

Prof. Dr. Lothar Michael



LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

INFORMATION
16/462

Alle Abg

Meerbusch, den 22.2.2017

In dem Organstreitverfahren

der Partei DIE LINKE, Landesverband Nordrhein-Westfalen

gegen

den Landtag Nordrhein-Westfalen

- VerfGH 15/16 -

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

Der Feststellungsantrag zu 1 ist unzulässig, weil er auf die Feststellung der Nichtigkeit einer Norm gerichtet ist, statt auf die in einem Organstreitverfahren einzig statthafte Feststellung der Verletzung von Rechten. Der Hilfsantrag zu 2 ist unbegründet und zurückzuweisen.

I.

Sachverhalt

Das Organstreitverfahren betrifft das Gesetz zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen und wahlrechtlicher Vorschriften (Kommunalvertretungsstärkungsgesetz) (LT-Drs. 16/9795 und 16/12134), das vom Landtag am 10.6.2016 (PIBPr 16/116) beschlossen wurde.

Durch Art. 1 dieses Gesetzes wurde für die Wahl der Räte und Kreistage eine 2,5-Sperrklausel in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Landesverfassung eingefügt. Diese verfassungsunmittelbare Sperrklausel wird eingerahmt durch eine explizite Regelung der Wahlgrundsätze einerseits und eine Ermächtigung zur Regelung der Einzelheiten andererseits. Die in die Landesverfassung eingefügten Bestimmungen des Art. 78 Abs. 1 S. 2-4 LV n. F. lauten:

„Die Räte in den Gemeinden, die Bezirksvertretungen, die Kreistage und die Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr werden in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer, geheimer und freier Wahl gewählt. Wahlvorschläge, nach deren Ergebnis sich die Sitzanteile in den Räten der Gemeinden, den Bezirksvertretungen, den Kreistagen und der Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr bestimmen, werden nur berücksichtigt, wenn sie mindestens 2,5 vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben. Das Gesetz bestimmt das Nähere.“

Durch Art. 2 des Gesetzes wurden § 33 Abs. 1 und Abs. 2 des Kommunalwahlgesetzes (KWahlG) angepasst und wie folgt neu gefasst:

§ 33 KWahlG a.F.

(1) Der Wahlausschuss zählt zunächst die für alle Bewerber abgegebenen gültigen Stimmen, nach Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerbern getrennt, zusammen (Gesamtstimmenzahl). (...).

(2) Von der gemäß § 3 in jedem Wahlgebiet zu wählenden Gesamtzahl von Vertretern wird die Zahl der erfolgreichen Wahlbezirksbewerber abgezogen, die als Einzelbewerber aufgetreten oder von einer nach Absatz 1 Satz 2 nicht zu berücksichtigenden Partei oder Wählergruppe vorgeschlagen sind. (...)

§ 33 KWahlG n. F.

(1) Der Wahlausschuss zählt zunächst die für alle Bewerber abgegebenen gültigen Stimmen, nach Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerbern getrennt, zusammen (Gesamtstimmenzahl). Er stellt dann fest, welche Parteien und Wählergruppen weniger als 2,5 vom Hundert der Gesamtstimmenzahl erhalten haben. Diese Parteien und Wählergruppen bleiben bei der Sitzverteilung unberücksichtigt. (...).

(2) Von der gemäß § 3 in jedem Wahlgebiet zu wählenden Gesamtzahl von Vertretern wird die Zahl der erfolgreichen Wahlbezirksbewerber abgezogen, die als Einzelbewerber aufgetreten oder von einer nach Absatz 1 Satz 2 bis 4 nicht zu berücksichtigenden Partei oder Wählergruppe vorgeschlagen sind. (...)

Nach seinem Art. 3 ist das am 30.6.2016 verkündete Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft getreten (GV. NRW. 2016 S. 442).

Dem Beschluss dieses Gesetzes ging folgende Vorgeschichte voraus:

Bis heute enthält das Grundgesetz keine explizite Regelung zu Sperrklauseln. Es „schweigt“ (BVerfGE 1, 208 (250)) insofern, d. h. es regelt weder explizit deren Zulässigkeit noch deren Unzulässigkeit. Bis 2016 enthielt auch die Landesverfassung NRW keine verfassungsunmittelbare Sperrklausel. Im Unterschied dazu regeln andere Landesverfassungen Sperrklauseln verfassungsunmittelbar – bislang bezüglich der Landtagswahlen und bezüglich der Wahlen zu den Bezirksversammlungen in Berlin (Art. 70 Abs. 2 S. 2 Verfassung Berlin) und Hamburg (Art. 4 Abs. 3 S. 2 Verfassung Hamburg). Im Rechtsvergleich neu ist an der Einführung einer landesverfassungsunmittelbaren Sperrklausel in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Verfassung NRW, dass sich diese Sperrklausel auch auf die Wahlen in den Kommunen und Kreisen bezieht und der Prozentsatz lediglich 2,5 vom Hundert beträgt.

Das Schweigen der Verfassungstexte des Bundes und des Landes NRW zum Thema Sperrklauseln eröffnete Spielräume des Gesetzgebers, ließ aber auch Raum für eine verfassungsgerichtliche Maß-

stabbildung. Dies führte zu einem gewaltenteiligen Wechselspiel zwischen dem einfachen Gesetzgeber und den Verfassungsgerichten: In diesem Wechselspiel lotete der einfache Gesetzgeber in NRW seine Spielräume aus, Sperrklauseln für Kommunalwahlen auf der Ebene des einfachen Gesetzes zu regeln. Das Bundesverfassungsgericht und der Verfassungsgerichtshof NRW haben Schritt für Schritt aus dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit i. S. d. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG Maßstäbe entwickelt, die die Spielräume des einfachen Gesetzgebers zur Regelung solcher Sperrklauseln begrenzen.

Im Wesentlichen lassen sich drei Phasen unterscheiden:

1. Bereits vorkonstitutionell, nämlich seit 1948¹ gab es im nordrhein-westfälischen Kommunalwahlrecht eine 5%-Sperrklausel. Sie war 1957 durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt worden. Das Bundesverfassungsgericht verwies zwar einerseits darauf, dass seinerzeit in NRW der Rat die Kreationfunktion hatte, den Bürgermeister und den Gemeindedirektor zu wählen, ließ aber andererseits offen, ob es darauf ankomme.² Damit blieb die Praxis einer kommunalwahlrechtlichen Sperrklausel auf der Ebene des einfachen Rechts lange unangefochten. Einen Anlass, eine solche Sperrklausel auf der Verfassungsebene zu regeln, gab es nicht.

2. Durch das Gesetz zur Änderung der Kommunalverfassung vom 17. Mai 1994 (GV. NRW. S. 270) wurde die Direktwahl des Bürgermeisters und des Landrats eingeführt. Die Sperrklausel, nunmehr § 33 Abs. 1 KWahlG, blieb dabei unverändert.

Durch Urteil vom 29. September 1994 stellte der Verfassungsgerichtshof NRW fest, der Landtag habe in seiner Funktion als einfacher Gesetzgeber wegen dessen Bindung an Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Pflicht, die unveränderte Aufrechterhaltung der Sperrklausel in § 33 Abs. 1 KWahlG mit Blick auf die Kommunalwahlen von 1999 zu überprüfen (OVGE 44, 301 = NWVBl. 1994, 453).

Mit Urteil vom 6. Juli 1999 entschied der Verfassungsgerichtshof NRW, dass die Beibehaltung der einfachgesetzlichen 5%-Sperrklausel in § 33 Abs. 1 KWahlG (a.F.) mit dem Recht auf Chancengleichheit als politische Partei aus Art. 21 GG, Art. 1 Abs. 1 LV und dem Recht auf Gleichheit der Wahl aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 LV nicht vereinbar ist. Der Verfassungsgerichtshof stellte maßgeblich darauf ab, der nordrhein-westfälische einfache Gesetzgeber habe seine Entscheidung, die 5%-Sperrklausel nicht aufzuheben oder abzumildern, vor dem Hintergrund der substantiellen Neuordnung der Kommunalverfassung (Verlagerung der Wahl des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten auf die Bürger) nicht hinreichend begründet (OVGE 47, 304). Auf Grund des

¹ Zunächst geregelt in §§ 33 Abs. 4 und 35 Abs. 2 des Gesetzes über die Gemeindewahlen in Nordrhein-Westfalen vom 6. April 1948 (GVBl. S. 185), sodann zusammengefasst in §§ 30 Abs. 6 des Gesetzes über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen (Kommunalwahlgesetz) vom 12. Juni 1954 - KWG (GVBl. S. 226).

