

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

An das Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

Augsburg, den 10. Oktober 2013

Verfassungsbeschwerde

- 1) des Herrn Matthias Cantow,
 - 2) des Herrn Dr. Michael Efler,
 - 3) des Herrn Roman Huber,
 - 4) des Herrn Guido Strack,
- sowie weiterer 1095 Personen, die im Anhang aufgelistet sind.

Namens und in Vollmacht der Beschwerdeführer erhebe ich Verfassungsbeschwerde gegen die Sperrklausel im geltenden Europawahlgesetz.

A.

Am 9. November 2011 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG wegen Verletzung der Grundsätze der Wahlgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien für nichtig erklärt (BVerfGE 129, 300). Seit dieser Entscheidung galt für die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland keine Sperrklausel.

Am 4. Juni 2013 haben die Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen den Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 17/13705), der neben verschiedenen weiteren Anpassungen des EuWG an veränderte rechtliche Rahmenbedingungen die Einführung einer Drei-Prozent-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG vorsieht.

Der Gesetzentwurf wurde am 6. Juni 2013 im vereinfachten Verfahren ohne Debatte federführend in den Innenausschuss sowie zur Mitberatung an den Rechtsausschuss und den Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union überwiesen (Plenarprotokoll 17/243, S. 30734).

Bereits einen Tag zuvor, am 5. Juni 2013, hatte der Innenausschuss einvernehmlich beschlossen, eine öffentliche Anhörung zum Europawahlrecht durchzuführen (BT-Drs. 17/13935, S. 4). Diese öffentliche Anhörung fand am 10. Juni 2013 statt (Protokoll Innenausschuss Nr. 17/110).

In seiner 111. Sitzung am 12. Juni 2013 beriet der Innenausschuss den Gesetzentwurf abschließend und empfahl mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/DIE GRÜNEN gegen die Stimmen der Fraktion DIE LINKE. die Annahme des Gesetzentwurfs in der Fassung des Änderungsantrags auf Ausschussdrucksache 17(4)767. Dieser Änderungsantrag betrifft nicht die Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG und ist für diese Verfassungsbeschwerde deshalb ohne Belang. Ein Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf Ausschussdrucksache 17(4)761 wurde mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, FDP und DIE LINKE. gegen die Stimmen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bei Stimmenthaltung der Fraktion der SPD abgelehnt. Am gleichen Tag fassten auch der Rechtsausschuss in seiner 139. Sitzung und der Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union in seiner 92. Sitzung mit denselben Stimmenergebnissen gleichgerichtete Beschlüsse (vgl. BT-Drs. 17/13935, S. 4).

Die zweite und dritte Beratung im Plenum fand am 13. Juni 2013 statt. Der Empfehlung des Innenausschusses folgend, wurde der Gesetzentwurf in Ausschussfassung gegen die Stimmen der Faktion DIE LINKE. angenommen (Plenarprotokoll 17/246, S. 31430 ff.).

Im Bundesrat wurde der Gesetzesbeschluss am 14. Juni 2013 zunächst federführend an den Ausschuss für Innere Angelegenheiten überwiesen. Auf seiner 912. Sitzung beschloss der Bundesrat am 5. Juli 2013 sodann, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen (BR-Drs. 494/13).

Das Gesetz wurde daraufhin am 7. Oktober 2013 vom Bundespräsidenten ausgefertigt und am 9. Oktober 2013 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Es ist am 10. Oktober 2013 in Kraft getreten.

Der Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde, der neu gefasste § 2 Abs. 7 EuWG, lautet wie folgt:

„Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens 3 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.“

B.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

I. Beschwerdefähigkeit

Sämtliche Beschwerdeführer sind als natürliche Personen grundrechts- und damit zugleich beschwerdefähig.

II. Beschwerdegegenstand

Ihre Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die gesetzliche Bestimmung des § 2 Abs. 7 EuWG in seiner am 10. Oktober 2013 in Kraft getretenen Fassung. Beschwerdegegenstand i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und des § 90 Abs. 1 BVerfGG ist mithin ein Akt der deutschen gesetzgebenden Gewalt, die nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte und nach Art. 20 Abs. 3 GG an die Verfassung gebunden ist.

III. Beschwerdebefugnis

Sämtliche Beschwerdeführer sind wahlberechtigt i. S. d. § 6 EuWG und deshalb selbst, gegenwärtig und unmittelbar von dem Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit betroffen. Dieser Grundsatz wird in Bezug auf die Europawahl vom Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG umfasst, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Fünf-Prozent-Sperrklausel vom 9. November 2011 klargestellt hat.

Die bloße Möglichkeit der Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch die Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG ergibt sich bereits aus den Gründen, die das Urteil des Zweiten Senats vom 9. November 2011 tragen (BVerfGE 129, 300). Seit dieser Entscheidung sind weder rechtliche noch tatsächliche Änderungen eingetreten, die eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung der Sperrklausel gebieten würden.

IV. Rechtswegerschöpfung

Gegen die gesetzliche Verankerung der Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG ist kein Rechtsweg eröffnet.

V. Frist

Die unmittelbar gegen eine gesetzliche Bestimmung gerichtete Verfassungsbeschwerde wird innerhalb der von § 93 Abs. 3 BVerfGG normierten Jahresfrist erhoben.

C.

Sollten parallel zu dieser Verfassungsbeschwerde weitere Verfassungsbeschwerden erhoben werden, die ebenfalls gegen das geltende EuWG gerichtet sind, wird angeregt, die Verfahren nach § 66 BVerfGG zu verbinden. Dasselbe gilt in Bezug auf etwaige anhängige Normenkontroll- und Organstreitverfahren.

D.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. § 2 Abs. 7 EuWG verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Anspruch auf Gleichheit des Erfolgswerts ihrer Stimmen, der in Bezug auf die Europawahlen grundrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützt ist. Dass darüber hinaus auch die durch Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GG gewährleistete Chancengleichheit der politischen Parteien verletzt wird, kann von den Beschwerdeführern nicht gerügt, vom Bundesverfassungsgericht gleichwohl festgestellt werden.

I. Kontrollmaßstab und Kontrolldichte

Der Gesetzgeber ist auch hinsichtlich der Ausgestaltung des EuWG gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die Verfassung und gemäß Art. 1 Abs. 3 GG insbesondere an die Grundrechte gebunden. Die europarechtlichen Vorgaben für die Wahl des Europäischen Parlaments vermögen diese Verfassungsbindung weder zu lockern noch gar zu lösen. Sie treten vielmehr neben sie. Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wird insofern sowohl durch europarechtliche Vorgaben als auch durch verfassungsrechtliche Bindungen beschränkt. Weil europarechtliche und verfassungsrechtliche Vorgaben inhaltlich zum Teil identisch sind, mit Blick auf das Wahlrecht etwa in Bezug auf die Grundsätze der Allgemeinheit und Unmittelbarkeit von Wahlen, gewinnt die Verfassungsbindung insbesondere dort an Bedeutung, wo den Mitgliedstaaten ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Dies ist keine wahlrechtsspezifische Besonderheit, sondern gilt namentlich für die Umsetzung von Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV. Das Maß der den Mitgliedstaaten verbleibenden Gestaltungsspielräume bestimmt somit das Maß ihrer Verfassungsbindung und mit ihm zugleich das Maß der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

1. Gleichheit als wesentlicher Maßstab trotz Fehlen im EUV

Zentraler Maßstab für die Sperrklausel im nationalen Europawahlgesetz sind somit die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten Wahlrechtsgrundsätze, die ihrerseits zugleich Voraussetzung und Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips sind. Unter den Wahlrechtsgrundsätzen ist der Grundsatz der Wahlgleichheit für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Sperrklausel von zentraler Bedeutung.

a) Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der Wahlgleichheit

Den Inhalt und die besondere Bedeutung des Grundsatzes der Wahlgleichheit hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 wie folgt zusammengefasst (BVerfGE 129, 300, 317):

„Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl [...] sichert die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Bürger (vgl. BVerfGE 41, 399, 413; 51, 222, 234; 85, 148, 157 f.; 99, 1, 13) und ist eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung (vgl. BVerfGE 6, 84, 91]; 11, 351, 360). Er gebietet, dass alle Wahlberechtigten das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können und ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (vgl. BVerfGE 51, 222, 234; 78, 350, 357; 82, 322, 337; 85, 264, 315). Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss. Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben. Bei der Verhältniswahl verlangt der Grundsatz der Wahlgleichheit darüber hinaus, dass jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss (vgl. BVerfGE 16, 130, 139; 95, 335, 353). Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Zur Zählwertgleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu (vgl. BVerfGE 120, 82, 103).“

b) Grundrechtliche Fundierung der Wahlrechtsgleichheit bei Europawahlen

Für diesen inhaltlichen Maßstab ist es einerlei, ob der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in Bezug auf Europawahlen aus einer analogen Anwendung des Art. 38 Abs. 1 GG abgeleitet wird (so wohl noch BVerfGE 51, 222, 234), ob er als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes in Art. 3 Abs. 1 GG hineingelesen wird (so BVerfGE 129, 300, 317) oder ob er aus einer verfassungsrechtlichen Gesamtanalogie zu Art. 38 Abs. 1 S. 2 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG geschlossen wird (einleuchtend: *Morlok/Kühr*, JuS 2012, 385, 387 m.w.N.). Entscheidend ist neben seinem subjektiv-rechtlichen Charakter und seiner prozessualen Bewehrung mit der Verfassungsbeschwerde der Umstand, dass Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit nicht von seiner normativen Verortung im Grundgesetz abhängen.

c) Keine Modifizierung durch degressiv proportionale Kontingentierung

Dieser Inhalt und diese Bedeutung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit werden für das Europawahlrecht aus zwei Gründen nicht dadurch modifiziert, dass der Grundsatz der Gleichheit explizit nicht zu den in Art. 14 Abs. 2 UAbs. 3 EUV normierten Wahlrechtsgrundsätzen zählt.

Erstens folgt die uneingeschränkte Bedeutung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit aus dem bereits skizzierten abstrakten Verhältnis zwischen europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Wahl zum Europäischen Parlament: Die Maßstäbe stehen nebeneinander, können sich überschneiden, ergänzen sich im Übrigen aber. Der Verzicht auf den Maßstab der Wahlrechtsgleichheit im Europarecht derogiert deshalb schon aus formalen Gründen nicht seine verfassungsrechtliche Bindungswirkung.

Zweitens ist es vor allem aber ein inhaltlicher Grund, der gegen eine Modifizierung oder gar Außerkraftsetzung des verfassungsrechtlichen Maßstabs der Wahlrechtsgleichheit spricht. Die fehlende Nennung der Wahlrechtsgleichheit in Art. 14 Abs. 2 UAbs. 3 EUV hat ihren Grund darin, dass das Europäische Parlament nach Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 EUV aus nationalen Kontingenten von Bürgerinnen und Bürgern gebildet wird. Zwar bestimmt Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 EUV an systematisch hervorgehobener Stelle, dass sich das Europäische Parlament aus „Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern“ zusammensetzt. Dies ist allerdings nur insoweit richtig, als alle (Staats-)Bürgerinnen und Bürger

der Mitgliedstaaten kraft Definition in Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV zugleich auch Unionsbürgerinnen bzw. Unionsbürger sind. Darüber hinaus verstellt die Vorschrift den Blick darauf, dass das Europäische Parlament nach wie vor aus Vertretern der Völker der Mitgliedstaaten besteht, wie Art. 189 Abs. 1 EGV deutlicher festhielt. Weil die Unionsbürgerschaft aus der Staatsbürgerschaft folgt und eine solche zwingend voraussetzt, wird das Wahlrecht zum Europäischen Parlament insofern nicht durch die Unionsbürgerschaft, sondern durch die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats begründet. Dass die Staatsangehörigen eines jeden Mitgliedstaats nach wie vor nur die Zusammensetzung der jeweiligen nationalen Kontingente bestimmen, verleiht dem Europäischen Parlament den Charakter eines Organs von Vertretern der mitgliedstaatlichen Völker. Der insofern zwischen dem politischen Wunsch des Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 EUV und der rechtlich beschriebenen Wirklichkeit des Art. 14 Abs. 2 UAbs. 3 EUV klaffende Widerspruch wäre unauflöslich, würde Art. 14 Abs. 2 UAbs. 3 EUV neben den dort genannten Wahlrechtsgrundsätzen auch die Gleichheit zum Wahlrechtsgrundsatz erheben. Der Verzicht auf diesen fundamentalen Grundsatz trägt insoweit der „degressiv-proportionalen“ Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, oder anders ausgedrückt: seiner mitgliedstaatlichen Ponderierung, Rechnung.

Ein solcher sachlicher Grund für das Ignorieren des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit fehlt aber für die Wahl des deutschen Kontingents innerhalb des Europäischen Parlaments, die sich nach dem EuWG bestimmt. Die mitgliedstaatliche Ponderierung hat die Festsetzung der Gesamtgröße des deutschen Kontingents beeinflusst, ist innerhalb des Kontingents aber kein sachlicher Grund, der Unterschiede im Zähl- oder Erfolgswert rechtfertigen könnte. Darüber hinaus setzt die „degressiv-proportionale“ Zusammensetzung des Europäischen Parlaments erst recht nicht die verfassungsrechtliche Geltung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit außer Kraft. Zwar mögen die einzelnen mitgliedstaatlichen Kontingente dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nicht entsprechen – Wählerinnen und Wähler in kleinen Staaten werden (in Abhängigkeit freilich immer auch von der Wahlbeteiligung) weitaus mehr Einfluss auf die Besetzung des Europäischen Parlaments haben, wie in zahlreichen Auswertungen festgehalten ist (vgl. bspw. *Pukelsheim*, Putting Citizens First: Representation and Power in the European Union, in: Chiocki, Zyczkowski (eds.), Institutional Design and Voting Power in the European Union, S. 247 Tabelle 14.1). Innerhalb des deutschen Kontingents sind solche Unterschiede nicht zulässig bzw. jedenfalls rechtfertigungsbedürftig, weil der verfassungs-

rechtliche Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit unterschiedlichen Wirkungen der Stimmen grundsätzlich entgegensteht. Angesichts der unmittelbaren Geltung der verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze für die Ausgestaltung des EuWG innerhalb des dem Gesetzgeber verbleibenden Spielraums muss im Übrigen nicht die Beachtlichkeit des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit besonders begründet werden, sondern müsste umgekehrt der diesen Grundsatz einschränkende Gesetzgeber darlegen, weshalb er ohne Bedeutung sein sollte.

Zutreffend hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 deshalb festgehalten: (BVerfGE 129, 300, 318):

„Das Verfassungsgebot der Erfolgswertgleichheit für die Wahl des deutschen Kontingents von Abgeordneten des Europäischen Parlaments wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass gemäß der im Unionsvertrag (Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 1 Satz 3 EUV) vorgesehenen degressiv proportionalen Kontingentierung der auf die Mitgliedstaaten entfallenden Sitze erhebliche Unterschiede im Stimmgewicht der Unionsbürger aus den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen (vgl. BVerfGE 123, 267, 373 f.), das Primärrecht der Union selbst also Unterschiede im Erfolgswert der unter besonderer Betonung der Unionsbürgerschaft – eine Vertretung der miteinander vertraglich verbundenen Völker bleibt (vgl. BVerfGE 123, 267, 371 ff.). Diese Besonderheit verlangt weder noch rechtfertigt sie Abstriche vom wahlrechtlichen Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimmen im Verhältnis zwischen den Teilnehmern an der Wahl des deutschen Abgeordnetenkontingents.“

2. Kontrolldichte

Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit ist als verfassungsrechtlicher Maßstab für die gesetzliche Ausgestaltung des Wahlrechts vom Bundesverfassungsgericht strikt anzuwenden.

a) Verhinderung von Missbrauch parlamentarischer Macht

Eine strikte verfassungsgerichtliche Kontrolle ist schon deshalb angezeigt, um einen Missbrauch parlamentarischer Macht durch die politischen Parteien zu verhindern. Denn stets wird bei einer Entscheidung der im Parlament vertretenen Parteien über das Wahlrecht der Zukunft die Versuchung groß sein, die nicht im Parlament vertretenen

Parteien auch künftig von einem Sitz im Parlament fernzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht, das in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 eine dichte Überprüfung des Kontrollmaßstabs für sich in Anspruch genommen hat, hat zutreffend erkannt:

„Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“ (BVerfGE 129, 300, 322 f. unter Verweis auf BVerfGE 120, 82, 105)

b) Fehlende Wahrnehmung der parlamentarischen Verantwortung

Soweit in Bezug auf die Kontrolldichte das Verhältnis zwischen der gesetzgebenden Gewalt, dem Bundestag, auf der einen Seite und der verfassungsschützenden und -sichernden Gewalt, dem Bundesverfassungsgericht, auf der anderen Seite thematisiert wird, seien zwei Aspekte hervorgehoben: Erstens entbindet die unmittelbare demokratische Legitimation den Bundestag in der vom Grundgesetz ausgestalteten konstitutionellen Demokratie nicht von seiner Verfassungsbindung. Und zweitens kann ein weiterer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im konkreten Fall nur dann als (ohnehin allein politisches) Argument gegen eine tiefe Kontrolldichte durch das Bundesverfassungsgericht überzeugen, wenn dieser Gestaltungsspielraum auch mit einer entsprechenden parlamentarischen Verantwortung wahrgenommen wurde. Bereits daran fehlt es aber im Falle der Einführung einer Drei-Prozent-Sperrklausel. Denn eine nähere Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens zeigt, dass praktisch keine Debatte, keine Diskussion über die Sperrklausel im Bundestag stattgefunden hat, obwohl eine solche doch prägendes Kennzeichen parlamentarischer Tätigkeit ist.

