LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

INFORMATION
16/466

Alle Abg

Prof. Dr. Lothar Michael

[redacted]

Meerbusch, den 22.2.2017

In dem Organstreitverfahren

der Partei Freie Bürger-Initiative/ Freie Wähler

gegen

den Landtag Nordrhein-Westfahlen

- VerfGH 21/16 -

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

Der Feststellungsantrag zu 1 und der Hilfsantrag zu 2 sind unbegründet und zurückzuweisen. Gegen den Antrag auf Auslagenerstattung zu 3 ist nichts zu erinnern.

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 Wahlgrundsatze 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.	**§ 33 KWahlG n. F.**
(1) Der Wahlausschuss zählt zunächst die für alle Bewerber abgegebenen gültigen Stimmen, nach Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerbern getrennt, zusammen (Gesamtstimmenzahl). (...).	(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 nicht zu berücksichtigenden Partei oder Wählergruppe vorgeschlagen sind. (...)	(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 begrenzten.

Im Wesentlichen lassen sich drei Phasen unterscheiden:

1. Bereits vorkonstitutionell, nämlich seit 1948[1] 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 Kreationsfunktion 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 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 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 (PlBPr 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. und III.).

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.

   Das „Schweigen des Grundgesetzes" ist die zutreffende Prämisse der Sperrklausel-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit E 1, 208 (250). In den Materialien lässt

[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.

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 – evident[6] 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 Bundesverfassungsgerichts[7] abschließend gemeint und restriktiv auszulegen. Sie dürften nicht durch naturrechtliche oder richterrechtliche Maßstäbe erweitert werden. Sonst drohte eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zur Verfassunggebung 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)).

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

[6] So *K. F. Gärditz*, Stellungnahme 16/3340 zur öffentlichen Anhörung des Landtags am 21.1.2016, S. 1.
[7] BVerfGE 87, 181 (196).

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]

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.

   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 Wahlgleich-

[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.".

heit 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 un-

> ter 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). Auch der Prozessbevollmächtigte im Verfahren VerfGH 21/16 verweist darauf, dass

> „das Landesverfassungsrecht durch das Bundesverfassungsrecht geprägt wird und an dieses aufgrund der Normenhierarchie auch gebunden ist." (S. 9 der Antragsschrift v. 30.12.2016)

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.

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.

Zur den verfassungsrechtlichen Grundfragen im Einzelnen

1. Das „Schweigen des Grundgesetzes" zum Thema Sperrklauseln belässt nach dem Willen des Parlamentarischen Rates Spielräume für den landesverfassungsändernden Gesetzgeber

Die Gesetzgebung und Rechtsprechung zu Sperrklauseln stellt eine historische Entwicklung dar. Die Verfassungsgerichte haben auf historische Argumente und auch auf Leitentscheidungen immer wieder Bezug genommen. Die Judikate lassen sich nur verstehen, wenn man ihren jeweiligen historischen Kontext nicht ausblendet.[9] Das ist umso wichtiger, wenn es um eine neuartige Frage geht, die so noch nicht entschieden wurde. Wer aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 21 GG Maßstäbe für Sperrklauseln herleiten oder sie auf neue Konstellationen übertragen will, muss auf die Materialien zur Entstehung des Grundgesetzes zurückgreifen, die bei näherer Betrachtung aufschlussreich sind.

Das Grundgesetz verhält sich nicht explizit zu der Frage der Zulässigkeit von Sperrklauseln. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

> „Das Grundgesetz schweigt zu diesem Punkt."[10]

Von entscheidender Bedeutung auch für die vorliegenden Fragen ist, wie dieses „Schweigen" zu interpretieren ist. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erschließt sich auf der Grundlage der Weimarer Vorgeschichte (a) und der Materialien des Parlamentarischen Rates (b):

[9] Zur historischen Kontextualisierung der wichtigsten Judikate *Michael*, Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene, 2015, S. 45 -67.
[10] BVerfGE 1, 208 (250).

a) Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass in Art. 17 Abs. 1 S. 2 WRV die Wahlgrundsätze geregelt wurden und dass diese Vorschrift – anders als das Grundgesetz – im gleichen Atemzug die Verhältniswahl verfassungsunmittelbar vorschieb.

Art. 17 Abs. 1 S. 1 und S. 2 WRV lautete:

> „Jedes Land muß eine freistaatliche Verfassung haben. Die Volksvertretung muß in allgemeiner, *gleicher*, unmittelbarer und geheimer Wahl von allen reichsdeutschen Männern und Frauen nach den Grundsätzen der *Verhältniswahl* gewählt werden."

Es ist unbestritten, dass der Grundsatz der Wahlgleichheit in Art. 17 Abs. 1 S. 2 WRV historisch auf die Abschaffung eines Klassenwahlrechts zielte. Er garantierte also primär die Gleichheit des Zählwertes der Stimmen. Das wurde selbst von Gegnern einer Sperrklausel im Parlamentarischen Rat so gesehen.[11] Welche Bedeutung die verfassungsrechtliche Vorgabe des Verhältniswahlrechts für die Interpretation der Wahlgleichheit haben sollte, war in der Literatur sehr umstritten – zeitgenössisch nachzulesen bei *Smend*[12].

Der bis heute prägende Anfang der Sperrklausel-Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Reichsstaatsgerichtshofs vom 22.3.1929[13], in der dieser eine landesrechtliche Sperrklausel des Württembergischen Wahlrechts verworfen hat. Das Gericht war sich seiner richterlichen Maßstabschöpfung bewusst. Es kreierte den Grundsatz der Erfolgsgleichheit der Stimmen und stützte diese Interpretation der Wahlgleichheit wesentlich darauf, dass die Weimarer Verfassung in einem Atemzug mit der Wahlgleichheit das Verhältniswahlrecht regelte. Letzteres sei auf Proportionalität angelegt. Der Reichsstaatsgerichtshof machte sich diese folgenreiche und keineswegs selbstverständliche Interpretation nicht leicht. Das Wahlprüfungsgericht beim Reichsgericht hatte zuvor umgekehrt entschieden und darauf verweisen, dass sich die Weimarer Verfassung „geflissentlich der Wahl eines bestimmten Systems der Verhältniswahl enthalten"[14] hatte. Der Reichsstaatsgerichtshof [15] sah zwar, „daß man es dem kommenden Wahlgesetz überlassen hat, das verhältnismäßig beste System der Verhältniswahl herauszufinden." Er hielt es aber im Ergebnis für „unerheblich", dass die Weimarer Nationalversammlung „auf die beim Verhältniswahlverfahren drohende Gefahr der Parteizersplitterung hingewiesen" hatte. Auch die zutreffende Erkenntnis, dass der Weimarer Verfassunggeber „mit der Bestimmung, das Wahlrecht müsse gleich sein, in erster Reihe das Klassen- und das Mehrstimmenwahlsystem ausschließen" wollte, hielt den Reichsstaatsgerichtshof nicht davon ab, der Wahlgleichheit durch richter-

[11] *Heinz Renner* (KPD) in der 30. Sitzung des HA am 06.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 920.
[12] *Rudolf Smend*, Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl (1919), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 60 ff.
[13] StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1 (9).
[14] So argumentierte das Wahlprüfungsgericht beim Reichsgericht, vgl. StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1 (16).
[15] Alle folgenden Zitate aus: StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1 (17).

liche Maßstabsbildung eine zusätzliche Bedeutung zu geben: So erschuf es den Grundsatz der Erfolgsgleichheit der Stimmen.

Der Reichsstaatsgerichtshof relativierte allerdings seine Rechtsprechung der Württemberg-Entscheidung vom 22.3.1929[16] bereits bald durch die Preußen-Entscheidung vom 17.2.1930[17]. Dort beschränkte er seine Kontrolldichte stark und überlies es dem Gesetzgeber, ein Verhältniswahlrecht auch so auszugestalten, dass die Funktionalität der gewählten Körperschaft optimiert wird.[18] In der jüngeren Literatur [19] wurde erstere als „End- und Höhepunkt" einer „ältere(n), radikal-demokratische(n) Auffassung des" Reichsstaatsgerichtshofs bezeichnet, letztere als Anfangspunkt einer „neuere(n), gemäßigt-demokratische(n) Auffassung" desselben Gerichts.

Als Vorgeschichte zur Interpretation des Grundgesetzes sind die zwei Entscheidungen des Reichsstaatsgerichtshofs „zusammenzulesen". Den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates waren beide Entscheidungen bekannt (dazu sogleich). Ihnen war bewusst, dass die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs Maßstäbe gesetzt, diese aber auch wieder relativiert hatte.

b) Die Beratungen des Parlamentarischen Rates belegen die Unentschiedenheit in der Frage der Sperrklauseln. Sie sind deshalb aufschlussreich, weil sie zeigen, welche rechtliche Bedeutung die Mitglieder des Parlamentarischen Rates einer expliziten Regelung beigemessen hätten und welche Rechtslage sie für den eingetretenen Fall der Nichtregelung zu Grunde legten.

In Kenntnis der Rechtsprechung der Weimarer Zeit hätten für Sperrklausel-Gegner im Parlamentarischen Rat drei Möglichkeiten auf der Hand gelegen, für die aber wohl niemand auch nur hoffte, Mehrheiten finden zu können:

- Hätte der Parlamentarische Rat Sperrklauseln von Verfassung wegen verbieten wollen, hätte er das im Grundgesetz explizit ausschließen können. Das ist aber zu keiner Zeit diskutiert oder vorgeschlagen worden.
- Um dem Bundesverfassungsgericht zu signalisieren, die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs fortführen zu sollen, hätte der Parlamentarische Rat den richterlich entwickelten Grundsatz der Erfolgswertgleichheit explizit im Grundgesetz festschreiben können. Auch das wurde gar nicht erst in Betracht gezogen.
- Wenigstens hätte aber im Grundgesetz die Festschreibung des Verhältniswahlrechts erfolgen können, um der Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs nicht ihre entscheidende Prämisse zu entziehen. Aber selbst darauf konnte sich der Parlamentarische Rat nicht einigen.

[16] StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1.
[17] StGH, in: RGZ 128 (Anhang), 1.
[18] *Gerhard Leibholz*, Gleichheit und Allgemeinheit der Verhältniswahl nach der Reichsverfassung und die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs, JW 1929, 3042 f.
[19] *Michael Wild*, Die Gleichheit der Wahl – Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, 2003, S. 54 f. einerseits und S. 56 f. andererseits.

Vorgeschlagen und diskutiert wurde im Parlamentarischen Rat umgekehrt eine explizite Ermächtigung des Bundesgesetzgebers, eine Sperrklauseln zu regeln. Der Entwurf einer solchen Sperrklausel-Ermächtigung wurde in der dritten Lesung des Hauptausschusses mit 11:10 Stimmen gestrichen. Eine solche Regelung hatte zuvor auf Herrenchiemsee (§ 47 Abs. 5 Ch.E.) und bei drei Abstimmungen, nämlich im Organisationsausschuss, in erster und in zweiter Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates Mehrheiten gefunden.

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates gingen – zutreffend – davon aus, dass der einfache Gesetzgeber auch dann Sperrklauseln regeln würde, wenn das Grundgesetz keine spezielle Ermächtigung hierfür enthalten würde. Sogar von politischen Gegnern einer Sperrklausel wurde deren einfachrechtliche Einführung auch ohne ausdrückliche Ermächtigung im Grundgesetz nicht für per se unzulässig gehalten. Selbst *Hans-Christoph Seehohm* als besonders entschiedener Gegner einer Sperrklausel hielt eine einfachrechtliche Regelung mindestens insoweit für zulässig, als für sie ein den jeweiligen „politischen Verhältnissen“ [20] geschuldetes Bedürfnis bestehe. Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates gingen nicht davon aus, dass aus ihrer Ablehnung einer expliziten Regelung die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit von Sperrklauseln folgen würde. Die Diskussion im Parlamentarischen Rat legte lediglich zu Grunde, dass nach der Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs[21] eine solche Sperrklausel ohne ausdrückliche Ermächtigung im Grundgesetz jedenfalls „zweifelhaft“[22] und deren Verwerfung „möglich“[23] sein würde. Es wurde also ein gewisses Risiko gesehen, dass eine einfachrechtliche Sperrklausel „möglicherweise überhaupt ausgeschlossen“[24] werden würde, weil sie durch ein Bundesverfassungsgericht „für rechtsungültig erklärt“ werden „könnte“[25].

Diese Einschätzung war auch rechtlich fundiert: Denn die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs war schwankend und beließ dem Gesetzgeber zuletzt erhebliche Spielräume. Außerdem stützte der Reichsstaatsgerichtshof seine Rechtsprechung maßgeblich darauf, dass die Weimarer Verfassung die Verhältniswahl verbindlich vorschrieb und allein die Tatsache, dass sich auch darauf der Parlamentarische Rat nicht einigen konnte, hätte es plausibel erscheinen lassen, auch Sperrklauseln wesentlich großzügiger – wenn nicht gar als unproblematisch – zu beurteilen.

---

[20] *Hans-Christoph Seehohm* (DP) in der 30. Sitzung des HA am 06.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 917.
[21] StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1; vgl. auch StGH, in: RGZ 128 (Anhang), 1.
[22] *Rudolf Katz* (SPD) in der 48. Sitzung des HA am 09.02.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband II, 2009, S. 1526.
[23] *Felix Walter* (CDU) in der 30. Sitzung des HA am 06.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 918: „Wenn diese Einschränkung nur in ein Wahlgesetz hineinkommt, können nachträglich Zweifel entstehen, ob diese Bestimmung im Wahlgesetz nicht der Verfassung widerspricht. Es ist möglich, dass dann das Bundesverfassungsgericht diese Bestimmung für verfassungsrechtlich erklärt.“.
[24] So unwidersprochen *Rudolf Katz* (SPD) in der 2. Sitzung des HA am 11.11.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 26.
[25] So unwidersprochen *Rudolf Katz* (SPD) in der 2. Sitzung des HA am 11.11.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 25.

Keinesfalls[26] ist aber aus den Beratungen der Schluss zu ziehen, dass Einigkeit darüber bestand, dass aus einer Nichtregelung einer Sperrklauselermächtigung im Grundgesetz nach dem Willen des Parlamentarischen Rates folgte, dass deren einfachrechtliche Einführung vom Bundesverfassungsgericht verworfen werden *sollte* oder gar *müsste*. Es ging den letztlich knapp unterlegenen Befürwortern einer Sperrklausel lediglich darum, dass die Verfassungsmäßigkeit einer Sperrklausel durch eine explizite Ermächtigung „abgesichert"[27] werden würde, also dem Bundesverfassungsgericht die Grenzziehung nicht zu überlassen. Der Rechtsprechung die Frage von vornherein zu entziehen, fand dann letztlich keine Mehrheit.

Das so genannte „Argument Weimar", das Grundgesetz möge einer Parteienzerplitterung vorbeugen, ist in den Beratungen des Parlamentarischen Rates vorgekommen[28], war aber keinesfalls[29] dominant. Dass Weimar nicht primär an einer Parteienzersplitterung gescheitert ist, wurde sogar explizit klargestellt[30]. Die Befürworter einer Sperrklauselermächtigung im Grundgesetz erlagen auch nicht der Versuchung, deren Erfordernis damit zu begründen, dass die vom Reichsstaatsgerichtshof 1929 für verfassungswidrig erklärte Regelung des Württembergischen Wahlrechts den Einzug der NSDAP in den Landtag verhindert hatte und dass das Wahlergebnis daraufhin neu festgestellt wurde.[31] Vielmehr ist die Sperrklausel-Debatte des Parlamentarischen Rates wohltuend nüchtern verlaufen. Die Mitglieder anerkannten, dass es für die eine wie die andere Lösung gute Argumente gab und das spiegelt sich auch in dem denkbar knappen Abstimmungsergebnis.

Wir können als Zwischenergebnis festhalten: Es handelt sich um ein ergebnisoffenes „Schweigen" des Grundgesetzes. Das hat das Bundesverfassungsgericht seit jeher zutreffend seiner Rechtsprechung zu Grunde gelegt. Soweit das in der Literatur[32] vereinzelt kritisiert wurde und behauptet wird, durch die Ablehnung der Sperrklausel-Ermächtigung habe der Parlamentarische Rat ein generelles Sperrklauselverbot intendiert, beruht das auf einem oberflächlichen Umkehrschluss, ohne die Materialien und die Vorgeschichte auszuwerten.

