

E: 30.01.08 co

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/2784

Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Landtag Schleswig-Holstein

Karl-Martin Hentschel
Fraktionsvorsitzender

Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN • Düsternbrooker Weg 70 • 24105 Kiel

An den
Vorsitzenden des Innen- und
Rechtsausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtags
Herrn Werner Kalinka, MdL

Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Zentrale: 0431/988-0

Durchwahl: 0431/988-1512

Telefax: 0431/988-1501

e-mail:

<Karl-Martin.Hentschel@gruene.ltsh.de>

homepage: www.karl-martin-hentschel.de

www.gruene-landtag-sh.de

im Hause

Kiel, den 29. Januar 2008

Berücksichtigung von Zählgemeinschaften bei Ausschussbesetzungen

Sehr geehrter Herr Kalinka,

das anliegende Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes zur Bildung von Zählgemeinschaften bei der gemeindlichen Ausschussbesetzung gebe ich Ihnen hiermit zur Kenntnis.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass ein Erlass des Innenministeriums aus dem Jahr 2004 zu dieser Thematik als rechtlich problematisch anzusehen ist.

Ich schlage daher vor, dass der Innen- und Rechtsausschuss sich mit der Angelegenheit befasst und den Innenminister um eine Stellungnahme bittet, damit rechtzeitig vor der Konstituierung neuer Gemeindevertretungen die rechtlichen Fragen geklärt werden können.

Mit freundlichen Grüßen

Karl-Martin Hentschel

BÜNDNIS 90
DIE GRÜNEN

Grüne

**Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN
Herrn Karl-Martin Hentschel, MdL

im Hause

**Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: L 201 – 196/16
Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in:
Prof. Dr. Johannes Caspar**

**Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0431) 988-1250
johannes.caspar@landtag.ltsh.de**

14. Januar 2008

Berücksichtigung von Zählgemeinschaften bei Ausschussbesetzungen

Sehr geehrter Herr Hentschel,

zu Ihrer Frage betreffend die Zulässigkeit der Bildung von Zählgemeinschaften bei der Wahl kommunaler Ausschüsse nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Zur Zulässigkeit von Zählgemeinschaften

Gegenwärtig ist in Schleswig-Holstein weder auf der Gemeinde- noch auf der Kreisebene der Zusammenschluss von Fraktionen zu Zählgemeinschaften zur Wahl kommunaler Ausschüsse gesetzlich ausgeschlossen noch eingeschränkt (vgl. § 46 Abs. 1 Gemeindeordnung [GO]; § 41 Abs. 1 Kreisordnung [KrO]). Im Rahmen des Verfahrens der Ausschussbesetzung ist lediglich bestimmt, dass jede Fraktion zur Abwendung des Meiststimmenverfahrens die Durchführung der Verhältniswahl verlangen kann.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Grundsatzentscheidung vom Dezember 2003 die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Besetzung von Ausschüssen des Bundestages auf die Ebenen der Kommunen übertragen. Damit gilt auch für die Gemeindevertretungen und deren Ausschüsse der aus dem Prinzip der demokratischen Repräsentation folgende Grundsatz, dass jeder Ausschuss des Parlaments ein verkleinertes Bild des Plenums sein müsse (BVerwG, DVBl. 2004, S. 439 ff; sowie nunmehr OVG Sachsen, Urteil vom 15.03.2005 – 4 B 436/04 -, Juris; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 04.02.2005 – 10 ME 104/04 -, Juris; vgl. zur Spiegel-

bildlichkeit des Stärkeverhältnisses der Mitglieder des Bundestages zuletzt BVerfGE 112, 118 ff). Aus dem Demokratieprinzip folgt eine Beschränkung von Zählgemeinschaften bei der Besetzung von Ausschüssen dahin, dass das Wahlergebnis nicht lediglich das Zahlenverhältnis des hinter dem gemeinsamen Wahlvorschlag stehenden Zusammenschlusses von Fraktionen, sondern die aus der Urwahl hervorgehende Zusammensetzung des Plenums und damit das darin wirksame politische Meinungs- und Kräftespektrum abbilden muss.

