

Prof. Dr. Lothar Michael



Meerbusch, den 22.2.2017

In dem Organstreitverfahren
der Partei Volksabstimmung, Landesverband Nordrhein-Westfalen
gegen
den Landtag Nordrhein-Westfalen u.a.
- VerfGH 13/16 -

nehme ich namens und im Auftrag der Präsidentin des Landtages Nordrhein-Westfalen wie folgt Stellung:

Beide Anträge sind offensichtlich unzulässig.

I.

Sachverhalt

Das Organstreitverfahren betrifft das Gesetz zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen und wahlrechtlicher Vorschriften (Kommunalvertretungsstärkungsgesetz) (LT-Drs. 16/9795 und 16/12134), das vom Landtag am 10.6.2016 (PIBPr 16/116) beschlossen wurde.

Durch Art. 1 dieses Gesetzes wurde für die Wahl der Räte und Kreistage eine 2,5-Sperrklausel in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Landesverfassung eingefügt. Diese verfassungsunmittelbare Sperrklausel wird eingerahmt durch eine explizite Regelung der Wahlgrundsätze einerseits und eine Ermächtigung zur Regelung der Einzelheiten andererseits. Die in die Landesverfassung eingefügten Bestimmungen des Art. 78 Abs. 1 S. 2-4 LV n. F. lauten:

„Die Räte in den Gemeinden, die Bezirksvertretungen, die Kreistage und die Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr werden in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer, geheimer und freier Wahl gewählt. Wahlvorschläge, nach deren Ergebnis sich die Sitzanteile in den Räten der Gemeinden, den Bezirksvertretungen, den Kreistagen und der Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr bestimmen, werden nur berücksichtigt, wenn sie mindestens 2,5 vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben. Das Gesetz bestimmt das Nähere.“

Durch Art. 2 des Gesetzes wurden § 33 Abs. 1 und Abs. 2 des Kommunalwahlgesetzes (KWahlG) angepasst und wie folgt neu gefasst:

§ 33 KWahlG a.F.

(1) Der Wahlausschuss zählt zunächst die für alle Bewerber abgegebenen gültigen Stimmen, nach Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerbern getrennt, zusammen (Gesamtstimmenzahl). (...).

(2) Von der gemäß § 3 in jedem Wahlgebiet zu wählenden Gesamtzahl von Vertretern wird die Zahl der erfolgreichen Wahlbezirksbewerber abgezogen, die als Einzelbewerber aufgetreten oder von einer nach Absatz 1 Satz 2 nicht zu berücksichtigenden Partei oder Wählergruppe vorgeschlagen sind. (...)

§ 33 KWahlG n. F.

(1) Der Wahlausschuss zählt zunächst die für alle Bewerber abgegebenen gültigen Stimmen, nach Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerbern getrennt, zusammen (Gesamtstimmenzahl). Er stellt dann fest, welche Parteien und Wählergruppen weniger als 2,5 vom Hundert der Gesamtstimmenzahl erhalten haben. Diese Parteien und Wählergruppen bleiben bei der Sitzverteilung unberücksichtigt. (...).

(2) Von der gemäß § 3 in jedem Wahlgebiet zu wählenden Gesamtzahl von Vertretern wird die Zahl der erfolgreichen Wahlbezirksbewerber abgezogen, die als Einzelbewerber aufgetreten oder von einer nach Absatz 1 Satz 2 bis 4 nicht zu berücksichtigenden Partei oder Wählergruppe vorgeschlagen sind. (...)

Nach seinem Art. 3 ist das am 30.6.2016 verkündete Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft getreten (GV. NRW. 2016 S. 442).