² BVerfGE 6, 104 (einerseits 115 f. und 118: „ebenso (...) wie das normale Funktionieren eines Parlaments“, andererseits 120: „braucht gar nicht auf die Verschiedenheiten im Gemeindeverfassungsrecht abgehoben zu werden“).

Urteils wurde die Sperrklausel durch das Gesetz zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften vom 14. Juli 1999 (GV. NRW. S. 412) ersatzlos gestrichen.

Der einfache Gesetzgeber regelte sodann im Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes vom 9. Oktober 2007 (GV. NRW. S. 374) in § 33 Abs. 3 Satz 1 des Kommunalwahlgesetzes (KWahlG), Parteien oder Wählergruppen bei der Sitzzuteilung unberücksichtigt zu lassen, die nach § 33 Abs. 2 KWahlG nicht mindestens eine Zahl von 1,0 für einen einzigen Sitz erreichen (Vollmandatsklausel). Mit Urteil vom 16. Dezember 2008 entschied der Verfassungsgerichtshof NRW, dass auch diese einfachgesetzliche Klausel Art. 21 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 LV und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 LV verletzt.

Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs steht insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Auch letzteres hat einfachgesetzliche Sperrklauseln des Kommunalwahlrechts in Systemen der Direktwahl der Bürgermeister bzw. Landräte inzwischen für unvereinbar mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG erklärt.³ Dies korrespondiert mit der ebenso strengen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einfachgesetzlichen Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament.

3. Dies ist die Vorgeschichte dazu, dass der Landtag nunmehr ein neues Kapitel aufgeschlagen hat, indem er eine kommunalwahlrechtliche Sperrklausel verfassungsunmittelbar regelt. Die Idee, eine Sperrklausel auf diese Weise gegen eine Verwerfung durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abzusichern, ist nicht neu: Der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Hans-Jürgen Papier*⁴ hatte zuvor bereits dem Bundesgesetzgeber empfohlen, den nicht enden wollenden verfassungsrechtlichen Streit um Sperrklauseln betreffend die Wahlen zum Europäischen Parlament durch eine verfassungsunmittelbare Regelung zu beenden. Auch die verfassungsunmittelbaren Sperrklauselregelungen in Art. 70 Abs. 2 S. 2 Verfassung Berlin und Art. 4 Abs. 3 S. 2 Verfassung Hamburg weisen in diese Richtung.

Die jetzt erfolgte Verfassungsänderung in NRW beruht im Wesentlichen auf zwei Intentionen, die sich auch in dem Verfahren spiegeln:

Erstens ging es darum, ein seit jeher grundsätzliches Problem der Ausgestaltung des Wahlrechts nunmehr in der Verfassung als der für wesentliche Fragen des Staatsorganisationsrechts prädestinierten

³ BVerfGE 120, 82 (116); angedeutet bereits in BVerfGE 107, 286 (296). Hinzuweisen ist allerdings auch auf die Sondervoten: BVerfGE 34, 81 (4:2 bzw. 4:1); E 120, 82 (7:1). Erwähnt sei, dass zu den Sperrklauseln bei Europawahlen die als „Ausreißer“ großzügige Entscheidung BVerfGE 51, 222 einstimmig erging, die beiden strikten Entscheidungen der letzten Zeit (BVerfGE 129, 300 und BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13) hingegen jeweils mit 5:3 Stimmen (wobei das Ergebnis bei E 129, 300 von einem Richter aus abweichenden Gründen mitgetragen wurde, d. h. die Entscheidungsbegründung nur von 4 Richtern getragen wurde). Aufschluss über die vertretenen Positionen geben die Sondervoten von *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff* (BVerfGE 129, 300 (353)) sowie *Peter Müller* (BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13, SV Rn. 1).

⁴ https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/brennpunkte_nt/article125579588/Ex-Verfassungsrichter-Papier-sieht-Bundestags-Sperrklausel-in-Gefahr.html.

Regelungsebene zu lösen. Bereits im Vorfeld des Gesetzentwurfs holte die Fraktion der SPD ein politikwissenschaftliches Gutachten ein zu den Auswirkungen der Aufhebung der kommunalen Sperrklausel auf das kommunalpolitische Entscheidungssystem in Nordrhein-Westfalen (Wissenschaftliches Gutachten von Prof. Dr. J. Bogumil, Dr. D. H. Gehne u.a. vom 21.5.2015, zugänglich auch als Stellungnahme 16/3348). Das Gutachten enthält eine empirische Untersuchung mehrerer Legislaturperioden. Der Gutachtauftrag zielte nicht nur auf aktuelle Befunde konkreter Funktionsstörungen, sondern auf eine politikwissenschaftliche Analyse, die landesspezifisch grundsätzliche Strukturen der Politik in den Kommunen und längerfristige Entwicklungen in den Blick nimmt. Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass in NRW „die Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen mittlerweile erheblich gestört“ (a.a.O. S. 4) sei. In dem Gutachten wird dargelegt, dass die Kommunen in NRW „aufgrund landesspezifischer Besonderheiten konkurrenzdemokratisch strukturiert“ (a.a.O.) seien. Dies bringe „bei der empirisch nachgewiesenen stark zugenommenen Fragmentierung der Räte erhebliche Funktionsstörungen mit sich“ (a.a.O.). Zudem sei „damit zu rechnen, dass die Fragmentierung weiter zunehmen“ (a.a.O.) werde. Zudem verweist das Gutachten auch auf eine in kleineren Gemeinden wirkende „natürliche Sperrklausel von um die 2,8%“. Der Landtag hat dieses Gutachten (auf dessen Einzelheiten hier verwiesen wird) als Stellungnahme 16/3348 öffentlich gemacht und eine sechsstündige öffentliche Anhörung von Sachverständigen im Hauptausschuss am 21.1.2016 (APr 16/1139) durchgeführt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat aus den ihm vorliegenden Stellungnahmen den Schluss gezogen, die in dem Gutachten beschriebene und unwiderlegte Entwicklung durch eine Sperrklausel auf Verfassungsebene aufzuhalten. In der Gesetzesbegründung wird explizit auf die „konkreten Funktionsbeeinträchtigungen und zumindest abstrakten Gefahren“ (LT-Drs. 16/9795, S. 19) verwiesen. Damit nimmt der verfassungsändernde Gesetzgeber für sich in Anspruch, nicht nur auf aktuelle Zustände kurzfristig reagieren zu wollen, sondern eine dauerhafte Lösung zu finden, die die Funktionsfähigkeit der Räte und Kreistage auf der Grundlage ihrer Allzuständigkeit stärkt. Während die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW dem einfachen Gesetzgeber Beobachtungspflichten auferlegt, heißt es in der Gesetzesbegründung: „Es handelt sich um ein verfassungsänderndes Gesetz. Von einer Befristung ist deshalb abzusehen.“ (LT-Drs. 16/9795, S. 3).

Zweitens ging es darum, einer Sperrklausel mit der für die Verfassungsänderung notwendigen Zweidrittelmehrheit eine erhöhte Legitimation zu verschaffen, dem Konflikt mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs aus dem Wege zu gehen und die verfassungsrechtlichen Risiken, die sich mit den Rechtfertigungsanforderungen an einfachrechtliche Sperrklauseln verbinden, zu vermeiden. Das Gesetz zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen und wahlrechtlicher Vorschriften (Kommunalvertretungsstärkungsgesetz) beruht auf einem gemeinsamen Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, der Fraktion der CDU und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.9.2015 (LT-Drs. 16/9795). Die Stärke dieser drei Fraktionen spiegelt sich auch in dem Abstimmungsergebnis. In der 116. Sitzung des Landtags am 10.6.2016 stimmten in 3. Lesung des Gesetzes

bei 211 abgegebenen Stimmen 180 Mitglieder des Landtages mit Ja und nur 15 mit nein bei 16 Enthaltungen (PIBPr 16/116).

Dass es dem Landtag wesentlich darauf ankam, mit dem Gesetz nicht abermals dem Vorwurf eines verfassungswidrigen Wahlrechts ausgesetzt zu sein, zeigt sich ebenfalls im Verfahren. Bereits im Vorfeld des Gesetzentwurfs wurden zwei rechtswissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben, die beide die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel (auch mit einem Prozentsatz von 3%) bestätigten und als Bücher in wissenschaftlichen Schriftenreihen veröffentlicht wurden.⁵

Auch in der öffentlichen Anhörung wurde die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gestellt und erörtert. Die den Entwurf tragenden Fraktionen haben diese Anhörung insgesamt als überwiegende Bestätigung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel bewertet. Dass in dieser Anhörung auch kritische Stimmen geäußert wurden, kann nicht überraschen. Kaum eine verfassungsrechtliche Frage ist seit Jahrzehnten so umstritten und so nimmt es nicht Wunder, dass entschiedene Gegner von Sperrklauseln sogar deren verfassungsunmittelbare Regelung für verfassungsrechtlich angreifbar erklären – freilich ohne die sich stellenden Grundfragen aufzuwerfen (dazu unten II. und III.).

