

Prof. Dr. *Lothar Michael*
Professur für öffentliches Recht
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf



Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses und des Ausschusses für Kommunalpolitik des Landtags Nordrhein-Westfalen am 21. Januar 2016

zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD der Fraktion der CDU und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Gesetz zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen und wahlrechtlicher Vorschriften (Kommunalvertretungsstärkungsgesetz)

Drucksache 16/9795

Schriftliche Stellungnahme zu den verfassungsrechtlichen Fragen der Einführung einer „2,5%-Sperrklausel für Kommunalwahlen“ durch verfassungsänderndes Gesetz

I. Fragestellungen, Stand der Diskussion und Ergebnis

Die verfassungsrechtliche Beurteilung des Gesetzentwurfs fällt – auch unter Auswertung der unmittelbar nicht einschlägigen Rechtsprechung – eindeutig aus:¹ Der verfassungsändernde Gesetzgeber des Landes ist unter keinem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt gehindert, eine verfassungsunmittelbare 2,5%-Sperrklausel für Kommunalwahlen in die Verf NRW einzufügen.

Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Deutschland (des Bundes und auch der Länder und insbesondere auch des VerfGH NRW in Münster) zeichnet sich durch eine fundamentale Skepsis gegenüber wahlrechtlichen Sperrklauseln aus. Diese zunehmend rigide Rechtsprechung hat Sperrklausel-Regelungen auf der Ebene des **einfachen Ge-**

¹ Ausführliche Auseinandersetzung zum Ganzen: *Michael*, Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene, 2015 und im Ergebnis ebenso *W. Roth*, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015.

setzesrechts für die Bereiche sowohl des Kommunalwahlrechts als auch des Rechts der Wahlen zum Europäischen Parlament als Verstöße gegen die Gleichheit der Wahl verworfen. Jedem Gesetzgeber kann nur davon abgeraten werden, angesichts der Rechtsprechung Sperrklauseln für Kommunalwahlen oder für Europawahlen in der Form einfacher Gesetze zu regeln.²

Regelungen von Sperrklauseln **auf Verfassungsebene** verändern den normativen Blickwinkel: Sie können nur an solchen Maßstäben gemessen werden, die nicht nur gegenüber dem einfachen Recht Vorrang genießen, sondern sogar einer Verfassungsänderung Grenzen setzen.

Das führt vorliegend zu drei Fragen:

1. Verstoßen solche Sperrklauseln gegen die verfassungsrechtlichen Grenzen der Verfassungsänderung (hier: Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verf NRW), weil mit der Wahlgleichheit der Kern des Demokratieprinzips berührt ist?
2. Haben die verfassungsändernden Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebene insoweit vergleichbare Spielräume (Art. 79 Abs. 3 GG einerseits und Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verf NRW sowie Art. 28 Abs. 1 GG andererseits) oder müsste für entsprechende Regelungen in Landesverfassungen erst die bundesverfassungsrechtliche Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG entschärfend geändert werden?
3. Wurzelt die Rechtsprechung zu den Sperrklauseln in darüber noch hinausgehenden, ungeschriebenen Legitimationsgrundlagen, die einer Verfassungsänderung Grenzen setzen?

Auch wenn man zugrunde legt, dass die rigide Rechtsprechung auf sehr fundamentalen Grundsätzen des Demokratieprinzips beruht und auch wenn man dieser sehr umstrittenen Rechtsprechung insoweit folgt, schränkt sie den verfassungsändernden (Landes-) Gesetzgeber nicht ein. Denn diese Rechtsprechung beruht auf Prämissen, die nur dem einfachen Gesetzgeber gegenüber plausibel sind. Zu diesem Ergebnis, das auch aus verfassungstheoretischen Erwägungen geradezu zwingend erscheint, kommen zwei jüngst veröffentlichte Studien.³

² Dietlein/ Riedel, Zugangshürden im Kommunalwahlrecht, 2012, S. 81.

³ S.o. Fn. 1.

II. Die wesentlichen Argumente

Die Hauptargumente für die Zulässigkeit einer verfassungsunmittelbaren 2,5%- Sperrklausel für das Kommunalwahlrecht sind die Folgenden:

