

Prof. Dr. Matthias Rossi
Richard-Wagner-Str. 16
86199 Augsburg

Bundesverfassungsgericht
Postfach 1771

76006 Karlsruhe

per Telefax: 0721 - 9101-382

Augsburg, den 11.01.2014

Aktenzeichen 2 BvE 2221/13

Sehr geehrter Herr Präsident,

mit Blick auf die ergänzende Stellungnahme von Prof. Dr. Lenz vom 19.12.2013, die ich vorgestern, 9.1.2014, erhielt, sowie unter Berücksichtigung des Vermerks des Juristischen Dienstes des Europäischen Parlaments vom 16.12.2013 erlaube ich mir eine kurze letzte Ergänzung meiner Stellungnahme vom 9.12.2013:

Sowohl der Vermerk des Juristischen Dienstes als auch die ergänzende Stellungnahme von Prof. Dr. Lenz sind der Auffassung, Art. 3 DWA enthalte „die Wahlfreiheit des nationalen Gesetzgebers als solche“ als zwingendes unionsrechtliches Postulat, dessen effect utile nicht durch eine Auslegung des nationalen Verfassungsrechts unterlaufen werden dürfe, die diese Wahlfreiheit im Ergebnis vereitele. Diese Auffassung wird – das wird der Hohe Senat sicherlich auch ohne diesen Hinweis zur Kenntnis nehmen oder schon genommen haben – ebenso in einem jüngst erschienenen Beitrag von Rainer Wernsmann vertreten (JZ 2014, S. 23, 24). Wernsmann führt aus: „Es spricht also vieles dafür, Art. 3 DWA [...] die positive Aussage zu entnehmen, dass Sperrklauseln bis zur Höhe von Fünf-Prozent bei Wahlen zum EP nicht in Frage gestellt werden können. Die Zulassung der Fünf-Prozent-Klausel durch das Unionsrecht wäre dann allein durch den EuGH zu über-

prüfen; dieser hätte Art. 3 DWA dann gegebenenfalls für primärrechtswidrig zu erklären wegen Verstoßes gegen Art. 10 EUV, der das Demokratieprinzip absichert.“

Indes macht auch ihre wiederholte Behauptung diese Auffassung nicht richtig. Vielmehr sind – neben der nur ermächtigenden Wirkung des Art. 3 DWA und dem Gestaltungs- und Verantwortungsbereich, der den nationalen Gesetzgebern von Art. 8 DWA zugewiesen wird (vgl. S. 2 f. meiner Stellungnahme vom 9.12.2013) – folgende Aspekte zu bedenken:

1. Festzuhalten ist zunächst, dass das Grundgesetz kein „kategorisches Verbot“ von Sperrklauseln für die Wahlen des Europäischen Parlaments enthält und das Bundesverfassungsgericht auch nie ein solches aus dem Grundgesetz abgeleitet hat. Insofern widerspricht die unter Punkt 8 geäußerte Auffassung des Vermerks des Juristischen Dienstes des Europäischen Parlaments, die sich Prof. Lenz in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 19.12.2013 zu eigen gemacht hat, nicht der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011. Denn das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung deutlich herausgestellt, dass weder der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit noch der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien einem absolutem Differenzierungsverbot unterliegt. Es hat lediglich betont, dass „Differenzierungen [...] zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, zwingenden Grundes [bedürfen].“ Die von Art. 3 DWA vorausgesetzte, letztlich aber doch durch das demokratische Prinzip und die rechtstaatliche Gewaltenteilung in den nationalen Verfassungen gewährleistete „Freiheit“ des nationalen Gesetzgebers – zur Abgrenzung der individuellen Freiheitsverbürgungen von staatsorganisationsrechtlichen Aufgabenzuweisungen sollte auch der Juristische Dienst des Europäischen Parlaments besser von parlamentarischen Gestaltungsspielräumen denn von „Freiheiten“ sprechen – wird auch in Deutschland insoweit nicht „kategorisch“ beschnitten, sondern mit Blick auf die subjektiven Rechte von Wählern und politischen Parteien nur einem besonderen Begründungszwang unterworfen.
2. Wenn der Unterschied zwischen der Auffassung des Juristischen Dienstes und dem Duktus der Entscheidung vom 9.11.2011 also nur in der Frage liegen sollte, welche Anforderungen an die Darlegungslast des nationalen Gesetzgebers zu stellen sind, so ist zunächst hervorzuheben, dass Art. 3 DWA nicht dahingehend verstanden werden kann, dass den nationalen Gesetzgebern eine willkürliche Beschränkung der Wahl-

rechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien möglich ist. Willkürliche Entscheidungen, die zu einer Beschränkung von Rechten, noch dazu von elementaren demokratischen Partizipationsrechten, führen, sind in einer konstitutionellen Demokratie schlechthin ausgeschlossen. Weder die nationalen Parlamente noch das Europäischen Parlament, daran muss es mitunter erinnert werden (ich erlaube mir den Hinweis auf Rossi, EuR 2013, 170, 193), stehen außerhalb der Rechtsordnung, sondern sind verfassungsrechtlich bzw. vertraglich gebunden.

Was sodann die Anforderungen an die Darlegungslast betrifft, ist zunächst zu rekapitulieren, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011 in ihren tragenden Gründen nicht davon spricht, dass Sperrklauseln nur bei einer drohenden Funktionsunfähigkeit zulässig seien. Dies ist vielmehr die Formulierung der Richter des Bundesverfassungsgerichts Di Fabio und Mellinhof, die sie in ihren abweichenden Meinungen der Entscheidungsbegründung mehr oder weniger in den Mund legen. Die Entscheidung selbst formuliert sehr viel offener: „Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen.“ Begründet werden diese gesteigerten Anforderungen an die Darlegungslast überzeugend mit dem Argument, dass im Übrigen jegliche Kontrolle unmöglich wäre, dass mit anderen Worten willkürliche Entscheidungen möglich wären.