Dem Beschluss dieses Gesetzes ging folgende Vorgeschichte voraus:

Bis heute enthält das Grundgesetz keine explizite Regelung zu Sperrklauseln. Es „schweigt“ (BVerfGE 1, 208 (250)) insofern, d. h. es regelt weder explizit deren Zulässigkeit noch deren Unzulässigkeit. Bis 2016 enthielt auch die Landesverfassung NRW keine verfassungsunmittelbare Sperrklausel. Im Unterschied dazu regeln andere Landesverfassungen Sperrklauseln verfassungsunmittelbar – bislang bezüglich der Landtagswahlen und bezüglich der Wahlen zu den Bezirksversammlungen in Berlin (Art. 70 Abs. 2 S. 2 Verfassung Berlin) und Hamburg (Art. 4 Abs. 3 S. 2 Verfassung Hamburg). Im Rechtsvergleich neu ist an der Einführung einer landesverfassungsunmittelbaren Sperrklausel in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Verfassung NRW, dass sich diese Sperrklausel auch auf die Wahlen in den Kommunen und Kreisen bezieht und der Prozentsatz lediglich 2,5 vom Hundert beträgt.

Das Schweigen der Verfassungstexte des Bundes und des Landes NRW zum Thema Sperrklauseln eröffnete Spielräume des Gesetzgebers, ließ aber auch Raum für eine verfassungsgerichtliche Maß-

stabbildung. Dies führte zu einem gewaltenteiligen Wechselspiel zwischen dem einfachen Gesetzgeber und den Verfassungsgerichten: In diesem Wechselspiel lotete der einfache Gesetzgeber in NRW seine Spielräume aus, Sperrklauseln für Kommunalwahlen auf der Ebene des einfachen Gesetzes zu regeln. Das Bundesverfassungsgericht und der Verfassungsgerichtshof NRW haben Schritt für Schritt aus dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit i. S. d. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG Maßstäbe entwickelt, die die Spielräume des einfachen Gesetzgebers zur Regelung solcher Sperrklauseln begrenzen.

Im Wesentlichen lassen sich drei Phasen unterscheiden:

1. Bereits vorkonstitutionell, nämlich seit 1948¹ gab es im nordrhein-westfälischen Kommunalwahlrecht eine 5%-Sperrklausel. Sie war 1957 durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt worden. Das Bundesverfassungsgericht verwies zwar einerseits darauf, dass seinerzeit in NRW der Rat die Kreationfunktion hatte, den Bürgermeister und den Gemeindedirektor zu wählen, ließ aber andererseits offen, ob es darauf ankomme.² Damit blieb die Praxis einer kommunalwahlrechtlichen Sperrklausel auf der Ebene des einfachen Rechts lange unangefochten. Einen Anlass, eine solche Sperrklausel auf der Verfassungsebene zu regeln, gab es nicht.

2. Durch das Gesetz zur Änderung der Kommunalverfassung vom 17. Mai 1994 (GV. NRW. S. 270) wurde die Direktwahl des Bürgermeisters und des Landrats eingeführt. Die Sperrklausel, nunmehr § 33 Abs. 1 KWahlG, blieb dabei unverändert.

Durch Urteil vom 29. September 1994 stellte der Verfassungsgerichtshof NRW fest, der Landtag habe in seiner Funktion als einfacher Gesetzgeber wegen dessen Bindung an Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Pflicht, die unveränderte Aufrechterhaltung der Sperrklausel in § 33 Abs. 1 KWahlG mit Blick auf die Kommunalwahlen von 1999 zu überprüfen (OVGE 44, 301 = NWVBl. 1994, 453).

Mit Urteil vom 6. Juli 1999 entschied der Verfassungsgerichtshof NRW, dass die Beibehaltung der einfachgesetzlichen 5%-Sperrklausel in § 33 Abs. 1 KWahlG (a.F.) mit dem Recht auf Chancengleichheit als politische Partei aus Art. 21 GG, Art. 1 Abs. 1 LV und dem Recht auf Gleichheit der Wahl aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 LV nicht vereinbar ist. Der Verfassungsgerichtshof stellte maßgeblich darauf ab, der nordrhein-westfälische einfache Gesetzgeber habe seine Entscheidung, die 5%-Sperrklausel nicht aufzuheben oder abzumildern, vor dem Hintergrund der substantiellen Neuordnung der Kommunalverfassung (Verlagerung der Wahl des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten auf die Bürger) nicht hinreichend begründet (OVGE 47, 304). Auf Grund des

¹ Zunächst geregelt in §§ 33 Abs. 4 und 35 Abs. 2 des Gesetzes über die Gemeindewahlen in Nordrhein-Westfalen vom 6. April 1948 (GVBl. S. 185), sodann zusammengefasst in §§ 30 Abs. 6 des Gesetzes über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen (Kommunalwahlgesetz) vom 12. Juni 1954 - KWG (GVBl. S. 226).

