

Innenausschuss
Wortprotokoll
110. Sitzung

Öffentliche Anhörung

am Montag, 10. Juni 2013, von 11.00 Uhr bis 13.00 Uhr
Marie-Elisabeth-Lüders-Haus, Raum 3.101 (Anhörungssaal)
Adele-Schreiber-Krieger-Str.1, 10117 Berlin

Vorsitz: Wolfgang Bosbach, MdB

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen
zum

Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/
DIE GRÜNEN

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes

BT-Drucksache 17/13705

sowie **Ausschussdrucksache 17(4)761**

	<u>Seite</u>
I. Anwesenheitsliste	
• Mitglieder des Deutschen Bundestages	3
• Bundesregierung, Bundesrat, Fraktionen	
II. Sachverständigenliste	5
III. Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten	6
IV. Protokollierung der Anhörung Bandabschrift	7
V. Anlage:	
Schriftliche Stellungnahmen der Sachverständigen - Ausschussdrucksachen-Nr.: 17(4)763 A ff -	
• Professor Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg - 17(4)763 A	39
• Professor Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier Ludwig-Maximilians-Universität München - 17(4)763 B	43
• Wilko Zicht Wahlrecht.de, Bremen - 17(4)763 C	53
• Professor Dr. Franz C. Mayer, LL.M. Universität Bielefeld - 17(4)763 D	57
• Professor Dr. Dr. h.c. Werner Heun Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften, Göttingen - 17(4)763 E	61

I. Anwesenheitsliste Mitglieder des Deutschen Bundestages

Bundesregierung

Bundesrat

Fraktionen und Gruppen

II. Liste der Sachverständigen für die Öffentliche Anhörung am 10. Juni 2013

1. Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. Universität Heidelberg

2. *Prof. Dr. Dr. h. c. Werner Heun* *Institut für Allgemeine Staatslehre
und Politische Wissenschaften,
Göttingen*

3. Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale) Universität Bielefeld

4. Prof. Dr. Dres. h. c. Hans-Jürgen Papier Ludwig-Maximilians-Universität
München

5. Prof. Dr. Christoph Schönberger Universität Konstanz

6. *Wilko Zicht* *Wahlrecht.de*

III. Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten

Sprechregister der Sachverständigen

Seite

Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.	7, 22, 27, 33
Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M.	10, 24, 30, 33, 34
Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier	13, 20, 21
Prof. Dr. Christoph Schönberger	17, 26, 31

Sprechregister der Abgeordneten

Vors. Wolfgang Bosbach	7, 13, 16, 20, 24, 25, 26, 30, 32, 37
Abg. Dr. Hans-Peter Uhl	20
BE Gabriele Fograscher	24
Be Dr. Stefan Ruppert	26
Abg. Halina Wawzyniak	28
BE Wolfgang Wieland	31

IV. Protokollierung der Anhörung

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Meine Damen und Herren, sehr verehrte Gäste, liebe Kolleginnen und Kollegen, ich begrüße Sie zur Sitzung des Innenausschusses, der Sachverständigenanhörung über das Fünfte Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes. Darüber hinaus habe ich vom Kollegen Wolfgang Wieland vor einigen Tagen noch einen Ergänzungsantrag zugesandt bekommen. Damit verbunden ist die Bitte an die Sachverständigen, wenn es möglich ist, auch zum Inhalt des Ergänzungsantrags Stellung zu nehmen. Leider sind noch nicht alle Sachverständigen eingetroffen, sie bitten vorab um Entschuldigung, sie sind aber guten Mutes, noch im Laufe der Veranstaltung hier eintreffen zu können. Im „Spiegel“ der vergangenen Woche haben sich bereits einige Professoren zu Wort gemeldet. Das kann aber nicht eine förmliche Sachverständigenanhörung des Deutschen Bundestages ersetzen, auch wenn man in der Redaktion des „Spiegel“ möglicherweise eine andere Auffassung hat. Ich bedanke mich bei den Sachverständigen, die schon anwesend sind, dass Sie unserer Einladung gefolgt sind und dass Sie uns mit Ihrem Sachverstand bei den Beratungen in dem zuständigen Fachausschuss unterstützen wollen. Die Bundesregierung ist durch den zuständigen Abteilungsleiter, Herrn von Knobloch, vertreten. Ich bedanke mich auch bei denjenigen, die uns in der Kürze der Zeit bereits eine schriftliche Stellungnahme zugesandt haben. Gemeinsam mit Ihren Äußerungen hier zu Beginn der Sachverständigenanhörung und mit dem Frage-Antwort-Teil mit den Kolleginnen und Kollegen im Anschluss an die Einführungsrunde geht Ihre bereits eingereichte Stellungnahme in die Gesamtdrucksache ein, die auch in das Internet eingestellt wird. Sie bekommen vorher ein Protokoll dieser Veranstaltung zugesandt, mit der Möglichkeit, es zu korrigieren oder, wenn notwendig, auch zu ergänzen. Vorgesehen ist der Zeitraum von 11.00 Uhr bis 13.00 Uhr. Wir wollen vorab jedem Sachverständigen die Gelegenheit geben, in fünf Minuten das Gesetzeswerk in allen Facetten zu beurteilen. Unsere Hoffnung ist immer, dass es gelingt, dies auch innerhalb von fünf Minuten zu tun. Ich habe in der Liste gesehen, dass viele Anhörungsprofis zugegen sind, so dass wir heute guten Mutes sind. Danach folgt die Runde mit den zuständigen Berichterstatterinnen und Berichterstattern der Fraktionen.

Wenn Sie damit einverstanden sind, beginnen wir in alphabetischer Reihenfolge. Ich darf als ersten Sachverständigen begrüßen und um das Wort bitten, Herrn Prof. Dr. Grzeszick von der Universität in Heidelberg, bitte.

SV Professor Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Universität Heidelberg): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich versuche, mich kurzzufassen. Die Bedeutung von Wahlen, von Parlamenten und auch dem Europäischen Parlament ist Ihnen allen bekannt, dazu

braucht man hier nicht groß etwas auszuführen, auch wenn das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der Entscheidung eine Position eingenommen hat, die man nur begrenzt nachvollziehen kann. Es ist auch klar, dass das Wahlrecht verschiedene Vorgaben hat. Es gilt, die Einhaltung der Wahlrechtsgrundsätze sicherzustellen, vor allem der Wahlrechtsgleichheit. Es gilt, effektiven Rechtsschutz zu gewähren bei diesem fundamentalen demokratischen Recht, und es gilt, das Wahlrecht so einzusetzen, dass das Parlament konstituiert werden kann als Grundlage eines stabilen Institutionengefüges. Vor diesem Hintergrund sind die vorstehenden Änderungen im Wahlrecht zum Europäischen Parlament (EP) zu bewerten. Der vorliegende Gesetzentwurf enthält verschiedene Änderungen. Ich denke, einige sind unproblematisch. Die Anpassung der Zahl der Abgeordneten ist unproblematisch, gleiches gilt für die Regelung über den Informationsaustausch und im Ergebnis auch für die Anpassung des Rechtsschutzes und der Fristen an die neuen Regelungen des speziellen Gesetzes über Wahlrechtsschutz. Dazu habe ich in meiner Stellungnahme Position genommen. Eine Passage ist etwas unklar in Bezug auf den neu eröffneten Weg zum BVerfG, § 14 Abs. 4a Satz 1 EuWG, weil die Frage dann ist, ob es sich um die Zulassung in Bezug nur auf einen Teil von Gründen, oder in Bezug auf alle Gründe handelt. Das Auslegungsergebnis ist klar: Soweit die Beschwerde darauf beruht, dass ein Wahlvorschlag wegen fehlender Vorschlagsberechtigung abgewiesen ist, kann man den Weg zum Gericht wählen. Man kann dies aber noch im Wege einer redaktionellen Klarstellung auch in den Text einfügen. Das ändert das Ergebnis nicht, erhöht aber die Rechtssicherheit.

Zur Sperrklausel: Da wird zum einen die bisher normierte 5 %-Sperrklausel gestrichen, in Beachtung der Folgen des Urteils des BVerfG vom 9. November 2011, das auf einem sehr strikten Kontrollmaßstab beruht, weil das Wahlrecht Entscheidung einer Sache sein könne, und weil, so sieht es das BVerfG, einerseits die Fraktionen im EP erhebliche Integrationskraft gezeigt haben, andererseits das Parlament keine europäische Regierung wählt, die Gesetzgebung auch unter Teilbeteiligung des Parlamentes laufen könne und die Opposition zur Mehrheitsbildung schwach ausgeprägt sei. So sei die 5 %-Sperrklausel nicht gerechtfertigt gewesen und wurde im Ergebnis als nichtig aufgehoben.

Wie viele wissen, war die Entscheidung im Senat sehr umstritten, sie erging mit 5:3 Stimmen. Zwei der Abweichler, also der knappste möglichen Mehrheit, haben ein krachendes Sondervotum verfasst und darin verschiedene Defizite aufgeführt. Die rechtswissenschaftliche Literatur ist den Abweichlern in weiten Teilen gefolgt. Es gibt Teile der Literatur, die unterstützen die Entscheidung des Gerichts, aber es gibt auch sehr viele Kritiker, zu denen Herr Schönberger gehört, er hat sich entsprechend schriftlich geäußert. Ich habe mich auch an zwei Stellen geäußert, und auch weitere Kollegen sehen das Urteil als Fehlentscheidung an, weil die Kontrollintensität, die ausgeübt wurde, unangemessen hoch ist, weil der europarechtliche Kontext übermäßig ausgeblendet wurde, weil die Tätigkeit des EP, dessen Machtzuwachs

und Funktionsweise, unzutreffend gewürdigt wurden, und weil die Legitimationsleistung der Rückkoppelung der deutschen Abgeordneten im EP zum Bundestag überhaupt nicht gewürdigt, sondern als randpolitischer Sachverhalt angesehen wurde. Deswegen vermag aus meiner Perspektive die Entscheidung tragende Mehrheitsmeinung nicht zu überzeugen. Dennoch ist sie zunächst einmal als Entscheidung zugrunde zu legen, als Maßstab, den das Gericht möglicherweise auch künftig anwenden wird. Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob die eingeführte 3 %-Klausel verfassungsgemäß ist. Unmittelbar besteht keine Bindungswirkung, da die Regelung eine andere ist, in einer geringeren Prozentzahl. Es kommt auf die tragenden Gründe an. Wenn man sich die tragenden Gründe der Entscheidung vom November 2011 ansieht, dann sieht man, dass es dort einige Anhaltspunkte gibt, die Grund für eine verallgemeinernde Lesart geben könnte, weil das Gericht in einigen Passagen den Begriff der Sperrklausel im Plural verwendet – Sperrklauseln – und auch von äquivalenten Regelungen, also sperrend wirkenden Regelungen, spricht sowie in der Begründung im Weiteren nicht auf die Höhe des Prozentsatzes abstellt, sondern qualitativ urteilt, also nicht quantitativ bezüglich der prozentualen Schwere der Beeinträchtigung. Darauf kann man die Ansicht stützen, dass nach den Vorgaben des knappen Mehrheitsurteils auch eine 3 %-Klausel den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entsprechen würde.

Es gibt aber noch eine zweite Perspektive: Es ist so, dass in dieser Entscheidung und generell in wahlrechtlichen Entscheidung das Gericht sagt, dass jeweils die konkreten rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen sind. Das Wahlrecht darf nicht losgelöst vom realen Kontext gesehen werden, gerade das Wahlrecht nicht, weil es mehrere Funktionen zu erfüllen hat, und da ist es so, dass sich einige Dinge schon geändert haben. Man kann auch sagen, dass das Gericht klar nur für die Wahl 2009 geurteilt hat.

Das eine, was sich geändert hat, ist die im November 2012 vom EP verabschiedete Entschließung, in der es die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu aufgefordert hat, in ihrem nationalen Europawahlrecht in Übereinstimmung mit Art. 3 des Direktwahlaktes geeignete und angemessene Mindestschwelle für die Zuteilung der Sitze festzulegen. Diese Entschließung mit dieser Aufforderung ist neu, dementsprechend taucht sie in der Entscheidung nicht auf und ist also insoweit neuer Kontext.

Die zweite wesentliche Änderung ist die, dass das seit dem Lissaboner Reformvertrag geänderte institutionelle Gefüge zwischen Parlament und Kommission jetzt auch von den Parteien und Fraktionen im EP aufgenommen worden ist und diese den nächsten Wahlkampf zum EP mit klaren Spitzenkandidaten für bestimmte Parteien bestreiten möchten, was den vom Gericht angeblich defizitären und so noch nicht gesehenen Dualismus zwischen Mehrheit und Opposition weiter vorantreiben wird. Man wird im Europawahlkampf sehen, wie weit das durchschlägt, aber wenn man sich die Tagespresse ansieht, wie u. a. der Präsident des EP öffentlichkeits-

wirksam gerade in der deutschen Presse tätig ist, kann man sehen, dass dies Ernst gemeint ist und dass hier ein politischer Antagonismus in der Entstehung begriffen ist, der dem vielleicht entsprechen wird, was wir aus dem deutschen Kontext kennen.

Es stellt sich die Frage: Reicht dies als veränderter Kontext, um im Ergebnis nach den Anforderungen des Urteils das Gesetz verfassungsgemäß erscheinen zu lassen? Da ist es so, dass diese veränderten Aspekte durchaus dazu beitragen können, dass die Gründe, die zur Verwerfung geführt haben, nun anders gesehen werden können. Wenn man sieht, dass das Gericht 1979 die 5 %-Sperrklausel als verfassungsgemäß beurteilt, sie für 2009 aber aufgehoben hat, dann ist es zumindest nicht ausgeschlossen, sondern im Bereich des Möglichen, dass das Gericht, wenn es darüber zu urteilen hätte, im Jahre 2014 oder später nach den Wahlen, zum Ergebnis kommen könnte, dass die 3 %-Sperrklausel doch verfassungsgemäß ist.

