

Dolde Mayen & Partner, Mildred-Scheel-Straße 1, D-53175 Bonn

Per E-Mail:
anhoerung@landtag.nrw.de
An den
Präsidenten des Landtags
Nordrhein-Westfalen
Herrn André Kuper
Platz des Landtags 1,
40221 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
18. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
18/1441

Alle Abgeordneten

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen*
Dr. Markus Deutsch*
Dr. Barbara Stamm*
Dr. Christian Stelzer*
Dr. Elena Freiburg
Dr. Sebastian Nellesen
Dr. Lukas Knappe

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde**
Dr. Rainard Menke**
Dr. Andrea Vetter*
Dr. Winfried Porsch*
Dr. Tina Bergmann*
Dr. Bernd Schieferdecker*
Dr. Moritz Lange*
Dr. Matthias Hangst*
Dr. Maria Marquard*
Dr. Raphael Pompl

Kontaktdaten:
(0228) 323 002-10
mayen@doldemayen.de

Unser Zeichen:
TM/as/ng

Datum:
16. April 2024

A 09 - Änderung des Kommunalwahlgesetzes - 17.04.2024
Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes und wei-
tere beigezogene Vorschriften
Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 18/7788
Anhörung des Innenausschusses und des Ausschusses für
Heimat und Kommunales am 17. April 2024

Sehr geehrter Herr Präsident Kuper,
sehr geehrte Frau Vorsitzende des Innenausschusses Erwin,
sehr geehrter Herr Vorsitzender des Ausschusses für Heimat und
Kommunales Déus,

für die Einladung zur gemeinsamen Sitzung des Innenausschusses
und des Ausschusses für Heimat und Kommunales danke ich.
Meine schriftliche Stellungnahme, deren späte Vorlage ich zu ent-
schuldigen bitte, beschränkt sich auf die öffentlich-rechtlichen,

namentlich die verfassungsrechtlichen Aspekte, die durch den Gesetzentwurf berührt werden.

Viele der vorgeschlagenen Regelungen dienen der Klarstellung und der Anpassung und sind aus meiner Sicht unproblematisch. Erörterungsbedarf sehe ich bei den folgenden Regelungsvorschlägen:

I. Einteilung der Wahlbezirke (Art. 1 Ziff. 3 Buchst. b) und c), Ziff. 4 Buchst. a) des Gesetzentwurfs)

Die vorgeschlagenen Regelungen zur Einteilung der Wahlbezirke betreffen den § 4 KWahlG.

- Für die Abgrenzung der Wahlbezirke und die Bestimmung ihrer Größe soll künftig nur noch auf die Anzahl der Wahlberechtigten abgestellt werden und nicht mehr wie bisher auf die Einwohnerzahl.
- Die Höchstgrenze für die Abweichung von der durchschnittlichen Anzahl der Wahlberechtigten wird von bisher 25 % auf 15 % abgesenkt, in begründeten Ausnahmefällen ist eine Abweichung in Höhe von bis zu 20 Prozent zulässig.

Die vorgeschlagenen Änderungen werden damit begründet, sie dienen der „Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben“ (Drucksache 18/7788, Seite 42 unten) aus dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs NRW vom 20.12.2019 (VerfGH 35/19). Dem kann ich nicht folgen. Die jetzt mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Regelungen sind zwar verfassungsrechtlich unbedenklich. Sie werden von der Verfassung aber nicht gefordert. Im Einzelnen:

1. Verfassungskonformität der bisherigen Gesetzeslage

Der Verfassungsgerichtshof hat die derzeit geltende Regelung des § 4 Abs. 2 Satz 3 KWahlG nicht beanstandet. Er hat vielmehr ausdrücklich festgestellt: „Die Regelungen zur Einteilung der Wahlbezirke in § 4 Abs. 2 Satz 3 und 4 KWahlG [...] sind mit der Landesverfassung vereinbar“ (VerfGH NRW, a.a.O., Rn. 149). Zwar gebietet die Wahlrechtsgleichheit im

Grundsatz eine Einteilung der Wahlkreise „auf der Grundlage der Zahl nur der Wahlberechtigten“. Die Berücksichtigung auch von nicht wahlberechtigten Personen ist aber jedenfalls solange unbedenklich, wie sich die deutsche Wohnbevölkerung annähernd proportional zur Zahl der Wahlberechtigten verhält (BVerfGE 130, 212 (230 f.)). Selbst die volle Ausschöpfung der Abweichungstoleranz von bis zu 25 % ist zulässig, wenn sie durch verfassungslegitime Gründe gerechtfertigt werden kann (VerfGH NRW, a.a.O., Rn. 172 bei Juris).