Für den vorliegenden Zusammenhang ist aber ein lange völlig unbeachteter Aspekt noch wichtiger: Die Debatte enthält positive Aussagen zugunsten der Möglichkeit, jederzeit Sperrklauseln auf der

---

[26] So aber *Ulrich Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 89 ff., 92 f.
[27] So insoweit zutreffend *Wenner*, aaO, S. 93.
[28] *Adolph Schönfelder* (SDP) in der 2. Sitzung des HA am 11.11.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 29.
[29] Auch *Poscher*, Das Weimarer Wahlrechtsgespenst, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar" als Argument nach 1945, 2003, S. 256 (277) bringt ein einschlägiges Beispiel nur aus der späteren Rechtsprechung des BVerfG (E 14, 121 (134)).
[30] So *Thomas Dehler* (FDP) in der 2. Sitzung des HA am 11.11.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 28.
[31] Vgl. Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 24 Fn. 61.
[32] *Hans Meyer*, in: HdBStR, III, § 46 Rn. 38: „Mißachtung der Entstehungsgeschichte", unter Berufung auf *Ulrich Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 89 ff. und *Ralf Poscher*, Das Weimarer Wahlrechtsgespenst, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar" als Argument nach 1945, 2003, S. 256 (275 ff.).

Ebene des Grundgesetzes aber auch der *Länderverfassungen regeln zu können*. Um die Debatte zu dem letztlich nicht übernommenen Vorschlag auswerten zu können, muss zunächst geklärt werden, was zur Abstimmung stand und welche Konsequenzen und Alternativen in der Diskussion in Betracht gezogen wurden: Im Parlamentarischen Rat ging es genau genommen gar nicht darum, die Entscheidung über das Ja oder Nein der Einführung einer solchen Sperrklausel zu treffen. Eine verfassungsunmittelbare Sperrklausel stand gar nicht zur Abstimmung.

Den Mitgliedern standen vier andere Möglichkeiten vor Augen, nämlich:

- erstens die zur Entscheidung stehende Ermächtigung, die es dem Gesetzgeber ohne ein Risiko des Verfassungsverstoßes ermöglicht hätte, jederzeit eine solche Sperrklausel einzuführen aber auch sie nicht einzuführen oder wieder abzuschaffen oder zu relativieren,
- zweitens – im Falle der Ablehnung einer solchen Ermächtigung – die naheliegende und letztlich ja auch eingetretene Möglichkeit, dass der Gesetzgeber eine solche Sperrklausel auch ohne ausdrückliche Ermächtigung einfachrechtlich regeln würde und dass das Bundesverfassungsgericht die Grenzen der Zulässigkeit klären würde, d. h. diese passieren lassen würde oder auch nicht und
- drittens die ebenfalls naheliegende Option des verfassungsändernden Gesetzgebers, eine solche Sperrklausel später ins Grundgesetz einzufügen, sei es, um die Frage zu klären oder um eine restriktive Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu überwinden und
- viertens die Möglichkeit solcher Regelungen auch in Landesverfassungen, die ausdrücklich erwähnt und – unabhängig von einer Regelung im Grundgesetz – für möglich gehalten wurde.

Mit der Ablehnung einer expliziten Sperrklausel-Ermächtigung überließ der Parlamentarische Rat die Frage der Schranken des Wahlgesetzgebers primär bzw. zunächst einer Klärung durch das Bundesverfassungsgericht. Die Verantwortung zur Bestimmung der Grenzen der Wahlrechtsgleichheit wurde also – weil sich die Mehrheit am Ende nicht sicher genug war, diese Grenze selbst verfassungsverbindlich ziehen zu wollen – auf das Bundesverfassungsgericht verlagert bzw. auf den späteren Gesetzgeber und gegebenenfalls auch auf den verfassungsändernden Gesetzgeber.[33]

Die Gegner der Sperrklausel hatten gar nicht die Illusion, dass sie eine Sperrklausel dauerhaft würden verhindern können: *Seebohm* ließ keinen Zweifel daran, dass die „großen Parteien" stets, nämlich

> „dann (…) immer noch in der Lage (sein würden), ihre Absicht *auf dem Weg eines verfassungsändernden Gesetzes* durchzuführen; sie werden dafür die notwendig Zweidrittelmehrheit (...) mit Sicherheit haben. Ich bin der Auffassung, dass wir im parlamentarischen Rat nicht das Mandat haben, in diesen Dingen eine endgültige Entscheidung zu treffen, sondern daß wir es

[33] Dabei ist zu beachten, dass Detailregelungen in Verfassungen zum Wahlrecht auch im Rechtsvergleich eher selten sind. Das ist nicht zuletzt der nüchternen Tatsache geschuldet, dass gerade in diesen Fragen die Vorstellung, es solle einen Konsens geben, Illusion ist und dass in Prozessen der Verfassunggebung dann die Diskussion im Zweifel auf die vielen anderen Fragen gelenkt wird, bei denen eine Einigung schneller greifbar ist.

dem *gewählten Bundestag zu überlassen haben*, ob er sich zu einer derart undemokratischen Maßnahme entschließen will.“ [34]

Darauf reagierte *Katz* mit der Bemerkung, es gehe lediglich darum, dem Parlament

„diese Umständlichkeit zu ersparen“[35].

Darauf wiederum erwiderte *Renner*:

„Daß der kommende deutsche Volkstag aufgrund seiner politischen Zusammensetzung eine derartige Möglichkeit bietet, kann wohl nicht gut bestritten werden. Es wird in diesem kommenden deutschen Volkstag diese Mehrheit geben, die sich auch in einer Koalition auswirken wird, genau wie hier. Wenn Sie also in dieser Frage eine *Änderung der Verfassung* vornehmen wollen, dann bietet Ihnen der kommende deutsche Volkstag dafür jede Sicherheit, jede Gewähr. Das können Sie in der Zukunft machen, wie sie wollen.“[36]

Diese letzte Bemerkung darf zudem als eindeutiger Beleg dafür gelten, dass selbst die Wortführer der Gegner einer Sperrklausel im Parlamentarischen Rat es für ausgeschlossen hielten, dass die Einführung einer Sperrklausel gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen könnte.

In den Materialien findet sich kein Hinweis darauf, dass der Parlamentarische Rat mit der Streichung einer Sperrklausel-Ermächtigung im Grundgesetztext auch etwaige – und seit 1946 ja auch bereits in Hessen und Bayern existierende – Sperrklauseln in Landesverfassungen zu berühren beabsichtigte. Im Gegenteil: Diskutiert wurde nur eine Ermächtigung des Bundesgesetzgebers bezogen auf das Bundeswahlrecht. In den Diskussionen des Parlamentarischen Rates um die Wahlgrundsätze im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG tauchte die Option einer Sperrklausel-Ermächtigung nicht auf. Dort wurde weder über Sperrklauseln diskutiert, noch die Frage aufgeworfen, wie sich Spielräume des einfachen Landesgesetzgebers von solchen des landesverfassungsändernden Gesetzgebers unterscheiden sollten.[37] Für die sich hier stellende Frage ist vielmehr auf die einschlägige historische Debatte zur Entstehung des Art. 38 GG zu verweisen. In dieser stellte *Walter* unwidersprochen die Rechtsentwicklung in der Weimarer Zeit wie folgt dar:

---

[34] *Hans-Christoph Seebohm* (DP) in der 48. Sitzung des HA am 09.02.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband II, 2009, S. 1527.

[35] *Rudolf Katz* (SPD) in der 48. Sitzung des HA am 09.02.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband II, 2009, S. 1527.

[36] *Heinz Renner* (KPD) in der 48. Sitzung des HA am 09.02.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband II, 2009, S. 1528.

[37] Soweit der Vertreter des Antragstellers des Verfahrens VerfGH 11/16, Kollege Pieroth auf S. 40 des Antragsschriftsatzes eine historische Auslegung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG fordert, stützt er sich seinerseits auf eine redaktionelle Passage im JöR 1 N.F., die er als Äußerung im Parlamentarischen Rat zitiert.

> Nachdem der *Reichs*staatsgerichtshof eine Sperrklausel des Württembergischen Wahlgesetzes verworfen habe, sei eine solche „später (...) in die *Verfassung (gemeint: Landesverfassung Württemberg)* selbst aufgenommen worden."[38]

Der Parlamentarische Rat ging also davon auf, dass eine gegebenenfalls strenge Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln gegenstandslos würde durch hierauf reagierende landesverfassungsgesetzliche Regelungen. Nach dem Willen des Parlamentarischen Rates sollte also in jedem Falle eine explizite und spezielle verfassungstextliche Lösung des Problems etwaigen richterlich entwickelten Maßstäben zum allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit vorgehen. Richtig ist, dass der Reichsstaatsgerichtshof seine eigene Rechtsprechung unter den Vorbehalt abweichenden Landesverfassungsrechts gestellt hatte: Er prüfte vorab ausdrücklich, ob nicht Landesverfassungsrecht eine andere Maßstabsbildung ermöglicht und erfordert. Er nahm (plausibel) die Parallelität des Reichsverfassungsrechts mit der Verfassung Württembergs an und stellte diese ausdrücklich unter den Vorbehalt, dass Württemberg auf Landesebene abweichende Verfassungsmaßstäbe kenne:

> „es sei denn, daß den (...) für den Beschluß einer Verfassungsänderung aufgestellten Erfordernissen bei Erlaß des württembergischen Landeswahlgesetzes genügt worden ist."[39]

Es ist also festzuhalten, dass der Parlamentarische Rat die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs gekannt und zu Grunde gelegt hat und dass die im Grundgesetz entfallene Festlegung auf die Verhältniswahl dieser Rechtsprechung zwar deren Begründung entzieht (für den Staatsgerichtshof war dies das Hauptargument gewesen), ohne aber eine Abkehr von der Rechtsprechung hinreichend eindeutig zu erzwingen. Umgekehrt kann aber auch die Streichung einer expliziten Sperrklauselermächtigung des Gesetzgebers aus den Entwürfen zum Grundgesetz nicht so gedeutet werden, dass jegliche Sperrklauselregelung durch einfaches Gesetz nach dem Willen des Parlamentarischen Rates verfassungswidrig sein soll.

Damit ist die Abstimmung über eine Sperrklausel-Ermächtigung im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates eher als Vertagung, denn als Entscheidung zu deuten. Sogar innerhalb der Beratungen des Parlamentarischen Rates wurde die Unentschiedenheit zum Thema gemacht:

> „Wir wollen aber alles offenlassen." [40]

> „Es ist interessant, mit welcher Hartnäckigkeit man hier an einer Klärung der Frage sich vorbeizuwinden bestrebt ist. "[41]

---

[38] So unwidersprochen *Felix Walter* (CDU) in der 2. Sitzung des HA am 11.11.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 24. Zu einer solchen Verfassungsänderung ist es freilich nicht gekommen. Für den Willen des Parlamentarischen Rates kommt es aber auf dessen Vorstellung und die Entscheidungsprämissen und nicht auf die historische Richtigkeit im Detail an.

[39] StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1 (7).

[40] *Rudolf Katz* (SPD) in der 30. Sitzung des HA am 06.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 921.

Zu Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht hat sich der Parlamentarische Rat keine Gedanken gemacht. Es ist aber auszuschließen, dass er eine landesverfassungsunmittelbare Sperrklausel in diesem Bereich für problematisch gehalten hätte. Die Offenheit des Grundgesetzes und seiner Homogenitätsklausel erstreckt sich insoweit auch auf das Kommunalwahlrecht. Es gibt nicht einmal Anhaltspunkte dafür, dass sich der Parlamentarische Rat mit der Erstreckung des Grundsatzes der Wahlgleichheit auf das Kommunalwahlrecht in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zu der bereits seit 1948[42] im nordrhein-westfälischen Kommunalwahlrecht auf einfachgesetzlicher Ebene geregelte 5%-Sperrklausel verhalten wollte. Auch das Abstecken der einfachgesetzlichen Spielräume für solche Regelungen überließ der Parlamentarische Rat den Verfassungsgerichten.

Die Behauptung, dass verfassungsunmittelbar geregelte Sperrklauseln gegen Art. 79 Abs. 3 GG oder gegen Art. 28 Abs. 1 GG verstoßen könnten, stünde im eklatanten Widerspruch zum Willen des Parlamentarischen Rats. Für eine historische Interpretation des Grundgesetzes gilt: Der Parlamentarische Rat ging davon aus, dass ein Schweigen des Grundgesetzes zu Sperrklauseln erstens für eine mehr oder weniger strenge verfassungsgerichtliche Bewertung einfachgesetzlicher Sperrklauseln offen bleibt und dass zweitens jedenfalls durch explizite landesverfassungsrechtliche Regelungen die Frage jederzeit so oder so geklärt werden kann.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat den Rahmen der historischen Auslegung nie in Frage gestellt, sondern im Gegenteil zum Ausgangspunkt seiner Rechtsprechung gemacht. Das hat sogar einen biographischen Hintergrund: *Katz* hatte sich zunächst als Mitglied des Parlamentarischen Rates aktiv an der Diskussion um Sperrklauseln beteiligt und eine Anfrage beim Archiv des Bundesverfassungsgerichts hat bestätigt, dass auch die grundlegende Entscheidung BVerfGE 1, 208 seine Unterschrift trägt. Dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung feststellt, das Grundgesetz schweige zur Frage der Zulässigkeit der Sperrklauseln[43], hat durch die Mitwirkung von *Katz* somit gleichsam Authentizität über die oben zitierten Materialien hinaus.

Aus Sicht der historischen Auslegung lässt sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts plausibilisieren: Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinen zahlreichen Entscheidungen zu *einfachrechtlichen* Sperrklauseln schrittweise Maßstäbe zu den Fragen gebildet, die der Parlamentarische Rat bewusst offen gelassen und der Rechtsprechung überantwortet hatte. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass das Bundesverfassungsgericht, wenn es die Gelegenheit bekäme, eine *verfassungsrechtliche* Sperrklausel auf Ebene des Grundgesetzes oder einer Landesverfassung zu bewerten, von seiner Linie der Orientierung an der historischen Auslegung gerade in dieser Frage abweichen würde. Alles spricht

---

[41] *Heinz Renner* (KPD) in der 30. Sitzung des HA am 06.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 14 Teilband I, 2009, S. 919.

[42] 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 wortgleich als §§ 32 Abs. 4 und 34 Abs. 2 des Gesetzes über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen (Kommunalwahlgesetz) vom 12. Juni 1954 - KWG (GVBl. S. 226).

[43] BVerfGE 1, 208 (250).

dafür, dass das Bundesverfassungsgericht auch dann den historischen Willen des Parlamentarischen Rates zu Grunde legen würde mit der Konsequenz, dass die Maßstäbe zu den einfachgesetzlichen Sperrklauseln nicht auf landesverfassungsgesetzliche Sperrklauseln übertragbar sind.

Die Debatten des Parlamentarischen Rates zeigen auch, dass es fernliegend wäre, eine Verfassungsänderung des Grundgesetzes zur Bedingung zu machen für entsprechende Verfassungsänderungen auf Landesebene. Schon der Parlamentarische Rat hat sich über eine explizite Regelung von Sperrklauseln auf Verfassungsebene nur für den Kompetenzbereich des Bundes Gedanken gemacht. Bis heute bleibt es plausibel, dass sich der verfassungsändernde Bundesgesetzgeber allenfalls die Frage stellen sollte, Sperrklauseln zu Wahlen im Kompetenzbereich des Bundesgesetzgebers zu regeln, als um gegebenenfalls die Verfassungsmäßigkeit einer Sperrklausel zu den Bundestagswahlen abzusichern oder/und eine Sperrklausel zu den Wahlen zum Europäischen Parlament zu ermöglichen. Soweit man eine über die Maßstäbe des Art. 79 Abs. 3 GG bzw. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG hinaus gehende bundesverfassungsrechtliche Bindung des landesverfassungsändernden Gesetzgebers überhaupt für legitim hält, gilt: Auch verfassungspolitisch sollte der bundesverfassungsändernde Gesetzgeber sich nicht mit dieser Frage im Kompetenzbereich der Länder beschäftigen, sondern die nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG bestehenden Spielräume erhalten und den landesverfassungsändernden Gesetzgebern überlassen, sich ihrerseits zu dieser Frage zu verhalten. NB: Auch wenn der bundesverfassungsändernde Gesetzgeber zugunsten von Sperrklauseln eine Regelung im Kompetenzbereich des Bundesgesetzgebers schaffen würde, wäre daraus kein Umkehrschluss auf die Unzulässigkeit solcher Sperrklauseln auf Landesebene zu ziehen. Hier bestätigt sich die auch vom Bundesverfassungsgericht vertretene Konzeption getrennter Kompetenzräume der Länder und des Bundes.