Der Wissenschaftliche Dienst hat bereits in einem von Ihnen in Auftrag gegebenen Gutachten vom 30. April 2004, das sich dezidiert mit den Rechtsfolgen des o. g. Urteils des Bundesverwaltungsgerichts für die Besetzung kommunaler Ausschüsse in Schleswig-Holstein beschäftigt, festgestellt, dass Zusammenschlüsse von Fraktionen in Gemeindevertretungen zur Erringung von Ausschussmandaten auch nach Maßgabe dieser neuen Rechtsprechung **nicht grundsätzlich unzulässig** sind:

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes folgt aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht, dass zwingend jeder denkbare Zusammenschluss zu Zählgemeinschaften dem Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG widerspricht. Vielmehr ist dies nur der Fall, wenn es durch den Zusammenschluss zu Zählgemeinschaften zu einer Verkehrung der Mehrheitsverhältnisse oder zu einer mathematischen Verschiebung der Sitzverteilung zu Lasten der Minderheiten komme (Wissenschaftlicher Dienst, Gutachten über Rechtsfolgen aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 8 C18. 03 vom 30. April 2004, S. 5, als Anlage beigefügt). Diese rechtliche Bewertung beruht auf einer Analyse des aus dem demokratischen Repräsentationsgrundsatzes abgeleiteten Prinzips der Spiegelbildlichkeit, das neben der Absicherung der Funktionsfähigkeit der Arbeit in den Gremien vornehmlich als formales Prinzip des Minderheitenschutzes zu verstehen ist und als solches zu verhindern beabsichtigt, dass durch die Zusammenschlüsse von Fraktionen die Sitzverteilung zu Lasten der Minderheiten in den Gemeindevertretungen verschoben wird. Ausdrücklich stellt das Bundesverwaltungsgericht fest: „Eine Zählgemeinschaft seitens der Mehrheit darf die Zusammensetzung der Ausschüsse nicht zu Lasten einer Minderheit ändern. Ansonsten wird der Minderheitenschutz missachtet dem – wie das OVG ausführt – die Bestimmungen über die Besetzung von Ratsausschüssen – hier § 50 Abs. 3 Satz 3 GO NRW – dienen.“ (BVerwG, DVBl. 2004, 439, 441).

Dieses Verständnis des Grundsatzes der Spiegelbildlichkeit teilt auch das OVG Schleswig, das jüngst ausführte: „Zählgemeinschaften widersprechen deshalb nicht zwingend dem bundesverfassungsrechtlichen Demokratiegrundsatz. Ein Widerspruch

und damit ein Verstoß gegen Verfassungsrecht entsteht erst, wenn es zu einer mathematischen Verschiebung der Sitzverteilung aufgrund der Zählgemeinschaften zu Lasten der Minderheit kommt. Nur dann ist nämlich das Spiegelbild verzerrt.“ [OVG SH, 2. Senat, Urteil vom 15. März 2006 – 2 LB 48/05 -, SchlHA 2007, S. 70, 71 mit ausdrücklichem Verweis auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages).

Letztlich ist auch die gesetzgeberische Konzeption bei der Ausschussbesetzung in §§ 46 Abs. 1 , 40 Abs. 4 GO, die eine freie Wahl der Ausschussmitglieder, nicht etwa – wie an anderen Stellen der GO (vgl. § 33 Abs. 2 GO, §§ 57 e Abs. 1 und 62 Abs. 3 GO) ein an die Fraktionsstärke gebundenes Vorschlagsrecht vorsieht - mit einem schematischen Verständnis des Spiegelbildlichkeitsgrundsatzes im Grundsatz unvereinbar. Denn wenn tatsächlich die Ausübung des freien Mandats der Mitglieder der Vertretungskörperschaft bei der Besetzung der Ausschüsse entscheiden soll, muss nach der gesetzlichen Regelung Raum bleiben für ein abweichendes Wahlverhalten der einzelnen Gemeindevertreter. Der Gesetzgeber hat damit in Kauf genommen, dass die Stimmabgabe bei der Wahl zu den Ausschüssen von dem Stärkeverhältnis der Fraktionen in der Gemeindevertretung abweichen kann. Ein streng am Spiegelbildlichkeitsgrundsatz ausgerichtetes Verfahren hätte demgegenüber eine gesetzliche Regelung erforderlich gemacht, wonach die Ausschusssitze unmittelbar nach Maßgabe der Stärkeverhältnisse der Fraktionen verteilt werden.

