

Universität Bielefeld | Postfach 10 01 31 | 33501 Bielefeld

Landtag NRW
Hauptausschuss
Postf. 101143
400002 Düsseldorf

Anhoerung@landtag.nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/3302

A05, A11

Prof. Dr. Christoph Gusy

Raum: H1-133
Morgenbreede 39 (H-Gebäude)
Tel.: 0521.106-4397
Fax: 0521.106-154397
christoph.gusy@uni-bielefeld.de

Bielefeld, 8.1.2016

Seite 1 von 50

Kommunalvertretungsstärkungsgesetz – HPA A Ko – 21.01.2016

**Stellungnahme zur Anhörung des Landtags NRW
Hauptausschuss/Ausschuss für Kommunalangelegenheiten
am 21.1.2016**

Gesetzentwurf vom 22.9. 2015, LT-Drs. 16/9795.

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

Ergebnisse

- (1) BVerfG und NRWVerfGH haben mehrfach Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht als verfassungswidrig beanstandet und dabei die rechtlichen Anforderungen immer weiter erhöht. Entscheidungen über Sperrklauseln mit Verfassungsrang finden sich für NRW (anders für HH, Berlin) nicht. Es besteht also ein gewisses verfassungsrechtliches Risiko, das zwar gemindert, aber nicht völlig ausgeschlossen werden kann.
- (2) Die Entscheidung über die Einführung einer Sperrklausel im Kommunalwahlrecht für NRW ist eine politische Entscheidung und muss politisch getroffen werden. Das Verfassungsrecht formuliert allein Zulässigkeitsbedingungen und –grenzen, welche durch parlamentarisches Handeln ausgefüllt werden können.
- (3) Sperrklauseln sind stets auch Entscheidungen über Ausgestaltung oder Beschränkung von Wahlgrundsätzen. Als Ausgestaltung eines Wahlsystems können sie mit Verfassungsrang zulässig sein, wenn ihre Prämissen verfassungskonform bestimmt und sodann gleichheitskonform angewendet werden. Hier kann grundsätzlich zwischen unterschiedlichen Verhältniswahlssystemen unterschieden werden (strikt spiegelbildliche oder effektivitätsorientierte Wahlsysteme).
- (4) Wer hingegen Sperrklauseln als Einschränkungen der Wahlechts-gleichheit versteht, kann ihre Einführung mit einem Set von Argumen-ten rechtfertigen, welche die Rechtsprechung zugelassen hat. Im Zent-rum stehen Gefährdungen der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertre-tungen. Dabei können grundsätzlich alle Funktionen dieser Vertretung berücksichtigt werden.
- (5) Bislang hat die Rechtsprechung die Zulässigkeit von Sperrklauseln auch bei Kommunalwahlen niemals grundsätzlich verneint. Sie hat vielmehr einen Katalog von Anforderungen gestellt, die sie allerdings im Einzel-fall nur in seltensten Fällen als erfüllt ansah. Sie hat also deren Zuläs-sigkeit generell stets bejaht und im Einzelfall nahezu stets verneint.
- (6) Sperrklauseln sollten grundsätzlich in der Verfassung selbst verankert sein, wie dies auch in einzelnen anderen Bundesländern geschah. Dies entlastet jedenfalls von rechtlichen Bindungen aus dem Landesrecht, nicht aber von solchen aus dem Bundesrecht.

- (7) (Rechtliche) Sperrklauseln können oberhalb der durch das Wahlsystem und die Gemeindegröße bedingten „natürlichen“ Sperrklauseln wirksam werde. Daneben ist im Einzelfall allerdings auch das jeweiligen Wahlergebnis im Einzelfall für die Berechnung der „natürlichen Sperrklausel“ relevant.
- (8) Sperrklauseln wirken also differenziert nach Größe von Städten, Gemeinden und Kreisen. Da die maßgeblichen Begründungen für eine Sperrklausel aus der Realität in Großstädten und Kreistagen gewonnen wird, liegt es nahe, Sperrklauseln auf diese zu begrenzen. Ein Quorum von 2,5 % würde die Hürde auf 2 (-3) Mandatsträger pro Liste fixieren.
- (9) Der NRWVerfGH fordert für die Einführung gleichheitsbeschränkender Sperrklauseln hinreichende Gründe vom Gesetzgeber. Diese müssen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht überprüfbar (empirisch) sein.
- (10) Nach den vorliegenden Informationen ist bislang keine Gemeindevertretung in NRW wegen fehlender Sperrklausel vollständig funktionsunfähig. Haushalts- und andere wichtige Satzungen konnten überall erlassen, Ausschüsse besetzt und Funktionsträger gewählt werden. Eine Funktionserschwerung der Vertretungen reicht demgegenüber für eine Sperrklausel nicht als hinreichender Grund. Insbesondere Verlängerung von Sitzungszeiten oder Haushaltsberatungen wurden explizit nicht als zureichende Gründe anerkannt.
- (11) Angesichts der zunehmenden Fragmentierung bzw. „Zersplitterung“ der Stadträte namentlich in Großstädten und in Kreistagen wird hier auf andere Funktionen der Kommunalvertretungen abgestellt. Zur Rechtfertigung von Sperrklauseln soll auf Gefährdungen der Ehrenamtlichkeit und der Gleichheit der Mitwirkungschancen in der Kommunalvertretung abgestellt werden.
- (12) Ehrenamtlichkeit ist Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie. Sie wird beeinträchtigt, wenn erhebliche Teile der Bürgerschaft wegen zu hohem Zeitaufwandes nicht mehr in der Lage sind, in den Kommunalvertretungen mitzuarbeiten bzw. für diese zu kandidieren. Hier ist nicht allein der Sitzungsaufwand, sondern auch der sonstige Vor- und Nachbereitungsaufwand zu berücksichtigen. Zu einer steigenden Arbeitsbelastung treten subjektives Gefühl und objektive Diagnosen der Überforderung ehrenamtlicher Ratsmitglieder. Dies gilt umso mehr, wenn sie als Einzelvertreter oder Gruppenangehörige (ohne Fraktionsstatus) nicht auf die Unterstützung arbeitsfähiger Fraktionen zurückgreifen können. Für die (gleichfalls tendenziell steigende und die Ehrenamtlichkeit zu-

nehmenden sprengende) Belastung mit Mandatsaufgaben außerhalb der Sitzungen fehlt es allerdings gegenwärtig noch an empirischem Material mit hinreichender Aktualität.

- (13) Zudem ist die Gleichheit des demokratischen Zugangs zur Mitwirkung an der Entscheidungsfindung selbst erheblich gestört. Einzelvertreter und Kleinstgruppen sind schlechter informiert, weniger kompromissfähig und mehrheitsfähig als Fraktionen und daher von Mehrheits- und Koalitionsbildungen nahezu ausgeschlossen. Sie erscheinen so als überwiegend als Neinsager oder Blockadefaktoren. Die ihnen eingeräumten verbesserten Mitwirkungschancen durch sperrklauselfreien Zugang zu den Vertretungen kontrastieren der nahezu vollständigen Chancenlosigkeit, Benachteiligung und ggf. Ausschluss von Mehrheitsbildungen in den Vertretungen. Die Herstellung von gleichem Zugang zu den Räten begünstigt die Ungleichheit der Mitwirkung in diesen Räten.
- (14) Die Entscheidung der daraus entstehenden Kollisionen zwischen Gleichheit des Zugangs einerseits sowie Ungleichheit der Mitwirkung bei gleichzeitiger Gefährdung des Ehrenamtes andererseits bedarf der zureichenden rechtlichen und empirischen Begründbarkeit. Mögliche Gründe sind vom Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zu ermitteln und abzuwägen; sie werden vom NRWVerfGH überprüft, aber nicht nachgeholt.
- (15) „Mildere“ Mittel sind gegenüber Sperrklausel nicht erkennbar.
- (16) Solche rechtlichen Gründe können wahlrechtsbeschränkende Wirkungen allenfalls dann begründen, wenn sie empirisch überprüfbar sind. Dazu bedarf es der zureichenden Informationen, die gegenwärtig nicht zu allen notwendigen Fragen in hinreichend belastbarer Weise vorliegen. Der Gewinnung solcher Informationen dient die heutige Anhörung. Es ist daher mit den dafür sachkundigen Experten zu erörtern,
- ob die Funktionsfähigkeit von Kommunalvertretungen ernsthaft gestört oder beeinträchtigt ist,
 - welcher Zeitaufwand für ein Kommunalmandat notwendig ist und ob dieser ehrenamtlich von den meisten oder nur von einzelnen Berufs- oder sozialen Gruppen (etwa: Lehrer, Rentner) geleistet werden kann;
 - ob die Zugangschance von Kleinstparteien und Einzelbewerbern zu „Ratskoalitionen“ oder Mehrheitsbildungen tatsächlich signifikant geringer ist als diejenige anderer Gruppierungen.

Sperrklausel zum Kommunalwahlrecht in der Landesverfassung

I. Anwendbare verfassungsrechtliche Maßstäbe

1. Wahlrechtsfragen als Verfassungsfragen
2. Einzelne Vorgaben

II. Verfassungsrechtliche Sperrklauseln als Ausgestaltung der Wahlrechtsgleichheit

1. Wahlrechtsgleichheit durch Verhältniswahl
2. Ausgestaltungsnotwendigkeiten im Verhältniswahlrecht
3. Sperrklauseln in Landesverfassungen: Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit als (bloße) Ausgestaltung des Wahlsystems?
 - a) Zur Vereinbarkeit landesverfassungsrechtlicher Sperrklauseln mit Art. 69 Abs. 1 S. 2 NRWLV
 - b) Zur Vereinbarkeit landesverfassungsrechtlicher Sperrklauseln mit Art. 28 GG
4. Der vorliegende Entwurf als zulässige Ausgestaltung der Verhältniswahl

III. Hilferwägungen: Der vorliegende Entwurf als (mögliche) Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit

1. Die Rechtsprechung von BVerfG und NRWVerfGH zur Wahlrechtsgleichheit¹
2. Funktionsfähigkeit von Kommunalvertretungen in NRW und deren mögliche Beeinträchtigungen
3. Monokratische versus pluralistische Aufgabenwahrnehmung
4. Strukturbedingte Besonderheiten der Kommunen und Kommunalvertretungen in NRW
5. Rückwirkungen der Klein- und Kleinstgruppen auf die Arbeit in den Kommunalvertretungen in NRW
6. Von der Gleichheit der Wahl zur Ungleichheit nach der Wahl: Klein- und Kleinstgruppen in den Kommunalvertretungen

IV. Mögliche Alternativen – mildere Mittel?

¹ Zur Entwicklung Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in NRW, 2002, S. 273, 277 ff.

V. Ergebnisse

Ob eine Sperrklausel im NRW-Kommunalwahlrecht gewollt ist oder nicht, ist zunächst eine politische Frage und muss daher politisch entschieden werden. Das gilt auch für den hier geplanten Art. 78 Abs. 1 S. 3 NRWLV mit der im ihm enthaltenen 2,5%-Sperrklausel.² Das Recht zeigt hier nur einen Rahmen auf, der sich auf Zulässigkeitsbedingungen und Realisierungsmodalitäten bezieht, aber auch beschränkt.

Bundesverfassungsgericht³ und Verfassungsgerichtshof NRW⁴ haben mehrfach zur Einführung von Sperrklauseln unterschiedlicher Höhe im Kommunalwahlrecht Stellung genommen und die dabei anzulegenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe konkretisiert. Zu Sperrklauseln unmittelbar in den Landesverfassungen haben sie bislang nicht Stellung genommen. Die hierfür geltenden Anforderungen aus Grundgesetz und Landesverfassung sind daher noch nicht in vergleichbarer Weise geklärt. Zu ihnen haben bislang der BerlVerfGH⁵ und jüngst der HHVerfGH⁶ Stellung genommen. Sie haben für die dortigen Bezirksvertretungen Sperrklauseln im Rang des Landesverfassungsrechts gebilligt. Von daher rechtfertigt sich der Anlauf des verfassungsändernden Gesetzgebers in NRW, einen neuen Anlauf zu unternehmen. Dieser muss dabei allerdings den Maßstäben des Landes- wie des vorrangigen Bundesverfassungsrechts entsprechen.

I. Anwendbare verfassungsrechtliche Maßstäbe

1. Wahlrechtsfragen als Verfassungsfragen

Wahlrechtsfragen sind Verfassungsfragen! Grundgesetz und Landesverfassung (Art. 31 Abs. 1 NRWLV) enthalten zentrale Grundsätze, an welche die Gesetzgebung bei der Ausgestaltung aller Arten von Wahlen gebunden ist. Eine explizite Anordnung einzelner Wahlsysteme enthalten beide Verfassungsdokumente nicht. Solche Systeme sind aber nur zulässig, wenn sie die zentralen Vorgaben der genannten Verfassungsartikel umsetzen und einhalten. Wahlsysteme gestalten so nicht allein das Demokratieprinzip aus, sondern auch dessen wesentliche Konkretisierungen im geltenden Verfassungsrecht.

² Für eine 2,5 %-Klausel plädierten schon früher Bogumil u.a., ZParl 2010, 803. Weitergehend die einhellige Forderung der Kommunalverbände in der Anhörung der Kommission zur Reform der Landesverfassung am 19.1.2015; Stellungnahme v. 8.1.2015; s.a. Landkreistag NRW v. 21.11.2014. Eine Drei-Prozent-Sperrklausel für Bezirksvertretungen findet sich seit Dezember 2013 auch in Art. 4 Abs. 3 S. 2 HHLV; ferner in Art. 70 Abs. 2 BerlLV für die Bezirksvertretungen.

³ BVerfGE 120, 82.

⁴ NRWVerfGH, E 44, 301, 309; 51, 298, 299 f, 301; NWVBI 2009, 98.

⁵ BerlVerfGH, BeckRS 2013, 50633;

⁶ HHVerfGH U. 4/15 v. 8.12.2015.

In diesem Kontext sind die Wahlgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wahlsysteme frei (BVerfGE 99, 1, 11f ; BayVerfGH, BayVBI 1992, 397, 398 ff; OVG Ms., NWVBI 1996, 436, 437). Sie dürfen jedes Wahlsystem wählen, welches den genannten Vorgaben genügt. Das jeweils favorisierte Wahlsystem ist sodann entsprechend jenen Anforderungen auszugestalten.

Die genannte Auswahlfreiheit geht über die Entscheidung zwischen „dem“ Mehrheitswahlrecht und „dem“ Verhältniswahlrecht hinaus. Es gibt inzwischen über 50 Zuteilungsverfahren im Kontext des Verhältniswahlrechts. Auch zwischen diesen steht den rechtssetzenden Instanzen im Land die Auswahl zu. Hier spricht viel dafür, dass sich der verfassungsändernde Gesetzgeber in NRW gegen ein allein in-putorientiertes, strikt egalitäres Verhältniswahlsystem und für ein auch out-utorientiertes funktionsorientiertes Verhältniswahlsystem entschieden hat. Eine solche Systementscheidung verlagert die unterschiedlichen Anforderungen an das Wahlsystem von den Grenzen der gleichheitsorientierten Verfahren hin in Richtung auf dessen Inhalte. Das Wahlsystem soll auch im Kommunalrecht mehr als nur eine einzelne verfassungsrechtliche Anforderungen erfüllen.

Diese Entscheidung ist eine solche in der Landesverfassung selbst. Dadurch sollen die Anforderungen des Demokratieprinzips in NRW an die kommunale Selbstverwaltung mit Verfassungsrang ausgestaltet werden. Dieser Verfassungsrang sichert den Kontext des „Ob“ und des „Wie“ der demokratischen Wahl für die Kommunen. Deren Regelung und Sicherung steht in NRW in allererster Linie der Verfassung zu, welche das Demokratieprinzip nicht nur vorfindet, sondern auch auszugestalten hat. Der Ausgestaltungsauftrag ist ein solcher mit Verfassungsrang. Und er richtet sich in allererster Linie an Verfassungsgeber und verfassungsändernde Gesetzgeber, welche die entsprechende Typenkonkretisierung vornehmen dürfen. In diesem Sinne sind Wahlrechtsfragen in der NRWLV zugleich Demokratiefragen. Und ebenso ist das Demokratieprinzip stets auch eine ausgestaltbare und ausgestaltete Vorgabe für das Wahlrecht im Kontext von Grundgesetz und Landesverfassung. Hierfür ist die Landesverfassung der optimale, wenn auch nicht einzig zulässige Regelungsort. Sie führt mit Bindungswirkung für alle Staatsgewalt des Landes das „Ob“ und zentrale Elemente des „Wie“ der demokratischen Legitimation der öffentlichen Gewalt zusammen.

Welche Ausgestaltung das Land für die einzelnen Ebenen der seiner Regelungskompetenz unterliegenden Volksvertretungen vornimmt, ist im Rahmen seines eigenständigen Verfassungsraums (BVerfGE 96, 3545, 368; s.a. BVerfGE 103, 332, 351; 98, 145, 157; 4, 178, 189; Dreier, GG-Komm., 2. A., 2006, Art. 28 Rn 51) seine eigene Angelegenheit. Es ist insbesondere nicht verpflichtet, stets mit den im und für den Bund geltenden vorgenommenen Ausgestaltungsentscheidungen kongruent zu handeln (BVerfGE 103, 332, 349 f; 9, 268, 279: Homogenität, nicht Uniformität). Die entsprechende Aufgabe der Typenkonkretisierung ist im Land also ein solche des Landes selbst, welche so lange mit dem Grundgesetz vereinbar ist, wie sie dessen einzelne Vorgaben nicht verletzen. Angesichts der Gestal-

tungsoffenheit des grundgesetzlichen Demokratieprinzips einerseits und des eigenen Verfassungsraums der Länder andererseits kann hier der Gestaltungsfreiraum der Länderverfassungen (zu ihm Dreier aaO., Art 28 Rn 66 (Nachw.) ein höherer sein als derjenige des Bundesgesetzgebers. Das gilt jedenfalls, solange das Landesrecht eine Ausgestaltung wählt, die noch als „demokratisch“ angesehen werden kann und keinen einzelnen zwingenden Vorgaben des Bundesrechts widerspricht (HBStGH, NVwZ 1989, 953, 955).

2. Einzelne Vorgaben

Das **Grundgesetz** garantiert zunächst das allgemeine Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 S. 1 GG) für alle Ebenen und Organe der Staatsgewalt. Es fordert ein hinreichendes Legitimationsniveau auf allen Ebenen der Staatlichkeit, ohne dafür allerdings strikt uniforme Vorgaben zu machen. In unterschiedlich gewählten und kontrollierten Organen können sich die grundgesetzlichen Maßstäbe demnach unterschiedlich auswirken. Dies kann auch Wahlrechts-, Wählbarkeitsfragen und Zugangshürden betreffen.

Daneben und darüber hinaus statuiert es die Gleichheit der Wahl für Bund, Länder und Kommunen (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG). Diese Bestimmungen binden die Landesverfassungen und die Landesgesetze und gelten zugleich mittelbar in den Ländern. Wenn die Länder Wahlsysteme für Landtage und Kommunen (= Gemeinden, Kreise und sonstige Gemeindeverbände)⁷ erlassen, so sind sie dazu an die

- allgemeinen demokratischen Grundsätze (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG) und
- darüber hinaus jedenfalls für Landtag und Kommunalvertretungen an die besonderen Grundsätze des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gebunden, der die demokratischen Wahlrechtsgrundsätze näher konkretisiert und unter diesen die Gleichheit der Wahl statuiert.

Diese Vorgaben binden die Länder unmittelbar. Ihre Wahlgesetze müssen also sowohl den allgemeinen demokratischen Grundsätzen als auch den besonderen Anforderungen u.a. der Wahlrechtsgleichheit genügen. Insoweit ist der eigenständige Verfassungsraum der Länder begrenzt.

Die **NRW-Landesverfassung** (LV) enthält das Wort „Demokratie“ nur an versteckter Stelle und als Zitat (Art. 69 Abs. 1 LV: „Grundsätze des ... demokratischen ... Rechtsstaats im Sinne des Grundgesetzes“)⁸, geht allerdings von den demokrati-

⁷ Dazu sollen nach HHVerfGH aaO.; BerlVerfGH aaO., die Bezirksvertretungen in den Stadtstaaten nicht zählen.