II.

Unzulässigkeit des Hauptantrags

Der Vertreter der Antragstellerin im Verfahren VerfGH 15/16 beantragt

„1. festzustellen, dass die *Regelungen* des Kommunalvertretungsstärkungsgesetz *nicht* mit der Landesverfassung Nordrhein-Westfalen *vereinbar sind und deshalb nichtig sind*. Die Einführung der 2,5-Prozent-Klausel in Art. 78 Abs. 1 LVerf-NRW ist mit der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Wahlbewerber als unabdingbares Element des Demokratieprinzips *nicht vereinbar und deshalb verfassungswidrig*. Die Einführung der 2,5-Prozent-Klausel in das Kommunalwahlgesetz ist mit der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Wahlbewerber *unvereinbar deshalb ebenfalls verfassungswidrig und nichtig*.“

Im Schlusssatz der Begründung wird dieses Antragsziel noch einmal bekräftigt:

„Die *Regelungen* in Art. 78 Abs. 1 LVerf-NRW und § 33 KWG-NRW, wie sie durch das Kommunalvertretungsstärkungsgesetz eingeführt wurden, sind *mit der Landesverfassung und dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb nichtig*.“ (Antragsschrift v. 7.12.2016, S. 22)

⁵ *Wolfgang Roth*, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015 und *Lothar Michael*, Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene, 2015.

Damit verfolgt der Antragsteller ein Antragsziel, das allein in Normenkontrollverfahren statthaft ist, nicht aber in einem Verfahren des Organstreits. Zwar wäre es zulässig, auch Maßnahmen der Gesetzgebung und d. h. Gesetzesbeschlüsse zum Gegenstand eines Organstreits zu machen. Aber der Verfassungsgerichtshof wäre dann darauf beschränkt, festzustellen, dass ein Gesetzesbeschluss *Rechte verletzt*, die im Organstreit geltend gemacht werden können. Eine echte Normverwerfung, d. h. die Feststellung der Nichtigkeit einer Norm, ist dem Organstreitverfahren wesensfremd.

Der ungewöhnliche Antrag lässt sich allenfalls so erklären, dass sich der Vertreter des Antragstellers scheut, den Antrag so wie einzig zulässig zu stellen: In der Tat bewegten wir uns auf Neuland, wenn in einem Verfahren des Organstreits die Verfassungswidrigkeit einer Maßnahme der verfassungsändernden Gewalt festgestellt würde. Die ungewöhnliche Konsequenz wäre, dass es dann am verfassungsändernden Gesetzgeber läge, mit entsprechenden Mehrheiten die Landesverfassung zu ändern, um einem Feststellungsurteil des Verfassungsgerichtshofs Rechnung zu tragen. Das ist in der Tat eine von der Frage des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ im Rahmen von Normenkontrollen noch einmal verschiedene Konstellation.

Dazu sei hier nur so viel gesagt: Organstreitverfahren und Normenkontrollen sind zu unterscheiden.

Als Vertreter des Landtags möchte ich betonen, dass ich ein Organstreitverfahren auch in der vorliegenden Konstellation für zulässig halte, selbst wenn ausnahmsweise als Antragsgegner der Landtag in seiner Funktion als verfassungsändernder Gesetzgeber betroffen ist. Aber das ist eine Frage, die sich allein in den Parallelverfahren stellt.

III.

Zur Behauptung eines Verstoßes gegen Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW

Der Vertreter der Antragstellerin im Verfahren VerfGH 15/16 macht geltend, die Verfassungsänderung verstoße gegen Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW (S. 8 ff. des Antragsschriftsatzes vom 7.12.2016).

Da sich diese Begründung von der in fast allen Parallelverfahren unterscheidet, sei hierzu – die Unzulässigkeit des Antrags dahinstellend – Stellung genommen. Vorweggestellt sei dabei, dass der Landtag zutreffend davon ausging, dass Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW „evident“⁶ nicht verletzt ist. Darauf hatte Prof. Gärditz in der Sachverständigenanhörung am 21.1.2016 unwidersprochen hingewiesen und andere Sachverständige hatten dies für nicht weiter erörterungsbedürftig gehalten. Da der Vertreter des Antragstellers seine Begründung wesentlich auf diesen Maßstab stützt, sei darauf hier in der Sache eingegangen.

⁶ So K. F. Gärditz, Stellungnahme 16/3340 zur öffentlichen Anhörung des Landtags am 21.1.2016, S. 1.

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

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

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

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

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

Das Bundesverfassungsgericht⁷ und die Literatur⁸ haben deshalb – um dieses Konzept mit seinen Vorzügen konsequent zu verwirklichen – Art. 79 Abs. 3 GG stets als *abschließende* Regelung interpretiert, die freilich ihrerseits – vor allem mit Blick auf die Europäische Einigung (Art. 23 Abs. 1 S. 3

⁷ BVerfGE 87, 181 (1996).

⁸ Statt aller: Dreier, in: GG, II, 2. Aufl., Art. 79 III Rn. 14 m. w. N.

i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG) – eine keineswegs nur theoretische Bedeutung hat. Die Deutung solcher Klauseln als abschließend ist die Absage an das Naturrecht einerseits und an die Selbstermächtigung von Verfassungsgerichten andererseits. Hinzu kommt noch, dass es für einen auf der Volkssouveränität beruhenden Verfassungsstaat ohnehin nur in Extremfällen legitim erscheint, einem auf Zweidrittelmehrheiten gestützten verfassungsändernden Gesetzgeber inhaltliche Grenzen zu setzen. Verfassungspolitisch wird allenfalls kritisiert, dass Art. 79 Abs. 3 GG relativ weit reichende Bindungen des verfassungsändernden Gesetzgebers enthält, nicht aber, dass seine Bindungen nicht hinreichen würden.

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

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

Lediglich der Vertreter der Antragstellerin im Verfahren VerfGH 15/16 (S. 8 ff. des Antragschriftsatzes vom 7.12.2016) und die Prozessbevollmächtigte im Verfahren VerfGH 16/16 argumentieren primär mit Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW. Daran ist richtig, dass Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW hier einschlägig ist, weil er grundsätzlich abschließend den Maßstab für die Frage „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ im Falle der Verfassung NRW regelt. Offenbar bezweifelt der Prozessbevollmächtigte in diesem Verfahren selbst zu Recht daran, dass sich mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Verfassungswidrigkeit der in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Verfassung NRW n. F. geregelten 2,5%-Sperrklausel begründen lässt. So wird vorgetragen, auch die Gleichheit des Erfolgswerts sei in Art. 79 Abs. 3 GG bzw. in Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW garantiert. Daraus wird abgeleitet, die in Art. 78 Abs. 1 S. 3 Verfassung NRW n. F. geregelte 2,5%-Sperrklausel verstoße gegen diese Ewigkeitsklausel.

seln. Der Maßstab, der hier zu Grunde gelegt wird, ist aber dem insoweit schweigenden Grundgesetz nicht zu entnehmen, geschweige denn dass ein solcher in Art. 79 Abs. 3 GG oder in Art. 69 Abs. 1 S. 2 Verfassung NRW enthalten wäre. Vielmehr ist der hier angelegte Maßstab derjenige der Sperrklausel-Rechtsprechung der Verfassungsgerichte. Wer so argumentiert, plädiert für eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zum Verfassungsgeber. Mehr noch: Er plädiert für eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zu einer Verfassungsgebung „ewiger“, nicht einmal durch Verfassungsänderung änderbarer Maßstäbe. Das rührt an das Prinzip der Volkssouveränität, das seinerseits zum in Art. 79 Abs. 3 GG verbürgten Kern des Demokratieprinzips gehört.

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

„Nur was für den Bund unabdingbare Grundlage der Art und Form seiner politischen Existenz ist, kann und muß er auch seinen Gliedern vorschreiben. Soweit sie die verfassungsändernde Gesetzgebung des Bundes zu variieren und zu modifizieren vermag, steht das auch den Ländern frei. Denn solange der identitätsverbürgende Kern der Verfassung nicht angetastet wird, ist die Homogenität des Bundes nicht in Gefahr.“⁹

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

⁹ *Hasso Hofmann*, Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs? (1985), in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 146 (157); zustimmend *Dreier*, in: GG, II, Art. 28 Rn. 62; im Ergebnis so auch *Wolfgang Roth*, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015, S. 109 f.

