

Datum 10. Februar 2019

### Sachverständige Stellungnahme

**zum Gesetzentwurf der Landesregierung „Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes und weiterer wahlrechtlicher Vorschriften“ (Drs. 17/3776) sowie Änderungsantrag der Fraktionen von CDU und FDP (Drs. 17/4305)**

#### I. Übersicht und Gesamtwürdigung

Mit dem vorliegenden Gesetzesvorhaben sollen verschiedene kommunalwahlrechtliche Regelungen neu gefasst werden. Zum überwiegenden Teil handelt es sich um technische Vorschriften, die sachverständig nicht gesondert gewürdigt werden müssen. Zentrales Element ist die durch den Änderungsantrag zu § 46c KWahlG beabsichtigte erneute Abschaffung der Stichwahl für Hauptverwaltungsbeamte, die dadurch ab der Kommunalwahl 2020 mit der (ggfs. relativen) Mehrheit des ersten Wahlgangs in ihr Amt gelangen können. Das Kommunalwahlrecht in Nordrhein-Westfalen würde damit die einschlägige Frage innerhalb kurzer Frist ein drittes Mal ändern; die neue Regelung würde von der in den anderen Bundesländern geltenden Rechtslage abweichen, die soweit ersichtlich durchgehend eine absolute Mehrheit verlangen.

Eine sachverständige Bewertung muss drei Ebenen unterscheiden: Die in Aussicht genommene Regelung verstößt – erstens – nach vorherrschender Auffassung nicht gegen materielles Verfassungsrecht, insbesondere nicht gegen die Grundsätze demokratischer Wahl. Allerdings ist – zweitens – nach der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine erhöhte Begründungslast für staatsorganisationsrechtliche Regelungen zu bejahen, mit denen eine Parlamentsmehrheit die Regeln des Machterwerbs im staatlichen Bereich verändert; diesen Anforderungen genügt der Gesetzesentwurf bisher nicht in vollem Umfang. Für die zu empfehlende vertiefte Willensbildung des Parlaments können – drittens – sachgerechte Kontrollfragen formuliert werden.

## II. Zur geplanten Änderung des § 46c Kommunalwahlgesetz

1. § 46c Abs. 1 S. 2 Kommunalwahlgesetz (KWahlG) soll mit dem Änderungsantrag Drs. 17/4305 dahingehend geändert werden, dass die- oder derjenige in das Amt eines Hauptverwaltungsbeamten gewählt ist, die oder der „*von den gültigen Stimmen die höchste Stimmenzahl*“ erreicht. Damit entfällt gegebenenfalls das Erfordernis einer Stichwahl (die bisherige Regelung lautet: „*mehr als die Hälfte der gültigen Stimmen*“, die Absätze 2 f. regeln entsprechende Einzelheiten). Es reicht also danach eine relative Mehrheit gegenüber jedem einzelnen anderen Wahlbewerber.

2. Wie der Änderungsantrag zutreffend festhält, hat der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 26.5.2009 (VerfGH – 02/09 –) die erstmalige Abschaffung der Stichwahl von kommunalen Hauptverwaltungsbeamten durch Gesetz vom 9.7.2007 für verfassungsgemäß erklärt. Das damalige Urteil hat als Maßstab die Grundsätze des demokratischen Rechtsstaats im Sinne von Art. 1 Abs. 1, Art. 2 LV NRW i. V. m. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie die Grundsätze der gleichen Wahl und der Chancengleichheit im politischen Wettbewerb und den Grundsatz der unmittelbaren Wahl zugrundegelegt (Rn. 55 des Urteils). Insbesondere genüge die Volkswahl der Bürgermeister und Landräte mit relativer Mehrheit angesichts der damals vorgetragenen und vom Gesetzgeber abgewogenen Gesamtlage dem Demokratieprinzip unter dem Aspekt, „dass die personale Ausübung von Staatsgewalt in Exekutivämtern auf das Volk zurückführbar sein muss“ (Rn. 57 m.w.N.). Das Mehrheitsprinzip sei für die Legitimität demokratischer Entscheidungen fundamental, allerdings sei eine absolute Mehrheit selbst für die Besetzung von herausgehobenen Staatsämtern keine feststehende Regel; wo sie (zunächst) gelte, sei sie durch die Notwendigkeit einer parlamentarischen Unterstützung etwa von Kanzler und Ministerpräsident begründet (Rn. 61 ff.).