In der ersten Beratung ist der Gesetzentwurf am 6. Juni 2013 im vereinfachten Verfahren ohne Debatte in den Innenausschuss überwiesen worden (vgl. Plenarprotokoll vom 30734). Der Innenausschuss hat am 10. Juni 2013 eine Sachverständigenanhörung durchgeführt. Die Anwesenheitsliste der Abgeordneten ist im Protokoll des Innenausschusses nicht aufgeführt (Protokoll Innenausschuss 110. Sitzung vom 10. Juni 2013, S. 3.). Der Videoaufzeichnung der Anhörung sowie dem Sprechregister (S. 6 des Proto-

kolls) ist aber zu entnehmen, dass sich sechs (!) Abgeordnete zu Wort gemeldet haben. Dass es auch bei der abschließenden zweiten und dritten Beratung des Gesetzentwurfs im Plenum des Bundestages am 13. Juni 2013 nicht mehr waren (Plenarprotokoll 17/246, 31430), ist angesichts der verfassungsrechtlich zulässigen Praxis, pro Fraktion nur einen Abgeordneten zu Wort kommen zu lassen, für sich genommen noch nicht zu rügen. Bedenkt man aber, dass die Beratung kurz vor Mitternacht stattgefunden hat und dass noch dazu die Abgeordnete Frau Wawzyniak als Vertreterin der die Sperrklausel ablehnenden Fraktion DIE LINKE. angesichts der klar erkennbaren Mehrheit darum gebeten wurde, auf ihr Rederecht zu verzichten, erweist sich einmal mehr, dass die Plenardiskussion zwar der Form nach stattgefunden hat, sie aber die ihr zugedachten Funktionen in diesem konkreten Fall nicht erfüllt hat. Es darf deshalb ohne jede Polemik angenommen werden, dass sich mehr Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts mit der Drei-Prozent-Sperrklausel befassen werden, als es Abgeordnete im Gesetzgebungsverfahren getan haben.

c) Sachverständigenanhörung statt Plenardiskussion

Die einzige inhaltliche (und noch dazu öffentlich geführte) Diskussion fand im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Innenausschuss des Bundestages statt. Doch abgesehen davon, dass eine Erörterung unter Sachverständigen selbstverständlich nicht die politische Diskussion im Plenum ersetzen kann, nimmt es angesichts der Benennung der Sachverständigen durch die im Bundestag vertretenen politischen Parteien nicht wunder, dass sich die Mehrheit der angehörten Sachverständigen für die Zulässigkeit einer Drei-Prozent-Sperrklausel aussprach. Je nach wissenschaftlichem Selbstverständnis der Sachverständigen wurden zwar immerhin auch einzelne Gegenargumente in die Diskussion eingeführt, doch im Ergebnis sprach sich nur der von der Fraktion DIE LINKE. benannte Sachverständige *Wilko Zicht*, obwohl selbst Mitglied der die Sperrklausel stützenden Partei Bündnis 90/Die Grünen, gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel aus.

Doch von den konkreten Äußerungen der einzelnen Sachverständigen abgesehen, ist allein entscheidend, dass alle Sachverständigen von den im Parlament vertretenen politischen Parteien benannt wurden. Anders ausgedrückt: Politische Parteien, die nicht im Bundestag vertreten waren, hatten keine Möglichkeit, Stellung zu der geplanten Sperrklausel abzugeben und die Gesetzgebung dadurch zu beeinflussen. Dies ist umso unver-

ständlicher, als ja im Vorfeld bekannt war, dass kleinere politische Parteien in besonderer Weise von der Sperrklausel betroffen sein werden.

Nun bewirkt die unterlassene Berücksichtigung von nicht im Bundestag vertretenen politischen Parteien und Personen für sich genommen nicht die Verfassungswidrigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel. Doch erstens kann die Betroffenenbeteiligung im Gesetzgebungsverfahren ohne Zweifel als eine Maxime guter Gesetzgebung verstanden werden. Der Änderungsgesetzgeber des EuWG hätte deshalb klug gehandelt, wenn er auch diejenigen politischen Parteien im Gesetzgebungsverfahren angehört hätte, die von der Sperrklausel berührt sein werden, aber derzeit nicht im Bundestag vertreten sind. Zumindest diejenigen politischen Parteien, die auch bei der letzten Europawahl angetreten sind, hätten gehört oder zur Stellungnahme aufgefordert werden sollen. Und zweitens wird der parlamentarische Gesetzgeber akzeptieren müssen, dass das Bundesverfassungsgericht eine umso tiefere Kontrolldichte für sich in Anspruch nimmt, wenn erst in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe diejenigen Funktionen erfüllt werden, die eigentlich dem Gesetzgebungsverfahren in Berlin obliegen.

Im Ergebnis untermauert schon das Gesetzgebungsverfahren zur Einführung einer Drei-Prozent-Sperrklausel die vom Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 9. November 2011 erkannte Gefahr, „dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich [bei der Wahlgesetzgebung] statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt.“ (BVerfGE 129, 300, 322). Die wenigen sachlich vorgetragenen Argumente verdeutlichen zudem die ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht erkannte Gefahr, „dass der deutsche Wahlgesetzgeber [bei der Ausgestaltung des Europawahlrechts] mit einer Mehrheit von Abgeordneten die Wahl eigener Parteien auf europäischer Ebene durch eine Sperrklausel absichern könnte.“ (BVerfGE 129, 300, 323 f.).

Die Beschwerdeführer ermutigen das Bundesverfassungsgericht deshalb dazu, die Änderung des § 2 Abs. 7 EuWG einer „strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“ zu unterziehen.

II. Maßgebliche Entscheidung vom 9. November 2011

Der verfassungsrechtliche Maßstab zur Beurteilung der Drei-Prozent-Sperrklausel ist jüngst verfassungsgerichtlich konkretisiert worden. In seiner Entscheidung vom 9. November 2011 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts festgestellt, dass die

alte Fünf-Prozent-Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG einen schwerwiegenden Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit darstellt, der unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen ist. Die grundsätzlichen Überlegungen der diese Entscheidung tragenden Richter macht sich diese Verfassungsbeschwerde vollständig zu eigen. Nur kurz sei deshalb festgehalten, dass eine Sperrklausel einen schwerwiegenden Eingriff in den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit bedeutet (1.), der nicht durch die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments gerechtfertigt werden kann (2.).

1. Schwerwiegender Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit

Dass Sperrklauseln einen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit bedeuten, weil diejenigen Wähler, die ihre Stimme für eine an der Sperrklausel scheiternde Partei abgeben, anders als solche, die ihre Stimme für eine die Sperrklausel passierende Partei abgeben, keinen Einfluss auf die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich haben und somit ohne Erfolg bleiben, hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Sperrklauseln beeinträchtigen kurz gesagt die Erfolgswertgleichheit, die als Teil des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit beim Verhältniswahlssystem von zentraler Bedeutung ist (vgl. zuletzt BVerfGE 129, 300, 319).