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

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

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

Zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG verhält sich Art. 69 Abs. 1 S. 2 Landesverfassung NRW nicht. Und es wird zu zeigen sein, dass auch umgekehrt Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Spielräume des landesverfassungsändernden Gesetzgeber nicht in derselben Weise beschränkt wie die Spielräume des einfachen Landesgesetzgebers (s.u. 5.).

Es lässt sich zusammenfassen: Sowohl das Grundgesetz (Art. 79 Abs. 3) als auch die Verfassung NRW (Art. 69 Abs. 1 S. 2) folgen dem Konzept der verfassungstextlichen Positivierung von „Ewigkeitsgarantien“. Die in solchen Klauseln verbürgten essentiellen Kernelemente des Verfassungsstaates sind abschließend gemeint und restriktiv auszulegen. Sie dürften nicht durch naturrechtliche oder richterrechtliche Maßstäbe erweitert werden. Sonst drohte eine Selbstermächtigung der Verfassungsgerichte zur Verfassunggebung und zur Schaffung von Maßstäben, die sogar unabänderlich wären.

Auf die Interpretation und Bedeutung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG wird gesondert einzugehen (s.u. 5.). Zuvor sind die beschränkten Bindungen des verfassungsändernden Gesetzgebers noch einmal zusätzlich aus dessen institutionellem Verhältnis zur Verfassungsgerichtsbarkeit zu erschließen (dazu sogleich unter 2.).

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

Die Interpretation auslegungsfähiger und -bedürftiger allgemeiner Verfassungsgrundsätze durch die Verfassungsgerichte hindert den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht daran, diese Verfassungsgrundsätze selbst, d. h. verfassungstextlich und von dieser Rechtsprechung abweichend auszugestalten. Ein (Landes-)Verfassungsgericht ist nicht legitimiert, die Spielräume nicht nur der Gesetzgebung, sondern der Verfassungsänderung mit richterrechtlich entwickelten Maßstäben zu beschränken, indem es *geschriebenes* Verfassungsrecht an *ungeschriebenem* Verfassungsrecht misst.

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

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

Die o.g. Rechtsprechung zu den (einfachrechtlichen) Sperrklauseln stützt sich auf Maßstäbe, die ihrerseits seit 1929 *gerichtlich* geprägt wurden. Denn das Grundgesetz „schweigt zu diesem Punkt.“¹⁰ Es enthält keine explizite Regelung zu Sperrklauseln. Mehr noch: Das Grundgesetz regelt zwar den Grundsatz der Wahlgleichheit (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 38 Abs. 1 GG), lässt aber auch offen, was damit gemeint ist. Es gibt nicht einmal die Verhältniswahl vor.

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

Die Maßstäbe für Sperrklauseln wurden vom Reichsstaatsgerichtshof und dann vom Bundesverfassungsgericht und von den Landesverfassungsgerichten aus *allgemeinen* Verfassungsgrundsätzen und Gleichheitserwägungen erst entwickelt. Diese verfassungsgerichtlich entwickelten Maßstäbe konkreti-

¹⁰ BVerfGE 1, 208 (250).

sieren den auslegungsfähigen und -bedürftigen Grundsatz der Wahlgleichheit. Sie setzen voraus, dass die Konkretisierung dieses Grundsatzes nicht bereits im Verfassungstext erfolgt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Grundsatzentscheidung nicht nur den Text des Grundgesetzes, sondern die deutsche Entwicklung insgesamt einschließlich der Landesverfassungen in den Blick genommen¹¹ – und seinerzeit gab es keine der heutigen, geänderten LV vergleichbare Konkretisierung des Grundsatzes der Erfolgsgleichheit der Wahl für Kommunalwahlen auf Verfassungsebene.

Die juristische Methodenlehre unterscheidet zwischen dem Text einer Norm und ihrer Interpretation. Es wäre unterkomplex, das von Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG „Geregelte“ in eins zu setzen mit den Maßstäben der Rechtsprechung zur Konkretisierung dessen, was Wahlgleichheit bedeuten soll. Das gilt umso mehr und wird relevant, wenn eine Norm so auslegungsfähig ist wie die Wahlgleichheit.

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

„ungeschriebenes Verfassungsrecht“¹².

Der Charakter des ungeschriebenen Verfassungsrechts ist von dreifacher Bedeutung:

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

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

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

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

¹¹ Etwa BVerfGE 1, 208 (249 f.) zieht auf der Suche nach Maßstäben für das hierzu schweigende Landesverfassungsrecht Schleswig-Holstein Bestimmungen aller anderen Landesverfassungen heran.

¹² BVerfGE 51, 222 (233) zur weder in Art. 38 noch in Art. 28 GG geregelten Europawahl.

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

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

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

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

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

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

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

Dass Verfassungsgerichte Maßstäbe erst formulieren, die sie dem Gesetzgeber gegenüber dann anwenden, ist ein allgemeines Phänomen. Das beruht auf der Unbestimmtheit vieler Bestimmungen des Verfassungsrechts. Solche „maßstabsetzende Gewalt“ der Verfassungsgerichte ist keinesfalls illegitim. Sie liegt im Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsgerichte beanspruchen auch für sich, aus allgemeinen Grundsätzen der Verfassung dynamisch neue Maßstäbe zu entwickeln (so genannter

Verfassungswandel). All das erfolgt auf der Grundlage der Offenheit allgemeiner Verfassungsgrundsätze auf der *höchsten* Abstraktionsebene und setzt voraus, dass Verfassungstexte auf einer *mittleren* Abstraktionsebene lückenhaft bleiben, d. h. nicht selbst die allgemeineren Grundsätze konkretisieren. So stützt sich z. B. die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf die allgemeinen Grundsätze des Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und auf das Fehlen eines speziellen Datenschutzgrundrechts im Text der Verfassung. So leitet das Bundesverfassungsgericht Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften aus Art. 3 Abs. 1 GG her, weil sich Art. 6 Abs. 1 GG nur auf die klassische Ehe beziehe. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber sowohl ein Datenschutzgrundrecht als auch die Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften im Grundgesetz explizit regeln könnte. Und der verfassungsändernde Gesetzgeber dürfte dabei auch – statt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vertextlichen – ein geringeres als das von der Rechtsprechung angenommene Schutzniveau regeln.

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

Das gilt umso mehr, wenn Rechtswissenschaftler und die Verfassungsgerichte selbst so heftig über einen solchen verfassungsgerichtlichen Maßstab streiten. Es gibt kaum eine verfassungsrechtliche Frage in Deutschland, zu der seit 1949¹³ so viele nicht einstimmige Entscheidungen und so viele Sondervoten dokumentiert sind. Das gilt für das Bundesverfassungsgericht¹⁴ ebenso wie für manches Landesverfassungsgericht¹⁵. Bisweilen sind Sondervoten Vorboten potentieller Rechtsprechungsände-

¹³ Das ersichtlich erste Sondervotum eines deutschen Verfassungsgerichts überhaupt stammt vom 10.6.1949 und betrifft die Sperrklauselrechtsprechung: BayVerfGH 2, 45 (49).

¹⁴ Hingewiesen sei auf BVerfGE 34, 81 (4:2 bzw. 4:1); E 120, 82 (7:1). Erwähnt sei, dass zu den Sperrklauseln bei Europawahlen die als „Ausreißer“ großzügige Entscheidung BVerfGE 51, 222 einstimmig erging, die beiden strikten Entscheidungen der letzten Zeit (BVerfGE 129, 300 und BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13) hingegen jeweils mit 5:3 Stimmen (wobei das Ergebnis bei E 129, 300 von einem Richter aus abweichenden Gründen mitgetragen wurde, d. h. die Entscheidungsbegründung nur von 4 Richtern getragen wurde!). Lesenswert sind die Sondervoten *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff* (BVerfGE 129, 300 (353)) und *Peter Müller* (BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13, SV Rn. 1).

¹⁵ Erwähnt sei das frühe Sondervotum BayVerfGH 2, 45 (49), das die Begründung der Entscheidung vom 10.6.1949 schlicht als „unmöglich“ bezeichnet, die 4:4-Entscheidung des VerfGH SL, VwRR SW 1998, 91 und das Sondervotum *Hans-Peter Rueß*, VerfGH Berlin, Urteil vom 13.05.2013, 155/11, juris, Rn. 41 ff.

rungen.¹⁶ Bei den beiden jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹⁷ zur Sperrklausel im Europawahlrecht lag es an nur einer einzigen Stimme im Zweiten Senat, die über das Ergebnis (5:3) entschied.