2. Das Konzept einer explizit verfassungsgesetzlichen Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers nur an essentielle Kernelemente des Verfassungsstaates

Der verfassungsändernde Gesetzgeber kann nach der Konzeption des deutschen Verfassungsrechts den Text der geltenden Verfassung ändern und damit vollwertiges, geschriebenes Verfassungsrecht schaffen. Auf das Problem, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber dabei materiell an die Verfassung gebunden sein kann, ob das geänderte Verfassungsrecht also „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ sein kann, sind verschiedene Antworten vorstellbar:

Denkbar wäre es, dem verfassungsändernden Gesetzgeber völlige Freiheit zu geben und die Verfassungsgerichte ohne Einschränkung an die wie auch immer geänderte Verfassung zu binden.

Denkbar wäre zweitens, ungeschriebene Identitätsgrenzen der Verfassungsänderung anzunehmen. Dieses Konzept wirft allerdings die Anschlussfrage auf, wie solche Identitätsgrenzen zu bestimmen sind ohne Rückgriff auf das Naturrecht, dessen Überwindung eine zentrale Idee der Verfassunggebung und geschriebener Verfassungen ist.

Das deutsche Verfassungsrecht geht heute – aus geschichtlicher Erfahrung und aus guten verfassungstheoretischen Gründen – einen dritten Weg: Das Grundgesetz (Art. 79 Abs. 3 GG) und viele Landesverfassungen (hier: Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW) regeln *explizit* materielle Grenzen der Verfassungsänderung. Dadurch werden erstens dem verfassungsändernden Gesetzgeber selbst seine Grenzen vor Augen geführt. Zweitens wird damit ein „letztes Einfallstor" des Naturrechts geschlossen und positiviert. Drittens wird damit Verfassungsidentität und -kontinuität bekräftigt: Vor allem die „Ewigkeitsklausel" des Art. 79 Abs. 3 GG wird in Deutschland heute überwiegend positiv als stärkstes Bekenntnis zu verfassungsstaatlichen Grundprinzipien und als einer der Bezugspunkte des Verfassungspatriotismus gefeiert. Viertens wird durch solche Klauseln die Verfassungsgerichtsbarkeit zugleich gestärkt und entlastet. Sie wird gestärkt dadurch, dass sie gegebenenfalls die Feststellung „verfassungswidrigen Verfassungsrechts" auf einen Maßstab des positiven Verfassungsrechts stützen kann. Diese Stärkung macht es auch wahrscheinlicher, dass der Souverän es akzeptiert, wenn ein Verfassungsgericht sogar eine vom gewählten Parlament mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Verfassungsänderung in Frage stellt. Ewigkeitsklauseln wollen auf rechtsstaatlichem Wege letzte Fragen der Verfassungsstaatlichkeit klären. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird durch solche Klauseln entlastet um die Verlegenheit, auch noch die Maßstäbe dieser ohnehin an ihre eigenen Kompetenzgrenzen reichenden Prüfung selbst bestimmen zu müssen.

Das Bundesverfassungsgericht[44] und die Literatur[45] haben deshalb – um dieses Konzept mit seinen Vorzügen konsequent zu verwirklichen – Art. 79 Abs. 3 GG stets als *abschließende* Regelung interpretiert, die freilich ihrerseits – vor allem mit Blick auf die Europäische Einigung (Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG) – eine keineswegs nur theoretische Bedeutung hat. Die Deutung solcher Klauseln als abschließend ist die Absage an das Naturrecht einerseits und an die Selbstermächtigung von Verfassungsgerichten andererseits. Hinzu kommt noch, dass es für einen auf der Volkssouveränität beruhenden Verfassungsstaat ohnehin nur in Extremfällen legitim erscheint, einem auf Zweidrittelmehrheiten gestützten verfassungsändernden Gesetzgeber inhaltliche Grenzen zu setzen. Verfassungspolitisch wird allenfalls kritisiert, dass Art. 79 Abs. 3 GG relativ weit reichende Bindungen des verfassungsändernden Gesetzgebers enthält, nicht aber, dass seine Bindungen nicht hinreichen würden.

Während Art. 79 Abs. 3 GG den verfassungsändernden Gesetzgeber auf der Bundesebene bindet, enthält Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die hierzu parallele Beschränkung der Verfassungsautonomie der Länder. Die in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verbürgten „Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes", die auch Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV in wörtlicher Übernahme als Grenzen der Verfassungsänderung formuliert, sind nicht enger und nicht weiter zu interpretieren als die in Art. 20 „niedergelegten Grundsätze" i. S. d. Art. 79 Abs. 3 GG.

[44] BVerfGE 87, 181 (196).
[45] Statt aller: *Dreier*, in: GG, II, 2. Aufl., Art. 79 III Rn. 14 m. w. N.

Alle drei Normen meinen jeweils nur den Kerngehalt des Demokratieprinzips. Sie lassen erhebliche Spielräume, die Demokratie auf Verfassungsebene auszugestalten. Dieser Kerngehalt des Demokratieprinzips wird von einer Sperrklauselregelung nicht berührt. Es sei daran erinnert, dass die Frage, was Wahlgleichheit überhaupt bedeutet, eine umstrittene Frage der Verfassungsinterpretation ist. Es wurde oft und bis heute darüber gestritten, ob der *einfache* Gesetzgeber Sperrklauseln regeln darf und ob ihnen Sperrklauselverbote *de constitutione lata* entgegenstehen. Dass Sperrklauseln die Frage berühren, ob eine Verfassung demokratisch oder nicht mehr demokratisch ist, liegt fern. Es würde die Volkssouveränität selbst und damit die Demokratie als solche in Frage stellen, würde mehr als der Kern des Demokratieprinzips gegen Verfassungsänderungen immunisiert. Es drohte eine „Herrschaft der Toten über die Lebenden", wenn sogar verfassungsändernden Mehrheiten verwehrt sein soll, die Ausgestaltung der Demokratie zu verändern. Volkssouveränität fordert die Rückbindung an den aktuellen Willen des Volks.

Lediglich der Vertreter im Verfahren VerfGH 15/16 und die Prozessbevollmächtigte im Verfahren VerfGH 16/16 argumentieren primär mit Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW. Daran ist richtig, dass Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW hier einschlägig ist, weil er grundsätzlich abschließend den Maßstab für die Frage „verfassungswidrigen Verfassungsrechts" im Falle der Verfassung NRW regelt. Offenbar bezweifelt der Prozessbevollmächtigte in diesem Verfahren selbst zu Recht daran, dass sich mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Verfassungswidrigkeit der in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Verfassung NRW n. F. geregelten 2,5%-Sperrklausel begründen lässt. So wird vorgetragen, auch die Gleichheit des Erfolgswerts sei in Art. 79 Abs. 3 GG bzw. in Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW garantiert. Daraus wird ableitet, die in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Verfassung NRW n. F. geregelte 2,5%-Sperrklausel verstoße gegen diese Ewigkeitsklauseln. Der Maßstab, der hier zu Grunde gelegt wird, ist aber dem insoweit schweigenden Grundgesetz nicht zu entnehmen, geschweige denn dass ein solcher in Art. 79 Abs. 3 GG oder in Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW enthalten wäre. Vielmehr ist der hier angelegte Maßstab derjenige der Sperrklausel-Rechtsprechung der Verfassungsgerichte. Wer so argumentiert, plädiert für eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zum Verfassunggeber. Mehr noch: Er plädiert für eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zu einer Verfassunggebung „ewiger", nicht einmal durch Verfassungsänderung änderbarer Maßstäbe. Das rührt an das Prinzip der Volkssouveränität, das seinerseits zum in Art. 79 Abs. 3 GG verbürgten Kern des Demokratieprinzips gehört.

Im demokratischen Bundesstaat werden die Volkssouveränität und die Verfassungsautonomie auch auf der Landesebene gewährleistet. Eine Interpretation des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, die den Ländern wesentlich engere Schranken der Verfassungsautonomie auferlegen würde als jene des Art. 79 Abs. 3 GG, rührte an die Idee des Bundesstaates (die ihrerseits in Art. 79 Abs. 3 GG bekräftigt wird). *Hasso Hofmann* hat die Parallelität von Art. 28 Abs. 1 GG und Art. 79 Abs. 3 GG auf folgende Formel gebracht:

„Nur was für den Bund unabdingbare Grundlage der Art und Form seiner politischen Existenz ist, kann und muß er auch seinen Gliedern vorschreiben. Soweit sie die verfassungsändernde Gesetzgebung des Bundes zu variieren und zu modifizieren vermag, steht das auch den Ländern frei. Denn solange der identitätsverbürgende Kern der Verfassung nicht angetastet wird, ist die Homogenität des Bundes nicht in Gefahr."[46]

Diese vom Grundgesetz geprägten, abschließend gemeinten und für Bund und Länder identischen Grenzen der Verfassungsänderung werden von Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV noch einmal landesverfassungsrechtlich bestätigt und bekräftigt. Die Norm wurde erst nachträglich, also durch Verfassungsänderung, in die Landesverfassung aufgenommen. Die verfassungstheoretische Frage, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber (oder nur der anfängliche Verfassunggeber) den späteren landesverfassungsändernden Gesetzgeber überhaupt soll binden oder entbinden können, stellt sich hier nicht. Diese Frage wäre nur dann relevant, wenn durch eine solche Klausel materielle Bindungen substantiell neu begründet oder gelockert würden. Durch die Einfügung des Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV wurden aber keine zuvor bestehenden Spielräume des verfassungsändernden Gesetzgebers beschränkt. Ebenso wenig hat sich der verfassungsändernde Gesetzgeber damit Spielräume geschaffen, die er zuvor nicht auch gehabt hätte. Denn der Verfassungsgerichtshof des Landes NRW hatte nie Tendenzen einer naturrechtlichen Begründung ungeschriebener Grenzen der Verfassungsänderung, geschweige denn dass solche Grenzen enger gewesen wären als diejenigen des Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV.

Vielmehr handelt es sich um eine legitime landesverfassungsrechtliche Inkorporation der ohnehin bundesverfassungsrechtlich geltenden Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV hat eine dreifach klarstellende Funktion. Erstens wird der landesverfassungsändernde Gesetzgeber dadurch auch im Text der Landesverfassung auf seine materiellen Grenzen hingewiesen. Zweitens wird damit das Konzept abschließender und geschriebener Grenzen der Verfassungsänderung in die Landesverfassung übernommen. Drittens wird dadurch klargestellt, dass die Inkorporation bundesverfassungsrechtlicher Maßstäbe in die Landesverfassung zwar den einfachen Gesetzgeber landesverfassungsrechtlich bindet (und damit zum Maßstab auch einer landesverfassungsgerichtlichen Kontrolle wird), dem verfassungsändernden Gesetzgeber gegenüber aber nur so weit reicht, wie Art. 28 Abs. 1 GG selbst Grenzen der Verfassungsänderung auf Landesebene zieht. Auch hierin liegt nur die Bestätigung dessen, was bundesverfassungsrechtlich bzw. kraft interpretatorischer Inkorporation auch landesverfassungsrechtlich gegolten hat. Der Mechanismus des „Hineinwirkens" von Bundesverfassungsrecht in das Landesverfassungsrecht, setzt das Schweigen der Texte der Landesverfassungen voraus und er findet in Art. 69 LV gegenüber dem verfassungsändernden Gesetzgeber eine explizite Grenze.

[46] *Hasso Hofmann*, Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs? (1985), in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 146 (157); zustimmend *Dreier*, in: GG, II, Art. 28 Rn. 62; im Ergebnis so auch *Wolfgang Roth*, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015, S. 109 f.

Völlig zutreffend führt die Prozessbevollmächtigte im Parallelverfahren VerfGH 16/16 (unter Berufung auf M. Sachs, Die Änderung der Landesverfassung — Kompetenz, Verfahren und Grenzen, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein- Westfalen, 2002, S. 225 (241)) aus:

> „Nach der Gesetzeshistorie wollte der Antragsgegner als Landesverfassungsgeber mit Art. 69 1 2 Verf NW den durch Art. 28 1 1 GG gezogenen Rahmen wiederholen".

Zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG verhält sich Art. 69 Abs. 1 S. 2 Landesverfassung NRW nicht. Und es wird zu zeigen sein, dass auch umgekehrt Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Spielräume des landesverfassungsändernden Gesetzgeber nicht in derselben Weise beschränkt wie die Spielräume des einfachen Landesgesetzgebers (s.u. 6.).

Es lässt sich zusammenfassen: Sowohl das Grundgesetz (Art. 79 Abs. 3) als auch die Verfassung 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 abschließend gemeint und restriktiv auszulegen. Sie dürften nicht durch naturrechtliche oder richterrechtliche Maßstäbe erweitert werden. Sonst drohte eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zur Verfassunggebung und zur Schaffung von Maßstäben, die sogar unabänderlich wären.

Daraus folgt: Die auf Art. 21 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gestützten Anträge gehen schon deshalb ins Leere, weil sie weder auf Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV gestützt werden, noch darlegen, inwieweit die bundesverfassungsrechtlichen Regelungen Art. 21 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG überhaupt Regelungsgehalte haben, die nicht nur dem einfachen Gesetzgeber des Landes, sondern auch dem landesverfassungsändernden Gesetzgeber gegenüber gelten sollen.

Auf die Interpretation und Bedeutung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG wird gesondert einzugehen (s.u. 6.). Zuvor sind die beschränkten Bindungen des verfassungsändernden Gesetzgebers noch einmal zusätzlich aus dessen institutionellem Verhältnis zur Verfassungsgerichtsbarkeit zu erschließen (dazu sogleich unter 3.).

3. Das besondere Verhältnis zwischen der verfassungsgerichtlichen Interpretation *allgemeiner* Verfassungsgrundsätze und deren Ausgestaltung durch die verfassungsändernde Gewalt

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 ist nicht legitimiert, die Spielräume nicht nur der Gesetzgebung, sondern der Verfassungsänderung mit richterrechtlich entwickelten Maßstäben zu beschränken, indem es *geschriebenes* Verfassungsrecht an *ungeschriebenem* Verfassungsrecht misst.

Die Gewaltenteilung gebietet: Verfassungsgerichte dürfen zur Konkretisierung allgemeiner Verfassungsgrundsätze Maßstäbe setzen und fortbilden, aber diese müssen grundsätzlich durch Verfassungsänderung korrigierbar sein. Die Verfassungsgerichtsbarkeit darf sich nicht durch die Berufung auf sehr allgemeine Verfassungsprinzipien von ihrer Bindung an Verfassungstexte, die gegebenenfalls selbst die allgemeinen Verfassungsprinzipien konkretisieren und ausgestalten, lösen.

Wenn überhaupt, dann kollidieren Sperrklauseln für das Kommunalwahlrecht mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit. Selbst wenn man unterstellte, dass die vom Landtag eingeführte 2,5%-Sperrklausel dann mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG unvereinbar wäre (dagegen s.u. 8.), wenn sie lediglich *einfachrechtlich* geregelt worden wäre, gebieten es *institutionelle* Gründe, die insoweit einschlägige Rechtsprechung nicht auf den verfassungsändernden Gesetzgeber zu übertragen. Diese Gründe liegen im Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit und in deren gewaltenteiligem Verhältnis zum verfassungsändernden Gesetzgeber.