Zu einem letzten Aspekt: Die Frage ist: Können sich die Dinge in dem Änderungsantrag, die auf eine europäisierte Sperrklausel hinauslaufen, darauf auswirken? Ich glaube, das dies nicht der Fall ist. Zum einen ist die damit bewirkte Abschwächung der Sperrwirkung kein tragendes Argument in Bezug auf die Entscheidung, denn dies ist ein quantitatives Argument, und Karlsruhe hat aus qualitativen abstrakten Gründen die 5 %-Klausel verworfen. Zum Zweiten bringt diese Änderung gewisse Probleme mit sich, weil sie spekulativ arbeitet; man kann nicht genau sagen, wie die Abgeordneten bei der Fraktionsbildung im EP später agieren werden. Man kann auch nicht so trennscharf an das europäische Parteiengeflecht anknüpfen, wie es vorgeschlagen wird, weil bei kleineren Parteien nicht so klar vorherzusagen ist, ob und wen sie als Partner im europäischen Kontext sehen werden; die Regelung ist dementsprechend relativ unbestimmt. Zum Dritten hatte das BVerfG im Jahr 1990 eine vergleichbare „Huckepacklösung“ im nationalen Kontext als unzulässig verworfen. Da wollte man nach der Wiedervereinigung den Listen aus den neuen Ländern durch prospektive Berücksichtigung der Verbindung von Listen mit den alten Bundesländern die Überwindung der Prozenzhürde zugestehen. Dazu hat das Gericht ausgeführt, dass dies eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zugunsten der Parteien sei, und dass dies wegen der formal und streng zu verstehenden Wahlrechtsgleichheit nicht zulässig sei. Deswegen glaube ich, dass dieser Änderungsantrag zwar auf den ersten Blick gut aussieht, aber an der Rechtslage wenig zu ändern vermag. Danke schön!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen. Der nächste Sachverständige ist Herr Prof. Mayer von der Universität Bielefeld, bitte.

SV **Professor Dr. Franz C. Mayer, LL.M.** (Universität Bielefeld): Vielen Dank, Herr Vorsitzender und vielen Dank für die Einladung, hier im Ausschuss meine Überlegungen zu dem vorliegenden Gesetzentwurf vorzustellen. Um es auch gleich vorwegzusagen: Aus meiner Sicht sprechen die besseren Gründe für die Recht-

mäßigkeit einer 3 %-Sperrklausel und ich sehe das Urteil, das wir vom BVerfG im Jahr 2011 im Kontext der EP-Sperrklauseln vorgelegt bekommen haben, außerordentlich kritisch.

Ich möchte zunächst einige allgemeine Überlegungen zum Zeitfaktor und zu dem, was man in einem anderen Rechtssystem „stare decisis“ nennen würde, anstellen. Kann man überhaupt nach so kurzer Zeit – 2011 ist noch nicht so lange her – an die Regelungen heran? Es steht auch der durchaus zum Teil polemisch gefasste Vorwurf im Raum, die übereilte Neuregelung des Europawahlrechts kurz vor Ende der Legislatur jetzt im Juni/Juli habe etwas Handstreichartiges. Hier ist noch einmal daran zu erinnern, dass es noch andere rechtliche Vorgaben gibt, die eine Rolle spielen könnten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat im Januar 2012 entschieden, dass die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), was Wahlakte angeht, vorgibt, dass man ungefähr ein Jahr – je nachdem, ob es um die Zugangs- oder um die Verteilungsregeln geht – vor dem Wahlakt Klarheit darüber haben muss, was das Wahlrecht ist. Wenn man diese rechtliche Front nicht auch noch eröffnen will, ist man gut beraten, jetzt – in den nächsten Tagen und Wochen – ein Gesetz zu verabschieden, damit sich der Wähler darauf einstellen kann und damit es nicht später beim EGMR noch Probleme gibt. Nun zum allgemeinen Argument: „Die haben 2011 doch gerade erst entschieden.“ Da ist zu erinnern: Es gibt kein absolutes Normenwiederholungsverbot. 3 % sind nun mal nicht 5 %. Das BVerfG prüft hier der Sache nach die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, 3 % sind evidentermaßen ein weniger gravierender Eingriff als 5 %. Ferner muss man auch die Konstellation der Entscheidung betrachten. Der Zweite Senat hat 5:3 entschieden und die Urteilsgründe wurden lediglich von vier der acht Richter getragen. Es gab unter den drei Abweichlern zwei, die sich mit Sondervoten positioniert haben. Mit anderen Worten: Das Urteil steht auf äußerst schwachen Beinen. Das BVerfG hat 2011 in dem Urteil selbst gesagt, dass alleine die aktuellen Verhältnisse für die Bewertung einer Sperrklausel maßgeblich sein sollen, d. h., der Gesetzgeber muss kontinuierlich die Rechtfertigung von Sperrklauseln überprüfen. Das gilt dann auch für das Gegenteil, nämlich die ständige Prüfung, ob Sperrklauseln einzuführen, beizubehalten oder zu erhöhen sind. Man muss sich, was die Zeitschiene angeht, auch klarmachen: es geht hier um einen Prognosezeitraum, der bis 2019 reicht und in der Zeit bis zur übernächsten EP-Wahl kann noch einiges passieren. Es ist jetzt schon so, dass wir eine Verkleinerung des deutschen Kontingents von 99 auf 96 Abgeordnete haben werden. Allein an der Stelle gibt es in der Realität schon eine neue Lage. Was immer in den nächsten fünf Jahren passiert, Beitritte, Vertragsreformen, weitere Eurokrisen, Zustände: ich glaube, dass die Prognosen, die das EP betreffen, in dem Kontext vom Gesetzgeber zu stellen sind und nicht vom Gericht.

Man kann eine Liste mit den Argumenten machen, die dafür sprechen, dass diese 3 %-Klausel verfassungsgemäß ist, und mit denen, die dagegen sprechen. Das habe ich in meiner Stellungnahme gemacht, aus Zeitgründen ist das eine Aufstellung – ein

Argumentarium. Da ergibt sich schon optisch, dass die Gründe, die für die Verfassungsmäßigkeit sprechen, überwiegen. Es gibt mehr und ich finde auch mehr bessere Gründe, die dafür sprechen, dass das mit der Verfassung vereinbar ist. Gleichwohl ist das Urteil von 2011 ein Datum, mit dem man umgehen muss. Die allermeisten Gründe sind auch schon 2011 vorgetragen worden, gerade auch der Gesichtspunkt, dass der Kommissionspräsident in irgendeiner Art und Weise noch mehr vom Parlament abhängt als vorher. Man kann sich trotzdem fragen: Was sind neue Gründe oder Gründe, die man vielleicht noch einmal vertiefen könnte im Vergleich zu 2011? Das ist gerade schon vorgetragen worden, der Kollege Grzeszick hat das damals in Karlsruhe betreut und ich denke, man kann fast jedes Argument irgendwo in den Schriftsätzen finden. Was man noch einmal sehr deutlich sagen muss, ist, dass mit dem Urteil ein deutscher Sonderweg beschritten wird. Es ist so, dass wir eine ganze Reihe von expliziten Sperrklauseln in anderen Mitgliedstaaten haben, aber darüber hinaus haben die meisten Mitgliedstaaten auch so etwas wie eine „De-facto-Sperrklausel“. Wenn sie ungefähr 30 Sitze zu verteilen haben, müssen sie so viele Stimmen für einen Sitz erwerben, dass das vielfach mindestens 5 % – in Luxemburg sind es sogar 16,6 % – also ganz erhebliche Sperrwerte ausmacht. Wenn man das so betrachtet, dann findet man unter den 27 Mitgliedstaaten – außer Deutschland nach dem Urteil – einen einzigen Staat, in dem es keine „De-facto“-Sperrklausel und keine explizite Sperrklausel gibt, das ist Spanien. Spanien ist ein Land, in dem es ein traditionelles Mehrheitswahlrecht gibt, wo man mit einer Kultur des Mehrheitswahlrechts abstimmt. Im Übrigen sagen die spanischen Kollegen, die ich dazu befragt habe, dass man feststellen kann, dass ohne die Sperrklausel, die man in den 80er Jahren einfach nicht in das Wahlgesetz hineingeschrieben hat, die EP-Wahl zum Experimentierfeld für Kleinstparteien wird. Es geht in der EP-Wahl weniger um Europapolitik, sondern um nationale Experimentiermöglichkeiten. Ob das der Sinn der EP-Wahl sein soll, das möchte ich dahingestellt lassen.

Ein weiterer Punkt, der noch nicht angemessen vertieft worden ist, ist der, dass man eigentlich doch noch einmal deutlich machen muss, worum es im Kern geht: Das deutsche Interesse in den Fraktionen wird geschwächt. Es geht dort immer wieder um Personenwahlen. Die zwei oder drei Stimmen, die man dann mehr hat, je nachdem, ob man eine Sperrklausel hat oder nicht, das sind dann möglicherweise genau die Stimmen, die den deutschen Akteuren fehlen, um etwa zum Fraktionsvorsitzenden gewählt zu werden. Hier ist die Zersplitterung schon ein Problem in der Artikulation eines bestimmten politischen Willens. Die Wahlen von Funktionsträgern sind ein deutliches Beispiel.

Die Entschließung des EP zu den Wahlen zum EP im Jahr 2014 sollte man auch noch einmal nennen, die wird auch in der Gesetzesbegründung genannt. Wenn man überlegt, wie sich das EP in den letzten ein bis zwei Jahren entwickelt hat, muss man auch noch einmal auf die Eurokrise zu sprechen kommen. Wo z. B. durch den Fis-

kalvertrag nach dessen Art. 13 dem EP bestimmte neue Rechte zugestanden werden und wo das EP auch in den Verhandlungsprozessen sehr involviert ist. Ich glaube, dass sich hier auch noch einmal neue materielle Gesichtspunkte ergeben.

Wenn ich frage: Wie kommt man auf die sichere Seite? Dann ist die Antwort: mit einer Verfassungsänderung. Verfassungsänderung klingt zunächst dramatisch. Aber man muss sich klarmachen, dass etliche Bundesländer Sperrklauseln in der Verfassung haben, das sind vier oder fünf. Dass es auch ziemlich klar ist, dass diese Sperrklauseln nicht den änderungsfesten Kern berühren, sie berühren nicht die Ewigkeitsklausel. Also man kann das ändern. Von daher halte ich das für eine mögliche Überlegung.

Zum Zusatzantrag noch einen Satz – wobei ich da parteiisch bin, weil der in einem Kommentar, den ich herausgegeben habe, in einem EMRK-Kommentar, erstmals publiziert worden ist: Ich finde ihn deswegen natürlich gut. Ich will aber trotzdem darauf hinweisen, dass er eine Sache leistet, nämlich die Geeignetheit dieses Gesetzgebungsmechanismus, dafür die europaweite Zersplitterung zu minimieren, ist deutlich besser als bei der rein nationalen Sperrklausel.

Was würde ich Ihnen konkret raten? Ich würde Ihnen schon raten, das Gesetz gleich zu machen. Ich würde eine Verfassungsänderung vorbereiten, die kann ja auch noch später kommen. Das Einstellen des Wählers auf die neue Situation hätte man ja jetzt mit der Gesetzesänderung geleistet. Über den Änderungsantrag würde ich ernsthaft nachdenken. Ein allgemeiner Aspekt dabei ist, dass beim BVerfG und vielleicht auch in der Öffentlichkeit manchmal etwas aus dem Blick gerät, dass das letzte Wort in Verfassungsfragen nicht wirklich beim BVerfG liegt, sondern beim Verfassungsgesetzgeber. Vielen Dank!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen. Jetzt ist so oft das Wort Karlsruhe gefallen, jetzt muss Herr Prof. Papier kommen, obwohl Ihr Heimathafen ja nicht mehr dort ist, sondern in der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Herzlich willkommen, Sie haben das Wort.

SV Professor Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier (Ludwig-Maximilians-Universität München): Schönen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete, meine Damen und Herren. Ich will zunächst ein paar Worte sagen zu dem Vorwurf: Mit diesem Gesetzesvorschlag werde gewissermaßen das BVerfG brüskiert, es handele sich um einen Akt der Missachtung des BVerfG. Dazu möchte ich Folgendes klar und deutlich feststellen: Weder § 31 des BVerfG-Gesetzes noch die Rechtskraft normverwerfender Entscheidungen des BVerfG hindern den Gesetzgeber – übrigens nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG – daran, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschließen. Der Gesetzgeber ist allein an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden – Art. 20 Abs. 3 des Grund-

gesetzes (GG). Einfach-gesetzliche Bindungswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, wie die des § 31 des BVerfG-Gesetzes, können es dem Gesetzgeber nicht verwehren, ich zitiere aus einer Entscheidung des BVerfG selbst: „seiner Gestaltungsfreiheit und seiner Gestaltungsverantwortung“ – selbstverständlich im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung – „durch Verabschiedung einer inhaltsgleichen Neuregelung nachzukommen, wenn er dies für erforderlich hält.“ Dem entspricht, dass das BVerfG Akte des Gesetzgebers an der Verfassung selbst und nicht an „verfassungsgerichtlichen Präjudizien“ zu messen hat. Das BVerfG selbst kann seine Rechtsprechung niemals aus eigener Initiative korrigieren. Bei einem strikten Normenwiederholungsverbot drohte, so das Gericht selbst, eine Erstarrung der Rechtsentwicklung, was den Grundsätzen der rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Demokratie widerstreiten würde.