Es geht also um die Klärung einer auch innerhalb der Verfassungsgerichte nachweislich umstrittenen Frage durch Änderung des Verfassungstextes. Die Feststellung von „verfassungswidrigem Verfassungsrecht“ sollte nur erfolgen, wenn ein verfassungsändernder Gesetzgeber in unvertretbarer Weise Kernelemente der Verfassungsordnung in Frage stellt. Vorliegend geht es aber um eine Frage, in der mit jeweils guten Gründen sehr verschiedene Auffassungen gut vertretbar sind. Bis heute ringen die Verfassungsgerichte in Deutschland darum, ob *de constitutione lata* Sperrklauseln verboten sind und inwieweit der *einfache* Gesetzgeber Spielräume hat. In einer solchen Situation liegt es sogar nahe, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber das „letzte“ und verbindliche Wort spricht und Klarheit schafft und beständige Rahmenbedingungen für den politischen Prozess.

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

Die Umstrittenheit der Sperrklausel-Rechtsprechung hat auch zu rechts- und verfassungspolitisch unerfreulichen Szenarien geführt: Dass der Bundesgesetzgeber beim Wahlrecht zum Europäischen Parlament nach der Verwerfung der 5%-Sperrklausel einen zweiten Anlauf mit einer 3%-Sperrklausel nahm, war wohl auch der Hoffnung geschuldet, die knappe Mehrheit im Senat könne sich ändern. Der Gesetzgeber war indes nicht gut beraten, dies „auszuprobieren“. Er musste sich nicht wundern, wenn ein Verfassungsgericht dann auf die Bindungswirkung seiner Entscheidungen pocht. Auch der Bundesgesetzgeber hätte dieses Verfahren durch eine Änderung des Grundgesetzes vermeiden können. Aus vielen guten Gründen hat der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Papier¹⁸ dem Bundesgesetzgeber die Regelung von Sperrklauseln auf Verfassungsebene empfohlen, um den Streit um Sperrklauseln für die Wahlen zum Europäischen Parlament zu beenden.

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

¹⁶ Vgl. dazu Peter Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, 2014, S. 142.

¹⁷ BVerfGE 129, 300 und BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13.

¹⁸ https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/brennpunkte_nt/article125579588/Ex-Verfassungsrichter-Papier-sieht-Bundestags-Sperrklausel-in-Gefahr.html.

ren. Im Parlamentarischen Rat wurde auf diese Option – auch auf Landesverfassungsebene – verwiesen.

Eine solche Entwicklung stellt sich als gewaltenteiliges Wechselspiel zwischen dem Verfassungsgeber, dem Gesetzgeber, den Verfassungsgerichten und der verfassungsändernden Gewalt statt. Dass der verfassungsändernde Gesetzgeber am Ende dieser Entwicklung steht (vorbehaltlich weiterer Verfassungsänderungen oder einem Akt der Verfassunggebung), liegt im System begründet. Es wäre verfehlt, eine solche Verfassungsänderung als Akt des Trotzens oder des Ungehorsams wahrzunehmen. Es handelt sich nicht um eine Wiederholungsgesetzgebung auf einfachrechtlicher Ebene, welche eine Bekräftigung der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe provoziert. Vielmehr erspart die Verfassungsänderung den Verfassungsgerichten die Verlegenheit, immer neu über die Ableitbarkeit der richterlichen Maßstäbe der Sperrklausel-Rechtsprechung aus dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit zu ringen (wie es die nicht enden wollende Kette von Sondervoten belegt).

In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass der Präsident des Bundesverfassungsgerichts bei der Verkündung des Urteils im NPD-Verbotsverfahren mit einem viel beachteten Hinweis noch vor der Verlesung der wesentlichen Passagen der Urteilsgründe den verfassungsändernden Gesetzgeber gleichsam adressierte: „Ob in einer solchen Situation auch andere Reaktionsmöglichkeiten sinnvoll sind – etwa der Entzug der staatlichen Finanzierung – hat nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern der verfassungsändernde Gesetzgeber zu entscheiden.“¹⁹ Das bestätigt nicht nur das eben beschriebene Wechselspiel zwischen verfassungsgerichtlicher Maßstabsbildung einerseits und Verfassungsänderung andererseits. Vielmehr betont dies auch die Spielräume des verfassungsändernden Gesetzgebers und es macht deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht solche Spielräume gerade auch in dem Bereich der Parteienfinanzierung anerkennt, der in einer der Sperrklausel-Rechtsprechung vergleichbaren Weise bislang durch Maßstabsbildung der Verfassungsgerichtsbarkeit geprägt wird.

¹⁹ (Minute 8:05 des Videos der Urteilsverkündung, <https://www.youtube.com/watch?v=NVAacUe6MQI>). In den Urteilsgründen finden sich hierzu zwei Passagen. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 - Rn. 527: „Eine Modifizierung dieses Regelungskonzepts, etwa hinsichtlich der Schaffung von Möglichkeiten gesonderter Sanktionierung im Fall der Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG unterhalb der Schwelle des Parteiverbots, ist dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten.“ Rn. 625: „Unterhalb der Ebene des Parteiverbots liegende Sanktionen – etwa die Kürzung oder Streichung staatlicher Finanzmittel – sind nach der geltenden Verfassungslage ausgeschlossen. Daher ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – solange der verfassungsändernde Gesetzgeber keine abweichenden Regelungen trifft – für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen des Art. 21 Abs. 2 GG kein Raum.“

Das ist umso bemerkenswerter, als es auch bei der Parteienfinanzierung um einen Bereich geht, in sich diese Maßstabsbildung auf den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG)²⁰ stützt. Das heißt mit anderen Worten: So sehr die Rechtsprechung auch den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien de constitutione lata ausdifferenziert hat, steht solche Maßstabsbildung zur Disposition der verfassungsändernden Gewalt. Dass das Bundesverfassungsgericht dies ohne Anlass von sich aus betont, spricht für sich.

Aus guten Gründen ist der Maßstab verfassungswidrigen Verfassungsrechts auf die konsentierten Kernaussagen beschränkt. Solche Kernaussagen enthalten Art. 79 Abs. 3 GG, Art. 69 LV sowie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Die Normen verbieten insoweit, die Gleichheit der Wahl als solche in Frage zu stellen. Nur der Bruch mit dem, was wir Verfassungskonsens nennen, wird als „no go“ tabuisiert. Sperrklauseln sind kein solches konsentiertes „no go“. erinnert sei einmal mehr an die Unentschiedenheit des Parlamentarischen Rates in dieser Frage. Zu dem vom Parlamentarischen Rat konsentierten Rahmen gehörte zwar sicher das dem Demokratieprinzip inhärente Egalitätsprinzip und damit auch der Grundsatz der Wahlgleichheit als solcher, aber eben nicht das später richterrechtlich entwickelte ungeschriebene Verfassungsrecht für Sperrklauseln.

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

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

Die unter 2. dargelegten Erwägungen bestätigen sich, wenn wir die Funktion des verfassungsändernden Gesetzgebers auch in ein Verhältnis zum einfachen Gesetzgeber setzen. Die Legitimation des einfachen Gesetzgebers beruht in einer Demokratie auf dem Gedanken, jederzeit das Recht anpassen zu können, wenn sich Umstände oder ihre Bewertung ändern und wenn gegebenenfalls die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse wechseln. Die einfache Gesetzgebung ist darauf angelegt, auf jeweils aktuelle Zustände reagieren zu können. Im Falle der Sperrklauseln trägt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dem Gesetzgeber sogar auf, die Wirkungen gegebenenfalls geltender Sperrklauseln zu beobachten und deren Rechtfertigung und Weitergeltung immer wieder neu zu beurteilen.

Die dem verfassungsändernden Gesetzgeber zugewiesene verfassungsändernde Gewalt beruht auf einem ganz anderen Gedanken: Regelungen auf Verfassungsebene sind auf Dauerhaftigkeit angelegt. Die formale Hürde einer Zweidrittel-Mehrheit hat ihren Sinn gerade darin, dass nicht jeder Wechsel der parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse die Verfassung zur Disposition stellen können. Denn gerade auch der einfache Gesetzgeber soll an die vorrangige Verfassung gebunden sein. Die einfache

²⁰ So noch einmal Leitsatz 1 des Beschlusses des 2. Senats des BVerfG vom 15. Juli 2015 - 2 BvE 4/12.