Die o.g. Rechtsprechung zu den (einfachrechtlichen) Sperrklauseln stützt sich auf Maßstäbe, die ihrerseits seit 1929 *gerichtlich* geprägt wurden. Denn das Grundgesetz „schweigt zu diesem Punkt."[47] Es enthält keine explizite Regelung zu Sperrklauseln. Mehr noch: Das Grundgesetz regelt zwar den Grundsatz der Wahlgleichheit (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 38 Abs. 1 GG), lässt aber auch offen, was damit gemeint ist. Es gibt nicht einmal die Verhältniswahl vor.

Im Rechtsvergleich werden Sperrklauseln in anderen Verfassungsstaaten – auf der Grundlage eines restriktiveren Verständnisses der Wahlgleichheit – für unproblematisch gehalten. Der „deutsche Sonderweg" der Sperrklauselrechtsprechung ist historisch als eine spezifisch *richterrechtliche Entwicklung* zu erklären.

Die Maßstäbe für Sperrklauseln wurden vom Reichsstaatsgerichtshof und dann vom Bundesverfassungsgericht und von den Landesverfassungsgerichten aus *allgemeinen* Verfassungsgrundsätzen und Gleichheitserwägungen erst entwickelt. Diese verfassungs*gerichtlich* entwickelten Maßstäbe konkretisieren den auslegungsfähigen und -bedürftigen Grundsatz der Wahlgleichheit. Sie setzen voraus, dass die Konkretisierung dieses Grundsatzes nicht bereits im Verfassungstext erfolgt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Grundsatzentscheidung nicht nur den Text des Grundgesetzes, sondern die deutsche Entwicklung insgesamt einschließlich der Landesverfassungen in den Blick genommen[48] – und seinerzeit gab es keine der heutigen, geänderten LV vergleichbare Konkretisierung des Grundsatzes der Erfolgsgleichheit der Wahl für Kommunalwahlen auf Verfassungsebene.

Die juristische Methodenlehre unterscheidet zwischen dem Text einer Norm und ihrer Interpretation. Es wäre unterkomplex, das von Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG „Geregelte" in eins zu setzen mit den Maßstä-

[47] BVerfGE 1, 208 (250).
[48] Etwa BVerfGE 1, 208 (249 f.) zieht auf der Suche nach Maßstäben für das hierzu schweigende Landesverfassungsrecht Schleswig-Holstein Bestimmungen aller anderen Landesverfassungen heran.

ben der Rechtsprechung zur Konkretisierung dessen, was Wahlgleichheit bedeuten soll. Das gilt umso mehr und wird relevant, wenn eine Norm so auslegungsfähig ist wie die Wahlgleichheit.

Das Bundesverfassungsgericht versteht das formale und zu verallgemeinernde Verständnis der Wahlgleichheit inzwischen selbst als

> „*ungeschriebenes* Verfassungsrecht“[49].

Der Charakter des ungeschriebenen Verfassungsrechts ist von dreifacher Bedeutung:

Erstens hat das Bundesverfassungsgericht durch denkbar allgemeine Erwägungen und durch den Rückgriff auf vorkonstitutionelle Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs konkretisiert, was der Begriff der Wahlgleichheit überhaupt bedeuten soll. Es hat die Lücke des „Schweigens des Grundgesetzes“ durch ungeschriebene Maßstäbe für Sperrklauseln gefüllt.

Zweitens erstrecken sich diese ungeschriebenen Maßstäbe für Sperrklauseln auch auf die Wahlen zum Europäischen Parlament, die jenseits des Anwendungsbereichs von Art. 38 bzw. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG liegen.

Deshalb ist drittens der sachliche Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG für die Beantwortung der hier zu entscheidenden Rechtsfrage nicht so entscheidend, wie es vom Antragsteller im Parallelverfahren VerfGH 17/16 suggeriert wird:

> „Dies hat verfassungsrechtlich zur Folge, dass sich die Regelungen betreffend die Wahl zu den Bezirksversammlungen bzw. Bezirksverordnetenversammlung lediglich an den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG messen lassen müssen, nicht dagegen an den strikteren und für die verfassungsrechtliche Beurteilung in Nordrhein- Westfalen ausschlaggebenden Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Dieser Gesichtspunkt ist in beiden Entscheidungen letztlich als entscheidungstragend und für die verfassungsrechtliche Billigung ausschlaggebend herausgestellt worden.“ (Schriftsatz v. 14.12.2016).

Auch Kollege Pieroth führt in seiner Antragsschrift zum Verfahren VerfGH 11/16 aus:

> „Soweit Ergänzung des Art. 78 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 4 LVerf NRW die 2,5- Prozent-Sperrklausel auf die Wahl der Bezirksvertretungen und die Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr erstreckt, erscheint die Sperrklausel verfassungsrechtlich zulässig.“ (Antragsschrift v. 7.10.2016)

Dadurch dass er seinen Antrag auf Wahlen in den Gemeinden und Kreisen beschränkt und nicht auch auf die Bezirksversammlungen erstreckt, bekräftigt er die besondere Bedeutung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Damit wird diese besondere Bedeutung überschätzt und die Frage, auf welcher Ebene eine Sperrklausel geregelt ist, unterschätzt. Die Beschränkung der Anträge suggeriert, dass das Grundge-

[49] BVerfGE 51, 222 (233) zur weder in Art. 38 noch in Art. 28 GG geregelten Europawahl.

setz für die Gemeinden und Kreise eine Regelung zu Sperrklauseln enthalte, zu Bezirksversammlungen hingegen nicht.

Die genau gegenteilige rechtliche Bewertung findet sich beim Prozessbevollmächtigten im Verfahren VerfGH 21/16:

> „Schließlich sind auch für die Bezirksvertretungen keine anderen Betrachtungen anzustellen.“ (S. 21 der Antragsschrift v. 30.12.2016)

Richtig ist: Das Grundgesetz schweigt zu Sperrklauseln – auch zu denen im sachlichen Anwendungsbereich der Art. 38 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und es enthält einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz der Wahlgleichheit, der auch für die Wahlen zum Europäischen Parlament und zu den Bezirksversammlungen von Bedeutung sein kann. Für alle Sperrklauseln diesseits und jenseits der sachlichen Anwendungsbereich der Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gilt: Die Rechtsprechung, die sich auf allgemeine Grundsätze und auf „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ beruft, hat nur Bestand, soweit nicht „geschriebenes Verfassungsrecht“ ihr entgegensteht. Die Rechtsprechung ist offen dafür, dass im Grundgesetz eine Sperrklausel für die Wahlen zum Europäischen Parlament geregelt würde und dafür, dass in der Verfassung NRW eine Sperrklausel für die Kommunalwahlen geregelt wurde.

Die Prämisse aller bisherigen Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch des Verfassungsgerichtshofs NRW zu Sperrklauseln ist und bleibt das Schweigen der einschlägigen Verfassungen zu den Sperrklauseln. Nur weil und soweit das Grundgesetz und die Landesverfassung NRW den Verfassungsgerichten die Konkretisierung des Grundsatzes der Wahlgleichheit überlässt, kann und will diese Rechtsprechung die Spielräume des einfachen Gesetzgebers beschränken.

Dass Verfassungsgerichte Maßstäbe erst formulieren, die sie dem Gesetzgeber gegenüber dann anwenden, ist ein allgemeines Phänomen. Das beruht auf der Unbestimmtheit vieler Bestimmungen des Verfassungsrechts. Solche „maßstabsetzende Gewalt“ der Verfassungsgerichte ist keinesfalls illegitim. Sie liegt im Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsgerichte beanspruchen auch für sich, aus allgemeinen Grundsätzen der Verfassung dynamisch neue Maßstäbe zu entwickeln (so genannter Verfassungswandel). All das erfolgt auf der Grundlage der Offenheit allgemeiner Verfassungsgrundsätze auf der *höchsten* Abstraktionsebene und setzt voraus, dass Verfassungstexte auf einer *mittleren* Abstraktionsebene lückenhaft bleiben, d. h. nicht selbst die allgemeineren Grundsätze konkretisieren. So stützt sich z. B. die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf die allgemeinen Grundsätze des Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und auf das Fehlen eines speziellen Datenschutzgrundrechts im Text der Verfassung. So leitet das Bundesverfassungsgericht Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften aus Art. 3 Abs. 1 GG her, weil sich Art. 6 Abs. 1 GG nur auf die klassische Ehe beziehe. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber sowohl ein Datenschutzgrundrecht als auch die Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften im Grundgesetz explizit regeln könnte. Und

der verfassungsändernde Gesetzgeber dürfte dabei auch – statt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vertextlichen – ein geringeres als das von der Rechtsprechung angenommene Schutzniveau regeln.

Mehr noch: Eine maßstabsetzende Rechtsprechung der Verfassungsgerichte ist unter der Prämisse zu legitimieren, dass jedenfalls der verfassungsändernde Gesetzgeber sie auch korrigieren könnte. Das gilt im Übrigen auch ganz allgemein für das Verhältnis von richterlicher Rechtsfortbildung zur Gesetzgebung. Der verfassungsändernde Gesetzgeber muss die Möglichkeit haben, an die Stelle ungeschriebener Maßstäbe geschriebenes Verfassungsrecht zu setzen. Die Textlichkeit gerade auch des Verfassungsrechts ist in Art. 79 Abs. 1 GG und Art. 69 Abs. 1 S. 1 LV betont. Auch Verfassungsgerichte sind in ihrer Bindung an das geschriebene Recht und den damit veränderlichen Verfassungstext „rechtsprechende" Gewalt. Der Grundsatz der Gewaltenteilung verbietet es, verfassungsgerichtlich entwickelte Maßstäbe *gegen* einen gegebenenfalls geänderten Verfassungstext in Stellung zu bringen.

Das gilt umso mehr, wenn Rechtswissenschaftler und die Verfassungsgerichte selbst so heftig über einen solchen verfassungsgerichtlichen Maßstab streiten. Es gibt kaum eine verfassungsrechtliche Frage in Deutschland, zu der seit 1949[50] so viele nicht einstimmige Entscheidungen und so viele Sondervoten dokumentiert sind. Das gilt für das Bundesverfassungsgericht[51] ebenso wie für manches Landesverfassungsgericht[52]. Bisweilen sind Sondervoten Vorboten potentieller Rechtsprechungsänderungen.[53] Bei den beiden jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts[54] zur Sperrklausel im Europawahlrecht lag es an nur einer einzigen Stimme im Zweiten Senat, die über das Ergebnis (5:3) entschied.

Es geht also um die Klärung einer auch innerhalb der Verfassungsgerichte nachweislich umstrittenen Frage durch Änderung des Verfassungstextes. Die Feststellung von „verfassungswidrigem Verfassungsrecht" sollte nur erfolgen, wenn ein verfassungsändernder Gesetzgeber in unvertretbarer Weise Kernelemente der Verfassungsordnung in Frage stellt. Vorliegend geht es aber um eine Frage, in der mit jeweils guten Gründen sehr verschiedene Auffassungen gut vertretbar sind. Bis heute ringen die Verfassungsgerichte in Deutschland darum, ob *de constitutione lata* Sperrklauseln verboten sind und

---

[50] Das ersichtlich erste Sondervotum eines deutschen Verfassungsgerichts überhaupt stammt vom 10.6.1949 und betrifft die Sperrklauselrechtsprechung: BayVerfGH 2, 45 (49).

[51] Hingewiesen sei auf 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!). Lesenswert sind die Sondervoten *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff* (BVerfGE 129, 300 (353)) und *Peter Müller* (BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13, SV Rn. 1).

[52] Erwähnt sei das frühe Sondervotum BayVerfGH 2, 45 (49), das die Begründung der Entscheidung vom 10.6.1949 schlicht als „unmöglich" bezeichnet, die 4:4-Entscheidung des VerfGH SL, VwRR SW 1998, 91 und das Sondervotum *Hans-Peter Rueß*, VerfGH Berlin, Urteil vom 13.05.2013, 155/11, juris, Rn. 41 ff.

[53] Vgl. dazu *Peter Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, 2014, S. 142.

[54] BVerfGE 129, 300 und BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13.

inwieweit der *einfache* Gesetzgeber Spielräume hat. In einer solchen Situation liegt es sogar nahe, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber das „letzte“ und verbindliche Wort spricht und Klarheit schafft und beständige Rahmenbedingungen für den politischen Prozess.

Kein Gericht hat je auch nur angedeutet dass die richterlichen Maßstäbe für Sperrklauseln auch *de constitutione ferenda* bindend sein könnten. Und kein Verfassungsgericht hätte die Legitimation, seine eigene Maßstabsetzung gegenüber dem verfassungsändernden Gesetzgeber für die einzig relevante erklären. Sie würde damit jede andere, rational begründete Position tabuisieren – und das mit dem „Ewigkeitsanspruch“, der in jedem Verbot der Verfassungsrevision mitschwingt.

Die Umstrittenheit der Sperrklausel-Rechtsprechung hat auch zu rechts- und verfassungspolitisch unerfreulichen Szenarien geführt: Dass der Bundesgesetzgeber beim Wahlrecht zum Europäischen Parlament nach der Verwerfung der 5%-Sperrklausel einen zweiten Anlauf mit einer 3%-Sperrklausel nahm, war wohl auch der Hoffnung geschuldet, die knappe Mehrheit im Senat könne sich ändern. Der Gesetzgeber war indes nicht gut beraten, dies „auszuprobieren“. Er musste sich nicht wundern, wenn ein Verfassungsgericht dann auf die Bindungswirkung seiner Entscheidungen pocht. Auch der Bundesgesetzgeber hätte dieses Verfahren durch eine Änderung des Grundgesetzes vermeiden können. Aus vielen guten Gründen hat der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Papier[55] dem Bundesgesetzgeber die Regelung von Sperrklauseln auf Verfassungsebene empfohlen, um den Streit um Sperrklauseln für die Wahlen zum Europäischen Parlament zu beenden.

Daraus und aus der insoweit parallelen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW lernend hat sich der landesverfassungsändernde Gesetzgeber nun in NRW dazu durchgerungen, die Frage auf der Ebene der Landesverfassung zu regeln. In einer Diskussion um verfassungsrechtliche Maßstäbe, die offenbar nicht zur Ruhe kommen will, ist der Mechanismus der Verfassungsänderung geradezu darauf angelegt, dass irgendwann Zweidrittel-Mehrheiten zustande kommen, um die Frage so oder so zu klären. Im Parlamentarischen Rat wurde auf diese Option – auch auf Landesverfassungsebene – verwiesen.

Eine solche Entwicklung stellt sich als gewaltenteiliges Wechselspiel zwischen dem Verfassunggeber, dem Gesetzgeber, den Verfassungsgerichten und der verfassungsändernden Gewalt statt. Dass der verfassungsändernde Gesetzgeber am Ende dieser Entwicklung steht (vorbehaltlich weiterer Verfassungsänderungen oder einem Akt der Verfassunggebung), liegt im System begründet. Es wäre verfehlt, eine solche Verfassungsänderung als Akt des Trotzens oder des Ungehorsams wahrzunehmen. Es handelt sich nicht um eine Wiederholungsgesetzgebung auf einfachrechtlicher Ebene, welche eine Bekräftigung der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe provoziert. Vielmehr erspart die Verfassungsänderung den Verfassungsgerichten die Verlegenheit, immer neu über die Ableitbarkeit der richterlichen

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

Maßstäbe der Sperrklausel-Rechtsprechung aus dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit zu ringen (wie es die nicht enden wollende Kette von Sondervoten belegt).

In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass der Präsident des Bundesverfassungsgerichts bei der Verkündung des Urteils im NPD-Verbotsverfahren mit einem viel beachteten Hinweis noch vor der Verlesung der wesentlichen Passagen der Urteilsgründe den verfassungsändernden Gesetzgeber gleichsam adressierte: „Ob in einer solchen Situation auch andere Reaktionsmöglichkeiten sinnvoll sind – etwa der Entzug der staatlichen Finanzierung – hat nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern der verfassungsändernde Gesetzgeber zu entscheiden.“[56] Das bestätigt nicht nur das eben beschriebene Wechselspiel zwischen verfassungsgerichtlicher Maßstabsbildung einerseits und Verfassungsänderung andererseits. Vielmehr betont dies auch die Spielräume des verfassungsändernden Gesetzgebers und es macht deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht solche Spielräume gerade auch in dem Bereich der Parteienfinanzierung anerkennt, der in einer der Sperrklausel-Rechtsprechung vergleichbaren Weise bislang durch Maßstabsbildung der Verfassungsgerichtsbarkeit geprägt wird. Das ist umso bemerkenswerter, als es auch bei der Parteienfinanzierung um einen Bereich geht, in sich diese Maßstabsbildung auf den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG)[57] stützt. Das heißt mit anderen Worten: So sehr die Rechtsprechung auch den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien de constitutione lata ausdifferenziert hat, steht solche Maßstabsbildung zur Disposition der verfassungsändernden Gewalt. Dass das Bundesverfassungsgericht dies ohne Anlass von sich aus betont, spricht für sich.

