

ZWEITER ABSCHNITT

Kommunalverfassungsrecht

Als „**Kommunalverfassungsrecht**“ wird der Inbegriff der Rechtssätze bezeichnet, die die Kreation der Organe kommunaler Gebietskörperschaften, ihre Zuständigkeiten und ihr Verfahren regeln. Kommunalverfassungsrecht ist also seinem Wesen nach Organisationsrecht, genau gesagt: das **innere Organisationsrecht** der kommunalen Gebietskörperschaften. 199

Die Kommunalgesetze der Bundesländer haben einen beträchtlichen Formenreichtum von Typen der Kommunalverfassung entwickelt, der nicht selten auf ältere Vorbilder („Ratsverfassung“, „Bürgermeisterverfassung“, „Magistratsverfassung“) zurückzuführen ist.¹ Die überkommenen Bezeichnungen der Verfassungstypen („Süddeutsche Ratsverfassung“, „Bürgermeisterverfassung“, „Norddeutsche Ratsverfassung“, „Rheinische Bürgermeisterverfassung“²) erweisen sich für eine Systematik jedoch als unergiebig, weil sie nur bestimmte (historische) Besonderheiten erfassen und die bundes- und landesrechtlichen Vorgaben vernachlässigen. Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG muss das Volk in den Ländern, **Kreisen** und **Gemeinden** eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Insofern kann es eine *Bürgermeisterverfassung* im überkommenen Sinne³ nicht mehr geben; jede Kommunalverfassung ist in erster Linie eine **Rats-(Kreis-)verfassung**. 200

Als systematisch ergiebiger erweisen sich folgende drei Fragen, die an die jeweiligen Kommunalgesetze zu richten sind: 201

1. Ist nur ein (Beschluss-)Organ vorgesehen oder tritt neben dieses ein weiteres (Ausführungs-)Organ? Im ersteren Fall würde es sich um eine **monistische** (i. e. S.: „Rats-“)Verfassung, im letzteren Fall um eine **dualistische** Verfassung handeln.
2. Sofern es sich um eine dualistische Verfassung handelt, ist zu fragen, ob die **demokratische Legitimation** beider Organe **gleich** oder **unterschiedlich** ist. Da die unmittelbare Volkswahl des Vertretungsorgans verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 57 Abs. 2 Satz 1 NV), kann es sich also nur um die Frage handeln, ob auch das Ausführungsorgan durch Volkswahl bestimmt wird oder nicht.

1 Vgl. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 307 ff; E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rdnr. 55.

2 Vgl. dazu F.-L. Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, Rdnr. 291 ff.; E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, in: Schmidt-Aßmann/Schoch. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rdnr. 55 ff.; zur überkommenen Bürgermeisterverfassung s. W. Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 97 Rdnr. 25 f.; zu neueren Klassifikationsvorschlägen: A. Bovenshulte/A. Buß, Plebiszitäre Bürgermeisterverfassungen, 1996, S. 74 f.; D. Schefold/M. Neumann, Entwicklungstendenzen der Kommunalverfassungen in Deutschland, 1996, S. 9 f.

3 Vgl. noch O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 323; demgegenüber nunmehr J. Ipsen, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HkWP, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 24 Rdnr. 8.

3. Unabhängig von der Art der Legitimation stellt sich die Frage, ob das Ausführungsorgan aus einem Amtsträger (Bürgermeister, Landrat) oder aus mehreren Amtsträgern (Magistrat) besteht. Im ersten Fall handelt es sich um ein **monokratisches**, im letzteren Fall um ein **kollegiales** (Ausführungs-)Organ.

