

**Stellungnahme zum Entwurf des 5. Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes
(BT-Drs. 17/13705) für die Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am
10.6.2013**

Der Gesetzentwurf enthält eine Reihe von Regelungen, wie die Anpassung der in Deutschland zu wählenden Abgeordneten an die Regelungen des Unionsrechts, Änderungen zu Rechtsschutz und Fristen sowie Regelungen zum Informationsaustausch unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die weitgehend unproblematisch sind. Verfassungsrechtlich problematisch ist allein die Regelung über eine Sperrklausel in Höhe von 3%, da sie die vom Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil vom 9. November 2011 für nichtig erklärte Sperrklausel in Höhe von 5% ersetzt. Die Stellungnahme konzentriert sich daher allein auf diese Regelung.

Die Neufassung der Sperrklausel mit der Absenkung von 5% auf 3% stellt zwar eine (freilich limitierte) Änderung gegenüber der für nichtig erklärten Regelung dar, legt man die Begründung des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 9.11.2011 (BVerfGE 129, 300 (316ff.)) zugrunde, so wird man allerdings feststellen müssen, dass die Sperrklausel von 3% mit der Entscheidung nicht vereinbar ist. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts bezieht sich nicht strikt auf die 5%-Sperrklausel, sondern formuliert in einer Weise, die deutlich macht, dass Sperrklauseln für die Wahlen zum Europäischen Parlament ganz generell für unzulässig gehalten werden. Zwar ist ausdrücklich Gegenstand der Überprüfung nur die 5%-Sperrklausel, aber die Argumentation gilt uneingeschränkt auch für eine abgesenkte Sperrklausel. Das Gericht deutet nirgendwo an, dass es eine geringere Sperrklausel als rechtfertigungsfähig ansieht.

In einer öffentlichen Stellungnahme zahlreicher Staatsrechtslehrer ist behauptet worden, dass das Urteil des Bundesverfassungsgerichts die angestrebte Regelung absolut verbiete. „Den bindenden Inhalt der Entscheidung bildet der Tenor des Urteils und die ihn tragenden Gründe. Nach den tragenden Gründen ist aber jede Sperrklausel verfassungswidrig, also auch eine 3%-Klausel.“ (Der SPIEGEL, Heft 23, 2013, S. 15). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die angebliche Bindung an die tragenden Gründe aufgrund der Regelung des § 31 BVerfGG beruht auf einer einfachgesetzlichen Vorschrift und ist hoch umstritten. Zu Recht wird vor allem in der Literatur eine derartige Bindung an die tragenden Gründe abgelehnt. Darüber hinaus gibt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein Normwiederholungsverbot. Vielmehr kann der Gesetzgeber eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung beschließen. (BVerfGE 77,

84 (103 f.); 96, 260 (263); 98, 265 (320 f.); 120, 127 (141)). Der Gesetzgeber ist allein an die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG und nicht an verfassungsgerichtliche Präjudizien gebunden. Das Bundesverfassungsgericht ist allerdings der Auffassung, dass nach dem Grundsatz der Verfassungsorgantreue der Gesetzgeber gehalten ist, die vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht einfach zu übergehen und besondere Gründe vortragen muss, die eine Abweichung des Gesetzgebers von der Normverwerfungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigen. (BVerfGE 96, 260 (263)). Dabei sollen sich diese besonderen Gründe „vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse oder die ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben“ (BVerfGE 96, 260 (263)). In dieser Aussage ist schon diese Begrenzung auf „besondere Gründe“ fragwürdig. Selbst wenn man diese Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde legt, lässt sich aber feststellen, dass offensichtlich nicht nur eine Änderung der Sach- und Rechtslage, sondern durchaus auch andere Gründe denkbar sind, die eine Normwiederholung einer für verfassungswidrig erklärten Regelung rechtfertigen können. Im vorliegenden Fall gibt es mehrere derartige rechtfertigende Gesichtspunkte.

