

# Die Verflechtungsfalle des Europawahlrechts: Nationale Ratifikationen des geänderten EU-Direktwahlakts mit obligatorischer Sperrklausel und ihre rechtlichen Hürden

Thomas Giegerich\*

## Inhalt

I. Europawahlrecht: Eine Gemengelage zwischen Unionsrecht und nationalem Recht	146
1. Unionsrechtlicher Anteil am Europawahlrecht	146
a) Repräsentationsprinzip und individuelles Europawahlrecht	146
b) Degressiv-proportionale Zusammensetzung des EP	147
c) Bewältigung des Brexit bei der Europawahl	148
2. Deutscher und EMRK-Anteil am Europawahlrecht	149
3. Die Schlüsselfunktion des Direktwahlakts (DWA)	149
a) Inhalt und Verfahren zum Erlass und zur Änderung des DWA	149
b) Rechtsnatur des DWA und seiner Änderungen: Sekundärrechtsakte mit mitgliedstaatlichem Ratifikationsvorbehalt	150
II. Sperrklauseln im Europawahlrecht insbesondere in Deutschland	152
III. Auf EU-Ebene beschlossene Änderungen des DWA	153
1. Vorstoß des Europäischen Parlaments	153
2. Einigung von Rat und Europäischem Parlament	154
a) Verfahrensablauf	154
b) Überblick über die Änderungen des DWA	155
IV. Insbesondere: Die neue obligatorische Sperrklausel	156
1. Kompromiss zwischen Rat und Europäischem Parlament	156
2. Vereinbarkeit des Kompromisses mit höherrangigem Recht	158
a) Unionsrecht und ZP-EMRK	158
b) Relevante Vorgaben des Grundgesetzes	159
3. Wie weit reicht die Verdrängungswirkung des neuen Art. 3 DWA in Bezug auf die grundgesetzliche Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien?	161
V. Ergebnis: Die Hypothek dysfunktionaler europäischer Entscheidungsverfahren	163

\* Dr. Thomas Giegerich LL.M. (Virginia) ist Direktor des Europa-Instituts und Professor für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Universität des Saarlandes.

## I. Europawahlrecht: Eine Gemengelage zwischen Unionsrecht und nationalem Recht

Die für Mai 2019 vorgesehene 9. Direktwahl des Europäischen Parlaments (EP) wirft ihren Schatten voraus: Wird dann in Deutschland wieder eine Sperrklausel gelten?<sup>1</sup> Die Antwort ergibt sich aus einer rechtlichen Gemengelage zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, wie sie das Europawahlrecht prägt. Danach wird eine Sperrklausel wahrscheinlich erst zur Europawahl 2029 kommen, wie näher darzulegen ist.

### 1. Unionsrechtlicher Anteil am Europawahlrecht

Der unionsrechtliche Anteil am Europawahlrecht besteht aus einigen primärrechtlichen Grundregeln in Art. 14 EUV, Art. 20 Abs. 2 Buchst. b und Art. 22 Abs. 2 AEUV sowie Art. 39 GRC und ergänzendem Sekundärrecht.

#### a) Repräsentationsprinzip und individuelles Europawahlrecht

Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 EUV bestimmt undeutlicher als die entsprechende Vorschrift in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG für die Bundestagsabgeordneten, dass alle Europaabgeordneten ungeachtet ihrer Nationalität und Parteizugehörigkeit Vertreter aller Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in der gesamten Union sind, und nicht nur der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in demjenigen Mitgliedstaat, in dem sie gewählt wurden. Nur mithilfe eines so verstandenen Repräsentationsprinzips lässt sich im repräsentativ-demokratischen System der EU<sup>2</sup> die unionsweite demokratische Legitimität von EU-Rechtsakten begründen, die inzwischen standardmäßig mit qualifizierter Mehrheit im Rat und einfacher Mehrheit im EP verabschiedet werden.<sup>3</sup> Diese Legitimität muss auch den überstimmten Mitgliedstaaten und ihren Völkern gegenüber gewährleistet sein, und das gelingt nur mittels eines solchen Repräsentationsprinzips.

Art. 39 GRC garantiert in seinem Abs. 1 im Einklang mit Art. 20 Abs. 2 Buchst. b AEUV nur den diskriminierungsfreien Zugang zur Europawahl für EU-Ausländer in ihrem Wohnsitzmitgliedstaat zu denselben Bedingungen, wie sie für dessen Staatsangehörige gelten.<sup>4</sup> Art. 39 Abs. 2 GRC schützt nach der Rechtsprechung des EuGH hingegen in Verbindung mit Art. 14 Abs. 3 EUV das individuelle Europawahlrecht für alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger.<sup>5</sup>

1 Vgl. dazu bereits *Giegerich*, Bringt das EU-Recht den Europawahlen in Deutschland die 5%-Klausel zurück?, Verfassungsblog vom 07.06.2018, <https://verfassungsblog.de/bringt-das-eu-recht-den-europawahlen-in-deutschland-die-5-klausel-zurueck/> (02.08.2018).

2 Art. 10 EUV.

3 Vgl. Art. 289, 294 AEUV; Art. 16 Abs. 3 EUV; Art. 231 AEUV.

4 Vgl. EuGH, Rs. C-145/04, *Spanien/Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:2006:543, Rn. 66.

5 So EuGH, Rs. C-650/13, *Delvigne*, ECLI:EU:C:2015:648, Rn. 44 ff. in Bezug auf das aktive Wahlrecht (unter Hinweis auf die Erläuterungen zur GRC).

## b) Degressiv-proportionale Zusammensetzung des EP

Nach Art. 14 Abs. 3 EUV und Art. 1 des Aktes zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments – Direktwahlakt (DWA)<sup>6</sup> werden die Mitglieder des EP in allgemeiner, unmittelbarer, freier und geheimer Wahl für eine Amtszeit von fünf Jahren nach dem Verhältniswahlssystem gewählt. Im Vergleich mit den Wahlgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 GG fehlt eine unionsrechtliche Gewährleistung der Gleichheit der Wahl. Dies ist kein Versehen, sondern beruht auf zwei Gründen: Erstens ist das Verfahren der Europawahl nur teilweise unionsrechtlich harmonisiert, so dass von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erhebliche Unterschiede verbleiben, die sich auf den Erfolgswert der Stimmen auswirken.<sup>7</sup>

Zweitens und vor allem aber kann in einem System, in dem nach Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 EUV die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger degressiv proportional durch Abgeordnetenkontingente im EP vertreten sind, die den einzelnen Mitgliedstaaten zugewiesen werden, von vornherein keine Erfolgswertgleichheit der Stimmen über die Grenzen des jeweiligen Mitgliedstaats hinaus bestehen. Denn die Zahl der Europaabgeordneten je Mitgliedstaat richtet sich zwar nach dessen Bevölkerungszahl, doch nimmt deren Einfluss auf die Größe des „nationalen Kontingents“ mit steigender Bevölkerungszahl immer mehr ab, so dass ein in Deutschland gewähltes Mitglied des EP mehr als 850.000 Einwohner vertritt, ein in Luxemburg gewähltes jedoch nur knapp 100.000. Allein innerhalb eines jeden Mitgliedstaats kann und muss die Erfolgswertgleichheit gewährleistet sein.<sup>8</sup>

Die degressiv-proportionale Zusammensetzung ist ein Kompromiss. Sie soll die Größe des EP im Interesse seiner Arbeitsfähigkeit begrenzen und gleichzeitig sicherstellen, dass auch die kleinen Mitgliedstaaten mit einer angemessen großen „Delegation“ vertreten sind, die ihr politisches Spektrum einigermaßen widerspiegelt.<sup>9</sup> Die damit verbundene Unterrepräsentation der einwohnerstarken Mitgliedstaaten wird teilweise kompensiert durch ihre Überrepräsentation im Rat: Die dort für eine qualifizierte Mehrheit erforderliche doppelte Mehrheit von 55 % der Ratsmitglieder, die zugleich Mitgliedstaaten mit zusammen mindestens 65 % der Unionsbevölkerung vertreten, bezieht als zweite Komponente die Einwohnerzahl ein.<sup>10</sup> Die deutsche Ratsstimme hat daher erheblich mehr Gewicht als die luxemburgische. Dieser Kompromiss ist in einer supranationalen Union unausweichlich, in der die nationalen Identitäten nicht zu einer gemeinsamen europäischen Identität verschmolzen sind, im Gegensatz zum deutschen Bundesstaat, in dem sich die regionalen zu einer gemein-

6 Vom 20.09.1976, mit späteren Änderungen, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/XT/PDF/?uri=CELEX:01976X1008\(01\)-20020923&qid=1527958051609&from=DE\(02.08.2018\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/XT/PDF/?uri=CELEX:01976X1008(01)-20020923&qid=1527958051609&from=DE(02.08.2018)).