- 202** In Niedersachsen besteht seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts vom 1. April 1996⁴ eine dualistische Kommunalverfassung, in der neben das Vertretungsorgan ein volksgewähltes monokratisches Ausführungsorgan tritt. Die Bezeichnung „Norddeutsche Ratsverfassung“⁵ kennzeichnet nur noch den monistischen Ursprung der Kommunalverfassung Niedersachsens und ist deshalb nicht länger verwendbar. Andere Kennzeichnungen („Norddeutsche Direktorialverfassung“⁶, „modifizierte Magistratsverfassung“⁷) sind in ihrem systematischen Wert ohnehin zweifelhaft (gewesen), nunmehr aber unzutreffend. Die neue niedersächsische Kommunalverfassung lässt sich zusammenfassend als **dualistische Verfassung mit (volksgewählter) monokratischer Verwaltungsspitze** kennzeichnen.
- 203** In **Niedersachsen** – und parallel in **Nordrhein-Westfalen**⁸ – ist mit der Einführung der volksgewählten Verwaltungsspitze eine Angleichung an das **süddeutsche Modell** der Kommunalverfassung festzustellen. Das süddeutsche Modell mit der Direktwahl des Bürgermeisters/Landrats hat sich damit in ganz Deutschland durchgesetzt, während die sog. „Norddeutsche Ratsverfassung“ der Vergangenheit angehört.
- 204** Die süddeutsche Ratsverfassung hat auch insofern einen Siegeszug angetreten, als das Ausführungsorgan (Bürgermeister/Landrat) monokratisch ausgestaltet ist. Nur in **Hessen** ist das Ausführungsorgan kollegial verfasst (Stadtvorstand, Gemeindevorstand). In **Rheinland-Pfalz** beschränkt sich die kollegiale Struktur auf Städte mit Stadtvorstand. Die unübersehbare Tendenz zu einer monokratischen Verwaltungsführung wird insbesondere am Beispiel **Schleswig-Holsteins** augenfällig, das nach nahezu 50 Jahren von einem kollegialen zum monokratischen Prinzip gewechselt hat.
- 205** Der für die Kommunalverfassungen der Gegenwart kennzeichnende Dualismus von Beschluss- und Ausführungsorgan weist Tendenzen auf, sich zu einem Trialismus zu entwickeln. Besonders ausgeprägt ist der Trialismus in Niedersachsen, wo der **Verwaltungsausschuss** sehr früh die Verwaltungsgeschäfte führte, während dem Gemeindedirektor erst später eine eigene

4 Nds. GVBl. S. 82.

5 Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 23 Rdnr. 9; *W. Kluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 97 Rdnr. 4f.

6 So *W. Berg*, in: *Püttner* (Hrsg.), *HkWP*, Bd. 2, S. 222.

7 Vgl. *W. Thieme*, in: *Ipsen* (Hrsg.), *Kontinuität oder Reform – Die Gemeindeverfassung auf dem Prüfstand*, S. 12f.

8 Vgl. das Gesetz zur Änderung der Kommunalverfassung vom 17. Mai 1994, GVBl. NW, S. 270; ausführlich dazu *D. Krell/N. Wesseler*, *Das neue kommunale Verfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen* (1994).

Organstellung zugewiesen wurde.⁹ Auch Nordrhein-Westfalen hat mit dem **Hauptausschuss** eine Einrichtung, die in die gleiche Richtung deutet.¹⁰ Neuere Kommunalgesetze haben ebenfalls einen Hauptausschuss eingerichtet und ihm teilweise Organqualität eingeräumt.¹¹

Der sich in nahezu allen Bundesländern abzeichnende **Triatismus** ist nicht **206** starr, sondern flexibel, weil es zwischen den einzelnen Organen jeweils einen „Austauschbereich“ gibt. Mit anderen Worten können Vertretungsorgane Entscheidungszuständigkeiten übertragen, aber auch wieder an sich ziehen. Umgekehrt können andere Organe Entscheidungen, für die sie zuständig sind, anderen Beschlussorganen zur Entscheidung vorlegen.¹² Auf diese Weise ist gewährleistet, dass Entscheidungen von größerer Tragweite eine breitere Legitimation besitzen, Routineangelegenheiten demgegenüber in einem kürzeren Verfahren erledigt werden können.

9 Vgl. dazu das Zweite Gesetz zur Änderung der Niedersächsischen Gemeindeordnung und der Niedersächsischen Landkreisordnung vom 18. April 1963, Nds. GVBl. S. 255. Zur vorherigen Rechtslage s. *H. Faber*, in: *Faber/Schneider* (Hrsg.), *Niedersächsisches Staats- und Verwaltungsrecht*, 1985, S. 246 f.; *J. Türke*, *AöR* 82 (1957), S. 301 (311) m. w. N und oben Einl., S.

10 Vgl. dazu *H. G. v. Lennep*, in: *E. Rehn/U. Cronauge/H. G. v. Lennep/H. Knirsch*, *Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen*, Loseblatt, Stand: November 2009, § 57 Anm. III., jeweils m. w. N.

11 Vgl. dazu § 49 Abs. 1 Satz 1 BbgKVerf; § 35 Abs. 1 Satz 1 KV MV; zur Diskussion um die Organqualität s. für Brandenburg *M. Nierhaus*, in: *ders.* (Hrsg.), *Kommunale Selbstverwaltung*, 1996, S. 45 (65); a. A. aber *P. Grashoff*, *Die Kommunalverfassung des Landes Brandenburg im Rechtsvergleich mit der sog. Süddeutschen Ratsverfassung*, 1999, S. 218; für Mecklenburg-Vorpommern *D. Schröder/G. Willner*, *Kommunalverfassungsrecht Mecklenburg-Vorpommern*, Loseblatt, Stand: April 2009, § 35 Anm. 3.

