgemeineren gefahrenabwehrrechtlichen Gesetzen – spezielleren Versammlungsgesetzes tätig werden dürfen.

²⁸ *Josef Franz Lindner*, Wahlen in Zeiten von Corona, Verfassungsblog v. 13.03.2010, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wahlen-in-zeiten-von-corona/> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

²⁹ Das IfSG (Bund) wurde wiederum kurz nachdem das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege auf dessen Grundlage die Allgemeinverfügung erlassen hat selbst geändert durch Art. 1, 2, 3 des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 587). Diese Novelle erfasst auch § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG (Bund), sodass nunmehr der Zusatz a.F. verwendet wird. Allerdings hat der Gesetzgeber (BT-Drs. 19/18111, S. 25) darauf hingewiesen, dass die Änderungen in Bezug auf § 28 Abs. 1 IfSG (Bund) nur aus Gründen der „Normenklarheit“ erfolgt seien, mithin sich also materiell (wohl) nichts geändert hat, sodass die Frage, inwieweit Maßnahmen auf Grundlage von § 28 Abs. 1 IfschG (Bund) mit den wahlrechtlichen Bestimmungen vereinbar sind, weiterhin relevant bleibt.

³⁰ Vollzug des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) – Durchführung der Stichwahlen am 29. März 2020 ausschließlich als Briefwahlen anlässlich der Corona-Pandemie, BayMBl. Nr. 150 (25.03.2020).

der Landräte (GLKrWG) die Gemeinde- und Landkreiswahlen „an einem Sonntag im Monat März“ stattfinden müssen. Zum anderen bestimmt dasselbe Gesetz, dass die Amtszeit der Bürgermeister und Landräte sowie der Mitglieder von Stadt- und Gemeinderat sowie Kreistag 6 Jahre beträgt, sodass eine Verschiebung der Wahlen, etwa um ein Jahr nach hinten, hiernach ausscheidet.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Intention der Behörde, die wahlrechtlichen Bestimmungen zu wahren und trotzdem die Gesundheit der Bürger zu schützen, verständlich ist, stellen sich doch begründete Zweifel hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der getroffenen Allgemeinverfügung. Namentlich *Andreas Gietl* und *Fabian Michl* begnügten sich in einem Gastbeitrag mit dem spitzen Titel „Anordnung der Briefwahl rechtswidrig“ nicht nur mit bloßen Zweifeln, sondern attestierten der Bayerischen Staatsregierung sogar das Fehlen einer Rechtsgrundlage.³¹ Richtigerweise legen sie u.a. dar, dass die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG a.F. (Bund), die die Beschränkung oder Untersagung von Veranstaltungen zum Gegenstand hat, nicht dazu taugen kann, den Kommunen eine „wahlrechtliche Handlungspflicht“ aufzuerlegen.

Diese Kritik fand wiederum ihr Echo im Bayerischen Landtag, der sich relativ kurzfristig dazu entschied, die „Zwangsbriefwahlen“ doch noch auf legislative Füße zu stellen. Hierfür bediente sich der Gesetzgeber seinerseits kurzerhand des Bayerischen Infektionsschutzgesetzes. Bereits am 18. März legte die Staatsregierung einen ersten Gesetzentwurf vor – noch ohne Bestimmung zu den Kommunalwahlen. Auf Initiative der FDP-Fraktion im Bayerischen Landtag einigten sich alle Fraktionen sodann aber darauf, im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens eine gesetzliche Regelung für die anstehenden Stichwahlen am 29. März im BayIfSG aufzunehmen, damit diese später nicht anfechtbar sind.³² Dieser Linie folgte etwa auch die BayernSPD-Landtagsfraktion, obwohl deren Fraktionschef die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage nicht für nötig hielt, da die Allgemeinverfügung nicht in das Wahlrecht eingreife, sondern dieses vielmehr nur modifiziere.³³ Ungeachtet dessen findet sich in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschus-

ses für Gesundheit und Pflege vom 24. März³⁴ nunmehr ein Art. 9a BayIfSG, der wiederum das GLKrWG für die Stichwahl am 29. März modifiziert. Art. 9a Abs. 2 Nr. 1 BayIfSG,³⁵ das am 25. März verabschiedet wurde, lautet jetzt:

Nach Art. 60 wird folgender Art. 60a eingefügt:

„Art. 60a Stichwahlen im Rahmen der allgemeinen Gemeinde- und Landkreiswahlen 2020

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.“

Man könnte nun versucht sein zu meinen, dass die Änderung des BayIfSG zumindest das vorzeitige Ende der Querelen um die Kommunalwahlen in Bayern in Zeiten von Corona darstellt. Dem ist, um es vorwegzunehmen, aber nicht so.