Gesetzgebung einerseits und die verfassungsändernde Gewalt andererseits sind deshalb verfassungstheoretisch zwei verschiedene Gewalten, auch wenn beide Funktionen dem Gesetzgeber zugewiesen sind. Die Option der Verfassungsänderung durch ein qualifiziertes Gesetzgebungsverfahren ist die in vielen Verfassungen geregelte Alternative dazu, die Verfassungsrevision besonderen Organen vorzubehalten. Beständigkeit und Vorrang der Verfassung ergänzen sich wechselseitig. Das bedeutet, dass nicht nur die Einführung neuer Regelungen in die Verfassung, sondern auch deren Abschaffung erschwert ist. Deshalb ist es fernliegend und systemwidrig, vom verfassungsändernden Gesetzgeber eine Rechtfertigung zu verlangen, die die Auswertung konkreter Erscheinungen impliziert und die jeweils aktuelle Tatsachenentwicklung berücksichtigt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wird dem Wesen der ihm zugewiesenen verfassungsändernden Gewalt vielmehr gerade dadurch gerecht, dass er von aktuellen Zuständen und Umständen abstrahiert und sich auf modellhafte Überlegungen stützt, die Allgemeingültigkeit und Dauerhaftigkeit beanspruchen. Wenn solche Modelle – wie hier – auch noch von Statistikern²¹ entwickelt und empirisch belegt werden, hat der verfassungsändernde Gesetzgeber alles getan, was man von ihm wird erwarten, geschweige denn rechtlich wird einfordern können.

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

„Im Übrigen hat das Abgeordnetenhaus erkennbar durchaus bewusst und offenbar in Reaktion auf die bereits in Bezug genommene - mit fünf zu vier Stimmen ergangene - Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 17. März 1997 (VerfGH, LVerfGE 6, 32) die anstelle der für verfassungswidrig erklärten Fünf-Prozent-Sperrklausel eingeführte Drei-Prozent-Sperrklausel in die Verfassung eingefügt, um damit den Grundsatz der gleichen Wahl „*verfassungsfest*“ zu *modifizieren* und *bereits abstrakte Gefahren* für die Funktionsfähigkeit der Bezirksverordnetenversammlungen abzuwehren.“²²

Zu den Grundideen des demokratischen Verfassungsstaates gehört es, die Spielregeln des politischen Systems, das seinerseits auf den inhaltlichen Wechsel angelegt ist, mit Vorrang und Beständigkeit auf Verfassungsebene zu regeln. Das Wahlrecht ist ein zentraler Gegenstand dieses Staatsorganisationsrechts. Verfassungen unterscheiden sich darin, in wieweit sie Grundsätze des Wahlrechts unmittelbar regeln und inwieweit sie auch diese dem einfachen Gesetzgeber überlassen. In deutschen Verfassungen auf Landes- und Bundesebene finden sich jeweils viele Beispiele für Verfassungstexte, die etwa die Wahlgrundsätze explizit regeln bzw. nicht regeln, Sperrklauseln enthalten oder nicht enthalten sowie das System der Verhältniswahl vorgeben bzw. nicht vorgeben. Es ist eine rein verfassungspolitische Frage, ob wir die Lücken geschriebener Verfassungen in Bezug auf das Wahlrecht als deren

²¹ Pukelsheim/Maier/Leutgäb, Zur Vollmandat-Sperrklausel im Kommunalwahlgesetz, NWVBl. 2009, 85 (87).

²² VerfGH Berlin, Urteil vom 13.05.2013, 155/11, juris, Rn. 29.

Unvollkommenheit negativ oder als Moment der Offenheit positiv bewerten. Tatsache ist, dass sich manchmal – aber eben nicht immer – in Prozessen der Verfassunggebung bzw. der Verfassungsänderung der Wille und die Einigkeit zur Gestaltung dieser Systemfragen auf Verfassungsebene bildet und durchsetzt. Dass das Wahlrecht als Teil des Staatsorganisationsrechts ein typischer Gegenstand deutscher Verfassungen (vor allem auf Landesebene) ist, kann bereits mit vielen Beispielen belegt werden:

In gut der Hälfte der Bundesländer sind 5%-Sperrklauseln bezogen auf die Landtagswahlen explizit in den Texten der Landesverfassungen entweder verfassungsunmittelbar²³ oder als Ausgestaltungsoption und -grenze für den Wahlgesetzgeber²⁴ geregelt. Diese Regelungen genießen keine große Aufmerksamkeit, zumal in allen anderen Ländern solche 5%-Sperrklauseln einfachgesetzlich geregelt sind und zumal nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und aller Landesverfassungsgerichte 5%-Sperrklauseln bei *Parlamentswahlen* keinen (besser: jedenfalls keinen durchgreifenden) verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Das Bundesverfassungsgericht hat Sperrklauseln mit dem „gemeindeutschen Satz von 5%“²⁵ für den Bereich der Parlamentswahlen als Wahlrechtstradition akzeptiert.

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

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

Während der Text des Grundgesetzes sowohl zur speziellen Frage der Sperrklauseln als auch zur Frage des Wahlsystems schweigt, legen sich mehr als die Hälfte der Landesverfassungen – jedenfalls für

²³ Art. 14 Abs. 4 BV; Art. 39 Abs. 2 Verf Berlin; Art. 75 S. 4 Verf Bremen; Art. 8 Abs. 3 Verf Niedersachsen; Art. 49 Abs. 2 Verf Thüringen.

²⁴ Art. 28 Abs. 3 Verf Baden-Württemberg; Art. 75 Abs. 3 S. 2 Verf Hessen; Art. 80 Abs. 3 S. 2 Verf Rheinland-Pfalz.

²⁵ BVerfGE 1, 208.

die Parlamentswahlen – auf die *Verhältnswahl*²⁶ bzw. auf eine Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl²⁷ fest. Historischer Vorläufer ist insoweit die Weimarer Reichsverfassung, die das Verhältniswahlsystem in Art. 22 Abs. 1 S. 1 WRV für die Reichstagswahlen regelte und in Art. 17 S. 1 S. 2 WRV auch für die Länder vorgab und damit den *wahlrechtlichen Systemwechsel* vom Kaiserreich zur Weimarer Zeit in den Verfassungstext aufnahm.

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

- das Verhältniswahlrecht vorgeben, ohne sich zur Zulässigkeit einer Sperrklausel zu verhalten (Typ 1: Weimar 1919)²⁸,
- eine Sperrklausel zulassen, ohne das Verhältniswahlrecht (dieses freilich für die Relevanz der Sperrklausel voraussetzend) vorzuschreiben (Typ 2: Bayern 1946)²⁹,
- sowohl das Verhältniswahlrecht vorgeben als auch in dessen Anwendungsbereich eine Sperrklausel zulassen (Typ 3: Hessen 1946)³⁰,
- weder das Verhältniswahlrecht vorgeben, noch sich zur Zulässigkeit einer Sperrklausel verhalten (Typ 4: Grundgesetz 1949)³¹.

Dieser heterogene und diskontinuierliche³² Textbefund steht in bemerkenswertem Gegensatz zu einer homogenen und kontinuierlichen Rechtsprechung. Das liegt aber daran, dass die Rechtsprechung schon seit jeher Rücksicht genommen hat auf die in Landesverfassungen regelten Sperrklauseln: Der Unterschied, den diese Rechtsprechung zwischen den „echten“ Parlamenten auf Landes- und Bundesebene einerseits und den Vertretungen auf der Kommunalen und der Europäischen Ebene andererseits macht, ist nicht nur Sachargumenten geschuldet, sondern auch die Konsequenz eines vorläufig vorgefundenen Textbefundes. Das Bundesverfassungsgericht nimmt Rücksicht gegebenenfalls auch auf Textbefunde nur in einzelnen Landesverfassungen. Erinnerung sei noch einmal daran, dass schon der

²⁶ Art. 41 Abs. 1 S. 3 Verf NRW; Art. 80 Abs. 1 Verf Rheinland-Pfalz; Art. 41 Abs. 1 S. 2 Verf Sachsen; Art. 66 Abs. 1 S. 2 Verf Saarland; so auch Art. 75 Abs. 1 Verf Hessen a. F. (1946-50).

²⁷ Art. 22 Abs. 3 S. 2 Verf Brandenburg; Art. 20 Abs. 2 S. 2 Verf Mecklenburg-Vorpommern; Art. 42 Abs. 1 Verf Sachsen-Anhalt; Art. 10 Abs. 2 S. 3 Verf Schleswig-Holstein; Art. 49 Abs. 2 Verf Thüringen.