⁸ Wörtliches Zitat: Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG.

schen Prinzipien aus: Sie weist die Gesetzgebung dem „Volk und der Volksvertretung“ zu (Art. 3 Abs. 1 LV); nennt das Volk als erstes Staatsorgan mit dem Recht auf „Wahlen, Volksbegehren und Volksentscheid“ (Art. 2 LV); bindet die Wahl an die demokratischen Grundsätze des GG (Art. 31 Abs. 1 LV; entsprechend Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und weist das Recht der kommunalen Selbstverwaltung den „Gebietskörperschaften ... durch ihre gewählten Organe“ (Art. 78 Abs. 1 LV) zu. Die **NRW-Landesverfassung** nennt zwar nicht das Wort „Demokratie“, **ordnet aber die Staatsgewalt nach den Grundsätzen der Demokratie**.⁹ Das gilt namentlich für das Wahlrecht, welches den Grundsätzen der Demokratie entsprechen muss. Dazu zählen auch im Land die Grundsätze der allgemeinen, unmittelbaren, freien, geheimen und gleichen Wahl. Das gilt für alle demokratischen Wahlen und daher in diesem Rahmen zugleich für die Kommunalwahlen in NRW¹⁰ – wie in allen anderen Bundesländern auch.

Die Ausgestaltung des Wahlrechts unterliegt also unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben aus dem Grundgesetz und der Landesverfassung. **Die Kontrolle** und Durchsetzung dieser Bindungen obliegt **unterschiedlichen gerichtlichen Instanzen**:

- Die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des Grundgesetzes obliegt dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen der dort zulässigen Streitverfahren.¹¹
- Die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften der Landesverfassung obliegt dem Verfassungsgerichtshof des Landes NRW im Rahmen der dort zulässigen Streitverfahren.

Dabei sind die beiden Gerichte jeweils an die rechtlichen Vorgaben der von ihnen jeweils durchzusetzenden Verfassungen (BVerfG: Grundgesetz; NRWVerfGH: Landesverfassung) gebunden. Dass diese Vorschriften inhaltlich zum Teil übereinstimmen (etwa: Demokratie; Wahlrechtsgleichheit), ändert an der prinzipiell zweispurigen Gerichtszuständigkeit nichts.

⁹ Allg. Auffassung; s. etwa Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes NRW, 2002, Art. 2 Rn 9, 11 u.ö.; Heusch u.a., Die Verfassung für NRW, 2010, Art. 2 Rn 1; Dietlein, in: ders./Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 5. A., 2014, S. 35 f.

¹⁰ Näher dazu Heusch/Schoenenbroicher, NRWLV, Art. 31 Rn 3; Löwer/Tettinger, NRWLV, Art. 31 Rn 7.

¹¹ BVerfGE 99, 1, 7 f, schließt die Geltendmachung einer Verletzung der Wahlrechtsgleichheit in den Kommunen mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG aus. Doch könnten „im Wege der Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG die Bundesregierung, jede Landesregierung oder eine Quorum des Bundestages die Verletzung der Bindung des Landes an die Wahlrechtsgrundsätze beim BVerfG geltend machen. Ebenso hat jeder Richter das in einem Rechtsstreit erhebliche Landeswahlrecht auf seine Übereinstimmung mit den fünf Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 28 Abs.1 S. 2 GG zu überprüfen und das Gesetz gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen...“. Viel spricht also dafür, dass der Beschluss eher die prozessrechtliche als die materiell-rechtliche Seite der Prüfung von Wahlgesetzen betraf. In diesem Kontext äußert das BVerfG Kritik an der Rechtslage im Hinblick auf den Schutz der Grundrechte in NRW (ebd., S. 18 f).

II. Verfassungsrechtliche Sperrklauseln als Ausgestaltung der Wahlrechtsgleichheit

1. Wahlrechtsgleichheit durch Verhältniswahl

Die Gleichheit der Wahl garantiert:¹²

- Die Gleichheit der Stimmrechte aller Bürger: Bei einer Wahl haben alle Bürger die gleiche Stimmenanzahl (= **gleicher Zählwert**). Dieser Grundsatz ist bei der Einführung von Sperrklauseln nicht berührt.
- Die Gleichheit der Berücksichtigung aller Stimmen für die Zusammensetzung der Vertretungskörperschaften: Die Stimmen müssen nicht nur gleich gezählt, sondern auch gleich gewichtet werden (= **gleicher Erfolgswert**). Insbesondere darf es danach keine Stimmen geben, die mandatsrelevant sind, und daneben andere, die nicht mandatsrelevant sind.
- Die Gleichheit der Kandidatur, namentlich die **Chancengleichheit von Parteien**, Kandidaten und sonstigen Wahlbewerbern, die zur Wahl antreten. Sie dürfen weder im Vorfeld der Wahl noch bei der Wahl selbst bevorzugt oder benachteiligt werden.

Diese Garantien sind für den Bundes- und den Landesbereich inhaltlich gleich. Und daher gilt ihre Auslegung durch das BVerfG nicht nur für das Bundes-, sondern auch für das Landesrecht.¹³

Sperrklauseln werden danach zumeist als **Einschränkungen des gleichen Erfolgswerts** qualifiziert. Denn hier wird die Erfolgsrelevanz der Stimmen unterschiedlich gewichtet. Während einerseits Stimmen für Bewerber oberhalb der Sperrklausel mandatsrelevant werden, bleiben andererseits Stimmen für Bewerber unterhalb der Sperrklauseln insoweit irrelevant. Darin liegt eine Ungleichheit, welche dem Gebot der Gleichheit des Erfolgswerts zuwiderläuft.¹⁴ Eine solche partielle Ungleichheit kann daher lediglich zulässig, wenn der Gleichheitssatz in zulässiger Weise eingeschränkt werden kann.

Angesichts der Eindeutigkeit der genannten Beschränkung ist die Frage danach, ob Sperrklauseln auch einschränkende Rückwirkungen auf die Chancengleichheit der Bewerber erlangen können, bislang kaum diskutiert worden.¹⁵ Dies könnte namentlich der Fall sein, wenn die Existenz von Sperrklauseln Wählerinnen und Wähler nachweisbar davon abhalten könnte, kleine Parteien oder Gruppierungen

¹² Seit BVerfGE 1, 208, 244; 95, 335, 353. Statt Aller Morlok, in: Dreier, GG II, 2. A., 2006, Art. 38 Rn 94 f, 97, 113; H. Meyer, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, 3. A., 2005, § 46 Rn 29 ff; eingehend zum Kommunalwahlrecht Dietlein/Riedel, Zugangshürden im Kommunalwahlrecht, 2011, S. 19 ff (alle m. Nachw.).

¹³ Allgemein BVerfGE 120, 82, 102. Für NRW Löwer/Tettinger aaO., Art. 78 Rn 67.

¹⁴ Seit BVerfGE 1, 208, 247; s.a. BVerfGE 6, 104, 112: 120, 82, 106; s.a. ebd., S. 109: "Eingriff in das Recht auf Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit".

¹⁵ Ansätze dazu aber bei BVerfGE 120, 82, 104 f; NRWVerfGHE 51, 298, 299 f, 301.

zu wählen. Doch würde ein solcher Nachweis einer weiteren zusätzlichen Einschränkung neben derjenigen der Erfolgswertgleichheit an der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Sperrklauseln nichts Grundlegendes ändern.

Die genannte **gleichheitsbeschränkende Wirkung der Sperrklauseln tritt allerdings nicht von selbst ein**, sondern ist wahlrechtlich voraussetzungsvoll. Sie bedingt einige Vorentscheidungen, die hier im Fokus auf Kommunalwahlen nur genannt werden sollen.

Sperrklauseln setzen ein Verhältniswahlrecht voraus,¹⁶ d.h. eine Wahl (auch) nach Kandidatenlisten mit proportionaler Stimmenzuteilung. Für ein Mehrheitswahlrecht (ein Wahlkreis – eine zu wählende Person) ist eine Sperrklausel unanwendbar. Wer in einem Wahlkreis gewählt wird, steht als Volksvertreter fest. Nach allgemeiner Auffassung darf ihm der Status des Gewählten nicht unter Hinweis auf allgemeine Regeln des Wahlrechts entzogen werden. Mit einem Mehrheitswahlrecht sind Sperrklauseln generell unvereinbar. Umgekehrt führt das Mehrheitswahlrecht zu einem größeren Stimmenverlust als das Verhältniswahlrecht. In den einzelnen Wahlkreisen können bis zu 50 % der Stimmen auf die Mandatsverteilung ohne Einfluss bleiben.

Sperrklauseln im Verhältniswahlrecht setzen eine Mindestgröße der zu wählenden Vertretungskörperschaft voraus, um überhaupt Relevanz zu erlangen. Hat eine Vertretungskörperschaft etwa nur 20 Mitglieder (wie in NRW in Gemeinden bis 5.000 Einwohner), so wird eine Bewerberliste – je nach Ausgestaltung der Konkurrenzlage im Einzelfall – erst ab einem Stimmanteil von ca. 2,5 % mandatsrelevant (sog. faktische oder **natürliche Sperrklausel**).

Diese beiden Prämissen sind insoweit verfassungsrechtlich relevant, als das **Wahlsystem (Mehrheits- oder Verhältniswahl) weder im Grundgesetz noch in der Landesverfassung zwingend vorgeschrieben** ist. Die Verfassungsrechtsprechung steht bislang auf dem Standpunkt, wonach beide Systeme mit dem Demokratieprinzip prinzipiell vereinbar sind und die Verfassungsgeber kein Modell zwingend vorgeschrieben haben. Dies ist - im Unterschied etwa zur Art. 17, 22 WRV – weder im Grundgesetz noch in der Landesverfassung geschehen. Insoweit besteht hier ein (limitierter) Ausgestaltungsfreiraum der Legislativen. Sperrklauseln werden also erst dann demokratierelevant, wenn die gesetzlichen Vorentscheidungen in beide Richtungen gefallen sind. Erst dann, aber auch stets dann, **wenn der Gesetzgeber ein Verhältniswahlrecht angeordnet hat, sind die Wahlrechtsgrundsätze nach den Regeln des Verhältniswahlrechts zu gestalten.**¹⁷ Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Anordnung des Mehrheitswahlrechts regelmäßig – bis auf ganz wenige Ausnahmefälle – für kleinere Parteien, Gruppie-

¹⁶ BVerfGE 120, 82, 105 f.

¹⁷ BVerfGE 120, 82, 103:“Die Wahlrechtsgleichheit wirkt sich im Mehrheitswahlsystem und im Verhältniswahlsystem jeweils unterschiedlich aus.“ S.a. ebd., S. 104:“Der Gesetzgeber ist ... gehalten, die Gleichheit der Wahl innerhalb des jeweiligen Wahlsystems zu wahren.“

rungen oder einzelne Kandidaten erheblich höhere Hürden im Hinblick auf den Zugang zu den zu wählenden Körperschaften aufstellen können. Dies ist aber eine Folge der Entscheidung des Gesetzgebers für ein – jeweils für sich zulässiges – Wahlsystem und bedarf demokratischer Diskussion und Entscheidung. Wenn also die Legislative sich für ein Verhältniswahlsystem entschieden hat, dann hat sie insoweit konsequent zu bleiben. Das gilt im Hinblick auf Vor- und Nachteile für Wähler und zu Wählende; große und kleine Gruppierungen, Zugangschancen und –grenzen zu den jeweiligen Volksvertretungen. Dadurch wird der Gesetzgeber gebunden, aber in seinen Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht vollständig limitiert. Denn **es gibt nicht „das“ Verhältniswahlsystem**, sondern unterschiedliche mathematische Verfahren der Zuteilung von Mandaten auf abgegebene Stimmen. Die durchaus ansehnliche Zahl von Varianten steht den Parlamenten zur Auswahl, soweit sie mit den demokratischen Wahlrechtsgrundsätzen namentlich der gleichen Wahl vereinbar sind.¹⁸

2. Ausgestaltungsnotwendigkeiten im Verhältniswahlrecht

Gleichfalls durch das Demokratieprinzip **nicht zwingend vorgeschrieben ist die Größe der Kommunalvertretungen**. Auch insoweit kommt dem Landesgesetzgeber ein limitierter Gestaltungsspielraum zu, der allerdings verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht nur durch die Wahlrechtsgrundsätze, sondern auch durch die Ideen und Regelungen der kommunalen Selbstverwaltung erfahren kann. Hier braucht lediglich festgehalten zu werden: Es ist grundsätzlich zulässig, dass die Größe der Kommunalvertretung proportional zur Zahl der Bevölkerung abgestuft ist und dadurch unterschiedliche faktische Zugangshürden entstehen können: In kleineren Gemeinden brauchen Bewerber dazu einen höheren Prozentsatz als in größeren; in größeren hingegen eine höhere absolute Zahl von Stimmen als in kleineren. Ausschlaggebend ist allein, dass die Größe der Vertretungskörperschaft in Relation zur Bevölkerungszahl eindeutig feststeht und nicht sachwidrig abgegrenzt ist¹⁹ sowie innerhalb jeder Gruppe die Zugangschancen gleich sind. Unterschiedliche Gruppen hingegen sind unterschiedlich und können nur unter Beachtung dieser Differenz verglichen werden. Rechtlich vollständig gleich behandelt werden müssen demnach die Zugangschancen innerhalb derselben Gruppen: Dass diese sich etwa in großen Kommunen von den Zugangschancen und –grenzen in kleinen Kommunen unterscheiden können, ist nicht maßgeblich, solange die Gruppeneinteilung gleichheitskonform ist. Dies ist bislang niemals ernsthaft und mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich bestritten worden.

Der Landesgesetzgeber in NRW hat sich für die Kommunalwahlen im Grundsatz für das System der Verhältniswahl entschieden (§§ 31, 33 Komm-

¹⁸ NRWVerfGHE 51, 298, 302. S.a. ebd.:“Die mit dem jeweiligen Verteilungsverfahren verbundenen systembedingten Differenzierungen im Erfolgswert sind grundsätzlich hinzunehmen.“ Zu den unterschiedlichen Auszählungsverfahren etwa Stern, Staatsrecht I., 2. A., 1984, S. 297 ff; Krüper, NWVBI 2005, 297; Träger, ZParl 2013, 741 ff (alle mit Nachw.).

¹⁹ Zu insoweit (aber nur insoweit) vergleichbaren Problem der Wahlkreisgröße BVerfGE 95, 335, 353.

WahlG).²⁰ Auch wenn dieses bei der Sitzzuteilung durch einzelne Elemente des – ergänzend vorgesehenen - Wahlkreissystems modifiziert ist, so gilt doch: Die Verteilung der Sitze in den Vertretungskörperschaften folgt im Grundsatz proportional dem Stimmenanteil der Wahlbewerber. Diese Regelung stellt für sich eine zulässige Ausgestaltung des Demokratieprinzips des GG wie auch der NRWLV dar.²¹ Wenn allerdings das Verhältniswahlrecht vorgesehen wird, so muss sich auch dessen Ausgestaltung nach den allgemeinen Wahlrechtsgrundsätzen richten. Deren Konkretisierung unterliegt dabei denjenigen Bedingungen, die sich in ihrer Anwendung auf das Wahlsystem ergeben. Im Verhältniswahlsystem mit seiner proportionalen Sitzzuteilung wirkt sich dies partiell anders aus als in Mehrheitswahlsystemen. Hier gilt der Grundsatz des gleichen Stimmgewichts und damit des gleichen Erfolgswerts entsprechend den Eigenarten des Verhältniswahlrechts nicht allein im Hinblick auf einzelne Bewerber, sondern auch im Hinblick auf die jeweiligen Listen.²² Davon **weicht eine Sperrklausel ab**, welche über die faktischen Mindestquoten aus dem Zusammenspiel von Stimmanteil und Größe der jeweiligen Vertretungskörperschaft hinaus zusätzliche Hürden aufbauen, welche für Gruppierungen oberhalb und unterhalb der Sperrklausel unterschiedlich wirken können. Dies gilt auch für 2,5 % - Klauseln. Zwar ist angesichts der unterschiedlichen Größe von Kommunalvertretungen nicht zu verkennen, dass derartige Sperrklauseln nicht in allen, sondern nur in einem Teil der Kommunalvertretungen Relevanz erlangen kann. Doch tritt eine **gleichheitsbeschränkende Wirkung** schon dann ein, wenn es überhaupt Kommunen gibt, in denen die rechtliche Sperrklausel überhaupt Wirksamkeit erlangen kann.

3. Sperrklauseln in Landesverfassungen: Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit als (bloße) Ausgestaltung des Wahlsystems?

Die neuere Diskussion im Anschluss an die genannten Urteile des BerVerfGH und des HHVerfGH²³ geht - partiell im Anschluss an einen etwas älteren Beschluss des BVerfG²⁴ - davon aus, dass das Demokratieprinzip in der NRWLV vorgesehen, dort aber nicht vollständig geregelt und daher ausgestaltungsfähig und ausgestaltungsbedürftig sei. „Das“ Verfahren demokratischer Legitimation durch Wahlen gibt es nach ständ. Rechtsprechung nicht. Stattdessen sind Bundes- und Landesgesetzgeber berechtigt und verpflichtet, diese Grundsätze näher auszugestalten.

²⁰ Dazu grundlegend Kallerhoff u.a., Handbuch zum Kommunalwahlrecht in NRW 2008, S. 52 ff, 61 ff.

²¹ Zur entsprechenden Regelung in Schleswig-Holstein billigend BVerfGE 120, 82, 105. Für NRW geht hier von gleichfalls aus NRWVerfGHE 44, 301, 309.

²² Daraus können gleichfalls je nach Verrechnungsmodus der Stimmen auf die zu verteilenden Mandate unterschiedliche Zugangshürden folgen; dazu näher Dietlein/Riedel aaO., S. 32 f.

²³ BerVerfGH, BeckRS 2013, 50633; Roth, Gutachten: Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen in die Verfassung für das Land NRW, 2014 (in folgenden zit: Roth, Gutachten I), S. insbes. S. 70 ff, 86 ff; fortgeführt in ders., Ergänzende Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen in die Verfassung für das Land NRW, 2015 (im folgenden zit: Roth, Gutachten II). Eine Fortschreibung seiner Ausführungen im Hinblick auf eine 2,5 %-Sperrklausel ist mir nicht bekannt, doch wären seine Argumente auf sie ceteris paribus anwendbar. Ähnlich wie Roth auch Michael, Gutachten zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer 3%---Sperrklausel für das Kommunalwahlrecht auf Ebene der Landesverfassung NRW, 2015.

²⁴ BVerfGE 99, 1, 8 ff.

Das gilt namentlich für das Wahlrecht, welches unterschiedliche Varianten der Konkretisierung der in GG und Landesverfassungen verbindlich statuierten Wahlgrundsätze kenne.²⁵ Dabei sind Bund und Länder an die jeweils für sie geltenden Ausgestaltungen des Demokratieprinzips in ihren Verfassungen gebunden. Sie sind nicht in allen Einzelheiten kongruent. Insoweit können die Länder insbesondere im Rahmen ihres „eigenständigen Verfassungsraums“, der ihnen für die Regelung ihrer inneren Organisation von GG eröffnet und vom BVerfG anerkannt ist,²⁶ selbständig ausgestaltend tätig werden. Diese Ausgestaltung könne durch den Gesetzgeber nach Maßgabe der Verfassung oder aber in der NRWLV selbst erfolgen. Änderungen der Landesverfassung sind aber nicht an die Landesverfassung selbst gebunden, solange dort das Demokratieprinzip nur ausgestaltet und ihm nicht „widersprochen“ (Art. 69 Abs. 1 S. 2 NRWLV) werde. „Verfassungswidriges Verfassungsrecht“ könne es im Bund ebenso wenig geben wie in den Ländern.

a) Zur Vereinbarkeit landesverfassungsrechtlicher Sperrklauseln mit Art. 69 Abs. 1 S. 2 NRWLV

Eine solche Ausgestaltung – und kein Widerspruch – läge in der Einführung einer Sperrklausel für die Kommunalwahlen. Hier gelte zwar das Demokratieprinzip der Landesverfassung. Doch schreibe dieses selbst nicht zwingend bestimmte Wahlsysteme vor – so könne etwa zwischen Mehrheits- und Verhältniswahl frei gewählt werden²⁷ – und erlaube auch Ausgestaltungen innerhalb des Verhältniswahlrechts.²⁸ Hier könne auch gewählt werden zwischen limitierten (also mit Sperrklausel) und unlimitiertem (also ohne Sperrklausel) Verhältniswahlrecht. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit (Art. 78 Abs. 1 iVm Art. 31 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 NRWLV) könne schon deshalb nicht vorliegen, weil die 3%-Klausel in der Landesverfassung nicht an andere Vorgaben der Landesverfassung gebunden sei: Beide seien vielmehr gleichrangig und stünden nicht in einem Verhältnis von Vor- und Nachrang. Und ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Art. 69 Abs. 1 S. 2 NRWLV könne schon deshalb nicht vorliegen, weil auch für den Landtag und den Bundestag Sperrklauseln in Geltung seien, die nicht als Widerspruch gegen die Demokratieprinzipien von Landesverfassung und Grundgesetz verstießen. Und was für die Sperrklauseln im Hinblick auf die Parlamente gelten, müsse jedenfalls insoweit auch für die Kommunalvertretungen gelten. Ein allgemeines Demokratieprinzip, welches sogar Verfassungsänderungen mit dem Ziel einer Sperrklausel völlig ausschlosse, sei weder im Bund noch im Land in Geltung. Daher sei eine derartige Sperrklausel in der NRWLV jedenfalls mit der Landesverfassung vereinbar. Im Übrigen dürfe der NRWVerfGH auch Änderungen der

²⁵ Überblicke über die bisherigen Ausgestaltungs- und Entscheidungspraxis bei Morlok, in: Dreier, GG II, 2. A., 2006, Art. 38 Rn 28 ff, 51 ff, 125 ff; vergleichend Nohlen, Wahlrecht und Parteiensysteme, 6. A., 2009.