7 S.u. 3. a).

8 BVerfGE 135, 259 (285).

9 Vgl. auch Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 14 EUV, Rn. 23 f.

10 Art. 16 Abs. 3, 4 EUV.

samen nationalen Identität fügen und der deshalb einen direkt proportional zusammengesetzten Bundestag besitzt.<sup>11</sup>

Schließlich ist der Beschluss des Europäischen Rats vom 28.6.2013 über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments zu erwähnen, der aufgrund von Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 EUV die Zahl der in jedem Mitgliedstaat zu wählenden Europaabgeordneten festlegt (in Deutschland 96).<sup>12</sup> Dieser Beschluss schöpft für die Wahlperiode 2014 – 2019 die in Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 EUV statuierte Höchstzahl von 751 Europaabgeordneten (einschließlich des Präsidenten des EP) aus.

### c) Bewältigung des Brexit bei der Europawahl

Da der Brexit das Vereinigte Königreich nach derzeitigem Stand gemäß Art. 50 Abs. 3 EUV mit Ablauf des 29.3.2019 aus der EU hinausführen wird,<sup>13</sup> wird es an der 9. Direktwahl voraussichtlich nicht mehr teilnehmen. Unklar ist noch, was mit den 73 bisher „britischen“ Parlamentssitzen geschieht, d.h. denjenigen Sitzen, die in der laufenden Legislaturperiode durch Europaabgeordnete besetzt sind, die von den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern im Vereinigten Königreich gewählt wurden.

Nach den Vorstellungen seines Ausschusses für konstitutionelle Fragen soll das Europäische Parlament in der nächsten Legislaturperiode auf 705 Abgeordnete (einschließlich des Präsidenten) verkleinert werden: 46 derzeit „britische“ Sitze in der vertraglich festgelegten Höchstzahl von 751 sollen für zukünftige Erweiterungen freigehalten, 27 hingegen zur Bereinigung einiger Ungereimtheiten im System der degressiven Proportionalität auf andere Mitgliedstaaten verteilt werden.<sup>14</sup> Für das „deutsche Kontingent“ soll es bei der höchstmöglichen Zahl von 96 Sitzen bleiben.<sup>15</sup> Das Plenum hat sich dem angeschlossen und eine entsprechende Initiative für einen neuen einstimmigen Beschluss des Europäischen Rats über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments für die Wahlperiode 2019 – 2024 verabschiedet.<sup>16</sup> Dieser Beschluss steht noch aus.

Da jedoch nach Art. 50 Abs. 3 EUV immerhin die Möglichkeit besteht, dass die Zweijahresfrist für den erfolgreichen Abschluss der Austrittsverhandlungen einvernehmlich bis in die Wahlperiode 2019 – 2024 hinein verlängert wird und das Vereinigte

11 §§ 1-3 BWahlG. Vgl. bereits *Giegerich*, Zwischen Europafreundlichkeit und Europaskepsis – Kritischer Überblick über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur europäischen Integration, ZEuS 19, 2016, S. 3, 36 f.

12 ABl. L 181 v. 29.06.2013, S. 57.

13 Die britische Mitteilung der Austrittsabsicht (Art. 50 Abs. 2 Satz 1 EUV) ist am 29.03.2017 beim Europäischen Rat eingegangen, so dass die Zweijahresfrist nach Art. 50 Abs. 3 EUV mit Ablauf des 29.03.2019 endet.

14 Bericht über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments vom 26.01.2018 – A8-0007/2018, [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONS\\_GML+REPORT+A8-2018-0007+0+DOC+PDF+V0//DE](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONS_GML+REPORT+A8-2018-0007+0+DOC+PDF+V0//DE) (02.08.2018).

15 Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 4 EUV.

16 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 07.02.2018 zur Zusammensetzung des Europäischen Parlaments – P8\_TA-PROV(2018)0029, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0029&language=DE&ring=A8-2018-0007#BKMD-3> (02.08.2018).

Königreich dementsprechend doch an der 9. Direktwahl teilnimmt, sieht der Parlamentsvorschlag für einen Beschluss des Europäischen Rats in seinem Art. 3 Abs. 2 vor, dass in diesem Fall die Sitzverteilung des derzeitigen Beschlusses des Europäischen Rats vom 28.06.2013 einstweilen fortgelten soll, bis der Austritt des Vereinigten Königreichs wirksam wird. Erst von diesem Zeitpunkt an sollen die einigen anderen Mitgliedstaaten zugeteilten zusätzlichen Europaabgeordneten ihr Mandat antreten.

## 2. Deutscher und EMRK-Anteil am Europawahlrecht

Der mitgliedstaatliche Anteil am Europawahlrecht besteht in Deutschland im Wesentlichen aus dem Europawahlgesetz (EuWG)<sup>17</sup> (einem Bundesgesetz, das auf einer Bundeskompetenz aus der Natur der Sache beruht) und der Europawahlordnung.<sup>18</sup>

Sowohl der unionale als auch der nationale Teil des Europawahlrechts unterliegen den Vorgaben von Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK vom 20.03.1952 (ZP),<sup>19</sup> der das Recht auf freie Wahlen gewährleistet. Sämtliche EU-Mitgliedstaaten haben das Zusatzprotokoll ratifiziert, so dass sie daran den anderen Konventionsstaaten gegenüber völkerrechtlich gebunden sind. Zugleich bildet das ZP eine Erkenntnisquelle für allgemeine grundrechtliche Grundsätze des Unionsrechts i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV. Darüber hinaus ist Art. 39 Abs. 2 GRC gem. Art. 52 Abs. 3 GRC im Einklang mit Art. 3 ZP auszulegen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gilt Art. 3 ZP auch für Europawahlen, weil seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht im Jahre 1993 feststeht: „the European Parliament represents the principal form of democratic, political accountability in the Community system.“<sup>20</sup>

## 3. Die Schlüsselfunktion des Direktwahlakts (DWA)

### a) Inhalt und Verfahren zum Erlass und zur Änderung des DWA

Eine Schlüsselfunktion in dieser rechtlichen Gemengelage des Europawahlrechts kommt dem DWA zu.<sup>21</sup> Ergänzend treten die sekundärrechtlichen Regeln der Richtlinie Nr. 93/109/EG hinzu,<sup>22</sup> die auf der Grundlage von Art. 22 Abs. 2 AEUV Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Europawahlrechts für Unionsbürger

17 <http://www.gesetze-im-internet.de/euwig/EuWG.pdf> (02.08.2018).

18 [http://www.gesetze-im-internet.de/euwo\\_1988/EuWO.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/euwo_1988/EuWO.pdf) (02.08.2018).

19 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006377b> (02.08.2018).

20 EGMR, Nr. 24833/94, *Matthews v. UK*, 18.02.1999, Abschn. 36 ff., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22CASE%20OF%20MATTHEWS%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58910%22%5D%7D> (02.08.2018).

21 S.o. Fn. 6.

22 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:01993L0109-20130127&qid=1527953004246&from=DE> (02.08.2018).

regelt, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. Der DWA schreibt das Verhältniswahlssystem vor, harmonisiert das Europawahlverfahren aber nur teilweise, so dass den Mitgliedstaaten nach Art. 8 DWA noch erhebliche Regelungsspielräume verbleiben. Dies hat nicht unerhebliche Unterschiede zur Folge, da die verfassungs- und wahlrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten deutlich voneinander abweichen.

Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage in Art. 223 Abs. 1 AEUV sieht folgendes Verfahren für den Erlass und die Änderung des DWA vor: Auf der Grundlage eines vom Europäischen Parlament erarbeiteten Entwurfs erlässt der Rat einstimmig gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren die erforderlichen Bestimmungen nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Anschließend müssen diese noch in allen Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts ratifiziert werden, um in Kraft treten zu können. Für die Zustimmung Deutschlands zu DWA-Änderungen ist nach § 3 Abs. 1 und 2 IntVG<sup>23</sup> ein Gesetz gem. Art. 23 Abs. 1 GG erforderlich.

#### **b) Rechtsnatur des DWA und seiner Änderungen: Sekundärrechtsakte mit mitgliedstaatlichem Ratifikationsvorbehalt**

Angesichts des Ratifikationserfordernisses ähnelt das Verfahren zum Erlass und zur Änderung des DWA dem Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 4 UAbs. 2, Abs. 6 UAbs. 2 EUV, was den DWA in Primärrechtsnähe rückt. Erst seit dem Vertrag von Lissabon schreibt der jetzige Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV die Durchführung eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens zur Annahme des Ratsbeschlusses vor, so dass dieser im Lichte des Art. 289 Abs. 3 AEUV als ein Gesetzgebungsakt und damit nunmehr als Sekundärrechtsakt identifiziert wird. Zuvor war dessen Rechtsnatur unklar. Materiell enthält der DWA allerdings Unionsverfassungsrecht, so wie man etwa das BWahlG zum Bestandteil des materiellen Verfassungsrechts in Deutschland zählen kann.

Nach Auffassung des Ausschusses für konstitutionelle Fragen des Europäischen Parlaments ist ein Ratsbeschluss zur DWA-Änderung ein „Rechtsakt der Union – im Gegensatz zu dem Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments, der zwischenstaatlichen Charakter hat. Der EuGH ist daher zuständig für diejenigen Teile des Wahlrechts, die durch den Entwurf eines Beschlusses des Rates geändert wurden. Dies gibt den Bürgern Rechtssicherheit.“<sup>24</sup> In der englischen Fassung dieser Passage ist vom „intergovernmental character“ des ursprünglichen DWA die Rede. Wenn damit sein völkerrechtlicher Charakter angedeutet werden sollte, wäre dies irreführend. Vielmehr könnte der DWA allenfalls

23 Integrationsverantwortungsgesetz vom 22.09.2009 mit Änderung vom 01.12.2009 (BGBl. I S. 3022, 3822).

24 Empfehlung vom 02.07.2018 – A8-0248/2018, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2018-0248+0+DOC+PDF+V0//DE> (02.08.2018).

zum EU-Primärrecht gehören und als solcher durchaus der Interpretations-, wenn auch nicht der Verwerfungsbefugnis des EuGH unterliegen.<sup>25</sup>

Die Vorstellung, dass der DWA als solcher primärrechtlicher, seine Änderungen hingegen sekundärrechtlicher Natur sein sollen, ist freilich mit der *Actus-Contrarius*-Lehre unvereinbar. Aus Gründen der Logik kann danach ein Akt nur durch einen Akt gleicher Art geändert werden. Im Einklang mit dieser Lehre haben in Deutschland Bundesgesetze zur Änderung des Grundgesetzes, obwohl sie von der verfassten und nicht der verfassungsgebenden Gewalt stammen, ihrerseits Verfassungsrang. Entsprechend hat das BVerfG auch entschieden, dass Änderungen einer Rechtsverordnung durch förmliches Gesetz kein der Rechtssicherheit und dem Rechtsstaatsprinzip widersprechendes Mischgebilde hervorbringen, sondern die geänderte Rechtsverordnung insgesamt Verordnungsrang besitzt.<sup>26</sup>

Daher kann Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV in seiner Lissabonner Fassung sinnvollerweise nur als Klarstellung dahingehend verstanden werden, dass der DWA ebenso wie alle späteren Änderungen in ihrem unionsrechtlichen Anteil dem Sekundärrecht zugehörige Gesetzgebungsakte sind. Da diese Gesetzgebungsakte aber für ihr Inkrafttreten der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedürfen und deshalb jeweils auch einen mitgliedstaatlichen Anteil haben, wird teilweise angenommen, der DWA und seine Änderungen stellten jeweils gemischte Rechtsakte dar.<sup>27</sup> Der Begriff des gemischten Aktes sollte jedoch denjenigen gemeinsamen Akten der Union und der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben, die – wie die gemischten Verträge – aus kompetenziell-inhaltlich abgrenzbaren Komponenten bestehen, bei denen also die Union und ihre Mitgliedstaaten zusammenwirken müssen, weil sie nur gemeinsam den gesamten Inhalt des betreffenden Aktes kompetenziell tragen können oder – soweit geteilte Zuständigkeiten i.S.v. Art. 4 AEUV im Spiel sind – politisch tragen wollen.<sup>28</sup>

Eine solche Kompetenzbündelung ist beim DWA nicht erforderlich, weil Art. 223 Abs. 1 AEUV die inhaltliche Regelungskompetenz zur Harmonisierung des Europawahlrechts vollständig der Union überträgt und nur deren Wahrnehmung einem mitgliedstaatlichen Ratifikationsvorbehalt im Sinne eines Ja oder Nein ohne inhaltlichen Einfluss unterwirft. Es handelt sich beim DWA und seinen Änderungen also um Gesetzgebungsakte (Sekundärrechtsakte) mit mitgliedstaatlichem Ratifikationsvorbehalt. Eine Parallele findet sich in Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 Satz 2 AEUV: Der einstimmige Ratsbeschluss zum Abschluss der Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK (einer reinen EU-Übereinkunft) ist ebenfalls ein Sekundärrechtsakt (wenngleich kein Gesetzgebungsakt) mit mitgliedstaatlichem Ratifikationsvorbehalt.

Der unionsrechtliche inhaltliche und der mitgliedstaatliche ratifikatorische Anteil am DWA und seinen Änderungen sind klar unterscheidbar und unterliegen je für sich

25 Siehe Art. 263 Abs. 1, Art. 267 Abs. 1 AEUV.

26 BVerfGE 114, 234 (303).

27 So *Szczekalla*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. IV, 2017, Art. 223 AEUV, Rn. 10.

28 Vgl. jüngst EuGH, Gutachten 2/15 vom 16.05.2017 zum Freihandelsabkommen EU-Singapur.



unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten – der erstgenannte der Gerichtsbarkeit des EuGH, der letztgenannte der jeweiligen nationalen Gerichtsbarkeit.

## II. Sperrklauseln im Europawahlrecht insbesondere in Deutschland

Gerade in Bezug auf Sperrklauseln ist dem DWA nur eine Teilharmonisierung gelungen. Nach Art. 3 DWA, der auf eine Änderung des DWA im Jahre 2002 zurückgeht, können die Mitgliedstaaten für die Sitzvergabe eine Mindestschwelle festlegen, die jedoch landesweit nicht mehr als 5 % der abgegebenen Stimmen betragen darf. Eine europarechtliche Pflicht zur Einführung solcher Sperrklauseln wurde aber nicht eingeführt.<sup>29</sup>

Wie ich schon anderenorts erläuterte,<sup>30</sup> galt in Deutschland seit der 1. Direktwahl von 1979 für Europawahlen ebenso wie für Bundestagswahlen lange Zeit eine 5 %-Klausel. Danach wurden bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge nur solche Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens 5 % der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten hatten. Die entsprechende Regelung in § 2 Abs. 6 (später Abs. 7) EuWG hielt das BVerfG im Jahre 1979 für verfassungsgemäß, denn sie sei durch das wichtige Anliegen gerechtfertigt, einer übermäßigen Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament entgegenzuwirken.<sup>31</sup> 2011 erklärte das BVerfG dann jedoch dieselbe 5 %-Klausel wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG für nichtig: Der darin liegende schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit (i.S. der Gleichheit des Erfolgswerts der Wählerstimmen im Verhältniswahlssystem) und der Chancengleichheit der politischen Parteien sei unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen.<sup>32</sup>