12 Vgl. dazu §§ 58 Abs. 3 Satz 3, 76 Abs. 2 Sätze 3 u. 4 NKomVG; s. ferner § 39 Abs. 3 Satz 2 GO BW; Art. 32 Abs. 3 BayGO; § 28 Abs. 3 Satz 1 BbgKVerf; § 41 Abs. 3 Satz 2 bis 4 Sächs. GO; § 47 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GO SAnh.

§ 5 Die Vertretung (Rat, Samtgemeinderat, Kreistag, Regionsversammlung)

I. Rechtsstellung und Zusammensetzung der Vertretung

1. Die Vertretung als kommunales Hauptorgan (§ 45 Abs. 1 Satz 1 NKomVG)

207 Das Hauptorgan der Kommune ist die **Vertretung** (§ 45 Abs. 1 Satz 1 NKomVG). In **Gemeinden** und in **großen selbständigen** und **kreisfreien Städten** trägt das Hauptorgan die Bezeichnung „**Rat**“ (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 NKomVG), in Samtgemeinden „**Samtgemeinderat**“ (§ 7 Abs. 1 Abs. 2 Nr. 3 NKomVG), in Landkreisen „**Kreistag**“ (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 NKomVG) und in der Region Hannover wird die Vertretung als „**Regionsversammlung**“ bezeichnet (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 NKomVG). Die Qualifizierung als „Hauptorgan“ entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, denn nur diese Vertretungen sind **Volkvertretungen** i. S. d. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und 57 Abs. 2 Satz 1 NV. Durch die unmittelbare Wahl wird dem Hauptverwaltungsbeamten eine der Vertretung vergleichbare Legitimation zuteil; als Organ steht er der „Volkvertretung“ indessen nach.

208 Die Einordnung als „Hauptorgan“ dient in erster Linie der Vergewisserung der Abgeordneten als Vertreter des Volkes, hat auf die Zuständigkeitsverteilung aber keine unmittelbaren Auswirkungen.¹ Insbesondere kann das Vertretungsorgan nicht unter Berufung auf seine Stellung als „Hauptorgan“ Zuständigkeiten beanspruchen, die ihm nach dem NKomVG nicht zugewiesen sind. Auch **protokollarisch** lassen sich aus dieser Vorschrift **keine Konsequenzen** ableiten, denn die repräsentative Vertretung und die Vertretung in Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten obliegen allein dem Hauptverwaltungsbeamten (§ 86 Abs. 1 NKomVG).

2. Zusammensetzung der Vertretung

209 Die Vertretung setzt sich aus den in sie gewählten **Abgeordneten** sowie **kraft Amtes** dem Hauptverwaltungsbeamten zusammen (§ 45 Abs. 1 Satz 2 NKomVG). Der Rat der Gemeinde besteht demnach aus den gewählten **Ratsherren** und **kraft Amtes** dem **Bürgermeister**, der Kreistag aus den **Kreistagsabgeordneten** sowie dem **Landrat** und die Versammlung der Region Hannover aus den **Regionsabgeordneten** und dem **Regionspräsidenten** (§ 45 Abs. 1 Sätze 2 und 3 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 1, 4 und 5 NKomVG). Der Oberbegriff für die (als solche) gewählten Abgeordneten des Vertretungsorgans **und** den Hauptverwaltungsbeamten ist der des **Mitglieds** der Vertretung (Rats- bzw. Kreistagsmitglied etc.) (§ 45 Abs. 1 Satz 2 NKomVG). Ist von „Mitgliedern der Vertretung“ die Rede, so schließt dieser Terminus folglich den Hauptverwaltungsbeamten ein.