²⁶ Zum Verfassungsraum der Länder näher BVerfGE 4, 178, 189; 96, 345, 368 („in dem föderativ gestalteten Bundesstaat des GG stehen die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander“); 103, 332, 351; Dreier aaO., Art. 28 Rn 51 (Nachw.).

²⁷ Dreier aaO., Art. 28 Rn 51.

²⁸ So auch NRWVerfGHE 51, 298, 301 f.

Landesverfassung nicht überprüfen. Er entscheide nach Maßgabe der Verfassung und nicht über die Verfassung (Art. 75 Nr. 2 LV: „...über die Vereinbarkeit mit dieser Verfassung....“).²⁹

Angesichts der zurückhaltenden Formulierung des Demokratieprinzips in der LV dürfte es kaum möglich sein, ihm eine Festlegung für ein bestimmtes Wahlrecht oder eine bestimmte Ausgestaltung in der Landesverfassung zu entnehmen. Und weder das BVerfG noch der NRWVerfGH haben bislang die These aufgestellt, eine Statuierung von Sperrklauseln in Verfassungen sei mit den unantastbaren Grundsätzen der Demokratie im GG oder in der LV unvereinbar. Diese Praxis hängt gewiss auch damit zusammen, dass beide Gerichte in der Vergangenheit noch niemals mit Sperrklauseln in der Verfassung befasst waren. Sie haben bislang stets über Sperrklauseln in Gesetzen entschieden, die nach Maßgabe der Verfassung und nicht als Teil der Verfassung ergingen. Und sie haben diese niemals an unantastbaren Demokratieprinzipen, sondern allein an den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit gemessen. Diese können zwar im Grundsatz durch das Demokratieprinzip mitgeschützt sein, nicht jedoch in jedem Detail und gegen jede Form von Einschränkungen. Das folgt schon daraus, dass jede bislang angewandte Form des Verhältniswahlrechts immer nur Annäherungen an die vollständige Gleichheit des Erfolgswertes der Stimmen enthalten kann, bislang aber kein Modus bekannt ist, welcher dies vollständig und uneingeschränkt verwirklichen würde. Insoweit würde eine Aufnahme von Sperrklauseln für Kommunalwahlen in die Landesverfassung jedenfalls rechtliche Bedenken aus der Landesverfassung ausschließen.³⁰

b) Zur Vereinbarkeit landesverfassungsrechtlicher Sperrklauseln mit Art. 28 GG

Hingegen kann sich dies im Verhältnis zum Grundgesetz anders darstellen. Dieses ist gegenüber der Landesverfassung vorrangig (Art. 31 GG), insoweit darf diese jenem nicht widersprechen. Zwar regeln Grundgesetz und Landesverfassung unterschiedliche Gegenstände: Ersteres das Verfassungsrecht des Bundes, Letztere das Verfassungsrecht des Landes. Daher können Widersprüche nur in Einzelfällen entstehen. So kann etwa das Land das Demokratieprinzip anders ausgestalten als der Bund,³¹ was etwa im Hinblick auf die unmittelbare Demokratie (Art. 67a, 68, 69 Abs. 3 NRWLV) auch geschehen ist. Doch ist die Eigenständigkeit der „Verfassungsräume“ von Bund und Ländern keine vollständige, soweit eine Verfassung in zulässiger Weise in den Geltungsbereich der anderen hineinragt. Der vielfach betonte **„eigenständige Verfassungsraum der Länder“**³² schließt

²⁹ So im Grundsatz Löwer/Tettinger/Mann, Komm. zur Verfassung des Landes NRW, 2002, Art. 75 Rn 3; einschränkend Heusch, in: ders./Schoenenbroicher, Die Landesverfassung NRW, 2010, Art. 75 Rn 38.

³⁰ Ganz in diesem Sinne HHVerfHH aaO.; BerlVerfGH aaO.

³¹ BVerfGE 99, 1, 11 f.; Dreier in: ders., GG-Komm. II, 2. A., 2006, Art. 28 Rn 70, 73 (Nachw.).

³² BVerfGE 4, 178, 189; 96, 345, 368 („in dem föderativ gestalteten Bundesstaat des GG stehen die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander“.); 103, 332, 351; Dreier aaO., Art. 28 Rn 51 (Nachw.).

demnach Kollisionen und Widersprüche jedenfalls nicht stets und notwendigerweise aus. Er schließt diese insoweit aus, wie der Verfassungsraum der Länder reicht. Hier nun stellt Art. 28 Abs. 1 GG eine Kopplung beider Verfassungsräume dar. Dabei bindet er die Landesverfassungen nicht allein an das Demokratieprinzip im allgemeinen (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG), das auch im Landesrecht gilt (Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV) und im Landesrecht ebenso wie im Bund ausgestaltet werden kann; und zwar auch anders, als es der Bund getan hat. Vielmehr **bindet Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG** die Länder darüber hinaus im Hinblick auf die **Vertretung des Volkes in Ländern, Kreisen und Gemeinden auch an die Wahlrechtsgrundsätze des GG** und damit u.a. an die „gleiche“ Wahl.³³ Diese ist im Bund allerdings nicht als limitierte, sondern allenfalls als limitierbare garantiert: Auch auf Bundesebene sind Sperrklauseln kein Element der Wahlrechtsgleichheit, sondern dessen Einschränkung. Diese bundesrechtliche Vorgabe kann durch Landesrecht inhaltlich nicht abgeändert werden. Die bundesrechtliche Vorgabe bezieht sich demnach auf die Wahlrechtsgleichheit ohne Einschränkungen. Damit gehen die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben für den verfassungsändernden Gesetzgeber über das allgemeine Demokratieprinzip hinaus³⁴ und sind enghemmaschiger als die Bindungen aus Art. 69 Abs. 1 S. 2 LV. Und sie beziehen sich explizit nicht nur auf Landtagswahlen oder Wahlen im Allgemeinen, sondern gerade auch auf Wahlen in Kreisen und Gemeinden. An diese Vorgaben ist das Land demnach – wie alle andere Bundesländer auch – gebunden. Dort endet insoweit der eigenständige Verfassungsraum auch des Landes NRW.

Dies schließt eigene Regelungsmöglichkeiten des Landes im Hinblick auf die Gleichheit der Wahl nicht aus. Es darf die Gleichheit der Wahl ausgestalten wie der Bund auch, bleibt dabei jedoch an den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit gebunden. Wenn es die Gleichheit beschränken will – etwa durch eine Sperrklausel im Kommunalwahlrecht –, so ist dies jedoch keine Ausgestaltung der Wahlrechtsgleichheit; und zwar unabhängig davon, ob sie in der Landesverfassung oder in Landesgesetzen enthalten ist. **Denn auch die Landesverfassung darf Grundsätze des Landesverfassungsrechts allein im Rahmen des Bundesverfassungsrechts ausgestalten,**³⁵ nicht hingen die bundesrechtlichen Vorgaben.

Was folgt daraus für verfassungsändernde Sperrklauseln in NRW? Sie unterliegen der Regelungs- und damit der Ausgestaltungshoheit des Landes. Die Bundesländer sind formell zuständig und materiell berechtigt und verpflichtet, das in ihnen geltende Wahlrecht zu gestalten. Das gilt sowohl für das Landtags- als auch für

³³ Papier, mündl. Vortrag in: Anhörung der SPD am 29.10.2014; Zicht, NRW: Sperrklausel Gutachten für SPD-Fraktion ignoriert entscheidendes Problem, in: wahlrecht.de

³⁴ BVerfGE 120, 82, 102, betont in diesem Kontext die Kongruenz von bundesrechtlichen und landesrechtlichen Vorgaben für die Landesgesetzgebung.

³⁵ Dies verkennt Roth, Gutachten II, S. 9, mit der Behauptung: „Auch das BVerfG darf den Landesverfassungsgesetzgeber nicht einer strengeren Prüfung unterwerfen, als es in vergleichbaren Fällen für den Bundesverfassungsgesetzgeber gelten würde.“ Denn der verfassungsändernde Gesetzgeber im Land ist eben – anders als derjenige im Bund – nicht nur an die „Ewigkeitsklauseln“ des Art. 79 Abs. 3 GG, 69 Abs. 1 S. 2 LV gebunden; sondern darüber hinaus auch an konkretere Vorgaben des Bundesrechts, soweit solche im Einzelfall in Kraft sind. Genau dies ist aber in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG der Fall.

das Kommunalwahlrecht. Dabei unterliegen sie rechtliche Vorgaben und Bindungen in einem zweistufigen System:³⁶

- Sie sind zunächst an die **landesverfassungsrechtlichen Vorgaben** gebunden. Diese differenzieren nach dem „einfachen“ Landesgesetzgeber und der verfassungsändernden Gesetzgebung. Letztere ist hier allein an Art. 69 Abs. 1 S. 2 GG gebunden. Dieser transportiert die Vorgaben des GG in das Landesrecht hinein und verdoppelt somit ihren rechtlichen Geltungsanspruch, ohne jedoch die inhaltlichen Vorgaben des Bundesrechts zu verändern.³⁷ Insoweit entlastet die Wahl der Regelungsebene im Landesrecht („einfache oder verfassungsändernde Gesetzgebung“) von einzelnen Bindungen des Landesrechts, nicht hingegen solchen aus dem Bundesrecht. Diese werden durch Art. 69 Abs. 1 S. 2 GG jedenfalls in ihren Grundsätzen – nicht hingegen in den Einzelheiten aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG – wiederholt und bekräftigt.
- Sie sind weiter an die **bundesrechtlichen Vorgaben** gebunden, die sich im Falle des Kommunalwahlrechts mangels bundesgesetzlicher Vorgaben auf diejenigen aus **Art. 28 Abs. 1 S. 1-3 GG** beschränken. Dabei ist sowohl der weite Rahmen des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG („demokratisch“) als auch der engere des Art. 28 Abs. 1 S.2 GG zu verbindlich. Letztere lässt die Ausgestaltungsbefugnis unangetastet, unterwirft sie jedoch weiteren rechtlichen Vorgaben, die ihrerseits – ebenso wie im Kontext der Grundsätze des Art 38 Abs. 1 S. 1 GG für die Bundestagswahlen – ausgestaltungsfähig und – bedürftig sind. An die bundesrechtlichen Ausgestaltungen – für die Bundestagswahlen – ist das Land für seine Regelungen des Landtags- und Kommunalwahlrechts nicht gebunden. Sie sind auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber des Landes nicht durch Art. 69 NRWLV rezipiert.

Die **Ausgestaltungsaufträge aus Bundes- und Landesrecht sind inhaltlich eröffnet und zugleich begrenzt**. Solche Grenzen folgen sowohl aus den allgemeinen Grundsätzen „(„demokratisch“) im Unterschied zu nicht-demokratischen Verfahren als auch aus den konkretisierenden Wahlrechtsgrundsätzen aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Auch hier ist der Ausgestaltungsspielraum nicht unbegrenzt. Insbesondere lässt sich – nicht nur abstrakt, sondern auch aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG - differenzieren etwa zwischen Freiheit und Unfreiheit, Geheimheit und Öffentlichkeit oder eben auch Gleichheit und Ungleichheit der Wahl. Der Ausgestaltungsfreiraum der Länder ist demnach auf gleichheitskonforme Varianten erstreckt und begrenzt, nicht hingegen auf ungleiche Ausgestaltungsalternativen ausgeweitet. Ungeachtet der theoretischen Vielzahl möglicher

³⁶ Supra- oder internationale Vorgaben sind entweder gar nicht in Kraft oder aber – wo sie ausnahmsweise in Geltung sind – gehen nicht über diejenigen des deutschen Rechts hinaus; so zutreffend Roth, Gutachten I., S. 92 ff

³⁷ Löwer/Tettinger, NRWLV, Art. 69 Rn 9; Heusch/Schoenenbroicher, NRWLV, Art. 69 Rn 9.

Varianten bleibt jedenfalls die **Differenz zwischen Ausgestaltung und Beschränkung der Wahlrechtsgleichheit** erhalten. Beide unterliegen unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben und Schranken. Entscheidet sich ein Bundesland für ein **limitiertes Verhältniswahlssystem**, so **unterliegt es insoweit den Bindungen an eine Beschränkung der auch bundesrechtlich vorgegebenen Wahlrechtsgleichheit**. Dies gilt grundsätzlich sowohl für die „einfache“ als auch für die verfassungsändernde Gesetzgebung des Landes.

Mögliche Unterschiede zwischen der Intensität dieser Bindungen können sich am ehesten aus der bereits genannten „**Verfassungsautonomie**“³⁸ **der Bundesländer** ergeben. Sie begründet das Recht zur eigenständigen Gestaltung ihrer jeweiligen Verfassungen nach ihrer eigenen Entscheidung aufgrund ihrer ihnen zukommenden Staatsgewalt. Diese ist jedoch keine „inhaltlich absolut freie, voraussetzungs- und bindungslose Urgewalt“;³⁹ vielmehr **bestehen ihre Staatlichkeit und ihr Recht zur Verfassunggebung nur im Rahmen des bundesstaatlichen Gefüges**, namentlich der daraus folgenden Vorgaben durch das Grundgesetz. Wo solche Vorgaben in Kraft sind, ist die verfassungsgebende bzw. –ändernde Gewalt der Bundesländer inhaltlich oder gegenständlich begrenzt. Daraus folgen durchaus unterschiedliche Intensitätsgrade von Freiheit bzw. Bindung der Länder in unterschiedlichen Regelungsmaterien. Für das Demokratieprinzip hat das BVerfG hier die Grenzen bisweilen recht eng gezogen,⁴⁰ wobei zwischen den allgemeinen Grundsätzen („demokratisch“) und den in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich genannten Wahlgrundsätzen noch einmal eine qualitative Differenz besteht: Letztere verweisen über die allgemeinen demokratischen Grundprinzipien hinaus auf die in Art. 38 Abs. 1 S.1 GG genannte Grundsätze hinaus, „die in dem dort normierten Umfang für Länder, Kreise und Gemeinden verbindlich sind“.⁴¹ Zugleich gilt aber hier für die Länder ebenso wie für den Bund im Rahmen seiner Regelung des unterschiedlichen Annäherungen an die Ziele des Wahlrechts im allgemeinen wie des Verhältniswahlrechts im Besonderen eröffnen. Sie sind nicht einfach „richtig“ oder „falsch“, nicht einfach „gerecht“ oder „ungerecht“, „gleich“ oder „ungleich“, sondern eröffnen zu diesen Phänomenen unterschiedliche Zugänge, die in sich stringent und widerspruchsfrei sind. Die Verhältnis- und Gleichheitsfragen hängen demnach von der Wahl der rechtlich relevanten Ausgangspunkte ab. Erst auf dieser Grundlage kann sodann entschieden werden, ob jene Ausgangspunkte in gleicher oder ungleicher Weise berücksichtigt worden sind.⁴²

Dies schließt demnach neben input-orientierten Berechnungen einer größtmöglichen Verwirklichung der Spiegelbildlichkeit von Wählern und Gewählten auch andere output-orientierte Verfahren im Hinblick auf eine funktionsgerechte Zusammensetzung der gewählten Körperschaften nicht von vornherein aus. Die Wahl zwischen einem legitimations- und einem effizienzorientierten Leitbild der Verhält-

³⁸ BVerfGE 90, 60, 84; 99, 1, 11; Dreier aaO., Art. 28 Rn 53 (Nachw.).

³⁹ Dreier ebd. (Nachw.).

⁴⁰ Dreier ebd., Rn 69 (Nachw. auch zu der verbreiteten Kritik).

⁴¹ Dreier ebd., Rn 70.

⁴² So auch der zutr. Ausgangspunkt in NRWVerfGH, NWVBI 2009, 98.

niswahl steht den Wahlrechtsgesetzgebern umso mehr zu, je eher die Wahlrechtsgrundsätze in den Verfassungen selbst statuiert sind, wie es in Art. 78 Abs. 1 S. 2, 3 NRWLV festgeschrieben werden soll. Die Auswahl zwischen solchen Berechnungsverfahren kommt dem (verfassungsändernden) Gesetzgeber, nicht hingegen den Verfassungsgerichten zu.⁴³ Dementsprechend hat der HHVerfGH jüngst eine Ausgestaltung nicht beanstandet, welche

- die natürliche Sperrklausel „nicht erheblich“ überschreitet,
- die Nichtberücksichtigung von Stimmanteilen kleiner und kleinster Gruppen auf „nicht gewichtige“ politische Kräfte oder Interessen beschränkt: Dies wurde bei einer Ausschlusswirkung von insgesamt 5,5 % aller Stimmen durch die rechtliche Sperrklausel verneint;
- nicht darauf angelegt ist oder bewirkt, dass neue politische Kräfte keine Chance auf Einzug in solche Körperschaften mehr erlangen und so an der Ausübung ihrer verfassungsrechtlich garantierten Wirkungsmöglichkeiten überhaupt gehindert werden.⁴⁴
- keine intendierte Ausschlusswirkung gegenüber bestimmten politischen Parteien oder Wählergruppen erkennbar ist.

4. Der vorliegende Entwurf als zulässige Ausgestaltung der Verhältniswahl

Diese Kriterien werden von der angestrebten 2,5 % - Klausel im vorliegende Gesetzentwurf erfüllt. Insbesondere wird die rechtliche Ausschlusswirkung gegen Klein- und Kleinstparteien im Vergleich zu den vom HHVerfGH genannten 5,5 % - Kriterium im Landesdurchschnitt bei weitem nicht und nur für einzelne Gemeinden übertroffen.

Zudem bezieht sich die Wirkung der angestrebten 2,5 % Klausel allein auf solche Kommunalvertretungen größerer Städte und Kreise, welche in besonderem Maße von der Zersplitterung und daher der Effektivierung am ehesten bedürfen. „Überschießende“ Sperrwirkungen auf andere Vertretungen sind wegen der gewählten Höhe der Sperrklausel weitestgehend ausgeschlossen.⁴⁵

Der verfassungsändernde Gesetzgeber macht mit dem hier vorgelegten Entwurf demnach von seinem Ausgestaltungsrecht in landesverfassungs- und grundgesetzkonformer Weise Gebrauch.

⁴³ HHVerfGH aaO., S. 19, 22.

⁴⁴ HHVerfGH aaO., S. 21-23.

⁴⁵ Eine entsprechende Berechnung am Beispiel der Kommunalwahl 2014 liegt mit vor. Hierfür sind andere Sachverständige mit höherer Kompetenz als ich eingeladen, welche diesen Punkt werden vertiefen können.

III. Hilferwägungen: Der vorliegende Entwurf als (mögliche) Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit

Da die rechtlichen Vorgaben einer Sperrklausel für Kommunalwahlen in der Landesverfassung bislang weder vom BVerfG noch vom NRWVerfGH geklärt sind, lohnt sich ein Blick auf die andere mögliche Einschätzung der Sperrklausel nicht als Ausgestaltung der Wahlrechtsgleichheit, sondern als deren Einschränkung. Eine solche haben die Verfassungsgerichte übereinstimmend bejaht, sofern die Sperrklauseln nicht im Verfassungs-, sondern im Gesetzesrecht niedergelegt wurden. Die nachfolgenden Erwägungen gehen von dieser Prämisse aus; letztlich also davon, dass nach einer solchen Lesart die Frage nach dem Rang und Regelungsstandort der Sperrklausel in der Rechtsordnung ohne Bedeutung wäre.