Verantwortlich hierfür ist nunmehr Art. 23 Abs. 2 Bayerische Verfassung. Dieser besagt: „Zur Beschlussfähigkeit des Landtags ist die Anwesenheit der Mehrheit seiner Mitglieder erforderlich.“

Damit unvereinbar³⁶ könnte die von allen Fraktionen übereinstimmend getroffene Vereinbarung sein, dass das Plenum aufgrund von COVID-19 nur noch mit einem Fünftel der Abgeordneten tagt.³⁷ Sollte das BayIfSG nun also formell verfassungswidrig sein, könnte dies wiederum Folgen auch für die im Stichwahlverfahren gewählten Amtsträger haben, bis hin zu Neuwahlen. Es ist somit, dem zügigen Handeln des Gesetzgebers hinsichtlich der Schaffung einer

³³ *Lisa Schnell*, Landtag geht auf Nummer sicher bei Stichwahl, SZ (Bayern) v. 23.03.2020, S. 10.

³⁴ BayLT-Drs. 18/7073, S. 3.

³⁵ BayGVBl. Nr. 7/2020, S. 174 (176).

³⁶ *Walther Michl*, Die verfassungsrechtlichen Gefahren des social distancing im Bayerischen Landtag, Verfassungsblog v. 25.03.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-verfassungsrechtlichen-gefahren-des-social-distancing-im-bayerischen-landtag/> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020]; diesen Beitrag wiederum griff auf: *Tanja Podolski*, Großer Raum für (Rechts-)Unsicherheit, LTO v. 26.03.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/corona-stichwahlen-bayern-aenderung-wahlgesetz-keine-beschlussfaehigkeit/> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

³⁷ Bayerischer Landtag (Hrsg.), Landtag trifft wichtige Entscheidungen in der Corona Krise, Pressemitteilung vom 17.03.2020, abrufbar unter: <https://www.bayern.landtag.de/aktuelles/presse/pressemitteilungen/pressemitteilungen-2020/landtag-trifft-wichtige-entscheidungen-in-der-coronakrise/> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020]; zu diesem „Pairing-Verfahren“ etwa *Jens Kersten*, Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!, in: ZRP 2020, S. 65.

³¹ *Andreas Gietl/Fabian Michl*, Anordnung der Briefwahl rechtswidrig, LTO v. 20.03.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-bayern-kommunalwahl-stichwahl-anordnung-briefwahl-rechtswidrig/> [zuletzt abgerufen am 23.04.2020].

³² *Lisa Schnell*, Landtag geht auf Nummer sicher bei Stichwahl, SZ (Bayern) v. 23.03.2020, S. 10.

formellen Rechtsgrundlage zum Trotz, mit Wahlprüfungsverfahren zu rechnen, die sich wiederum nach den Art. 51 ff. GLKrWG richten. Um deren Erfolgsaussichten dürfte es mit Blick auf die soeben geschilderten Vorgänge wohl gar nicht schlecht stehen.

Der Umgang mit Epidemien zwischen Rhein und Ruhr

Doch was ist, wenn die epidemische Lage anhält? Sind reine Briefwahlen eine mögliche Option für die Kommunalwahlen, die am 13. September 2020 in Nordrhein-Westfalen stattfinden sollen? Diesen Vorschlag haben die kommunalen Spitzenverbände dem Innenministerium am 6. April 2020 unterbreitet.³⁸ Alternativ steht auch eine Verschiebung des Wahltermins in das nächste Jahr im Raum. Was ist von den Vorschlägen zu halten?

Die (fast) unendliche Geschichte: Siebeneinhalb-jährige Amtszeiten in NRW?

Zunächst zur Verlängerung der Amtszeiten: Aus dem Homogenitätsgebot des Grundgesetzes (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) folgt, dass die Grundsätze des Demokratieprinzips auch in den Kommunen berücksichtigt werden müssen.³⁹ Zu diesen Grundsätzen gehört unter anderem die zeitliche Begrenzung der Macht⁴⁰ (Demokratie als "Herrschaft auf Zeit"⁴¹), welche sich auch in § 14 Abs. 2 S. 1 des Nordrhein-Westfälischen Kommunalwahlgesetzes (KWahlG) wiederfindet. Durch die Festlegung einer fünfjährigen Wahlperiode in § 14 Abs. 2 S. 1 KWahlG⁴², ist sichergestellt, dass die Vertretungen (Räte, Bezirksvertretungen, Kreistage und Verbandsversammlung) in den Gemeinden, Kreisen und dem Regionalverband Ruhr regelmäßig von den Bürgern legitimiert werden.⁴³ Mit einer Dauer von fünf Jahren sieht das Kommunalwahlrecht eine Amtszeit vor, wie sie für die Volksvertretung des Bundes als Höchstgrenze

angenommen wird.⁴⁴ Angesichts der Tatsache, dass die aktuelle Wahlperiode der Vertretungen in den Gemeinden und Kreisen aufgrund einer Übergangsregelung⁴⁵ bereits sechseinhalb Jahre beträgt, ist die Zulässigkeit einer darüberhinausgehenden Verlängerung wohl abzulehnen.