Aus guten Gründen ist der Maßstab verfassungswidrigen Verfassungsrechts auf die konsentierten Kernaussagen beschränkt. Solche Kernaussagen enthalten Art. 79 Abs. 3 GG, Art. 69 LV sowie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Die Normen verbieten insoweit, die Gleichheit der Wahl als solche in Frage zu stellen. Nur der Bruch mit dem, was wir Verfassungskonsens nennen,

---

[56] (Minute 8:05 des Videos der Urteilsverkündung, https://www.youtube.com/watch?v=NVAacUe6MQI). In den Urteilsgründen finden sich hierzu zwei Passagen. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 - Rn. 527: „Eine Modifizierung dieses Regelungskonzepts, etwa hinsichtlich der Schaffung von Möglichkeiten gesonderter Sanktionierung im Fall der Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG unterhalb der Schwelle des Parteiverbots, ist dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten.“ Rn. 625: „Unterhalb der Ebene des Parteiverbots liegende Sanktionen – etwa die Kürzung oder Streichung staatlicher Finanzmittel – sind nach der geltenden Verfassungslage ausgeschlossen. Daher ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – solange der verfassungsändernde Gesetzgeber keine abweichenden Regelungen trifft – für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen des Art. 21 Abs. 2 GG kein Raum.“

[57] So noch einmal Leitsatz 1 des Beschlusses des 2. Senats des BVerfG vom 15. Juli 2015 - 2 BvE 4/12.

wird als „no go“ tabuisiert. Sperrklauseln sind kein solches konsentiertes „no go“. Erinnert sei einmal mehr an die Unentschiedenheit des Parlamentarischen Rates in dieser Frage. Zu dem vom Parlamentarischen Rat konsentierten Rahmen gehörte zwar sicher das dem Demokratieprinzip inhärente Egalitätsprinzip und damit auch der Grundsatz der Wahlgleichheit als solcher, aber eben nicht das später richterrechtlich entwickelte ungeschriebene Verfassungsrecht für Sperrklauseln.

Es geht hier nicht um das allgemeine und oft diskutierte Bedürfnis, die Spielräume des einfachen Gesetzgebers nicht durch eine strenge Verfassungsrechtsprechung zu stark zu beschränken, sondern um die viel weiteren Spielräume verfassungsändernder Gesetzgeber, die bei der Idee des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ stets mitzudenken sind.

4. Die Möglichkeit auf Landesverfassungsebene Sperrklauseln zu regeln und dadurch den allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit verfassungstextlich auszugestalten

Die unter 3. dargelegten Erwägungen bestätigen sich, wenn wir die Funktion des verfassungsändernden Gesetzgebers auch in ein Verhältnis zum einfachen Gesetzgeber setzen. Die Legitimation des einfachen Gesetzgebers beruht in einer Demokratie auf dem Gedanken, jederzeit das Recht anpassen zu können, wenn sich Umstände oder ihre Bewertung ändern und wenn gegebenenfalls die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse wechseln. Die einfache Gesetzgebung ist darauf angelegt, auf jeweils aktuelle Zustände reagieren zu können. Im Falle der Sperrklauseln trägt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dem Gesetzgeber sogar auf, die Wirkungen gegebenenfalls geltender Sperrklauseln zu beobachten und deren Rechtfertigung und Weitergeltung immer wieder neu zu beurteilen.

Die dem verfassungsändernden Gesetzgeber zugewiesene verfassungsändernde Gewalt beruht auf einem ganz anderen Gedanken: Regelungen auf Verfassungsebene sind auf Dauerhaftigkeit angelegt. Die formale Hürde einer Zweidrittel-Mehrheit hat ihren Sinn gerade darin, dass nicht jeder Wechsel der parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse die Verfassung zur Disposition soll stellen können. Denn gerade auch der einfache Gesetzgeber soll an die vorrangige Verfassung gebunden sein. Die einfache Gesetzgebung einerseits und die verfassungsändernde Gewalt andererseits sind deshalb verfassungstheoretisch zwei verschiedene Gewalten, auch wenn beide Funktionen dem Gesetzgeber zugewiesen sind. Die Option der Verfassungsänderung durch ein qualifiziertes Gesetzgebungsverfahren ist die in vielen Verfassungen geregelte Alternative dazu, die Verfassungsrevision besonderen Organen vorzubehalten. Beständigkeit und Vorrang der Verfassung ergänzen sich wechselseitig. Das bedeutet, dass nicht nur die Einführung neuer Regelungen in die Verfassung, sondern auch deren Abschaffung erschwert ist. Deshalb ist es fernliegend und systemwidrig, vom verfassungsändernden Gesetzgeber eine Rechtfertigung zu verlangen, die die Auswertung konkreter Erscheinungen impliziert und die jeweils aktuelle Tatsachenentwicklung berücksichtigt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wird dem Wesen der ihm zugewiesenen verfassungsändernden Gewalt vielmehr gerade dadurch gerecht, dass er von aktuellen Zuständen und Umständen abstrahiert und sich auf modellhafte Überlegungen stützt, die Allgemeingültigkeit und Dauerhaftigkeit beanspruchen. Wenn solche Modelle – wie hier – auch noch

von Statistikern[58] entwickelt und empirisch belegt werden, hat der verfassungsändernde Gesetzgeber alles getan, was man von ihm wird erwarten, geschweige denn rechtlich wird einfordern können.

Dass es fernliegend ist, vom verfassungsändernden Gesetzgeber konkrete Nachweise einer aktuellen Funktionsunfähigkeit zu erwarten, ist auch in der Rechtsprechung anerkannt. Der Mechanismus der Korrektur einer Rechtsprechung durch Verfassungsänderung folgt nach dem Verfassungsgerichtshof Berlin einer anderen Logik:

> „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." [59]

Zu den Grundideen des demokratischen Verfassungsstaates gehört es, die Spielregeln des politischen Systems, das seinerseits auf den inhaltlichen Wechsel angelegt ist, mit Vorrang und Beständigkeit auf Verfassungsebene zu regeln. Das Wahlrecht ist ein zentraler Gegenstand dieses Staatsorganisationsrechts. Verfassungen unterscheiden sich darin, in wieweit sie Grundsätze des Wahlrechts unmittelbar regeln und inwieweit sie auch diese dem einfachen Gesetzgeber überlassen. In deutschen Verfassungen auf Landes- und Bundesebene finden sich jeweils viele Beispiele für Verfassungstexte, die etwa die Wahlgrundsätze explizit regeln bzw. nicht regeln, Sperrklauseln enthalten oder nicht enthalten sowie das System der Verhältniswahl vorgeben bzw. nicht vorgeben. Es ist eine rein verfassungspolitische Frage, ob wir die Lücken geschriebener Verfassungen in Bezug auf das Wahlrecht als deren Unvollkommenheit negativ oder als Moment der Offenheit positiv bewerten. Tatsache ist, dass sich manchmal – aber eben nicht immer – in Prozessen der Verfassunggebung bzw. der Verfassungsänderung der Wille und die Einigkeit zur Gestaltung dieser Systemfragen auf Verfassungsebene bildet und durchsetzt. Dass das Wahlrecht als Teil des Staatsorganisationsrechts ein typischer Gegenstand deutscher Verfassungen (vor allem auf Landesebene) ist, kann bereits mit vielen Beispielen belegt werden:

In gut der Hälfte der Bundesländer sind 5%-Sperrklauseln bezogen auf die Landtagswahlen explizit in den Texten der Landesverfassungen entweder verfassungsunmittelbar[60] oder als Ausgestaltungsoption und -grenze für den Wahlgesetzgeber[61] geregelt. Diese Regelungen genießen keine große Aufmerksamkeit, zumal in allen anderen Ländern solche 5%-Sperrklauseln einfachgesetzlich geregelt sind und

---

[58] *Pukelsheim/Maier/Leutgäb*, Zur Vollmandat-Sperrklausel im Kommunalwahlgesetz, NWVBl. 2009, 85 (87).
[59] VerfGH Berlin, Urteil vom 13.05.2013, 155/11, juris, Rn. 29.
[60] Art. 14 Abs. 4 BV; Art. 39 Abs. 2 Verf Berlin; Art. 75 S. 4 Verf Bremen; Art. 8 Abs. 3 Verf Niedersachsen; Art. 49 Abs. 2 Verf Thüringen.
[61] Art. 28 Abs. 3 Verf Baden-Württemberg; Art. 75 Abs. 3 S. 2 Verf Hessen; Art. 80 Abs. 3 S. 2 Verf Rheinland-Pfalz.

zumal nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und aller Landesverfassungsgerichte 5%-Sperrklauseln bei *Parlamentswahlen* keinen (besser: jedenfalls keinen durchgreifenden) verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Das Bundesverfassungsgericht hat Sperrklauseln mit dem „gemeindeutschen Satz von 5%“[62] für den Bereich der Parlamentswahlen als Wahlrechtstradition akzeptiert.

Seit 1998 existiert mit Art. 70 Abs. 2 S. 2 Verf Berlin ein Beispiel für eine verfassungsunmittelbare Regelung, die nicht die Parlamentswahlen betrifft: „Auf Bezirkswahlvorschläge, für die weniger als drei vom Hundert der Stimmen abgegeben werden, entfallen keine Sitze.“ Der Verfassungsgerichtshof Berlin ist zu dem zutreffenden Ergebnis gekommen, dass diese Verfassungsänderung kein verfassungswidriges Verfassungsrecht darstellt – freilich ohne die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, der nämlich für derartige Bezirksversammlungen nicht gilt, klären zu müssen. Diese Regelung ist zum Vorbild auch für Art. 4 Abs. 3 der Verfassung Hamburg geworden.

Dass nunmehr mit NRW auch eine Landesverfassung für den Bereich der Wahlen der Gemeinden und Kreise eine solche Sperrklausel-Ermächtigung regelt, ist nicht mehr und nicht weniger als ein weiterer Baustein einer kontinuierlichen Entwicklung. Dass gerade NRW diesen weiteren Schritt geht, liegt nahe, da die Funktionsfähigkeit auch der Räte in den vielen dortigen Großstädten besonders wichtig für dieses Land ist. Außerdem nimmt sie auf Besonderheiten des Kommunalverfassungsrechts in NRW Rücksicht (dazu 7.). Die Entwicklung in Deutschland zeigt zudem insgesamt, dass die Verfassungen zunehmend als der Ort erkannt werden, um diese staatsorganisationsrechtliche Frage auch textlich zu regeln. NRW geht hier keinen „Sonderweg“ (so aber Kollege Pieroth als Vertreter des Antragstellers im Parallelverfahren VerfGH 11/16).

Während der Text des Grundgesetzes sowohl zur speziellen Frage der Sperrklauseln als auch zur Frage des Wahlsystems schweigt, legen sich mehr als die Hälfte der Landesverfassungen – jedenfalls für die Parlamentswahlen – auf die *Verhältniswahl*[63] bzw. auf eine Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl[64] fest. Historischer Vorläufer ist insoweit die Weimarer Reichsverfassung, die das Verhältniswahlsystem in Art. 22 Abs. 1 S. 1 WRV für die Reichstagswahlen regelte und in Art. 17 S. 1 S. 2 WRV auch für die Länder vorgab und damit den *wahlrechtlichen Systemwechsel* vom Kaiserreich zur Weimarer Zeit in den Verfassungstext aufnahm.

Bemerkenswert sind auch die Kombinationen von Regeln zum Wahlsystem und zu Sperrklauseln. Rein textlich gibt es seit langem in Deutschland nebeneinander insoweit vier Typen, nämlich Verfassungsordnungen, die

[62] BVerfGE 1, 208.
[63] Art. 41 Abs. 1 S. 3 Verf NRW; Art. 80 Abs. 1 Verf Rheinland-Pfalz; Art. 41 Abs. 1 S. 2 Verf Sachsen; Art. 66 Abs. 1 S. 2 Verf Saarland; so auch Art. 75 Abs. 1 Verf Hessen a. F. (1946-50).
[64] Art. 22 Abs. 3 S. 2 Verf Brandenburg; Art. 20 Abs. 2 S. 2 Verf Mecklenburg-Vorpommern; Art. 42 Abs. 1 Verf Sachsen-Anhalt; Art. 10 Abs. 2 S. 3 Verf Schleswig-Holstein; Art. 49 Abs. 2 Verf Thüringen.

- das Verhältniswahlrecht vorgeben, ohne sich zur Zulässigkeit einer Sperrklausel zu verhalten (Typ 1: Weimar 1919)[65],
- eine Sperrklausel zulassen, ohne das Verhältniswahlrecht (dieses freilich für die Relevanz der Sperrklausel voraussetzend) vorzuschreiben (Typ 2: Bayern 1946)[66],
- sowohl das Verhältniswahlrecht vorgeben als auch in dessen Anwendungsbereich eine Sperrklausel zulassen (Typ 3: Hessen 1946)[67],
- weder das Verhältniswahlrecht vorgeben, noch sich zur Zulässigkeit einer Sperrklausel verhalten (Typ 4: Grundgesetz 1949)[68].

Dieser heterogene und diskontinuierliche[69] Textbefund steht in bemerkenswertem Gegensatz zu einer homogenen und kontinuierlichen Rechtsprechung. Das liegt aber daran, dass die Rechtsprechung schon seit jeher Rücksicht genommen hat auf die in Landesverfassungen regelten Sperrklauseln: Der Unterschied, den diese Rechtsprechung zwischen den „echten" Parlamenten auf Landes- und Bundesebene einerseits und den Vertretungen auf der Kommunalen und der Europäischen Ebene andererseits macht, ist nicht nur Sachargumenten geschuldet, sondern auch die Konsequenz eines vorläufig vorgefundenen Textbefundes. Das Bundesverfassungsgericht nimmt Rücksicht gegebenenfalls auch auf Textbefunde nur in einzelnen Landesverfassungen. Erinnert sei noch einmal daran, dass schon der Reichsstaatsgerichtshof, der vom Bundesverfassungsgericht explizit rezipiert wurde, seine eigene Maßstabbildung unter den Vorbehalt abweichenden Landesverfassungsrechts gestellt hatte.[70]

Diese Argumentation ins Gegenteil verkehren zu wollen (so Kollege Pieroth als Vertreter des Antragstellers im Parallelverfahren VerfGH 11/16), entlarvt die Prämissen aller Versuche, eine solche Verfassungsänderung angreifen zu wollen, als Irrweg:

> „Diese Argumentation lässt sich leicht ins Gegenteil verkehren: Gerade weil dem Demokratieprinzip besagte Pflichten des Gesetzgebers (LM: Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Abänderungspflichten) zu entnehmen sind, dürfen diese nicht dadurch unterlaufen werden, dass an eine Sperrklausel auf die Ebene des Landesverfassungsrechts ‚hochzont', wo entsprechende Obliegenheiten dann *in der Tat systemfremd* anmuten (LM: Das wird immerhin erkannt). Der Umstand, dass Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Abänderungspflichten von der verfassungsändernden Gewalt *kaum praktikabel befolgt werden können*,

[65] So die WRV und heute die Verfassungen von Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.
[66] So die Verfassungen von Bayern (seit 1946), Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hessen (seit 1950) und Niedersachsen.
[67] So zunächst (1946-1950) die Verfassung von Hessen und nunmehr die Verfassungen von Rheinland-Pfalz und Thüringen.
[68] So das Grundgesetz und die Verfassung von Hamburg sowie die Landessatzung Schleswig-Holstein in ihrer ursprünglichen Fassung (vgl. BVerfGE 1, 208 (246)).
[69] Ein Modellwechsel erfolgte vor allem auf Bundesebene zwischen der WRV und dem Grundgesetz (1949), aber auch in Hessen (1950).
[70] StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1 (7): „...es sei denn, daß den (...) für den Beschluß einer Verfassungsänderung aufgestellten Erfordernissen bei Erlaß des württembergischen Landeswahlgesetzes genügt worden ist.".