² BVerfGE 6, 104 (einerseits 115 f. und 118: „ebenso (...) wie das normale Funktionieren eines Parlaments“, andererseits 120: „braucht gar nicht auf die Verschiedenheiten im Gemeindeverfassungsrecht abgehoben zu werden“).

Urteils wurde die Sperrklausel durch das Gesetz zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften vom 14. Juli 1999 (GV. NRW. S. 412) ersatzlos gestrichen.

Der einfache Gesetzgeber regelte sodann im Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes vom 9. Oktober 2007 (GV. NRW. S. 374) in § 33 Abs. 3 Satz 1 des Kommunalwahlgesetzes (KWahlG), Parteien oder Wählergruppen bei der Sitzzuteilung unberücksichtigt zu lassen, die nach § 33 Abs. 2 KWahlG nicht mindestens eine Zahl von 1,0 für einen einzigen Sitz erreichen (Vollmandatsklausel). Mit Urteil vom 16. Dezember 2008 entschied der Verfassungsgerichtshof NRW, dass auch diese einfachgesetzliche Klausel Art. 21 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 LV und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 LV verletzt.

Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs steht insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Auch letzteres hat einfachgesetzliche Sperrklauseln des Kommunalwahlrechts in Systemen der Direktwahl der Bürgermeister bzw. Landräte inzwischen für unvereinbar mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG erklärt.³ Dies korrespondiert mit der ebenso strengen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einfachgesetzlichen Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament.

3. Dies ist die Vorgeschichte dazu, dass der Landtag nunmehr ein neues Kapitel aufgeschlagen hat, indem er eine kommunalwahlrechtliche Sperrklausel verfassungsunmittelbar regelt. Die Idee, eine Sperrklausel auf diese Weise gegen eine Verwerfung durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abzusichern, ist nicht neu: Der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Hans-Jürgen Papier*⁴ hatte zuvor bereits dem Bundesgesetzgeber empfohlen, den nicht enden wollenden verfassungsrechtlichen Streit um Sperrklauseln betreffend die Wahlen zum Europäischen Parlament durch eine verfassungsunmittelbare Regelung zu beenden. Auch die verfassungsunmittelbaren Sperrklauselregelungen in Art. 70 Abs. 2 S. 2 Verfassung Berlin und Art. 4 Abs. 3 S. 2 Verfassung Hamburg weisen in diese Richtung.

Die jetzt erfolgte Verfassungsänderung in NRW beruht im Wesentlichen auf zwei Intentionen, die sich auch in dem Verfahren spiegeln:

Erstens ging es darum, ein seit jeher grundsätzliches Problem der Ausgestaltung des Wahlrechts nunmehr in der Verfassung als der für wesentliche Fragen des Staatsorganisationsrechts prädestinierten

³ BVerfGE 120, 82 (116); angedeutet bereits in BVerfGE 107, 286 (296). Hinzuweisen ist allerdings auch auf die Sondervoten: BVerfGE 34, 81 (4:2 bzw. 4:1); E 120, 82 (7:1). Erwähnt sei, dass zu den Sperrklauseln bei Europawahlen die als „Ausreißer“ großzügige Entscheidung BVerfGE 51, 222 einstimmig erging, die beiden strikten Entscheidungen der letzten Zeit (BVerfGE 129, 300 und BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13) hingegen jeweils mit 5:3 Stimmen (wobei das Ergebnis bei E 129, 300 von einem Richter aus abweichenden Gründen mitgetragen wurde, d. h. die Entscheidungsbegründung nur von 4 Richtern getragen wurde). Aufschluss über die vertretenen Positionen geben die Sondervoten von *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff* (BVerfGE 129, 300 (353)) sowie *Peter Müller* (BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13, SV Rn. 1).