Auf der anderen Seite ist es nach der grundgesetzlichen Ordnung selbstverständlich Aufgabe und Befugnis des BVerfG, rechtsverbindlich die Bestimmungen der Verfassung auszulegen, so dass die anderen Verfassungsorgane, also auch die gesetzgebende Gewalt, nach dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Organtreue gehalten sind, die vom BVerfG festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht einfach zu übergehen. Es müssen vielmehr besondere Gründe vorliegen, die eine Abweichung des Gesetzgebers von der früheren Normenverwerfungsentscheidung des BVerfG rechtfertigen. Fehlen solche Gründe, muss das BVerfG die bereits entschiedene verfassungsrechtliche Frage nicht erneut prüfen oder erörtern; die Neuregelung wäre also von vornherein und eindeutig grundgesetzwidrig. Diese besonderen Gründe können sich, ich zitiere: „vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben.“ Solche besonderen Gründe für die Neuregelung einer Sperrklausel trotz der verfassungsgerichtlichen Verwerfung des alten § 2 Abs. 7 EuWG können angesichts der kürzlich erfolgten oder der anstehenden Veränderungen im Aufgabenkreis, in den Arbeitsmodalitäten und Entscheidungsverfahren des EP, wie sie insbesondere auch in der Entschließung des EP vom 22. November 2012 zum Ausdruck kommen, gesehen werden. Zwar legt der Zweite Senat in seinem normverwerfenden Urteil vom 9. November 2011 die im Lissabon-Vertrag vorgenommenen Änderungen des Primärrechts durchaus schon zugrunde, die darauf basierenden, nunmehr bereits erfolgten oder mit der Europawahl 2014 anstehenden tatsächlichen Veränderungen in der politischen Praxis, insbesondere – wenn auch nicht allein – im Hinblick auf die Wahl des Präsidenten der Kommission, erfahren in dieser Entscheidung noch keine, wie ich meine, hinreichende Würdigung und Berücksichtigung. Dies ist auch verständlich, es ist damit also keine Urteilsschelte verbunden, war doch im Zeitpunkt der normverwerfenden Entscheidung vom 9. November 2011 der Lissabon-Vertrag erst seit Kurzem in Kraft und standen die nächsten, erstmalig auf der Grundlage des neuen Primärrechts erfolgenden Europawahlen noch in weiterer Ferne, so dass sich

die Änderungen der politischen Praxis noch nicht hinreichend abzeichneten. Dementsprechend fasste auch das EP seine diesbezügliche EntschlieÙung erst am 22. November 2012, also gut ein Jahr nach der Entscheidung des BVerfG.

In diesem Zusammenhang erhalten auch die verfassungsgerichtlichen Feststellungen des BVerfG entscheidendes Gewicht, wonach für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Sperrklauseln die aktuellen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich sind. Was der Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Vertretung dient und was dafür erforderlich ist, bestimmt sich nach dieser Rechtsprechung gerade nach den konkreten Funktionen des zu wählenden Organs, wobei es – ich wiederhole – maßgeblich auf die aktuellen, rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse ankommt. Ich zitiere: „Findet der Wahlgesetzgeber in diesem Sinne veränderte Umstände vor, so muss er ihnen Rechnung tragen.“ Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Sperrklauseln trifft den Gesetzgeber geradezu eine Beobachtungs- und ggf. Anpassungspflicht, was selbstverständlich nicht nur im Hinblick auf eine etwaige Abschaffung oder Abschwächung von Sperrklauseln, sondern auch im Hinblick auf ihre Einführung oder Wiedereinführung in modifizierter oder in alter Form gelten muss.

Wenn sich der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der sich ändernden Verhältnisse für die Wiedereinführung einer – etwa auf 3 % reduzierten – Mindestschwelle für die Zuteilung der Sitze im EP entscheidet, dann kommt er in meinen Augen einer verfassungsrechtlich aufgetragenen Beobachtungs- und Anpassungspflicht nach, er übergeht oder ignoriert nicht einfach unter Verletzung seiner Organtreuepflicht die vom BVerfG festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes. Er macht in meinen Augen dann vielmehr Gründe geltend, „die sich aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben.“ Das war ein wörtliches Zitat aus der Rechtsprechung des BVerfG.

Ich will nicht verschweigen, dass in Anbetracht des prozessualen Umfelds der Gesetzgeber ein erhebliches Risiko eingeht, wenn er eine 3 %-Sperrklausel einführt. Ob der Gesetzgeber dieses Risiko eingehen will, muss er entscheiden. Diese Entscheidung kann ihm kein rechtswissenschaftlicher Sachverständige abnehmen. Die Risikoabwägung hängt unter anderem davon ab, für wie gewichtig die Einführung einer Sperrklausel gehalten wird. Im Ergebnis kann man empfehlen, auch über eine Grundgesetzänderung nachzudenken. Sie könnte in einer ausdrücklichen Zulassung von Sperrklausel-Regelungen bei der Bundestagswahl und der Wahl zum EP bestehen; das wäre sicherlich denkbar und möglich und würde dann alle verfassungsrechtlichen Zweifel ausräumen. Denkbar wäre auch eine präzisere Fassung des „Wahlakts“ der EU, auch daran könnte man denken.

Die materielle Frage ist: Wie ist unabhängig von dem prozessualen Geschehen die materiell-rechtliche Zulässigkeit solcher Sperrklauseln zu beurteilen? Dazu will ich noch ein paar Bemerkungen machen. Ich halte derzeit die vom BVerfG formulierten verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung von Sperrklauseln für nicht hinreichend klar und nicht hinreichend geklärt, so dass es im Grunde schon deswegen nicht misslich wäre, wenn eine erneute verfassungsgerichtliche Sachentscheidung in dieser Frage erfolgte. Es ist richtig und unbestritten, dass die Einführung einer Sperrklausel, egal welcher Höhe, eine Beeinträchtigung der Wahlrechts- und der Chancengleichheit der politischen Parteien darstellt, das ist ohne Frage. Aber jetzt kommen schon Unklarheiten. Da ist von zwingenden Gründen die Rede, die eine solche Abweichung, eine solche Durchbrechung des Gleichheitssatzes rechtfertigen müssten. Aber es wird sofort gesagt: „Zwingend“ im Sinne dieser Ausführungen ist nicht zwingend als „zwingend“ anzusehen. Das heißt, es wird in allen Entscheidungen ausgeführt, dass die zwingenden Gründe nicht so zu verstehen seien, dass deren Durchsetzung verfassungsrechtlich geboten sei. Es reichen Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann. Es geht im Grunde nicht um zwingende, sondern um zureichende Gründe. Das ist ein Unterschied. Es macht sich in allen Entscheidungen bemerkbar, dass man in Bezug auf diese Maßstabsbildung keine hinreichende Klarheit hat, so meine ich.

Überdies sehe ich in der Entscheidung zur Europawahl auch eine gewisse, nicht explizit formulierte Verschärfung der Maßstäbe im Verhältnis zu den Entscheidungen, die sich mit den Sperrklauseln in Bezug auf den Deutschen Bundestag befassen. Es ist die Frage: Reicht es aus, wenn der Gesetzgeber Vorsorge gegen Funktionsbeeinträchtigungen des Parlaments trifft? Das waren die früher herangezogenen Maßstäbe. Oder muss man – so offenbar nach der letzten Entscheidung zur Europawahl – verlangen, dass es um die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren der Funktionsunfähigkeit des Parlaments geht? Die Aspekte, die das Gericht in der Europawahlentscheidung anführt, die Zahl der kooperationsunwilligen Abgeordneten müsste bei einem Wegfall der Sperrklausel so hoch sein, dass qualifizierte Mehrheiten in aller Regel praktisch nicht mehr erreichbar wären, wären Maßstäbe, nach denen auch die Sperrklauseln für die nationalen Parlamente mehr als fraglich wären.

Ich halte es für dringend geboten, dass das Gericht sich über die Maßstäbe noch einmal im Klaren wird, also die Maßstäbe, die eine Ausnahme von der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien rechtfertigen können. Danke schön!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank, Herr Prof. Papier. Mittlerweile ist auch die Bundesregierung in Person von Herrn PSt Dr. Ole Schröder eingetroffen. Wir kommen zum erst einmal letzten Sachverständigen. Wir machen es so, dass wir mit

der Fragerunde beginnen. Es wäre aber nicht klug, wenn wir, sollten noch Sachverständige eintreffen, sie dahinter drannehmen, sondern dann müssten wir unterbrechen, damit sie noch in das Geschehen eingreifen könnten. Herr Prof. Schönberger von der Universität Konstanz, bitte.

SV Professor Dr. Christoph Schönberger (Universität Konstanz): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Wir haben es, wie meine Vorredner bereits gesagt haben, nicht mit einem alltäglichen Vorgang zu tun. Hier geht es um eine sehr deutliche Reaktion des Gesetzgebers auf das Urteil des BVerfG vom November 2011, und zwar eine sehr deutliche Reaktion in sehr kurzer Frist nach dem Urteil. Das schafft eine besondere Situation, so dass für die Beurteilung zunächst einmal im Vordergrund stehen muss: Wie soll mit der Entscheidung von 2011 eigentlich umgegangen werden? Hinsichtlich der Frage der rechtlichen Bindungswirkung teile ich die Einschätzung meiner Vorredner: Eine Bindungswirkung im Sinne eines Normwiederholungsverbotes ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen. Sie ist schon deswegen fragwürdig, weil wir es nicht mit einer Wiederholung der 5 %-Hürde, sondern mit einer abgesenkten Sperrklausel zu tun haben. Selbst wenn man es darunter fassen würde, ist die Frage des Normwiederholungsverbots in der Rechtsprechung des BVerfG sehr umstritten, und die besseren Gründe sprechen dagegen. Der demokratische Gesetzgeber muss die Rechtsordnung anpassen können, ohne auf das BVerfG zu warten, das ja auch immer erst angerufen werden muss. Solche Anrufungen können auch ausbleiben, der Gesetzgeber muss hier das Recht weiterentwickeln können. Es gibt insoweit auch keine Bindung des Gesetzgebers an die tragenden Gründe der Entscheidung des BVerfG. Eine solche Bindung wäre hier problematischer, weil vieles dafür spricht, dass die tragenden Gründe dieses Urteils möglicherweise auch einer 3 %-Hürde entgegenstehen. Gebunden ist der Gesetzgeber aber nur an den Tenor der Entscheidung. Die alte 5 %-Hürde ist beseitigt. Ansonsten darf es aber nicht zu einer Versteinerung des Verfassungsrechts kommen. Der Gesetzgeber hat die Freiheit zur Normwiederholung. Nun könnte man einwenden: Das wäre ja die Freiheit der Beliebigkeit, liegt hierin nicht eine Brüskierung des Gerichts? Die Grenzen davon können letztlich nur durch so etwas wie Verfassungsorgantreue gezogen werden. Das Gericht darf nicht gewissermaßen offen brüskiert werden. Eine offene Brüskierung sehe ich im vorliegenden Gesetzentwurf nicht. Schon deswegen nicht, weil in der Ausgangsentscheidung die Sonderstimmen klar indizieren, wie wenig Konsens innerhalb des Gerichts diese Entscheidung gefunden hat. Das muss genügen, damit der Gesetzgeber dem BVerfG die Frage möglicherweise noch einmal zuspielden kann. Man kann hierin indirekt eine Möglichkeit sehen, dem Gericht die Gelegenheit zur offenen oder auch stillen Selbstkorrektur zu geben. Ich bin der Auffassung, dass ihm diese Möglichkeit zur Selbstkorrektur auch gegeben werden sollte. In der Sache wird man dann allerdings sagen müssen, dass die hier vorgelegte Regelung einer 3 %-Sperrklausel für die Europawahl in einem Spannungsverhältnis zur verfassungsrechtlichen Argumentation des Zweiten Senats steht. Warum? Der Zweite Senat hält Sperrklauseln nur noch für gerecht-

fertigt, wenn ein volles parlamentarisches Regierungssystem vorliegt. In seiner Interpretation heißt das: Die Regierung wird vom Parlament gewählt und stützt sich in ihrer alltäglichen Gesetzgebungsarbeit auf eine stabile Parlamentsmehrheit. Wenn man es so sieht, dann ist diese Situation in der EU auch heute nicht gegeben. Da muss man dem BVerfG recht geben. Die Situation des EP hat sich natürlich stetig verbessert. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Lissabon-Vertrag insbesondere den Einfluss des Parlaments auf die Kommission, auf den Kommissionspräsidenten erhöht hat. Wir haben heute eine viel stärkere Verschränkung von Parlament und Kommission als früher. Aber ein parlamentarisches Regierungssystem im Sinne des GG gibt es auf der europäischen Ebene weiterhin nicht. Insofern sehe ich auch skeptisch die Argumentation, die sagt, wir hätten seit der Entscheidung 2011 eine grundlegende Änderung der Verhältnisse erlebt. Das meine ich nicht. Wir haben keine grundlegende Veränderung der Verhältnisse erlebt. Durch die Entschließung des EP vom November 2012 allein ist noch keine neue Lage entstanden. Das BVerfG hat ja diese Lage bereits interpretiert. Was man allerdings sagen kann ist, dass sich schrittweise die politische Praxis unter dem Lissabon-Vertrag erst einspielt und dass das kontinuierlich beobachtet werden kann und Veränderungen möglicherweise anzeigt. Ich denke aber, was die Resolution des EP jedenfalls leistet, ist, es dem BVerfG in einem möglichen künftigen Verfahren die Problematik seiner 2011 entwickelten Argumentation noch deutlicher zu machen. Worin liegt der Kern dieser Problematik seiner alten Entscheidung von 2011? Der Kern dieser Problematik liegt darin, dass das BVerfG behauptet, Sperrklauseln könnten eine Stabilisierungsfunktion nur in einem strengen parlamentarischen Regierungssystem haben. Jede andere Form parlamentarischer Organisation, so scheint es, reicht für die Rechtfertigung von Sperrklauseln nicht. Das halte ich nicht für richtig. Zum einen aufgrund der bereits erwähnten Tatsache, dass wir in Europa zunehmend ein engeres Verhältnis von Kommission und EP erleben. Der Lissabon-Vertrag zeichnet das vor, die politische Praxis mag das noch verstärken. Das ist die eine Linie, die eine mögliche Stabilisierung der Mehrheitsverhältnisse im EP auch dort nahelegt. Die andere Linie ist eigentlich älter. Sie liegt darin, dass wir es auf der Ebene der EU im Grunde mit einem komplexen Verhandlungssystem zwischen Parlament, Kommission und Rat zu tun haben. Hier hat sich gezeigt, dass das EP, wenn es sich in diesem Verhandlungsdreieck behaupten will, kontinuierlich auf die Herausbildung fachlicher Expertise durch Arbeitsteilung angewiesen ist, um ein mögliches Gegengewicht gegen die eher technokratischen Akteure in der EU zu bilden. Je stärker das Parlament zersplittert ist, je weniger sich solche Expertise auf Dauer in großen Fraktionen ausbilden kann, desto weniger kann es diese Kontrollfunktion erfüllen. Das scheint mir die ältere und fast noch fundamentalere Rechtfertigung zu sein, und diese Rechtfertigung hatte das BVerfG auch in seiner bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1979, in der es die ursprüngliche 5 %-Hürde erst einmal gebilligt hatte, auch herangezogen. Wenn es heute eine neue Lage gibt gegenüber der Situation von 2011, so scheint mir, liegt sie allerdings nicht in erster Linie in der Entwicklung auf der europäischen Ebene, sondern sie liegt gerade in der