2. Zur Behandlung unterschiedlicher Fallkonstellationen

2.1 Unechte Zählgemeinschaften

So genannte **unechten Zählgemeinschaften** liegen vor, wenn die Fraktionen nach außen ausdrücklich keinen gemeinsamen Wahlvorschlag abgeben, intern jedoch Absprachen über eine von der Fraktionszugehörigkeit abweichende Stimmabgabe getroffen haben. Vor dem Hintergrund eines frei ausgeübten Mandats bei der Bestimmung der Ausschussmitglieder wird mit Recht darauf hingewiesen, dass in der Regel derartige Absprachen nicht nachweisbar seien und bei geheimen Abstimmungen gar nicht erkennbar werde, wie die Abstimmung durch die Mitglieder der Vertretung erfolge bzw. welchem Wahlvorschlag die Stimmen zuzuordnen seien (in diesem Sinne Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, Kommentar 5. Aufl., § 40, S. 294). Daraus folgt, dass nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen der Ausschussbesetzung ein nicht nach außen dokumentiertes Abstimmungsverhalten eines

oder mehrerer Gemeindevertreter auch für die von einer fremden Fraktion aufgestellte Liste grundsätzlich zulässig sein muss.

Der Wissenschaftliche Dienst hat zu der von Ihnen aufgeworfenen Frage, ob und inwieweit bei unechten Zählgemeinschaften eine vom Grundsatz der Spiegelbildlichkeit abweichende Stimmabgabe zulässig ist, mit Gutachten vom 23. Juli 2007 Stellung genommen. Die Ausführungen kommen zu dem Ergebnis, dass ebenso wie bei unechten Zählgemeinschaften eine Ausschussbesetzung dann gegen das Gebot der Spiegelbildlichkeit verstößt, wenn dadurch das Prinzip des Minderheitenschutzes beeinträchtigt wird (Wissenschaftlicher Dienst, Gutachten vom 23.7.2007, S. 3). Damit wäre jedenfalls eine Absprache zwischen mindestens zwei Fraktionen, die dazu führte, dass eine dritte Fraktion **ihren einzigen Sitz** in dem Ausschuss verlöre, mit dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit nicht vereinbar.

2. 2 Zulässigkeitsvoraussetzungen bei echten Zählgemeinschaften

Soweit mehrere Fraktionen oder Einzelvertreter **gemeinsame Listen** zur Wahl der Ausschussmitglieder in Gemeindevertretungen bzw. Kreistagen aufstellen (sog. echte Zählgemeinschaften), ist jedenfalls eine Zählgemeinschaft, die der Minderheit eröffnet, zumindest einen Sitz in den Ausschüssen zu erlangen, was sie ohne eine Listenverbindung nicht erreicht hätten, verfassungsrechtlich unter einschränkenden Kautelen zulässig.

Voraussetzung hierfür ist, dass

- die bestehenden Mehrheitsverhältnisse in der Gemeindevertretung durch den Zusammenschluss zu einer Zählgemeinschaft in den Ausschüssen nicht unterlaufen werden und
- dass die Aufstellung einer gemeinsamen Liste nicht dazu führt, dass eine andere Fraktion den ihr ohne das Zusammenwirken rechnerisch zustehenden einzigen Sitz verliert.
- Einschränkend sollte ferner eine Zählgemeinschaft nur den Zusammenschluss von solchen Fraktionen ermöglichen, die jeweils ohne einen Zusammenschluss keinen Sitz im Ausschuss erhalten würden, sodass sich also nur „kleine mit kleinen“, nicht aber „kleine mit großen“ oder gar „große mit großen Fraktionen“ verbinden können (in

diesem Sinne mit Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts BayVGH 4 BV 03 117, Urteil vom 17. März 2004, S. 11).