2. Sachgerechtigkeit der vorgeschlagenen Regelungen

Die jetzt vorgeschlagenen Regelungen sind aber sachgerecht und praxisnah. Die vom Verfassungsgerichtshof zugelassene Abweichung vom Grundsatz der Einteilung der Wahlkreise nach der Zahl nur der Wahlberechtigten ist kompliziert und fehleranfällig, der damit verbundene Ertrag gering. Namentlich steht die vom Gesetzgeber bisher angestrebte Angleichung des Wahlrechts des Bundes und der Länder nicht dafür.

Allerdings erschließt sich nicht, weshalb die Ausnahmeklausel des Art. 1 Ziff. 3 Buchst. c) des Gesetzentwurfs die zugelassene Abweichungstoleranz von 25 % auf 20% absenken will. Der Verfassungsgerichtshof hat lediglich die „pauschalierende Anwendung der 25 %-Klausel zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung“ für verfassungswidrig gehalten. Die volle Ausschöpfung der Abweichungstoleranz ist hingegen zulässig, wenn sie durch verfassungslegitime Gründe gerechtfertigt ist.

Vor dem Hintergrund des mit dem Gesetzentwurf verfolgten Ziels einer Anpassung der gesetzlichen Regelungen an die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs wäre es auch einleuchtender, wenn die vom VerfGH selbst formulierten Anwendungsfälle ihren Niederschlag in § 4 Abs. 2 Satz 4 KWahlG-E fänden: Denkbar wäre etwa eine klarstellende Regelung, dass ein begründeter Ausnahmefall i.S.d. Gesetzes nicht vorliegt, wenn eine Kommunikation zwischen den Wählerinnen und Wählern untereinander sowie mit den Mandatsbewerberinnen und –bewerbern durch den räumlichen Zuschnitt der Wahlbezirke erschwert wird.

II. Zeitraum zwischen Wahl und Konstituierung der neuen Vertretung (Art. 2 Ziff. 1 bis 4 des Gesetzentwurfs)

Die Regelung mag verfassungsmäßig sein. Sie schöpft aber ohne Not das Höchstmaß des zulässigen Abstandes zwischen Wahl und Konstituierung der neuen Volksvertretung aus. Eine solche Ausschöpfung wird durch das Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 18.02.2009 (VerfGH 24/08) nicht gefordert.

Der in der Begründung des Gesetzentwurfs enthaltene Hinweis auf die im Jahr 2025 voraussichtlich in örtlicher Nähe stattfindenden allgemeinen Kommunalwahlen mit der nächsten Bundestagswahl ist insoweit aber ein Gesichtspunkt, den man ernst nehmen sollte.

Der Verfassungsgerichtshof hatte diese Frage seinerzeit erörtert, da die Zusammenlegung von Kommunal- und Europawahl dazu geführt hatte, dass der Abstand zwischen der Kommunalwahl und der Konstituierung der gewählten Vertretungen im Minimum über vier Monate betrug.

III. Geschlechterparität (Art. 1 Nr. 6 Buchst. d des Gesetzentwurfs)

In der Begründung des Gesetzentwurfs wird der Eindruck erweckt, als enthalte der neue vorgeschlagene § 15 Abs. 5 KWahlG Regelungen, mit denen „Wählergruppen und Parteien appellativ aufgefordert werden“, bei der Einreichung von Wahlvorschlägen Geschlechterparität anzustreben. Diese Regelungen sollen dazu beitragen, den Frauenanteil in den Kommunalvertretungen „auf verfassungskonforme Weise“ zu erhöhen, um das Ziel der Geschlechterparität in den Kommunalvertretungen zu erreichen (LT-Drucks. 18/7788, S. 46 oben).

Ich halte diese Regelung für evident verfassungswidrig, da sie nicht nur aus dem „Appell“ des Satzes 2 besteht, sondern auch eine harte materielle Regelung in Satz 1 enthält; zudem sollten sich Gesetze auf verbindliche Regelungen mit klaren Rechtsfolgen beschränken und Appelle parlamentarischen Entschlüssen vorbehalten.

1. Verfassungswidrigkeit der „Soll-Vorschrift“ des § 15 Abs. 5 Satz 1 KWahlG-E

§ 15 Abs. 5 Satz 1 KWahlG-E sieht vor, dass Frauen und Männer „gleichmäßig“ in Vertretungskörperschaften repräsentiert sein „sollen“.

Diese Regelung beschränkt sich keineswegs auf einen bloßen Appell. Sie hat einen klar bestimmten Tatbestand („Frauen und Männer“) und eine harte Rechtsfolge: Die betreffenden Frauen und Männer „sollen“ in Vertretungskörperschaften „gleichmäßig repräsentiert“ sein.