²⁸ So die WRV und heute die Verfassungen von Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

²⁹ So die Verfassungen von Bayern (seit 1946), Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hessen (seit 1950) und Niedersachsen.

³⁰ So zunächst (1946-1950) die Verfassung von Hessen und nunmehr die Verfassungen von Rheinland-Pfalz und Thüringen.

³¹ So das Grundgesetz und die Verfassung von Hamburg sowie die Landessatzung Schleswig-Holstein in ihrer ursprünglichen Fassung (vgl. BVerfGE 1, 208 (246)).

³² Ein Modellwechsel erfolgte vor allem auf Bundesebene zwischen der WRV und dem Grundgesetz (1949), aber auch in Hessen (1950).

Reichsstaatsgerichtshof, der vom Bundesverfassungsgericht explizit rezipiert wurde, seine eigene Maßstababbildung unter den Vorbehalt abweichenden Landesverfassungsrechts gestellt hatte.³³

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

„Diese Argumentation lässt sich leicht ins Gegenteil verkehren: Gerade weil dem Demokratieprinzip besagte Pflichten des Gesetzgebers (LM: Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Abänderungspflichten) zu entnehmen sind, dürfen diese nicht dadurch unterlaufen werden, dass an eine Sperrklausel auf die Ebene des Landesverfassungsrechts ‚hochzont‘, wo entsprechende Obliegenheiten dann *in der Tat systemfremd* anmuten (LM: Das wird immerhin erkannt). Der Umstand, dass Begründungs-, Beobachtungs- und gegebenenfalls Abänderungspflichten von der verfassungsändernden Gewalt *kaum praktikabel befolgt werden können*, zeigt mithin, dass Sperrklauseln dort, wo sie nicht generell der Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (Bundestag, Landtage) dienen, *in einer Verfassung fehl am Platze sind*.“

Aus der Not, nicht bestreiten zu können, dass die bisherige Rechtsprechung zu Sperrklauseln nicht auf Verfassungsänderungen übertragbar ist (dazu unter 4.), wird die Idee des Verfassungsvorbehaltes auf den Kopf gestellt. Während andere darüber nachdenken, ob bestimmte Systementscheidungen nur auf Verfassungsebene getroffen werden können (sog. Verfassungsvorbehalt), wird hier angenommen, es gäbe auch einen umgekehrten Vorbehalt des einfachen Rechts. Richtig ist: Die Frage, ob neuere Verfassungen bisweilen zu viele Detailregelungen enthalten, ist eine rein verfassungspolitische. Vorliegend geht es aber gar nicht um solch einen Fall, sondern um eine Systemfrage. Dass es „fehl am Platze“ sein soll, eine solche Systemfrage in einer Verfassung zu regeln, widerspricht der Verfassungs-idee. Konsequenterweise weiter gedacht, wäre nach dieser Auffassung eine solche Verfassungsänderung auch dann verfassungswidriges Verfassungsrecht, wenn ein entsprechendes einfaches Gesetz (etwa wegen des hinreichenden Nachweises aktueller Funktionsunfähigkeiten) gerechtfertigt wäre. Zwar kennen Verfassungen Formvorgaben, die auch den Gesetzgeber binden können (z. B. Vorbehalte des Gesetzes oder Verbote des Einzelfallgesetzes). Aber es gibt keinen überpositiven Grundsatz, der bestimmte Regelungsmaterien dem einfachen Gesetzgeber vorbehält und dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzieht. Eine Verfassungsänderung ist formell verfassungsmäßig, wenn das für sie geregelte Verfahren beachtet wurde. Eine daneben und neben den materiellen Grenzen der Verfassungsänderung existierende Kategorie des allein wegen der Form der Verfassungsänderung „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ gibt es nicht. Wer eine solche Kategorie zum Schutz der von Verfassungsgerichten ent-

³³ StGH, in: RGZ 124 (Anhang), 1 (7): „...es sei denn, daß den (...) für den Beschluß einer Verfassungsänderung aufgestellten Erfordernissen bei Erlass des württembergischen Landeswahlgesetzes genügt worden ist.“

wickelten Maßstäben entwickelt, dreht das Verhältnis zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung um.

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

Genauso verfehlt ist auch die Sicht der Prozessbevollmächtigten im Parallelverfahren VerfGH 16/16:

„Dem ist entgegenzuhalten, dass die erschwerte Abänderbarkeit von Verfassungsnormen die Rechtfertigungslast für den verfassungsändernden Gesetzgebers gerade steigert, nicht mindert.“

Das würde bedeuten, dass Normen wie Art. 79 Abs. 3 GG und Art. 69 Abs. 1 S. 2 Landesverfassung NRW extensiv auszulegen wären und Spielräume, die dem einfachen Gesetzgeber zukommen, dem verfassungsändernden Gesetzgeber versperrt wären. Das kann ernstlich nicht angenommen werden. Nach der unbestrittenen Konzeption der Art. 79 GG und Art. 69 Landesverfassung NRW ist es umgekehrt: Diese Normen sind restriktiv auszulegen und geben dem formal durch Zweidrittel-Mehrheiten legitimierten verfassungsändernden Gesetzgeber Spielräume, die dem einfachen Gesetzgeber versperrt sind.

Die besonderen Spielräume des verfassungsändernden Gesetzgebers werden auch durch die oben bereits erörterte Einlassung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Urteils zum NPD-Verbot³⁴ bekräftigt.

³⁴ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 - Rn. 527 und Rn. 625.

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

Die richterlich entwickelten Maßstäbe der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW und des Bundesverfassungsgerichts zu kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln sind in wesentlichen Punkten spezifisch und konzeptionell auf die Bindung gerade des *einfachen* Gesetzgebers bezogen.³⁵ Das gilt sowohl für die wichtigste Prämisse als auch für die wichtigsten praktischen Folgen:

a) Die Sperrklausel-Rechtsprechung beruht seit 1952 auf dem Gedanken der „*Folgerichtigkeit*“³⁶. Das Bundesverfassungsgericht stand damals vor dem Dilemma, die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs fortführen zu wollen, ohne sich dazu normativ auf die Festlegung der Verfassung auf das Verhältniswahlrecht berufen zu können. Das Grundgesetz enthielt keine dem Art. 17 Abs. 1 S. 2 WRV entsprechende Festlegung, auf die sich der Reichsstaatsgerichtshof gestützt hatte. Diese Lücke füllt das Bundesverfassungsgericht so: Statt inhaltliche Maßstäbe unmittelbar aus einer vorgegebenen Verfassungsordnung abzuleiten, nimmt es den Gesetzgeber mit seinem eigenen Willen beim Wort. Es handelt sich also um einen *Selbstbindungsmechanismus*.

Die Prämisse dieses Ansatzes lautet, dass der einfache Gesetzgeber (und nicht die Verfassung) die Grundentscheidung selbst trifft, nämlich zugunsten eines Verhältniswahlrechts. Die Rechtsprechung betont³⁷, der einfache Gesetzgeber sei frei, sich zwischen Mehrheitswahl und Verhältniswahl zu entscheiden. Aus dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit leitet die Rechtsprechung dann die Konsequenzen seiner Sperrklausel-Rechtsprechung ab. Weil mit der Grundentscheidung zugunsten des Verhältniswahlrechts verbunden sei, den Grundsatz der Proportionalität optimieren zu können und zu wollen, seien Einschränkungen der Erfolgsgleichheit der Stimmen inkonsequent, also nicht folgerichtig. Das setzt aber voraus, dass in der Verfassung weder die Grundentscheidung für ein Wahlrecht getroffen wurde, noch dass die Wahlgleichheit verfassungsrechtlich mit einer Öffnungsklausel zugunsten von Sperrklauseln ausgestaltet wird.

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

³⁵ Auf den „Begründungshintergrund“ der Rechtsprechung zu einfachrechtlichen Sperrklauseln verweist auch *Wolfgang Roth*, Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen, 2015, S. 107.

³⁶ Grundlegend: BVerfGE 1, 208 (246).

³⁷ So bereits BVerfGE 3, 383 (398): „da er sich für die verschiedensten Wahlsysteme entscheiden kann“.