Der VerfGH hat sein Ergebnis ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, dass das Wahlsystem auch zukünftig den erforderlichen Gehalt an demokratischer Legitimation vermitteln muss. Die „Zulässigkeit der Direktwahl (...) auf der Basis eines einzigen Wahlgangs mit relativer Mehrheit“ könne zukünftig verfassungsrechtlich abweichend beurteilt werden, wenn veränderte Umstände vorlägen (Rn. 94).

3. a) Dem damaligen Urteil des VerfGH ist im materiellen Ergebnis zu folgen, wonach auch eine relative Mehrheit eine hinreichende Legitimation des Hauptverwaltungsbeamten vermitteln kann. Allerdings nehmen die Überlegungen zur Parallele von Staatsämtern und kommunalen Spitzenämtern einen falschen Ausgangspunkt, soweit sie annehmen, dass es sich bei den speziellen Regelungen des GG und der LVerf zur Wahl von Regierungsspitzen durch das Parlament um einen geeigneten Kontrollmaßstab für die kommunale Konstellation handelt. Das Demokratieprinzip zeigt sich auf kommunaler Ebene von vornherein in eigener Gestalt, mit grundständig getrennter und jeweils eigenständiger Legitimation von Hauptverwaltungsbeamten und Gemeinderat bzw. Kreistag. Daher muss das kommunale Doppelmodell auch nicht mühsam gegenüber dem andersartigen parlamentsbezogenen Wahlrecht abgegrenzt und gerechtfertigt werden.

b) Umgekehrt gilt dann allerdings auch, dass aus der Wahl von (Wahlkreis-) Parlamentsabgeordneten wie ggfs. auch von Regierungsspitzen nach dem Prinzip der relativen Mehrheit nichts für die Legitimität einer entsprechenden Wahl von Hauptverwaltungsbeamten folgt. Denn es handelt sich insoweit um ein Aliud. Die richtige Bezugsgröße für die Frage der demokratischen Legitimation des Hauptverwaltungsbeamten ist nicht der mit relativer Mehrheit gewählte Abgeordnete, sondern vielmehr die Mehrheit in der Vertretungskörperschaft. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Eine parlamentarische Regierung benötigt ebenso wie eine handlungsfähige kommunale „Koalition“ im Gemeinderat oder Stadtrat sehr wohl eine absolute

Mehrheit im Vertretungsorgan, die auch eine Mehrheit der Wähler repräsentiert. Aus dieser Mehrheit folgt, dass sie legitime, für alle verbindliche demokratische Entscheidungen fällt. Der Hauptverwaltungsbeamte agiert aus eigenem gesetzlichem Auftrag als funktionales Gegenstück zu dieser Mehrheit – aus gleichem Recht und mit gleicher Legitimation (aber natürlich nicht notwendig in der Sache als Gegenspieler!). Weil die Hauptverwaltungsbeamten gestützt auf ihre Wahl auf Dauer eine Gegengröße zur (ggfs. immer wieder neu zu bestimmenden) absoluten Mehrheit in der Kommunalvertretung bilden, ist die bundesweit zur Zeit konsentrierte absolute Mehrheit für die Wahl der Hauptverwaltungsbeamten (dazu im Urteil Rn. 75 f.) keine Zufälligkeit, sondern sachstrukturell angemessen.

4. Freilich ist eine andere Regelung, wie sie durch den Änderungsantrag angestrebt wird, damit nicht verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Sie kann sich auf die grundsätzliche staatsorganisationsrechtliche Autonomie der Länder berufen (vgl. dazu BVerfGE 99, 1 (11); Urteil des VerfGH vom 26. Mai 2009, Rn. 78). Allerdings verlangt eine solche Regelung eine hinreichende gesetzgeberische Sorgfalt. Wo staatliche Macht durch Gesetz organisiert wird, sind die Verfassungsgerichte traditionell und zurecht skeptisch, dass schlicht nach dem Prinzip „Mehrheit ist Mehrheit“ verfahren wird. Denn es geht dabei notwendig stets um eine Frage politischer Konkurrenzwirtschaft. Das hier einschlägige Demokratieprinzip (Art. 20, 28 I 1 GG) verlangt daher, dass die Umkehrbarkeit des politischen Prozesses gesichert ist und die zukünftige Bildung neuer, anderer Mehrheiten nicht erschwert wird. In der Sache ist das allerdings im vorliegenden Fall – anders als etwas bei Sperrklauseln – nicht zu besorgen, im Gegenteil wird der Kreis möglicher Wahlsieger größer gezogen.