1. Kein Verstoß gegen den Kern des Demokratieprinzips, der auch gegen Verfassungsänderungen verbürgt ist

a) Ein Verstoß gegen die in Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verf NRW und in Art. 79 Abs. 3 GG auch gegenüber Verfassungsänderungen verbürgten **Grundsätze der Demokratie** kommt nicht in Betracht: Überwiegende Gründe sprechen bereits dagegen, dass der strikte Grundsatz der Erfolgswertgleichheit überhaupt zu diesen Grundsätzen gehört. Aber selbst wenn wir die Erfolgswertgleichheit der Stimmen aus dem egalitären Grundcharakter des Demokratieprinzips (und dessen Verwurzelung in der Menschenwürde) ableiten, heißt das keineswegs, dass Sperrklauseln gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen. Das bestätigt auch die Rechtsprechung, nach der einerseits seit jeher für Landtagswahlen ein „gemeindeutscher Satz von 5%“ für Sperrklauseln angenommen wird und andererseits auch bei Kommunalwahlen im Grundsatz die Funktionsfähigkeit der gewählten Vertretungskörperschaften als Rechtfertigungsgrund für Sperrklauseln nicht in Frage gestellt wurde. Das heißt: Selbst wenn wir die Erfolgswertgleichheit der Stimmen für einen nach Art. 79 Abs. 3 GG änderrungsfesten Gehalt des Demokratieprinzips halten, folgte daraus nur, dass es **sachliche Gründe geben muss**, um die Erfolgswertgleichheit der Stimmen zu beschränken. Ein Verstoß gegen diese Grundsätze scheidet nicht nur wegen der Geringfügigkeit der Auswirkungen einer 2,5%-Sperrklausel, sondern vor allem auch deshalb aus, weil es für eine solche Regelung sachliche Gründe der Steigerung der Funktionsfähigkeit der gewählten Körperschaften gibt. Darüber besteht kein Zweifel. Gestritten wird – in Fällen einfachrechtlicher Sperrklauseln – lediglich darüber, wie hoch die Anforderungen an die Rechtfertigung sind, d. h. ob eine mehr oder weniger abstrakte oder aber konkrete Beeinträchtigung oder Störung der Funktionsfähigkeit Sperrklauseln rechtfertigt. Diese umstrittene Grenzziehung hat mit jener der Ewigkeitsgarantien nichts zu tun. Geht es bei Sperrklauseln im Kommunalrecht um Detailfragen der Rechtfertigung und der Optimierung von Prinzipien, über die sich streiten lässt, zielt das Postulat der Ewigkeitsgarantien auf **Fundamentalfragen der Legitimität**.

b) Die Behauptung, dass solche Bestimmungen gegen Art. 79 Abs. 3 GG oder gegen Art. 28 Abs. 1 GG verstoßen könnten, würde im eklatanten Widerspruch zum **Willen des Parlamentarischen Rats** stehen. Indem Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verf NRW auf die Maßstäbe

des Grundgesetzes verweist, liegt schon aus Gründen des insoweit klaren Willens des Verfassungebers die Verwerfung einer verfassungsunmittelbaren 2,5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht fern. Anders als häufig behauptet ergibt sich aus den Materialien zum Grundgesetz ein Bild der Unentschiedenheit sowohl hinsichtlich des Wahlsystems als auch in der Frage der Sperrklauseln. Es ist belegbar, dass der Parlamentarische Rat davon ausging, dass im Falle einer restriktiven Rechtsprechung des BVerfG verfassungsfeste Sperrklauseln jedenfalls durch eine nachträgliche Verfassungsänderung und auch durch verfassungsunmittelbare Sperrklauseln in Landesverfassungen geregelt werden könnten.

c) Die reichhaltige Rechtsprechung deutscher Gerichte zur Zulässigkeit von wahlrechtlichen Sperrklauseln zeigt, dass noch nie eine verfassungsunmittelbare Sperrklausel als verfassungswidriges Verfassungsrecht verworfen wurde und dass umgekehrt die Rechtsprechung (bereits des Reichsstaatsgerichtshofs der Weimarer Zeit und insbesondere auch des BVerfG) ihre **Maßstäbe unter Berücksichtigung des Landesverfassungsrechts** so ausgeprägt hat, dass jedenfalls diese Sperrklauseln nicht verfassungswidrig sind. Dahinter verbergen sich nicht allein Sachargumente, sondern auch die Rücksichtnahme auf die Verfassungsautonomie der Länder. So wie das Grundgesetz inzwischen „völkerrechtsfreundlich“ und „unionsrechtsfreundlich“ ausgelegt wird, hat das BVerfG bereits 1952 bei seiner ersten Sperrklausel-Entscheidung eine in der Sache „landesverfassungsrechtsfreundliche“ Interpretation des Grundgesetzes gesucht.

d) Weil Wahlrecht „**Verfassungsrecht im materiellen Sinne**“ ist, führt dessen Regelung in einfachen Gesetzen zu einer erhöhten Kontrolldichte der Verfassungsgerichte, zumal die Parlamente über das Wahlrecht „in eigener Sache“ entscheiden (NB: Der Verdacht einer institutionenegoistischen Entscheidung ließe sich auch gegen eine Abschaffung von Sperrklauseln erheben, da auch hierdurch amtierende Mandatsträger das Risiko des Ausscheidens bei der nächsten Wahl reduzierten). Wenn Grundfragen des Wahlrechts im formellen Verfassungsrecht geregelt werden, kehrt sich die Begründungslast um. Verfassungsgerichte müssten sich versagen, „in eigener Sache“ ihre Maßstäbe gegen eine Verfassungsänderung zu verteidigen. Die **verfassungsändernde Gewalt** hat stets die Möglichkeit, die Fragen des Wahlrechts zu formellem Verfassungsrecht zu machen. Sie kann dadurch nicht nur den Gesetzgeber binden, sondern auch die Verfassungsrechtsprechung korrigieren und deren Maßstäbe verschärfen oder entschärfen. Für die