Jedenfalls wäre für eine solche Verlängerung die Verabschiedung eines formellen Gesetzes durch den Landtag erforderlich. So wie die Selbstverlängerung der laufenden Amtszeit durch das Parlament ausgeschlossen ist,⁴⁶ dürfte der Landtag auch keine (Fremd-)Verlängerung der Amtszeiten der kommunalen Vertretungen vornehmen.⁴⁷ Die Legitimation der Vertretungen durch die Wähler wurde nur befristet erteilt, nämlich längstens für die am Wahltag bekannte Dauer der Wahlperiode zuzüglich der Zeit bis zum Zusammentritt der neugewählten Vertretung.⁴⁸ Jedes Tätigwerden der Vertretungen darüber hinaus ist durch die Wähler nicht legitimiert und daher mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Dies gilt auch für eine Verlängerung der laufenden Amtszeiten der Hauptverwaltungsbeamten.⁴⁹ Diese Rechtsansicht scheint nunmehr auch die Nordrhein-Westfälische Landesregierung zu teilen, die gegenwärtig wohl weiterhin am Wahltermin des 13. Septembers 2020 festhält.⁵⁰

Kippt COVID-19 das Leitbild der Urnenwahl in NRW?

Und wie wäre ein Verzicht auf den Urnengang und stattdessen eine reine Briefwahl zu beurteilen? Dass

³⁸ Maximilian Plück/Christian Schwerdtfeger, Städte stellen Wahltermin infrage, Rheinische Post v. 06.04.2020, Titelseite.

³⁹ Johannes Hellermann, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, 42. Ed. (01.12.2019), Art. 28 Rn. 11.

⁴⁰ Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 55.

⁴¹ Statt vieler nur Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73 m.w.N.

⁴² Sowie für den Rat in § 42 Abs. 1 S. 1 GO NRW, die Bezirksvertretung in § 36 Abs. 1 S. 2 GO NRW, den Kreistag in § 27 Abs. 1 S. 1 KrO NRW und die Verbandsversammlung des Regionalverbands Ruhr § 10 Abs. 1 S. 2 RVRG.

⁴³ Frank Bätge, Wahlen und Abstimmungen in Nordrhein-Westfalen, Stand: 51 EL, KWahlG, § 14 Rn. 1.

⁴⁴ Jürgen Jekewitz, Herrschaft auf Zeit. Aus aktuellem Anlaß zur Geschichte des Verhältnisses von Repräsentation und Legitimation, in: ZParl 1976, S. 373 (399); Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73.

⁴⁵ Nach Art. 5 § 2 des Gesetzes zur Stärkung der kommunalen Demokratie (GV. NRW. 2013, S. 194).

⁴⁶ Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73; Bodo Pieroth, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: JuS 2010, S. 473 (479 f.).

⁴⁷ Zur Unzulässigkeit der Amtszeitverlängerung von Landtagen durch den Bundesgesetzgeber ohne Zustimmung des Landesvolkes s. BVerfGE 1, 14 (33).

⁴⁸ Für den Rat nach § 42 Abs. 2 GO NRW und den Kreistag nach § 27 Abs. 2 KrO NRW.

⁴⁹ Bürgermeister bei kreisangehörigen Städten und Gemeinden, Landräte bei Kreisen und Oberbürgermeister bei kreisfreien Städten; wobei auf die Direktwahl der Hauptverwaltungsbeamten weder Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, noch Art. 78 Abs. 1 S. 2 LVerf NRW Anwendung finden.

⁵⁰ Erlass des Ministeriums des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen vom 19.03.2020, abrufbar unter https://www.im.nrw/system/files/media/document/file/kw2020_ercorona.pdf [zuletzt abgerufen am 23.04.2020], S. 1; vgl. auch § 11 Abs. 2 S. 1 CoronaSchVO vom 16.04.2020, (GV. NRW. S. 222a).

die Kommunalwahlen grundsätzlich als Urnenwahl durchzuführen sind, ergibt sich aus einer Vielzahl von Regelungen in Kommunalwahlgesetz und Kommunalwahlordnung, so zum Beispiel § 24 Abs. 1 S. 1 KWahlG, zur Zahl der Anwesenden im Wahllokal, § 25 Abs. 3 KWahlG: „Der Wähler [...] wirft [den Stimmzettel] in die Wahlurne.“ Auch für die nordrhein-westfälischen Kommunalwahlen gilt das „verfassungsrechtliche Leitbild der Urnenwahl“⁵¹.⁵² Eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bedürfte jedenfalls einer Regelung durch formelles Landesgesetz.