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

Die Politikwissenschaft und der Rechtsvergleich lehren uns, dass es plausibel ist, ein „Verhältniswahlrecht mit Sperrklausel“ als in sich keinesfalls widersprüchliche Systementscheidung anzuerkennen: Es gibt nicht nur zwei Wahlsysteme (Mehrheitswahlrecht/Verhältniswahlrecht), deren Zweck und Optimierung gleichsam immanent vorgegeben sind oder gar mathematisch zwingend³⁸ wären. In der Wissenschaft hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Einordnung denkbarer und im Rechtsvergleich praktizierter Wahlverfahren hinsichtlich der mehr oder weniger großen Einschränkung der Erfolgswertgleichheit der Stimmen auf einer kontinuierlichen Skala liegen.³⁹ 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 Sonderfall⁴⁰ und nicht das Maß der Dinge. Auf der anderen Seite der Skala läge das Mehrheitswahlrecht. In der politikwissenschaftlichen Wahlsystemforschung werden diese Systeme als grundsätzlich gleichwertig behandelt und es wird auch insbesondere bestritten, dass in der Mitte das Ideal liege.⁴¹ Die „Verhältniswahl mit Sperrklausel“ wurde dabei als eigenständiger Systemtypus in der Politikwissenschaft herausgearbeitet⁴² und auch in der Verfassungsrechtswissenschaft anerkannt.⁴³ Die Verhältniswahl mit oder ohne Sperrklausel stellen also zwei Typen des Wahlrechts dar. „Die Sperrklausel ist damit konsti-

³⁸ Dagegen *Harry Brighouse/Marc Fleurbaey*, Democracy and Proportionality, *Journal of Political Philosophy* 18 (2), 2010, 137 (145); zustimmend *Nohlen*, *JöR NF* 62 (2014), 11 (19); vgl. auch BVerfGE 1, 208 (247).

³⁹ *Hans Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung, 1973, S. 159 ff.; *Lenz*, AöR 121 (1996), 337 (342) mit umfangreichen Nachweisen; *Jochen Abraham Frowein*, in: BMI (Hrsg.), Rechtsgutachten zu der Vereinbarkeit der Verhältniswahl in kleineren Wahlkreisen (Dreierwahlkreisen) mit dem Grundgesetz, 1968, S. 5 (12); *Roman Herzog*, ebenda, S. 33 (72); *Bull*, DVBl. 2014, 1213 ff.; *Werner Heun*, Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, S. 115; *Eberhard Schütt*, Wahlsystemdiskussion und parlamentarische Demokratie, 1973, S. 37; *Ulrich Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 155; *Eckhard Jesse*, Wahlen. Bundesrepublik Deutschland im Vergleich, 1988, S. 60 f.; *Richard Rose*, Electoral Systems: A Question of Degree or Principle?, in: *Choosing an Electoral System, Issues and Alternatives*, S. 73 ff.

⁴⁰ Zu verweisen wäre auf die Volkskammerwahl in der Noch-DDR am 18.03.1990; dazu *Lenz*, AöR 121 (1996), 337 (340).

⁴¹ *Arend Lijphart*, Trying to Have the Best of Both Worlds: Semi-Proportional and Mixed Systems, in: *ders./Grofman* (Ed.), *Choosing an Electoral System, Issues and Alternatives*, 1984, S. 207 ff.

⁴² *Nohlen*, *JöR NF* 62 (2014), 11 (13, 23); *ders.*, *Wahlsysteme der Welt*, 1978, S. 60.

⁴³ *Jochen Abraham Frowein*, in: BMI (Hrsg.), *Rechtsgutachten zu der Vereinbarkeit der Verhältniswahl in kleineren Wahlkreisen (Dreierwahlkreisen) mit dem Grundgesetz*, 1968, S. 5 (12).

tutiver Teil und nicht ein systemfremder Teil des vereinbarten Wahlsystems.“⁴⁴ Durch Bestreiten dieser Tatsache „verschließen sich Fragen“, die anderen, ihrerseits „ureigenen Funktionen von Wahlsystemen entsprechen und den Unterschied zwischen ihnen ausmachen“⁴⁵.

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

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

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

Soeben wurde gezeigt, dass die bisherige auf Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gestützte Rechtsprechung zu kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln des einfachen Rechts nicht auf landesverfassungsrechtliche Sperrklausel-Ermächtigungen übertragbar ist. Daran schließt sich die Frage an, wie Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG – soweit wir seine Anwendbarkeit überhaupt auf diese Konstellation erstrecken⁴⁶ – im

⁴⁴ Nohlen, JöR NF 62 (2014), 11 (23).

⁴⁵ Nohlen, JöR NF 62 (2014), 11 (18).

⁴⁶ Vertretbar wäre es auch, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG als Maßstab nur auf einfachgesetzliche Regelungen des Landesrechts anzuwenden.

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ist Teil des Homogenitätsprinzips. Das bundesstaatliche Homogenitätsprinzip setzt die Verfassungsautonomie der Länder voraus und begrenzt sie. Es gehört zum Wesen des Bundesstaates (und ist damit seinerseits durch Art. 79 Abs. 3 GG verbürgt), dass auch die Länder Verfassungen haben, die mehr als bloße Gesetze sind. Daraus folgt, dass eine Interpretation des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sensibel sein muss gegenüber den spezifisch *verfassungsrechtlichen* Ausgestaltungsspielräumen der Länder. Das ist zu bedenken, wenn Aspekte des Wahlrechts von den Ländern teils auf einfachgesetzlicher Ebene und teils auf Verfassungsebene geregelt werden. Das wird im Ergebnis dann relevant, wenn – wie hier – die Rechtsprechung bei der Auslegung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG in Fällen einfachgesetzlicher Sperrklauseln Maßstäbe entwickelt hat, die nur gegenüber dem einfachen Gesetzgeber passen und die vergleichsweise engmaschige Bindungen enthalten, die selbst dem einfachen Gesetzgeber gegenüber umstritten sind. Das ist zutreffend so beschrieben worden, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG nicht nur Homogenität, sondern Identität bedeute.⁴⁷ Aber das kann nur legitim sein, soweit solche Dogmatik Spielräume des einfachen Gesetzgebers beschränkt und unter dem Vorbehalt einer Änderung des Landesverfassungsrechts steht.

Das bedeutet hier: Eine Landesverfassung, die einen der Wahlgrundsätze als solches in Frage stellte, verstieße gegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Die Länder müssen Kommunalwahlen so ausgestalten, dass dem Grundsatz der Wahlgleichheit in plausibler Weise Rechnung getragen wird.

Die Neufassung des Art. 78 Abs. 1 LV erweist sich als plausible *Ausgestaltung* der Wahlgleichheit. Dieser Ausgestaltungswille des verfassungsändernden Gesetzgebers spiegelt sich auch in der Formulierung: Die Sperrklausel-Regelung ist ohne jedes „wenn und aber“ an die Bekräftigung der Wahlgrundsätze inklusive der Wahlgleichheit angefügt worden. Unabhängig davon, welche rechtliche Bedeutung wir dem Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zumessen, wird hier der Wille deutlich, keine zu rechtfertigende Einschränkung der Wahlgleichheit zu schaffen, sondern auf die in den Texten des Grundgesetzes ebenso wie der bisherigen Landesverfassung bisher offene Frage, was Wahlgleichheit eigentlich bedeutet und wie sie verwirklicht werden soll, eine Antwort auf Verfassungsebene zu geben.

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

⁴⁷ Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 14 Rn. 3 unter Verweis auf: Michael Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 18, der dies weder so klar ausspricht, noch die damit verbundene Frage der bundesstaatlichen Legitimität einer solchen Verengung stellt, sondern im Gegenteil von „Homogenität“ spricht.

IV.

Zum Hilfsantrag zu 2 des Antragstellers im Verfahren VerfGH 15/16

Der Vertreter der Antragstellerin im Verfahren VerfGH 15/16, Kollege Fisahn, stellt den Hilfsantrag (S. 15 der Antragsschrift v. 7.12.2016), das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und Art. 78 Abs. 1 Verfassung NRW n. F. dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Dieser Antrag ist – abgesehen davon, dass eine solche Vorlage nicht auf Antrag sondern von Amts wegen erfolgt – in sich un schlüssig:

„Sollte der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen dieser Argumentation *nicht folgen*, wird hilfsweise beantragt, dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorzulegen... Für eine Vorlage nach Art. 100 GG kommt es darauf an, dass das Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält... Die Einführung der Sperrklausel in Art. 78 Abs. 1 LVerf-NRW ist *aus den oben genannten Gründen* nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.“

Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nur zulässig, wenn das vorlegende Gericht (und nicht der Antragsteller) die vorgelegte Norm selbst für verfassungswidrig hält. Der Vertreter des Antragstellers beantragt aber eine Vorlage für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof der in der Antragsschrift dargelegten Auffassung nicht folgt.



Prof. Dr. Lothar Michael