

Prof. Dr. Lothar Michael



LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

INFORMATION
16/465

Alle Abg

Meerbusch, den 22.2.2017

In dem Organstreitverfahren
der Bürgerbewegung pro Nordrhein-Westfalen (PRO NRW)
gegen
den Landtag Nordrhein-Westfalen
- VerfGH 18/16 -

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

Gegen die Zulässigkeit der Anträge bestehen Bedenken. Der beauftragte Verfahrensbevollmächtigte ist zugleich der Parteivorsitzende von PRO NRW. Soweit ersichtlich hat er sowohl die Antragschrift, als auch die Verfahrensvollmacht unterzeichnet. Mit Blick auf § 181 BGB steht die Wirksamkeit der Vollmacht in Frage.

Der Feststellungsantrag zu 1 und der Hilfsantrag zu 2 sind jedenfalls unbegründet und zurückzuweisen.

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 (PlBPr 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.

sel 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 Maßstabbildung. 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

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“).

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 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:

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.

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 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 Gutachtenauftrag 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 Abstimm-

nungsergebnis. 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 (dazu unten II.).

II.

Die entscheidungserheblichen, ungeklärten Verfassungsrechtsfragen und die Argumente gegen eine zirkelschlüssige Interpretation des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG

Die Frage, „ob eine verfassungsunmittelbare kommunalwahlrechtliche Sperrklausel in Höhe von 2,5 Prozent als ‚verfassungswidriges Verfassungsrecht‘ anzusehen ist, ist bislang weder bundes- noch landesverfassungsgerichtlich entschieden“ (so zutreffend auch der Vertreter des Antragstellers im Parallelverfahren VerfGH 11/16, Kollege Pieroth, zur Begründung des Auslagenerstattungsanspruchs).

Die Ausführungen des Antragstellers verkennen acht grundlegende verfassungsrechtliche Fragen. Aus jeder einzelnen ergibt sich die Unbegründetheit des Antrags zu 1 und des Hilfsantrags:

1. Das Grundgesetz verhält sich nicht explizit zu der Frage der Zulässigkeit von Sperrklauseln. Aus diesem „Schweigen des Grundgesetzes“ (BVerfG) folgen spezifische Spielräume für den landesverfassungsändernden Gesetzgeber.

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.

Das „Schweigen des Grundgesetzes“ ist die zutreffende Prämisse der Sperrklausel-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit E 1, 208 (250). In den Materialien lässt sich nachweisen, dass der Parlamentarische Rat davon ausging, dass eine gegebenenfalls strenge Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln gegenstandslos würde durch hierauf reagierende landesverfassungsgesetzliche Regelungen. Nach dem Willen des Parlamentarischen Rates sollte jederzeit die Option einer verfassungstextlichen Lösung des Problems bestehen – und zwar auch auf Ebene der Landesverfassungen. Jede solche Verfassungsänderung sollte nach dem Willen des Parlamentarischen Rates den etwaigen richterlich entwickelten Maßstäben zum allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit vorgehen.

2. Den verfassungsändernden Gesetzgeber auf Landesebene binden keine materiellen Grenzen, die wesentlich über diejenigen des – evident⁶ nicht verletzten – Art. 69 LV (bzw. die insoweit inhaltsgleichen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 79 Abs. 3 GG) hinausgehen.

Sowohl das Grundgesetz (Art. 79 Abs. 3) als auch die Landesverfassung NRW (Art. 69 Abs. 1 S. 2) folgen dem Konzept der verfassungstextlichen Positivierung von „Ewigkeitsgarantien“. Die in solchen Klauseln verbürgten essentiellen Kernelemente des Verfassungsstaates sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷ abschließend gemeint und restriktiv auszulegen. Sie dürften nicht durch naturrechtliche oder richterrechtliche Maßstäbe erweitert werden. Sonst drohte eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zur Verfassungsgebung und zur Schaffung von Maßstäben, die sogar unabänderlich wären.

3. Die Interpretation auslegungsfähiger und -bedürftiger allgemeiner Verfassungsgrundsätze durch die Verfassungsgerichte hindert den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht daran, diese Verfassungsgrundsätze selbst, d. h. verfassungstextlich und von dieser Rechtsprechung abweichend auszugestalten.

Ein (Landes-)Verfassungsgericht wäre nicht legitimiert, die Spielräume der Verfassungsänderung mit richterrechtlich entwickelten Maßstäben zu beschränken, indem es *geschriebenes* Verfassungsrecht an *ungeschriebenem* Verfassungsrecht misst. Bei den Maßstäben der Sperrklausel-Rechtsprechung handelt es sich um „*ungeschriebenes* Verfassungsrecht“ (so explizit BVerfGE 51, 222 (233)).