Eine derartige Zählgemeinschaft bewirkt zwar, dass die Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Ausschüsse nicht exakt den Mehrheitsverhältnissen der Gemeindevertretung entsprechen. Dies ist jedoch in dem begrenzten Umfang der vorgeschlagenen Konstellation verfassungsrechtlich unproblematisch: Zum einen kann **kein** Wahlsystem die Spiegelbildlichkeit bei der Ausschussbesetzung in letzter Konsequenz herstellen, da bei jedem Berechnungsverfahren Fraktionen zwangsläufig z.T. über- zum Teil unterrepräsentiert werden. Zum anderen führt eine moderate Abweichung von Vorgaben der Fraktionsstärke bei der Ausschussbesetzung zu keiner Verfälschung des Wählerwillens, sondern ermöglicht eine freie Ausübung des Mandats als wesentliches Element des Repräsentationsprinzips (vgl. Niedersächsisches OVG 10 ME 104/04 vom 4. Februar 2005, Juris Rn. 7, das gegen eine unzulässige Zählgemeinschaft die Befugnis der gewählten Ratsmitglieder zur Bildung von Fraktionen und Gruppen einwendet). In diesem Sinne verstößt auch die Gewährung eines Grundmandats an Fraktionen, die bei der Verteilung nach der Fraktionsstärke keinen Ausschusssitz erhalten (vgl. etwa § 13 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Landtags für die Sitzverteilung in Ausschüssen) nicht gegen die Grundentscheidung der Verfassung für die Prinzipien der Volkssouveränität und der Demokratie.

Letztlich steht die hier vorgeschlagene Option im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht, das ausdrücklich darauf hinweist, es sei verfassungsrechtlich zulässig, dass Mitglieder einer Fraktion Kandidaten anderer Fraktionen wählen, wenn durch die Gestaltung des Wahlverfahrens die Grundentscheidung der Verfassung für die Prinzipien der Volkssouveränität und Demokratie auch auf der Ebene der Gemeinden respektiert werde (BVerwG, DVBl. 2004, 439, 441). Davon kann mit Blick auf die unter den hier beschriebenen Voraussetzungen zulässigen Zählgemeinschaft ausgegangen werden.

Von unserer Auslegung weicht jedoch die Auffassung ab, die das Innenministerium in seinem Erlasses vom 5. März 2004 vertritt: Danach ist die Einreichung eines gemeinsamen Wahlvorschlages im Rahmen der Verhältniswahl bereits unzulässig, wenn hierdurch eine andere Fraktion, die an dem Wahlvorschlag nicht beteiligt ist, einen Nachteil erleidet. Dies sei immer der Fall, „wenn die andere Fraktion als Folge der Zählgemeinschaft weniger Sitze erhält, als dies der Fall wäre, wenn jede Fraktion einen eigenen Vorschlag vorlegen würde.“ abgedruckt in Bracker/Dehn, Gemeindeordnung, § 40, S. 293)

Ausdrücklich weist der Kommentator zur Gemeindeordnung darauf hin, dass der Erlass problematisch sei, „weil er aufgrund eines nicht allgemein verbindlichen Urteils, das einen Einzelfall und keine Normenkontrolle zum Gegenstand hatte, eine so einschneidende und den Wortlaut des Gesetzestextes beschränkende neue Auslegung der Vorschrift vornimmt.“ Eine derartig gewichtige Frage dürfe nicht im Erlasswege geregelt werden, sondern bedürfe einer förmlichen Änderung des Gesetzes (Dehn, in: Bracker/Dehn, a.a.O., § 40, S. 294). Tatsächlich lässt sich nicht nur bezweifeln, dass der Erlass die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend wiedergibt, sondern auch, ob die restriktiven Vorgaben, die er enthält, durch die gesetzlichen Bestimmungen von § 40 Abs. 4, § 46 Abs. 1 GO abgedeckt werden.

Sollten Sie weitere Fragen haben, stehen wir Ihnen – wie immer – gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

(Prof. Dr. Johannes Caspar)