Einführung von Sperrklauseln ist die Verfassung sogar die **prädestinierte Regelungsebene** wegen der damit verbundenen Systementscheidung.

e) Auch aus institutionellen Gründen sind „Ewigkeitsklauseln“ eng auszulegen. Auch im „Normalfall“ verfassungsgerichtlicher Normenkontrollen gegenüber einfachen Gesetzen müssen Verfassungsgerichte das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber bedenken und dürfen dessen Spielräume nicht aushebeln. Das muss erst Recht für die **Spielräume des verfassungsändernden Gesetzgebers** gelten. Im Falle einer Normverwerfung eines verfassungsändernden Gesetzes entledigte sich gegebenenfalls ein Verfassungsgericht gerade des Maßstabs, den der verfassungsändernde Gesetzgeber der zukünftigen Verfassungsrechtsprechung verbindlich vorgeben wollte.

f) Je mehr wir der Verfassungsgerichtsbarkeit zugestehen, verfassungsrechtliche Maßstäbe zu setzen, desto mehr setzt das voraus, dass solche verfassungsrichterliche Gewalt ihrerseits ein **Gegengewicht der Gewaltenbalance** erfährt. Die Entwicklung verfassungsrichterlicher Maßstäbe steht unter dem Vorbehalt der formellen Änderung der Verfassung. Das BVerfG kann sich in seiner Sperrklausel-Rechtsprechung gleichsam so lange bestätigt sehen, wie Verfassungstexte diese nicht eindeutig korrigieren. Der Spielraum, den der Verfassungsgeber in seiner Unentschiedenheit gelassen hat, kann gleichsam in drei Stufen konkretisiert werden, nämlich erstens durch den Gesetzgeber (bis an die Grenzen der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe), zweitens durch die Verfassungsrechtsprechung (bis an die Grenze plausibler Verfassungsinterpretation einerseits und vorbehaltlich der Änderung des Verfassungstextes andererseits) und drittens durch die verfassungsändernde Gewalt (vorbehaltlich der ihr durch die Verfassung gesetzten Grenzen von Identitäts- und Homogenitätsklauseln, d. h. Art. 79 Abs. 3 GG, Art. 68 Abs. 1 S. 2 Verf NRW und Art. 28 Abs. 1 GG). Die Erfordernisse von 2/3-Mehrheiten für eine Verfassungsänderung haben den Sinn, dass der einfache Gesetzgeber nur dann effektiv an die Verfassung und an die Maßstabsetzung durch Verfassungsgerichte gebunden werden kann, wenn es einer qualifizierten Mehrheit vorbehalten ist, diese zu ändern. Umgekehrt: Eine solche **qualifizierte Mehrheit** hat genau diese Legitimation, nämlich gegebenenfalls auch die Maßstäbe einer (umstrittenen) Verfassungsrechtsprechung zu korrigieren.

2. Kein Verstoß gegen das bundesstaatliche Homogenitätsprinzip

a) Die für eine Änderung der Landesverfassung einschlägige „Ewigkeitsklausel“ des Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verf NRW verweist durch wörtliche Bezugnahme nur auf die Inhalte des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und nicht auf diejenigen auch des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Damit verweist die **landesrechtliche Identität** der Verfassung auf die **bundesrechtliche Homogenität**. *Hasso Hofmann* hat die **Parallelität** von Homogenität (Art. 28 Abs. 1 GG) und Identität (im Grundgesetz: Art. 79 Abs. 3 GG) auf folgende Formel gebracht: „Nur was für den Bund unabdingbare Grundlage der Art und Form seiner politischen Existenz ist, kann und muß er auch seinen Gliedern vorschreiben. Soweit sie die verfassungsändernde Gesetzgebung des Bundes zu variieren und zu modifizieren vermag, steht das auch den Ländern frei. Denn solange der identitätsverbürgende Kern der Verfassung nicht angetastet wird, ist die Homogenität des Bundes nicht in Gefahr.“⁴ Damit verweist Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verf NRW, der ausdrücklich die Grundsätze der Demokratie „im Sinne des Grundgesetzes“ verbürgt, mittelbar auch auf Art. 79 Abs. 3 GG und auf die Materialien zum Grundgesetz (s. o.).