⁴ https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/brennpunkte_nt/article125579588/Ex-Verfassungsrichter-Papier-sieht-Bundestags-Sperrklausel-in-Gefahr.html.

Regelungsebene zu lösen. Bereits im Vorfeld des Gesetzentwurfs holte die Fraktion der SPD ein politikwissenschaftliches Gutachten ein zu den Auswirkungen der Aufhebung der kommunalen Sperrklausel auf das kommunalpolitische Entscheidungssystem in Nordrhein-Westfalen (Wissenschaftliches Gutachten von Prof. Dr. J. Bogumil, Dr. D. H. Gehne u.a. vom 21.5.2015, zugänglich auch als Stellungnahme 16/3348). Das Gutachten enthält eine empirische Untersuchung mehrerer Legislaturperioden. Der Gutachtauftrag zielte nicht nur auf aktuelle Befunde konkreter Funktionsstörungen, sondern auf eine politikwissenschaftliche Analyse, die landesspezifisch grundsätzliche Strukturen der Politik in den Kommunen und längerfristige Entwicklungen in den Blick nimmt. Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass in NRW „die Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen mittlerweile erheblich gestört“ (a.a.O. S. 4) sei. In dem Gutachten wird dargelegt, dass die Kommunen in NRW „aufgrund landesspezifischer Besonderheiten konkurrenzdemokratisch strukturiert“ (a.a.O.) seien. Dies bringe „bei der empirisch nachgewiesenen stark zugenommenen Fragmentierung der Räte erhebliche Funktionsstörungen mit sich“ (a.a.O.). Zudem sei „damit zu rechnen, dass die Fragmentierung weiter zunehmen“ (a.a.O.) werde. Zudem verweist das Gutachten auch auf eine in kleineren Gemeinden wirkende „natürliche Sperrklausel von um die 2,8%“. Der Landtag hat dieses Gutachten (auf dessen Einzelheiten hier verwiesen wird) als Stellungnahme 16/3348 öffentlich gemacht und eine sechsstündige öffentliche Anhörung von Sachverständigen im Hauptausschuss am 21.1.2016 (APr 16/1139) durchgeführt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat aus den ihm vorliegenden Stellungnahmen den Schluss gezogen, die in dem Gutachten beschriebene und unwiderlegte Entwicklung durch eine Sperrklausel auf Verfassungsebene aufzuhalten. In der Gesetzesbegründung wird explizit auf die „konkreten Funktionsbeeinträchtigungen und zumindest abstrakten Gefahren“ (LT-Drs. 16/9795, S. 19) verwiesen. Damit nimmt der verfassungsändernde Gesetzgeber für sich in Anspruch, nicht nur auf aktuelle Zustände kurzfristig reagieren zu wollen, sondern eine dauerhafte Lösung zu finden, die die Funktionsfähigkeit der Räte und Kreistage auf der Grundlage ihrer Allzuständigkeit stärkt. Während die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW dem einfachen Gesetzgeber Beobachtungspflichten auferlegt, heißt es in der Gesetzesbegründung: „Es handelt sich um ein verfassungsänderndes Gesetz. Von einer Befristung ist deshalb abzusehen.“ (LT-Drs. 16/9795, S. 3).

Zweitens ging es darum, einer Sperrklausel mit der für die Verfassungsänderung notwendigen Zweidrittelmehrheit eine erhöhte Legitimation zu verschaffen, dem Konflikt mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs aus dem Wege zu gehen und die verfassungsrechtlichen Risiken, die sich mit den Rechtfertigungsanforderungen an einfachrechtliche Sperrklauseln verbinden, zu vermeiden. Das Gesetz zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen und wahlrechtlicher Vorschriften (Kommunalvertretungsstärkungsgesetz) beruht auf einem gemeinsamen Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, der Fraktion der CDU und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.9.2015 (LT-Drs. 16/9795). Die Stärke dieser drei Fraktionen spiegelt sich auch in dem Abstimmungsergebnis. In der 116. Sitzung des Landtags am 10.6.2016 stimmten in 3. Lesung des Gesetzes

bei 211 abgegebenen Stimmen 180 Mitglieder des Landtages mit Ja und nur 15 mit nein bei 16 Enthaltungen (PIBPr 16/116).