Der **Unterschied zu der Lesart o. II.** liegt also darin, dass **hier eine andere rechtliche Prämisse untersucht** wird. Welche der beiden die zutreffende ist, ist bislang für Hamburg und Berlin, nicht aber für die anderen Bundesländer entschieden. Sie wird hier allein deshalb dargestellt, weil es immerhin zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht völlig ausgeschlossen werden kann, dass Gerichte für NRW einer anderen Beurteilung folgen könnten als andere Gerichte für Hamburg oder Berlin.⁴⁶

Diesem zweiten Weg wird im Folgenden hilfsweise nachgegangen.

1. Die Rechtsprechung von BVerfG und NRWVerfGH zur Wahlrechtsgleichheit⁴⁷

Die **Rechtsprechung des BVerfG zu den Sperrklauseln im Parlamentswahlrecht** begann früher.⁴⁸ Seit 1990 rückte das Bemühen um eine lineare Repräsentation des Volkes durch seine Vertretung mittels des gleichen Wahlrechts in den Vordergrund. Einschränkungen sind seitdem nur noch zulässig, „soweit es zur Sicherung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments geboten sei.“⁴⁹ Dabei „seien die Verhältnisse des Landes, für die sie gelten sollen, zu berücksichtigen“, und zwar in sachlicher, politischer und zeitlicher Hinsicht. Neu waren die fehlende automatische Annahme einer Parlamentszersplitterung durch Verhältniswahlrecht, die Forderung nach einem Beleg für eine solche Gefährdung im Einzelfall, die Notwendigkeit einer regelmäßigen Überprüfung der Gefährdungsprognose und die Abkehr von der 5%-Hürde als „gemeindeutscher Satz“: Es stehe dem Ge-

⁴⁶ An diesem Zwischenergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass der NRWVerfGH die Konformität der Landesverfassung mit dem GG nicht überprüfen darf. Die materiell-rechtlichen Bindungen werden durch organisations- oder funktionell-rechtliche Regelungen insoweit nicht modifiziert. Zudem unterliegt die Konformität von Bundes- und Landesrecht der Nachprüfung durch das BVerfG (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2; 100 u.ö. GG). BVerfGE 99, 1, 12.

⁴⁷ Zur Entwicklung Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in NRW, 2002, S. 273, 277 ff.

⁴⁸ BVerfGE 1, 208, 249, mit einem Zitat von 1932.

⁴⁹ BVerfGE 82, 322, 338 (f); ebd. auch die folgenden Zitate.

setzgeber frei, auf eine solche „Sperrklausel zu verzichten, deren Höhe herabzusetzen oder andere geeignete Maßnahmen zu ergreifen.“ In der Folgezeit blieb es auch bei der Zulässigkeit einer 5 %-Klausel im Bundes- und Landesrecht im Hinblick auf die Parlamentswahlen,⁵⁰ nicht hingegen für die Europawahl. Denn „die 5%-Sperrklausel finde bei der Wahl zum Deutschen Bundestag ihre Rechtfertigung im Wesentlichen darin, dass die Bildung einer stabilen Mehrheit für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und deren fortlaufende Unterstützung nötig ist.“⁵¹ Eine vergleichbare Interessenlage bestehe demgegenüber auf europäischer Ebene nicht. Hier zeigte sich – wie schon in der älteren Rechtsprechung - die Fokussierung der Formel von der **Funktionsgefährdung im allgemeinen auf die Kreativefunktion im besonderen**. Mögliche sonstige Beeinträchtigungen der parlamentarischen Gesetzgebungs-, Kontroll- oder Integrationsfunktionen seien nicht mit hinreichender Sicherheit erkennbar oder aber nicht in der Lage, die **Sperrklausel im EU-Wahlgesetz** zu rechtfertigen.⁵² Die vom BVerfG als zulässiger Grund für einen Schutz der Funktionsfähigkeit der Parlaments angesehene Beeinträchtigung konzentrierte sich zunehmend auf die Gefährdung der Fähigkeit zur Bildung, Unterstützung und Kontinuität hinreichend stabiler Regierungen.

Jene Grundsätze prägten auch die **Rechtsprechung des BVerfG zu den Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht**. Vor 1990 wurden sie für sinnvoll und zulässig angesehen, wenn und „wo – ähnlich wie bei den Länderparlamenten und im Bundestag - Splitterparteien die reibungslose Erfüllung der Verwaltungsaufgaben der kommunalen Vertretungen gefährden können.“⁵³ Nach 1990 schlug der Wandel der Rechtsprechung zu den Sperrklauseln allgemein auch auf das Kommunalwahlrecht durch. Seitdem⁵⁴ forderte das BVerfG auch hier einen zur Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit zureichenden „**zwingenden Grund**“, der „durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht (ist), das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.“ Dazu gehörten „die **Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung**“. Dabei werden die Unterschiede zwischen Parlamenten und Kommunalvertretungen ausführlich herausgearbeitet; insbesondere dürfe nicht aus der Zulässigkeit der Sperrklausel bei ersteren auf diejenige bei letzteren geschlossen werden. Denn im Unterschied zu jenen wählten die Kommunalvertretungen die Verwaltungsspitze regelmäßig nicht mehr selbst, seit in den Ländern flächendeckend Direktwahlverfahren eingeführt worden seien. Auch die Notwendigkeit einer Kontrolle der Verwaltung in der Kommune rechtfertige Sperrklauseln jedenfalls dort nicht, wo Bestimmungen der Gemeindeordnungen für den Fall divergierender Mehrheiten zwischen Bürgermeisterinnen und Ratsmehrheiten, instabiler Mehrheitsbil-

⁵⁰ Nachw. bei Morlok, in: Dreier, GG II aaO., Art. 38 Rn 107.

⁵¹ BVerfGE 129, 300, 335 ; s.a. ebd. S. 306 f; 336, 337 ff.

⁵² BVerfG, NVwZ 2014, 439.

⁵³ BVerfGE 6, 104, 119 f (Zitate).

⁵⁴ BVerfGE 120, 82, 107, 108, 111 f, 108, 123 f. Die Entscheidung erging zwar in der Eigenschaft des BVerfG als Landesverfassungsgerichtshof Schleswig-Holstein, doch betonte der Senat gleich zu Beginn die Identität der nach Bundes- und Landesverfassung anzulegenden rechtlichen Maßstäbe (ebd., S. 102).

derung oder Zersplitterung im Gemeinderat oder vergleichbare Fälle in Kraft seien. Damit war erneut der **Konnex zwischen allgemeiner Funktionsfähigkeit einerseits und besonderer Kreativeionsfähigkeit andererseits** betont. Sonstige Funktionen der Kommunalvertretungen traten demgegenüber zurück. So sei jedenfalls eine Vergrößerung der Zahl von Fraktionen und fraktionslosen Einzelmitgliedern an sich keine funktionswidrige Beeinträchtigung. Auch die Erhöhung der (beratenden) Mitglieder von Ausschüssen mit Antrags- und Rederecht reiche für eine solche Prognose nicht aus. Erneut wurde in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die jeweilige Gefährdungsprognose hinsichtlich der Gemeindevertretungen von zeitlichen und örtlichen Bedingungen abhängen seien, die ihrerseits wandlungsfähig seien. Die Begründung bewegt sich weitgehend im Formenkreis der geschilderten allgemeinen Sperrklauselrechtsprechung. Auffällig ist in diesem Zusammenhang erneut die **Formel von der Gefährdung der Funktionsfähigkeit in einem weiten Sinne, die sodann rasch auf das Verhältnis von Kommunalvertretung und Verwaltungsspitze reduziert wird**. Sonstige denkbare Funktionsgefährdungen werden entweder für irrelevant angesehen oder aber im entschiedenen Fall verneint.⁵⁵

Die **Rechtsprechung des NRWVerfGH** folgt grundsätzlich den vom BVerfG vorgezogenen Linien. Zugleich differenziert sie jene Linien weiter aus und wendet sie auf die konkreten Verhältnisse des Bundeslandes NRW an.⁵⁶

Seit 1994 ging auch der NRWVerfGH davon aus, dass Sperrklauseln nicht ein für allemal gegeben, sondern angesichts der Besonderheiten der jeweiligen zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten dynamisch zu überprüfen. Für die Zukunft sei der Gesetzgeber **verpflichtet, die Zulässigkeit von Sperrklauseln für Kommunalwahlen zu überprüfen** und dabei die gewandelten tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten zugrunde zu legen.⁵⁷ Die Gleichheit des Wahlrechts könne nur eingeschränkt werden, soweit ihm verfassungsrechtlich mindestens gleichrangige Schutzgüter entgegenstünden. Das gelte insbesondere für die Befürchtung einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretung. Dass hierbei eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Kommunalverwaltung kaum anzunehmen sei, wurde bereits damals angedeutet. Daneben wurden vom NRWVerfGH weitere Aspekte angesprochen, welche eine Sperrklausel rechtfertigen könnten.⁵⁸ Wegen des „egalitären demokratischen Prinzips im Sinne einer strengen

⁵⁵ In der Rechtswissenschaft geht dementsprechend eine verbreitete Auffassung dahin, Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht seien grundsätzlich unzulässig oder allenfalls unter äußerst hohen, praktisch kaum zu erfüllenden verfassungsrechtlichen Bedingungen einzuführen. S. Puhl, in: Festschrift Isensee, 2007, 441 ff; Dreier, in: ders., GG-Komm aaO., Art. 28 Rn 75 Fn 336 (Nachw.); Ipsen, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis I, 3. A., 2007, § 24 Rn 297; Meyer ebd., § 20 Rn 70 ff; Meyer, HStR aaO., § 46 Rn 42; Morlok, NVwZ 2012, 913, 918; Streinz, vMKS, GG, 6. A., 2010, Art. 21 Rn 135; Löwer, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. A., 2012, Art. 28 Rn 23; Krajewski, DöV 2008, 345; Burgi, Eildienst Landkreistag 2015, 393, 396 f.

⁵⁶ Berichtet in: NRWVerfGH, NWVBI 1994, 456.

⁵⁷ NRWVerfGH, NWVBI 1994, 456 f; zur Vorgeschichte und zum Abgehen von den älteren Grundsätzen ebd., S. 4 55 f; zum Folgenden ebd., S. 457 f. Zitate ebd., S. 458.

⁵⁸ NRWVerfGH, NWVBI 1999, 383, 384ff; Zitate S. 384,

und formalen Gleichheit“ auch des Kommunalwahlrechts sei dem Gesetzgeber **„grundsätzlich jede unterschiedliche Behandlung der Parteien und Wählergruppen von Verfassungen wegen versagt.“** Dieser Grundsatz könne aber Ausnahmen erfahren wegen eines „zwingenden Grundes“, worunter auch „seit langem anerkannt die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ zählen könne. Doch bedürfe dies eines hinreichenden Nachweises. Dazu stellte der NRWVerfGH längere Erwägungen an, welche sich auf die Funktionsfähigkeit von Kommunalvertretungen bezogen; etwa mögliche Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Kommunalverwaltung unter dem Aspekt der gewandelten Regelungsstrukturen; die Gefahr einer Zersplitterung durch kleine und kleinste Interessengruppen in den Räten sowie eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Beratungen im Plenum und in den Ausschüssen der Kommunalvertretungen. Diese seien als mögliche **„zwingende Gründe“ für eine Beschränkung der Wahlrechtsgleichheit** auch im Kommunalrecht, diskutiert, aber letztlich nicht für hinreichend angesehen. Daneben habe es der Gesetzgeber an einer hinreichend sachspezifisch und zeitnah vorzunehmenden Prüfung des Vorliegens, des Wandels oder des Fortfalls jener Umstände fehlen lassen; oder aber er habe nicht hinreichend dargelegt, warum diese Aspekte gerade eine Klausel vom Sperrklausel rechtfertigen könnten.⁵⁹ Die damit gelegten Entscheidungsgrundsätze wirkten bis in die jüngste Rechtsprechung des NRWVerfGH zu der hier relevanten Materie hinein.⁶⁰ Das Wahlrecht könne durch unterschiedliche Varianten der Stimmenzuteilung im Verhältniswahlrecht ausgestaltet werden. Dazu zähle insbesondere das **Recht des Gesetzgebers, zwischen den vorhandenen Modellen ungeachtet numerisch unterschiedlicher Auswirkungen sachgerecht auszuwählen** und ein einmal ausgewähltes Prinzip für die Zukunft durch ein anderes, gleichermaßen sachgerechtes zu ersetzen. Doch sei der Gesetzgeber auch bei der **Ausgestaltung der Stimmenzuteilung** unter der Geltung eines einmal zugrunde gelegten **Auszählungs- und Zuteilungsverfahrens an den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit gebunden.** Gesetzliche Regelungen, welche davon zu Lasten kleinerer Gruppierungen abwichen, seien allein unter den bereits genannten Zulässigkeitsbedingungen eines „zwingenden Grundes“ für die Abweichung von dem strikt formalen Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit zulässig. Zur Verfolgung dieses Zwecks müssten **Beschränkungen „geeignet und erforderlich“** sein. Hier setzt der NRWVerfGH tendenziell breiter an als das BVerfG, wo er nicht allein auf das Verhältnis zwischen Vertretungskörperschaft und Verwaltungsspitze abstellt. Diese kontinuierlichen Rechtsprechungslinien sind ganz überwiegend auf Zustimmung der Rechtswissenschaft gestoßen.⁶¹ Seitdem werden Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entweder für gänzlich unzulässig oder aber jedenfalls allein unter Wahrung besonderes hoher Anforderungen einführbar angesehen.

⁵⁹ Anders wohl für den Landtag; s. dazu NRWVerfGH ebd., S. 384, unter Hinweis auf BVerfGE 82, 322, 338.

⁶⁰ NRWVerfGH, NWVBI 2009, 98; Zitate ebd, S. 98, 99 f.

⁶¹ Löwer/Tettinger aaO., Art. 78 Rn 67; Heusch/Schoenenbroicher aaO., Art. 78 Rn 27; Heinig, NWVBI 2000, 121 ff; Ehlers, Verfassungsgerichtsbarkeit in NRW aaO., S. 292; Dietlein, LTO v. 26.8.2014.

Das Urteil von 2008 wiederholt und konkretisiert die Anforderungen des NRWVerfGH in einem **Anforderungskatalog**:

(1) *Ein hinreichendes Konzept der Funktionsfähigkeit bzw. „Funktionsstörung“ von Kommunalvertretungen. Dabei gilt: Nicht jede Funktionserschwerung ist zugleich eine Funktionsbeeinträchtigung. Das dazu entwickelte Konzept ist vom Gesetzgeber zur Begründung der Sperrklausel nachvollziehbar zugrunde zu legen.*

(2) *Orientierung jeder möglichen Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit an tatsächlichen (!) Verhältnissen, Gegebenheiten und Entwicklungen: Diese müssen beweisbar zugrunde gelegt werden; bloße Annahmen bzw. Vermutungen reichen nicht aus.*

(3) *Dazu sind, wie vielfach betont, „empirische Aussagen“ notwendig: Einzelne Meinungen (auch von Praktikern und Experten), selektive bzw. nicht repräsentative Befragungen von Interessenten oder aber auch der Rückgriff als allgemeine Lebenserfahrungen oder Annahmen der politischen Theorie reichen dafür nicht aus. Diese empirisch erhobenen Fakten müssen hinreichend aktuell sein und sich auf die Verhältnisse in NRW beziehen; dabei ist ein Rückgriff auf vergleichbare Erfahrungen und Entwicklungen in anderen Bundesländern aber nicht ausgeschlossen.*

(4) *Zwischen den dabei zutage geförderten möglichen Gefährdungen der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen einerseits und dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit andererseits muss eine Abwägung stattfinden, welche Differenzierungen im Erfolgswert der Stimmen einem strengen Maßstab unterwirft. Sie müssen als „zwingender Grund“ hinreichend geeignet und erforderlich erscheinen, um die Funktionsfähigkeit wieder herzustellen oder zu erhalten.*

(5) *Dabei ist die Berücksichtigung möglicher rechtlicher Alternativen notwendig, soweit diese sowohl die Funktionsfähigkeit der Vertretungen sichern und zugleich neutral im Hinblick auf die Erfolgswertgleichheit abgegebener Wählerstimmen wirken können.*

Auf dieser Sichtweise ist die nachfolgende (hilfsweise) Stellungnahme aufgebaut.

- Sie geht zunächst der Frage nach **möglichen tatsächlichen und rechtlichen Gründen für Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht** aus.
- Sie stellt weiter die Frage, **wer die Ermittlung und Beibringung der möglichen Gründe zu leisten hat.**
- Sie geht **abschließend der Frage nach möglichen Alternativen für eine 3%-Klausel** und deren Auswirkungen nach.
- Abschließend sollen einige **Handlungsempfehlungen** gegeben werden.

2. Funktionsfähigkeit von Kommunalvertretungen in NRW und deren mögliche Beeinträchtigungen

Die Zuteilung von Sitzen in der Kommunalvertretung auf die abgegebenen Stimmen erfolgt in NRW grundsätzlich nach dem Verhältniswahlrecht. Dabei folgt die Festlegung der Zahl der Sitze im Gemeinderat dem Prinzip der degressiven Proportionalität zur Einwohnerzahl: Je höher der Einwohnerzahl, desto höher die Zahl der Mandate. Aus jener Zahl errechnet sich im Einzelfall die Zahl der auf einen Wahlvorschlag entfallenden Sitze. Daraus lässt sich zugleich die Mindestzahl errechnen, welche ein Wahlvorschlag benötigt, um bei der Mandatsvergabe Berücksichtigung zu finden. Diese Mindestzahl in Prozentanteilen ist entsprechend der Steigerung von Sitzen gleichfalls degressiv (hingegen die Anzahl der zu ihrer Erreichung notwendigen Stimmen notwendig progressiv). Diese Werte können durch das jeweils gewählte juristische Zuteilungsverfahren allerdings korrigiert, abgesenkt bzw. erhöht, werden. Danach bedarf es in einer kleinen Kommune einer erheblich höheren Stimmanteils, um die „natürliche“ Sperrklausel zu überschreiten, als in großen Städten.⁶²

Diese sog. „natürliche Sperrklausel“ ist eine Ausprägung der Größe der jeweiligen Vertretungen und der Zuteilungsverfahrens und als solche rechtlich nicht zu beanstanden.⁶³ **Von einer (rechtlichen) Sperrklausel** kann demgegenüber erst gesprochen werden, wenn an die Berücksichtigungsfähigkeit eines Listenvorschlags weitergehende Anforderungen gestellt werden, die über die genannte natürliche Sperrklausel hinausgehen; anders ausgedrückt: wenn also die Berücksichtigungsfähigkeit an höhere Stimmanteile geknüpft werden als diejenigen, welche im Einzelfall nach dem mathematischen Zuteilungsverfahren relevant werden würden.

Im Folgenden sollen also allein die **großen Kommunen** im Hinblick auf Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Sperrklausel untersucht werden.

Als Ausgangspunkt kann dabei gelten: **Kommunalvertretungen sind zwar keine Parlamente, nehmen aber eine Vielzahl parlamentarischer Funktionen wahr.**⁶⁴ Insoweit ist es angemessen, einzelne Grundsätze der Parlamentsfunktionen auch auf sie anzuwenden. Dazu zählen ihre Kurations-, ihre Rechtsetzungs-, ihre Kontroll- und ihre Forumsfunktion.⁶⁵ Letztere beschreibt die Aufgabe gewählter Körperschaften, die pluralistischen Auffassungen der Bürgerinnen und Bürger wieder zu spiegeln und in den Prozess kommunaler Willens- und Entscheidungs-

⁶² Tabelle bei Pukelsheim, Gutachten zur Leitfrage „Sperrklauseln bei Kommunalwahlen“ v. 25.9.2015.

⁶³ NRWVerfGH, NWVBI 2009, 99 („systembedingt“).

⁶⁴ BVerfGE 120, 82, 112 („kein Parlament“). Zu den „Funktionen einer Volksvertretung auf kommunaler Ebene“ Dietlein/Riedel aaO., S. 42. Überblick über zahlreiche parlamentsähnliche Aufgaben und Funktionen bei Burgi, in: ders. u.a., Öffentliches Recht in NRW aaO., S. 194 ff.