b) Die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG setzt die **Verfassungsautonomie der Länder** voraus. Verfassungsautonomie setzt die Existenz einer verfassungsgebenden Gewalt, aber auch die Option verfassungsrevidierender Gewalt voraus. Die Verfassungsautonomie sowohl des Bundes als auch der Länder ist Prämisse der Interpretation insbesondere derjenigen Bestimmungen des Grundgesetzes, die die Homogenität regeln.

c) In einem Bundesstaat, in dem der Bund und die Länder ihrerseits Verfassungsstaaten sind, haben Verfassungen gegenüber einfachen Gesetzen eine herausgehobene Bedeutung. Institutionell liegt dem die Unterscheidung zwischen der verfassungsgebenden einerseits und der einfachen Gesetzgebung andererseits zu Grunde. Das spezifische, erschwerte Verfahren der Verfassungsänderung gibt einem verfassungsändernden Gesetz dieselbe Legitimation wie eine Norm der von der verfassungsgebenden Gewalt geschaffenen Verfassungsnorm. Materielle Bedeutung hat die Unterscheidung zwischen Verfassung und einfachem Recht aber auch für die Auslegung des Art. 28 Abs. 1 GG: Gerade auch Art. 28 Abs. 1 GG muss so interpretiert werden, dass die Verfassungsautonomie – und nicht nur die Gesetzgebungshoheit – der Länder nicht unterlaufen wird. Auch nach

⁴ *Hofmann*, in: Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 146 (157); zustimmend *Dreier*, in: GG, Band II, 3. Aufl. zu Art. 28 Rn. 62.

der Rechtsprechung des BVerfG wäre die Verwerfung einer Landesverfassungsnorm am Maßstab des Art. 28 Abs. 1 GG die ultima ratio. Das Grundgesetz gibt den Verfassungen der Länder nicht mehr als einen Rahmen vor. Homogenität bedeutet **weder Konformität noch Uniformität**, sondern sie setzt die Verfassungsautonomie der Länder voraus und fordert nur ein Mindestmaß der Vergleichbarkeit.

d) Nach *Markus Möstl* gebietet Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG „insoweit Identität und nicht bloße Homogenität“⁵. Richtig ist beobachtet, dass die Rechtsprechung des BVerfG bezogen auf einfachrechtliche Sperrklauseln nicht mit dem Konzept der Homogenität erklärt werden kann, sondern in der Tat die Wahlgrundsätze in Bund und Ländern identisch interpretiert und exekutiert. Ein Fehlschluss wäre es jedoch, diese Rechtsprechung auch als Maßstab für landesverfassungsrechtliche Sperrklauseln 1:1 zu Grunde zu legen. Denn das würde die Verfassungsautonomie der Länder in Frage stellen. Die **richterlich entwickelten Maßstäbe** zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sind in wesentlichen Punkten spezifisch und konzeptionell auf die Bindung gerade des *einfachen* Gesetzgebers bezogen und wären gar **nicht sinnvoll übertragbar** auf den *verfassungsändernden* Gesetzgeber:

Wenn die Rechtsprechung die **Folgerichtigkeit** als verfassungsrechtliche Konsequenz einer **einfachrechtlichen Systementscheidung** markiert, dann kann daran nicht die verfassungsändernde Gewalt gemessen werden. Das Problem der Folgerichtigkeit ist es, Systementscheidungen von Folgeentscheidungen zu unterscheiden. Die Einführung einer Sperrklausel auf Verfassungsebene müsste aber aus formalen und aus institutionellen Erwägungen als Systementscheidung gewertet werden.

Dem Gesetzgeber von Sperrklauseln obliegen qualifizierte **Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Änderungspflichten**. Diese gelten nicht nur für die (Wieder-)Einführung von Sperrklauseln, sondern gegebenenfalls auch für deren dauerhafte Beibehaltung. Wenn die Rechtsprechung dem Gesetzgeber versagt, die Einführung von Sperrklauseln auf eine abstrakte Gefahr von Funktionsbeeinträchtigungen zu stützen, und den Nachweis konkreter Funktionsstörungen verlangt, dann kann das konzeptionell nicht für die verfassungsändernde Gewalt gelten. Denn Verfassungsnormen haben per

⁵ *Möstl*, in: Lindern/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 14 Rn. 3 unter Verweis auf: *Nierhaus*, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 28 Rn. 18, der dies weder so klar ausspricht, noch die damit verbundene Frage der bundesstaatlichen Legitimität einer solchen Verengung stellt, sondern im Gegenteil von „Homogenität“ spricht.