In den zwischen den beiden Entscheidungen liegenden 32 Jahren waren die politische Macht und Bedeutung des EP in einem Maße gewachsen, die es zu einem echten Gegengewicht des von den nationalen Regierungen dominierten Rates hatten werden lassen. Effektiv ausüben kann das EP seine Macht aber nur, wenn ihm die Mehrheitsbildung gelingt. Deshalb hatten es sowohl der Bundestag als auch die vom BVerfG angehörten Europaabgeordneten für nunmehr umso notwendiger erklärt, einer übermäßigen Parteienzersplitterung entgegenzuwirken. Dennoch billigte das BVerfG dem Bundesgesetzgeber mit sechs gegen zwei Stimmen keinen diesbezüglichen Einschätzungsspielraum zu, sondern entschied: Das Risiko einer zu erwartenden Erschwerung der Mehrheitsbildung sei mit der Gefahr einer Funktionsbeeinträchtigung des EP nicht gleichzusetzen. Demgegenüber wird die 5 %-Klausel im Bundestagswahlrecht gem. § 6 Abs. 3 BWahlG nach wie vor für verfassungsmäßig gehalten.<sup>33</sup>

Bei allen Unterschieden zwischen den beiden Parlamenten und bei allen Einwänden, die man gegen Sperrklauseln als Instrumente der politischen Mehrheit zum Ausschluss politischer Minderheiten aus den Parlamenten grundsätzlich geltend ma-

29 BVerfGE 135, 259 (282).

30 *Giegerich*, (Fn. 11), S. 37 ff.

31 BVerfGE 51, 222.

32 BVerfGE 129, 300.

33 BVerfGE 146, 327.



chen kann, vermittelt das BVerfG den Eindruck, die Funktionsfähigkeit des EP sei ihm weniger wichtig als diejenige des Bundestages. Als echtes supranationales Organ fügt sich das EP in der Tat nur schwer in das Karlsruher Bild einer EU unter mitgliedstaatlicher Totalkontrolle. Zuzugeben ist dem BVerfG allerdings, dass der Bundestag einer sich abzeichnenden Schwächung der Funktionsfähigkeit des EP durch eine Änderung des deutschen EuWG entgegenwirken könnte, während er im Falle seiner eigenen Funktionsunfähigkeit nicht mehr in der Lage wäre, Abhilfe durch Änderung des BWahlG zu schaffen. Deshalb erscheint es als durchaus notwendig und legitim, gegen die letztere Gefahr stärker Vorsorge zu treffen.<sup>34</sup> Das heißt aber nicht, dass dem Bundestag eine 5 %-Klausel recht, dem EP aber keinerlei Sperrklausel billig sein soll.

Die Reaktion des Bundestages auf die vorgenannte BVerfG-Entscheidung bestand darin, eine neue 3 %-Klausel in das Europawahlgesetz einzufügen. Das BVerfG erklärte auch sie mit derselben Begründung – aber diesmal mit fünf zu drei Stimmen – für nichtig.<sup>35</sup> Infolge dieser Entscheidung erhielten bei der Europawahl 2014 in Deutschland sieben Splitterparteien, die 1,5 % oder weniger der abgegebenen Stimmen erreicht hatten, je einen Sitz, und das „deutsche Kontingent“ von 96 Sitzen verteilt sich auf 14 Parteien. Im europäischen Vergleich übertrifft andererseits die Zahl der infolge der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen in der Zusammensetzung des EP abgebildeten mehr als 2 Mio. Wählerstimmen aus Deutschland immerhin die Einwohnerzahl jedes der sechs kleinsten Mitgliedstaaten. Dies hat die Repräsentativität des EP ohne Zweifel gesteigert.

Das BVerfG gestand zu, dass sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung dann ergeben könne, wenn sich später herausstellen sollte, dass die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch den Wegfall der Sperrklausel doch beeinträchtigt werde. Da sich von den sieben deutschen Einzelabgeordneten fünf einer bestehenden Fraktion anschlossen, lässt sich das bisher aber nicht feststellen. Eine viel größere Bedrohung für die Funktionsfähigkeit des EP als von solchen Einzelabgeordneten geht von dem Umstand aus, dass eine so erhebliche Anzahl der Europaabgeordneten inzwischen EU-skeptischen bis -feindlichen Parteien angehört, dass sie von keiner Sperrklausel mehr ferngehalten werden können.

### **III. Auf EU-Ebene beschlossene Änderungen des DWA**

#### **1. Vorstoß des Europäischen Parlaments**

Bald nach der Europawahl 2014 nahm das EP eine Reform des DWA in Angriff, um diesen an die heutigen Bedingungen anzupassen und den europäischen Charakter des Wahlvorgangs hervorzuheben. Das BVerfG hatte in seinen beiden vorerwähnten Entscheidungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Sperrklauseln des EuWG nicht auf europarechtlich verpflichtenden Vorgaben beruhten, die ihre Kontrolle am Maß-

<sup>34</sup> Ibid., 357.

<sup>35</sup> BVerfGE 135, 259.

stab des Grundgesetzes einschränken könnten.<sup>36</sup> Deshalb kam in Deutschland die Idee auf, im Zuge der anstehenden DWA-Reform den Art. 3 DWA von einer bloßen „Kann“- in eine „Muss“-Bestimmung umzuwandeln, um mit Hilfe des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auch vor dem nationalen Verfassungsrecht<sup>37</sup> eine Sperrklausel hierzulande wieder zu ermöglichen. Damit sollte der von den größeren Parteien für übermäßig erachteten Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament gerade bezüglich der auf Deutschland entfallenden Sitze entgegengewirkt werden.

Ergebnis des parlamentarischen Beratungsprozesses war die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11.11.2015 zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union.<sup>38</sup> Dieser war nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV der Entwurf eines Ratsbeschlusses zur Änderung des DWA angehängt. Das Parlament wollte das Wahlverfahren eigentlich rechtzeitig vor der Europawahl 2019 reformieren, doch konnte die nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV erforderliche Einstimmigkeit im Rat erst kürzlich nach fast dreijährigen Verhandlungen erreicht werden. Die nun folgenden nationalen Ratifikationsverfahren werden sich wahrscheinlich länger hinziehen, so dass die 9. Direktwahl noch nach der derzeitigen Fassung des DWA durchgeführt wird.

## 2. Einigung von Rat und Europäischem Parlament

### a) Verfahrensablauf

Der Rat hat in seiner 3624. Sitzung am 18.6.2018 den für eine Änderung des DWA erforderlichen einstimmigen Beschluss gefasst,<sup>39</sup> und das Europäische Parlament diesem mit legislativer Entschließung vom 4.7.2018 mehrheitlich zugestimmt.<sup>40</sup> In der befürwortenden Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für konstitutionelle Fragen vom 2.7.2018 heißt es dazu, das Parlament habe allerdings einen ambitionierteren Ratsbeschluss erwartet. Der vorliegende Ratsbeschluss sollte daher nur als erste Etappe und nicht als Endpunkt betrachtet werden.<sup>41</sup> Das Änderungsverfahren ist seitens der EU damit abgeschlossen, und sein Ergebnis im Beschluss (EU, Euratom) 2018/994 des Rates vom 13.7.2018 zur Änderung des DWA<sup>42</sup> gibt Anlass zu einigen Bemerkungen, auch wenn die Änderungen bisher nicht in Kraft getreten sind, weil die Ratifikationen durch alle Mitgliedstaaten noch ausstehen. Obwohl alle Regierungen

36 BVerfGE 129, 300 (317); 135, 259 (282 f.).

37 Vgl. die Erklärung (Nr. 17) zum Vorrang im Anhang zur Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon vom 13.12.2007, ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 258.

38 P8\_TA(2015)0395, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-2015-0395+0+DOC+XML+V0//DE> (02.08.2018).

39 Outcome of the Council Meeting 10200/18, <http://www.consilium.europa.eu/media/35698/st10200-en18.pdf> (02.08.2018).

40 P8\_TA-PROV(2018)0282, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-2018-0282+0+DOC+XML+V0//DE> (02.08.2018).

41 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2018-0248+0+DOC+PDF+V0//DE> (02.08.2018).

42 ABl. L 178 v. 16.07.2018, S. 1-3.

den Kompromiss im Rat mitgetragen haben, ist nicht auszuschließen, dass sich in einzelnen nationalen Ratifikationsverfahren politische oder rechtliche Hindernisse ergeben.