210 Während § 31 Abs. 2 NGO und § 26 Abs. 2 NLO noch eine Differenzierung zwischen der Mehrheit von Mitgliedern und Abgeordneten vorsahen, stellt § 45 Abs. 2 NKomVG grundsätzlich auf die Mehrheit der Mitglieder der Ver-

¹ Vgl. R. Thiele, NGO, § 31 Erl. 1.

tretung ab. Wenn das NKomVG für Wahlen, Abstimmungen oder Anträge eine bestimmte Mehrheit oder Minderheit vorschreibt, ist nach dieser Vorschrift

„die durch Gesetz oder durch Satzung geregelte Zahl der **Mitglieder** zugrunde zu legen, soweit in Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist.“

Im Regelfall ist somit für Wahlen, Abstimmungen oder Anträge die Mehrheit der **Mitglieder der Vertretung** entscheidend, sodass neben den Abgeordneten auch der Hauptverwaltungsbeamte stimmberechtigt ist. 211

In § 46 Abs. 1 Satz 1 NKomVG ist die nach der Einwohnerzahl **gestaffelte Zahl** der „Ratsfrauen und Ratsherren“ in Gemeinden und Samtgemeinden festgelegt. Bei Samtgemeinden erhöht sich diese Zahl jeweils um eins (§ 46 Abs. 1 Satz 2 NKomVG). Die Zahl der Kreistagsabgeordneten ist entsprechend in § 46 Abs. 2 NKomVG geregelt. Die Zahl der Regionsabgeordneten ist auf 84 festgelegt (§ 46 Abs. 3 NKomVG). Rechnet man den Hauptverwaltungsbeamten hinzu, so ergibt sich hinsichtlich der **gesetzlichen Mitgliederzahl** kein Unterschied gegenüber früheren Regelungen (§ 32 Abs. 1 NGO a. F., § 27 Abs. 1 NLO a. F., § 35 Abs. 1 RegHanG). Eine Änderung war bereits in § 32 Abs. 1 NGO n. F. insoweit eingetreten, als die (in Niedersachsen nicht existente) Gemeindegrößenklasse von mehr als 700 000 Einwohnern weggefallen ist. 212

3. Rechtspolitischer Fortschritt

Der Verzicht auf einen **gespaltenen Mehrheitsbegriff** stellt einen rechtspolitischen Fortschritt dar. Nach bisherigem Recht richtete sich die Mehrheit im Vertretungsorgan jeweils danach, ob dem Hauptverwaltungsbeamten Stimmrecht zukam oder nicht. Im ersten Fall war von der Mehrheit der *Mitglieder* des Vertretungsorgans die Rede, in letzterem von der Mehrheit (oder Minderheit) der „Ratsfrauen und Ratsherren“ bzw. der Kreistagsabgeordneten (Regionsabgeordneten). Die diesbezügliche Regelung hatte zur Kritik herausgefordert, weil aufgrund des Gesetzeswortlauts der Eindruck entstehen konnte, dass statt des Vertretungsorgans – Rat oder Kreistag (Regionsversammlung) – die Ratsfrauen und Ratsherren (Kreistagsabgeordneten, Regionsabgeordneten) *als solche* zu beschließen in der Lage waren, wo doch Beschlüsse in jedem Fall nur vom Vertretungsorgan gefasst werden konnten.² Nach § 45 Abs. 2 NKomVG gibt es keinen gespaltenen Mehrheitsbegriff mehr; die Mehrheit (oder Minderheit) der Vertretung ist stets unter Einfluss des Hauptverwaltungsbeamten, der *Mitglied* kraft Amtes (aber nicht *Abgeordneter*) ist, zu berechnen. Damit ist gegenüber der Vorgängerverfassung ein wesentlicher Fortschritt hinsichtlich des Willensbildungsprozesses in der Vertretung erzielt worden. 213

² Vgl. J. Ipsen, Niedersächsisches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 213; ders., NdsVBl. 1996, S. 97 (100).

II. Das Kommunalwahlrecht

214 Fall 6:

NGO und NLO sahen ab 1. Januar 1981 vor, dass aus dem Amt geschiedene Hauptverwaltungsbeamte für eine weitere Wahlperiode – längstens fünf Jahre – nicht in das kommunale Vertretungsorgan gewählt werden konnten. Der in den Ruhestand getretene Gemeindedirektor G sah sich durch diese Vorschrift an der Bewerbung um ein Ratsmandat bei den Kommunalwahlen 1981 gehindert.

(nach BVerfGE 57, 43)

1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 57 Abs. 2 Satz 1 NV)

215 Wortgleich schreiben Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 57 Abs. 2 Satz 1 NV vor, dass in den Gemeinden und Landkreisen (Gemeindeverbänden)

„das Volk eine Vertretung haben (muss), die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl hervorgegangen ist“.