Ein Eingriff in den Grundsatz der Gleichheit der Wahl wiegt angesichts seiner enormen Bedeutung (s.o. S. 7) schwer (explizit BVerfGE 129, 300, 324) und stellt vor diesem Hintergrund hohe Anforderungen an seine Rechtfertigung.

a) Irrelevanter Vergleich mit Mehrheitswahl

Soweit etwa in den abweichenden Meinungen der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* die Auffassung vertreten wird, die von Sperrklauseln ausgehende Eingriffsintensität relativiere sich doch im Vergleich zu einem Mehrheitssystem (abweichende Meinungen *Di Fabio*, *Mellinghoff*, BVerfGE 129, 300, 348 f.), vermag dies die Schwere des von der Sperrklausel ausgehenden Eingriffs in den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nicht zu relativieren. Denn unabhängig von der Frage, ob die verschiedenen Wahlsysteme überhaupt miteinander verglichen werden können oder nicht jedes für sich einer eigenen verfassungsrechtlichen Beurteilung bedarf (so jedenfalls BVerfGE 95, 335, 355; vgl. auch *Morlok*, JZ 2012, S. 76, 79), steht es dem deutschen Gesetzgeber anders als bei der Ausgestaltung des Wahlrechts für die Bundestagswahl in Bezug auf die Europawahl nicht

frei, sich für das eine oder andere Wahlsystem oder eine Mischform beider Wahlsysteme zu entscheiden. Vielmehr bestimmt Artikel 1 Abs. 1 des Direktwahlakts seit seiner Novellierung im Jahr 2002, dass die Mitglieder des Europäischen Parlaments nach dem Verhältniswahlsystem gewählt werden. Eine Mehrheitswahl wäre selbst bei entsprechendem politischen Willen somit überhaupt keine zulässige Variante.

b) Unzulässiger Rückschluss von beschränkten Auswirkungen auf geringe Intensität

Verfassungsrechtlich nicht haltbar ist auch der Versuch, in einem ersten Schritt von den beschränkten Wirkungen einer Sperrklausel auf deren niedrige Eingriffsintensität zu schließen und aus dieser in einem zweiten Schritt eine leichte Einschränkung abzu- leiten, wie dies die Richter des Bundesverfassungsgerichts *Di Fabio* und *Mellinghoff* in ihren abweichenden Meinungen formulieren (BVerfGE 129, 300, 350):

„Wenn aber im längeren Entwicklungszusammenhang die sogenannte Volatilität der Wähler ohnehin zunimmt, sich also die verlässliche Bindung von Stammwäh- lern abschwächt, und bei der Europawahl auch das Funktionsargument im Hin- blick auf die Regierungsbildung deutlich geringer ausfällt oder gar nicht zum Tragen kommt, dann verringert sich auch die Intensität des Eingriffs.“

Diese Argumentation kann aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen.

In tatsächlicher Hinsicht werden zunächst Thesen aufgestellt, ohne durch entspre- chende Fakten untermauert zu werden. Dass „Gruppierungen, deren Parteiprogramm kaum jemand kennt oder die erst nach der Wahl ihre Meinung zu politischen Themen erarbei- ten wollen, [...] fähig [sind], aus dem Stand heraus bei einer Landtagswahl oder auch bei Bundestagswahlen die Sperrklausel zu überwinden,“ ist ungeachtet der Polemik, die in dieser Formulierung zum Ausdruck kommt, jedenfalls für die Vergangenheit nur für eine Handvoll Landtagswahlen zutreffend, für Bundestagswahlen dagegen zwar vorstellbar, nicht aber die Regel. Selbst wenn die Behauptung zuträfe, beschriebe sie zudem nur den verfassungsrechtlich gewollten, jedenfalls aber ermöglichten politischen Wettbewerb zwischen Parteien. Sodann werden in der Argumentation Rückschlüsse von nationalen Wahlen (Landtags- und Bundestagswahlen) auf Wahlen zum Europäischen Parlament gezogen, obgleich es zwischen ihnen erhebliche tatsächliche und auch rechtliche Unter- schiede gibt. Die Ausführungen ignorieren weiterhin, dass es zahlreiche Gruppierungen gibt, die auch bei Landtagswahlen und Bundestagswahlen an der Sperrklausel scheitern.

Schließlich fokussieren sie allein auf die Chancengleichheit der politischen Parteien und verkennen insofern die erhebliche Bedeutung der Sperrklausel für die Wahlgleichheit der Wähler.

Vor allem aber wird in rechtlicher Hinsicht von der Überwindbarkeit der Sperrklausel auf deren niedrige Eingriffsintensität geschlossen. Die Argumentation missachtet insofern das grundsätzliche Verhältnis zwischen den grundrechtlich und also subjektiv-rechtlich ausgestalteten Wahlrechtsgrundsätzen und ihren rechtfertigungsbedürftigen Beschränkungen. Sie gerät zu einem Zirkelschluss, der wegen seiner freiheitsbeschränkenden Wirkung schon für sich genommen verfassungsrechtlich unzulässig ist, wie eine Verallgemeinerung zeigt: Die Anforderungen an die Beschränkung einer Freiheit würden mit jeder beschränkungsüberschreitenden Freiheitsausübung immer geringer werden – eine Überlegung, die dem verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz mit seiner Freiheitsvermutung diametral entgegensteht.

2. Keine hinreichenden Gründe zur Rechtfertigung des Eingriffs

Der schwere Eingriff in den Grundsatz der Wahlgleichheit ist sachlich nicht gerechtfertigt. Zwar gilt der Grundsatz der Wahlgleichheit nicht absolut mit der Folge, dass jeder Eingriff zugleich auch seine Verletzung bedeuten und zur Verfassungswidrigkeit führen würde. Das Bundesverfassungsgericht hat seine ständige Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wahlgleichheit in der Entscheidung vom 9. November 2011 wie folgt zusammengefasst (BVerfGE 129, 300, 320):

„Aus dem formalen Charakter der Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien [folgt], dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Bei der Prüfung, ob eine Differenzierung innerhalb der Wahlgleichheit gerechtfertigt ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 120, 82, 106). Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, „zwingenden“ Grundes (vgl. BVerfGE 6, 84, 92; 51, 222, 236; 95, 408, 418). Das bedeutet nicht, dass sich die Differenzierung als von Verfassungs wegen notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die

Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 1, 208, 248; 6, 84, 92; 95, 408, 418).“

Solche Gründe hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 indes nicht erkannt.

Um zu eruieren, ob eine Sperrklausel im nationalen Europawahlgesetz zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments so notwendig ist, dass diese die Einschränkung der Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen vermag, hat sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 ausführlich mit den primärrechtlich zugewiesenen Aufgaben und Befugnissen des Europäischen Parlaments auseinandergesetzt. Es hat dessen Legislativbefugnisse ebenso wie seine Haushaltsbefugnisse umfassend gewürdigt und dabei auch die parlamentarische Praxis berücksichtigt. Diese Prüfung soll und muss hier nicht im Einzelnen wiedergegeben werden. Festgehalten werden soll allein das Ergebnis, dass eine Funktionsbeeinträchtigung des Europäischen Parlaments ohne nationale Sperrklausel nicht zu befürchten ist. An dieses Ergebnis knüpft die Verfassungsbeschwerde vollumfänglich an.

III. Unveränderte rechtliche Grundlagen

Anders als es die Begründung des Fünften Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes suggeriert (BT-Drs. 17/13705, S. 5, Dritter Absatz), haben sich die rechtlichen Grundlagen des institutionellen Gefüges der Europäischen Union seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011 nicht verändert.

1. Primäres Recht

Das gilt zunächst für das primäre Recht. Seit dem Vertrag von Lissabon, seit dem 1. Dezember 2009 also, sind die maßgeblichen Bestimmungen über die Organe im EUV sowie im AEUV verankert. Ergänzt werden sie durch verschiedene Protokolle, darunter das Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union sowie das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit. Das Bundesverfassungsgericht hat seine rund zwei Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verkündete Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel im EuWG in Kenntnis und unter Bewertung dieser primärrechtlichen Rahmen-

bedingungen getroffen. Das institutionelle Gefüge der Organe der Europäischen Union hat sich seitdem nicht verändert. Dass bestimmte Vorschriften des Lissaboner Vertrags erst Auswirkungen in der Zukunft zeitigen, dass insbesondere die von Art. 14 Abs. 2 Satz 2 EUV angeordnete Begrenzung der Gesamtzahl der Abgeordneten auf 750 zuzüglich Präsidenten sowie die in Art. 14 Abs. 2 Satz 4 EUV normierte Begrenzung der mitgliedstaatlichen Kontingente erst ab der achten Wahlperiode von 2014 an Bedeutung erlangen, war bereits zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geltendes Recht und ist insofern vom Bundesverfassungsgericht auch hinreichend berücksichtigt worden.