se ein hohes Abstraktionsniveau (bzw. sollten es haben) und vom verfassungsändernden Gesetzgeber erwarten wir vor allem abstrakte Erwägungen und weniger Reaktionen auf konkrete Befunde. Insbesondere auch Anpassungspflichten können sich geradezu denknotwendig nur an den einfachen Gesetzgeber richten. Denn Verfassungen sind auf Langfristigkeit und der Mechanismus der Verfassungsänderung auf erschwerte Änderbarkeit angelegt. Auch kommt es schlechthin nicht in Betracht, dass ein Verfassungsgericht – das ist bereits gegenüber dem einfachen Gesetzgeber nicht unproblematisch – Pflichten zur Verfassungsänderung begründet.

e) Soweit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG überhaupt auf verfassungsändernde Gesetze Anwendung findet, ist ihm insoweit ein weniger strenger Maßstab zu entnehmen. Danach hat **Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG eine Doppelnatur** als Identitätsmaßstab gegenüber einfachem Landesrecht und als bloßer Homogenitätsmaßstab gegenüber Landesverfassungsrecht. Letzterer muss sich darauf beschränken, Sperrklauseln danach zu befragen, ob sie in plausibler Weise der Funktionsfähigkeit von Vertretungskörperschaften dienen.

f) Die **Funktionsfähigkeit von Vertretungskörperschaften** ist gerade hinsichtlich der Kommunen durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG seinerseits **verfassungsunmittelbar geschützt**. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG beginnt mit dem Hauptsatz: „In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben“ und fügt – sprachlich betrachtet – in einem „Nebensatz“ hinzu: „die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.“ Diese Formulierung macht deutlich, dass Wahlen nicht Selbstzweck sind, sondern der Legitimation von Organen dienen. Nahe läge es, die Vorschrift so lesen: Damit das Demokratieprinzip zur vollen Entfaltung kommt, ist die Funktionsfähigkeit der Vertretungen des Volks in den Ländern, Kreisen und Gemeinden zu optimieren, wobei die Wahlgrundsätze zu beachten sind. In solcher Lesart wäre primär die Optimierung der Funktionsfähigkeit der gewählten Vertretungskörperschaften der Ausgestaltungsauftrag an die Länder. Denn je funktionsschwächer diese Vertretungen sind, desto mehr werden die nicht unmittelbar gewählten Hoheitsträger deren Aufgaben übernehmen (konkret bei erheblichen Funktionsstörungen im gewählten Gemeinderat die Staatsaufsicht nach § 125 GO). Vorzugswürdig ist es, die Aspekte der Wahlgrundsätze und der Funktionsfähigkeit als gleichwertig zu betrachten. Den Ländern obliegt es, diese Grundsätze auszugestalten und zum Ausgleich zu bringen, insbesondere auf Verfassungsebene. Wer dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Möglichkeit nähme, die Funktionsfähigkeit gewählter Organe zu stärken, der stellt die Sinnhaftigkeit des Staates

bzw. der kommunalen Selbstverwaltung in Frage. Demokratische Wahlen sind mehr als die formalisierte Egalisierung von Meinungsäußerungen. Sie sollen vielmehr Organe als Vertretungen des Volkes legitimieren, deren Existenz auch durch Funktionsbeeinträchtigungen tendenziell delegitimiert wird.

3. Kein Verstoß gegen ungeschriebene Grenzen des Verfassungsrechts

a) Das vom BayVerfGH und vereinzelt von der frühen Rechtsprechung des BVerfG herangezogene „**überpositive Recht**“ stößt auf schwerwiegende verfassungstheoretische **Bedenken**, weil Verfassungsgerichte sich selbst damit eine höhere Legitimität als dem Verfassungsgeber zuerkennen. In der ersten Nachkriegszeit ging es in ganz Deutschland um eine Phase der Wertorientierung und es ist nur zu verständlich, dass auch die neu geschaffenen Verfassungsgerichte die Gelegenheit ergriffen, mit Wertbekenntnissen einen Beitrag zu dieser Orientierung zu leisten. Letztlich ging es dabei nicht um einen praktisch relevanten Kontrollmaßstab, sondern um eine rhetorische Bestätigung der Legitimität des geschriebenen Verfassungsrechts. Auch die 10%-Sperrklausel, die die Verf Bayern ursprünglich regelte, verstieß nach der Rechtsprechung des BayVerfGH nicht gegen überpositives Recht. Es wäre im Ergebnis abwegig, eine 2,5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht für einen Verstoß gegen jegliche **Gerechtigkeitsvorstellung** zu halten. Sowohl nach der Konzeption des Grundgesetzes als auch der Verf NRW ist ein Rückgriff auf Naturrecht schon deshalb ausgeschlossen, weil diese Verfassungen „Ewigkeitsklauseln“ enthalten, die als **abschließende Regelungen** interpretiert werden.

b) Die Rechtsprechung stützt ihre Maßstabsbildung auf das Demokratieprinzip und zieht jenes für die Begründung **ungeschriebenen Verfassungsrechts** heran. Es wäre kontextblind, rhetorische Bekräftigungen dieser Rechtsprechung, die auf die grundlegende Bedeutung des Demokratieprinzips verweisen, mit den Maßstäben der Ewigkeitsklauseln zu verwechseln: Ging es seinerzeit darum, ob sich die richterrechtlichen Maßstäbe überhaupt plausibel begründen lassen (was auch innerhalb der Verfassungsgerichte höchst umstritten ist), wäre nunmehr zu fragen, ob solches ungeschriebene Verfassungsrecht sogar einem geschriebenen Verfassungsrecht vorgeht.