Tatsache des vorliegenden Gesetzentwurfs selbst. Das alte Europawahlgesetz 1979 hatte die 5 %-Hürde aus dem innerstaatlichen Bereich schlicht auf das EP übertragen. Die jetzige Regelung ist eine erstmalig eigenständige Regelung, die sich allein an der Problemlage in der EU orientiert. Wir sind mit dem vorgelegten Gesetz in einer völlig anderen Situation als derjenigen, die bei der damaligen Entscheidung vorgelegen hat. Das ist das zentrale Element der neuen Lage. Diese neue Lage schafft der parlamentarische Gesetzgeber selbst. Wir sind zum ändern in einer neuen Situation einfach durch die Höhe der Hürde selbst. Jetzt werden 3 % vorgeschlagen, die 3 % führen zumindest zu einer geringeren Zugangsbarriere zum EP. Eines der zentrale Argumente des Verfassungsgerichts war auch, dass es letztlich ein Versuch etablierter Parteien sei, sich gegen Konkurrenz zu schützen. Dieser Vorwurf trifft eine 3 %-Hürde weniger als er die vorherige 5 %-Hürde betrifft.

Noch ein Wort zu der vorgeschlagenen Alternative: Sollte man nicht lieber die Sperrklausel europäisieren? Das, was aus der Fraktion der Grünen vorgeschlagen worden ist. Mir scheint das Anliegen in der Sache überzeugend. Sicherlich wäre es wünschenswert, die Sperrklausel zu europäisieren. Es wäre wünschenswert, dass Sperrklauseln nicht als isolierte nationale Unternehmen daherkommen. Das Problem ist nur, dass wir diese Europäisierung auf der europäischen Ebene aus vielerlei Gründen nicht hinbekommen. Der Direktwahlakt hat entsprechende Regelungen, aber nur rudimentär. Ich denke, wenn wir das rein national versuchen wollten zu europäisieren, stellen sich zwei Fragen. Zum einen hängt dann plötzlich die Zuteilung von Mandaten in Deutschland von Wahlentscheidungen außerhalb Deutschlands ab. Es wäre dann so, dass eine Partei, die sich in einem europäischen Verbund befindet, das Glück hat, dass ihr dann Wählerstimmen in anderen europäischen Ländern mit zugerechnet werden, was ihr bei uns über die 3 %-Hürde helfen würde. Das schafft im Grunde eine neue Ungleichbehandlung innerhalb des deutschen Wahlgebietes gegenüber Wählern, die Parteien wählen, die nicht in solchen europäischen Verbänden sind. Man mag diesen Einwand nicht für so gewichtig halten, weil man sagt: Es ist doch im Interesse der Europäisierung, dass Parteien privilegiert werden, die europäische Verbundpartner haben. Ich meine aber, dass überdies ein zweites Element weiterhin dagegen spricht. Dass wir es dann letztlich mit einer hinkenden Europäisierung zu tun haben. Diese Europäisierung würde ja einseitig vom deutschen nationalen Recht geleistet. Es fehlte an der Gegenseitigkeit mit der Situation in anderen europäischen Ländern. Dort könnten Gesetzgeber Ähnliches tun, sie müssten es aber nicht. Wenn man das im Sinne einer gemeineuropäischen Wahlrechtsgleichheit betrachtet, kommen wir dieser insgesamt dadurch nicht näher.

Fazit: Ich halte die 3 %-Hürde in der vorgelegten Form für verfassungsrechtlich zulässig. Es ist überhaupt nicht zu verhehlen, dass es erhebliche Risiken für den Gesetzgeber in Karlsruhe gibt, angesichts der erst kurz zurückliegenden Entscheidung. Eines der Risiken beim BVerfG dürfte auch darin liegen, dass wir beim Gericht insgesamt einen Trend beobachten, auch in anderen Bereichen Sperrklauseln zu-

nehmend infrage zu stellen. Es mag sein, dass sich das Urteil aus 2011 auch daraus erklärt, dass das Gericht auf allen Ebenen, etwa auch auf der kommunalen Ebene, Sperrklauseln zunehmend infrage stellt. Wie stark sich dieser Trend möglicherweise auch im Europawahlrecht noch auswirken könnte, ist eine der offenen Fragen eines möglichen zukünftigen Karlsruher Verfahrens. Vielen Dank!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen, Herr Prof. Schönberger. Wir kommen jetzt zur Fragerunde der zuständigen Berichterstatterinnen und Berichterstatter der Fraktionen. Ich darf darum bitten, die Frage nicht nur zu formulieren, sondern auch zu adressieren. Zwei Sachverständige sind noch auf der „Vermisstenliste“, sobald sie eintreffen, werden wir ihnen die Gelegenheit geben, das Wort zu ergreifen. Hans-Peter Uhl, bitte.

Abg. **Dr. Hans-Peter Uhl** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, meine verehrten Kolleginnen und Kollegen, eine Vorbemerkung zu den Herren Professoren. Sie finden hier eine Fünf-Parteien-Koalition, vereint in Gestalt dieses Gesetzentwurfs, aber auch vereint in einer gewissen Rechtsunsicherheit, ob das trägt, was wir da zusammengetragen haben, und ob uns das Gericht aufheben wird oder nicht. Insofern ist es gut, dass wir hier Ihren Rat bekommen. Wir haben auch verstanden, Herr Prof. Papier, dass die Entscheidung dennoch bei uns bleibt und bleiben muss, Sie uns diese Entscheidung letztlich nicht abnehmen können. Es war interessant und deswegen meine Fragen an Herrn Prof. Papier und Herrn Prof. Grzeszick. Zunächst ist festzustellen, dass Sie dieses Urteil des BVerfG auch dem Jahre 2011 mit spitzen Fingern anfassen, Sie verweisen beide auf die Sondervoten, die möglicherweise sogar den Schluss einer Fehlentscheidung zulassen. Sie raten, dass wir dem Gericht die Möglichkeit geben, seine Rechtsprechung weiterzuentwickeln oder zu vertiefen, bzw. Maßstäbe für Sperrklauseln anzulegen, die konkreter sind als die, die wir jetzt vorfinden. Dass wir wissen, ob zwingende Gründe im Sinne dieser Rechtsprechung zwingend zwingend sein müssen, oder ob es auch darunterliegende Gründe geben kann, die eine Sperrklausel rechtfertigen. Ist es richtig, dass man sagen kann, die Dinge in Brüssel, die Machtstrukturen zwischen EP und Europäischer Kommission sind dabei, sich faktisch so weiterzuentwickeln, dass man mit Fug und Recht eine Klausel einführen sollte, dass stabile Mehrheitsverhältnisse entstehen, um diese Machtstrukturen zum Wohl der europäischen Entwicklung zu fixieren? Das ist meine Frage an Herrn Prof. Papier: Die uns dann bestärken würde, so zu verfahren, wie wir es in dem Gesetzentwurf vorgenommen haben. Wir werden mit diesem Gesetzentwurf auch in gewisser Weise ein Stück Auftragsarbeit für die europäischen Parlamentarier machen, die uns parteiübergreifend dringend gebeten haben, dies für sie zu tun. Ich hätte es zwar für gut gehalten, wenn der Präsident oder der Vizepräsident des EP hier gewesen wäre, um das Wort zu ergreifen, um die Notwendigkeit dieser Regelung, die wir anstreben, zu begründen. Da gab es hier aber unterschiedliche Meinungen unter den Kollegen.

Meine Frage: Erstens, das Gericht soll durchaus, ohne dass wir es missachten, sich weiterentwickeln können in seiner Rechtsprechung?

Zweitens: Der Weg, den wir hier vorschlagen mit 3 % ist nicht inhaltsgleich aber inhaltsähnlich, drei statt fünf Prozent, aber er hat eine gute Chance, in dieser Weiterentwicklung der Rechtsprechung vom Gericht gehalten zu werden? Die Fragen an beide Herren Professoren.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Papier, bitte.

SV Professor Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier (Ludwig-Maximilians-Universität München): Ich habe versucht, in meinen Ausführungen klarzumachen, dass es mir nicht um eine Urteilsschelte geht. Ich habe nicht vor und es ist auch nicht meine Zielrichtung, die Entscheidung des BVerfG zur Sperrklausel bei der Europawahl im Einzelnen zu analysieren, auseinanderzunehmen, zu kritisieren, oder zu befürworten. Mir ging es vor allem darum, darzustellen, dass aufgrund der Veränderungen im unionalen Primärrecht – Lissabon-Vertrag – sich auch die rechtliche, aber vor allen Dingen die politische Stellung des EP ändert und ändern wird. Dass z. B. die Berufung des Kommissionspräsidenten aufgrund der Änderungen des Primärrechts immer stärker der Wahl etwa eines Regierungschefs – hier in Deutschland der Bundeskanzlerin oder des Bundeskanzlers durch den Bundestag – angenähert wird. Wir sehen, dass der Kommissionspräsident nur mit qualifizierter Mehrheit gewählt werden kann. Das heißt, es müsste die Mehrheit der Mitglieder des EP den Kommissionspräsidenten auf Vorschlag des Rates wählen. Anders als im deutschen Verfassungsrecht würde sich an diesem Erfordernis der qualifizierten Mehrheit auch nichts ändern. In Deutschland haben wir im dritten Wahlgang die Möglichkeit der Wahl des Kanzlers oder der Kanzlerin durch einfache Mehrheit. Das ist im europäischen Recht nicht möglich. Von daher muss man sehen, dass der Einfluss des EP immer stärker wird, aber interessanterweise aufgrund des veränderten Primärrechts das EP in stärkerem Maße qualifizierte Mehrheiten für seine Gestaltungsmacht benötigt, die ihm das Primärrecht zuteilen möchte. Das gilt sowohl für die Wahl des Kommissionspräsidenten als auch für die angemessene Ausübung des Mitwirkungsrechts im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Wir haben im Gesetzgebungsverfahren neuerdings dann, wenn es nicht zu einem gemeinsamen Rechtsetzungsvorschlag, sondern zu einem ordentlichen Verfahren mit mehreren Lesungen kommt, aufgrund des europäischen Primärrechts die Regelung, dass das EP von einem Ratsbeschluss nur abweichen, ihn zurückweisen oder Veränderungen vorschlagen kann, wenn es dafür eine qualifizierte Mehrheit gibt. Wenn also die Mehrheit der Mitglieder dafür votiert. Ist das nicht möglich, kann sich das Parlament in dieser Form nicht gegen den Rat in Stellung bringen, kommt das europäische Gesetz ohne Zustimmung des Parlaments oder ohne entsprechende Geltendmachung des Gestaltungsrechts des Parlaments zustande. Das ist in der Entscheidung des BVerfG gesehen worden, ist dann aber, für mich eigentlich nicht

erklärbar, eher umgekehrt verwendet worden. Man hat gesagt: Es ist ja ein Zeichen dafür, dass das EP nicht eine vergleichbare Stellung hat wie das nationale Parlament, d. h. notfalls können Gesetze auch ohne Zustimmung des Parlaments zustande kommen. Ich würde eher sagen: Wenn das EP qualifizierte Mehrheiten aufbringen muss, um seine Gestaltungsmacht auszuüben, dann ist es besonders wichtig ist, dass eine zu starke Fragmentarisierung, eine zu starke Zersplitterung vermieden wird. Dass die Fraktionen eher gestärkt werden müssten, das gilt auch für die Absprachen und informellen Verhandlungen im Rahmen der Gesetzgebung, die im Falle eines gemeinsamen Rechtsetzungsvorschlags verschiedene Lesungen erübrigen. Auch hier muss das Parlament in der Lage sein, einen Standpunkt zu formulieren, das setzt eine gewisse Stärke und Homogenität der Fraktionen voraus. Auch das spricht gegen eine zunehmende Zersplitterung und Fragmentarisierung. Ich möchte mich, Herr Abgeordneter, eigentlich weniger mit der Entscheidung des Zweiten Senats zur Sperrklausel kritisch auseinandersetzen, sondern auf die sich abzeichnenden oder schon erfolgten Änderungen der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse abstellen. Ich befinde mich da wiederum in völliger Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG, das ja immer gesagt hat: Wir können die Zulässigkeit von Sperrklauseln niemals abstrakt, niemals ein für allemal, niemals losgelöst von den jeweiligen Vertretungskörperschaften, um die es geht, beurteilen, sondern immer nur aktuell und konkret nach den tatsächlichen und rechtlichen Umständen, wie sie derzeit bestehen. Diese können sich ändern, eine abweichende Beurteilung ist dann die natürliche Folge dieser grundlegenden Rechtsprechung des BVerfG. Ich will hier nicht auf Konfrontationskurs zum Zweiten Senat gehen. Ich will nur darauf hinweisen, dass es sachgerecht ist, sich jetzt noch einmal mit dieser Frage zu beschäftigen und dabei auch die von mir vorhin angesprochenen Zweifel im Hinblick auf die abstrakten Maßstäbe noch einmal zu überdenken: Was heißt etwa „zwingende“ Gründe für die Durchbrechung? Das müsste klarer herausgearbeitet werden, damit wir nicht immer wieder widerstreitende Entscheidungen erhalten: Mal geht es um Sperrklauseln bei den Kommunen, mal beim EP, mal beim Bundestag, mal geht es um Ausnahmen von den Sperrklauseln, beispielsweise durch die Grundmandatsklausel, man ist bekanntlich sehr großzügig bei der Rechtfertigung der Grundmandatsklausel. Hier müsste meines Erachtens auch noch einmal die Möglichkeit eröffnet werden, klare abstrakte Maßstäbe zu setzen, aber auch zu prüfen, ob die aktuellen, die geänderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse eine Sperrklauselregelung bei der Europawahl jetzt nicht doch rechtfertigen könnten.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank! Als Zweiter war Herr Prof. Grzeszick gefragt, bitte.