Alle Mitgliedstaaten im vorgenannten Sinne bezieht auch das Vereinigte Königreich solange ein, bis der Brexit wirksam wird. Sollte sich dieser Zeitpunkt verzögern, weil die Frist zum Abschluss der Austrittsverhandlungen nach Art. 50 Abs. 3 EUV unvernehmlich verlängert wird, schiebt dies auch das Inkrafttreten der DWA-Änderungen hinaus, denn das Vereinigte Königreich wird diese wohl nicht ratifizieren, wenn es nicht seine Austrittsabsicht insgesamt aufgibt, was unwahrscheinlich, wenngleich nicht ausgeschlossen ist.

## **b) Überblick über die Änderungen des DWA**

Fünf Änderungen des DWA sind besonders interessant. Nach dem neuen Art. 3b DWA können es die Mitgliedstaaten gestatten, dass die Stimmzettel den Namen oder das Logo der europäischen politischen Partei, der die nationale politische Partei oder der Einzelbewerber angehört, tragen. Dies soll die bisher primär nationalen Europawahlkämpfe zumindest teilweise europäisieren und der Herausbildung eines europäischen politischen Bewusstseins dienen, wie dies in Art. 10 Abs. 4 EUV angelegt ist.

Nach dem neuen Art. 4a DWA können Mitgliedstaaten, um die Wahlbeteiligung zu erhöhen, die Möglichkeit der vorzeitigen Stimmabgabe, der Briefwahl sowie der elektronischen Stimmabgabe und der Stimmabgabe über das Internet vorsehen. In diesem Fall müssen sie hinreichende Maßnahmen treffen, um insbesondere die Zuverlässigkeit der Ergebnisse, das Wahlgeheimnis und den Schutz personenbezogener Daten gemäß dem geltenden Unionsrecht zu gewährleisten.

Art. 9 DWA wird um einen neuen Absatz 2 ergänzt, der die Mitgliedstaaten ausdrücklich verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass eine doppelte Stimmabgabe bei Europawahlen mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen geahndet wird. Damit soll das Vertrauen der Bürger in den Wahlprozess gestärkt werden. Offensichtlich ist es entgegen dem schon im derzeitigen Art. 9 DWA und in Art. 4 Abs. 1 der RL Nr. 93/109/EG vom 06.12.1993<sup>43</sup> festgelegten Grundsatz „one person, one vote“ immer wieder vorgekommen, dass Unionsbürger mit Wohnsitz in einem anderen als ihrem Heimatmitgliedstaat zweimal wählen.

Nach dem neuen Art. 9a DWA dürfen die Mitgliedstaaten, ebenfalls wieder im Interesse höherer Wahlbeteiligung, ihren in Drittstaaten ansässigen Staatsangehörigen die Stimmabgabe bei den Europawahlen gestatten. Die Zahl zusätzlicher potentieller Wähler ist groß, denn allein in der Schweiz halten sich mehr als 1,4 Mio. Unionsbürger dauerhaft auf.

<sup>43</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:01993L0109-20130127&qid=1531377915677&from=DE> (02.08.2018).

## IV. Insbesondere: Die neue obligatorische Sperrklausel

### 1. Kompromiss zwischen Rat und Europäischem Parlament

Im Zentrum des Interesses steht die Änderung von Art. 3 DWA zur Sperrklausel. Nach der derzeitigen Fassung dieser Bestimmung können die Mitgliedstaaten für die Sitzvergabe eine Mindestschwelle festlegen, die jedoch landesweit nicht mehr als 5 % der abgegebenen Stimmen betragen darf. Die bloß fakultative Formulierung des heutigen Art. 3 DWA beruht auf der offensichtlichen und auch auf Art. 4 Abs. 3 EUV zu gründenden Erwartung, dass alle Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um eine übermäßige politische Zersplitterung im Europäischen Parlament zu vermeiden. Seit der vollständigen Eliminierung aller Sperrklauseln durch das BVerfG leistet Deutschland anders als nahezu alle sonstigen Mitgliedstaaten keinerlei Beitrag mehr dazu, obwohl es das bei weitem größte Abgeordnetenkontingent stellt.<sup>44</sup>

Um eine Sperrklausel auch in Deutschland wieder zu ermöglichen, hatte der Entwurf des EP vom 11.11.2015 folgende Neufassung des Art. 3 DWA mit einer nunmehr obligatorischen Sperrklausel vorgeschlagen: „Für Wahlkreise und für Mitgliedstaaten mit nur einem Wahlkreis, in denen eine Listenwahl stattfindet und es mehr als 26 Sitze gibt, legen die Mitgliedstaaten für die Sitzvergabe eine Schwelle fest, die nicht weniger als 3 % und nicht mehr als 5 % der in dem Wahlkreis oder in dem Mitgliedstaat mit nur einem Wahlkreis abgegebenen Stimmen beträgt.“<sup>45</sup> Die verbindliche Vorgabe einer Sperrklausel für Mitgliedstaaten mit größeren Abgeordnetenkontingenten hielt die Parlamentsmehrheit für wichtig, um eine weitere Fragmentierung des EP zu verhindern und seine ordnungsgemäße Arbeitsweise zu sichern. Ihren Vorschlag wollte der Rat jedoch nicht unverändert übernehmen.

Rat und Parlament haben sich nunmehr auf folgenden Kompromiss geeinigt: Der derzeitige fakultative Art. 3 DWA bleibt leicht verändert als neuer Art. 3 Abs. 1 DWA erhalten. Die Änderung besteht insbesondere darin, dass die fakultative 5 %-Schwelle nicht mehr von den „abgegebenen Stimmen“, sondern von den „abgegebenen gültigen Stimmen“ berechnet wird, so dass die ungültigen Stimmen (bei der Europawahl 2014 in Deutschland waren dies fast eine halbe Million oder 1,6 % der insgesamt abgegebenen Stimmen) nicht mehr in die Rechnung einbezogen werden. Der Sache nach entschärft das die Wirkung der Sperrklausel, weil die zu ihrer Überwindung notwendige Stimmenzahl von einem niedrigeren Ausgangswert berechnet wird und damit ihrerseits niedriger ist.

Diese Regelung wird durch zwei weitere Absätze ergänzt. Der neue Art. 3 Abs. 2 DWA hat folgenden Wortlaut: „Die Mitgliedstaaten, in denen eine Listenwahl stattfindet, legen für Wahlkreise, in denen es mehr als 35 Sitze gibt, eine Mindestschwelle für die Sitzvergabe fest. Diese Schwelle darf nicht weniger als 2 % und nicht mehr als 5 % der abgegebenen gültigen Stimmen in dem betreffenden Wahlkreis, einschließlich

44 Vgl. die Kritik am „deutschen Sonderweg“ in der abweichenden Meinung der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* (BVerfGE 129, 352) sowie in der abweichenden Meinung des Richters *Müller* (BVerfGE 135, 305 f.). Dazu bereits *Giegerich*, (Fn. 11), S. 38.

45 Siehe dazu *Giegerich*, (Fn. 1).

eines einen einzigen Wahlkreis bildenden Mitgliedstaats betragen.“ Diese Neuregelung, die deutlich hinter der vom EP vorgeschlagenen obligatorischen Mindesthöhe von 3 % zurückbleibt und nur Mitgliedstaaten mit noch größeren als den vom EP angesetzten Abgeordnetenkontingenten erfasst, soll nach Auffassung des Ausschusses für konstitutionelle Fragen für gleichere Wahlbedingungen für die politischen Parteien in allen Mitgliedstaaten sorgen. Sie schaffe auch mehr Gleichheit in Bezug auf das Gewicht, das jede Wählerstimme für die Wahl der Europaabgeordneten habe.<sup>46</sup>

In der Tat beeinträchtigen Unterschiede bei den Sperrklauseln, die in den Mitgliedstaaten verwendet werden, die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen. Diese Unterschiede werden durch den neuen Art. 3 Abs. 2 DWA aber nur vermindert. Wirklich eingeebnet würden sie allein durch die unionsrechtlich verbindliche Einführung einer einheitlichen Sperrklausel für alle Mitgliedstaaten. Allerdings ändert weder eine Teil- noch eine Vollharmonisierung der Sperrklauseln etwas an der dem System der degressiv proportionalen Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Europäischen Parlament gem. Art. 14 Abs. 2 EUV immanenten viel erheblicheren Erfolgswertungleichheit der Wählerstimmen je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie abgegeben werden.<sup>47</sup> In diesem System ist notwendigerweise auch die Mindeststimmenzahl, die eine Kandidatin erreichen muss, um einen Sitz zu erringen, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat absolut wie relativ (d.h. im Verhältnis zur Zahl der abgegebenen Stimmen) unterschiedlich. Diese letztgenannten Unterschiede werden durch eine unionsweit voll- oder teilharmonisierte Mindestschwelle nicht beseitigt.