Das Urteil des VerfGH von 2009 hat ausdrücklich auf die ausführlichen Überlegungen des damaligen Gesetzgebers in Bezug auf die „tatsächlichen und normativen Grundlagen“ Bezug genommen (Rn. 87 ff.) und eine Gesamtschau erstellt, in der sowohl die tatsächlichen Erhebungen in Bezug auf die Wahlbeteiligung als auch die korrespondierenden Regelungen des Wahlrechts (damals z. B. Kompensation eines zusätzlichen Wahltermins durch die Entkopplung von Wahl des HVB und der Räte) gewürdigt wurden (dazu auch Rn. 10 f des damaligen Urteils). Eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung wurde bei geänderten Verhältnissen ausdrücklich für möglich gehalten.

In der weiteren Rechtsprechung des VerfGH sind dann in anderem Zusammenhang zuletzt ausdrücklich Begründungslasten für den Gesetzgeber formuliert worden; zu erinnern ist hier insbesondere an das Urteil zur Aufhebung der kommunalen Sperrklausel vom 21.11.2017 vor dem (allerdings klar strengeren) Maßstab des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 69 I 2 LV NRW (Az. 21/16), dort insb. Rn. 78 ff. zu den prozeduralen Anforderungen.

5. Vor diesem Hintergrund ist anzuraten, dass die Ausführungen des Änderungsantrags zunächst vertieft werden. Der Gesetzgeber sollte für seine Willensbildung insbesondere folgende Kontrollfragen prüfen:

- Empirisch: Wie verhält sich die Entwicklung der Wahlbeteiligung in Bezug auf die Wahl des Hauptverwaltungsbeamten im Einzelnen? Bisher enthält der Änderungsantrag nur zwei summierende Zahlen (Absenkung der Wahlbeteiligung in allen Stichwahlen seit 2011; gesunkene Gesamtzahl der Wählerstimmen um 1,2 Mio). Für eine Willensbildung wäre aber zusätzlich relevant: Wie hat sich der Anteil an Stichwahlen seit der Einführung der Direktwahl der Hauptverwaltungsbeamten entwickelt? Wie hoch ist die prozentuale Wahlbeteiligung bei der ersten Stimmabgabe, wie hoch bei der Stichwahl? Werden Stichwahlen in Bezirken mit eher hoher oder eher niedriger Wahlbeteiligung notwendig? Welchen Einfluss hat die Frage, ob die Wahl des Hauptverwaltungsbeamten gemeinsam oder getrennt mit der des Rates stattfindet? In wie vielen Fällen hat der in der Stichwahl gewählte Bewerber absolut weniger Stimmen erhalten als der Erstplatzierte im ersten Wahlgang? In wie vielen Wahlen hat sich der Erstplatzierte des ersten Wahlgangs durchgesetzt? Wie oft wurden durch Wahlempfehlungen ausgeschiedener Bewerber neue, erfolgreiche Bündnisse geschaffen? Aus diesen Fragen kann sich ein

differenziertes Bild ergeben, welches Gewicht das intuitiv zutreffende Argument einer Erschöpfung der Wähler bei Anberaumung einer Stichwahl hat.

- Normativ: Wird die demokratische Legitimation des Hauptverwaltungsbeamten im Verhältnis zur Ratsmehrheit auch dann noch für ausreichend gehalten, wenn bei stark diversifiziertem Wahlverhalten (nach derzeitigem Trend) ein Bewerber eventuell mit ca. einem Viertel der abgegebenen Stimmen zum Hauptverwaltungsbeamten gewählt wird und dabei Zufallsergebnisse aus dem gesamten politischen Spektrum auch in NRW möglich erscheinen?

Münster, 10.2.2019

gez. Prof. Dr. Hinnerk Wißmann