4. Ergänzende Gesichtspunkte zugunsten der sachlichen Rechtfertigung

a) Zwar streiten gewichtige theoretische Gründe dafür, beim Wahlakt gerade deshalb besonders strenge Gleichheitsmaßstäbe anzulegen, weil die Gewählten dazu legitimiert werden sollen, bei den Sachfragen zu differenzieren, d. h. die Repräsentierten aus sachli-

chen Gründen ungleich zu behandeln. Der Zusammenhang zwischen formaler Wahl und Repräsentation in der Sache lässt sich aber auch zu einem Gegenargument umkehren: **Wahlen sind nicht Selbstzweck**, sondern sie dienen der Legitimation von Organen, die ihren Sinn erst durch ihre **Funktionsausübung** erfahren. Gerade die unmittelbar gewählten Organe sollten in ihrer Funktionsfähigkeit optimiert werden, um die Demokratisierung hoheitlicher Gewalt insgesamt zu optimieren. Wahlen sind ein konstruktiver Akt und auch Wahlrecht ist einer funktionellen Interpretation fähig und bedürftig.

b) Es gibt legitime Gründe dafür, dass Sperrklauseln auch ein Beitrag zur Demokratisierung sein können: Eine zu rigide Rechtsprechung, die bloße Funktionseinschränkungen nicht als Rechtfertigung für Sperrklauseln akzeptiert, riskiert die **Schwächung der Bedeutung der gewählten Körperschaften** und des Wahlaktes. Deshalb gilt für das Kommunalwahlrecht: Wer die Spiegelbildlichkeit der Vertretungsorgane zum Selbstzweck macht, provoziert die rechtliche oder auch die faktische Verlagerung der Entscheidungen auf die Kommunalaufsicht und auf informelle Gremien. Das wäre ein Verlust für die Demokratie. Und auch die Verlagerung von Kompetenzen auf den direkt gewählten Bürgermeister wäre jedenfalls kein Gewinn für das Ideal der Spiegelbildlichkeits-Demokratie. Denn bei der 1-Personenwahl führt das Mehrheitsprinzip zum potentiell größten Ausmaß der Nichtberücksichtigung von Stimmen, nämlich sämtlicher unterlegener Stimmen. Das bedeutet: Das Ideal der Spiegelbildlichkeit ist nur insoweit verfassungsrechtlich geboten, wie seiner Verwirklichung zugleich die Funktionalität nicht entgegensteht. Die Spiegelbildlichkeit von Vertretungskörperschaften, in denen zwar viel gesprochen, aber mangels Funktionalität wenig entschieden wird, lässt Demokratie zur bloß gefühlten Partizipation verkommen. Es ist besser, das zu Wort Kommen kleiner Gruppen auf die informelle Öffentlichkeit zu verweisen, als Entscheidungen auf informelle Gremien zu verlagern, die sich der Öffentlichkeit verschließen. Zu Recht sieht das BVerfG die politischen Grundrechte als schlechthin konstituierend für die Demokratie an. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes erlaubt und erfordert vielfältige Ausgestaltung und setzt nicht auf die eine Karte maximierter Spiegelbildlichkeit. Einem verfassungsändernden Gesetzgeber zu verwehren, sich ein solches **funktionales Verständnis von Demokratie** zu eigen zu machen und ihn auf ein Demokratiemodell perfektionierter Spiegelbildlichkeit zu verweisen, würde den Spielraum von Ewigkeitsklauseln verengen.