Zur zeitlichen Anwendbarkeit der obligatorischen Sperrklausel sieht der neue Art. 3 Abs. 3 DWA Folgendes vor: “Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um der Verpflichtung gemäß Absatz 2 spätestens vor der Wahl zum Europäischen Parlament, die der ersten Wahl nach dem Inkrafttreten des [vorliegenden] Beschlusses ... des Rates ... folgt, rechtzeitig nachzukommen.” Dieser Absatz soll sicherstellen, dass das Europawahlrecht nicht während einer laufenden Wahlperiode bereits für die unmittelbar folgende Europawahl verändert wird. Dies übererfüllt bei weitem die Leitlinien der Venedig-Kommission des Europarats, nach denen die Grundelemente des Wahlrechts, zu denen auch eine Sperrklausel gehört, nur im letzten Jahr vor einer Wahl nicht mehr verändert werden sollen.<sup>48</sup>

Im Unterschied zum Entwurf des Europäischen Parlaments greift Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 DWA nur bei den Mitgliedstaaten mit mindestens 35 Europaabgeordneten, also Deutschland, Frankreich, Italien, Polen und Spanien. Das ebenfalls in diese Gruppe gehörende Vereinigte Königreich bleibt im Hinblick auf den Brexit hier außer Betracht. Von den durch die Änderung danach betroffenen fünf Mitgliedstaaten haben nur Deutschland und Spanien derzeit keine Sperrklausel in ihrem nationalen Europawahlrecht und müssten eine solche dementsprechend einführen. Deutschland wird als „einen einzigen Wahlkreis bildender Mitgliedstaat“ (vgl. § 3 Abs. 1 EuWG) mit 96 Sitzen und Listenwahl (§ 2 EuWG) von der Neuregelung erfasst.

46 Siehe oben Fn. 41.

47 BVerfGE 129, 300 (318 f.).

48 Verhaltenskodex für Wahlen von 2002 – CDL-AD(2002)023rev 2, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev 2-ger](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev 2-ger) (02.08.2018).

## 2. Vereinbarkeit des Kompromisses mit höherrangigem Recht

### a) Unionsrecht und ZP-EMRK

Als primärrechtliche Prüfungsmaßstäbe für den Kompromiss kommen das individuelle Wahlrecht nach Art. 39 Abs. 2 GRC i.V.m. Art. 14 Abs. 3 EUV und der in Art. 3 ZP zur EMRK niedergelegte parallele allgemeine Grundsatz des Unionsrechts<sup>49</sup> in Betracht, denn Änderungen des DWA haben wie erläutert sekundärrechtliche Qualität. Durch Sperrklauseln im Verhältniswahlssystem wird indessen der Grundsatz der Gleichheit der Wahl beeinträchtigt, weil Wählerstimmen, die für unterhalb des Schwellenwertes verbliebene Listen abgegeben wurden, keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des EP und damit keinen Erfolgswert haben. Art. 39 Abs. 2 GRC i.V.m. Art. 14 Abs. 3 EUV gewährleistet aber – im Einklang mit dem System der degressiv-proportionalen Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im EP – gerade die Wahlrechtsgleichheit nicht.

Dies schließt es jedoch keineswegs von vornherein aus, nicht systemimmanente Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit etwa in Gestalt von Sperrklauseln, die der Unionsgesetzgeber nach seinem Ermessen neu einführt, am Maßstab des Art. 39 Abs. 2 GRC zu messen, weil sie das individuelle Wahlrecht teilweise entwerten. Dafür spricht auch, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Sperrklauseln als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in das Recht auf freie Wahlen nach Art. 3 ZP einstuft, obwohl dort die Wahlrechtsgleichheit auch nicht ausdrücklich erwähnt wird,<sup>50</sup> und Art. 39 Abs. 2 GRC gem. Art. 52 Abs. 3 GRC im Einklang mit dieser Bestimmung auszulegen ist. 5 %-Klauseln hält der EGMR allerdings für konventionsrechtlich unbedenklich.<sup>51</sup> Deshalb ist anzunehmen, dass der EuGH und der EGMR die im neuen Art. 3 Abs. 2 DWA vorgesehene obligatorische 2 %-Klausel und fakultative 5 %-Klausel nicht beanstanden würden.

Prozessual gilt Folgendes: Eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 1 AEUV gegen den unionsrechtlichen Anteil an der Änderung des Art. 3 DWA als solche wäre nach deren Inkrafttreten statthaft, weil es sich dabei um einen Gesetzgebungsakt handelt. Der Umstand, dass dieser für sein Inkrafttreten der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedarf, entzieht ihn nicht der Gerichtsbarkeit des EuGH. Denn diese erstreckt sich nach dessen ständiger Rechtsprechung auf sämtliche Handlungen der Organe mit rechtlicher Außenwirkung,<sup>52</sup> und gemäß der Lissabonner Neufassung des Art. 263 Abs. 1 AEUV ausdrücklich insbesondere auf Gesetzgebungsakte. Die EU ist eine Union des Rechts, in der die umfassende gerichtliche Kontrolle der Organhand-

49 Vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV.

50 EGMR, Nr. 10226/03, *Yumak und Sadak gegen Türkei*, 08.07.2008.

51 Vgl. EGMR, Nr. 10547/07 u.a., *Partija "Jaunie Demokrāti" and Partija "Mūsu Zeme" v. Latvia*, 29.11.2007, wo eine entsprechende Beschwerde für offensichtlich unbegründet und damit unzulässig erklärt wurde.

52 EuGH, Rs. C-27/04, *Kommission/Rat*, ECLI:EU:C:2004:436, Rn. 44.

lungen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Unionsrecht umfassend gewährleistet ist.<sup>53</sup>

Nichtigkeitsklage erheben könnte beispielsweise die Kommission, die an dem Änderungsverfahren nicht beteiligt war. Eine Direktklage von Wählern oder Parteien beim Gericht der EU<sup>54</sup> wäre jedoch unzulässig. Denn gegen einen Gesetzgebungsakt sind natürliche und juristische Personen nach Maßgabe des Art. 263 Abs. 4 AEUV nicht klagebefugt.<sup>55</sup> Folglich stünden dieser Kategorie von Klägern nur nationale Rechtsbehelfsverfahren offen, welche die Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV schaffen müssen, um auch in diesem vom Unionsrecht erfassten Bereich im Einklang mit Art. 47 GRC einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Das nationale Gericht könnte dann – falls entscheidungserheblich – nach Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidung des EuGH über die Gültigkeit des geänderten Art. 3 DWA einholen und müsste dies angesichts des Verwerfungsmonopols des EuGH tun, wenn es ihn für nichtig hält.<sup>56</sup>

Nach erfolgloser Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs käme eine Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK wegen Verletzung von Art. 3 ZP in Betracht, die jedoch nach der bisherigen EGMR-Rechtsprechung wenig Aussicht auf Erfolg hätte.<sup>57</sup> Da die EU der EMRK noch nicht beigetreten ist, könnte diese Beschwerde allerdings nicht gegen die EU selbst gerichtet werden. Richtiger Beschwerdegegner wäre vielmehr der Mitgliedstaat, in dem das nationale Gerichtsverfahren durchgeführt wurde. Denn nach der gerade zum DWA ergangenen Matthews-Entscheidung des EGMR ist jeder Mitgliedstaat einzeln für die Konventionskonformität aller derjenigen EU-Vorschriften verantwortlich, die nur mit seinem Einverständnis in Kraft gesetzt werden konnten.<sup>58</sup> Alternativ könnte eine solche Individualbeschwerde auch gegen alle Mitgliedstaaten gemeinsam gerichtet werden, weil sie letztlich alle für die Vereinbarkeit der vorgenannten EU-Vorschriften mit dem ZP einzustehen haben.