⁶⁵ Dazu eingehend Püttner, in: Mann u.a., Handbuch aaO., S. 387: Es geht „um den Meinungsbildungsprozess in der Gemeinde allgemein, also um die lokale Öffentlichkeit.“

bildung einzubringen. Um dies zu ermöglichen, ist das Wahlrecht darauf angelegt, auch Vertreterinnen und Vertreter von Minderheitsauffassungen in die Vertretung aufzunehmen und dort mitwirken zu lassen. Auch wenn Kommunalvertretungen die genannten Funktionen nicht in vollem Umfang wie Parlamente wahrnehmen, so sind ihnen doch **jedenfalls in der Grundstruktur vergleichbare Funktionen** zugewiesen und gesetzlich anerkannt (s. §§ 41, 48 f, 55 NRWGO).⁶⁶

Der Sinn der **Selbstverwaltung** liegt wesentlich darin, **den Kreis der von einer Entscheidung Betroffenen und denjenigen der sie Legitimierenden aneinander anzunähern**. Damit gleicht das Selbstverwaltungskonzept Defizite aus, welche sich aus der Notwendigkeit einer Rückführung demokratischer Entscheidungen auf das ganze Volk ergeben können. Dies gilt namentlich dann, wenn eine Entscheidung überwiegend die „örtliche Gemeinschaft“ betrifft. Hier kann eine Mitentscheidung des gesamten (nicht betroffenen) Volkes weder die Sachkunde noch das Legitimationsniveau einer ausschließlich örtlich getroffenen Entscheidung steigern. In diesem Sinne ist Selbstverwaltung keine Ausnahme vom Demokratieprinzip, solange sie selbst demokratisch ist.⁶⁷ In diesem Sinne ist **Selbstverwaltung eine zentrale Instanz zur demokratischen Legitimation der Verwaltung** außerhalb der parlamentarisch vermittelten Legitimationsketten. Aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger ist sie ein Mechanismus der Öffnung und Einbeziehung von Bürgern und Betroffenen in die Verwaltungsentscheidungen. Sie öffnen die Exekutivtätigkeit für die Partizipation von Interessenten und Betroffenen. In diesem Sinne spricht das BVerfG zu Recht von einer „mitgliedschaftlich-partizipatorischen Komponente, die aller Selbstverwaltung eigen ist.“⁶⁸ Sie ist aber durch die bloße Existenz von Selbstverwaltung und Selbstverwaltungskörperschaften nicht einfach da, sondern muss durch die Organstruktur und die Organisation der Körperschaften eingelöst werden. In diesem Sinne kommen den Stadträten und Kreistagen besondere selbstverwaltungsspezifische Funktionen zu. Sie bestehen in einer

- **Öffnung der Verwaltung** für Partizipation der Bürgerinnen und Bürger nicht nur gegenüber der Verwaltung, sondern in der Verwaltung und durch spezifische Verwaltungsorgane;
- **Offenheit der Verwaltung für das kontroverse Spektrum von Anschauungen, Meinungen und Interessen** der Bürgerinnen und Bürger; dem kann durch Inklusion dieser Interessen in die Vertretungen besser Rechnung getragen werden als durch ihre Exklusion. Dies ist auch der tragende Grund für die vielfach betonte Notwendigkeit einer besonderen Öffnung der

⁶⁶ Püttner, in: Mann u.a., Hb aaO., S. 389: „Organisationsformen und Arbeitsweisen der kommunalen Volksvertretungen sind deshalb auch dem angenähert, was die staatlichen Parlamente kennzeichnet“. Überblick etwa bei Burgi, in: ders./Dietlein/Hellermann aaO., S. 199 f.

⁶⁷ BVerfGE 107, 59, 88: Selbstverwaltung soll „die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimation durch das Volk im Staatsaufbau sicherstellen.“ S.a. Püttner, in: Mann u.a, Handbuch aaO., S. 383: kommunale Selbstverwaltung als Grundstufe der staatlichen Demokratie“.

⁶⁸ BVerfGE 107, 59, 88. Zu den Einzelheiten differenzierend und von der verwaltungsverfahrenrechtlichen „Partizipation“ abgrenzend Engels, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, 2014, S. 163 ff, 196 ff, 206 ff (Nachw.).

- Kommunalvertretungen nicht nur für politische Parteien, sondern auch für Wählergemeinschaften, Bürgerinitiativen und Einzelkandidaten.⁶⁹
- **Zuordnung von geeigneten Verwaltungsaufgaben auf bürgernahe Einrichtungen**, Instanzen und Organe; soweit dies nicht oder nicht ausschließlich möglich ist, sollen den Städten und Gemeinden jedenfalls ein eigenständiger Mitwirkungsrecht an den Aufgaben und ihrer Erfüllung zustehen;⁷⁰
 - **Verfassung jedenfalls dafür geeigneter Gemeindeorgane** nicht nur is einer bürgernahen Verwaltung, sondern einer Verwaltung **durch die Bürgerinnen und Bürger selbst**. Dazu zählt in den Kommunen das Element der **Ehrenamtlichkeit** kommunalpolitischer Betätigung in den Vertretungsorganen. Jedenfalls in diesem Punkt unterscheiden sich Kreistage und Stadträte von den inzwischen flächendeckend haupt- oder jedenfalls nebenamtlich organisierten Parlamenten.⁷¹

Diese Funktionen können vom Gesetzgeber grundsätzlich auch durch solche Regelungen geschützt werden, welche geeignet sind, die Gleichheit der Wahlen einzuschränken.⁷² Dabei hat die Rechtsprechung gezeigt: Sowohl eine Sicherung der **Kreationsfunktion als auch eine solche der Rechtssetzungsfunktion von Stadträten und Kreistagen ist in der Vergangenheit nicht als ausreichend angesehen worden, um solche Einschränkungen hinreichend begründen zu können**.⁷³ Sie werden im Folgenden deshalb allenfalls am Rande einbezogen. Vielmehr soll hier dem von den Gerichten gleichfalls aufgezeigten Weg nachgegangen werden, möglichen Beeinträchtigungen anderer Funktionen der Kommunalvertretung vorzubeugen, soweit solche erkennbar sind und eines besonderen Schutzes durch den Gesetzgeber bedürfen. Wichtiger ist also hier die Frage nach Beeinträchtigungen anderer Funktionen. Sie soll im Folgenden im Zentrum stehen.

3. Monokratische versus pluralistische Aufgabenwahrnehmung

Die kommunalen Aufgaben werden in NRW durch zwei volksgewählte Organe wahrgenommen: (Ober-)Bürgermeister und Räte. Sie stehen als Gemeindeorgane nebeneinander und zueinander im Verhältnis der **Legitimationskonkurrenz**. Sie verfügen über das gleiche Wahlorgan (Bürger), vergleichbare Wahlverfahren und damit eine vergleichbare Legitimation. Zwischen ihnen besteht in der Gemeinde eine Art Funktionsdifferenzierung: Ihnen sind unterschiedliche Aufgaben in unter-

⁶⁹ BVerfGE 120, 82, 110, 122.

⁷⁰ So jüngst BVerfG, B.v. 20.11.2014, 2 BvL 2/13. Grundlegend Püttner, in: Mann u.a., Handbuch der Kommunalen Wissenschaft aaO., S. 388 („Gemeinden als Repräsentanten von Bürgerinteressen“).

⁷¹ Zum Abgeordnetenmandat als Beruf BVerfGE 40, 311; s.a. BVerfGE 32, 164; 118, 277, 327.

⁷² BVerfGE 120,82 111 („Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“, konkret der Kommunalvertretung);; wörtlich ebenso NRWVerfGHE 44, 301, 310.

⁷³ Zuletzt BVerfGE 120, 82, 115 ff, 118 ff; NRWVerfGHE 44, 310, 311.

schiedlichen Wahrnehmungsmodi zugeordnet. Danach sind die **Bürgermeister und Landräte**⁷⁴

- gewählte monokratische Organe
- zur Repräsentation der ganzen Kommunen und der Gesamtheit ihrer Bürger, also ihrer „Einheit“,
- mit dem Ziel der Herstellung einheitlicher verbindlicher Entscheidungen durch gewählte Organe
- unter gleichzeitiger Zuweisung der Mechanismen des Interessenausgleichs und der Entscheidungsfindung an die Verwaltung: Bürger, Betroffene und Interessenten sind auf Partizipation von außen verwiesen und nicht in die Entscheidungsfindung selbst inkludiert.

Gemeinderäte und Kreistage sind hingegen⁷⁵

- gewählte pluralistische Kollegialorgane
- zur Repräsentation der ganzen Kommune und der Differenzierung ihrer Bürger nach unterschiedlichen Anschauungen, Interessen und Wertungen, also ihrer Vielfalt,
- mit dem Ziel der öffentlichen Erörterung, Abwägung und Darstellung zu treffender Entscheidungen
- unter gleichzeitiger Einbeziehung der Vielfalt von Anschauungen, Wertungen und Interessen der Bevölkerung in die Entscheidungsfindung selbst. Deren Träger unter Bürgern, Wählerinitiativen und Parteien sind also in den Prozess der Entscheidungsbildung inkludiert und nicht allein auf die Wahrnehmung externer partizipatorischer Verfahrensrechte beschränkt.

Diese prinzipielle Differenz in unterschiedliche Funktions- und Legitimationsmodi basiert nicht auf der Einheit, sondern auf der **Pluralität kommunaler Organe, Legitimations- und Handlungsformen** sowie auf deren Konkurrenz miteinander. In diesem Sinne stehen sie nebeneinander und nicht einfach ineinander: Sie sind insbesondere nicht einfach gegeneinander aufrechenbar oder austauschbar in dem Sinne, dass ein demokratisch gewähltes Organ das andere verlustfrei surrogieren oder vertreten, ein Versagen des anderen Organs ausgleichen oder von anderen nicht oder schlecht wahrgenommene Funktionen einfach übernehmen kann. Auch wo und soweit dies rechtlich möglich ist, liegt darin eine Verschiebung der Legitimationsbedingungen und des Legitimationsniveaus, welche im Grundsatz die kommunale Organisations- und Legitimationsstruktur nicht verwirklicht, sondern ihr widerspricht und sie mittelbar zu schwächen geeignet ist. Erhaltung der **Funktionsfähigkeit kommunaler Demokratie bedeutet insoweit Stabilisierung nicht irgendwelcher oder irgendeines, sondern beider gewählter Vertretungsorgane** in ihrer jeweils originären Funktionsweise.

⁷⁴ S. näher Burgi, in: ders. u.a. Öffentliches Recht aaO., S. 210 ff.

⁷⁵ S. näher Burgi, in: ders. u.a., Öffentliches Recht aaO., S. 194 ff.

Das hier entwickelte differenzierte Zuordnungsmodell von kommunaler Aufgaben- und Legitimationsstruktur entspricht den empirischen Erkenntnissen der Politikwissenschaft hinsichtlich der Realität des kommunalen Wirkens in NRW. Sie beschreibt das **NRW-Modell als Konkurrenzmodell** im Unterschied zum (etwa baden-württembergischen) Konkordanzmodell.⁷⁶ Maßgeblich dafür sind namentlich zwei Indikatoren:

- die **durchschnittliche Gemeindegröße**⁷⁷ (je größer die Kommunen und die Kreise, desto eher herrschen konkurrenzdemokratische Verhältnisse; je kleiner die Kommune, so dass „jeder jeden kennt“, desto stärker werden konkordanzdemokratische Elemente) und
- die unterschiedlichen **kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen** im Ländervergleich.⁷⁸ Dazu werden namentlich gezählt die unterschiedlichen Nominierungsrechte für die Bürgermeisterwahl; die unterschiedlichen Mitwirkungsrechte der Bürgermeister bei der Wahl des kommunalen Spitzenpersonals; das unterschiedlich weit reichende Eilentscheidungsrecht der Bürgermeister im Verhältnis zum Rat und die unterschiedlichen Rechte der Bürgermeister bei der Mitwirkung im Kreistag genannt.

Die Relevanz dieser Ergebnisse politikwissenschaftlicher Forschung für die hier zu beurteilenden Rechtsfragen wird zunächst dadurch geprägt, dass die beiden genannten Beschreibungs- und Deutungsmuster typisierend vorgehen, also in der Wirklichkeit allein in Annäherungswerten zu finden sind. Auch in BW gibt es große und auch in NRW kleine Gemeinden; und in Anbetracht der monokratischen Verfassung des Bürgermeisteramts gibt es überall auch unterschiedliche persönliche Prägungen des Amtes. Dies mindert nicht den Wert der typisierenden Beschreibung. Weiter zeigt sich aber auch: Die Modelle unterschiedlicher demokratischer Legitimation in monokratischen und kollegialen Organen einschließlich daraus resultierender Kompetenz- und Legitimationskonkurrenzen sind nicht allein Modelle rechtswissenschaftlicher Theoriebildung, sondern lassen sich empirisch bestätigen.

Die auf solche Weise erfassbaren Modelle werden sodann auf die Frage nach den Funktionsbedingungen und -notwendigkeiten der Kommunalvertretungen angewandt. Sie reichen über die von ihm wahrzunehmenden Wahl- und Rechtssetzungsfunktionen weit hinaus. Vielfach setzen sie erst nach erfolgter Wahl überhaupt erst ein. Die von Art. 28 Abs. 2 GG; 78 Abs. 1 NRWLV angeordnete und in der GO ausformulierte **Funktions- und Legitimationsdifferenzierung** ist vielmehr eine kontinuierliche, eine permanente. Sie **endet nicht mit der Wahl der Verwaltungsspitze und der Verabschiedung des alljährlichen Haushalts**, sondern reicht darüber hinaus und mündet in ein Verhältnis kontinuierlicher Konkurrenz und Ausgleichnotwendigkeit von Rechtssetzungs-, Planungs- und Gestal-

⁷⁶ Berichtend und zusammenfassend Bogumil u.a., ZParl 2010, 790 ff; ausführlich Holtkamp, Kommunale Konkordanz- und Konkurrenzdemokratie, 2008, S. 16, 62 ff, 98 ff, 122 ff, 171 ff, 186 ff; 268 ff.

⁷⁷ Dazu noch näher u. 2 – 4.

⁷⁸ Zu den dabei zugrunde gelegten Kriterien näher Holtkamp aaO., S. 101 f; zu den nachfolgenden Unterschieden ders. ebd., S. 105.

tungsalternativen, welche in Rat und Verwaltung nicht allein mit unterschiedlichen Ergebnissen, sondern auch in unterschiedlichen Handlungs-, verfahrens- und Organisationsmodi hervorgebracht werden sollen.

Hier werden für die in NRW – namentlich in großen Städten und Kreisen regelmäßig anzutreffenden – konkurrenzdemokratischen Modelle folgende Faktoren angeführt:⁷⁹⁸⁰

- **hoher Bedarf an Programm-, Planungs- und Konzeptionsfähigkeit im Rat** in Konkurrenz zur Verwaltung;
- **hoher Bedarf an Mobilisierung und Erhaltung klarer und eindeutiger Mehrheiten im Rat** für die Entwicklung, Aushandlung und Durchsetzung solcher Modelle im Aushandlungsprozess mit der Verwaltung;
- **Notwendigkeit klarer und klar abgegrenzter Mehrheitsbeschaffung in den Räten** durch Koalitionen, Fraktionen und Gruppierungen;
- **hoher Bedarf an politischer Ratsarbeit unter den Bedingungen von Arbeitsteilung** bei Informationsbeschaffung und –verarbeitung **sowie wechselseitiger Vertrauensbildung** innerhalb von Gruppen und Fraktionen bei der Mehrheits- und Minderheitsbildung auch in Fragen, in welchen die Majorität der Ratsmitglieder nicht selbst über die erforderlichen Informationen verfügt bzw. diese nicht selbst hinreichend kompetent verarbeiten kann;
- **zunehmende Diskrepanz von rechtlichen und politischen Anforderungen an die Mandatsausübung einerseits und der Ehrenamtlichkeit** des Mandats, der durch sie limitierten Zeit-, Aufmerksamkeits- und Arbeitskapazitätsgrenzen andererseits; dies wiederum führt zu einer noch stärkeren Verwiesenheit der Ratsarbeit auf Arbeitsteilung in den Fraktionen sowie professionelle Unterstützung der Fraktionen;
- **scharfe Kluft zwischen Ratsmitgliedern in organisierten, arbeitsfähigen Fraktionen einerseits und solchen in kleinen Gruppen oder Einzelmandatsträgern andererseits**. Während erstere an der konzeptionellen Ratsarbeit unter den genannten Prämissen mitwirken können, sind letztere davon mangels Zeit, Arbeitsteilung und Unterstützung davon weitgehend ausgeschlossen. Sie geraten dadurch in eine Position allein punktueller Mitarbeit und hier in eine tendenzielle Nein-Sager-Rolle.⁸¹

Das **Spannungsverhältnis zwischen der Notwendigkeit eines politisch initiativ- und konzeptionsfähigen Rates** und den dadurch bedingten Arbeitsnotwendigkeiten einerseits sowie der dafür erforderlichen Organisation der Ratsarbeit einerseits **und den durch Ehrenamtlichkeit, Informationsmenge und Komple-**

⁷⁹ Bogumil u.a. aaO. S. 791 f.

⁸¹ Bogumil u.a. aaO., S. 792: „Bei knappen Mehrheiten können kleinere Gruppierungen zwar Anliegen der Verwaltung und der Fraktionen blockieren, aber es ist zu erwarten, dass sie kaum ihre Programmatik durch eigene Ratsanträge durchsetzen können.“

xität der Probleme tendenziell überforderten einzelnen Ratsmitglieds andererseits wird demnach überbrückt durch

- **Arbeitsteilung in der Kommunalvertretung,**
- die **Notwendigkeit einer Organisation der Ratsarbeit in Fraktionen bzw. Gruppierungen** und
- die Notwendigkeit einer **Einbindung der Ratsmitglieder in die Leistungen jener Organisationen**
- bei **gleichzeitigem weitreichendem Ausschluss fraktionsloser Ratsmitglieder von den beschriebenen Erwartungen an den Rat und des Leistungen des Rates.**

Damit **fallen** jedenfalls für die konkurrenzdemokratische Auffassung die **Leistungsfähigkeit des Rates und die Leistungsfähigkeit der in ihnen wirkenden Fraktionen weitestgehend zusammen.** Neben diesen kommt insbesondere noch den Ausschüssen eine prägende Rolle bei der Gestaltung und Entlastung der Ratsarbeit zu. Der Rat ist auf Informations-, Vermittlungs- und Mehrheitsbeschaffungsleistungen angewiesen, welches seine eigene Leistungsfähigkeit erst hervorbringen, zugleich im Rat selbst aber nicht geleistet werden kann.

Das von der Rechtsprechung geforderte Konzept einer Funktionsstörung des Rates setzt ein Konzept der Funktion bzw. der Funktionsfähigkeit des Rates voraus. Maßgeblich können dafür sein **Begründung, Stabilisierung und Erhaltung kontinuierlicher politischer Initiativ- und Handlungsfähigkeit, durch hinreichende Organisation seiner Aufgabenwahrnehmung in Fraktionen und Gruppierungen** mit dem Ziel arbeitsteiliger Informationsverarbeitung, belastbarer Kompromissbildung und Mehrheitsfindung sowie zureichende Aushandlungsfähigkeit mit der Verwaltung unter Vermeidung der Überforderung der ehrenamtlich tätigen Ratsmitglieder.

4. Strukturbedingte Besonderheiten der Kommunen und Kommunalvertretungen in NRW

Aufgabenbedingte Besonderheiten der Gemeindevertretungen in NRW, welche eine Sperrklausel rechtfertigen könnten, sind nicht erkennbar. Weder hat sich der Aufgabenbestand der Kreistage und Gemeinderäte – im Unterschied zu denjenigen der Kommunen insgesamt – seit 1999 wesentlich verändert. Noch aber auch lassen sich ungeachtet unterschiedlicher juristischer Ausgangspunkte in der Praxis wesentliche Unterschiede zwischen den Aufgaben der Kommunalvertretungen in NRW und denjenigen anderer Bundesländer feststellen.⁸² Auch hierzu gilt der Satz des BVerfG, wonach „für die Begründung der Sperrklausel sind we-

⁸² Vergleich etwa bei J. Ipsen, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis I, 3. A., 2207, § 24 Rn 24 ff; zum Wahlrecht ebd., Rn 296 ff (mit Kritik an der Zulässigkeit von Sperrklauseln). S.a. H. Meyer, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, 3. A., 2005, § 46 Rn 42 Heinig, NWVBI 2000, 121, 123 f.

sentliche Unterschiede in der Kommunalstruktur ... heute kaum mehr feststellbar“ seien.⁸³

Die zu schützenden **Besonderheiten können demnach am ehesten in institutionellen, funktionalen und organisatorischen Eigenheiten liegen**. Wenn sich die Aufgaben der Kommunalvertretungen in NRW im Verhältnis zur Verwaltungsspitze faktisch von denjenigen der Räte in anderen Bundesländern in kaum signifikanter Weise unterscheiden, so finden sich doch erhebliche Unterschiede bei ihren Strukturen und Funktionen im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung.