216 Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind für das Kommunalwahlrecht somit dieselben wie für die Bundestags- (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG), Landtagswahlen (Art. 8 Abs. 1 NV) und Europawahlen (§ 1 EuWG). Die Geltung der **Wahlrechtsgrundsätze** bedeutet nicht, dass das Kommunalwahlrecht in jeder Hinsicht dem für staatliche Parlamente geltenden Wahlrecht nachgebildet werden könnte. Der Gesetzgeber ist aufgrund der **Selbstverwaltungsgarantie** (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 57 Abs. 1 NV) gehindert, ein Listenprivileg, wie es das Bundes- (§ 27 Abs. 1 Satz 1 BWahlG) und Landeswahlrecht (§ 15 Abs. 1 Satz 1 NLWG) sowie das Europawahlrecht (§ 8 Abs. 1 EuWG) kennen, einzuführen.³ Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 28 Abs. 2 GG überdies gefolgert, dass in einem Kommunalwahlgesetz auch ortsgebundenen, lediglich kommunale Interessen verfolgenden Wählergruppen („Rathausparteien“) das Vorschlagsrecht und deren Kandidaten eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen gewährleistet sein müssen.⁴ Nachdem das **Bundesverfassungsgericht** in ständiger Rechtsprechung die Einführung von **Sperrklauseln** als mit dem Grundsatz der **Wahlrechtsfreiheit** für vereinbar erklärt hatte⁵, hat es in jüngster Zeit eine **Neubewertung** vorgenommen. Angesichts des Umstandes, dass Sperrklauseln den **Erfolgswert** der Stimmen entfallen lassen, die für die unter sie fallenden Listen abgegeben worden sind, hat das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an die **Rechtfertigung** von **Sperrklauseln** auf **kommunaler Ebene** erhöht.⁶ Eine Sperrklausel soll im Kommunalwahlrecht nur noch zulässig sein, wenn aufgrund einer **Prognoseentscheidung** des Gesetzgebers die Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane beeinträchtigt wäre.⁷

3 Vgl. BVerfGE 11, 266 (273 ff.); 11, 351 (363 ff.); 13, 1 (13 f.).

4 Vgl. BVerfGE 11, 266; 11, 351 (364); 13, 1 (13).

5 Vgl. BVerfGE 6, 104 (112 ff.); 6, 121 (130); 11, 266 (277); 13, 1 (19).

6 Vgl. bereits BVerfGE 107, 286 (296).

7 So BVerfGE 120, 82 (113 ff.); ausführlich zum Ganzen: *J. Ipsen*, Nds. Verf., Art. 57 Rdnr. 31.

2. Aktives und passives Wahlrecht (§§ 48, 49 NKomVG)

Wahlberechtigt ist bei Kommunalwahlen jeder **Deutsche** und jeder Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union (**Unionsbürger**), der am Wahltag das 16. Lebensjahr vollendet hat und seit mindestens drei Monaten seinen Wohnsitz in der Kommune hat (§ 48 Abs. 1 Satz 1 NKomVG). Mit der Erweiterung des Wahlrechts auf die Unionsbürger hat der Landesgesetzgeber die zu Art. 8 b a. F. EGV ergangene Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft⁸ umgesetzt.⁹ Die ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht gegen das Kommunalwahlrecht von Ausländern erhobenen Bedenken¹⁰ sind nach der Neufassung des Art. 28 Abs. 1 GG¹¹ gegenstandslos. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht einer Erweiterung des Kommunalwahlrechts auf andere ausländische Staatsangehörige als die Unionsbürger jedoch nach wie vor entgegen.¹²

217

Das **passive Wahlrecht** steht allen Einwohnern mit deutscher Staatsangehörigkeit und allen Unionsbürgern zu, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und seit mindestens sechs Monaten in dem Gebiet der Kommune wohnen (§ 49 Abs. 1 Satz 1 NKomVG). Vom aktiven Wahlrecht **ausgeschlossen** sind Gemeindeeinwohner, denen zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten oder aller Angelegenheiten mit Ausnahme der in § 1894 Abs. 4 und § 1905 BGB bezeichneten Angelegenheiten ein Betreuer bestellt ist (§ 48 Abs. 2 Nr. 1 NKomVG), denen das Wahlrecht durch Richterspruch aberkannt ist (§ 48 Abs. 2 Nr. 2 NKomVG, § 45 Abs. 5 StGB) bzw. die aufgrund besonderer Voraussetzungen in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind (§ 48 Abs. 2 Nr. 3 NKomVG). Diese Personengruppen besitzen auch nicht das passive Wahlrecht, das überdies infolge besonderen Richterspruchs wegfallen kann (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 und 2 NKomVG). Unionsbürger sind ferner nicht wählbar, wenn sie nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates infolge einer richterlichen Entscheidung die Wählbarkeit nicht besitzen (§ 49 Abs. 2 Nr. 3 NKomVG).