> zeigt mithin, dass Sperrklauseln dort, wo sie nicht generell der Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (Bundestag, Landtage) dienen, *in einer Verfassung fehl am Platze sind*."

Aus der Not, nicht bestreiten zu können, dass die bisherige Rechtsprechung zu Sperrklauseln nicht auf Verfassungsänderungen übertragbar ist (dazu unter 5.), wird die Idee des Verfassungsvorbehaltes auf den Kopf gestellt. Während andere darüber nachdenken, ob bestimmte Systementscheidungen nur auf Verfassungsebene getroffen werden können (sog. Verfassungsvorbehalt), wird hier angenommen, es gäbe auch einen umgekehrten Vorbehalt des einfachen Rechts. Richtig ist: Die Frage, ob neuere Verfassungen bisweilen zu viele Detailregelungen enthalten, ist eine rein verfassungspolitische. Vorliegend geht es aber gar nicht um solch einen Fall, sondern um eine Systemfrage. Dass es „fehl am Platze" sein soll, eine solche Systemfrage in einer Verfassung zu regeln, widerspricht der Verfassungsidee. Konsequent weiter gedacht, wäre nach dieser Auffassung eine solche Verfassungsänderung auch dann verfassungswidriges Verfassungsrecht, wenn ein entsprechendes einfaches Gesetz (etwa wegen des hinreichenden Nachweises aktueller Funktionsunfähigkeiten) gerechtfertigt wäre. Zwar kennen Verfassungen Formvorgaben, die auch den Gesetzgeber binden können (z. B. Vorbehalte des Gesetzes oder Verbote des Einzelfallgesetzes). Aber es gibt keinen überpositiven Grundsatz, der bestimmte Regelungsmaterien dem einfachen Gesetzgeber vorbehält und dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzieht. Eine Verfassungsänderung ist formell verfassungsmäßig, wenn das für sie geregelte Verfahren beachtet wurde. Eine daneben und neben den materiellen Grenzen der Verfassungsänderung existierende Kategorie des allein wegen der Form der Verfassungsänderung „verfassungswidrigen Verfassungsrechts" gibt es nicht. Wer eine solche Kategorie zum Schutz der von Verfassungsgerichten entwickelten Maßstäben entwickelt, dreht das Verhältnis zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung um.

Der Vertreter der Antragstellerin im Verfahren VerfGH 15/16 argumentiert ähnlich, nur eine Sperrklausel-Ermächtigung wäre zulässig, nicht aber eine verfassungsunmittelbare Sperrklausel. Richtig ist, dass das zwei verschiedene Ausgestaltungsformen sind, zwischen denen sich der verfassungsändernde Gesetzgeber entscheiden kann. Klar wäre aber auch, dass eine explizite verfassungsrechtliche Sperrklausel-Ermächtigung nur den Sinn haben könnte, die Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgleichheit auszugestalten. Eine solche Ermächtigung würde also die grundsätzliche Zulässigkeit einer Sperrklausel verfassungstextlich zu regeln und den Gesetzgeber von den Rechtfertigungsanforderungen der Rechtsprechung entbinden (was nur durch Verfassungsänderung möglich ist). Eine solche Ermächtigung hätte gegebenenfalls weiter den Sinn, die Zulässigkeit einer Sperrklausel verfassungstextlich auf einen Höchstprozentsatz zu begrenzen. Aber es existiert kein umgekehrter Verfassungsvorbehalt: Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist frei, ob er die Sperrklausel direkt in der Verfassung regelt oder dies dem einfachen Gesetzgeber in Form einer Ermächtigung überlässt.

5. Warum die Maßstäbe, die die Rechtsprechung für die Regelung *einfachrechtlicher* Sperrklauseln entwickelt hat, von ihrem Wesen her nicht geeignet sind, die *verfassungsändernde* Gewalt zu binden

Die richterlich entwickelten Maßstäbe der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW und des Bundesverfassungsgerichts zu kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln sind in wesentlichen Punkten spezifisch und konzeptionell auf die Bindung gerade des *einfachen* Gesetzgebers bezogen. [71] Das gilt sowohl für die wichtigste Prämisse als auch für die wichtigsten praktischen Folgen:

a) Die Sperrklausel-Rechtsprechung beruht seit 1952 auf dem Gedanken der „*Folgerichtigkeit*“[72]. Das Bundesverfassungsgericht stand damals vor dem Dilemma, die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs fortführen zu wollen, ohne sich dazu normativ auf die Festlegung der Verfassung auf das Verhältniswahlrecht berufen zu können. Das Grundgesetz enthielt keine dem Art. 17 Abs. 1 S. 2 WRV entsprechende Festlegung, auf die sich der Reichsstaatsgerichtshof gestützt hatte. Diese Lücke füllt das Bundesverfassungsgericht so: Statt inhaltliche Maßstäbe unmittelbar aus einer vorgegebenen Verfassungsordnung abzuleiten, nimmt es den Gesetzgeber mit seinem eigenen Willen beim Wort. Es handelt sich also um einen *Selbstbindungs*mechanismus.

Die Prämisse dieses Ansatzes lautet, dass der einfache Gesetzgeber (und nicht die Verfassung) die Grundentscheidung selbst trifft, nämlich zugunsten eines Verhältniswahlrechts. Die Rechtsprechung betont[73], der einfache Gesetzgeber sei frei, sich zwischen Mehrheitswahl und Verhältniswahl zu entscheiden. Aus dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit leitet die Rechtsprechung dann die Konsequenzen seiner Sperrklausel-Rechtsprechung ab. Weil mit der Grundentscheidung zugunsten des Verhältniswahlrechts verbunden sei, den Grundsatz der Proportionalität optimieren zu können und zu wollen, seien Einschränkungen der Erfolgsgleichheit der Stimmen inkonsequent, also nicht folgerichtig. Das setzt aber voraus, dass in der Verfassung weder die Grundentscheidung für ein Wahlrecht getroffen wurde, noch dass die Wahlgleichheit verfassungsrechtlich mit einer Öffnungsklausel zugunsten von Sperrklauseln ausgestaltet wird.

Mit einer Verfassungsänderung wird dem Mechanismus der Folgerichtigkeit der Boden entzogen: Erstens trifft nicht mehr der einfache Gesetzgeber eine Grundentscheidung, sondern auf der Ebene der Verfassung wird die Systementscheidung getroffen. Wenn die Rechtsprechung die Folgerichtigkeit als verfassungsrechtliche Konsequenz einer einfachrechtlichen Systementscheidung markiert, dann kann daran nicht die verfassungsändernde Gewalt gemessen werden. Zweitens bedeutet diese verfassungsrechtliche Systementscheidung inhaltlich, dass mit einer solchen Verhältniswahl eben nicht die Grundentscheidung getroffen wurde, primär die Proportionalität und allenfalls nachrangig die Funktionali-

[71] Auf den „Begründungshintergrund“ der Rechtsprechung zu einfachrechtlichen Sperrklauseln verweist auch *Wolfgang Roth*, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015, S. 107.
[72] Grundlegend: BVerfGE 1, 208 (246).
[73] So bereits BVerfGE 3, 383 (398): „da er sich für die verschiedensten Wahlsysteme entscheiden kann“.

tät optimieren zu wollen. Vielmehr bedeutet die Grundentscheidung der Verfassung nunmehr, einem Mischmodell des Ausgleichs zwischen Proportionalität und Funktionalität zu folgen, nämlich die Verhältniswahl mit einer Sperrklausel zu verbinden. Das Argument der Funktionalität wird damit selbst systembegründend. Einer zur Optimierung der Funktionalität geregelten Sperrklausel kann dann nicht entgegengehalten werden, sie sei nicht folgerichtig, weil sie von einer zuvor anders getroffenen Systementscheidung abweiche.

Die Politikwissenschaft und der Rechtsvergleich lehren uns, dass es plausibel ist, ein „Verhältniswahlrecht mit Sperrklausel" als in sich keinesfalls widersprüchliche Systementscheidung anzuerkennen: Es gibt nicht nur zwei Wahlsysteme (Mehrheitswahlrecht/Verhältniswahlrecht), deren Zweck und Optimierung gleichsam immanent vorgegeben sind oder gar mathematisch zwingend[74] wären. In der Wissenschaft hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Einordnung denkbarer und im Rechtsvergleich praktizierter Wahlverfahren hinsichtlich der mehr oder weniger großen Einschränkung der Erfolgswertgleichheit der Stimmen auf einer kontinuierlichen Skala liegen.[75] Neben den Kriterien des Wahlsystems sind dabei vor allem die Größe der Stimmbezirke und die Zahl der Sitze und bei Sperrklauseln deren Höhe und Bezugsrahmen von Bedeutung. Die reine Verhältniswahl, bei der in einem einzigen Wahlkreis ohne eine Sperrklausel die Stimmen auf mehrere Hundert Vertreter verteilt werden können (und dadurch auch die faktische Sperrklausel weit unter 0,5% sinkt), läge in diesem Modell auf der einen Seite der Skala, ist aber in der Praxis – auch in Deutschland – ein exotischer Sonderfall[76] und nicht das Maß der Dinge. Auf der anderen Seite der Skala läge das Mehrheitswahlrecht. In der politikwissenschaftlichen Wahlsystemforschung werden diese Systeme als grundsätzlich gleichwertig behandelt und es wird auch insbesondere bestritten, dass in der Mitte das Ideal liege.[77] Die „Verhältniswahl mit Sperrklausel" wurde dabei als eigenständiger Systemtypus in der Politikwissenschaft herausgearbeitet[78] und auch in der Verfassungsrechtswissenschaft anerkannt.[79] Die Verhältniswahl mit oder ohne Sperrklausel stellen also zwei Typen des Wahlrechts dar. „Die Sperrklausel ist damit konsti-

[74] Dagegen *Harry Brighouse/Marc Fleurbaey*, Democracy and Proportionality, Journal of Political Philosophy 18 (2), 2010, 137 (145); zustimmend *Nohlen*, JöR NF 62 (2014), 11 (19); vgl. auch BVerfGE 1, 208 (247).

[75] *Hans Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung, 1973, S. 159 ff.; *Lenz*, AöR 121 (1996), 337 (342) mit umfangreichen Nachweisen; *Jochen Abraham Frowein*, in: BMI (Hrsg.), Rechtsgutachten zu der Vereinbarkeit der Verhältniswahl in kleineren Wahlkreisen (Dreierwahlkreisen) mit dem Grundgesetz, 1968, S. 5 (12); *Roman Herzog*, ebenda, S. 33 (72); *Bull*, DVBl. 2014, 1213 ff.; *Werner Heun*, Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, S. 115; *Eberhard Schütt*, Wahlsystemdiskussion und parlamentarische Demokratie, 1973, S. 37; *Ulrich Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 155; *Eckhard Jesse*, Wahlen. Bundesrepublik Deutschland im Vergleich, 1988, S. 60 f.; *Richard Rose*, Electoral Systems: A Question of Degree or Principle?, in: Choosing an Electoral System, Issues and Alternatives, S. 73 ff.

[76] Zu verweisen wäre auf die Volkskammerwahl in der Noch-DDR am 18.03.1990; dazu *Lenz*, AöR 121 (1996), 337 (340).

[77] *Arend Lijphart*, Trying to Have the Best of Both Worlds: Semi-Proportional and Mixed Systems, in: ders./Grofman (Ed.), Choosing an Electoral System, Issues and Alternatives, 1984, S. 207 ff.

[78] *Nohlen*, JöR NF 62 (2014), 11 (13, 23); *ders*., Wahlsysteme der Welt, 1978, S. 60.

[79] *Jochen Abraham Frowein*, in: BMI (Hrsg.), Rechtsgutachten zu der Vereinbarkeit der Verhältniswahl in kleineren Wahlkreisen (Dreierwahlkreisen) mit dem Grundgesetz, 1968, S. 5 (12).

tutiver Teil und nicht ein systemfremder Teil des vereinbarten Wahlsystems.“[80] Durch Bestreiten dieser Tatsache „verschließen sich Fragen“, die anderen, ihrerseits „ureigenen Funktionen von Wahlsystemen entsprechen und den Unterschied zwischen ihnen ausmachen“ [81].

Dass ein verfassungsändernder Gesetzgeber ein auch wissenschaftlich mindestens gut vertretbares Modell zur Grundlage einer staatsorganisationsrechtlichen Systementscheidung macht, kann ihm verfassungsrechtlich nicht vorgeworfen werden. Würde ein Verfassungsgericht dagegen die auf dem Gedanken der Folgerichtigkeit beruhende Rechtsprechung zu Sperrklauseln in Ansatz binden, würde aus einem Selbstbindungsmechanismus ein Fremdbindungsmechanismus. Ein Verfassungsgericht müsste dann eine eigene Systementscheidung an den Anfang setzen anstelle der Grundentscheidung des Gesetzgebers.

b) Dem Gesetzgeber von Sperrklauseln obliegen nach der Rechtsprechung qualifizierte *Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Änderungspflichten*. Diese gelten nicht nur für die (Wieder-)Einführung von Sperrklauseln, sondern gegebenenfalls auch für deren dauerhafte Beibehaltung. Wenn die Rechtsprechung dem Gesetzgeber versagt, die Einführung von Sperrklauseln auf eine abstrakte Gefahr von Funktionsbeeinträchtigungen zu stützen, und den Nachweis konkreter Funktionsstörungen verlangt, dann kann das konzeptionell nicht für die verfassungsändernde Gewalt gelten. Denn Verfassungsnormen haben per se ein hohes Abstraktionsniveau (bzw. sollten es haben!) und vom verfassungsändernden Gesetzgeber erwarten wir vor allem abstrakte Erwägungen und weniger Reaktionen auf konkrete Befunde. Das gilt auch, wenn in Verfassungen das Prinzip der Wahlgleichheit durch Sperrklauselregelungen ausgestaltet wird. Die Abstraktionsleistung der Verfassunggebung bzw. der verfassungsändernden Gewalt erschöpft sich nicht in den ganz allgemeinen Grundsätzen auf der höchsten Abstraktionsebene, sondern erstreckt sich auch auf deren gegebenenfalls verfassungsunmittelbare organisationsrechtliche Ausgestaltung. Insbesondere auch Anpassungspflichten können sich geradezu denknotwendig nur an den einfachen Gesetzgeber richten. Denn Verfassungen sind auf Langfristigkeit und der Mechanismus der Verfassungsänderung auf erschwerte Änderbarkeit angelegt.

6. Die Bedeutung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gegenüber dem landesverfassungsändernden Gesetzgeber

Soeben wurde gezeigt, dass die bisherige auf Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gestützte Rechtsprechung zu kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln des einfachen Rechts nicht auf landesverfassungsrechtliche Sperrklausel-Ermächtigungen übertragbar ist. Daran schließt sich die Frage an, wie Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG – soweit wir seine Anwendbarkeit überhaupt auf diese Konstellation erstrecken[82] – im

[80] *Nohlen*, JöR NF 62 (2014), 11 (23).
[81] *Nohlen*, JöR NF 62 (2014), 11 (18).
[82] Vertretbar wäre es auch, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG als Maßstab nur auf einfachgesetzliche Regelungen des Landesrechts anzuwenden.

vorliegenden Zusammenhang neu zu interpretieren ist. Mit dieser Frage, die sich bisher nicht stellte, wird verfassungsdogmatisches Neuland betreten.

Der Sinn des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ist, Elemente des in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG vorgegebenen Demokratieprinzips zu konkretisieren. Das Demokratieprinzip selbst – und zumal der in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Kern – ist für sehr unterschiedliche Konzeptionen offen. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gibt einzelne Elemente vor, die die Länder bei der Ausgestaltung ihres demokratischen Systems jedenfalls zu berücksichtigen haben.