⁶ So K. F. Gärditz, Stellungnahme 16/3340 zur öffentlichen Anhörung des Landtags am 21.1.2016, S. 1.

⁷ BVerfGE 87, 181 (196).

4. Ein interpretationsfähiger und auslegungsbedürftiger Maßstab wie die Gleichheit der Wahl ist offen für eine richterliche Maßstabsbildung, aber auch für eine Konkretisierung durch Verfassungstexte.

Auch der landesverfassungsändernde Gesetzgeber kann ausgestalten, was unter Wahlgleichheit zu verstehen ist, indem er Sperrklauseln regelt. Das Wahlrecht ist ein zentraler Gegenstand des (materiellen) Staatsorganisationsrechts. Es ist kein Sonderweg (so aber Kollege Pieroth als Vertreter des Antragstellers im Parallelverfahren VerfGH 11/16), sondern systemgerecht, Sperrklauseln auf Verfassungsebene zu regeln (so zuvor bereits Bayern, Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Thüringen). Neu, aber durchaus nahe liegend ist, dass NRW das für den Bereich der Kommunalwahlen tut.

5. Die Maßstäbe, die die Rechtsprechung für die Regelung *einfachrechtlicher* Sperrklauseln entwickelt hat, sind von ihrem Wesen her ungeeignet, den *verfassungsändernden* Gesetzgeber zu binden. Sie passen schon konzeptionell nicht für die verfassungsändernde Gewalt.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber darf – im Rahmen seiner materiellen Bindungen – frei gestalten. Das gilt auch für die Ausgestaltung des Grundsatzes der Wahlgleichheit. Auch Bodo Pieroth räumt als Prozessbevollmächtigter im Parallelverfahren VerfGH 11/16, ein, „dass Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Abänderungspflichten von der verfassungsändernden Gewalt kaum praktikabel befolgt werden können“. Dass es fernliegend ist, vom verfassungsändernden Gesetzgeber konkrete Nachweise einer aktuellen, konkreten Funktionsunfähigkeit zu erwarten, ist auch in der Rechtsprechung anerkannt.⁸ Das verkennt der Vertreter des Antragstellers im Verfahren 18/16 in seiner Antragsschrift v. 16.12.2016 (S. 9 f.).

6. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ist Teil des Homogenitätsprinzips. Das bundesstaatliche Homogenitätsprinzip setzt die Verfassungsautonomie der Länder voraus und begrenzt sie. Es gehört zum Wesen des Bundesstaates, dass auch die Länder Verfassungen haben, die mehr als bloße Gesetze sind. Daraus folgt, dass eine Interpretation des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sensibel sein muss gegenüber den spezifisch *verfassungsgesetzlichen* Ausgestaltungsspielräumen der Länder.

⁸ VerfGH Berlin, Urteil vom 13.05.2013, 155/11, juris, Rn. 29: „Im Übrigen hat das Abgeordnetenhaus erkennbar durchaus bewusst und offenbar in Reaktion auf die bereits in Bezug genommene - mit fünf zu vier Stimmen ergangene - Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 17. März 1997 (VerfGH, LVerfGE 6, 32) die anstelle der für verfassungswidrig erklärten Fünf-Prozent-Sperrklausel eingeführte Drei-Prozent-Sperrklausel in die Verfassung eingefügt, um damit den Grundsatz der gleichen Wahl „*verfassungsfest*“ zu *modifizieren* und *bereits abstrakte Gefahren* für die Funktionsfähigkeit der Bezirksverordnetenversammlungen abzuwehren.“.

Dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gegenüber dem einfachen Landesgesetzgeber eine weiter reichende Bedeutung hat, steht dazu nicht im Widerspruch. Eine Landesverfassung, die einen der Wahlgrundsätze als solchen in Frage stellte, verstieße gegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Keine Landesverfassung dürfte z. B. die Zählwertgleichheit der Stimmen antasten. Die Länder müssen deshalb auch die Kommunalwahlen so ausgestalten, dass dem Grundsatz der Wahlgleichheit in plausibler Weise Rechnung getragen wird. Die Neufassung des Art. 78 Abs. 1 LV erweist sich als plausible Ausgestaltung der Wahlgleichheit. Sie bleibt damit innerhalb der Spielräume, die Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG für die Ausgestaltung von Landesverfassungen lässt.