Die Verbindlichkeit wird der Regelung nicht dadurch genommen, dass die gleichmäßige Repräsentierung nur gegeben sein „soll“. In öffentlich-rechtlichen Gesetzen, zu denen auch das KWahlG NRW zählt, ist der Begriff „Sollen“ ein *terminus technicus*. Damit wird ein sog. gebundenes Ermessen zum Ausdruck gebracht. „Soll“ bedeutet danach „muss in der Regel“. Das Ermessen eröffnet nicht völlige Wahlfreiheit, sondern es ist in Bezug auf die von der Vorschrift zugelassenen Folgen gebunden. Beim gebundenen Ermessen ist die Rechtsfolge in der Regel zwingend; lediglich in atypischen Ausnahmefällen darf davon abgewichen werden (vgl. dazu etwa BVerwGE 84, 220, 232 f.; 119, 17, 20; 124, 326, 331; OVG Münster, DVBl. 1970, 705; OVG 30, 36, 37).

Eine solche Regelung wäre angesichts der zwingenden Regel-Rechtsfolge offensichtlich verfassungswidrig. Die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Einwände werden nicht nur in den von der Begründung des Gesetzesentwurfs erwähnten Entscheidungen der Verfassungsgerichte von Thüringen und Brandenburg (ThürVerfGH, Urteil vom 15.07.2020 – VerfGH 2/20, NVwZ 2020, 1266 Rn. 138; Bbg VerfGH, Urteil vom 23.10.2020 – VerfGH 9/19), formuliert. Auch das BVerfG hat sie aufgegriffen, und zwar – ungewöhnlich genug – im Zusammenhang mit der Zurückweisung einer Wahlprüfungsbeschwerde, die der Zweite Senat des BVerfG – ebenso ungewöhnlich – im Rahmen der Zurückweisung der Beschwerde als nicht ausreichend begründet – ungewöhnlich strikt – formuliert hat. Wer in der Praxis mit Gerichtsentscheidungen zu tun hat, weiß: so werden von den Gerichten frühzeitig

Signale gesetzt, wie sie zu entscheiden gedenken, wenn ein Fall dort anhängig wird, der nicht bereits wegen unzureichender Klagebegründung erfolglos ist. Die maßgeblichen Einwände sind:

- Gewährleistet das passive Wahlrecht allen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern die formal gleiche Chance, Mitglied des Parlaments zu werden (vgl. BVerfGE 40, 296 <318>), könnte das Fehlen von Paritätsvorgaben im Bundestagswahlrecht gerade der Chancengleichheit aller sich um eine Kandidatur Bewerbenden im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG Rechnung tragen, während die Anordnung von Paritätsverpflichtungen diesem Grundsatz widerspräche (vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 26. März 2018 - Vf. 15-VII-16 -, NVwZ-RR 2018, 457 <462 Rn. 84>; VerfGBbg, Urteil vom 23. Oktober 2020 - VfGBbg 9/19 -, Rn. 126 f.; BVerfGE 156, 224, Rn. 58).
- Der aus dem Demokratiegebot abgeleitete Grundsatz der Gesamtrepräsentation wird durch geschlechterbezogene Repräsentationsvorstellungen verletzt, die letztlich davon ausgehen, dass die Bürgerinnen und Bürger nur durch Angehörige ihres Geschlechts wirksam vertreten werden können ("Spiegelung" der weiblichen Wahlbevölkerung im Parlament) (BVerfGE 156, 224 (Rn. 70)).

2. Zum Vorschlag einer appellativen Gesetzgebung

Darüber hinaus verdient auch der Ansatz der appellativen Gesetzgebung, der sich hier in Satz 2 der Regelung findet, entschiedene Kritik.

Unklar ist bereits, welche Bedeutung es hat, dass die Parteien und Wählergruppen „aufgefordert“ sind, Geschlechterparität anzustreben. Ein Gesetzgebungsauftrag kann darin nicht liegen, da dies dem Verfassungsgeber vorbehalten wäre. Eine somit lediglich unverbindliche Regelung hat in einem Gesetz nichts zu suchen. Das Gesetz muss sich auf verbindliche Regelungen beschränken, um möglichst normenklar dem Betroffenen zu zeigen, was von ihm erwartet wird. Wenn sich der Landtag nicht entschließen kann, eine Geschlechterparität durchzusetzen, dann muss er sich auf

parlamentarische Entschlüsseungen beschränken und darf nicht die Form des Gesetzes wählen. Ebenfalls unzulässig wäre es, das verfassungsrechtliche Verbot einer solchen Geschlechterparität zur Regelung faktisch durch die weiche Form einer „Aufforderung“ zu umgehen.

Bonn, den 16.04.2024

Prof. Dr. Thomas Mayen
Rechtsanwalt