2. Beschluss des Europäischen Rates über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments

Die für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Sperrklausel maßgebliche Rechtslage hat sich auch nicht durch den Beschluss des Europäischen Rates vom 28. Juni 2013 geändert, mit dem der Europäische Rat entsprechend Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 2 EUV die Zahl der in jedem Mitgliedstaat zu wählenden Vertreter im Europäischen Parlament für die Wahlperiode 2014 – 2019 festgesetzt hat (ABl. Nr. L 181/57 v. 29. Juni 2013). Der (späte) Beschluss des Europäischen Rates mag zwar mitursächlich für die späte Anpassung der in § 1 Abs. 1 EuWG wiederholten Zahl der auf Deutschland entfallenden Abgeordneten des Europäischen Parlaments sein (wobei freilich von vorneherein klar war, dass Deutschland das primärrechtlich in Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 1 Satz 4 EUV verankerte Maximalkontingent von 96 Sitzen zugewiesen wird). Doch tangiert der Beschluss weder unmittelbar noch mittelbar den Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung des Wahlverfahrens in allgemeiner Weise von Art. 8 Direktwahlakt eingeräumt ist und der nach Art. 3 Direktwahlakt insbesondere auch die Festlegung einer Sperrklausel betrifft. Zudem verändert der Beschluss in keiner Weise die Aufgaben und Befugnisse des Europäischen Parlaments und betrifft auch nicht das Verfahren innerhalb des Europäischen Parlaments. Er gibt insoweit keinen Anlass, die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments als rechtfertigenden Grund für den schwerwiegenden Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien neu zu bewerten.

3. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2012

Soweit die Gesetzesbegründung sich die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2012 zu eigen macht, mit der das Europäische Parlament die Mitgliedstaaten im Interesse der „Funktionalität des Parlaments“ auffordert, von der Möglichkeit einer Sperrklausel Gebrauch zu machen (Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2012 zu den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2014, Entschließung Nr. P7_TA(2012)0462), begründet dies aus zwei Gründen keine rechtliche Pflicht zur Normierung einer Sperrklausel.

Zunächst und vor allem einmal bringt die Entschließung des Europäischen Parlaments nur die Auffassung (der relativen Mehrheit) des Europäischen Parlaments zum Ausdruck, begründet aber keinerlei rechtliche Pflichten für die Organe oder für die Mitgliedstaaten.

Zum anderen ist zwar die Entschließung des Europäischen Parlaments, nicht aber die in ihr skizzierte Rechtslage neu. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 die Rechtslage nach dem Vertrag von Lissabon bereits umfassend gewürdigt und berücksichtigt. Es hat insbesondere auch das Verfahren zur Besetzung der Europäischen Kommission in den Blick genommen.

Darüber hinaus ist auch die politische Bedeutung der Entschließung des Europäischen Parlaments deutlich zu relativieren. Denn festzuhalten ist zunächst, dass die in Bezug genommene Entschließung des Europäischen Parlaments nur von 316 Mitgliedern des Europäischen Parlaments bei 90 Gegenstimmen und 20 Enthaltungen angenommen wurde (vgl. die Dokumentation der Entschließung, procedure file 2012/2829 RSP). Vor diesem Hintergrund kann die Entschließung des Europäischen Parlaments eher als Beispiel für die Gefahr gedeutet werden, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 (bezogen zwar auf den Bundestag, gleichwohl durchaus allgemein formuliert) erkannt hat, dass nämlich die parlamentarisch bereits vertretenen politischen Parteien ihre Gestaltungsbefugnisse dazu benutzen, um die Türen hinter sich zu schließen: Die Vertreter der großen politischen Parteien stimmen für ein Vorschlagsrecht des Präsidenten der Europäischen Kommission und für nationale Sperrklauseln und sichern sich dadurch gegen den Einfluss kleinerer Parteien ab.

Im Übrigen ist die unverbindliche EntschlieÙung des Europäischen Parlaments auch vor dem Hintergrund zu betrachten und zu relativieren, dass das Europäische Parlament durchaus verbindliche Regelungen treffen könnte und an sich auch sollte: In Durchbrechung des weitgehenden Initiativmonopols der Europäischen Kommission gibt Art. 223 Abs. 1 AEUV dem Europäischen Parlament das Recht, ein einheitliches europäisches Wahlrecht zu entwerfen, über das freilich der Rat einstimmig entscheiden muss.

4. Sperrklausel als Kontrollgegenstand, nicht als Kontrollmaßstab

Schließlich hat sich die Rechtslage auch nicht durch die Einführung einer Drei-Prozent-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG verändert (so die Auffassung von *Christoph Schönberger* in der Sachverständigenanhörung vor dem Innenausschuss).

Zutreffend ist insofern allein, dass man dem erneuten Gesetzesbeschluss den Willen entnehmen kann, die Rechtslage dadurch neu zu gestalten, dass bei der Wahl des Europäischen Parlaments im Jahr 2014 nicht keine, sondern eine Drei-Prozent-Sperrklausel gelten soll.

Doch der bloÙe, sei es auch mehrheitlich beschlossene politische Wille, eine Rechtsänderung herbeizuführen, befreit den Gesetzgeber weder von seiner Bindung an die Verfassung noch vermag er diese Verfassungsbindung zu relativieren. Die in § 2 Abs. 7 EuWG normierte Drei-Prozent-Sperrklausel bleibt als Akt der verfassungsgebundenen Gesetzgebung Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle und avanciert nicht zu deren Maßstab.

IV. Unveränderte tatsächliche Verhältnisse

Gegenüber der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011 sind nicht nur die rechtlichen Verhältnisse unverändert geblieben, es haben sich auch die tatsächlichen Begebenheiten nicht geändert. Der Gesetzgeber beruft sich insofern zu Unrecht auf eine Beobachtungs-, Prüfungs- und Anpassungspflicht, die das Bundesverfassungsgericht für den Bereich des Wahlrechts verschiedentlich festgestellt hat (vgl. bspw. BVerfGE 120, 82, 106).

1. Überprüfungs- und Anpassungspflicht zur Maximierung der Wahlrechtsgrundsätze

Zutreffend ist zwar, dass das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont hat, dass das Wahlrecht die tatsächlichen Begebenheiten im Blick behalten und gegebenenfalls an veränderte Rahmenbedingungen angepasst werden muss (BVerfGE 1, 208, 259; 82, 322, 344; ähnlich BVerfGE 120, 82, 208; 129, 300, 322). Doch drei Aspekte dürfen mit Blick auf eine solche Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht nicht übersehen werden:

Zum einen ist eine solche Beobachtungs- Prüfungs- und Anpassungspflicht stets wahlrechtlich begründet worden. Ihre Stoßrichtung zielt deshalb auf eine bessere Verwirklichung der Wahlrechtsgrundsätze, nicht auf deren mögliche Beschränkung. Sehr deutlich formuliert das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 120, 82, 106):

„Der Gesetzgeber ist [...] verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird.“

Liegt die verfassungsgerichtlich statuierte Prüfungs- und Anpassungspflicht also im Interesse der Maximierung der Wahlrechtsgrundsätze, kommt sie zur Begründung einer Begrenzung des Grundsatzes der Wahlgleichheit von vorneherein nicht zum Tragen.

Zum anderen bezieht sich die Prüfungs- und Anpassungspflicht in erster Linie auf veränderte tatsächliche Verhältnisse wie etwa die Parteienlandschaft. Nicht hingegen ist sie bislang auf eine Veränderung der Aufgaben und Befugnisse von Organen angewendet worden. Sie wäre dann auch nicht wahlrechtlich, sondern bspw. organisationsrechtlich begründet. Allerdings darf angesichts der Mitwirkung der politischen Parteien in den Organen auf nationaler oder europäischer Ebene davon ausgegangen werden, dass deren Effektivierung bereits im ureigenen Interesse der Parteien liegt, so dass es keiner Erinnerung in Gestalt einer Verfassungspflicht bedürfte.

Selbst wenn sich die Prüfungs- und Anpassungspflicht des Gesetzgebers aber auch auf veränderte Aufgaben und Befugnisse erstrecken sollte, könnte nur ein rechtmäßiges Verhalten der Organe eine Anpassung des Wahlrechts auslösen, nicht hingegen dürfte das Wahlrecht an kompetenzüberschreitendes und deshalb rechtswidriges Verhalten angepasst werden. Wenn sich die Europäischen Parteien bzw. ihre Fraktionen im Euro-

päischen Parlament über die ihnen eingeräumten Aufgaben und Befugnisse hinwegsetzen und insofern ultra vires handeln sollten, wenn nämlich die Bestimmung des Präsidenten der Kommission künftig in einem Verfahren erfolgen sollte, das die vertraglichen Vorgaben für die Wahl des Kommissionspräsidenten modifiziert und damit zugleich ignoriert, wäre dies nicht nur europa- und verfassungsrechtswidrig, sondern vor allem kein sachlicher Grund, um die neu bewertete Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments zum Anlass für eine Beschränkung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit zu nehmen.