c) Die Politikwissenschaft und der Rechtsvergleich lehren uns: Es gibt nicht nur zwei Wahlsysteme (Mehrheitswahlrecht/Verhältniswahlrecht), deren Zweck und Optimierung gleichsam immanent vorgegeben sind oder gar mathematisch zwingend wären. Der Politikwissenschaft verdanken wir die Erkenntnis, dass die Einordnung denkbarer und im Rechtsvergleich praktizierter Wahlverfahren hinsichtlich der mehr oder weniger großen Einschränkung der Erfolgswertgleichheit der Stimmen auf einer kontinuierlichen Skala liegen. Neben den Kriterien des Wahlsystems sind dabei vor allem die Größe der Stimmbezirke und die Zahl der Sitze und bei Sperrklauseln deren Höhe und Bezugsrahmen von Bedeutung. Die **reine Verhältniswahl**, bei der in einem einzigen Wahlkreis ohne eine Sperrklausel die Stimmen auf mehrere Hundert Vertreter verteilt werden können (und dadurch auch die faktische Sperrklausel weit unter 0,5% sinkt) läge in diesem Modell auf der einen Seite der Skala, ist aber in der Praxis – auch in Deutschland – ein exotischer **Sonderfall und nicht das Maß der Dinge**. Auf der anderen Seite der Skala läge das Mehrheitswahlrecht. Die politikwissenschaftliche Wahlsystemforschung behandelt diese Systeme als grundsätzlich gleichwertig. Jedenfalls der **verfassungsändernde Gesetzgeber** muss die Option haben, sich für ein Verhältniswahlrecht mit Sperrklausel als eigenes **System zu entscheiden**, das dann für die Rechtsprechung verfassungsvorgegeben ist. Ewigkeitsklauseln sind **keine Theorieverbürgungen** – und schon gar nicht, wenn eine solche Theorie so bestreitbar ist und auch innerhalb der Verfassungsgerichte keinesfalls Konsens besteht.

d) Die **Rechtsprechung** des VerfGH NRW und dieser folgend des BVerfG, nach der im Kommunalwahlrecht wegen der dort fehlenden Kurationsfunktion der Räte Sperrklauseln verworfen wurden, rezipiert eine Entscheidung des BayVerfGH aus dem Jahre 1952, ohne deren **Kontext zu berücksichtigen**. Die Bayerische Rechtsprechung ist plausibel, soweit sie sich auf eine 10%-Sperrklausel bezog und weil sie auf einen Umkehrschluss aus Art. 14 Abs. 4 Verf Bayern normativ herleitbar ist und wegen der vergleichsweise starken Stellung der bayerischen Landräte. Wenn schon mit der Funktionsfähigkeit argumentiert wird, dann wären aus der unbestrittenen exekutiven Funktion der kommunalen Vertretungsorgane sogar die *umgekehrten Schlüsse* zu ziehen: Diese kommunalen Organe stellen „das wichtigste und zentrale Leitungsorgan der Gebietskörperschaft mit weitreichenden Zugriffsrechten dar“⁶. Für die Funktionsfähigkeit eines Gemeinwesens

⁶ Dreier, in: GG, II (Fn. 8), Art. 28 Rn. 76.

hat die Exekutive herausgehobene Bedeutung. Deshalb hat der Verweis der Rechtsprechung auf die Regierungsfähigkeit und auf die Regierungsbildung einen plausiblen Kern. Während Parlamente die Exekutive „nur“ konstituieren, legitimieren und kontrollieren, sind die kommunalen Vertretungsorgane „sogar“ selbst Teile dieser Exekutive. Für NRW wird dies in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Verf NRW deutlich.

e) Das **Ausmaß der Beeinträchtigung** der Erfolgswertgleichheit der Stimmen durch eine 2,5%-Sperrklausel ist gering – insbesondere auch geringer als bei Landtags- oder Bundestagswahlen oder Wahlen zum Europäischen Parlament. Denn „Wahlkreisgrößen um die 30 Mandate haben mathematisch und nach aller Erfahrung je nach Parteienvielfalt die Wirkung einer faktischen Sperrklausel von 3,0 bis 3,5%.“⁷ Das bedeutet, dass in kleineren Gemeinden die Sperrklausel gar keine praktische Relevanz haben wird. Denn nach § 3 Abs. 2 KommunalwahlG NRW sind die Gemeinde-/Stadträte mit 20 bis 90, die Kreistage mit 48 bis 72 Vertretern besetzt. Erst in den Großstädten mit mehr als 100.000 Einwohnern beträgt die Zahl der Vertreter in den Stadträten mehr als 50. Zum Vergleich: Der 18. Deutsche Bundestag hat 631 Abgeordnete, der 16. Landtag NRW hat 237 Abgeordnete. Daraus folgt: Die Sperrklauseln, die nach der Rechtsprechung des BVerfG gerechtfertigt werden, nämlich bei den Wahlen der Landtage und vor allem auch des Bundestags, führen zu den quantitativ größten Abweichungen vom (vermeintlichen) Ideal der optimierten Abbildung der Mehrheitsverhältnisse. Denn bei einem Organ mit 500 Abgeordneten liegt die natürliche Sperrgrenze bei 0,2 Prozent.⁸ Während also durch die 5%-Sperrklausel bei Bundestagswahlen gegebenenfalls fast 4,8 Prozent der Stimmen über die faktische Sperrwirkung hinaus unberücksichtigt bleiben, ist eine 2,5%-Sperrklausel bei einer Kommunalwahl in kleineren Gemeinden im Ergebnis sogar irrelevant. Auch bei der Europawahl ging es um „immerhin“ 96 Deutsche Abgeordnete, also um eine Zahl, die jene der größten Stadträte in NRW (wenn auch nur knapp) übersteigt.

f) Die Einführung einer 2,5%-Sperrklausel gerade auf *kommunaler* Ebene dient sogar der Gewährleistung der **Wahlgleichheit**, nämlich jener zwischen den Bürgerinnen und Bürgern **unterschiedlich großer Gemeinden**. Denn nach der Größe der Gemeinde

⁷ Nohlen, Die Politik des Sonderwegs, Wahlsysteme als Rechtsfrage, JÖR NF 62 (2014), 11 (27).