SV **Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.** (Universität Heidelberg): Zunächst zum ersten Teil Ihrer Frage: Wie geht das Parlament in dem vorliegenden Fall dann mit der Entscheidung des BVerfG um? Da denke ich, kann ich mich in weiten Teilen dem von den Kollegen bereits Gesagten anschließen. Zunächst einmal muss man

aber sagen, dass das Urteil auch bei extensiver Auslegung der Dogmatik keine Sperrwirkung entfaltet. Der zweite Punkt: Wie viel Bewegung, wie viel Luft und wie viel Entwicklung ist generell im Wahlrecht drin? Da muss man konstatieren – gerade im Hinblick auf die letzten zwei Jahre –, dass da relativ viel Bewegungsspielraum in der Dogmatik auch des BVerfG vorhanden ist. Wir sehen das nicht nur an der Sperrklauselentscheidung, sondern auch an den weiteren Entscheidungen, angefangen auf der kommunalen Ebene. Wir sehen es nicht nur beim Europawahlrecht, sondern wir sehen es auch am letzten Urteil zu den Überhangmandaten, bei denen das Gericht mit den tradierten Linien gebrochen hat. Das heißt, da ist viel Bewegung drin. Es ist allerdings nicht immer klar absehbar, in welche Richtung die Bewegung geht. Drittens: In der konkreten Konstellation ist auch, glaube ich, relativ viel Spielraum, nicht nur aufgrund der Sondervoten, sondern auch aufgrund einiger Dinge, die mittlerweile passiert sind. Das Folgende ist jetzt ein bisschen technisch, aber ich denke, das sollte zur Kenntnis genommen werden. Das eine ist die Frage, wie wir mit dem strikten Kontrollmaßstab umgehen. Dahinter steht die Überlegung der Entscheidungen in eigener Sache des Parlaments und vor allem der Parlamentsmehrheit. Von der Figur hat das Gericht jetzt zum ersten Mal bei der Einteilung der Wahlkreise Abstand genommen und ausgeführt, dass dies im konkreten Fall keine Frage sei, bei der die Gefahr des Missbrauchs bestehe, und deswegen müsste man nicht strikt prüfen. Das zweite ist die Frage der angeführten zwingenden Gründe. Das Urteil spricht von zwingenden Gründen; in der Sache verlangt es aber den Nachweis der Funktionsunfähigkeit und musste diese auch verlangen, wenn alle Sachverständigen, die geladen waren, vor dem BVerfG sagten, dass es gute Gründe für die Sperrklausel gebe. Das Gericht musste also unter der Hand den Maßstab anheben, seine eigene Dogmatik verformen. Hält es an der allgemeinen Dogmatik festgehalten, dann wäre es insoweit gut möglich gewesen, dass schon die 5 Prozent in Ordnung gewesen wären. Es gibt also einige Dinge, deren Klärung möglich und tunlich ist, und aus dieser Sicht könnte es vertretbar sein, das Gesetz zu verabschieden und dann mit dem wohl absehbaren Verfahren zu rechnen. Wie sehen denn die Chancen aus, die Risiken, die das Parlament dann zu tragen hat und zu deren Tragung die Mehrheit vielleicht sich dann entschließen kann? Auf der Ebene der rechtlichen Änderungen sind Europarecht und Verfassungsrecht nicht so viel anders geworden, glaube ich, denn es ist nicht so viel passiert. Allerdings denke ich, dass die Änderungen der tatsächlichen Abläufe zwischen Kommission und Parlament sich tatsächlich relativ geändert haben und dies könnte entscheidend sein. Das Parlament agiert mittlerweile erheblich anders. Es hat sich durch interinstitutionelle Vereinbarungen ein de-facto-Initiativrecht gegeben. Es hat im Bezug auf den Flugdatenaustausch mit den Vereinigten Staaten von seiner Gestaltungsmacht massiven Gebrauch gemacht. Es rückt im Rahmen der Eurostabilisierung weiter in den Mittelpunkt und wird dementsprechend rechtlich berücksichtigt, und dementsprechend gibt es dann einen guten Anlass hier anzuknüpfen und zu sagen, das Parlament verhält sich insgesamt anders, auch und gerade in Bezug auf die Kommission. Die ganze

Kommissionszusammensetzung hängt doch im Ergebnis, nicht rechtlich, sondern politisch am Europäischen Parlament. Welcher Präsident könnte es riskieren, einen zentralen Kommissar gegen das Parlament überhaupt zu nominieren? Das wäre politisch erfolglos! Das kann man neben dem Lissabon-Vertrag auf der tatsächlichen Ebene einfließen lassen, und das gilt auch für die weitere politische Integration des Parlaments und der Ausschüsse in der Gesetzgebung. Es bleibt allerdings – das kann man nicht verhehlen und dementsprechend war meine Stellungnahme auch klar gehalten – ein klares Risiko, dass das BVerfG anders entscheiden wird. Aber das ist in vielen Wahlrechtsfragen so, und ob das Risiko eingegangen wird, müssen dann Sie entscheiden. Danke.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Frau Professorin hätte ich fast gesagt. Das kommt noch. Frau Fograscher, bitte.

BE **Gabriele Fograscher** (SPD): Ich wende mich an Herrn Prof. Dr. Mayer. Ich will mich ausdrücklich bedanken für die schriftlichen Stellungnahmen aller Sachverständigen, aber ich finde diese Aufstellung „pro und contra“ doch sehr hilfreich. Wir als Abgeordnete müssen uns genau mit diesen Fragen auseinandersetzen und müssen ja unsere Entscheidung auch in der Form rechtfertigen. Herr Prof. Dr. Schönberger hat eben ausgeführt, dass er meint, es gebe eine Rechtsprechung, die sich eher gegen Sperrklauseln ausspricht. Teilen Sie das? Hat sich das BVerfG gegen die 5 Prozent ausgesprochen oder überhaupt gegen Sperrklauseln. Dann darf ich vielleicht noch anschließen: Es gibt ja auch Vorschläge beim Sitzzuteilungsverfahren etwas zu ändern oder die Anzahl der Unterstützungsunterschriften zu verändern. Halten Sie das für hilfreich?

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Dr. Mayer.

SV **Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale)** (Universität Bielefeld): Vielen Dank für diese Frage. Zunächst dazu, ob wir so etwas haben wie einen allgemeinen Trend, dass Sperrklauseln insgesamt deutlich schwerer zu rechtfertigen sind. Das würde ich auch so sehen. Ich glaube auch, dass es diesen Trend gibt. Man hat bei den Kommunalwahlen die Sperrklauseln gekippt, jetzt bei den EP-Wahlen, und das ist auch einer der Gründe, warum ich durchaus überlegen würde, ob man die Verfassung ändern sollte. Einige Argumente, die in diesem Urteil von 2011 zu finden sind, passen auch sehr gut auf Bundes- und Landtagswahlen, und da muss man sich schon fragen, ob das wirklich das politisch Gewollte ist, dass da letztlich mit einer Mehrheit von viereinhalb Stimmen im Zweiten Senat solche Richtungsentscheidungen getroffen werden. Ich denke, das ist problematisch, und würde auch vor diesem Hintergrund erstens zum Gesetz raten und, wie gesagt, auch zweitens noch einmal über die Verfassungsänderung nachdenken. Die Tendenz, die Sperrklauseln insgesamt abzuschaffen, ergibt sich aus meiner Sicht auch aus dem, was die Kollegen eben auch aus einer anderen Perspektive gesagt haben.

Eigentlich sind die Voraussetzungen, die Maßstäbe, die das BVerfG hier anlegt, unerfüllbar. Die Funktionsunfähigkeit beweisen – wie soll das gehen? Nun können wir sagen, das kann daran gelegen haben, dass es eben so eine merkwürdige Konstellation im Senat gab. Dass man für diese Begründung auch nur vier Richter – das ist nicht mal die Mehrheit – hatte. Vielleicht ist es deswegen noch einmal angezeigt, da noch einmal die Möglichkeit zur Klarstellung zu geben. Es kann aber auch sein, dass auch die nächste Entscheidung hier keine befriedigende Funktion hat. Dass man also wieder mit einem unübersichtlichen Meinungsspektrum im Zweiten Senat wieder eine knappe Entscheidung in die eine oder in die andere Richtung hat. Welche, ist dann eigentlich egal. Was mir wieder Veranlassung gibt, darüber nachzudenken, ob man nicht die Verfassung ändern sollte, weil eben der gesetzgeberische Spielraum zur Einführung einer Sperrklausel ja einerseits bis jetzt vom Grundgesetz gewollt ist – das lässt sich auch den früheren Urteilen und auch aus dem Urteil von 2011 entnehmen – aber er de facto nicht mehr da ist. Das ist, glaube ich, in der Tat Teil eines größeren Trends in diesem Senat mit diesen Akteuren. Hat das Gericht gegen die 5 Prozent und auch gegen die 3 Prozent entschieden? „Nein“ ist die formale Antwort, man hat in der Tat nur die 5-Prozent-Hürde in den Blick genommen. Das ist das, was entschieden ist. Es ist aber so, dass durch die Art und Weise, wie das Gericht geprüft hat mit einem Verhältnismäßigkeitstest – ist es jetzt ein besonders schwerer Eingriff oder nicht –, durchaus die Überlegung naheliegt, dass 5 Prozent nicht wie 3 Prozent beurteilt würden. Das haben wir Ihnen hier auch schon gesagt. Andererseits stehen wirklich alle Argumente, die es zu Sperrklauseln gibt, entweder im Sondervotum oder in der Entscheidung. Die lassen sich eigentlich fast alle auf die 3-Prozent-Hürde übertragen. Zur Zusatzfrage, inwieweit Unterschriftenquoten oder die Frage, wie man es dann rechnerisch-technisch macht mit der Sitzverteilung, einen Unterschied machen. Das deutet ja schon darauf hin, dass wir es mit der Erfolgswertgleichheit ohnehin immer etwas abmildern müssen. Das deutet darauf hin, dass das, worum es hier geht, eben nicht zu diesem verfassungsänderungsfesten Kern des Art. 79 Abs. 3 GG gehört, der auch das Demokratieprinzip schützt. Also, es gibt einfach nie absolute Erfolgswertgleichheit. Da sind noch Stellschrauben, an denen man drehen kann. An denen wird man auch drehen müssen. Das funktioniert sonst nicht. Das ist einfach eine praktische Notwendigkeit. Man kann natürlich darüber nachdenken, wie man Dinge berechnet und was man für Quoten vorsieht, für Unterschriften und was für rechnerische Verfahren. Da gibt es unterschiedliche Modelle im Ausland, die weit über diese oder jene Formel bei uns hinausgehen. Man kann darüber nachdenken, ob man den ersten Sitz mit einem anderen Verfahren vergibt als die anderen. Da gibt es also eine bunte mathematische Welt. Da müsste man wahrscheinlich besser noch einmal die Wahlmathematiker fragen und weniger die Juristen. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Vielleicht können wir uns auf Folgendes einigen und konzentrieren. Einig sind wir uns sicherlich darin, dass 3 Prozent etwas

anderes sind als 5 Prozent. Das ist jedenfalls herrschende Meinung. Aber was natürlich auch interessiert und niemand mit sicherer Gewissheit vorhersagen kann, inwieweit wir denn die Chance haben, in Karlsruhe nicht aufgehoben zu werden. Da heißt es in der Entscheidung von 2011: Durch die Europäischen Verträge sind die Aufgaben des Europäischen Parlaments so ausgestaltet, dass es an zwingenden Gründen, in die Wahl- und Chancengleichheit durch Sperrklauseln einzugreifen fehlt. Jetzt kann man das so interpretieren, dass Karlsruhe gesagt hat – ich sage das jetzt einmal rustikal – ob 5 oder 4 oder 3 ist uns egal, jede Sperrklausel findet nicht die Gnade des Gerichts. Nun kann man es natürlich trotzdem versuchen, aber vielleicht kann man nicht einfach sagen, 3 ist etwas anderes 5. Das haben selbst wir verstanden. Sondern: Wie hoch ist denn das Maß an Gewissheit, dass Karlsruhe eine 3-Prozent-Sperrklausel anders verfassungsrechtlich beurteilen wird als die 5-Prozent-Klausel, die Streitgegenstand beim Verfahren war, das Ende 2011 entschieden worden ist. Herr Kollege Dr. Ruppert, bitte.