2. Mögliche „Politisierung“ der Europäischen Institutionen

Soweit in der (häufig außerparlamentarischen) Diskussion über die Notwendigkeit, die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch eine nationale Sperrklausel zu sichern, die künftige „Politisierung“ der Europäischen Institutionen als Argument angeführt wird, ist dies rechtlich irrelevant. Mag in der Aussprache über den Gesetzentwurf zur Einführung einer Drei-Prozent-Sperrklausel auch betont worden sein, dass „wir einen Bedeutungswechsel der europäischen Institutionen erleben, der die Frage nach deren Funktionsfähigkeit mit besonderer Intensität stellt, weil sich ein Antagonismus zwischen Regierungs- und Oppositionsfraktionen herausbilden wird, der auch auf die übrige Arbeit des Parlaments Rückwirkungen haben wird“ (so *Reinhard Grindel* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 17/246, 31431), so wird hier doch nur auf eine mögliche Entwicklung in der Zukunft rekurriert, nicht aber die tatsächliche Begebenheit der Gegenwart in den Blick genommen.

Das gilt insbesondere für die in der politischen Diskussion befindliche Überlegung, ob die großen Fraktionen innerhalb des Europäischen Parlaments sich dadurch personell profilieren und voneinander distinguieren sollten, dass sie jeweils mit einem Vorschlag für den Präsidenten der Europäischen Kommission in den Wahlkampf 2014 gehen. Auch die bereits in Bezug genommene Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2012

„fordert die europäischen politischen Parteien nachdrücklich auf, Kandidaten für das Amt des Präsidenten der Kommission zu nominieren, und geht davon aus, dass diese Kandidaten im parlamentarischen Wahlkampf eine führende Rolle spielen, indem sie insbesondere ihr Programm in allen Mitgliedstaaten der Union

persönlich vorstellen; hält es für äußerst wichtig, die politische Legitimität sowohl des Parlaments als auch der Kommission zu stärken, indem deren Wahl jeweils unmittelbarer mit der Entscheidung der Wähler verknüpft wird.“ (Buchstabe G 1 der Entschließung Nr. P7_TA(2012)0462).

Die Europäische Kommission hat sich diesem Vorschlag jüngst angeschlossen (Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. März 2013, IP/13/215).

Von einem solchen Procedere versprechen sich manche nicht nur eine höhere Wahlbeteiligung bei den kommenden Wahlen des Europäischen Parlaments. Eine stärkere parteipolitische Profilierung des Präsidenten (oder der Präsidentin) der Europäischen Kommission würde vielmehr auch zu einem antagonistischen Verhältnis zwischen kommissionsstützenden Abgeordneten auf der einen Seite und oppositionellen Zusammenschlüssen auf der anderen Seite im Europäischen Parlament führen. Das Europäische Parlament, so wohl die Kurzfassung der Argumentation, benötige in der Zukunft verlässliche politische Mehrheiten, was durch eine allgemeine Berücksichtigung aller Stimmen ohne Sperrklausel nicht gewährleistet sei.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Drei-Prozent-Sperrklausel stellen sich – wenn die nur mögliche Entwicklung überhaupt berücksichtigt werden soll – in diesem Zusammenhang aber drei Fragen:

Erstens ist zu prüfen, ob den Europäischen Parteien bzw. ihren Fraktionen im Europäischen Parlament überhaupt ein Vorschlagsrecht für den Präsidenten der Kommission zukommt. Sofern ein solcher Vorschlag zulässig sein sollte, wäre zu klären, welche relevanten Folgen dies für die Arbeitsweise und Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments verursachte. Sollte ein breites Parteienspektrum innerhalb des Europäischen Parlaments bei einem veränderten Verhältnis zwischen Europäischem Parlament und Europäischer Kommission tatsächlich zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit führen, wäre zu betonen, dass dies durch die Parteien im Europäischen Parlament selbst verursacht wäre.

a) Sperrklausel zur Sicherung einer unzulässigen Entwicklung

Ob eine Nominierung von Kandidaten für das Amt des Kommissionspräsidenten durch die Europäische Parteien bzw. ihre Fraktionen im Europäischen Parlament im Einklang

mit den primärrechtlichen Vorgaben zur Wahl des Kommissionspräsidenten steht, kann mit guten Gründen bezweifelt werden.

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde das Verfahren zur Wahl des Kommissionspräsidenten geändert. Normative Grundlage ist Art. 17 Abs. 7 EUV. Danach schlägt der Europäische Rat dem Europäischen Parlament nach entsprechenden Konsultationen mit qualifizierter Mehrheit einen Kandidaten für das Amt des Kommissionspräsidenten vor, wobei er das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament berücksichtigt. Anschließend wählt das Europäische Parlament diesen Kandidaten mit der Mehrheit seiner Mitglieder. Neu (gegenüber der Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon, nicht gegenüber der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011) ist an diesem vertraglich verankerten *Procedere* allein, dass nun das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament zu berücksichtigen ist.

Hingegen liegt das Vorschlagsrecht nach diesem insofern deutlichen Wortlaut nicht beim Europäischen Parlament, sondern beim Europäischen Rat (diesen Wortlaut betonend CEPS/EGMONT/EPC, *The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations*, 2007). Dass dieser sein Recht allerdings „nach entsprechenden Konsultationen“ ausführt, lässt einen gewissen Spielraum des Europäischen Parlaments erkennen. Ob dieser Spielraum auch die öffentliche Präsentation eines Kandidaten umfasst, muss hingegen bezweifelt werden. Dabei ist es aus rechtlicher Perspektive irrelevant, ob die großen Parteien überhaupt klug beraten wären, sich vor den Wahlen öffentlich an eine bestimmte Person zu binden. Rechtlich bedeutsam ist hingegen, dass die Kommission überhaupt keine Regierung im staatsrechtlichen Sinne bildet, sondern als ein unabhängiges, weisungsfreies Organ der parteipolitischen Neutralität verpflichtet ist. (Streinz/Ohler/Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Aufl., München 2010 § 5 VII 1; zur herausragenden Bedeutung der Neutralität der Kommission siehe Schwarze, in: ders. (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, Baden-Baden 2004, S. 489, 529; krit. auch Calliess, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Tübingen 2010, S. 148; Weber, *EuZW* 2008, 7, 10, der eine „Parlamentarisierung der Exekutive“ feststellt.

Sollte sich der Druck der öffentlichen Meinung darüber hinaus als so stark erweisen, dass der Europäische Rat gleichsam gezwungen wäre, den Wahlsieger für das Amt des Kommissionspräsidenten vorzuschlagen (so die Annahme von Henke, *EuR* 2010, 118,

122), stünde die Praxis womöglich doch im Widerspruch zum Art. 17 Abs. 7 EUV. Dass der Europäische Rat nach dieser Norm nicht verpflichtet ist, den Spitzenkandidaten der erfolgreichsten politischen Partei vorzuschlagen (*Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 50. EL (2013), Art. 17 EUV, Rn. 105.), bliebe wohl ein naiver Glaube an die Bindungskraft der primärrechtlichen Verträge. Denn schon vor dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags wurden die Ergebnisse vom Europäischen Rat berücksichtigt (*Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 17 EUV, Rn. 46.). Dies habe – positiv gewendet – ein Element demokratischer Verantwortlichkeit der Kommission gegenüber dem Europäischen Parlament zum Ausdruck gebracht: Das Parlament trage mit seiner Mehrheit die politische Richtung des Kommissionspräsidenten, was zugleich die Stärkung der Regierungsfunktion der Kommission im institutionellen Gefüge der EU begründe (*Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 17 EUV, Rn. 46.). Negativ gewendet kann der parlamentarische Einfluss auf die Wahl des Kommissionspräsidenten aber auch eine „Spaltung im Europäischen Parlament“ bewirken (CEPS/EGMONT/EPC, *The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations*, 2007, S. 13; ebenso *Calliess*, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Tübingen 2010).

Neben solchen allgemeinen Auffassungen gewinnen im Kontext mit dem Wahlrecht folgende konkrete Überlegungen an Bedeutung: Fraglich ist vor allem, ob die als „Politisierung“ des europäischen Regierungssystems bezeichnete Nominierung von Kommissionspräsidenten mit der Entscheidung für ein Verhältniswahlssystem kompatibel ist. Denn offenkundig steht ein Verhältniswahlssystem in besonderer Weise für eine breite Repräsentation aller möglichen politischen Richtungen, während die Schaffung einer stabilen Regierung in erster Linie durch ein Mehrheitswahlssystem bewirkt wird. Dementsprechend widerspricht der Umstand, dass nur die (beiden) großen europäischen Fraktionen einen Präsidenten der Kommission werden vorschlagen können, dem Grundgedanken der Verhältniswahl. Dass der Direktwahlakt die Möglichkeit einer Sperrklausel bis zu Fünf-Prozent vorsieht, steht dieser Überlegung nicht entgegen. Denn abgesehen von der Ausgestaltung als Möglichkeit, nicht als Pflicht, wirkt die Sperrklausel ohnehin nur für die nationalen Kontingente.