## b) Relevante Vorgaben des Grundgesetzes

Es fragt sich, ob die Änderung des Art. 3 DWA auch anhand grundgesetzlicher Maßstäbe kontrolliert werden könnte. Prozessual käme in Deutschland ein Wahlprüfungsverfahren nach § 26 EuWG in Betracht, das letztlich zum BVerfG führte. Doch ein solches könnte erst anlässlich einer konkreten Europawahl eingeleitet werden, die nach dem Inkrafttreten der Neufassung des DWA durchgeführt würde, also in der fernerer Zukunft. Um eine verfassungsgerichtliche Kontrolle schon jetzt zu erreichen, könnten Wähler zum Schutz der Wahlrechtsgleichheit eine Verfassungsbeschwerde erheben oder Parteien zum Schutz ihrer Chancengleichheit ein Organstreitverfahren einleiten, wobei im Folgenden nur die Verfassungsbeschwerde näher betrachtet wird.

53 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und Rs. C-415/05 P, *Kadi I*, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 281.

54 Art. 256 Abs. 1 AEUV, Art. 51 Protokoll (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der EU.

55 EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit*, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 50 ff.

56 EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 15 ff.

57 S.o. Fn. 51.

58 S.o. Fn. 20.



Eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die Änderung des Art. 3 DWA wäre unstatthaft, denn dabei handelt es sich nicht um einen Akt der deutschen öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG.<sup>59</sup> Nur deutsche Hoheitsakte, die mit dieser Änderung einhergehen, wären taugliche Gegenstände einer Verfassungsbeschwerde, insbesondere also das Bundesgesetz, das nach § 3 Abs. 1 und 2 IntVG Voraussetzung für deren Ratifikation durch Deutschland wäre. Auch die spätere Anpassung des EuWG an die Vorgaben des neuen Art. 3 DWA nach dessen Inkrafttreten<sup>60</sup> könnte mittels Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, die dann zugleich das vorgenannte Bundesgesetz mit auf den Prüfstand stellen würde. Die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG stünde dem nicht im Wege, weil das Bundesgesetz nach § 3 Abs. 1 und 2 IntVG der Umsetzung durch Änderung des EuWG bedarf, mit der erst die Belastung der Beschwerdeführer eintritt.<sup>61</sup> Die Neufassung des Art. 3 DWA ist demgegenüber auch in Verbindung mit dem Bundesgesetz gemäß § 3 Abs. 1 und 2 IntVG nicht unmittelbar anwendbar, sondern statuiert lediglich einen an die nationalen Legislativen adressierten Gesetzgebungsauftrag.

Gegen das Bundesgesetz nach § 3 Abs. 1 und 2 IntVG könnten auf Art. 38 GG gestützte Verfassungsbeschwerden mit der Behauptung eingelegt werden, dieses Gesetz sei im Hinblick auf die neue Sperrklauselregelung in Art. 3 DWA mit der Wahlrechtsgleichheit unvereinbar.<sup>62</sup> Zwar nähme der neue Art. 3 DWA am Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch vor dem deutschen Verfassungsrecht teil, doch reicht dieser aus deutscher Sicht nur bis zur Grenze der in Art. 79 Abs. 3 GG festgeschriebenen unabänderlichen Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes (deutsche Verfassungsidentität), wie Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG klarstellt.<sup>63</sup> Das Unionsrecht erkennt demgegenüber keine solche starre Grenze an, die jeder Mitgliedstaat seinem Vorranganspruch entsprechend eigenmächtig ziehen dürfte, sondern nur eine flexible Pflicht der EU zur Achtung der nationalen Verfassungsidentitäten, die auf eine Abwägung durch den EuGH hinausläuft.<sup>64</sup> Die Beschwerdeführer könnten aber jedenfalls versuchen, das BVerfG im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung zu einer „Identitätskontrolle“ des neuen Art. 3 DWA anhand von Art. 20 GG zu bewegen.<sup>65</sup>

Zwar wäre die von Art. 20 Abs. 2 GG geschützte Demokratie in Deutschland (die Rede ist von der „Staatsgewalt“) durch die Einführung einer Sperrklausel bei den Europawahlen kaum berührt. Allerdings hat das BVerfG in seinen Entscheidungen zur Verfassungswidrigkeit der Sperrklauseln im EuWG den aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit bei den Europawahlen in Deutschland als Sicherung der vom Demokratieprinzip des Grundgesetzes vorausgesetzten Egalität der Bürger und eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung einge-

59 Vgl. BVerfGE 129, 124 (174 ff.).

60 S. dazu u. 3.

61 Vgl. BVerfG (K), Beschluss vom 12.11.2009 (2 BvR 2034/04), Rn. 32 (bei Juris).

62 Vgl. BVerfGE 123, 267 (328 ff.).

63 BVerfGE 140, 317 (341).

64 Vgl. Giegerich, (Fn. 11), S. 30 f.

65 BVerfGE 134, 366 (384 ff.).

stuft.<sup>66</sup> Es ist fraglich, ob damit zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die Wahlrechtsgleichheit in ihrer Ausprägung als Ausschluss von Sperrklauseln bei Europawahlen in Deutschland zum nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Kernbestand des Grundgesetzes gehört. Man darf freilich erwarten, dass Gegner der obligatorischen Sperrklausel im neugefassten Art. 3 DWA die diesbezügliche Toleranz des BVerfG austesten werden.

Diese Gegner könnten auch versuchen, die Struktursicherungsklausel in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG als Prüfungsmaßstab zu aktivieren, der vorschreibt, dass die EU ihrerseits demokratischen Grundsätzen verpflichtet sein muss. Das BVerfG hat zwar insoweit im Lissabon-Urteil 2009 ausdrücklich anerkannt, dass Wahlberechtigte auf Grund von Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG „verfassungsrechtlich relevante Defizite der demokratischen Legitimation der Europäischen Union aus demselben Recht rügen [können] wie Defizite der durch die europäische Integration im Kompetenzumfang betroffenen innerstaatlichen Demokratie. Vor dem Hintergrund des über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG als subjektives öffentliches Recht rügefähig gemachten Demokratieprinzips kann es [...], wenn Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen werden, nicht ohne Bedeutung sein, ob die auf europäischer Ebene ausgeübte Hoheitsgewalt auch demokratisch legitimiert ist.“<sup>67</sup>

Das Gericht hat dann jedoch ausgeführt: Das EP „als Vertretungsorgan der Völker in einer supranationalen und als solche von begrenztem Einheitswillen geprägten Gemeinschaft kann und muss es in seiner Zusammensetzung nicht den Anforderungen entsprechen, die sich auf der staatlichen Ebene aus dem gleichen politischen Wahlrecht aller Bürger ergeben.“<sup>68</sup> Auf dieser Grundlage hat es die degressiv-proportionale Zusammensetzung des EP akzeptiert und wird es voraussichtlich auch die unionsrechtliche Einführung der obligatorischen Sperrklausel akzeptieren. Es wäre in der Tat erstaunlich, wenn das BVerfG die europäische Demokratie, die bei den Europawahlen jahrzehntelang in den meisten Mitgliedstaaten – einschließlich in Deutschland – mit Sperrklauseln gearbeitet hat, jetzt am deutschen demokratischen Wesen des Sperrklauselverbots genesen lassen wollte, das das Gericht selbst auch erst 2011 neu entdeckt hat.

Im Ergebnis stehen der deutschen Zustimmung zur Neufassung des Art. 3 DWA daher keine grundgesetzlichen Vorgaben entgegen.

### 3. Wie weit reicht die Verdrängungswirkung des neuen Art. 3 DWA in Bezug auf die grundgesetzliche Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien?