218

Im Ausgangsfall hat der Landesgesetzgeber den Versuch unternommen, das passive Wahlrecht von aus dem Amt geschiedenen Hauptverwaltungsbeamten für eine gewisse Dauer auszuschließen.¹³ Nach Art. 137 Abs. 1 GG kann die Wählbarkeit von Beamten und anderen Angehörigen des öffentlichen Dienstes im Bund, in den Ländern und in den Gemeinden gesetzlich beschränkt werden. Der mit dieser Vorschrift bezweckte Schutz der Gewaltenteilung setzt jedoch voraus, dass der Beamte noch ein Amt ausübt, das Interessenkonflikte heraufbeschwören kann. Das ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bei Ruhestandsbeamten nicht denkbar.¹⁴

219

8 Vgl. Richtlinie 94/80/EG vom 19. 12. 1994 (ABl. EG Nr. L 368).

9 Vgl. ausführlich hierzu *J. Ipsen*, Nds. Verf., Art. 57 Rdnr. 33.

10 BVerfGE 83, 37; 83, 60.

11 38. ÄndG vom 21. 12. 1992 (BGBl. I S. 2086).

12 Vgl. *M. Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 28 Rdnr. 26.

13 Vgl. § 1 Nr. 2 des Siebten Gesetzes zur Änderung der Niedersächsischen Gemeindeordnung und der Niedersächsischen Landkreisordnung vom 18. 10. 1980 (Nds. GVBl. S. 385).

14 Vgl. BVerfGE 57, 43 (62 f.).

Art. 137 Abs. 1 GG gestattet überdies nur **Inkompatibilitäts-**, nicht aber **Ineligibilitätsregelungen**.¹⁵ Während Inkompatibilitätsregelungen für den Bewerber die Entscheidung zwischen Amt und Mandat offen lassen, zielen Ineligibilitätsvorschriften darauf ab, die Bewerbung um ein Mandat von vornherein auszuschließen.¹⁶ Da die in Art. 137 Abs. 1 GG statuierte Ausnahme vom Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit tatbestandlich nicht vorlag, wurde die angegriffene Vorschrift (§ 35 Abs. 2 Nr. 4 NGO a. F.) für nichtig erklärt.¹⁷

3. Wahlsystem

- 220** Die kommunalen Vertretungsorgane werden nach einem mit der Personewahl verbundenen **Verhältniswahlrecht** (§ 4 Abs. 2 Satz 1 NKWG) auf die Dauer von **fünf Jahren** gewählt (§ 47 Abs. 2 Satz 1 NKomVG). Die nächste Wahlperiode beginnt am 1. November 2011 (§ 47 Abs. 2 Satz 2 NKomVG). Das Verhältniswahlrecht erfordert eine mathematische Operation, mit deren Hilfe die im Wahlgebiet auf einen Wahlvorschlag entfallenen Wählerstimmen in Mandate umgerechnet werden.¹⁸ Der Niedersächsische Landesgesetzgeber hat sich nach einem mehrfachen Wechsel zwischen Höchstzahlverfahren (d'Hondt) und Proportionalverfahren (Hare/Niemeyer) nunmehr wieder auf das **Proportionalverfahren** festgelegt (§ 36 Abs. 2 NKWG¹⁹). Nach Auffassung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs sind beide Verfahren verfassungsmäßig. Es sei der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen, welches Verfahren er für die Zuteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge bestimme.²⁰
- 221** Da das Niedersächsische Kommunalwahlrecht – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – **keine Sperrklausel** enthält, erhalten Parteien, Wählervereinigungen oder Einzelbewerber ein Mandat, wenn sie im Rahmen des Proportionalverfahrens zu berücksichtigen sind. Im Proportionalverfahren wird die Zahl der gültigen Stimmen, die ein Wahlvorschlag erhalten hat, mit der Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze vervielfacht und durch die Zahl der gültigen Stimmen für alle Wahlvorschläge geteilt (§ 36 Abs. 2 Satz 2 NKWG). Jeder Wahlvorschlag erhält zunächst so viele Sitze, wie ganze Zahlen auf ihn entfallen (§ 36 Abs. 2 Satz 3 NKWG). Die weiteren noch zu vergebenden Sitze sind den Wahlvorschlägen in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile zuzuteilen (§ 36 Abs. 2 Satz 4 NKWG). Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das von der Wahlleitung zu ziehende Los (§ 36 Abs. 2 Satz 5 NKWG). Bei Wahlvorschlägen von Parteien und Wählergruppen wird als Stimmenzahl des Wahlvorschlags die Gesamtzahl der für die Liste und für ihre Bewerber abgegebenen Stimmen zugrunde gelegt (§ 36 Abs. 2 Satz 6 NKWG). Abweichend von § 36 Abs. 2 Sätze 4 und 5 NKWG erhält der Wahlvorschlag einer Partei oder Wählergruppe, der mehr als die Hälfte der gültigen Stimmen, aber nicht mehr als die