7. Die Allzuständigkeit des Rates nach § 41 Abs. 1 GO NRW gibt der Funktionsfähigkeit der Räte besonderes Gewicht.

Die Allzuständigkeit des Rates ist eine Besonderheit des Kommunalrechts in NRW. In NRW werden zwar die Bürgermeister und Landräte direkt gewählt, aber sie können im Gegensatz zum süddeutschen Modell jenseits der Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht „durchregieren“. Mit dieser Ausgestaltung hat die Funktionsfähigkeit der Räte in NRW im Vergleich zum „reinen“ Modell der süddeutschen Bürgermeisterverfassung eine gesteigerte Bedeutung. Von der Mehrheitsfähigkeit der Räte hängt nicht weniger als die Erfüllbarkeit sämtlicher, über die laufenden Geschäfte hinausgehender Selbstverwaltungsaufgaben ab. Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Art. 28 Abs. 2 GG streiten für eine starke und funktionsfähige kommunale Selbstverwaltung und die Länder sollen gerade in diesem Bereich organisationsrechtliche Ausgestaltungsspielräume haben (bis hin zum Modell der Gemeindeversammlung nach Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG).

Gegner der Sperrklausel weisen unverhohlen darauf hin, dass Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Gemeindevertretungen durch eine Entmachtung der Räte zu beheben wären. Wer das für verfassungsrechtlich indiziert hält, degradiert die Erfolgsgleichheit der Stimmen zu einem Selbstzweck, statt die demokratische Legitimation von *Herrschaft* zu optimieren. Ein demokratisches Organisationsrecht optimiert die Funktionsvorteile repräsentativer Entscheidungsorgane. Wer die Räte zu perfekten Spiegelbildern der Gemeindewähler macht, die aber wenig zu sagen haben, erweist der Wahlgleichheit einen Bärendienst. Und mit einem Machtzuwachs der direkt gewählten Bürgermeister (bzw. Landräte), würde das Organ gestärkt, bei dessen Wahl die denkbar meisten Stimmen (bis zu 49%) „unter den Tisch“ fallen können.

8. Für eine kommunalwahlrechtliche Sperrklausel mit einem Prozentsatz von nur 2,5 kommt eine Verletzung der Wahlgleichheit schon deshalb nicht in Betracht, weil eine solche Sperrklausel unter gleichheitsrechtlichen Aspekten auch positive Effekte hat. Denn durch sie werden im

Kommunalwahlrecht Ungleichheiten des Erfolgswertes der Stimmen im Vergleich zwischen großen und kleinen Gemeinden relativiert.

In großen Gemeinden haben kleine Parteien rechnerisch größere Chancen als in kleinen Gemeinden, da bei letzteren eine über 2 % hinausgehende faktische Sperrklausel wirkt. Es ist unter Gleichheitsgesichtspunkten eine Optimierung, diesen Effekt der Ungleichheit nicht etwa durch eine 5%-Klausel, sondern durch eine den faktischen Sperrklauseln in kleinen Gemeinden angenäherte 2,5%-Klausel wesentlich abzumildern. Deshalb spielt – anders als bei den vom Bundesverfassungsgericht verworfenen Sperrklauseln zu den Wahlen zum Europäischen Parlament – der Prozentsatz eine nicht nur quantitative Rolle der Erheblichkeit, sondern eine qualitative Rolle. Der Verfassungsgerichtshof NRW hatte in seinem Urteil vom 6.7.1999 dem einfachen Gesetzgeber explizit zum Vorwurf gemacht, er habe „seine Entscheidung, die 5%-Sperrklausel nicht aufzuheben *oder abzumildern*, nicht hinreichend begründet“ (Leitsatz 3, OVGE 47, 304).

Die dargelegten Grundfragen werden im Folgenden unter III. ausführlich erörtert. Denn bereits dann, wenn der Verfassungsgerichtshof in einer einzigen dieser Grundfragen der hier vertretenen Auffassung folgt, wären die Anträge zurückzuweisen.

Statt diese Grundfragen aufzuwerfen, operieren Gegner einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel mit einer unterkomplexen Vorstellung der „Normenhierarchie im Verhältnis von Bundesrecht zu Landesrecht“ (so der Vertreter des Antragstellers im Parallelverfahren VerfGH 9/16). Es ist zwar richtig, dass der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts auch den Vorrang vor dem Landesverfassungsrecht meint. Dieser Vorrangmechanismus greift aber nur insoweit, als das Bundesrecht Maßstäbe enthält, die Vorrang vor dem Landesverfassungsrecht beanspruchen und dass diese Maßstäbe weiterhin so zu interpretieren sind, dass ihre rechtlichen Konsequenzen mit der Vorschrift einer Landesverfassung kollidieren. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG hat aber – wie gezeigt – nicht derartige Konsequenzen.