Die Formulierung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ist der des Art. 38 Abs. 1 GG angelehnt. Welchen Mehrwert der Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gegenüber dem Demokratieprinzip i. S. d. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG hat, ist für jeden Wahlgrundsatz gesondert zu bestimmen. Dieser normative Mehrwert des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG schwankt zwischen einer eher deklaratorischen, klarstellenden Bedeutung und einer echten Konkretisierung des Demokratieprinzips. Hätte der Verfassunggeber in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG nur solche Elemente genannt, die dem Demokratieprinzip nicht bereits immanent sind, wäre der Leser darüber gestolpert.

Eine nur deklaratorische Bedeutung dürfte der Grundsatz der „freien Wahl“ haben. Denn eine unfreie Wahl wäre per se undemokratisch und deshalb auch ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Demgegenüber hat der Grundsatz der „Unmittelbarkeit der Wahl“ einen Mehrwert. Denn es wäre gut vertretbar, ein System mit Vertretern bzw. Wahlleuten nicht auch als Verstoß gegen den Kern des Demokratieprinzips zu verstehen.

Für die Wahlgleichheit enthält Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gegenüber den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG sowohl einen klarstellenden Aspekt als auch einen begrenzten Mehrwert:

Erstens hat der Grundsatz der Wahlgleichheit eine klarstellende Bedeutung insoweit, als Wahlgleichheit – wie es die historische Auslegung nahelegt – verstanden wird als Zählgleichheit der Wahl. Historisch betrachtet ist der Grundsatz der Wahlgleichheit in deutschen Verfassungen die Absage an ein Klassenwahlrecht. Das hat aber nur eine deklaratorische Bedeutung, weil der Grundgedanke der Egalität dem Demokratieprinzip immanent ist. Immerhin stellt Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG klar, dass dieser Grundgedanke nicht nur für Parlamentswahlen, sondern auch für Kommunalwahlen streng gilt.

Zweitens hat der Grundsatz der Wahlgleichheit in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG den normativen Mehrwert, den die Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten gegenüber der *einfachen* Gesetzgebung in den Ländern herausgearbeitet hat. Diese Rechtsprechung einerseits wie ihre Beschränkung auf die einfache Gesetzgebung andererseits steht im Einklang mit dem Willen des Parlamentarischen Rates: Denn der Parlamentarische Rat überließ der Rechtsprechung bewusst die Maßstabsetzung für Sperrklauseln, legte aber auch zugrunde, dass sowohl durch eine spätere Änderung des Grundgesetzes als auch durch Verfassungsbestimmungen auf der Landesebene Sperrklauseln geregelt werden könnten. Dieser historische Wille ist auch bei der Interpretation des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zu berücksichtigen,

da bei den Beratungen zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG das Thema Sperrklauseln nicht noch einmal aufgegriffen wurde.

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 (und ist damit seinerseits durch Art. 79 Abs. 3 GG verbürgt), 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 *verfassungsrechtlichen* Ausgestaltungsspielräumen der Länder. Das ist zu bedenken, wenn Aspekte des Wahlrechts von den Ländern teils auf einfachgesetzlicher Ebene und teils auf Verfassungsebene geregelt werden. Das wird im Ergebnis dann relevant, wenn – wie hier – die Rechtsprechung bei der Auslegung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG in Fällen einfachgesetzlicher Sperrklauseln Maßstäbe entwickelt hat, die nur gegenüber dem einfachen Gesetzgeber passen und die vergleichsweise engmaschige Bindungen enthalten, die selbst dem einfachen Gesetzgeber gegenüber umstritten sind. Das ist zutreffend so beschrieben worden, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG nicht nur Homogenität, sondern Identität bedeute.[83] Aber das kann nur legitim sein, soweit solche Dogmatik Spielräume des einfachen Gesetzgebers beschränkt und unter dem Vorbehalt einer Änderung des Landesverfassungsrechts steht.

Das bedeutet hier: Eine Landesverfassung, die einen der Wahlgrundsätze als solches in Frage stellte, verstieße gegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Die Länder müssen 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. Dieser Ausgestaltungswille des verfassungsändernden Gesetzgebers spiegelt sich auch in der Formulierung: Die Sperrklausel-Regelung ist ohne jedes „wenn und aber“ an die Bekräftigung der Wahlgrundsätze inklusive der Wahlgleichheit angefügt worden. Unabhängig davon, welche rechtliche Bedeutung wir dem Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zumessen, wird hier der Wille deutlich, keine zu rechtfertigende Einschränkung der Wahlgleichheit zu schaffen, sondern auf die in den Texten des Grundgesetzes ebenso wie der bisherigen Landesverfassung bisher offene Frage, was Wahlgleichheit eigentlich bedeutet und wie sie verwirklicht werden soll, eine Antwort auf Verfassungsebene zu geben.

Die Argumentationslast, dass das gleichsam selbstwidersprüchlich ist, liegt bei den Antragstellern. Diese haben aber keine Argumente dafür, dass eine 2,5-Prozentklausel im Kommunalwahlrecht den Rahmen dessen verlässt, was plausibel als verfassungsgesetzliche Ausgestaltung der Wahlgleichheit bezeichnet werden kann.

---

[83] *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 14 Rn. 3 unter Verweis auf: *Michael Nierhaus*, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 18, der dies weder so klar ausspricht, noch die damit verbundene Frage der bundesstaatlichen Legitimität einer solchen Verengung stellt, sondern im Gegenteil von „Homogenität“ spricht.

7. Die Allzuständigkeit des Rates als Besonderheit des Kommunalrechts in NRW

Die Allzuständigkeit des Rates ist eine Besonderheit des Kommunalrechts in NRW. Mit dieser Ausgestaltung hat die Funktionsfähigkeit der Räte in NRW im Vergleich zum „reinen" Modell der süddeutschen Bürgermeisterverfassung eine gesteigerte Bedeutung. Die Alternative wäre, die Aufgaben der Räte zu beschränken und die Funktionsfähigkeit der Gemeindeorgane durch noch weiter reichende Kompetenzen des Bürgermeisters zu stärken.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Verfassungsgerichtshofs NRW zu einfachgesetzlichen 5%-Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht führt zu folgender Unterscheidung: Eine 5%-Sperrklausel ist eher gerechtfertigt, wenn der Rat auch den Bürgermeister wählt (norddeutsches Modell der Ratsverfassung) und sie ist eher nicht gerechtfertigt, wenn der Rat neben dem direkt gewählten Bürgermeister steht (süddeutsches Modell der Bürgermeisterverfassung). Dahinter steht folgende Erwägung, die auch die Rechtfertigung von Sperrklauseln bei Parlamentswahlen trägt: Für das Gewicht des Arguments der Funktionsfähigkeit kommt es darauf an, in wieweit eine Funktionsbeeinträchtigung in dem gewählten Gremium durch die Funktionsfähigkeit anderer, direkt gewählter Organe aufgefangen werden kann.

Der Rechtsprechung, insbesondere auch derjenigen des Verfassungsgerichtshofs NRW, ist zu entnehmen, dass Funktionsfähigkeit kein Pauschalargument ist, um Sperrklauseln zu rechtfertigen. Das Argument der Funktionsfähigkeit ist zu gewichten und richtet sich nach den Aufgaben des zu wählenden Organs. Eine somit notwendige Differenzierung darf sich aber nicht darin erschöpfen, schwarz-weiß zwischen Ratsverfassung und Bürgermeisterverfassung zu unterscheiden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Kommunalrecht in NRW mit der „*Allzuständigkeit des Rates*" nach § 41 Abs. 1 GO NRW eigene Wege beschreitet. Dieses Modell NRW stellt im Vergleich zum norddeutschen bzw. süddeutschen Modell ein drittes Modell bzw. einen Mittelweg dar. Im Modell NRW wird zwar (ähnlich dem süddeutschen Modell) der Bürgermeister direkt gewählt, aber der Rat hat (ähnlich dem norddeutschen Modell) die Allzuständigkeit. Wenn es im Rat zu Schwierigkeiten bei der Mehrheitsbildung kommt, dann existiert zwar gegebenenfalls ein Bürgermeister. Aber dessen Kompetenzen sind auf die laufende Verwaltung beschränkt, wobei § 41 Abs. 3 GO NRW auch für diese einen Vorbehalt des Rates regelt.

Nur mehrheitlich kann der Rat nach § 41 Abs. 2 S. 1 GO NRW weitere Kompetenzen auf den Bürgermeister übertragen. Der Rat hat in diesem Modell zwar nicht die Aufgabe, den Bürgermeister zu wählen. Aber von seiner Mehrheitsfähigkeit hängt nicht weniger als die Erfüllbarkeit sämtlicher über die laufenden Geschäfte hinausgehender Selbstverwaltungsaufgaben ab. Der Bürgermeister (bzw. der Landrat) kann – anders als im süddeutschen Modell – nicht „durchregieren". Der Rat ist in NRW keineswegs nur auf rechtsetzende Tätigkeit (Satzungen und Verordnungen) und auf beratende Funktionen beschränkt.

Deshalb ist die Funktionsfähigkeit der Räte im Modell NRW zwar nicht so gewichtig, wie im norddeutschen Modell, aber auch nicht so wenig schwerwiegend wie im süddeutschen Modell. Es ist plausibel, gegen das abstrakte Risiko von Funktionsstörungen bei der Erfüllung dieser gewichtigen Aufgaben der Räte in NRW Vorsorge zu treffen, d. h. nicht abzuwarten, bis es konkret zu einem Fall massiver Störungen kommt. Dazu bedurfte es der Verfassungsänderung. Durch Verfassungsänderung kann der Gesetzgeber legitimer Weise auch solche abstrakten Systementscheidungen treffen, ohne in einer konkreten Nachweis- und Begründungslast zu sein.

Das Grundgesetz steht dem nicht entgegen, im Gegenteil: 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). Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG darf nicht so interpretiert werden, dass es neben dem norddeutschen und dem süddeutschen Modell keine weiteren Modell geben darf, ohne dass die Länder Einbußen der Funktionsfähigkeit riskieren müssen. Die dogmatische Aufarbeitung der bisherigen Sperrklausel-Rechtsprechung macht es sich zu einfach, wenn sie überinterpretiert wird als Verfassungsgebotenheit eines dichotomischen Schwarz-Weiß-Denkens.[84] „Dritte Wege“ müssen je einzeln auf den Prüfstand gestellt werden und keiner der Fälle der bisherigen Sperrklausel-Rechtsprechung auch des Bundesverfassungsgerichts ist mit dem vorliegenden vergleichbar.

Wer das für verfassungsrechtlich indiziert hält (und die Funktionsfähigkeit der gewählten Selbstverwaltungsgremien ist unstreitig ein Belang mit Verfassungsrang), degradiert die Erfolgsgleichheit der Stimmen zu einem Selbstzweck, statt die demokratische Legitimation von *Herrschaft* zu optimieren. Denn 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“. Dies ist zwar – wie jedes Mehrheitswahlsystem – an sich nicht verfassungswidrig. Aber eine Verlagerung von Kompetenzen auf nach dem Mehrheitswahlsystem gewählte Personen sollte nicht mit dem Argument der Optimierung der Erfolgsgleichheit der Stimmen als verfassungsindiziert angenommen werden.

Eine Systementscheidung zugunsten der Funktionsfähigkeit der Räte dient gerade im Modell NRW ihrerseits Zwecken, die in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gründen. Denn Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG fordert keine Wahl auf kommunaler Ebene als Selbstzweck, sondern eine Vertretung des Volkes auf kommunaler Ebene, die demokratisch legitimiert ist. Eine Interpretation, die den Gesetzgeber zu einer Ausgestaltung des Kommunalrechts treibt, die die Räte zu perfekten Spiegelbildern macht, die aber wenig zu sagen haben, erweist der Wahlgleichheit einen Bärendienst. Eine solche Interpretation begibt sich der

[84] Auch die Frage, ob kommunale Vertretungsorgane (auch) Parlamente sind oder (nur) Exekutivorgane, ist akademischer Natur, denn aus der Zuordnung lassen sich „keine rechtlich relevanten Folgerungen ziehen“: *Dreier*, in: GG, II, Art. 28 Rn. 76.

Funktionsvorteile repräsentativer Entscheidungsorgane. Ein demokratisches Organisationsrecht will aber gerade letztere optimieren.

Der Landtag NRW geht einen plausiblen Mittelweg: In NRW sollen die Räte mehr Kompetenzen haben als nach dem süddeutschen Modell. Den Bürgermeister direkt wählen zu lassen ist nicht nur dann sinnvoll, wenn er noch mehr Kompetenzen erhält. In solch einem Modell kommen mehr Wählerstimmen bei der effektiven Ausübung von Macht „zum Tragen" als im süddeutschen Modell. Das ist auch unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsgleichheit der Stimmen eine plausible Ausgestaltung des Kommunalrechts. Dadurch erhält das Argument der Funktionsfähigkeit auch der Räte mehr Gewicht. Deshalb steht Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG einer kommunalwahlrechtlichen Sperrklausel unter den Umständen des kompetenzrechtlichen Modells NRW nicht entgegen, umso weniger wenn diese nur 2,5% beträgt und in der Landesverfassung verankert wird.

Die hier vertretene Auffassung konfligiert nicht mit der Rechtsprechung. Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln bezieht sich weder auf das Modell NRW, noch auf eine 2,5%-Sperrklausel oder auf landesverfassungsgesetzliche Regelungen. Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Deutschland zu kommunalrechtlichen Sperrklauseln geht zurück auf eine Entscheidung des BayVerfGH aus dem Jahre 1952.[85] Die bayerische Rechtsprechung ist plausibel, weil sie auf drei spezifisch bayerischen Besonderheiten beruht: So ist zu beachten, dass die Bayerische Verfassung – anders als das Grundgesetz und die Verfassung NRW – eine explizite Sperrklausel für die Landtagswahlen regelt. Das legt es in der Tat nahe, Art. 14 Abs. 4 Verf Bayern als Ausnahmebestimmung zur Wahlgleichheit zu interpretieren und daraus den Umkehrschluss zu ziehen, dass bei anderen Wahlen eine Sperrklausel (zumal seinerzeit mit einem Quorum von 10%!) ausgeschlossen sein soll. Außerdem sollte nicht verkannt werden, dass in Bayern nicht nur traditionell die Bürgermeister direkt gewählt werden, sondern auch die direkt gewählten Landräte eine vergleichsweise starke Funktion haben[86] – insbesondere auch bei der Kommunalaufsicht, die gegebenenfalls Funktionsstörungen auffangen kann.

Der Gedanken der Differenzierung nach der Bedeutung des Rates hat vor allem die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW geprägt. So kam es dazu, dass eine zunächst zulässige Sperrklausel, später in Frage[87] gestellt und sodann für verfassungswidrig erklärt[88] wurde. Diese Rechtsprechung wurde dann auch Vorbild für das Bundesverfassungsgericht

[85] BayVerfGH 5, 66, Ls. 4: „Auf der Gemeindeebene besteht – im Gegensatz zur Landesebene (zum Landesparlament) – keine Zwangslage, die es rechtfertigte, (...) den Grundsatz der Gleichheit des Wahlrechts zu durchbrechen. Da die Verhältnisse im Landtag bezüglich Regierungsbildung und Regierungsmehrheit von den Verhältnissen in der Gemeindeverwaltung grundsätzlich verschieden sind, ist die Übernahme einer der 10 %-Klausel des Landtagswahlrechts entsprechenden Klausel in das Gemeindewahlrecht nicht durch Art. 12 Abs. 1 BV gedeckt.".

[86] Auf diese Besonderheit weist *Dreier*, in: GG, II, Art. 28 Rn. 76 Fn. 349 hin.

[87] VerfGH NW, NVwZ 1995, 579 = OVGE 44, 301.

[88] VerfGH NW, NVwZ 2000, 666 = DVBl. 1999, 1271 = OVGE 47, 304.

Unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit sind für das Modell NRW aus der unbestrittenen exekutiven Funktion der kommunalen Vertretungsorgane folgende Schlüsse zu ziehen: Diese kommunalen Organe stellen „das wichtigste und zentrale Leitungsorgan der Gebietskörperschaft mit weitreichenden Zugriffsrechten dar“[89]. Für die Funktionsfähigkeit eines Gemeinwesens hat die Exekutive herausgehobene Bedeutung. Deshalb hat der Verweis der Rechtsprechung auf die Regierungsfähigkeit und auf die Regierungsbildung einen plausiblen Kern. Während Parlamente die Exekutive „nur“ konstituieren, legitimieren und kontrollieren, sind die kommunalen Vertretungsorgane „sogar“ selbst Teile dieser Exekutive. Für NRW wird dies in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Verf NRW deutlich.