Das politische Meinungsspektrum wäre aber nicht nur auf zwei große politische Strömungen reduziert und polarisiert. Vielmehr kann der Versuch, die gesamten Strömun-

gen einer politischen Partei – bzw. auf europäischer Ebene einer Parteienfamilie – in einer Person zu spiegeln, verheerende Folgen für die parteiinterne Willensbildung haben. Denn von einer erfolgreichen Nominierung geht stets auch die Gefahr aus, dass die verschiedenen Vorstellungen innerhalb einer Partei des geschlossenen Auftritts nach außen wegen unterdrückt werden.

Im Ergebnis sprechen deshalb mehr Argumente dafür, dass die von Teilen des Europäischen Parlaments forcierte „Politisierung“ des interinstitutionellen Verhältnisses in der Europäischen Union, insbesondere des Verhältnisses zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, mit dem geltenden Vertragsrecht nicht vereinbar ist. Die intendierte Stärkung des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission durch einen vermeintlich höheren Grad demokratischer Legitimation bei gleichzeitiger Schwächung der die Mitgliedstaaten repräsentierenden Organe des Europäischen Rates und des Rates mag politisch verständlich sein, steht im Widerspruch zur Gesamtarchitektur der Europäischen Union, insbesondere auch im Widerspruch zu ihrer differenzierten Struktur der demokratischen Legitimation, die von den Mitgliedstaaten geschaffen und nur im Wege des Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 EUV geändert werden kann. Der Versuch, diese vertraglich und d.h. (verfassungs-)rechtlich festgeschriebene Aufgaben- und Befugnisverteilung zur Sicherung und zum Ausbau der eigenen Machtbefugnisse extensiv zu verstehen, ist politisch verständlich und möglicherweise gar legitim. Doch die aus solcher Praxis möglicherweise resultierenden Folgen für das Funktionieren des neuen Verhältnisses zwischen Europäischem Parlament und Europäischer Kommission sodann als zwingenden, rechtlich relevanten Grund für die Rechtfertigung schwerer Beeinträchtigungen verfassungsrechtlicher Rechte zu benennen, hieße, das Recht der normativen Kraft des Faktischen zu unterwerfen und ihm mit anderen Worten seine eigene normative Bindungswirkung zu berauben.

b) Sperrklausel zur Sicherung ungewisser Folgen einer möglichen Entwicklung

Im Übrigen ist überhaupt nicht vorherzusehen, ob und inwieweit die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch das Fehlen einer Sperrklausel im deutschen EuWG gefährdet oder gar beeinträchtigt wäre, wenn sich das Kräfteparallelogramm durch eine praktizierte Politisierung der Europäischen Kommission, ihrerseits forciert durch einen politischen Wettbewerb zwischen zwei großen politischen Parteien bzw. ihren Fraktionen innerhalb des Europäischen Parlaments, verschieben würde. Der Gesetzentwurf

bleibt an dieser Stelle jedenfalls Nachweise schuldig (zur Missachtung der Darlegungslast siehe unten S. 26). Bloße Mutmaßungen, bloße ins Blaue hinein artikulierte Befürchtungen können von vorneherein nicht als sachlicher Grund behandelt werden, der schwere Eingriffe in den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen könnte. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Arbeitsweise des Europäischen Parlaments ändern wird und dass das Fehlen einer Sperrklausel im deutschen EuWG die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments unter den geänderten Bedingungen beeinträchtigen würde, erscheint ausgesprochen gering.

c) Irrelevanz rechtswidrigen Verhaltens

Selbst wenn das Fehlen einer Sperrklausel aber solche Konsequenzen zeitigen würde, wäre dies die Konsequenz einer rechtswidrigen politischen Praxis. Sie kommt in einer der Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Europäischen Union und vor allem in einer rechtsstaatlich verfassten Bundesrepublik Deutschland als sachlicher Grund für die Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit nicht in Betracht.

d) Ergebnis

Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel müssen (und sollten) die hier nur angerissenen Fragen nicht beantwortet werden. Entscheidend ist allein, dass all diese Fragen offen sind. Steht aber nicht fest, dass die in der Entschließung des Europäischen Parlaments anempfohlene Politisierung der Europäischen Union mit den geltenden Verträgen in Einklang stehen, und steht ebenso wenig fest, dass das Fehlen einer Sperrklausel im deutschen EuWG die Funktionsfähigkeit eines in seiner Arbeitsweise möglicherweise veränderten Europäischen Parlaments beeinträchtigen würde, dann liegt definitiv kein sachlicher Grund i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor, der Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit zu rechtfertigen vermag.

V. Keine unzulässige Normwiederholung

Haben sich gegenüber der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011 weder die rechtlichen Rahmenbedingungen noch die tatsächlichen Gegebenheiten verändert, ließe sich der Versuch des Gesetzgebers, die für verfassungswidrig befundene und für nichtig erklärte Fünf-Prozent-Sperrklausel durch eine neue Sperr-

klausel zu ersetzen, durchaus als Verletzung des Normwiederholungsverbots und als Missachtung der Verfassungsorgantreue verstehen.

Indes kann nicht übersehen werden, dass sich jedenfalls bei formaler Betrachtung eine Drei-Prozent-Sperrklausel von einer Fünf-Prozent-Sperrklausel unterscheidet. Denn jedenfalls, aber auch nur bei abstrakter Betrachtung ist eine Drei-Prozent-Sperrklausel gegenüber einer Fünf-Prozent-Sperrklausel von geringerer Eingriffsintensität. Das Bundesverfassungsgericht selbst ging jedenfalls in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990 davon aus, dass die Eingriffsintensität einer Sperrklausel durch die Absenkung des Quorums verringert werden kann (BVerfGE 82, 322, 338 u. Ls. 2).

Vor diesem Hintergrund kann das erneute Tätigwerden des parlamentarischen Gesetzgebers nicht von vorneherein als unzulässige Normwiederholung qualifiziert werden. Die Frage, ob und welche Passagen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011 als tragende Gründe auch der Einführung einer Drei-Prozent-Klausel entgegenstehen, ist jedenfalls nicht derart leicht und offenkundig zu beantworten, dass der Entschluss des Gesetzgebers, einen erneuten Versuch zur Etablierung einer Sperrklausel für Europawahlen zu wagen, als Missachtung des Bundesverfassungsgerichts offensichtlich verfassungswidrig wäre. Hervorzuheben ist insbesondere, dass das Bundesverfassungsgericht sein Verdikt schon im Leitsatz durch den Passus relativiert hat, dass der schwerwiegende Eingriff „unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen ist.“ Insofern kann das reagierende Tätigwerden des Parlaments als Ausdruck einer praktizierten Gewaltenteilung zwischen dem gestaltenden Parlament und dem limitierenden Verfassungsgericht verstanden werden.

Die Zulässigkeit des Versuchs lässt andererseits keinerlei Rückschluss auf seine materielle Verfassungsmäßigkeit zu. Diesbezüglich bleibt es bei der verfassungsrechtlichen Bewertung, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 vorgenommen hat.

VI. Irrelevanz des veränderten Quorums

Der einzige Unterschied zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011 besteht im Quorum der Sperrklausel – während sich das Urteil auf eine Fünf-Prozent-Sperrklausel bezog, hat der Gesetzgeber nun eine Drei-Prozent-

Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG verankert. Dieser Unterschied beeinflusst die verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Sperrklausel aber nicht.

Zwar lässt sich bei abstrakter Betrachtung durchaus die Auffassung vertreten, dass eine Drei-Prozent-Sperrklausel gegenüber einer Fünf-Prozent-Sperrklausel von geringerer Eingriffsintensität ist, so dass auch niedrigere Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs in den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit zu stellen sind.

Doch erstens täuscht diese relative Betrachtung darüber hinweg, dass der parlamentarische Gesetzgeber nicht ein bestehendes Quorum um zwei Prozentpunkte absenkt, sondern umgekehrt gegenüber der geltenden Rechtslage ein neues Quorum von drei Prozent schafft.