BE Dr. Stefan Ruppert (FDP): Vielen Dank. Ich habe Deutschland mit dem Zug besichtigt und bin so ein bisschen näherungsweise hierher gekommen – es tut mir leid, dass ich zu spät bin. Ich hätte zwei Fragen an Herrn Prof. Dr. Schönberger und Herrn Prof. Dr. Grzeszick. Welches Argument würden Sie besonders stark machen in einer Gesetzesbegründung, um unseren Gesetzentwurf in Karlsruhe mit Gnade zu versehen? Wir hatten ja überlegt, ob wir die gesamte Gesetzgebung zum Wahlrecht einfach an Karlsruhe abgeben, um der dortigen Neigung, selbst Gesetze zu machen, in Wahldingen etwas entgegenkommen zu können, aber das hat sich dann doch nicht durchsetzen lassen. Welches Argument würden Sie in der Begründung stark machen? Wie beurteilen Sie den Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und, wenn ich Herrn Prof. Dr. Schönberger indirekt richtig verstanden habe, warum müsste das an anderer Stelle geregelt werden als in diesem Wahlrechtsentwurf?

Vors. Wolfgang Bosbach: Ich weise nur darauf hin, dass wir an die Begründung nicht mehr herankommen. Aber wir können natürlich bei den Ausschussberatungen deutlich machen, welche Argumente hier – dazu dient ja auch die Sachverständigenanhörung – ein besonderes Gewicht haben. Herr Prof. Dr. Schönberger, bitte.

SV Prof. Dr. Christoph Schönberger (Universität Konstanz): Ich habe ja eben schon gesagt, dass mir die Begründung, so wie sie jetzt ist, nicht als die glücklichste erscheint, weil sie allein auf die tatsächlichen Veränderungen seit 2011 abzielt, und ich den Eindruck habe, dass die Sachargumentation des Bundesverfassungsgerichts ja bereits die neue Lage unter dem Lissabon-Vertrag beurteilt hat. Natürlich ist es eine Möglichkeit zu sagen, dass es da politische Entwicklungen gibt. Es hat sich sozusagen politisch im Sinne dieser vorgezeichneten stärkeren Parlamentarisierung der Europäischen Union etwas getan, aber das allein scheint mir

nicht stark genug als ein rein zeitliches Moment. Deswegen hatte ich ja vorgeschlagen, auch das zeitliche Moment stärker zu machen und zu sagen: Wir haben jetzt eben eine neue gesetzgeberische Entscheidung, die sich erstmals abgekoppelt hat von den nationalen Leitvorstellungen. Das alte Europawahlgesetz von 1979 hatte ja die 5-Prozent-Hürde auf die Europawahl übertragen, wie man sie im nationalen Kontext kannte, vielleicht auch ohne große Überlegungen, was jetzt in der Europäischen Union besonders ist. Jetzt wird zum ersten Mal eine Entscheidung getroffen, die allein die europäischen Verhältnisse in den Blick nimmt. Ich denke, das sollte der Gesetzgeber auch stark machen, und mir scheint auch durchaus das Argument, dass eben die 3-Prozent-Hürde ein niedrigeres Maß an Zugangshürde erzeugt als die 5-Prozent-Hürde, nicht zu unterschätzen zu sein, denn beim BVerfG schwingt ja in der Argumentation des Senats ganz klar das Misstrauen gegen den parlamentarischen Gesetzgeber mit, insoweit die im Parlament befindlichen Parteien versuchen können, durch solche Klauseln sozusagen ihre Pfründe zu schützen. Das wird vom BVerfG relativ ungeschützt so formuliert. Da empfinde ich eine niedrigere Klausel durchaus als etwas, das diesem Bedenken eher entgegenkommt. Noch zum zweiten Aspekt: Europäisierung der Sperrklausel. Da meine ich, wie gesagt, in der Tendenz ist das natürlich sympathisch. Eigentlich wäre es das, was wir bräuchten. Wir bekommen diese Europäisierung aber auf der Ebene der EU nicht hin. Wenn wir sie aber dort nicht hinbekommen, hat eine nationale Europäisierung zwei Probleme: Das eine Problem ist, wir bleiben dann ein einheitliches deutsches Wahlgebiet. Wenn wir dann selektiv manche Wähler begünstigen, weil eine Partei ihre Parteipartner in anderen europäischen Ländern findet, dann kriegen wir ein innerdeutsches Gleichheitsproblem. Das kann man beiseite schieben, indem man sagt, das ist doch im Sinne der Europäisierung, aber mir scheint es doch ein Problem zu sein. Das zweite Problem ist, dass diese Europäisierung hinkt. Wir machen sie einseitig, andere Länder können sie machen, müssen sie aber nicht machen. Wir bekommen auf diese Weise nicht Gleichheit auf der gesamteuropäischen Ebene hin, sondern neue Disparitäten. Deswegen bin ich, obwohl ich das Anliegen grundsätzlich sympathisch finde, mit dieser Ausgestaltung nicht recht glücklich.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Dr. Grzeszick, bitte.

SV **Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.** (Universität Heidelberg): Ich fange mit dem zweiten Teil der Frage an: Worauf soll man bei der Begründung für ein entsprechend gestaltendes Gesetz besonders achten? Da bin ich im Prinzip auf einer ähnlichen Fahrbahn wie Herr Prof. Dr. Schönberger. Ich glaube, die rechtlichen Änderungen alleine sind nicht stark genug, das umfassend zu tragen und das Risiko zu minimieren. Auch deswegen, weil das BVerfG hier tendenziell seine Europarechtsskepsis stark zum Ausdruck bringt und das Argument der Grundsatz der vollen Wirksamkeit gebiete, auch Entschließungen möglichst wirksam werden zu lassen usw., wahrscheinlich so nicht durchlaufen lässt. Entscheidend ist die

Frage der Änderung der tatsächlichen Ebene. Da würde ich allerdings ein bisschen stärker differenzieren, da ich vermute, dass dies alleine vor einem europaskeptischen Hintergrund die Richter nicht ohne Weiteres überzeugt. Aber ich denke, dass die tatsächlichen politischen Verhältnisse im Europäischen Parlaments hier etwas stärker in den Vordergrund gerückt werden sollten und könnten. Das sind zum einen die Abläufe zwischen Parlament und Kommission, nicht rechtlich auf der Primärrechtsebene, sondern tatsächlich, was sich da seit den 2009er-Wahlen und der 2011er-Entscheidungen eben geändert hat. Ich habe das eben schon einmal angeführt, und das alles sind Dinge, die zeigen, dass das Europäische Parlament mittlerweile deutlich näher an klassische Parlamentsfunktionen herankommt. Das zweite ist die Frage, ob man etwas stärker einen zweiten Strang betont, den das Gericht in der Entscheidung weggewischt hat, nämlich die Bedeutung des deutschen Kontingents im Europäischen Parlament. Man muss sich vor Augen führen, wie der Zweite Senat generell mit der Europäischen Union umgeht und mit der demokratischen Frage. Da sagt es, Europa ist defizitär demokratisiert; es gibt zum einen eine Weitergabe deutscher Legitimation, im Ergebnis über Rat und Kommissionpräsidentschaft, und zum anderen eine europäische Legitimation durch Wahlen zum Europäischen Parlament, aber das sei noch kein echtes Parlament. Dann kann man aber doch den Zweiten Senat auch ernst nehmen und sagen: Wenn ihr das so seht, ist es ja besonders wichtig, dass deutsche Interessen weiter im Europäischen Parlament repräsentiert werden, und dann müssten wir die deutschen Vertreter stärken, dass sie erstens geschlossen handeln und zweitens die Rückkopplung an den Bundestag haben können, und das haben sie nur, wenn sie im Parteienverbund arbeiten können. Das dritte Argument: Wenn schon fast alle Staaten Sperrklauseln oder sperrende Wirkung, oder faktisch sperrende Größen haben, dann würde sich Deutschland bei der Repräsentation deutscher Interessen in der dualen Legitimation einem starken Nachteil ausgesetzt sehen, wenn man auf eine Sperrklausel verzichtete. Dann wären die Akteure wirklich benachteiligt, und dann nehmen wir den Zweiten Senat insoweit ernst und bauen das aus, knüpfen das an und sagen, um das sicherzustellen, haben wir eine Sperrklausel, die im europäischen Vergleich am unteren Rande dessen liegt, was üblich ist. Das heißt Verknüpfung der tatsächlichen Verhältnisse mit dem Handeln im europäischen Verbund nach der Legitimation des Zweiten Senats. Da könnte man vielleicht noch etwas nachlegen. Dass da ein Risiko bleibt, ist, glaube ich, unbestritten.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Frau Kollegin Wawzyniak, bitte.

BE **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Ich will zunächst eine Richtigstellung machen, weil ich glaube, dass bei Herrn Prof. Dr. Mayer etwas nicht ganz richtig angekommen ist. Wir haben kritisiert als die Fraktion DIE LINKE., dass die Anhörung heute stattfindet. Wir haben kritisiert, dass der Bundestag bereits am Donnerstag über das Europawahlrecht entscheidet. Da kommt auf Sie gleich noch eine Frage diesbezüglich zu. Wir haben das deshalb kritisiert, weil wir als die

Fraktion, die die 3-Prozent-Hürde ablehnt, endgültig von dem Anhörungstermin erst am Mittwoch erfahren und nur zwei Tage Zeit hatten, überhaupt einen Sachverständigen zu benennen. Ich will das hier nur einmal gesagt haben. Wir haben nichts dagegen. Im Gegenteil, wir finden es richtig, dass vor der Sommerpause eine Entscheidung zum Europawahlrecht getroffen wird. Nur damit das klar gestellt ist. Das Zweite ist – das will ich als Vorabbemerkung machen – ich komme auch gleich zu den Fragen, ich finde, um einmal etwas polemisch zu werden, alles das, was vorgetragen wurde, ist an Veränderungen der tatsächlichen und rechtlichen veränderten Sachlage seit der Entscheidung des BVerfG ehrlich gesagt ein wenig abenteuerlich. Der Lissabon-Vertrag war im BVerfG bekannt. Die Resolution des Europäischen Parlaments ist nicht rechtlich bindend, und ich glaube nicht, dass man weiterkommt, wenn man sagt, da hat das BVerfG entschieden, dann kommt ein politisches Gremium daher, trifft einen Beschluss, der rechtlich nicht bindend ist, und das ist dann Grundlage, um zu sagen, die Rechtslage hat sich geändert. Nun zu meinen Fragen: Herr Prof. Dr. Mayer, Sie haben von der faktischen Sperrklausel gesprochen, die es in allen Ländern gibt außer Spanien. Ich würde Sie noch einmal bitten, zu erklären. Wenn ich das richtig verstanden habe, gibt es ja auch in Deutschland eine faktische Sperrklausel, weil man eine bestimmte Anzahl von Stimmen haben muss, um überhaupt von den 96 Sitzen, wenn es denn 96 Sitze werden, zu partizipieren. Die zweite Frage geht an Herrn Prof. Dr. Schönberger und Herrn Prof. Dr. Mayer, wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie gesagt, die 3-Prozent-Sperrklausel sei das mildere Mittel gegenüber der 5-Prozent-Sperrklausel. Ich verkenne mir jetzt, darauf hinzuweisen, dass ich die Randnummer 118 in dem Urteil des BVerfG so lese, dass jegliche Sperrklausel verfassungswidrig ist, sondern ich will Sie auf die Stellungnahme des von uns benannten Sachverständigen Wilko Zicht hinweisen, der noch in der Bahn sitzt, der aufgeschlüsselt hat, dass auch bei der 3-Prozent-Hürde, bei dem Wahlergebnis von 2009 ebenfalls acht Sitze nicht berücksichtigt werden würden und 10,8 Prozent der Stimmen verloren gehen würden, also 2,8 Millionen abgegebene Stimmen, wie Sie vor diesem Hintergrund dieser mathematischen Berechnung, ob Sie daraufhin Ihre Einschätzung, dass es sich um ein milderes Mittel handelt, aufrechterhalten würden? Die dritte Frage geht an Herrn Prof. Dr. Schönberger. Sie haben argumentiert mit dem einheitlichen Wahlgebiet Deutschland im Hinblick auf den Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, dass Sie das schwierig sehen vor dem Gleichheitsgrundsatz. Würden Sie das auch schwierig sehen im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz der Wahl? Letzte Frage: Wie sehen Sie das – ich weiß jetzt ehrlich gesagt nicht, wer von Ihnen der beste Europarechtler ist, das können Sie vielleicht unter sich ausmachen – formal, wenn der deutsche Gesetzgeber ein Gesetz macht, nämlich jetzt am Donnerstag, bevor der Rat der Europäischen Union Ende Juni überhaupt erst die endgültige Zahl der Sitze für Deutschland festlegt? Wir würden jetzt in dem Gesetzentwurf – also nicht wir, weil wir werden nicht zustimmen – 96 Sitze festlegen, die endgültige Entscheidung wird aber erst am 27. und 28. Juni 2013 getroffen. Sehen Sie darin ein formales

Problem? Vielleicht können Sie das unter sich ausmachen, wer der bessere Europarechtler ist. Ich will mir da nicht anmaßen zu sagen, wer das von Ihnen klären kann. Das waren meine vier Fragen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: In der Reihenfolge so wie Sie auch gefragt worden sind. Herr Prof. Dr. Mayer, Herr Prof. Dr. Schönberger und dann der beste Europarechtler.