Die vom BVerfG zweimal festgestellte Verfassungswidrigkeit von Sperrklauseln im EuWG kann durch vorrangiges Unionsrecht nur insoweit überwunden werden, wie dieser Vorrang reicht, d.h. nur insoweit, wie das Unionsrecht dem deutschen Gesetz-

66 BVerfGE 129, 267 (317); 135, 259 (284).

67 BVerfGE 123, 267 (331) sowie *ibid.*, 267 (363 ff.).

68 *Ibid.*, 267, (368).

geber die Einführung einer Sperrklausel verbindlich vorgibt.<sup>69</sup> Denn wo ihm das Unionsrecht Regelungsspielräume belässt, muss er diese selbstverständlich im Einklang mit den Vorgaben des Grundgesetzes ausfüllen.<sup>70</sup> Das ist bei der Umsetzung des geänderten Art. 3 DWA in Deutschland sowohl inhaltlich wie zeitlich zu beachten.

Eine unionsrechtlich verbindliche Sperrklausel schreibt der neue Art. 3 Abs. 2 DWA erst mit seinem Inkrafttreten nach der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten und lediglich in einer Höhe von 2 % der abgegebenen gültigen Stimmen vor. Aus Art. 3 Abs. 3 DWA ergibt sich zudem, dass die entsprechende unionsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Sperrklausel erst für diejenige Europawahl eintritt, die der ersten Europawahl nach dem Inkrafttreten des Änderungsbeschlusses zum DWA folgt. Wenn die nationalen Ratifikationsverfahren – wie zu erwarten – nicht mehr vor der Europawahl 2019 abgeschlossen werden, müsste Deutschland die Sperrklausel erst für die der 2024 stattfindenden Europawahl nachfolgenden Europawahl 2029 einführen.

Sollte der deutsche Gesetzgeber eine höhere als die 2 %-Sperrklausel vorschreiben und/oder eine Sperrklausel vor dem Inkrafttreten des Änderungsbeschlusses zum DWA oder zwar danach, aber für eine frühere Europawahl als diejenige von 2029 einführen, unterläge die entsprechende Regelung der uneingeschränkten Überprüfung durch das BVerfG am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG. Eine solche die unionsrechtliche Umsetzungspflicht inhaltlich überschreitende und/oder zeitlich vorwegnehmende Bestimmung im EuWG würde das Gericht voraussichtlich ebenso für nichtig erklären wie seine Vorgänger. Ganz sicher lässt sich dies aber nicht voraussagen, denn die Verwerfung der 3 %-Klausel erfolgte 2014 nur mit 5:3 Stimmen, und im zuständigen Zweiten Senat sitzen inzwischen drei neue Richterinnen und Richter.

Dieses erhebliche verfassungsrechtliche Risiko für inhaltlich oder zeitlich „überschießende“ deutsche Umsetzungsakte besteht auch dann, wenn die gesetzliche Ermächtigung zur nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV erforderlichen deutschen Zustimmung zur Änderung des Art. 3 DWA aufgrund von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG mit verfassungsändernden Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat beschlossen wird. Änderungen des DWA sind allerdings einer Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU vergleichbar, weil das Verfahren des Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV dem Vertragsänderungsverfahren angenähert ist.<sup>71</sup> Durch die Änderung speziell des Art. 3 DWA würde auch das Grundgesetz seinem Inhalt nach – nämlich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG in ihrer Anwendung auf Europawahlen – geändert, so dass die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG für das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit nach Art. 79 Abs. 2 GG hier erfüllt sind. Von der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Textänderung des Grundgesetzes, wie sie Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG normalerweise verlangt, dispensiert Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG.<sup>72</sup> Deshalb gilt Folgendes: Obwohl ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG den Regeln von Art. 79 Abs. 2 und 3 GG unterliegt, bleibt es ein zwar materiell verfas-

69 S.o. Fn. 36.

70 BVerfGE 125, 260 (306 f.).

71 Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 23, Rn. 84.

72 BVerfGE 129, 78, (100).

sungsänderndes, formell jedoch einfaches Gesetz, das – anders als „echte“ verfassungsändernde Gesetze – nicht zum Bestandteil des Grundgesetzes wird.

Geht der Bundesgesetzgeber den Weg über Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG, so sind zwar die von ihm gebilligten Änderungen des DWA nur am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG zu messen. Gegen die dort festgeschriebene deutsche Verfassungsidentität verstößt der neue Art. 3 DWA nicht, wie oben dargelegt wurde. Dies ändert aber nichts daran, dass der einfache Gesetzgeber, der diesen neuen Art. 3 DWA dann umzusetzen hat, insoweit an Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG in ihrer Auslegung durch das BVerfG gebunden bleibt, als ihm keine unionsrechtlich verbindlichen Vorgaben gemacht werden. Um eine inhaltlich oder zeitlich über diese Vorgaben hinausgehende Sperrklauselregelung für Europawahlen in Deutschland einzuführen, bestünde nur die Möglichkeit einer förmlichen Verfassungsänderung, etwa in Form einer Ergänzung des Art. 23 GG um einen Absatz zu Europawahlen. Ob sich die dafür notwendigen Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat finden ließen und ob eine entsprechende Initiative politisch klug wäre, steht auf einem anderen Blatt.

## **V. Ergebnis: Die Hypothek dysfunktionaler europäischer Entscheidungsverfahren**

Das Projekt zur Reform des Europawahlrechts wird nun schon etwa vier Jahre lang betrieben und ist bisher nur auf Unionsebene leidlich erfolgreich gewesen. Ob und wann die mitgliedstaatlichen Ratifikationsverfahren erfolgreich abgeschlossen werden können, ist ungewiss – gut möglich, dass es noch in einem oder mehreren Mitgliedstaaten scheitert.

Das Europawahlrecht ist ein Muster dafür, was in der EU nicht vernünftig funktioniert und das europäische Einigungsprojekt in Misskredit bringt. Man stelle sich vor, der Bundestag würde eine Reform des BWahlG entwerfen und an den Bundesrat senden, der diese drei Jahre lang diskutiert und verwässert, bis er sich dazu durchringen kann, sie einstimmig zu billigen und seinen Kompromissvorschlag dem Bundestag zur Zustimmung zurückzusenden. Der Bundestag stimmt unwillig zu, um von seinem Projekt zu retten, was zu retten ist. Dann müsste der Bundesratsbeschluss noch von allen Ländern ratifiziert werden, bevor er in Kraft treten kann. Ob das je geschieht, steht wegen wackliger Koalitionen in einigen Landtagen in den Sternen, zumal verfassungsändernde Mehrheiten notwendig sind. Zwischenzeitlich werden in etlichen Ländern Gerichtsverfahren eingeleitet, um die Vereinbarkeit der Reform mit der jeweiligen Landesverfassung zu prüfen. Solange liegt der politische Prozess in den betreffenden Landtagen auf Eis. In anderen Ländern werden Volksabstimmungen gegen die BWahlG-Reform initiiert. Geht eine solche nur in einem Land negativ aus, ist das jahrelange Bundesprojekt gescheitert. Kurz: Eine aberwitzige Vorstellung, aber so „funktioniert“ die Europawahlrechtsschöpfung in der EU.

Gemengelage von nationalem Recht und Unionsrecht wie in Bezug auf die Europawahl, bei denen das Unionsrecht zudem erst dem Veto jedes nationalen Regierungsvertreters im Rat und dann nochmals dem Veto jedes einzelnen nationalen Parlaments und/oder Wahlvolks unterliegt, sind dysfunktional und geradezu

Paradebeispiele für Verflechtungsfallen im Mehrebenensystem, die den Entscheidungsprozess lahmlegen und dadurch die Output-Legitimität des Systems unterminieren.<sup>73</sup>

Eine an das real existierende deutsche Bundeswahlrecht angelehnte Abhilfe drängt sich auf: Das Europawahlrecht gehört aus der Natur der Sache in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der EU und dort in das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV. Es sollte (wie das Abgeordnetenstatut auf der Grundlage von Art. 223 Abs. 2 AEUV) durch eine Verordnung umfassend geregelt werden. Nur die wesentlichen Grundregeln müssten in der Unionsverfassung selbst vorgeben werden, während unwesentliche Ausführungsregeln den Mitgliedstaaten überlassen bleiben könnten. Dass Art. 223 Abs. 1 AEUV für eine solche Abhilfe im ordentlichen Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV reformiert werden müsste, sollte niemanden entmutigen, denn das fällt kaum schwerer, als die dort verankerte Unionskompetenz derzeitigen Zuschnitts praktisch auszuüben.

73 Vgl. *Scharpf*, Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, Politische Vierteljahresschrift 26, 1985, S. 323 ff.