15 Vgl. BVerfGE 12, 73 (77); 57, 43 (66 f.).

16 So BVerfGE 57, 43 (67).

17 BVerfGE 57, 43 f.

18 Für Bundestagswahlen vgl. *J. Ipsen*, Staatsrecht I, 22. Aufl. 2010, Rdnr. 63 ff.

19 In der Fassung vom 24. 2. 2006 (Nds. GVBl. S. 91), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 11. 2010 (Nds. GVBl. S. 510).

20 Nds. StGHE 1, 335 = DVBl. 1978, 139; vgl. hierzu *J. Ipsen*, Nds. Verf., Art. 57 Rdnr. 32.

Hälfte der insgesamt zu vergebenden Sitze erhalten hat, von den nach Zahlenbruchteilen zu vergebenden Sitzen vorab einen weiteren Sitz (§ 36 Abs. 3 NKWG).

Die niedersächsischen Kommunalwahlen haben ihren Charakter als „Personenwahl“ (§ 4 Abs. 2 Satz 1 NKWG) partiell eingebüßt. Der Wähler kann seine **drei Stimmen** (§ 4 Abs. 3 NKWG) alternativ einer Liste oder einem Bewerber geben (§ 30 Abs. 2 Satz 2 NKWG). Sofern mehr Stimmen als eine Stimme auf eine Liste *oder* einen Bewerber entfallen, werden sie „kumuliert“. Die Stimmen können auch auf Bewerber derselben Liste oder verschiedener Listen, auf Listen- und Einzelbewerber, auf verschiedene Listen sowie auf Listenbewerber dieser oder anderer Listen und Einzelbewerber aufgeteilt („panaschiert“) werden (§ 30 Abs. 2 Satz 2 NKWG). An die Reihenfolge der Bewerber innerhalb der Liste ist der Wähler nicht gebunden (§ 30 Abs. 2 Satz 3 NKWG). Mit der Stimmabgabe zugunsten von Bewerbern (und nicht einer Liste) entscheidet der Wähler also gleichzeitig über die Reihenfolge innerhalb der Wahlvorschläge (§ 36 Abs. 5 Satz 1 NKWG). Im Gegensatz zum Bundestags- und Landtagswahlrecht gibt es also keine starre Liste, die von Parteigremien bindend beschlossen würde; die Reihenfolge sowohl der zu berücksichtigenden Bewerber als auch der Ersatzperson (§ 38 Abs. 2 NKWG) wird durch die Stimmabgabe des Wählers zugunsten der Bewerber bestimmt.

222

Eine grundsätzliche Änderung gegenüber dem früheren Wahlsystem liegt darin, dass bei der Besetzung der Sitze, die auf einen Wahlvorschlag entfallen, zwischen der Gesamtheit der auf die **Listenbewerber** entfallenden Stimmen und der für die **Liste** selbst abgegebenen Stimmen unterschieden wird. Aus der Gesamtheit der Stimmen für die einzelnen Listenbewerber und den auf die Liste selbst entfallenden Stimmen wird durch das Proportionalverfahren ermittelt, welche Sitzzahl der Liste als solcher zufällt und wie viele Sitze den Listenbewerbern nach Maßgabe der Gesamtheit der für die Bewerber abgegebenen Stimmen zustehen (§ 36 Abs. 4 NKWG). Die Sitze, die danach auf die Listenbewerber entfallen, werden den Bewerbern in der Reihenfolge der höchsten Stimmenzahlen zugeteilt (§ 36 Abs. 5 Satz 1 NKWG). Sofern mehr Sitze zu verteilen als Listenbewerber vorhanden sind, die Stimmen erhalten haben, gehen die weiteren Sitze auf die Liste als solche über (§ 36 Abs. 5 Satz 5 NKWG). Die auf die Liste (als solche) entfallenden Sitze werden den Listenbewerbern in der Reihenfolge zugeteilt, in der sie in der Liste aufgeführt sind (§ 36 Abs. 6 Satz 1 NKWG). Dabei bleiben diejenigen Bewerber, die schon nach Abs. 5 einen Platz erhalten haben, außer Betracht (§ 36 Abs. 6 Satz 2 NKWG). In der Konsequenz deutet dieses Wahlsystem einen Schritt fort von der Personen- zur Listenwahl, wobei allerdings die Gewichtsverteilung zwischen beiden Elementen durch den Wähler zu bestimmen ist. Als praktische Folge dürfte der Einfluss der Partei- (und Wählergruppen-)Gremien gewachsen sein, weil eine gewisse Zahl von Mandaten voraussichtlich „über die Liste“ zugeteilt wird.