SV **Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale)** (Universität Bielefeld): Vielen Dank für die Frage. Ich wollte nur darauf hinweisen, dass es nicht nur aus politischer Hast erklärbar ist, dass man jetzt noch vor der Sommerpause handelt, sondern dass es eben einfach den EMRK-Gesichtspunkt gibt. Mehr habe ich damit nicht sagen wollen. Ich finde es ganz wichtig, dass man das auch mal zur Kenntnis nimmt, dass es auch noch wahlrechtsrelevantes Recht in der Europäischen Menschenrechtskonvention gibt. Dann zu Ihrer Frage zu den faktischen Sperrklauseln. Ich kann es ja noch einmal am Beispiel Luxemburg erläutern. In Luxemburg waren – bezogen auf das Jahr 2009 – sechs Sitze zu vergeben und man hat 198.000 Stimmen abgegeben. Damit hat dann ein Sitz 33.000 Stimmen entsprochen und das sind 16,6 Prozent der Stimmen, d. h. es ist eine 16,6-prozentige-de-facto-Klausel. Eine 5-Prozent-Schwelle ginge völlig ins Leere. 33 Prozent sind es in Irland. Das ist ein Sonderfall, wie jedes mitgliedstaatliche Wahlregime noch einmal Sonderheiten hat. In Irland ist es so: Da haben Sie 12 Sitze für 4 Wahlgebiete und haben dann in jedem Wahlgebiet drei Sitze zu besetzen. Die Zahl der abgegebenen Stimmen schwankt dann 2009 zwischen 101.000 in Dublin und 124.000 im südlichen Wahlbezirk und damit hat man dann pro Sitz zwischen 33.000 und 41.000 Stimmen. Und das ergibt dann eine de-facto-Schwelle von 33 Prozent. Das ist eine de-facto-Rechnung, die man für ganz, ganz viele Mitgliedstaaten anstellen kann, und dann bleibt – es gibt auch etliche, die eine explizite Schwelle haben wie Polen – nur Spanien übrig ohne jede Sperrklausel, weder faktisch noch explizit. Zur Frage nach dem milderen Mittel. Es ist eine nicht sonderlich dramatische juristische Betrachtung, dass wir für Gleichheitssätze mittlerweile im Allgemeinen, aber jedenfalls hier im Besonderen Verhältnismäßigkeitsüberlegungen anstellen, und da macht es einen Unterschied, wie gravierend der Eingriff ist. Hier ist es für Juristen dann nur eine sehr formale Betrachtung, dass fünf und drei unterschiedlich ist und auch der von Ihnen nominierte Sachverständige hatte für Effekte in 2004, wenn ich es recht sehe, erhebliche Unterschiede festgestellt. Von daher macht es, glaube ich, einen Unterschied. Was die europarechtliche Frage angeht: Ich glaube nicht, dass da ein großes formales Problem vorliegt. Aber das gebe ich an den besten Europarechtler aller Zeiten weiter, Herrn Prof. Dr. Schönberger.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Herr Prof. Dr. Schönberger, der Besuch in Berlin hat sich schon gelohnt.

SV Prof. Dr. Christoph Schönberger (Universität Konstanz): Vielen Dank. Ich fange mal wieder mit der Frage an: Was hat das BVerfG eigentlich entschieden, 3 Prozent oder 5 Prozent? In der Tat: Der Grundduktus des Urteils spricht auch gegen 3 Prozent. Das muss man meiner Ansicht nach einfach klar sagen. Das heißt, wenn der Gesetzgeber das jetzt noch einmal macht und das Gesetz dem BVerfG möglicherweise wieder zugeleitet wird, dann wird das BVerfG nicht umhin können, entweder seine Grundargumentation zu korrigieren oder an dieser Grundargumentation festzuhalten. Ich denke, das sollte man deutlich sagen. Da hilft es nicht, darum herum zu reden. Zweiter Punkt: Ich bin nicht ganz fern Ihrer Argumentation, dass ich auch meine, dass das reine Argument mit einer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Entwicklung seit dem Jahr 2011 nicht sehr stark ist. Es gibt gewisse Elemente, Herr Prof. Dr. Grzeszick hat darauf hingewiesen, und man kann sicher sagen, dass wir eine Art Verdichtung dessen erleben, was im Lissabon-Vertrag gewissermaßen angelegt war, und dass das Gericht das in vollem Umfang noch nicht sehen konnte. Aber die Kernanalysen des Gerichts treffen auf diese Strukturen zu, die wir jetzt auch noch haben, und genau diese Strukturen hat das Gericht nicht für ausreichend gehalten. Auch da, meine ich, wenn man das dem Gericht noch einmal zuleitet, dann lädt man es indirekt ein, seine Argumentation insoweit zu korrigieren. Das scheint mir aber auch legitimes Anliegen des Gesetzgebers zu sein bei einer derart umstrittenen und in vielerlei Hinsicht problematischen Entscheidung. Hinsichtlich des formalen Problems sehe ich das eigentlich wie Herr Prof. Dr. Mayer. Es ist ja vorhersehbar, dass der Europäische Rat das genauso festlegt. Wir machen das sozusagen im Vorgriff. Sollte es dann doch eine andere Entscheidung geben, hätte ja der deutsche Gesetzgeber noch genügend Zeit, dies zu korrigieren. In dem Sinne scheint mir das unproblematisch. Noch zum Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Sie sagten, darin liegt vielleicht auch ein Problem der Unmittelbarkeit der Wahl. In der Tat, daran kann man auch denken. Denn wenn wir sagen, die Entscheidung des deutschen Wählers oder die Durchsetzung der Entscheidungsmacht des deutschen Wählers hängt letztlich davon ab, ob andere Wähler in anderen europäischen Staaten Unterstützerparteien hinreichend gewählt haben oder nicht gewählt haben, dann kann man, isoliert auf Deutschland bezogen, auch an eine mögliche Verletzung der Unmittelbarkeit der Wahl denken. Auch da müsste man allerdings wieder fragen, inwieweit die tatsächlich angestrebte Europäisierung, die dahinter liegt, das Ganze dann möglicherweise tragen könnte.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Wolfgang, bitte.

BE Wolfgang Wieland (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe zunächst eine Frage an Herrn Prof. Dr. Grzeszick und an Herrn Prof. Dr. Schönberger. Ich will diese Passage in Randnummer 118 des Urteils nicht wegdefinieren. Die ist da. Das ist die Grundtendenz. Auf der anderen Seite fällt natürlich auf, dass da, wo das Gericht gerechnet hat und die Wirkung von Sperrklauseln – wie viel Prozent der

Stimmen keinen Erfolgswert hatten und wie viele Parteien nun nicht drin sind im Europaparlament – bei der Wahl 2009 immer mit der 5-Prozent-Klausel bestritten hat. Sehen Sie es nicht so, dass auch quantitative Momente durchaus in dieser Begründung sind und das da jeweils mit 5 Prozent gerechnet wurde? Das Minderheitenvotum von Mellinghoff und di Fabio sagt ja, die Eingriffstiefe bei Sperrklauseln sei heute nicht mehr so stark, weil zunehmend durch die Mobilität und Volatilität der Wählerinnen und Wähler Parteien aus dem Stand über 5 Prozent springen können, erst recht dann auch über 3 Prozent. Da waren wohl die Piraten im Anmarsch oder andere Parteien, die es bei Landtagswahlen durchaus geschafft haben. Sehen Sie das auch so, dass die Sperrklauseln, dass sich da auch tatsächlich geändert hat? Mein zweiter Fragenkomplex geht an Herrn Prof. Dr. Mayer und Herrn Prof. Dr. Papier, den ich im Nebensatz auch bitte, zu unserem Vorschlag etwas zu sagen, wenn das ihn drängt, aber die Frage nach einer Verfassungsänderung, die haben Sie ja beide durchaus ins Spiel gebracht. Hat nicht eine Verfassungsänderung die Gefahr, dass dann erst recht gesagt wird, nun machen Sie Closed-Shop, nun machen Sie mit Ihrer Mehrheit ein solches Gesetz, das Karlsruhe dann nicht mehr aufheben kann. Es sei denn, es wäre verfassungswidriges Verfassungsrecht und bräche man nicht mit der Tradition, dass man gerade dies bei uns auf Bundesebene jedenfalls nie gemacht hat, dass man das Wahlsystem nicht in die Verfassung geschrieben hat? Wir hatten es jetzt diskutiert beim negativen Stimmgewicht. Da gab es Vorschläge von der Fraktion der CDU/CSU, das doch evtl. zu bedenken, dass man diese Frage, welches Wahlsystem wir eigentlich haben, da hat das Minderheitenvotum auch Recht, viel weitergehender sind als eine Sperrklausel. Bei einem Mehrheitswahlsystem oder bei einem Grabensystem fallen viel mehr Stimmen vom Erfolgswert weg, als wenn wir Sperrklauseln einführen. Das alles ist nach unserer Verfassung – ständige Rechtsprechung – möglich oder wäre möglich. Das Damoklus-Schwert für kleine Parteien: wir machen ein Mehrheitswahlsystem. Das ist im Prinzip auch immer noch da, aber es wird im politischen Raum nie umgesetzt. Wir können uns da an eine lange Geschichte erinnern, mein Banknachbar wahrscheinlich noch viel mehr, weil diese Partei damit immer bedroht wurde. „Wir werden Sie raus katapultieren aus allen Landtagen.“ Das habe ich noch im Ohr. Diese Relativierung, die darin ja liegt – die Verfassung lässt sogar noch ganz andere Eingriffe zu –, halten Sie die für relevant? Das steht hier drin. Und wäre es nicht auch gefährlich, wenn eine Mehrheit – das kann ja auch eine Große Koalition bspw. sein – sagt, nun machen wir mal ein Wahlrecht, an dem niemand mehr meißeln kann und das unsere Interessen auf Dauer sichert?

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Die zweite Frage war gerichtet an Herrn Prof. Dr. Schönberger. Er musste uns jetzt leider verlassen. Er sucht jetzt noch die beiden Sachverständigen, die noch fehlen. Die erste Frage war an Herrn Prof. Dr. Grzeszick gerichtet.

SV Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Universität Heidelberg): Zur Frage, ob die Abschwächung von fünf auf drei Prozent eine gewisse Rolle spielt. Diese haben wir schon ein paar Mal hin und her gewendet: im formalen Entscheidungsduktus, auch den tragenden Gründen nach, wohl eher nicht. Die tragenden Gründe der Mehrheitsentscheidung, auch der Minderheitsentscheidung, sprechen im Plural von den Klauseln – auch im Minderheitsvotum. Dennoch spielt die Höhe der Klausel vielleicht eine gewisse Rolle. Der Eindruck, dass sich das Hohe Haus bemüht, möglichst gering einzugreifen, an der Untergrenze des europaweit als Mindestmaß Angesehenen zu operieren usw., der wird sich sicher übertragen. Man kann aber nicht ganz sagen, an welcher Stelle der Dogmatik sich das auswirken wird, weil die Mehrheits- und Minderheitsdogmatik eine qualitative, eine prinzipielle ist. Freilich bleiben gewisse Stellschrauben: Man kann z. B. bei der Frage der Intensität des Schutzes und der Verhältnismäßigkeit sagen, es muss doch eine gewisse Proportion hergestellt werden und bei drei Prozent sagen, dass das der Fall ist. Das ist alles möglich. Aber so wie die Urteilsmeinungen abgefasst sind, ist das so nicht ganz vorhersehbar. Es teilt sich sicher mit dem Kontext, aber man kann es dogmatisch nicht ganz 1:1 anbauen. Das ist nicht ganz befriedigend, aber meine Sicht der Dinge.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Dr. Mayer, bitte.