Dass es dem Landtag wesentlich darauf ankam, mit dem Gesetz nicht abermals dem Vorwurf eines verfassungswidrigen Wahlrechts ausgesetzt zu sein, zeigt sich ebenfalls im Verfahren. Bereits im Vorfeld des Gesetzentwurfs wurden zwei rechtswissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben, die beide die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel (auch mit einem Prozentsatz von 3%) bestätigten und als Bücher in wissenschaftlichen Schriftenreihen veröffentlicht wurden.⁵

Auch in der öffentlichen Anhörung wurde die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gestellt und erörtert. Die den Entwurf tragenden Fraktionen haben diese Anhörung insgesamt als überwiegende Bestätigung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel bewertet. Dass in dieser Anhörung auch kritische Stimmen geäußert wurden, kann nicht überraschen. Kaum eine verfassungsrechtliche Frage ist seit Jahrzehnten so umstritten und so nimmt es nicht Wunder, dass entschiedene Gegner von Sperrklauseln sogar deren verfassungsunmittelbare Regelung für verfassungsrechtlich angreifbar erklären – freilich ohne die sich stellenden Grundfragen aufzuwerfen.

II.

Unzulässigkeit des Antrags zu 1

Der Antrag zu 1 ist unzulässig, weil er auf die Aufhebung einer nichtigen Norm gerichtet ist, statt auf die in einem Organstreitverfahren einzig statthafte Feststellung der Verletzung von Rechten.

Der Antragsteller beantragt

„1. Das Gesetz (...) ist mit der Landesverfassung unvereinbar, nichtig und deshalb aufzuheben.“

Damit verfolgt der Antragsteller ein Antragsziel, das allein in Normenkontrollverfahren statthaft ist, nicht aber in einem Verfahren des Organstreits. Zwar wäre es zulässig, auch Maßnahmen der Gesetzgebung und d. h. Gesetzesbeschlüsse zum Gegenstand eines Organstreits zu machen. Aber der Verfassungsgerichtshof wäre dann darauf beschränkt, festzustellen, dass ein Gesetzesbeschluss *Rechte verletzt*, die im Organstreit geltend gemacht werden können. Eine echte Normverwerfung, d. h. die Feststellung der Nichtigkeit einer Norm oder deren Aufhebung, ist dem Organstreitverfahren wesensfremd.

⁵ Wolfgang Roth, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015 und Lothar Michael, Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene, 2015.

III.

Unzulässigkeit des Antrags zu 2

Der Antrag zu 2 lautet:

„Die Präsidentin des Landtages NW zeigt die Abgeordneten des Landtags NW, die bei der Abstimmung über das angefochtene Kommunalvertretungsverstärkungsgesetz mit Ja stimmten oder sich enthielten beim GBA wegen des Verdachts auf Verfassungshochverrat an.“

Dieser Antrag ist aus mehreren Gründen offensichtlich unzulässig: Er ist erstens als Leistungsantrag statt als Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Unterlassens formuliert. Eine solche Leistungsklage ist dem Verfahren des Organstreits fremd. Er betrifft zweitens ein Unterlassen der Präsidentin des Landtages, die aber als solche gar nicht Antragsgegnerin ist, sondern der Landtag und einzelne Fraktionen. Schließlich kommt eine Strafbarkeit der Abgeordneten des Landtages wegen Verfassungshochverrats bezüglich der streitgegenständlichen Abstimmung offensichtlich nicht in Betracht und noch weniger eine verfassungsunmittelbare Verpflichtung der Landtagspräsidentin, eine Strafanzeige zu stellen.



Prof. Dr. Lothar Michael