Eine solche Argumentation erweist sich damit als *Zirkelschluss*: Der Mechanismus des Vorrangs des Bundesrechts würde nur greifen, wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auf Landesverfassungsrecht zu übertragen wäre. Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG wird aber mit dem Verweis des Vorrangs des Bundesrechts auch gegenüber dem Landesverfassungsrecht für nicht begründungsbedürftig gehalten.

Hingegen beruht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenso wie des Verfassungsgerichtshofs NRW auf der Prämisse, dass Verfassungen zu Sperrklauseln schweigen. Sie bezieht sich nur auf einfachrechtliche Sperrklauseln und sie hat den Vorbehalt geschriebenen Verfassungsrechts seit jeher anerkannt und den Willen des Parlamentarischen Rates nie in Frage gestellt.

Demgegenüber geht der Vertreter des Antragstellers im Verfahren VerfGH 18/16 in seiner Antragschrift v. 16.12.2016 gar nicht darauf ein, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Sperrklausel unmittelbar in der Landesverfassung geregelt wurde.

Wer wegen des Prinzips des Vorrangs des Bundesrechts außer Betracht lässt, dass es hier einen relevanten Unterschied zwischen Landesverfassungsrecht und einfachem Recht geben kann, verkennt zudem die Verfassungsautonomie der Länder. Sie liegt dem verfassungsstaatlichen Bundesstaates bereits begrifflich voraus. Länder sind mehr als Regionen mit beschränkten Gesetzgebungskompetenzen. Die Relevanz des Unterschiedes zwischen verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Regelungen ist auch ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit von Verfassungsstaaten. Dass dieser Unterschied auch auf Landesebene gilt, wird vom Homogenitätsprinzip in Art. 28 Abs. 1 GG vorausgesetzt und wäre durch die in Art. 79 Abs. 3 GG verbürgte Bundesstaatlichkeit sogar gegen Änderungen des Grundgesetzes gesichert. Noch weniger dürfte ein Verfassungsgericht durch seine Interpretation des Homogenitätsprinzips diesen Unterschied leugnen oder nivellieren. Die Verfassungsautonomie der Länder ist unter dem geltenden Grundgesetz unantastbar. Und sie ist in den ohnehin beschränkten Kompetenzbereichen der Länder mit hoher Sensibilität zu wahren. Das gilt insbesondere für das Organisationsrecht einschließlich des Kommunalwahlrechts.

III.

Zum Hilfsantrag zu 2 des Antragstellers im Verfahren VerfGH 18/16

Der Antragsteller im Verfahren VerfGH 18/16 richtet sich mit seinem Hilfsantrag zu 2 dagegen, dass der Landtag „es unterlassen hat, bei der Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein- Westfalen und wahlrechtlicher Vorschriften (...), den in Art. 78 Abs. 1 S. 1 § (sic!) und LVerfNRW sowie in § 33 Abs. 1 S. 2 und S. 3 KWahlG NRW für die Zuteilung eines Sitzes vorgesehenen Schwellenwert auf einen niedrigeren Wert als 2,5 festzulegen, soweit dies Gemeinde- Stadträten und Kreistagen betrifft.“

Dieser Antrag geht schon deshalb fehl, weil der Landtag selbst mit dem Wert von 2,5 bewusst unter 5% und auch unter 3% geblieben ist. Der Vertreter des Antragstellers im Parallelverfahren VerfGH 11/16 erkennt, dass es „in der Tat systemfremd“ wäre, der „verfassungsändernden Gewalt“ u.a. auch „Abänderungspflichten“ aufzuerlegen. Er selbst gibt zu bedenken, diese könnten „von der verfassungsändernden Gewalt kaum praktikabel befolgt werden“.

Der Hilfsantrag zeigt, dass auch der Vertreter des Antragstellers im Verfahren 18/16 eine Sperrklausel mit einem vergleichsweise niedrigen Prozentsatz nicht im Widerspruch sehen würde zu den vorgebrachten, vermeintlich so kategorischen Ausführungen zur Wahlgleichheit. Der Hilfsantrag deutet

auch darauf hin, dass auch der Vertreter des Antragstellers den quantitativen Erwägungen im Bereich des Kommunalwahlrechts größeres Gewicht beimisst als bei den Wahlen zum Europäischen Parlament.

IV.

Ergebnis

Nach alledem ist der Antrag zu 1 und der Antrag zu 2 jedenfalls unbegründet und zurückzuweisen.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lothar Michael', written in a cursive style.

Prof. Dr. Lothar Michael