Wie gesehen würde sich eine rechtliche Sperrklausel zentral in größeren Kommunen auswirken. Je größer die Kommune, desto einschneidender würden die Wirkungen einer Sperrklausel ausfallen. In diesem Kontext ist festzuhalten: Das Land NRW ist im Vergleich zu anderen Bundesländern das Land der großen Kommunen.⁸⁴ Die Kommunalstruktur ist hier von Kommunen einer Größe mitgeprägt, welche in anderen Bundesländern die Ausnahme darstellen. So entfallen auf NRW auf Kommunen mit

| | | | | |
|----------------------------------|-----------|-------------|-------------|-----------|
| über 100.000 EW ⁸⁵ | BaWü 9 | Bayern 8 | Hessen 5 | NRW 28 |
| davon über 200.000 EW | 4 | 3 | 2 | 15 |
| davon über 300.000 EW | 1 | 2 | 1 | 9 |
| davon über 500.000 EW | 1 | 1 | 1 | 4. |

NRW verfügt also in deutlicher höherer Zahl als andere Bundesländer über Großstädte, die zudem im Schnitt größer sind als diejenige anderer Flächenländer. Dieser Umstand kann sich linear auf die Funktionsbedingungen der Kommunalvertretungen auswirken: In NRW ist diese in signifikantem Umfang von den Besonderheiten der Wirkungsbedingungen in Großstädten geprägt. Was andernorts eher als ein mehr oder weniger seltener quantitativer Ausnahmefall erscheint, ist in NRW eine signifikante Fallgruppe in Städten und Kreisen: Hier ist dies eine signifikante Gruppe, welche politisch berücksichtigungsbedürftig und rechtlich regelungsbedürftig erscheint. Jedenfalls können aus dieser Größenverteilung besondere Funktionsbedingungen und -einschränkungen für Kommunalvertretungen folgen, welche in NRW einer besonderen Berücksichtigung und Regelung bedürfen.

⁸³ BVerfGE 120, 82, 123 (Nachw.).

⁸⁴ S.a. Dietlein/Riedel aaO., S. 63 ff.

⁸⁵ D.h. Einwohner. Quelle der folgenden Aufstellung: wikipedia; Stand: Ende 2013.

Das gilt erst recht, wenn neben der Größe der Kommunen auch die gesetzlich vorgesehene Größe der Kommunalvertretungen in einen Vergleich einbezogen wird. Dies zeigt ein weiterer Vergleich:

| Einwohner | Kommunalvertreter (gesetzl. Regelfall) | | | |
|--------------------|---|----------------------|--------|--------|
| | BaWü | Bayern ⁸⁶ | Hessen | NRW |
| 30.000 EW | 26 | 30 | 45 | 38 |
| 50.000 EW | 32 | 40 | 45 | 44 |
| 100.000 EW | 40 | 44 | 59 | 50 |
| 300.000 EW | 48 | 60 | 81 | 66 |
| 500.000 EW u. mehr | 60 | 70/80 | 93 | 82/90. |

NRW ist nicht nur das Land der großen Kommunen, sondern auch der großen Kommunalvertretungen. Das gilt namentlich im Vergleich zu BaWü und Bayern, deren Vertretungen bei gleicher Bevölkerungszahl kleiner sind. Die Besonderheiten NRWs werden noch signifikanter, wenn die überdurchschnittliche Größe seiner Kommunen zu der überdurchschnittlichen Größe seiner Kommunalvertretungen in Relation gesetzt wird. **Größere Kommunen in NRW verfügen über größere Kommunalvertretungen.** Dadurch wird die Relation im Ergebnis noch extremer: Während etwa nach dem gesetzlichen Regelfall in NRW 28 Kommunen über eine Kommunalvertretung von 50 oder mehr Mitgliedern verfügen, so sind es in BaWü 1, in Bayern 2 und in Hessen 1. Die drittgrößte Stadt in BaWü (Mannheim) weist in ihrer Selbstdarstellung einen Stadtrat von 48 Mitgliedern auf; eine Größe, die in NRW vom gesetzlichen Regelfall für jede Großstadt (50 Mitglieder) überschritten würde.

Der Vergleich soll zeigen:

In NRW bildet die Gruppe der großen Städte (und übrigens auch Kreise) nicht bloß einen recht kleinen Ausnahmefall innerhalb der Gruppe der Kommunen dar, sondern eine quantitativ nicht unbedeutende Gruppe im Kreis auch der Kommunen insgesamt. In ihnen leben über 7, 5 Mio. Menschen und damit ca.

⁸⁶ Die Situation in Bayern ist namentlich in größeren Städten nicht ohne weiteres mit derjenigen etwa in NRW vergleichbar, weil dort die Möglichkeit zur Bestellung hauptberuflicher Stadtverordneter (neben den ehrenamtlichen) besteht.

40 % der Einwohner NRWs. Sie verfügen zudem über relativ größere Stadträte und Kreistage als andere Bundesländer.

Diese relativ große Gruppe stellt **nicht bloß eine Summe von Einzel- und Ausnahmefällen** dar, **sondern** – gerade im Vergleich zu anderen Ländern – **eine eigene Fallgruppe** mit eigenen Besonderheiten und ggf. Regelungsbedürfnissen. Dabei sind Rückschlüsse von Eigenarten der kleinen Kommunen auf große Städte ebenso problematisch wie ein Vergleich mit anderen Bundesländern: Was dort eher einen seltenen Ausnahmestatbestand darstellt, ist in NRW ein eigener Regelfall (neben anderen).

Eine **größere Gruppe von Fällen und potentiellen Betroffenen kann eigenen gesetzlichen Regelungen eher zugänglich sein als bloße einzelne Ausnahmefälle** oder Ausreißer. Das kann auch für Kommunalvertretungen, ihre Zugänglichkeit oder deren Grenzen, gelten. Insoweit liegt es nahe, über die Funktionsbedingungen von Kommunalvertretungen in BRW anders nachzudenken als diejenige großer Kommunen in anderen Flächenstaaten. Diese Besonderheit wirkt auch auf die Frage nach der Wirksamkeit von Sperrklauseln auf.

Die Entwicklung der Kommunalwahlen und ihrer Ergebnisse insbesondere seit der Abschaffung der Sperrklauseln in NRW sind durch zwei Phänomene charakterisiert.

Da ist zunächst die allmählich **rückläufige Wahlbeteiligung**. Sie ist gegen dem ohnehin niedrigen Wert von 2009 (52, 4 %) im Jahre 2014 weiter gesunken (50, 0 %). Da die Sperrklauseln sich jedenfalls im Ergebnis nicht auf die Zahl der Stimmbürger, sondern auf diejenige der abgegebenen Stimmen (also nicht diejenige der Wahlberechtigten, sondern diejenige der Wähler) bezieht, ist daher zur Erlangung eines Mandats eine immer geringere effektive Stimmenzahl erforderlich. Die Zahl der Wählerinnen und Wähler, die von Bewerbern mobilisiert werden muss, um einen Sitz zu erlangen, ist demnach immer geringer. Damit sinkt zugleich die (effektive) Zugangshürde der „natürlichen Sperrklausel“ ab. Zugleich **vergrößern sich tendenziell die Chancen weniger erfolgreicher Gruppierungen und Kandidaten, einen Sitz in der Vertretung zu erlangen**. Diese Aussage ist allerdings auf Landesebene lediglich eine Tendenzaussage, da die Chancen in den einzelnen Kommunen letztlich nicht von der Wahlbeteiligung im Bundesland insgesamt, sondern von derjenigen in der einzelnen Kommune abhängt. Diese gestaltet sich allerdings – je nach örtlichen Gegebenheiten – durchaus unterschiedlich. Je nachdem variieren auch die Chancen auf die Erlangung mindestens eines Sitzes in dem Vertretungsorgan. Dabei ist der Trend zu beobachten, dass die **Wahlbeteiligung in den größeren Kommunen noch einmal unterdurchschnittlich** gegenüber derjenigen in den kleineren **ausfällt**. Sollte dieser Trend sich bestätigen, würden die Zugangshürden durch „natürliche Sperrklauseln“ gegenüber denjenigen in kleineren Gemeinden in doppelt Weise unterdurchschnittlich wirken.⁸⁷

⁸⁷ Dafür spricht insbesondere der Sozialbericht NRW, Indikator 14.1. Wahlbeteiligung.

Da ist weiter die zunehmende Fragmentierung der kandidierenden Parteien, Initiativen und Einzelbewerber. Entsprechend den niedrigeren Zugangshürden zu den Vertretungskörperschaften **nimmt die Zahl der Wahlbewerber zu**. So stieg die Zahl der kandidierenden Parteien von 22 (2009) auf 29 (2014), diejenige sonstiger Listen von 27 (2009) auf 37 (2014). Offenbarend ist der Vorfall der Sperrklauseln die Hemmschwellen auf dem Weg zur Kandidatur.

Aber nicht nur die Zahl der Wahlbewerber, sondern auch diejenige der gewählten Listen bzw. Kandidaten ist namentlich in der kreisfreien Städten und Kreistagen erheblich angestiegen. Im Schnitt sind in jeder Kommunalvertretung kreisfreier Städte inzwischen 8,7 Listen vertreten. Dieser Trend ist landesweit einheitlich:

Hinsichtlich der Wahlerfolge lassen sich demnach zwei Trends feststellen:

- Generell angestiegen ist die Zahl derjenigen Listen, welche den Einzug in eine Kommunalvertretung geschafft haben.
- Überproportional angestiegen ist die Zahl derjenigen Listen, welche lediglich 1 oder 2 Bewerber in der Kommunalvertretung entsenden können.

Im Jahre 2014 waren keine kreisfreie Stadt und kein Kreis ohne Zweiergruppen und Einzelmandatsträger. Sie erreichen demnach nicht einmal die für eine Fraktion in der Vertretung notwendige Mindestzahl. Die Vergrößerung der Zahl der berücksichtigten Listen und sonstigen Bewerber ging also einher mit einer erheblichen Zersplitterung der Zusammensetzung der Vertretungen. Dieser Trend nahm parallel zur Abschaffung der Sperrklausel erheblich zu. Zugleich bezog er sich überproportional auf die Großstädte und Kreistage.

Waren demnach im Jahre 1994 in den Vertretungen die Fraktionen nahezu unter sich, so stellt sich 20 Jahre später das Bild vollständig umgekehrt dar. Daraus soll nun keineswegs der Schluss gezogen werden, eine höhere Zahl von Parteien und Fraktionen in den Vertretungen sei gleichbedeutend mit weniger oder beschädigter Demokratie. Im Gegenteil: Sie kann auch ein Zeichen lebendigen Bürgergeistes und demokratischen Bewusstseins darstellen. Doch ist das nicht die für Sperrklauseln relevante Frage: Hier geht es eher darum, **wie sich die überproportionale Steigerung von Klein- und Kleinstgruppierungen in den Kommunalvertretungen auswirkt und ob diese Wirkungen als Stärkung bzw. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungskörperschaften zu bewerten sind.**

Die Auswirkungen der hier beschriebenen überdurchschnittlichen Gemeindegröße, der überdurchschnittlichen Größe der Gemeindevertretungen und der zunehmenden Fragmentierung („Zersplitterung“) in den Räten in NRW können deren zuvor geschilderte Funktionsbedingungen und Funktionsweisen erheblich verändern und ggf. beeinträchtigen. Dies soll im Folgenden überprüft werden für die

- Auswirkungen auf die Arbeit der Mitglieder in den Vertretungskörperschaften,
- Auswirkungen auf die Arbeit der Vertretungskörperschaften selbst,
- Auswirkungen auf das Demokratieprinzip, namentlich den demokratischen Repräsentationszusammenhang.

Nach den bislang bekannten Feststellungen haben sie die Arbeit der Vertretungen erschwert, aber nicht unmöglich gemacht. **Bislang ist keine Kommune in NRW bekannt, die infolge der geschilderten Entwicklung notwendige Wahlen nicht durchführen, notwendige Satzungen nicht verabschieden** oder notwendige Debatten nicht sinnvoll zu Ende führen **konnte**. Schwierigkeiten bei der Herausbildung stabiler Koalitionen in den Räten sind zwar vielerorts unübersehbar; dafür spricht insbesondere der Anstieg der Stadträte und Kreistage ohne feste Mehrheitsbildung.⁸⁸ Doch hat dies bislang weder zur Unregierbarkeit der Städte noch zu einer Unkontrollierbarkeit der Verwaltung geführt. Zudem ist keineswegs in allen Fällen erkennbar, dass diese Entwicklung auf das Fehlen einer Sperrklausel zurückzuführen wäre. Sie kann vielmehr auch Besonderheiten der örtlichen Politik oder der lokalen Wahlergebnisse und Parteienkonstellationen entspringen. Und daher ist auch nicht mit hinreichender Sicherheit erkennbar, dass die Einführung einer Sperrklausel allein derartigen Zuständen flächendeckend entgegenwirken könnte. Gewiss ist dies alles gegenwärtig nur vorläufig. Die Kommunalwahlen des Jahres 2014 liegen noch nicht so lange zurück, als dass hier bereits gesicherte empirischen Daten für mittelfristige Entwicklungen in der weiteren Wahlperiode vorliegen könnten. Die gegenwärtigen Angaben sind also mit einem nicht unbeachtlichen Maß an Vorläufigkeit und Ungewissheit behaftet; Schlussfolgerungen unterliegen daher einem überdurchschnittlichen Prognoserisiko.

5. Rückwirkungen der Klein- und Kleinstgruppen auf die Arbeit in den Kommunalvertretungen in NRW

Die Mitgliedschaft der Mandatsträger in Stadträten und Kreistagen basiert auf dem Prinzip der „**Selbstverwaltung durch Bürger**“,⁸⁹ d.h. der ehrenamtlichen Tätigkeit der Mandatsträger. Es gilt also, in den Kommunen einen Zustand zu vermeiden, den das BVerfG so umschrieben hat: „Im Zuge der Entwicklung von der liberal parlamentarisch-repräsentativen Demokratie zu der mehr radikal-egalitären Demokratie hat sich der Status der Abgeordneten ... grundsätzlich gewandelt: ... Die Tätigkeit des Abgeordneten ist ... zu einem den vollen Einsatz der Arbeitskraft fordernden Beruf geworden.“⁹⁰ Demnach hängt der Wandel von der Ehren- zur

⁸⁸ Derzeit finden sich in 77 Räten keine stabilen Gestaltungsmehrheiten. Dazu GAR, Aspekte zur Kommunalwahl 2014, 2014, S. 16.

⁸⁹ Diese Funktion wird nicht selten auch als „Integrationsfunktion“ bezeichnet; Nachw. dabei bei Dietlein/ Riedel aaO., S. 42 ff. Der Begriff der „Integration“ ist jedoch dermaßen vielfältig und unterschiedlich besetzt, dass hier auf diese Bezeichnung zugunsten anderer konkreterer Terminologien verzichtet wird.

⁹⁰ BVerfGE 40, 311; s.a. BVerfGE 32, 164; 118, 277, 327.

Hauptamtlichkeit sowohl mit den Anforderungen an die Tätigkeit der Abgeordneten als auch mit einem Wandel der Leitbilder der Demokratie zusammen.⁹¹

Parallel dazu hat sich auch die Idee der Selbstverwaltung gewandelt. Sie ist kein Gegenbild zum Staat und seiner Verfassung mehr, sondern integraler Bestandteil des demokratischen Staates und seiner Verfassung, namentlich auch des Demokratieprinzips. Selbstverwaltung ist ein Modus demokratischer Ausübung von Staatsgewalt neben anderen und ist demnach in den demokratischen Legitimationszusammenhang des Grundgesetzes nicht primär negativ, sondern vielmehr positiv einzuordnen.⁹² Dies schließt Besonderheiten und Modifikationen der Ausgestaltung demokratischer Willens- und Entscheidungsbildung auf der kommunalen Ebene nicht aus. Auch wenn vergleichbare Entwicklungen auf der kommunalen Ebene nicht zu verkennen sind, so sind doch in der Idee der Selbstverwaltung besondere Modalitäten zumindest zugelassen, welche die Kommunalvertretungen und die Mitgliedschaft in ihnen von derjenigen in den Parlamenten unterscheidet. Dazu zählt namentlich das **Prinzip der Selbstverwaltung durch Bürger**⁹³ einschließlich der in ihr angelegten **Ehrenamtlichkeit**, wie es im Grundsatz auch die diesbezüglichen Regelungen der NRWGO prägt.⁹⁴ Die Aufgabe der Ratsmitglieder wie auch ihre Rechtsstellung gehen von einer charakteristischen Dopplung aus: Nämlich der Kombination der Rollen von „Regierenden und Regierten“ in denselben Personen; also der personellen Identität von Entscheidungsträgern und – betroffenen. Daher ist ihre **Tätigkeit notwendig eine neben-, eine ehrenamtliche**. Dieses Prinzip der Ehrenamtlichkeit in der kommunalen Mandatsträger in NRW unterscheidet sich sowohl von demjenigen der Hauptberuflichkeit in Bundes- und Landtagen, also der Repräsentation des demokratischen Souveräns nicht durch im Wahlakt berufene, sondern durch hauptberufliche Repräsentanten. Und sie unterscheidet sich insoweit partiell auch von dem Selbstverwaltungsmodell in Bayern, wo jedenfalls in bestimmten Kommunen und unter limitierten Voraussetzungen neben den ehrenamtlichen auch hauptamtliche Ratsmitglieder zugelassen sind (s. Art. 31 Abs. 4 iVm Art. 35 BayGO).

Dieser Gedanke einer **Doppelrolle von Bürgern einerseits und Bürgervertretern** in Stadträten und Kreistagen andererseits setzt voraus, dass Kommunen und Selbstverwaltung in einer Weise ausgestaltet sind, die eine derartige Rollen- und Aufgabenverdopplung überhaupt zulassen. Das Mandat darf daher nicht zu einem „den vollen Einsatz der Arbeitskraft fordernde Beruf“ werden, sondern muss daneben die Möglichkeit zulassen, dass nicht allein die Entgelte für die Mandatsausübung die „Unabhängigkeit des einzelnen Abgeordneten sicherstellt“.⁹⁵ Vielmehr muss ihnen jedenfalls die Möglichkeit belassen werden, die notwendige **Unabhängigkeit auch auf andere Weise, namentlich durch Berufstätigkeit neben dem Mandat, zu sichern und zu erhalten**.

⁹¹ Beschreibend Borchert, Die Professionalisierung der Politik, 2003.

⁹² S. dazu schon o. 1 a). Dort auch zum Folgenden.

⁹³ BVerfGE 11, 274 f: „Gedanke des Selbstbestimmungsrechts der Gemeindebürger“.

⁹⁴ Dazu etwa Engels, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, 2014, S. 261 ff (Nachw.).

⁹⁵ BVerfGE 32, 164.

Diese Notwendigkeit schließt es aus, die Tätigkeit im Rat wie eine hauptberufliche auszugestalten. Je größer die Kommune oder der Kreis, umso größer ist auch die Zahl der auf jedes Ratsmitglied entfallenden Bürger und Einwohner, und etwa parallel dazu nimmt die Aufgabenlast der Gewählten zu. Zusätzliche Anforderungen und Aufgaben können sich ergeben

- (1) zunächst aus dem Aufwand, der in den und für die Rats-, Ausschuss- und Fraktionssitzungen unmittelbar geleistet werden muss (**Sitzungsaufwand**).
- (2) alsdann aus dem **sonstigen Aufwand**, der **in Vorbereitung dieser Tätigkeit, in ihrem Umfeld** und in Ausübung der nicht unmittelbar im Rat stattfindenden Funktionen der Ratsmitglieder zu leisten ist.