223

Ohne Vorbild ist die differenzierte **Regelung** über die **Gültigkeit von Stimmen** (§ 30 a NKWG). Die Bestimmung, dass die Abgabe von weniger als drei Stimmen die Gültigkeit nicht berührt, die Abgabe von mehr als drei Stimmen

224

hingegen zur Ungültigkeit führt (§ 30 a Abs. 1 Satz 1 und 2 NKWG), versteht sich von selbst. Eine spezielle Regelung ist für den Fall getroffen worden, dass *mehr* als drei Stimmen abgegeben werden, diese aber auf Bewerber derselben Liste *und* die Liste selbst entfallen. In diesem Fall sind nur die für die Liste abgegebenen Stimmen ungültig, durch die die Gesamtheit von drei Stimmen überschritten wird (§ 30 a Abs. 1 Satz 3 NKWG). Ob die so differenzierte Regelung zwischen im Übrigen gleichwertigen Stimmen dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit entspricht, ist nicht völlig zweifelsfrei.

- 225** Nach neuer Rechtslage bilden Wahlgebiete, in denen bis zu **33 Vertreter** (nach alter Rechtslage waren es 19 Vertreter) zu wählen sind, einen Wahlbereich (§ 7 Abs. 2 NKWG). In zwei Wahlbereiche aufgeteilt werden können Wahlgebiete, in denen die Zahl der zu wählenden Vertreter mindestens 34 (früher 20) und höchstens 39 (früher 31) beträgt (§ 7 Abs. 3 NKWG). Alle anderen Wahlgebiete sind in mehrere Wahlbereiche einzuteilen, wobei die Mindest- und Höchstzahl der in einem Wahlgebiet zu bildenden Wahlbereiche bemessen nach der Zahl der zu wählenden Vertreter festgesetzt ist (§ 7 Abs. 4 NKWG). Besteht das Wahlgebiet aus nur einem „**Wahlbereich**“ (§ 7 Abs. 2 NKWG), so sind die Mandate nach dem Proportionalverfahren auf die einzelnen Wahlvorschläge zu verteilen (§ 36 Abs. 2 NKWG). Ist das Wahlgebiet in mehrere Wahlbereiche geteilt (§ 7 Abs. 3 und 4 NKWG), so findet eine doppelte mathematische Operation statt. Zunächst werden die Gesamtstimmenzahlen der Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerber im Wahlgebiet festgestellt und die insgesamt zu vergebenden Mandate nach dem Proportionalverfahren zugeteilt (§ 37 Abs. 2 NKWG). Da die Wahlvorschläge nur für die Wahl in einem Wahlbereich gelten (§ 21 Abs. 3 Satz 2 NKWG), muss innerhalb der Parteien oder Wählergruppen noch einmal der Anteil der auf die einzelnen Wahlvorschläge entfallenden Sitze ermittelt werden. Diese „interne“ Zuteilung wird ebenfalls im Proportionalverfahren vorgenommen (§ 37 Abs. 3 NKWG). Soweit nicht genügend Bewerber auf dem jeweiligen Wahlvorschlag vorhanden sind, fallen diese Sitze den Bewerbern der Partei oder Wählergruppe in den anderen Wahlbereichen zu, die dort keinen Sitz erhalten (§ 37 Abs. 5 Satz 1 NKWG).

III. Das kommunale Mandat

1. Inkompatibilitätsregelungen

- 226** **Fall 7:**
A ist Angestellter des niedersächsischen Landkreises D, dessen Sozialamt er leitet. Er beabsichtigt, für den Rat der kreisangehörigen Stadt S zu kandidieren, und bittet um Prüfung, ob er daran gehindert wäre, das Mandat anzunehmen.

(nach BVerfGE 58, 177)

- 227** Mit dem Gesetz zur Reform des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts vom 1. April 1996²¹ waren die strikten Inkompatibilitätsregelungen in der Niedersächsischen Gemeindeordnung nicht unerheblich **geloockert** worden. Der Gesetzgeber folgte damit den Empfehlungen der Enquête-Kommis-

21 Nds. GVBl. S. 82.