Zweitens entspricht eine solche abstrakte Betrachtungsweise nicht der verfassungsgerichtlich präzisierten Pflicht des Gesetzgebers, sich bei der Ausgestaltung des Wahlrechts „an der politischen Wirklichkeit“ zu orientieren (BVerfGE 129, 300, 321). Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber in seiner Entscheidung vom 9. November 2011 in deutlichen Worten daran erinnert, dass vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung der Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien

„die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen [kann].“ (BVerfGE 129, 300, 323, Hervorhebung nicht im Original)

Bereits in seiner Entscheidung zu Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass

„nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane [...] die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen kann.“ (BVerfGE 120, 82, 114)

Trotz dieses ausdrücklichen Hinweises hat der Gesetzgeber des Fünften Änderungsgesetzes des EuWG es unterlassen, sich in besonderer und konkreter Weise mit den Auswirkungen des Fehlens einer Sperrklausel bzw. mit den Folgen der Etablierung einer

Drei-Prozent-Sperrklausel zu befassen. Die Gesetzesbegründung belässt es vielmehr bei bloßen Behauptungen. Dass die Funktionalität des Europäischen Parlaments beeinträchtigt wird, wenn die Wahl der 96 Abgeordneten aus Deutschland nicht einer Sperrklausel unterworfen wird, wird weder in abstrakter Weise dargelegt geschweige denn durch hypothetische Rechnungen belegt. Allein der Sachverständige *Wilko Zicht* hat in der Anhörung vor dem Innenausschuss eine hypothetische Rechnung präsentiert, in der er die Stimmenverteilung der letzten Europawahlen zu Grunde gelegt hat. Im Ergebnis zeigt diese Rechnung, dass eine Drei-Prozent-Sperrklausel zwar zum Teil einen deutlich geringeren Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit bewirkt hätte, zum Teil aber auch dieselben verlorenen Stimmenanteile nach sich gezogen hätte wie eine Fünf-Prozent-Sperrklausel.

Die hypothetische Rechnung des Sachverständigen *Zicht* erfüllt nun freilich nicht die Darlegungspflicht des Gesetzgebers. Dieser hat sich weder zu den konkreten Auswirkungen der Drei-Prozent-Sperrklausel auf die Sitzverteilung im Europäischen Parlament noch zu den Konsequenzen dieser veränderten Sitzverteilung für die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments verhalten. Er hat auch nicht Stellung genommen zu der Frage, warum eine Sperrklausel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments in solchen Fällen notwendig sein soll, in denen eine Partei – wie jüngst etwa die FDP bei den Bundestagswahlen – zwar in Deutschland an einer Sperrklausel scheitert, gleichwohl in anderen Ländern in das Europäische Parlament gewählt und dort deshalb in einer entsprechenden Fraktion vertreten ist. Die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments kommt in diesen Fällen (und ganz ungeachtet der vorgetragenen Vorbehalte) von vorneherein nicht als „zwingender Grund“ i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien in Betracht.

Diese Missachtung der Darlegungslast führt bereits aus formellen Gründen dazu, dass die verfassungsrechtliche Vermutung zu Gunsten der im Bereich des Wahlrechts formal zu verstehenden Gleichheitsrechte voll zum Tragen kommt. Die Missachtung der Darlegungslast begründet darüber hinaus aber auch eine entsprechende Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts (siehe oben S. 9)

VII. Verantwortlichkeiten der Parlamente

Ausgehend von den abweichenden Meinungen der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* sei abschließend auf die Verantwortlichkeiten der Parlamente für die Ausgestaltung des Wahlrechts und die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments hingewiesen.

Ohne dass die rechtliche Bedeutung ihres Einwands vollständig deutlich wird, behaupten die Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* in ihren abweichenden Meinungen zur Entscheidung vom 9. November 2011, jeder Mitgliedstaat müsse sich bei der Ausgestaltung seines Wahlrechts fragen, ob deren Strukturen „zugleich Maxime für die Wahl des gesamten Europaparlaments sein könnten“ (BVerfGE 129, 300, 352).

Dieser Einwand ist jedoch von vorneherein nicht geeignet, die Eingriffsintensität von Sperrklauseln zu relativieren oder die Anforderungen an ihre Rechtfertigung zu minimieren. Denn mag der kategorische Imperativ durchaus eine vernünftige ethische Regel sein, ist er doch weder ein allgemeines rechtliches Gebot noch verbindliche Regel im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Hinsichtlich der Verantwortlichkeiten für den Ausgleich zwischen der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments auf der einen Seite und der Realisierung einer Verhältniswahl auf der anderen Seite ist vielmehr Folgendes zu realisieren:

a) Verantwortung des Europäischen Parlaments für seine Funktionsfähigkeit

Hervorzuheben ist zunächst, dass die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments allein in seinen eigenen Händen liegt. Denn sollte die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch die Anwendung des geltenden Wahlrechts einschließlich der Ausgestaltung der Wahlrechtsgrundsätze und Wahlverfahren beeinträchtigt sein, könnte (und müsste) es seinem in Art. 223 Abs. 1 AEUV normierten Auftrag nachkommen und den Entwurf eines Wahlrechts erstellen, das die Wahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments in allen Mitgliedstaaten nach einem einheitlichen Verfahren oder im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen vorsieht.

Dass das Europäische Parlament dieser vertraglich normierten Verantwortung nicht nachkommt, begründet angesichts dieser deutlichen Initiativpflicht keine Verantwortlichkeiten der Mitgliedstaaten, die über die rechtlichen Verpflichtungen aus dem EUV,

dem AEUV und dem Direktwahlakt hinausgehen. Solange das Europäische Parlament nicht nach dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit gewählt wird, sondern sich aus unterschiedlichen nationalen Kontingenten zusammensetzt, deren personelle Besetzung sich nach nationalen Vorschriften bestimmt, bleibt jeder Mitgliedstaat für die Zusammensetzung dieser Kontingente verfassungsrechtlich verantwortlich.

b) Verantwortung der nationalen Parlamente für die Verwirklichung der Verhältniswahl

Sofern man mangels einer entsprechenden Initiative des Europäischen Parlaments eine Verantwortung der Mitgliedstaaten zur gesamten Hand erkennen möchte, erstreckte sich diese nicht nur und schon gar nicht in erster Linie auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments, sondern zunächst, da aus der in Art. 8 Direktwahlakt normierten Befugnis für die Ausgestaltung des Wahlverfahrens abgeleitet, auf die weitest gehende Realisierung der primärrechtlich verankerten Wahlrechtsgrundsätze und auf die in Art. 1 Abs. 1 Direktwahlakt getroffene Entscheidung für ein Verhältniswahlssystem. Deutschland wäre als bevölkerungsreichster Mitgliedstaat der Europäischen Union dann in besonderer Weise verpflichtet, den Grundgedanken einer Verhältniswahl umzusetzen: die möglichst breite Repräsentation sämtlicher politischer Auffassungen durch die möglichst umfassende Berücksichtigung aller abgegebenen Stimmen.

Das zuweilen, etwa im Rahmen der Sachverständigenanhörung vor dem Innenausschuss vorgebrachte Argument, in anderen Mitgliedstaaten gebe es jedenfalls faktische Sperrklauseln, die zum Teil erheblich über der für rechtliche Sperrklauseln in Art. 3 Direktwahlakt normierten Höchstgrenze von Fünf-Prozent lägen, wird damit zu einem Argument gegen die Einführung einer Sperrklausel in Deutschland: Gerade weil es die kleineren Länder auf Grund ihrer geringen Sitzzahl von vorneherein gar nicht in der Hand haben, eine möglichst verhältnismäßige Repräsentation der in ihrem Hoheitsgebiet abgegebenen Stimmen im Europäischen Parlament zu bewirken, ist Deutschland in besonderer Weise gefragt, die ihm zustehenden 96 Sitze im Europäischen Parlament entsprechend der Stimmverteilung zu besetzen und die verhältnismäßige Sitzzuteilung nicht noch rechtlich (also künstlich) zu beschränken.

E.

Um eine verfassungskonforme Durchführung der achten Direktwahlen zum Europäischen Parlament im Mai 2014 zu gewährleisten, wird eine rasche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angeregt. Sie ist umso wichtiger, als die wahlberechtigte Bevölkerung Sicherheit darüber haben muss, ob die Drei-Prozent-Sperrklausel verfassungskonform ist oder nicht. Denn anderenfalls besteht die Möglichkeit, dass potentielle Wähler kleinster Parteien ihre Stimme um deren Einfluss willen eher großen Parteien geben.

gez. Rossi