Der **Sitzungsaufwand** ist in der Vergangenheit von der Rechtsprechung als alleiniger Maßstab bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Sperrklauseln angeführt worden. In diesem Kontext haben die Gerichte – zum jeweiligen Urteilszeitpunkt – eine funktionswidrige Erhöhung der Aufgabenlast nicht feststellen können.⁹⁶ Inzwischen sind (neuere) empirische Erfahrungen mit den Veränderungen seit den letzten Gerichtsentscheidungen erhoben worden, welche ein insoweit partiell abweichendes Bild ergeben.⁹⁷ Dies betrifft insbesondere

- eine **Verlängerung der Sitzungszeit** in 45 % der befragten Städte (über 100.000 Einw.: 56, 3 %), wobei die Verlängerungstendenz parallel zur Fragmentierung der Vertretungen beobachtet wurde. Maßgeblich dafür ist insbesondere eine Tendenz zur Wiederholung von Ausschussberatungen im Plenum, welche zunächst im Ausschuss wegen der größeren Zahl der Fraktionen, Gruppierungen und Einzelvertretern ansteigt und sich sodann unter vergleichbaren Bedingungen im Rat verstärkt.
- eine **Zunahme der Anfragen und Antworten** (in 45, 7 % der Städte), welche nicht allein Kapazitäten der Gemeindeverwaltung für deren Beantwortung bindet,⁹⁸ sondern daneben einen erhöhten Lese-, Verarbeitungs- und Vorbereitungsaufwand der Ratsmitglieder bewirkt.
- Das **Gefühl einer Überforderung bei Ratsmitgliedern**, namentlich solcher bei den kleinen Gruppierungen und Einzelmitgliedern (86, 7 % in Großstädten; insgesamt 66, 7 %).⁹⁹

⁹⁶ BVerfG 120, 82, 116.

⁹⁷ Dargestellt bei Bogumil u.a. aaO., S. 798 ff.

⁹⁸ Darauf stellen Bogumil u.a. aaO., S. 800, maßgeblich ab.

⁹⁹ Bogumil u.a., S. 798. Dabei wurde offenkundig nicht nach der eigenen Überforderung, sondern nach dem Gefühl hinsichtlich der Überforderung aller oder anderer Ratsmitglieder gefragt. Hier konnten sich also auch Vertreter aus einzelnen Parteien und Gruppierungen über ihren Eindruck hinsichtlich der Überforderung solcher Vertreter aus anderen Gruppierungen äußern. Zu diesem Aspekt näher Harm u.a., ZParl 2013, 829, wo ein verbreitetes Gefühl der Überforderung diagnostiziert wird, das allerdings erheblich variiert (S. 839 ff). Für NRW wird hier namentlich die ausgeprägte Größe der Kommunen als ein zentraler Überforderungsfaktor gewertet (ebd. S. 844 im Vergleich etwa zu Sachsen-Anhalt, s.a. S. 849).

Hier zeigt sich einerseits eine Zunahme der Anforderungen an die Ratsmitglieder, welche die Ehrenamtlichkeit ihrer Funktionswahrnehmung einzuschränken in der Lage sein kann. Insbesondere zeigen die Forschungen einen deutlichen **Zusammenhang zwischen dem Fortfall der Sperrklausel, der Fragmentierung der Räte und der Zunahme der Aufgaben**. Solche Feststellungen können die Gerichte veranlassen, ihre früheren diesbezüglichen Feststellungen zu überprüfen. Zugleich ist aber auch festzuhalten: Die genannten Forschung befinden sich (im Wesentlichen) auf dem Stand des Jahres 2009. Sie konnten also die jüngeren Entwicklungen insbesondere im Umfeld der Kommunalwahl 2014 noch gar nicht einbeziehen. Es würde die Überzeugungskraft der genannten Befunde erheblich steigern, wenn die zugrunde liegenden Erhebungen bis in die jüngste Zeit fortgeschrieben würden.

Der **Vorbereitungsaufwand** umfasst Aufgaben im Vorfeld, im Umfeld und infolge ihrer Rats- und Ausschusstätigkeit zu.¹⁰⁰ Dazu zählen der Kontakt zu den Wählerinnen und Wähler mit dem Ziel einerseits der **Öffnung der Tätigkeit als Kommunalvertreter für deren Belange und Interessen; andererseits zur Darstellung und Begründung zu treffender oder schon getroffener Entscheidungen**. Dazu zählt weiter der Aufwand zur Einbringung, Darstellung, Durchsetzung dieser Belange aus Wahlbezirken oder Wählergruppen in Parteien und Fraktionen mit dem Ziel der Mehrheitsbeschaffung für solche Positionen. Dieser Aufwand nimmt mit der Größe der Fraktionen und Gruppierungen ebenso zu wie mit deren Zahl, welche derartige **Überzeugungsarbeit, Konsensfindung und Mehrheitsbeschaffung** über die eigenen Fraktionen hinaus auch gegenüber, mit und in anderen Fraktionen und Gruppierungen notwendig macht. Diese Arbeit findet regelmäßig außerhalb der formellen Sitzungen statt und erfordert einen eigenständigen, über die bloße Ausübung der Mitgliedschaftsrechte hinaus reichenden Zeitaufwand. Da ist weiter die Notwendigkeit der Geltendmachung und Durchsetzung der Belange aus der eigenen Wählerschaft gegenüber der Gemeindeverwaltung. Diese Aufgaben der **Ratsmitglieder als Bürger und als „Anwälte der Bürger“** sind zur Erlangung, Effektivierung und Erhaltung ihres Mandats politisch funktional notwendig. Und sie erfordern sämtlich einen Aufwand an Zeit, der über den Sitzungsaufwand hinausgeht. Daraus folgt:

- Der **Aufwand der Ratsmitglieder** für ihr Mandat und damit dessen Vereinbarkeit mit der Ehrenamtlichkeit **lässt sich nicht allein am bloßen Sitzungsaufwand messen**.
- Erhebungen zum zeitlichen Aufwand für die gesamte Ratsarbeit einschließlich der affinen Verpflichtungen sind gegenwärtig nicht erkennbar; und erst recht nicht solche auf aktuellem zeitlichem Stand.¹⁰¹

¹⁰⁰ Exemplarisch — allerdings am Beispiel der Bundestagsabgeordneten – Siefker, ZParl 2013, 846.

¹⁰¹ Ältere Erhebungen etwa bei Ronge, ZParl 1994, S. 267 ff. Tentative Annäherungen aus Einschätzungen im Internet kommen etwa für die Städte Halle, Kassel und Wuppertal auf einen Zeitaufwand, der nach wahrgenommen Funktionen im Rat (etwa: Fraktionsvorsitzender), außerhalb des Rates (etwa: im Aufsichtsrat von kommunalen Gesellschaften) sowie in Parteien und Vereinen erheblich differiert. Für „normale Ratsmitglieder“ wird eine wöchentliche Belastung von ca. 15 Stunden angegeben, welche im Einzelfall erheblich nach oben (kaum nach unten) abweichen kann. Noch älter die Angaben bei Fruth, Sind unsere ehrenamtlichen Stadträte

- Insbesondere fehlt es an veröffentlichten empirischen Erhebungen über den Zusammenhang zwischen der Entwicklung dieses Aufwandes und dem Fortfall der Sperrklausel: Hat deren Fortfall den Aufwand jedenfalls in den Städten erhöht, unverändert gelassen oder gar vermindert?

Demnach wird es in dieser Anhörung notwendig sein, bei Betroffenen, Verbänden und (anderen) Sachverständigen aussagekräftige und empirisch nachprüfbar Angaben über Entwicklung von Aufgabenbelastung, Zeitaufwand und vorhandenen Zeitkapazitäten einzuholen.¹⁰²

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt lassen sich also eher der hohe Rang der „Verwaltung durch Bürger“ und die Schutzbedürftigkeit ehrenamtlicher Arbeit in den Kommunalvertretungen als deren konkret drohende Funktionsunfähigkeit infolge Wegfalls der Sperrklausel feststellen.

6. Von der Gleichheit der Wahl zur Ungleichheit nach der Wahl: Klein- und Kleinstgruppen in den Kommunalvertretungen

Die steigende Zahl von Fraktionen, Gruppierungen und Einzelvertretern in den Stadträten und Kreistagen ist ein Indikator für die Offenheit der Kommunalpolitik gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern, Wählerinnen und Wähler. Zugleich hat die **Fragmentierung der Kommunalvertretungen in den großen Städten und Kreisen die Arbeit dieser Vertretungen verändert**. Empirische Forschungen¹⁰³ hierzu zeigen mittelfristige Trends: Deren Ausgangspunkt ist die Feststellung sowohl der Zunahme der Ratsfraktionen wie auch diejenige der fraktionslosen Ratsmitglieder, die allein oder mit einem anderen Mitglied nicht die Mindeststärke der Fraktionsbildungen erreichen und daher als einzelne Mitglieder bzw. Gruppen tätig sind. Sie neigen nicht selten dazu, sich mit anderen Gruppen oder Einzelvertretern zu Fraktionen zusammenzuschließen.¹⁰⁴ Doch sind solche Zweckgemeinschaften instabil und bedürfen eines besonders hohen Koordinations- und Abstimmungsaufwands, welcher ihre Handlungsmöglichkeiten beeinträchtigt. Im Ergebnis **entsteht so im Rat eine Zwei-Klassen-Gesellschaft**.

Fraktionen können arbeitsteilig agieren; sie können mithilfe der für sie zur Verfügung stehenden Mittel professionelle Zuarbeit beschaffen und so sowohl ihren Informations- wie auch ihren Wirkungsgrad deutlich erhöhen. Sie sind im Schnitt

überfordert?, 1994. Wichtige Aspekte, die allerdings nicht unter der hier verfolgten Fragestellung stehen bei Mittendorf, Die Qualität kollektiver Entscheidungen, 2009.

¹⁰² Auf die Notwendigkeit solcher Erhebungen weisen auch Dietlein/Kirchhof aaO., S. 87 ff, hin.

¹⁰³ Dazu J. Bogumil u.a., ZParl 2010, 788, der dort eigene Arbeiten aus den Jahren 2007 und 2009 zusammenfasst. Fortgeschrieben bei Bogumil, Auswirkungen der Aufhebung der kommunalen Sperrklausel auf das kommunalpolitische Entscheidungssystem in Nordrhein-Westfalen, 2015.

¹⁰⁴ Beispiel bei Bogumil aaO., S. 796. Zu diesem Recht und seinen Grenzen Burgi, in: ders./Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW aaO., S. 197 f (Nachw.).

eher und besser informiert, breiter engagiert und in höherem Maße in der Lage, die Rechte der Mitglieder von Kommunalvertretungen wirksam auszuüben. Sie können Gestaltungsideen aufgreifen, Mehrheiten organisieren und die Ratsarbeit kontinuierlicher, prognostizierbarer und damit stabiler und effektiver werden zu lassen. Dem steht das regelmäßig notwendigerweise punktuelle Engagement von **Einzelmitgliedern und Kleinstgruppen**, ihre in anderen als ihren Spezialgebieten notwendigerweise schlechtere Informationslage, Beurteilungs- und Handlungskompetenz und die daraus resultierende geringere Kompromiss- und Verpflichtungsfähigkeit gegenüber: Einzelmitgliedern und Kleinstgruppen sind daher in erheblich eingeschränktem Umfang kooperations- und koalitionsfähig.¹⁰⁵ „Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Ratsmitglieder ist also nach dem Fall der Fünf-Prozenthürde kaum in Koalitionen einbindbar.“ Im Gegenteil: Bei den Einzelvertretern und Kleingruppen wird eine überdurchschnittliche Neigung zur Ablehnung von Vorlagen deutlich. Sie sind nur in geringem Umfang Teil von Gestaltungsmehrheiten, in deutlich höherem Maße dagegen Teile einer in sich immer stärker zersplitterten allgemeinen Opposition mit einem Hang zur Negation. Ihre Haltung gegenüber Gestaltungsvorlagen und -notwendigkeiten sind danach eher von Contra-Positionen als von mitgestaltender Partizipation geprägt.

Dem entsprechen die Rahmenbedingungen ihrer Mitwirkung in Ausschüssen und im Plenum des Rates. Da jedem Ratsmitglied das Recht auf (beratende) Mitwirkung in einem Ausschuss zusteht, kann es sich hier informieren und an der Meinungs- und Willensbildung teilnehmen. Diese Möglichkeit beschränkt sich aber auf das Sachgebiet des jeweiligen Ausschusses. Da sie allein oder lediglich mit einem anderen Ratsmitglied kooperieren, sind sie von den Möglichkeiten arbeitsteiliger Mitarbeit in mehreren Ausschüssen bei gleichzeitigem internem Informationsaustausch und Koordination ihrer Aktivitäten weitestgehend ausgeschlossen. Dem kommt hohe Bedeutung zu, weil in den Ausschüssen regelmäßig ein erheblicher Teil der Sacharbeit geleistet wird, welche der Willensbildung und Entscheidungsvorbereitung (im Ausschuss wie im Plenum) dient.¹⁰⁶ Dieser Umstand verändert auch die Ratsarbeit. Entweder stimmen hier Mitglieder ab, welche mit den Vorarbeiten nicht vertraut sind und daher nicht über die vergleichbare Informationen verfügen wie die anderen Vertreter. Oder aber die Ausschussarbeit muss im Plenum wiederholt werden; ein Umstand, welcher den Entlastungseffekt der Ausschussarbeit weitgehend zunichtemacht.¹⁰⁷

Kleinstgruppen und Einzelvertreter fokussieren sich in hohem Maße auf diejenigen Einzel- oder Gruppeninteressen, für die sie angetreten sind. Und in Gestaltungsmehrheiten sind sie wegen unterdurchschnittlicher Kompromiss- und interner Konsensfähigkeit nur unter erheblichen Schwierigkeiten einzubinden. „Nicht nur, dass unklare Mehrheitsverhältnisse und damit unklare Verantwortlichkeiten forciert wur-

¹⁰⁵ Bogumil u.a., S. 799. (Zitat)

¹⁰⁶ BVerfGE 80, 221 f.; s.a. BVerfGE 44, 317 f.

¹⁰⁷ Daraus resultiert dann auch das extrem uneinheitliche Bild der Auswirkungen jener Fragmentierung von Stadträten auf die Dauer der Ratssitzungen; dazu Bogumil u.a. aaO., S. 799.

den; sondern die hierdurch eingezogenen kleinen Gruppierungen können kaum effektiv das Votum ihrer Wählerschaft in die Kommunalparlamente einbringen.“¹⁰⁸ Die Entwicklung zeigt: Der **Preis des höheren Maßes an Gleichheit der Wahl ist ein höheres Maß an Ungleichheiten nach der Wahl**, nämlich in den gewählten Vertretungskörperschaften selbst.

Da ist zunächst die **Ungleichheit beim Rechtsstatus von fraktionsangehörigen und nicht-fraktionszugehörigen Ratsmitgliedern**. Neben die rechtliche Gleichheit des Mandats¹⁰⁹ tritt die faktische Ungleichheit ihrer Wirkungsmöglichkeiten. Diese kann auch durch rechtliche oder finanzielle Gleichstellung von Fraktionen und sonstigen Ratsmitgliedern kompensiert werden. Vielmehr ist die Arbeits- und Aufmerksamkeitskapazität der Einzelmitglieder notwendig begrenzt und kann durch professionelle Zuarbeit nicht beliebig erweitert und erst recht politisch nicht kompensiert werden. Die Abwanderung von Ratsarbeit auf nicht-gewählte Fraktionsmitarbeiterinnen und –mitarbeiter würde so gefördert, zugleich die Vertreter der Wählerinnen und Wählern durch die Gewählten selbst weiter reduziert.¹¹⁰

Da ist weiter die **Ungleichheit im Hinblick auf die Bildung von Gestaltungsmehrheiten**. Da Einzelmitglieder und Kleinstgruppen in geringerem Maße kompromiss- und koalitionsfähig erscheinen als Fraktionen, können sie auch nur in unterdurchschnittlichem Maße an der Bildung von Gestaltungsmehrheiten mitwirken. Dies ist nicht allein eine Folge ihres eigenen Verhaltens; sondern zugleich eine solche der ihrer Einschätzung durch die anderen Ratsfraktionen: Wen sie aus Erfahrung für wenig kooperations- und verpflichtungsfähig halten, wird in Koalitionsbildungen weniger berücksichtigt und kann daher nicht an Koalitionsmehrheiten mitwirken. Daraus entsteht eine klar unterdurchschnittliche und damit ungleiche Zugangsmöglichkeit für solche Ratsmitglieder zur Mitbestimmung und Mitgestaltung im Rat über das bloße „Nein“ hinaus.

Schließlich **verändert die Fragmentierung der Räte aber auch die Verteilung der Gestaltungschancen zwischen den Fraktionen**. Wo es – wie regelmäßig – keine absolute Mehrheit einer Partei gibt, bedarf auch auf der kommunalen Ebene der Zusammenarbeit der Parteien durch Koalitionen. Deren Bildung wird durch die größere Zahl von Fraktionen und fraktionslosen Ratsmitglieder allerdings tendenziell erschwert. Koalitionsbildung setzt auch in der Kommune absehbare organisatorische Stabilität, Kompromissfähigkeit und Belastbarkeit der teilnehmenden Gruppen voraus. Das gilt erst recht bei Entscheidungen der Gesamtkoalition, welche den eigenen Zielen einzelner teilnehmender Parteien oder Fraktionen nicht entsprechen oder gar zuwiderlaufen. **Je größer die Zahl der Koalitionspartner, umso größer ist tendenziell die Zahl interner Vetoplayer und Blockademög-**

¹⁰⁸ Bogumil u.a. aaO., S. 803.

¹⁰⁹ BVerfGE 96, 278: „Recht auf gleiche Teilhabe am Prozess der parlamentarischen Willensbildung“. S. schon früher BVerfGE 44, 317.

¹¹⁰ BVerfGE 96, 278 f.: „Die Differenzierung zwischen Fraktionen und anderen Zusammenschlüssen ist gerechtfertigt, da sie der Gefahr begegnet, dass die parlamentarische Arbeit durch eine Vielzahl von – letztlich aussichtslosen – Anträgen kleiner Gruppen behindert wird.“

lichkeiten. Das daraus resultierende Bestreben der Beteiligten, die Zahl der Koalitionspartner zu begrenzen, führt so zu einer faktischen Prämie auf Größe, Organisation und Professionalität. Je höher diese ausgeprägt ist, desto höher ist sodann nicht nur die eigene Koalitionsbereitschaft und -fähigkeit, sondern auch diejenige der jeweils anderen (potenziellen) Koalitionspartner. Daraus folgt eine **faktische Prämie für große Parteien auf Zugang zur Koalitionsbildungen; die „Große Koalition“ zwischen CDU und SPD** erhält daraus eine politische Prämie. Sie wird denn auch in immer mehr Kommunen zum Regelfall – sofern es überhaupt noch zu stabilen Mehrheitsbildungen kommt.

Dies zeigt die Entwicklung nach der Kommunalwahl von 2014 überdeutlich.¹¹¹

- Einerseits finden sich in 77 Räten keine stabilen Gestaltungsmehrheiten. Stattdessen werden dort wechselnde Mehrheiten gesucht.
- Andererseits nimmt namentlich in den kreisfreien Städten, Kreistagen und Regionalräten die Zahl der „Großen Koalitionen“ tendenziell (zuletzt auf 30) zu.

Damit zeigt sich: **Der Gewinn an Gleichheit der Wahl durch Absehen von Sperrklauseln und der daraus resultierenden größeren Breite und Repräsentativität der Vertretungsorgane wird erkaufte durch ein starkes Maß an Ungleichheit in den Vertretungen selbst.** Hier erfahren die Einzelmitglieder und Kleinstgruppen am ehesten die Grenzen ihrer Mitwirkungsmacht; und wo sie doch an ihr partizipieren, ist es eher Blockade- als Gestaltungsmacht. Solche **Ungleichheiten nach der Wahl sind der Preis des höheren Maßes an Gleichheit der Wahl.**¹¹² In einer solchen Beeinträchtigung der demokratischen Gleichheit liegt zugleich eine Beeinträchtigung des demokratischen Prinzips selbst. Liegt der Sinn des Demokratieprinzips nicht allein in der isolierten Gleichheit des Wahlakts, sondern darüber hinaus in der Gleichheit der Mitwirkung der Gewählten in den Repräsentationsorganen, so wirkt demnach die Abschaffung der Sperrklausel ambivalent. Sie erhöht die Gleichheit des Wahlakts selbst und beschädigt die gleichen Wirkungsmöglichkeiten der Gewählten. **Demokratische Gleichheit rückt auf jene Weise zunehmend an Wahltagsgleichheit heran.**

Das Demokratieprinzip erschöpft sich darin nicht. Der teils in diesem, teils im Repräsentationsprinzip angesiedelte Gedanke der demokratischen Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger ist insoweit mehrstufig zu verstehen. Die gleiche Wahl ist ein zentraler Bezugspunkt jener Gleichheit, aber eben nicht der einzige. Vielmehr setzt sich der demokratische Gleichheitssatz auch in der gewählten Körperschaft als solcher der Gleichheit der gewählten, also der einzelnen Volksvertreter, der Gruppen und Fraktionen fort.¹¹³ Sie haben in den Vertretungen grundsätzlich die **gleichen Rechte auf Zugang, Teilhabe und Chancen bei der Umsetzung des**

¹¹¹ Quelle: GAR aaO.