SV Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale) (Universität Bielefeld): Vielen Dank. Vielleicht kann ich ja statt des Kollegen Schönberger noch einmal zu dem Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN etwas sagen, allerdings mit einem bestimmten Akzent. Ich glaube schon, dass das geht. Ich sehe kein Problem für die Unmittelbarkeit der Wahl, und ich glaube auch, dass das Argument, dass das in einer gewissen Form eine hinkende Europäisierung wäre, allenfalls ein europapolitisches Argument sein kann. Man kann sich aber genauso gut auf den Standpunkt stellen, dass der größte Mitgliedstaat mit dem größten Abgeordnetenkontingent hier auch vorangehen darf. Rechtliche Argumente sehe ich hier nicht wirklich. Ein in der Nähe des rechtlichen Arguments befindliches Argument ist vielleicht Folgendes. Wenn das Verfassungsgericht jetzt ein Gesetz vorgelegt bekommt, in dem im Prinzip nur statt „fünf“ „drei“ steht, dann kann es nicht ganz auszuschließen sein, dass man dort vielleicht doch nicht nur nach rationalen juristischen Gesichtspunkten entscheidet. Alles, was dann hilft, die Situation auch rechtlich anders und interessanter zu machen, könnte dann auch für das anstehende Urteil wichtig sein. Der Vorschlag ist, glaube ich, so ein neuer Akzent, eine neue Idee, die hier hineinkommt, wo man dann im Zweiten Senat, glaube ich, nicht einfach sagen würde: „Die wollen uns „veräppeln – das kommt einfach mit einer Drei statt einer Fünf daher“; sondern da würde man sich Gedanken machen. Die Gründe sind nur von vier Richtern getragen worden. Es hat mittlerweile zwei Personalwechsel gegeben, aber das Ganze ist einigermaßen unübersichtlich. Und der Vorschlag würde dazu beitragen, dass man noch einmal neu nachdenkt. Ich

glaube, insgesamt muss es bei dem Gesetz darum gehen, wirklich alles, was an Argumenten besteht, vorzutragen. Alles. Das Faktische, das Rechtliche, gute Zusatzüberlegungen, und das führt dann vielleicht auch zur Frage der Verfassungsänderung. Herr Wieland, Sie haben noch einmal die berechtigte Frage gestellt: „Sieht es nicht sehr, sehr ungut aus, dass die, die schon hier drin sind, einfach den Zugang dicht machen?“ Ich bin eigentlich auch immer der Meinung gewesen, dass Grundgesetz sollte man offen lassen – das Grundgesetz lässt sogar das Mehrheitswahlrecht zu, bei dem Mehrheitswahlrecht ist Erfolgswertungleichheit im Zweifel ja noch sehr viel höher. Da fallen noch viel mehr Stimmen unter den Tisch. Da sagt uns das BVerfG aber, dass man das so nicht sehen kann. Man muss das jeweils im System bewerten und kann das erst dann gegeneinander halten. Wenn das so ist, bin ich aber bei folgender Beobachtung: Es gibt in den Länderverfassungen Sperrklauseln. Das ist nicht etwas völlig Neues. Es gibt dies in Bayern, in Berlin, in Bremen, in Niedersachsen, in Thüringen, in Baden-Württemberg, in Hessen und in Rheinland-Pfalz. Das ist eigentlich schon eine ganze Menge, und wenn das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung Voraussetzungen formuliert, die nicht erfüllbar sind, wenn der gesetzgeberische Spielraum nicht mehr da ist, der eigentlich da sein sollte und wenn letztlich eben auch keine befriedende Funktion von der nächsten Verfassungsgerichtsentscheidung zu erwarten ist, weil das absehbar wieder eine unübersichtliche 5:3- oder 6:2- oder so ähnlich Entscheidung sein wird, dann spricht doch einiges dafür, dass man vielleicht doch diesen einen Punkt sehr deutlich in der Verfassung regelt. Es gibt dabei noch etwas anderes, über das man sich klar sein muss. Wenn hier eine Strategie besteht, von wem auch immer, auch an die Landtags- und die Bundestagswahlen heranzugehen, dann muss man überlegen, wer das entscheiden soll. Viereinhalb Richter im Zweiten Senat oder die 2/3-Mehrheit im Bundestag und Bundesrat. Das letzte Argument: im Kommunalwahlrecht, wo die Sperrklausel schon abgeschafft worden ist, bereitet wohl diese Abschaffung sehr wohl Probleme. Vor diesem Hintergrund hätte man vielleicht dann noch einmal zusätzlich Anlass, wirklich über Verfassungsänderung nachzudenken. Mir ist völlig klar, dass der Vorwurf, den Sie artikulieren, dann sehr schnell im Raum steht, aber andererseits: Es gibt eben auch eine Reihe von Gegenargumenten, die man anbringen kann.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Und zum Schluss, Herr Prof. Dr. Papier.

SV **Prof. Dr. Dres. h. c. Hans-Jürgen Papier** (Ludwig-Maximilians-Universität München): Zunächst einige Worte zu dem Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Dieser Vorschlag hat den Vorteil – wir können auch sagen den gewissen Charme –, dass er wiederum Durchbrechungen oder Abmilderungen der Sperrklauseln zulässt und zwar für Parteien, die auf nationaler Ebene als Splitterparteien einzuordnen wären, also nicht über die 3-Prozent-Klausel kämen, die aber auf gesamteuropäischer Ebene doch eine gewisse politische Bedeutung haben. Nun ist jedem Verfassungsjuristen natürlich klar, dass Durchbrechungen oder Aus-

nahmen von der Sperrklausel wiederum die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien wahren müssen. Die Ausnahmen dürfen nicht wiederum sachwidrig sein. Das hat z. B. dazu geführt, dass damals die „Huckepack-Regelung“ bei der ersten gesamtdeutschen Wahl vom Verfassungsgericht gekippt worden ist, weil man sagte, hier gebe es zwar eine Ausnahmeregelung zur Sperrklauselregelung, die damals 5 Prozent betragen sollte für das gesamte Wahlgebiet der Bundesrepublik Deutschland, aber diese Ausnahmen könnten von bestimmten Parteien ersichtlich nicht erfüllt, nicht wahrgenommen werden. Man konnte damals möglicherweise den Eindruck haben, ob zu Recht, weiß ich nicht, ich selber war als Verfahrensbevollmächtigter an diesem Verfahren beteiligt, dass ein wenig dahinter stand, dass im Grunde diese Regelung gezielt bestimmte Ostparteien treffen sollte, die in keinem Fall in den Genuss der Huckepack-Regelung kommen konnten. Bei der jetzt diskutierten Regelung sähe es anders aus. Diese ließe Anknüpfungen an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundmandatsklauseln zu. Wir kennen schon im geltenden Recht Ausnahmen von der Sperrklauselregelung auf der Bundesebene. Da ist einmal die Ausnahme zugunsten der Parteien von Minderheiten und noch wichtiger die sog. Grundmandatsklausel, also die Ausnahme für Parteien, die mindestens drei Grundmandate erwerben. Diese Regelung ist zwar auch immer wieder angegriffen worden mit dem Argument, diese Differenzierung bei den Ausnahmen von der Sperrklausel verletze die Chancengleichheit der politischen Parteien. Es werde eine Splitterpartei schlechter behandelt, wenn sie nicht in der Lage ist, drei Grundmandate zu erzielen, wenn sie vielleicht nur zwei Mandate oder ein oder gar kein Direktmandat erlangt, im Verhältnis zu der Partei, der es gelingt, mindestens drei Grundmandate zu erzielen. Mit dieser Regelung sollen Parteien begünstigt werden, die regionale Schwerpunkte aufweisen; die Grundmandate können allerdings in ganz unterschiedlichen Gebieten erworben werden, das mit der regionalen Schwerpunktpartei ist nur bei typisierender Betrachtung ein schlagfertiges Argument. Das Gericht hat diese Grundmandatsregelung aber immer zugelassen. Hier geht es eben nicht darum, dass man Splitterparteien im engeren Sinne von der Vertretung im Deutschen Bundestag fernhalten will, sondern es geht um Parteien, die zwar im gesamten Wahlgebiet eine relativ untergeordnete Rolle spielen, rein prozentual, die aber doch wegen der Grundmandatserzielung Parteien von einigem politischem Gewicht sind, deshalb die Integrationskraft einer Wahl nicht im Ernst gefährden, weil sie eben von einigem politischem Gewicht sind. Wenn Sie diese Überlegungen auf die Europawahlen beziehen und Ihren Vorschlag daran messen, könnte man argumentieren, auch diese Begünstigungsklausel solle politische Parteien betreffen, die zwar an sich bei nationaler Betrachtung Splitterparteien, aber bei gesamteuropäischer Betrachtung durchaus Parteien von einigem politischen Gewicht sind. Ich kann jetzt nicht abschließend beurteilen, ob Ihr Vorschlag rechtlich praktikabel ist und wie weit er überhaupt Parteien in Deutschland betreffen würde, aber verfassungsrechtlich habe ich doch kein von vornherein schlechtes Gefühl bei dieser Regelung, und zwar unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu den Grund-

mandatsklauseln. Es geht hier nicht darum, eindeutige Splitterparteien fernzuhalten, sondern es geht um Parteien von einigem politischen Gewicht. Diese Aussage bezöge sich auf die europäische Ebene und man muss hierbei berücksichtigen, dass die Wahlen zum Europäischen Parlament keine nationalen Wahlen sind, sondern Wahlen zu einer Unionsvertretungskörperschaft, die nach dem neuen Unionsrecht eine Vertretung der Bürgerinnen und Bürger Europas darstellt, also keine Vertretung der europäischen Staaten. Ich kann das jetzt nicht länger ausführen, aber ich würde eine solche Ausnahmeregelung jedenfalls nicht vornehmerein – um es einmal ganz vorsichtig auszudrücken – für verfassungsrechtlich unvertretbar halten. Ich halte das für eine Alternative, über die man nachdenken sollte; sie könnte möglicherweise eine bedeutsame Erleichterung in der Rechtfertigung der Sperrklausel bieten, auch gegenüber dem Verfassungsgericht. Es sind zwei Dinge – und jetzt komme ich zu der nächsten Frage –, die ich unterscheiden möchte: Die erste Frage, die ich beim Eingangsstatement ausführlich behandelt habe, ist die: Darf der Gesetzgeber überhaupt so eine Art Normwiederholung vornehmen, oder muss er damit rechnen, dass das Gericht letztlich ohne erneute Sachprüfung gegen eine solche Neuregelung gerichteten Organklagen oder Beschwerden stattgibt. Unterliegt der Gesetzgeber hier einer Art Normenwiederholungsverbot, ist er durch seine Verfassungsorgantreue gehindert, überhaupt eine der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts widersprechende Neuregelung zu treffen. Das ist die erste Ebene. Es wird ja möglicherweise in Karlsruhe mit dem Argument, die Sache ist schon entschieden, keine erneute Sachprüfung vorgenommen und den Anträgen stattgegeben. Es gibt gewisse Kritiker, die schon sagen, an dieser ersten Schwelle werdet Ihr scheitern; das werden die Richter in der Sache gar nicht noch einmal prüfen, sondern das wird einfach als *res iudicata* behandelt. Dagegen habe ich mich vor allem gewandt, und zwar mit dem Argument, es sind veränderte politische und rechtliche Rahmenbedingungen vorgetragen, um diese schneidige Waffe des Normwiederholungsverbots oder des Vorwurfs der Verletzung der Organtreuspflicht zu entkräften. Die zweite Frage ist natürlich weiterhin relevant: ist diese 3-Prozent-Klausel materiell-rechtlich in der Sache tragbar unter Berücksichtigung der tragenden Gründe, die das Gericht in seinen früheren Entscheidungen formuliert hat? Ich persönlich bin überzeugt, dass das materiell-rechtlich akzeptabel und in Ordnung ist. Gleichwohl stellt sich natürlich die Frage nach einer Verfassungsänderung, aber Herr Wieland, man darf diese Fragen, glaube ich, nicht vermengen. So ad hoc wird man eine solche Verfassungsänderung nicht beschließen können. Das wäre dann eine mittelfristige Überlegung, aber da bin ich schon der Meinung, man sollte dem doch wirklich näher treten, denn es ist schon in meinen Augen ein Mangel, dass die zentrale staatsrechtliche Frage: „Nach welchem System, nach welchen Regeln wird das Parlament gewählt“, nicht in der Verfassung selbst normiert ist. Wir haben es hier mit einer der wichtigsten Materien des Staatsrechts, dem Wahlrecht zu tun, das kein förmliches Verfassungsrecht ist. Es ist nicht in der Verfassung geregelt. Und es kommt noch eines hinzu: Die Rechtsprechung zu den Sperrklauseln, überhaupt zu den Inhalten der Chancengleichheit der politischen

Parteien und zur formalen Wahlrechtsgleichheit ist nicht so exakt wie sie auf den ersten Blick erscheint. Ich habe das vorhin ja angedeutet. Da ist zwar einerseits von zwingenden Gründen die Rede, aber so zwingend muss das wiederum auch nicht sein, es reicht, wenn es einleuchtende oder zureichende Gründe sind, wobei man sich in der Rechtsprechung vorbehält, je nach Fall oder Sachfrage die Maßstäbe etwas anzuziehen, zu verfeinern und sie mal wieder etwas großzügiger zu belassen. Und das in einer so zentralen Frage, wie die Volksvertretung konstituiert wird. In dieser zentralen Frage sollte man nicht immer ad hoc durch Judikate irgendwie weiter „von Ast zu Ast hangeln“, sondern man sollte hier schon, finde ich, klare normative Vorgaben machen. Die Verfassung könnte eben regeln: Wenn der Gesetzgeber sich für die Einführung einer Verhältniswahl entscheidet, dann darf er entsprechende Sperrklauseln zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments normieren. Das wäre meines Erachtens durchaus ein Gewinn, zumal – und das will ich auch sagen – die Unterscheidung zwischen Europawahl und Wahl zum Deutschen Bundestag, aber auch der Wahl zu den Landtagen, mit einer solchen Verfassungsänderung bereinigt werden könnte. Dann müsste also festgelegt werden, dass diese Grundsätze auch für die Wahl zum Europäischen Parlament zu gelten haben. Eine Verfassungsänderung hätte mittelfristig betrachtet – das entbindet uns nicht von der augenblicklichen Erörterung des vorliegenden Gesetzesentwurfs – schon einen gewissen Charme, weil sie künftig für ein hohes Maß an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgt. Deshalb möchte ich diese Idee eigentlich nicht vom Tisch wischen. Diese Frage ist so wichtig; es steht umgekehrt so vieles in der Verfassung, was vielleicht auch in einem einfachen Gesetz stehen könnte. Ich könnte Ihnen einige Beispiele nennen, will ich aber aus Zeitgründen nicht. Die Fragen des Wahlrechts sind dagegen so zentral, sie betreffen materielles Staatsrecht und deshalb möchte ich dafür plädieren, dies auch in die Verfassung hineinzuschreiben. Danke schön.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen. Fast eine Punktlandung, fünf vor eins. Die beiden Sachverständigen auf der Vermisstenliste bekommen einen Brief von uns, dass Sie sich redlich bemüht haben, hierher zu kommen, falls sie den gebrauchen können. Bei denen, die angekommen sind, dürfen wir uns sehr herzlich bedanken, vor allem, dass Sie uns in der Kürze der Zeit zur Verfügung gestanden haben. Das ist nicht selbstverständlich. Dafür ein herzliches Dankeschön. Eine schöne Woche.

Ende: 12:51 Uhr