Dieser verfassungsgerichtlich präzisierte Maßstab des Verfassungsrechts ist flexibel genug, um dem Parlament politische Handlungsspielräume zu belassen. Er greift entgegen mancher polemischer Kritik an der Entscheidung nicht erst dann, wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist, wenn das Europäische Parlament sich also nach einer Wahl als handlungsunfähig erweisen sollte. Vielmehr führt er schon im Vorfeld zu einer Rechtfertigung von Verletzungen der Wahlrechts- und Chancengleichheit, wie die Formulierung „zu erwarten“ deutlich zu erkennen gibt. Dass die Beeinträchtigung zudem nur „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten sein muss, betont dabei sogar noch einmal mehr den parlamentarischen Spielraum. Umgekehrt sind die mit Sperrklauseln verbundenen Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien eben nicht hinzunehmen, wenn überhaupt keine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit zu erwarten ist. Dass insofern nicht schon eine erschwerte Entscheidungsfindung und auch nicht eine verfehlte Mehrheit im Parlament als Funktionsbeeinträchtigung gewertet werden kann,

sollte in einer Demokratie, die ja nicht mit den Wahlen aufhört, sondern sich während der Legislaturperiode innerparlamentarisch fortsetzt, an sich selbstverständlich sein. Es fragt sich insofern, welches Selbstverständnis das Europäische Parlament von sich hat, wenn es eine Funktionsbeeinträchtigung bereits darin erkennt, dass ein Kommissionsvorschlag im Europäischen Parlament einmal nicht die notwendige Mehrheit erhalten hat (so war wohl der Präsident des Europäischen Parlaments in der mündlichen Verhandlung zu verstehen).

Im Ergebnis gibt es somit keinen Grund, den in der Entscheidung vom 9.11.2011 gefundenen Maßstab an die Darlegungslast des Gesetzgebers aufzugeben. Dass seine Anwendung im konkreten Fall zeigt, dass der Gesetzgeber die Drei-Prozent-Sperrklausel nicht „zur Abwehr von mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments“ eingeführt hat, führt nicht zur europarechtlich begründeten Unzulässigkeit dieses verfassungsrechtlichen Maßstabs, sondern zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der gesetzlichen Entscheidung.

3. Nicht haltbar ist schließlich die Auffassung, allein der EuGH dürfe über die Zulassung einer Sperrklausel im nationalen Wahlrecht entscheiden (so etwa Wernsmann, JZ 2014, 23, 24).

Sie übersieht zunächst, dass es dem EuGH schlicht an einem Maßstab fehlt, um Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit überprüfen zu können. Denn die Wahlrechtsgleichheit ist wegen der politisch gewollten und vertraglich fixierten Ponderierung der mitgliedstaatlichen Kontingente entsprechend ihren Bevölkerungsgrößen kein europarechtlicher Wahlrechtsgrundsatz. Soweit mangels dieses Maßstabs schlicht auf Art. 10 EUV verwiesen wird, „der das Demokratieprinzip absichert“ (Wernsmann, JZ 2012, 23, 24), ist diese Norm viel zu unscharf, um konkrete Folgen für die Verletzung der Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien ableiten zu können. „Die Arbeitsweise der Union beruht auf der repräsentativen Demokratie.“ heißt es in Absatz 1 dort eher im Sinne eines konkretisierungsbedürftigen Organisationsgrundsatzes denn mit präzisen rechtlichen Folgen für die Aufgaben- und Befugnisverteilung innerhalb der Europäischen Union oder gar für die Rechte der Bürger. Zudem wird der repräsentativen Demokratie in der Europäischen Union gerade nicht nur durch das Europäische Parlament, sondern auch durch die nationalen Parlamente Rechnung getragen, wie Art. 12

EUV und das Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente zum Ausdruck bringen. Wie also der EuGH aus dem Demokratieprinzip zunächst eine Wahlrechtsgleichheit destillieren soll, die er anschließend zum Maßstab für Sperrklauseln konkretisieren müsste, ohne dabei in Konflikt mit dem bewussten Fehlen des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit – oder anders ausgedrückt: mit dem bei der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments bewusst in Kauf genommenen Verstoß gegen diesen Grundsatz – zu geraten, bleibt fraglich.

Dass der EuGH nicht über die Zulässigkeit von nationalen Sperrklauseln entscheiden darf geschweige denn ausschließlich dazu befugt ist, ergibt sich vor dem Hintergrund des fehlenden Maßstabs im Übrigen schlicht aus dem Umstand, dass solche Sperrklauseln nicht Europarecht, sondern nationales Recht verletzen. Wenn gleichwohl die alleinige Zuständigkeit des EuGH für die Entscheidung über nationale Sperrklauseln behauptet wird, wird erneut jener Irrtum sichtbar, der auch schon den diversen kritischen Stellungnahmen gegenüber der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011 zu Grunde liegt. Anstatt zu erkennen, dass nationale Sperrklauseln in subjektive Rechte von Wählern und politischen Parteien eingreifen, wird ihre verfassungsrechtliche Unzulässigkeit als Eingriff in wie auch immer definierte Rechte des Europäischen Parlaments gewertet. Dabei hängt doch weder die Charakterisierung noch gar die Wertschätzung eines Parlaments von der Beurteilung seiner Schutzbedürftigkeit ab. Im Gegenteil mag in dem Umstand, dass ein Parlament auch ohne Sperrklauseln funktionsfähig ist, eine besondere Anerkennung zum Ausdruck kommen.

Fünzig Kopien folgen per Post.

Mit freundlichen Grüßen

Matthias Rossi