¹¹² So schon BVerfGE 13, 1, 17 f.

¹¹³ Grundlegend BVerfGE 93, 195, 203 f; Scherer, AöR 1987, 189 ff; Morlok, in: Dreier, GG II, 2. A., 2006, Art. 38 Rn 179.

Volkswillens in den Staatswillen und zur auf dessen Grundlage ausgeübten Staatsgewalt.

Das Grundgesetz strebt Gleichheit primär durch Gleichberechtigung an, welche zwar die Chance zur Gleichheit, aber nicht deren Garantie enthält. Doch ist der Gedanke der demokratischen Gleichheit nicht bloß eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes, sondern reicht darüber hinaus:¹¹⁴ Er ist besonders strikt und Differenzierungen nur in sehr eingeschränktem Maße zugänglich. Er schließt insbesondere Ungleichheiten nicht aus, die sich aus dem Wahlergebnis und den durch sie hervorgebrachten Mehrheits- und Minderheitsverhältnissen herleiten lassen. Auch die Festsetzung sachgerechter Mindeststärken für Fraktionen¹¹⁵ und die Differenzierung einzelner parlamentarischer Rechte nach Mehrheits- und Minderheitsrechten sowie nach der Größe von Fraktionen oder Abgeordnetenquoten ist jedenfalls dann zulässig, sofern sich hierfür ein sachlicher Grund aus dem Auftrag des Parlaments bzw. der Herstellung oder Erhaltung seiner Arbeitsfähigkeit ergibt.¹¹⁶ Dagegen sind Ungleichbehandlungen nur zulässig, sofern sie entweder die Mindestgarantien der Rechte einzelner Abgeordneter einschränken oder aber durch keinen der genannten Gründe gerechtfertigt werden.

Die beschriebene Situation in den Kommunalvertretungen geht jedoch über jene Grenzen hinaus. In ihnen realisieren sich nicht allein die Folgen von Mehrheits- und Minderheitsbildung. Vielmehr reichen zulässige rechtliche Differenzierungen in ihrer Wirkung über die durch Sachstrukturen gerechtfertigten Ungleichbehandlungen hinaus. Kleine Gruppen und Einzelabgeordneten haben nicht nur weniger Rechte, sondern dadurch überproportional weniger Chancen auf Teilhabe an der Arbeit der Kommunalvertretungen: Bei der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben im Rat; bei dem Zugang zu Mehrheitsbildungen und Koalitionsvereinbarungen. Sie erfahren in den Vertretungen im Wesentlichen ihre eigene Ohnmacht und Einflusslosigkeit: Dies ist nicht Ausprägung demokratischer Gleichheit, sondern deren Gegenteil.

Ein solcher Zustand mag für sich demokratie- und verfassungskonform sein. Doch ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, ihn tatenlos hinzunehmen. **Die Legislative kann für sich daraus jedenfalls den Auftrag herleiten, zum Schutz der Gleichheit und chancengleichen Mitwirkung in den Kommunalvertretungen den Zugang einzuschränken.** Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sich die genannten Zustände aus gesetzlichen Regelungen ergeben, die ihrerseits demokratische Gleichheit herstellen sollen, in ihrem Effekt allerdings in das Gegenteil umschlagen. Dazu ist er gewiss nicht verpflichtet, aber jedenfalls berechtigt, sofern

- die dem zugrunde liegenden Annahmen zur Ungleichheit empirisch nachweisbar sind und

¹¹⁴ So ausdrücklich BVerfGE 99, 1, 10 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 96, 264, 279; Morlok in Dreier, GG II aaO., Art. 38 Rn 178.

¹¹⁶ Dazu und zu rechtlichen Grenzen aus dem Demokratieprinzip Cancik, NVwZ 2014, 18.

- die daraus hergeleiteten Zugangshindernisse aus jenen Umständen auch der Höhe nach sachlich gerechtfertigt werden können.

Eine davon zu unterscheidende Frage liegt darin, von wem und wie die genannten Begründungen geleistet und dokumentiert werden müssen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit begründet sein müssen, dass also Gründe dafür vorhanden sein müssen („Begründbarkeit“). Davon zu unterscheiden ist die Frage danach, von wem diese Begründung tatsächlich geleistet und wo sie dokumentiert wird („Begründungspflicht“). Der Gesetzgeber schuldet das verfassungskonforme Gesetz, hingegen keine verfassungskonforme Gesetzesrechtfertigung. Eindeutig sind hierzu nur zwei Anforderungen:

- Der **NRW-Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass die zur Begründung notwendigen Umstände nicht erst von ihm selbst nachträglich im Normenkontrollverfahren erhoben und gewürdigt werden.**
- Und er **geht weiter davon aus, dass die notwendigen zureichenden Gründe bereits im Gesetzgebungsverfahren vorhanden sind und vom Gesetzgeber seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden konnten.**¹¹⁷

Dem ist im Gesetzgebungsverfahren zur Vermeidung erneuter gerichtlicher Beanstandungen nachzukommen. Dazu genügen nach ständiger Rechtsprechung bloße Vermutungen, allgemeine Hypothesen oder Befürchtungen einzelner Beteiligter oder Betroffener den zu stellenden Anforderungen nicht. Vielmehr

- müssen die zur Begründung herangezogenen Umstände auf tatsächlich nachweisbaren Grundlagen („empirisch“) basieren, mit hinreichender Breite und methodisch vertretbar erhobenen und ausgewertet sein.
- müssen diese Umstände bereits im Gesetzgebungsverfahren vorliegen, d.h. zuvor erhoben und ausgewertet sein. Von wem und wo dies geschieht, ist dafür nicht maßgeblich; es kann durch das Parlament – dem es allerdings dafür zumeist an der erforderlichen Expertise und den notwendigen Arbeitsgrundlagen fehlt - von der Landesregierung, den Kommunen selbst oder der Wissenschaft geleistet werden. Auch ist es nicht zwingend erforderlich, dass dies in der Gesetzgebung geschieht.
- müssen diese Umstände in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt sein. Dafür sollten sie sinnvollerweise in den Ausschussberatungen erörtert werden, und zwar zweckmäßigerweise mit Sachverständigen im Rahmen dieser Anhörung.

¹¹⁷ NRWVerfGH, NWVBI 2009, 98, 100.

IV. Mögliche Alternativen – mildere Mittel?

Eine Sperrklausel im Kommunalwahlrecht wäre gewiss vermeidbar, wenn es mildere Mittel gäbe, um die Funktionsfähigkeit der Arbeit in den Vertretungen und die sonstigen Störungen der demokratischen Gleichheit zu beseitigen. Zwar ist der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht (oder jedenfalls im selben Umfang wie der „einfache“ Gesetzgeber) an das Übermaßverbot gebunden. Doch werden Alternativen weithin diskutiert und sollen hier im Hinblick auf mögliche Funktionssicherungen der Kommunalvertretung kurz angesprochen werden.

Eine **Beseitigung möglicher Wahlrechtsungleichheiten** – in diversen Kommunalvertretungen sind die Zugangshürden für die Erlangung eines Mandats gerade bei kleineren Parteien und Wählergruppen sehr unterschiedlich – ist eine Folge der jeweiligen Verrechnungssysteme, die gewisse Ergebnisungleichheiten nur verteilen, nicht aber beseitigen können.¹¹⁸ Jene Unterschiede vergrößern ihre Relevanz allerdings parallel zur Vergrößerung der Zahl der Parteien und Gruppierungen in den Räten. Je kleiner die Zahl der für einen Einzug in das Kommunalparlament notwendigen Stimmen ist, desto stärker wirken sich statistische Rundenschärfen und Rundungseffekte iS steigender Ergebnisungleichheit bei gleichzeitiger Verfahrensgleichheit aus. Daher kann eine Änderung des Wahlrechts die Relevanz solcher Ungleichheiten allein nicht abschaffen.¹¹⁹ Die Beseitigung derartiger Ungleichheiten setzt somit eine Sperrklausel voraus – Ungleichbehandlungseffekte werden durch sie jedenfalls mittelbar abgemildert.

Die Einführung der Möglichkeit von **Kumulieren und Panaschieren** im Kommunalwahlrecht ist in ihren Wirkungen überaus umstritten.¹²⁰ Einerseits stärken solche Verfahren den Einfluss der Wählerinnen und Wähler auf die Zusammensetzung der gewählten Körperschaften. Andererseits erhöhen sie mit hoher Wahrscheinlichkeit die Zahl der ungültigen Stimmen. Eine Auswirkung auf den Schutz der Funktionsfähigkeit der Vertretungen gegen Auswirkungen der Fragmentierung ist bislang nicht bekannt geworden oder sonstwie erkennbar.

Eine **Heraufsetzung der Mindestanforderungen an Kommunalfraktionen**, namentlich im Hinblick auf die Mindestzahl ihrer Mitglieder, würde zwar deren Zahl möglicherweise verringern, zugleich die Zahl der Gruppen oder sonstigen fraktionslosen Ratsmitglieder erhöhen. Dadurch würde eine Funktionssicherung der Vertretung insgesamt allerdings kaum erzielt. Einerseits stoßen die Festsetzung von Mindestgrößen von Fraktionen und die Kontingentierung von Fraktionsrechten

¹¹⁸ Jene Unterschiede vergrößern ihre Relevanz allerdings parallel zur Vergrößerung der Zahl der Parteien und Gruppierungen in den Räten. Je kleiner die Zahl der für einen Einzug in das Kommunalparlament notwendigen Stimmen ist, desto stärker wirken sich statistische Rundenschärfen und Rundungseffekte iS steigender Ergebnisungleichheit bei gleichzeitiger Verfahrensgleichheit aus.

¹¹⁹ So schon NRWVerfGH, NWVBl 2009, 98, 99 f.

¹²⁰ Zur Diskussion jüngst einerseits Horst, ZParl 2011, 707 (kritisch); andererseits Jankowski u.a., ZParl 2013, 264.

ihrerseits auf verfassungsrechtliche Grenzen.¹²¹ Andererseits sind eine Reihe von Mitgliedschaftsrechten der gewählten Volksvertretungen auch in den Kommunen nicht einfach durch Gesetz mediatisierbar, so dass die Fragmentierungswirkungen kaum geringer würden: Die Rechtsprechung hat jedenfalls dem Schutz der **Rechte einzelner Volksvertreter und kleiner Gruppen** auch gegen Fraktionen, welche die Rechte in den gewählten Körperschaften unter sich oligopolisieren wollen (oder auch nur diesen Eindruck erwecken), einige Aufmerksamkeit gewidmet.¹²² Eine **Kontingentierung der Minderheitenrechte** – also der Kleinstgruppen und Einzelvertreter im Rat – stößt daher gleichfalls an enge verfassungsrechtliche Grenzen. Das gilt nach der Rechtsprechung umso mehr, je stärker der Eindruck entstehen könnte, die Fraktionen entschieden hier für sich zu ihren Gunsten in eigener Sache.

Eine **Verkleinerung des Rates und seiner Ausschüsse** könnte zwar eine rechtliche Sperrklausel weniger dringlich machen. Sie würde allerdings die „natürliche“ Sperrklausel hinaufsetzen und so jedenfalls sperrklauselähnliche Wirkung haben. Einerseits würde damit die Realität im Land der großen Kommunen und der großen Kommunalvertretungen an die Realität anderer Bundesländer etwas herangeführt. Andererseits würde eine solche Verkleinerung die Asymmetrien der Vertretung der Bürger im Vertretungsorgan noch erheblich erhöhen. Sie würde insbesondere in den großen Kommunen notwendig sein, hier allerdings dazu führen, dass die großen Kommunalvölker – im Vergleich zu den kleineren – noch in erheblich schlechterem Umfang repräsentiert würden.¹²³ In den großen Vertretungen würde sich dadurch die **Frage nach der Professionalisierung der Kommunalvertreter** in (noch) höherem Maße stellen als unter den gegenwärtigen Bedingungen.

¹²¹ Dazu näher Morlok, in: Dreier, GG II aaO., Art. 38 Rn 176, 178 (Nachw.).

¹²² Dazu näher BVerfGE 88, 188, 224 ff; krit. differenzierend Morlok, JZ 1989, 1035, 1040; Schulze-Fielitz, DöV 1989, 829, 833 (auch zum Landesrecht).

¹²³ Beispiel o. III 2 a)

V. Ergebnisse

(1) BVerfG und NRWVerfGH haben bereits mehrfach Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht als verfassungswidrig beanstandet und dabei die rechtlichen Anforderungen immer weiter erhöht. Entscheidungen über Sperrklauseln mit Verfassungsrang finden sich für NRW (anders für HH, Berlin) nicht. Es besteht also ein gewisses verfassungsrechtliches Risiko, das zwar gemindert, aber nicht völlig ausgeschlossen werden kann.

(2) Die Entscheidung über die Einführung einer Sperrklausel im Kommunalwahlrecht für NRW ist eine politische Entscheidung und muss politisch getroffen werden. Das Verfassungsrecht formuliert allein Zulässigkeitsbedingungen und –grenzen, welche durch parlamentarisches Handeln ausgefüllt werden können.

(3) Sperrklauseln sind stets auch Entscheidungen über Ausgestaltung oder Beschränkung von Wahlgrundsätzen. Als Ausgestaltung eines Wahlsystems können sie mit Verfassungsrang zulässig sein, wenn ihre Prämissen verfassungskonform bestimmt und sodann gleichheitskonform angewendet werden. Hier kann grundsätzlich zwischen unterschiedlichen Verhältniswahlsystemen unterschieden werden (strikt spiegelbildliche oder effektivitätsorientierte Wahlsysteme).

(4) Wer hingegen Sperrklauseln als Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit versteht, kann ihre Einführung mit einem Set von Argumenten rechtfertigen, welche die Rechtsprechung zugelassen hat. Im Zentrum stehen dabei Gefährdungen der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen. Dabei können grundsätzliche alle Funktionen dieser Vertretung berücksichtigt werden.

(5) Bisher hat die Rechtsprechung die Zulässigkeit von Sperrklauseln auch bei Kommunalwahlen niemals grundsätzlich verneint. Sie hat vielmehr einen Katalog von Anforderungen gestellt, die sie allerdings im Einzelfall nur in seltensten Fällen als erfüllt ansah. Die Rechtsprechung hat also deren Zulässigkeit generell stets bejaht und im Einzelfall nahezu stets verneint.

(6) Sperrklauseln sollten grundsätzlich in der Verfassung selbst verankert sein, wie dies auch in einzelnen anderen Bundesländern geschah. Dies entlastet jedenfalls von rechtlichen Bindungen aus dem Landesrecht, nicht aber von solchen aus dem Bundesrecht. Unabhängig von dem Standort der Regelung bedürfen Sperrklauseln einer hinreichenden Rechtfertigung. Doch spricht manches dafür, dass Sperrklauseln in Verfassungen eine höhere Anerkennungschance bei den Verfassungsgerichten erlangen als solche in Gesetzen.

(7) (Rechtliche) Sperrklauseln können oberhalb der durch das Wahlsystem und die Gemeindegröße bedingten „natürlichen“ Sperrklauseln wirksam werden. Ob

dies der Fall ist, hängt allerdings neben der Gemeindegröße vom jeweiligen Wahlergebnis im Einzelfall ab.

(8) Sperrklauseln wirken also differenziert nach Größe von Städten, Gemeinden und Kreisen.

(9) Der NRWVerfGH fordert für die Einführung gleichheitsbeschränkender Sperrklauseln hinreichende Gründe vom Gesetzgeber. Diese müssen in rechtlicher Hinsicht stabil und in tatsächlicher Hinsicht überprüfbar (empirisch) sein.

(10) Nach den vorliegenden Informationen ist bislang keine Gemeindevertretung in NRW wegen fehlender Sperrklausel vollständig funktionsunfähig. Haushalts- und andere wichtige Satzungen konnten überall erlassen, Ausschüsse besetzt und Funktionsträger gewählt werden. Eine Funktionserschwerung der Vertretungen reicht demgegenüber für eine Sperrklausel nicht als hinreichender Grund. Insbesondere Verlängerung von Sitzungszeiten oder Haushaltsberatungen wurden explizit nicht als zureichende Gründe anerkannt.

(11) Angesichts der zunehmenden Fragmentierung bzw. „Zersplitterung“ der Stadträte namentlich in Großstädten und in Kreistagen wird hier auf andere Funktionen der Kommunalvertretungen abgestellt. Zur Rechtfertigung von Sperrklauseln soll hier auf Gefährdungen der Ehrenamtlichkeit und der Gleichheit der Mitwirkungschancen in der Kommunalvertretung abgestellt werden.

(12) Ehrenamtlichkeit ist Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie. Sie wird beeinträchtigt, wenn erhebliche Teile der Bürgerschaft wegen zu hohen Zeitaufwandes nicht mehr in der Lage ist, in den Kommunalvertretungen mitzuarbeiten bzw. für diese zu kandidieren. Hier ist nicht allein der Sitzungsaufwand, sondern auch der sonstige Vor- und Nachbereitungsaufwand zu berücksichtigen. Zu einer steigenden Arbeitsbelastung treten subjektives Gefühl und objektive Diagnosen der Überforderung ehrenamtlicher Ratsmitglieder. Dies gilt umso mehr, wenn sie als Einzelvertreter oder Gruppenangehörige (ohne Fraktionsstatus) nicht auf die Unterstützung arbeitsfähiger Fraktionen zurückgreifen können. Für die (gleichfalls tendenziell steigende und die Ehrenamtlichkeit zunehmenden sprengende) Belastung mit Mandatsaufgaben außerhalb der Sitzungen fehlt es allerdings gegenwärtig noch an empirischem Material mit hinreichender Aktualität.

(13) Zudem ist die Gleichheit des demokratischen Zugangs zur Mitwirkung an der Entscheidungsfindung selbst erheblich gestört. Einzelvertreter und Kleinstgruppen sind schlechter informiert, weniger kompromissfähig und mehrheitsfähig als Fraktionen und daher von Mehrheits- und Koalitionsbildungen nahezu ausgeschlossen. Sie erscheinen so als überwiegend als Neinsager oder Blockadefaktoren. Die ihnen eingeräumten verbesserten Mitwirkungschancen durch sperrklauselfreien Zugang zu den Vertretungen kontrastieren der nahezu vollständigen Chancenlosigkeit, Benachteiligung und ggf. Ausschluss von Mehrheitsbildungen in den Ver-

tretungen. Die Herstellung von gleichem Zugang zu den Räten begünstigt die Ungleichheit der Mitwirkung in diesen Räten.

(14) Die Entscheidung der daraus entstehenden Kollisionen zwischen Gleichheit des Zugangs einerseits sowie Ungleichheit der Mitwirkung bei gleichzeitiger Gefährdung des Ehrenamtes andererseits bedarf der zureichenden rechtlichen und empirischen Begründbarkeit. Mögliche Gründe sind vom Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zu ermitteln und abzuwägen; sie werden vom NRWVerfGH überprüft, aber nicht nachgeholt.

(15) „Mildere“ Mittel sind gegenüber Sperrklausel nicht erkennbar.

(16) Solche rechtlichen Gründe können allerdings wahlrechtsbeschränkende Wirkungen allenfalls dann begründen, wenn sie empirisch überprüfbar sind. Dazu bedarf es der zureichenden Informationen, die gegenwärtig nicht zu allen notwendigen Fragen in hinreichend belastbarer Weise vorliegen. Der Gewinnung solcher Informationen dient die heutige Anhörung. Es ist daher mit den dafür sachkundigen Experten zu erörtern,

- ob die Funktionsfähigkeit von Kommunalvertretungen ernsthaft gestört oder beeinträchtigt ist,
- welcher Zeitaufwand für ein Kommunalmandat notwendig ist und ob dieser ehrenamtlich von den meisten oder nur von einzelnen Berufs- oder sozialen Gruppen (etwa: Lehrer, Rentner) geleistet werden kann;
- ob die Zugangschance von Kleinstparteien und Einzelbewerbern zu „Ratskoalitionen“ oder Mehrheitsbildungen tatsächlich signifikant geringer ist als diejenige anderer Gruppierungen.

(Prof. Dr. Christoph Gusy)