Das wird bestätigt, wenn man die rechtlichen Konsequenzen potentieller Funktionsstörungen bedenkt. Das Staatsorganisationsrecht enthält auf der Ebene der Staatsorganisation Mechanismen, um Funktionsstörungen der Parlamente aufzufangen: Selbstauflösungsrecht des Landtags (Art. 35 Verf NRW), Notstandsgesetzgebung (Art. 60 Verf NRW, Art. 81 GG) und Minderheitsregierungen (Art. 52 Abs. 2 S. 2 Verf NRW, Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG). Das Kommunalrecht in NRW ist insoweit weniger differenziert und sieht mit § 125 GO NRW lediglich die Auflösung des Gemeinderates als Maßnahme der Kommunalaufsicht vor, wenn dieser „dauernd beschlussunfähig ist“. Die Konsequenzen stellen mit der Staatsaufsicht den denkbar stärksten Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung dar.

8. Die Relativierung negativer durch positive Effekte der Erfolgsgleichheit der Stimmen bei einer kommunalwahlrechtlichen Sperrklausel, deren Prozentsatz mit 2,5 an denjenigen faktischer Sperrklauseln orientiert ist

Die Neufassung des Art. 78 Abs. 1 LV erweist sich der Sache nach nicht als Eingriff oder Ausnahme, sondern vielmehr als bloße *Ausgestaltung* der Wahlgleichheit. Für eine kommunalwahlrechtliche Sperrklausel, deren Prozentsatz mit 2,5 an denjenigen faktischer Sperrklauseln in kleinen Gemeinden orientiert ist, kommt eine Verletzung der Wahlgleichheit schon deshalb nicht in Betracht, weil die Effekte einer solchen Sperrklausel unter gleichheitsrechtlichen Aspekten als positiv oder jedenfalls als neutral zu bewerten sind. Denn durch sie werden im Kommunalwahlrecht Ungleichheiten des Erfolgswertes der Stimmen im Vergleich zwischen großen und kleinen Gemeinden relativiert. 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 Gesetzgeber hat in NRW nun die Lehren aus der gescheiterten Vollmandatsklausel gezogen. Er kann sich dabei auf eine empirische Studie zur Kommunalwahl 2004 in NRW stützen, in der die Statistiker Prof. Dr. Pukelsheim, Maier und Leutgäb zu folgendem verallgemeinerbaren Ergebnis kommen:

[89] *Dreier*, in: GG, II, Art. 28 Rn. 76.

„Im Ergebnis liegt die Wirkung einer Vollmandat-Sperrklausel zwischen der einer Zwei- und Drei-Prozent-Sperrklausel. Diese Aussage hat auch für andere Kenngrößen Bestand, so für den Stimmenanteil der stärksten unter den ausgesperrten Listen. Oder für den Stimmenanteil, der insgesamt auf alle ausgesperrten Listen entfällt. Auch unter anderen Gesichtspunkten kommen wir zu demselben Schluss, dass die durchschnittliche Wirkung der Vollmandat-Sperrklausel einer Zwei- oder Drei-Prozent-Sperrklausel nahe kommt.“[90]

Und die Statistiker ziehen daraus folgende Schlüsse:

„Die (durch die Vollmandats-Klausel eintretenden) Sperrhürden werfen mit ihren Ungleichheiten ein neues Licht auf die Absicht, im Kommunalwahlgesetz eine (rechtliche) Eintrittshürde zu verankern. Der Gesetzgeber könnte argumentieren, dass eine für alle nordrhein-westfälischen Kommunen gemeinsame Drei-Prozent-Sperrklausel der *Chancengleichheit* der Wählerinnen und Wähler im Land *dient*. Sie würde die Unterschiede in den natürlichen Sperrklauseln einebnen, die ja allesamt unter drei Prozent liegen. Eine bescheidene Prozent-Sperrklausel hat somit aus Wählersicht durchaus eine *verfassungsorientierte Gleichstellungswirkung*. Selbst bei einer Zwei-Prozent-Sperrklausel würden alle Räten von 26 und mehr Sitzen von dieser einheitlichen Regelung erfasst.“[91]

Der Beitrag schließt mit rechtspolitischen Forderungen:

„Erstens bringt die neue Vollmandat-Sperrklausel den Gesetzgeber in Konflikt mit der Landesverfassung, weil sie in Einzelfällen stärker wirkt als die verfassungswidrige Fünf-Prozent-Sperrklausel.

Zweitens bietet sich als Alternative eine Zwei- oder Drei-Prozent-Sperrklausel an. Einerseits wird dadurch im Durchschnitt nahezu die gleiche Sperrwirkung erzielt wie mit der Vollmandat-Sperrklausel, andererseits werden operationale Verfahrenseigenschaften wie die natürliche Sperrklausel landesweit angeglichen.“[92]

Der von Prof. Dr. Pukelsheim, Maier und Leutgäb nachgewiesene Effekt lässt sich auch auf der Grundlage des heute geltenden Kommunalwahlrechts belegen: Die faktischen Sperrklauseln auch des geltenden Rechts (d. h. ohne Vollmandats-Klausel) differieren zwischen großen und kleinen Gemeinden. Das führte bei den Kommunalwahlen 2014 zu folgender Ungleichheit zwischen dem Erfolgswert der Stimmen in größeren bzw. kleineren Gemeinden bzw. Kreisen:

[90] *Pukelsheim/Maier/Leutgäb*, Zur Vollmandat-Sperrklausel im Kommunalwahlgesetz, NWVBl. 2009, 85 (87).
[91] *Pukelsheim/Maier/Leutgäb*, Zur Vollmandat-Sperrklausel im Kommunalwahlgesetz, NWVBl. 2009, 85 (88).
[92] *Pukelsheim/Maier/Leutgäb*, Zur Vollmandat-Sperrklausel im Kommunalwahlgesetz, NWVBl. 2009, 85 (88).

Trotz eines Stimmenanteils von 2% und mehr haben folgende Parteien bzw. Einzelbewerber in kleineren Gemeinden[93] *keinen* Sitz errungen:

- FDP mit 2,2% in Niederzier (26 Sitze)
- FDP mit 2,0% in Saerbeck (20 Sitze)
- Einzelbewerber mit 2,4% in Marienheide (26 Sitze)
- Einzelbewerber mit 3,5% in Kall (28 Sitze)

Trotz eines relativ niedrigen Stimmenanteils von 0,6-0,9% haben folgende Parteien bzw. Wählergruppen in großen Gemeinden *einen* Sitz errungen:

- REP mit 0,7% in Düsseldorf (82 Sitze)
- NPD mit 0,6% in Essen (90 Sitze)
- NPD mit 0,9% in Mönchengladbach (68 Sitze)
- NPD mit 0,8% im Rhein-Sieg-Kreis (80 Sitze)
- NPD mit 0,9% in Bochum (84 Sitze)
- NPD mit 0,6% in Dortmund (94 Sitze)
- Die PARTEI mit 0,8% in Essen (90 Sitze)
- AfD mit 0,8% in der Städteregion Aachen (72 Sitze)
- DIE RECHTE mit 0,9% in Hamm (58 Sitze)
- Weitere 6 Wählergruppen mit jeweils 0,7 bis 0,9% in Bochum (84 Sitze), Dortmund (94 Sitze), Duisburg (84 Sitze), Köln (90 Sitze) und Münster (72 Sitze) sowie im Rhein-Kreis Neuss (74 Sitze)

Die Ungleichheit kommt in den Blick, wenn wir den Erfolgswert der Stimmen nicht nur zwischen Wählern innerhalb einer Gemeinde, sondern zwischen allen Wählern einer Kommunalwahl in NRW vergleichen. Zwar ist solche Ungleichheit nicht ihrerseits verfassungswidrig, sondern gerechtfertigt als Folge der sachlich begründbaren Differenzierung der Größe der Repräsentationsgremien in großen bzw. kleinen Gemeinden. Aber es ist legitim, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber die Gleichheit aller Wählerinnen und Wähler in NRW insgesamt und nicht nur innerhalb der Gemeinden bzw. Kreise in den Blick nimmt und zum Optimierungsziel macht. Denn alle verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze gelten jeweils im Kompetenzbereich des jeweiligen Hoheitsträgers. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht das Argument nicht gelten lassen, dass bei den Wahlen zum Europäischen Parlament andere Länder Sperrklauseln regeln. Hier liegt ein danach entscheidender Unterschied zum Kommunalwahlrecht innerhalb eines Landes.

Selbst wenn man sich bisher bei der Maßstabsbildung zur Konkretisierung der Erfolgsgleichheit der Stimmen auf die kleinere Vergleichsgruppe der Gemeinden und Kreise fokussiert, ändert das nichts

[93] Nichts mit dem Phänomen einer faktischen Sperrklauseln hat zu tun, dass die FDP mit 3,9% im Kreis Düren mangels einer gültigen Reserveliste kein Mandat errang.

daran, dass es sich um eine zwar sachlich begründbare, aber verfassungsrechtlich zu rechtfertigende Ungleichbehandlung handelte. Hinzu kommt, dass ein verfassungsändernder Gesetzgeber – auch auf Landesebene – einen Ausgestaltungsspielraum bei der Konkretisierung der Wahlgleichheit hat.

Schließlich denkt die Logik einer rechtlichen 2,5-Sperrklausel den Rechtfertigungsgrund für die Ungleichheit zwischen verschieden hohen faktischen Sperrklauseln zu Ende: Die Differenzierung großer und kleinerer Räte bzw. Kreistage in größeren bzw. kleineren Gemeinden bzw. Kreisen rechtfertigt sich aus dem Gedanken der Optimierung der Funktionsfähigkeit der gewählten Vertretungen. Je größer eine Gemeinde ist, umso mehr Repräsentanten sollten die mit der Größe steigenden Aufgaben der Selbstverwaltung wahrnehmen. Es besteht also ein funktionelles Bedürfnis, die Effektivität der Räte in den Großstädten durch deren hinreichende Größe zu optimieren. Dieser Effekt wird aber wesentlich entwertet, wenn die Größe dieser Räte die politische Zersplitterung ihrer Mitglieder zum Preis hat.

Je höher der Prozentsatz einer Sperrklausel ist, desto umfassender wird dieser Effekt ausgeschlossen, aber desto stärker ist auch der negative Effekt, dass Stimmen nicht berücksichtigt werden. 2,5% ist unter Gleichheitsgesichtspunkten der gut vertretbare Versuch einer Optimierung, der die positiven und negativen gleichheitsrechtlichen Folgen zum Ausgleich bringt. Auch der Verfassungsgerichtshof NRW hatte in seinem Urteil vom 6.7.1999 die Möglichkeit benannt, das verfassungsrechtliche Problem von Sperrklauseln dadurch zu lösen, dass der Gesetzgeber in Betracht zieht, die seinerzeit geltende *5%-Sperrklausel* „abzumildern“ (Leitsatz 3, OVGE 47, 304).

Es ist auch naheliegend, dass gerade in der Landesverfassung NRW auf diese Weise die Wahlgleichheit verstanden und ausgestaltet wird. Denn mit fast dreißig Großstädten ist NRW das Land, in dem die Optimierung der Funktionsfähigkeit der Räte gerade auch in den großen Gemeinden besonders dringlich erscheint. Andere Länder mit nur wenigen Großstädten können sich ein Gemeindewahlrecht auch ohne rechtliche Sperrklausel viel eher „leisten“, weil dort die faktische Sperrklausel in fast allen Gemeinden eine Zersplitterung der Räte verhindert.

IV.

Ergänzende und hilfsweise Erwägungen zum Schriftsatz des Vertreters des Antragstellers im Verfahren VerfGH 21/16

1. Keine selbständige materielle Bedeutung des Art. 21 GG

Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt: Die Rechtsprechung hat die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Beurteilung von Sperrklauseln auf ein ganzes Bündel von verfassungsrechtlichen Gewährleistungen gestützt. Zu diesem Bündel verfassungsrechtlicher Anknüpfungen gehört auch Art. 21 GG. Inhaltlich folgen aus diesem Schutz der Parteien aber keine zusätzlichen verfassungsrechtlichen Hürden für Sperrklauseln, die sich nicht auch aus den anderen Anknüpfungen ergeben würden. Die Betroffenheit und der Schutz *auch* der Parteien sind vielmehr materiell in dieser Rechtsprechung aufgegangen. Dass Sperrklauseln Rechtfertigungsanforderungen unterliegen, dient auch dem Schutz der

Chancengleichheit der Parteien. Dass umgekehrt die Sperrklauseln gerechtfertigt sein können, vermag auch deren Schutz zu relativieren.

Es handelt sich also um inhaltlich parallele Gewährleistungen, deren gemeinsamer Bezugspunkt das Demokratieprinzip ist. Das zeigt deutlich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts:

> „Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren."[94]

Auf die Identität der Maßstabsbildung weist das Bundesverfassungsgericht deutlich hin:

> „Deshalb ist in diesem Bereich – ebenso wie bei der durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgten gleichen Behandlung der Wähler – Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn zu fordern. Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen (...). Eine strenge Prüfung ist insoweit auch deshalb erforderlich, weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird."[95]

> „Der Grundsatz der Wahlgleichheit unterliegt ebenso wie der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien keinem absoluten Differenzierungsverbot."[96]

Konsequent prüft das Bundesverfassungsgericht beide Aspekte gegebenenfalls auch gar nicht getrennt, sondern verweist auf beide Maßstäbe „in einem Atemzug":

> „Allerdings folgt aus dem formalen Charakter der Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Der Gesetzgeber ist zudem verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird."[97]

Die Bedeutung der Anknüpfung auch an Art. 21 GG liegt also nicht in der Maßstabsbildung selbst – bzw. sie ist in diese Maßstabsbildung eingegangen und längst in ihr aufgegangen.

Schon deshalb gehen die Ausführungen des Prozessbevollmächtigten im Verfahren VerfGH 21/16 zum Hineinwirken von Bundesverfassungsrecht in das Landesverfassungsrecht schlicht ins Leere – da weder ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG noch gegen Art. 21 GG zu erkennen ist.

---

[94] BVerfGE 120, 82 (105).
[95] BVerfGE 120, 82 (105).
[96] BVerfGE 120, 82 (106).
[97] BVerfGE 120, 82 (106).

„vielmehr wirkten in das Landesverfassungsrecht auch Bestimmungen der Bundesverfassung hinein, so dass beide Elemente zusammen erst die Verfassung des Gliedstaates ausmachten. (...) Neben der grundgesetzlichen Kompetenzordnung hat der *Verfassungsgerichtshof* ausdrücklich hinsichtlich Art. 21 GG angenommen, dass diese Regelung Teil der Landesverfassung sei (vgl. Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, Art. 75, Rn. 15 mit Verweis auf die Entscheidung v. 15.02.1985, Az. VerfGH 8/84, NVwZ 1986, 463.)“ (S. 10 der Antragsschrift v. 30.12.2016)

2. Zum Hilfsantrag zu 2 des Antragstellers
im Verfahren VerfGH 21/16

Der Antragsteller im Verfahren VerfGH 21/16 richtet sich mit seinem Hilfsantrag zu 2 dagegen, dass der Landtag „es unterlassen hat, eine niedrigere Sperrklausel als 2,5 v.H. einzuführen“.

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 Antragsstellers im Verfahren 21/16 eine Sperrklausel mit einem vergleichsweise niedrigen Prozentsatz nicht im Widerspruch sehen würde zu den vorgetragenen, vermeintlich so kategorischen Ausführungen zur Wahlgleichheit. Der Hilfsantrag deutet auch darauf hin, dass auch der Vertreter des Antragstellers den quantitativen Erwägungen (dazu oben III. 7.) im Bereich des Kommunalwahlrechts größeres Gewicht beimisst als bei den Wahlen zum Europäischen Parlament.

V.

Ergebnis

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

Prof. Dr. Lothar Michael