⁸ Lenz, Die Wahlrechtsgleichheit und das Bundesverfassungsgericht, AöR 121 (1996), 337 (340).

richtet sich die Größe der Vertretungsorgane. Das führt dazu, dass die faktische Sperrklausel in kleinen Gemeinden höher liegt als in großen. Kleine Parteien haben also auf dem Land nicht gleiche Chancen wie in der Stadt. Diese Ungleichheit wird durch eine 2,5%-Sperrklausel abgemildert. Die Alternative einer Angleichung der Größe der Vertretungsorgane kommt aus naheliegenden Gründen der Funktionalität nicht ernstlich in Betracht. Wenn die Größe der Vertretungsorgane variiert, dann hat das nicht den Sinn, dass es in größeren Gemeinden eine größere Vielfalt des politischen Spektrums abzubilden gilt, sondern dann liegt das daran, dass die Zahl der Wähler, die auf einen Vertreter entfallen, nicht allzu sehr variieren soll und dass in größeren Gemeinden ein höherer Grad der Komplexität und ein rein quantitativ höherer Aufwand zu erwarten sind. Der Sinn, dass die Vertretungsorgane in großen Gemeinden größer sind, liegt nicht zuletzt auch darin, dass es gerade in den Großstädten auf eine wirkungskräftige kommunale Vertretung ankommt. Dies soll mit der Größe gesteigert werden und das kann aber nur in Verbindung mit einer Sperrklausel gelingen. Sonst tritt nämlich der Effekt ein, dass gerade in den Großstädten Funktionsbeeinträchtigungen bei den kommunalen Vertretungen drohen.

g) Die Politikwissenschaft hat ein Paradoxon des Sperrklausel-Effektes festgestellt. Danach sind Versuche, die Proportionalität der Verhältniswahl durch Aufhebung von Sperrklauseln zu optimieren, sogar **kontraproduktiv**: „Je mehr exakter Proporz gesetzlich ermöglicht wird, desto geringer die Erfolgswertgleichheit, da der Wähler darin irrt, nun habe jede noch so kleine Partei eine Chance ins Parlament einzuziehen, was aber auch bei reinem Proporz einfach mathematisch nicht der Fall ist mit der Folge, dass viele Stimmen nicht zählen. Dies lehrt der Vergleich von Wahlergebnissen bei Verhältniswahl mit und ohne Sperrklausel.“⁹ Zwar kommen mehr kleine Parteien zum Zuge, aber umso mehr andere kleine Parteien bleiben außer Betracht. Eine Rechtsprechung, die den Erfolgswert der Stimmen so forciert und dabei immer wieder darauf verweist, der Gesetzgeber dürfe nicht abstrakt argumentieren, sondern solle sich an tatsächlichen Auswirkungen des Wahlrechts orientieren, müsste sich ihrerseits am „Erfolgswert“ und den tatsächlichen Auswirkungen der richterlich gesetzten Maßstäbe messen lassen. Insofern dürfte eine 2,5%-Sperrklausel, die in der Nähe der faktischen Sperrklauseln liegt, nicht eine zu rechtfertigende Relativierung der Wahlgleichheit, sondern sogar eine Ideallö-

⁹ Nohlen (Fn. 11), JöR NF 62 (2014), 11 (20).

sung zugunsten deren Optimierung darstellen: Denn mit einer solchen 2,5%-Sperrklausel würden die Wähler vor dem o. g. Irrtum bewahrt, die Wirkung von faktischen Sperrklauseln verkennend der Illusion zu erliegen, jede Stimme zähle. Andererseits würde aber bei einer so niedrigen Sperrklausel der Effekt z. B. einer 5%-Sperrklausel vermieden, dass die Stimmen zugunsten von Parteien, die mehr als 2,5% der Stimmen erreichen, aber (knapp) unter 5% bleiben, unberücksichtigt bleiben. Noch einmal sei darauf verwiesen, dass in den kleineren Gemeinden eine 2,5%-Sperrklausel gar keine über die faktische Sperrklausel hinausgehende Wirkung hätte und damit ihre gesetzliche Regelung gleichsam als reine Wähleraufklärung gelten darf.

Düsseldorf, Januar 2016

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

Prof. Dr. Lothar Michael