Die Frage der Infektionsschutzfestigkeit des Kommunalwahlrechts stellt sich, wie schon in Bayern, nun auch in NRW. Zutreffend geht das Ministerium des Innern davon aus, dass diese zu bejahen ist.⁵³

Die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Gesetzes müsste jedoch den Anforderungen an geheime Wahlen nach Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 78 Abs. 1 S. 2 LVerf NRW sowie zusätzlich dem Erfordernis der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 LVerf NRW gerecht werden. Da die Förderung der Allgemeinheit der Wahl nur in begrenztem Maße eine Einschränkung der zuvor genannten Wahlrechtsgrundsätze rechtfertigen kann⁵⁴ – nämlich nur solange das Leitbild der Urnenwahl nicht infrage gestellt wird – müssten für eine Zulässigkeit einer reinen Briefwahl andere Verfassungsgüter zusätzlich dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl Schützenhilfe liefern.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom Karfreitag 2020⁵⁵ anerkannt, dass zum Schutze der Bevölkerung vor Gefahren für Leib und Leben durch das SARS-CoV-2 Virus auch ein „überaus schwerwiegende[r] Eingriff“ in das hohe Verfassungsgut des Rechts auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit zulässig sein kann.⁵⁶ Das zeigt: COVID-19 ist eine Gefahr, die wesentliche verfassungsrechtliche Umgestaltungen rechtfertigen kann. Wenn Karlsruhe zum Schutze der Bevölkerung Eingriffe in

das Recht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit für zulässig erachtet, ist nicht auszuschließen, dass es auch Eingriffe in die Geheimheit und Öffentlichkeit der Wahl als gerechtfertigt ansehen wird. Dabei gilt zu beachten: Briefwahlen, bei denen zwar die öffentliche Kontrolle der Stimmabgabe „zurückgenommen“ ist,⁵⁷ sind besser als gar keine Wahlen.

Da das Bundesverfassungsgericht jedoch zutreffender Weise im Fall des Gottesdienstverbots die Zulässigkeit der Maßnahmen (auch) damit begründet, dass sie befristet sind und den verantwortlichen Stellen aufgegeben hat, diese zu lockern, sobald dies verantwortbar ist,⁵⁸ würde für die Anordnung einer reinen Briefwahl erst recht gelten, dass diese befristet werden müsste und längstens für die Kommunalwahlen im September 2020 gelten dürfte.

Fazit

Die Kommunalwahlen in Bayern haben gezeigt, dass Wahlen auch in Zeiten einer Epidemie erfolgreich abgehalten werden können, wobei auf dem Weg, die Wahlrechtsgrundsätze mit dem Schutz der Gesundheit in Einklang zu bringen, zahlreiche Fallstricke überwunden werden müssen. Ungeachtet der Corona-Krise bleibt die Briefwahl berechtigterweise nicht unumstritten und wird wohl, wenn die Anzahl der Briefwähler weiter ansteigt – was zu erwarten ist – erneut das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsgerichte der Länder auf den Plan rufen.

Mit Blick auf die nahe Zukunft dürften die Entwicklungen in NRW von größtem Interesse sein: Wird die Landesregierung weiter daran festhalten, die Amtszeiten nicht zu verlängern? Stehen auch hier bald reine Briefwahlen an? So oder so: die Frage, wie viele Wahlscheinvordrucke die zuständigen Behörden beschaffen sollen (etwa für jede wahlberechtigte Person, um reine Briefwahlen zu ermöglichen?), wird auf den Amtsfluren im Rheinland und in Westfalen in den kommenden Wochen ein wichtiges Thema sein. Die Wahlbehörden sollten wohl nicht darauf setzen, dass eine reine Briefwahl schon noch käme, sondern sich vielmehr (auch) darauf vorbereiten, die Wahl als Urnenwahl durchzuführen. Schließlich entspricht diese auch dem gesetzlichen Leitbild, von dem nur in engen Grenzen abgewichen werden darf.

⁵¹ BVerfGE 134, 25 (32); vgl. zudem die Ausführungen oben.

⁵² Frank Bätge, Wahlen und Abstimmungen in Nordrhein-Westfalen, Stand: 51. EL, KWahlG, § 26 Rn. 1.

⁵³ Erlass des Ministeriums des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen vom 19.03.2020, abrufbar unter https://www.im.nrw/system/files/media/document/file/kw2020_erlcorona.pdf [zuletzt abgerufen am 23.04.2020], S. 3.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 134, 25 (30 ff.).

⁵⁵ BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, juris.

⁵⁶ BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, juris Rn. 14.

⁵⁷ Diese Terminologie verwendet BVerfGE 143, 25 (30); 123, 29 (75).

⁵⁸ BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, juris Rn. 14.