Erstens handelt es sich nicht um eine Normwiederholung im strikten Sinne, denn die Sperrklausel von ursprünglich 5% wird auf 3% abgesenkt. Von daher könnte das Bundesverfassungsgericht auch nicht schlicht und einfach von der Verfassungswidrigkeit der Norm ausgehen, wie es das für den Fall angedeutet hat, dass der Gesetzgeber keine besonderen Gründe vortragen würde. Zweitens stellt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine ganz überraschende Kehrtwende gegenüber der früheren Entscheidung, die die 5%-Klausel auch für die Europawahlen für verfassungsgemäß gehalten hat, dar (BVerfGE 51, 222). Das lässt eine erneute Änderung der Rechtsprechung jedenfalls als wahrscheinlicher erscheinen als in Konstellationen einer kontinuierlichen, ständigen Rechtsprechung. Drittens ist die Entscheidung mit äußerst knapper Mehrheit von 5:3 ergangen, wobei zudem auch noch einer der Mehrheit angehörenden Richter seine Gründe nicht dargelegt, aber hinsichtlich der Begründung einen Dissens geäußert hat. Zwar sind die zwei förmlich dissentierenden Richter inzwischen ausgeschieden, gleichwohl sind insoweit die künftigen Mehrheitsverhältnisse im Gericht nicht klar und eindeutig. Viertens ist die Entscheidung in ganz wesentlichen Punkten außerordentlich zweifelhaft und dementsprechend heftig kritisiert worden, so dass jedenfalls die Diskussion keinesfalls abgeschlossen ist. In einem derartigen Fall kann der Gesetzgeber durchaus auch unter Artikulation seiner Gegenauffassung und Kritik eine ähnliche Regelung erneut erlassen. Der Gesetzgeber muss sich allerdings dessen bewusst sein,

dass er ein ganz erhebliches Risiko eingeht, dass auch die Neuregelung wiederum für verfassungswidrig erklärt wird. So ist es hier. Schließlich werden sich in allerdings nur geringem Umfang Änderungen der aktuellen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse geltend machen lassen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung in besonderem Maße als Rechtfertigung einer Normwiederholung hervorgehoben hat (BVerfGE 129, 200 (321 ff.)).

Der Gesetzentwurf beruft sich im Wesentlichen darauf, dass sich mit der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2012 eine verfassungsrechtlich erhebliche Entwicklung abzeichnet, die auf eine stärkere antagonistische Profilierung von Regierung und Opposition hinauslaufe. Diese Entwicklung sei zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht konkret absehbar gewesen. Daran ist richtig, dass sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung darauf beruft, dass das Europäische Parlament „nicht durch den Gegensatz zwischen Regierungsmehrheit und Opposition gekennzeichnet“ sei und dabei auch noch auf ein Urteil des EuG aus dem Jahre 2001 verweist, das erheblich vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages ergangen ist. (BVerfGE 129, 300 (327)). Allerdings verweist das Gericht an anderer Stelle durchaus schon auf den Lissabon-Vertrag und die ab 2014 geltende Regelung, dass der Kommissionspräsident auf Vorschlag des Europäischen Rates durch das Europäische Parlament mit der Mehrheit seiner Mitglieder gewählt wird. (BVerfGE 129, 300, (336)). Es ist dieser Gesichtspunkt, der den Bundestag vor allem dazu bringt, von einer stärkeren Politisierung und antagonistischen Profilierung von Regierung und Opposition in der Zukunft auszugehen. Insofern kann man allerdings weniger von einer wirklichen Änderung der Verhältnisse seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgehen, als das Gericht für seine unzureichende Berücksichtigung dieser Entwicklungstendenz, die bereits 2011 durchaus absehbar war, kritisieren. Jedenfalls wird man sagen können, dass dieser Gesichtspunkt wohl nicht ausreicht, um von einer wirklichen Änderung der Verhältnisse im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Normwiederholungsverbot zu sprechen. Vielmehr überwiegt der Gesichtspunkt, dass das Bundesverfassungsgericht schon damals die absehbare Entwicklung verkannt hat.

Ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Beibehaltung einer Sperrklausel unter Absenkung der maßgebenden Schwelle ist die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22.11.2012 auch in anderer Hinsicht. Das Europäische Parlament fordert darin nämlich zur Festlegung einer geeigneten, angemessenen Mindestschwelle im Sinne einer Sperrklausel auf. Es knüpft damit an den bereits 2011 geltenden Art. 3 des Direktwahlaktes an, der den Mitgliedstaaten die Festlegung einer derartigen Mindestschwelle für die Sitzvergabe von landesweit bis zu 5% der abgegebenen

Stimmen eröffnete. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung die Regelung des Art. 3 DWA mit dem Argument lapidar für irrelevant erklärt, dass dieser den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit eröffnete, eine Mindestschwelle für die Sitzvergabe von landesweit bis zu 5% der abgegebenen Stimmen festzulegen, aber keine entsprechende Verpflichtung begründe. Deswegen sei allein die Regelung an dem deutschen Verfassungsrecht zu messen. (BVerfGE 129, 300 (317)). An dieser Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ändert sich durch die Entschließung des Europäischen Parlaments allerdings nichts, da auch diese Entschließung keine Verpflichtung begründet. Allein darauf kommt es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts jedoch an. Freilich ist diese Auffassung wiederum außerordentlich zweifelhaft. Erstens begründet dies immer noch keine Verpflichtung, wohl aber ist der deutsche Gesetzgeber und auch das Bundesverfassungsgericht jedenfalls zur Beachtung dieser Regelung verpflichtet, zumal Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unmittelbar gar keine Anwendung findet. Das Bundesverfassungsgericht lässt es in seiner Entscheidung ganz an einer Einbettung in den europäischen Kontext und das Unionsrecht fehlen. Im Rahmen der Neuregelung müsste jedenfalls das Bundesverfassungsgericht die schon mehrfach geäußerte Kritik in seine Überlegungen einbeziehen. Es kommt hinzu, dass eine derartige Sperrklausel nicht allein auf Deutschland beschränkt ist, sondern formale Sperrklauseln schon bei der Wahl im Jahre 2009 in immerhin zwölf Ländern der europäischen Union bestanden. Dabei darf außerdem nicht übersehen werden, dass es durch die durchaus verschiedene Ausgestaltung des Wahlrechts möglich ist, dass ohne eine formale Sperrklausel faktisch eine entsprechende Mindestschwelle für eine Vertretung in dem Parlament besteht. So hat Zypern zwar auch eine formale Sperrklausel in Höhe von 1,8% gehabt, faktisch lag die Mindestschwelle allerdings bei 10,7%. Gerade die größeren Länder trifft daher auch eine besondere Verantwortung, durch entsprechende Sperrklauseln eine allzu große Zersplitterung des Europäischen Parlaments zu verhindern, da hier in einem besonderem Maße die Gefahr besteht, dass auch Miniparteien bei einer entsprechenden Ausgestaltung eines Verhaltniswahlrechts in das Parlament gelangen.

Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Entscheidung darüber hinaus von einer außerordentlich zweifelhaften Qualifizierung und Beurteilung der Rolle des Europäischen Parlaments im Entscheidungsprozess der Europäischen Union aus. Man kann geradezu sagen, dass es versucht, die Rolle des Europäischen Parlaments abzuwerten, anstatt sie aufzuwerten. Zentral ist die folgende Behauptung des Bundesverfassungsgerichts: „Folglich ist die unionale Gesetzgebung nach dem Primärrecht so konzipiert, dass sie nicht von bestimmten Mehrheitsverhältnissen im Europäischen Parlament abhängt. Damit entfällt ein zentraler Grund für die Rechtfertigung der 5%-Sperrklausel.“ (BVerfGE 129, 300 (338)). Das steht schon in offenem Widerspruch zur Regelung

des Art. 14 EUV, der feststellt, dass das Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber tätig wird und gemeinsam mit ihm die Haushaltsbefugnisse ausübt. Auch werden die Mitwirkungsrechte im Detail grundlegend verkannt. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich in seiner Auffassung auf die Regelung des Art. 294 Abs. 7 AEUV wonach dann, wenn das Europäische Parlament sich im Rahmen der zweiten Lesung nicht geäußert hat, der betreffende Rechtsakt als in der Fassung des Standpunktes des Rates erlassen gilt. Daraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, dass das Europäische Parlament im Ernstfall bedeutungslos ist. Das Europäische Parlament muss nämlich zuvor schon in seiner ersten Lesung seinen Standpunkt festgelegt und dem Rat übermittelt haben, nachdem die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat seinen Vorschlag unterbreitet hat. Warum das Europäische Parlament hier bedeutungslos sein soll, ist schleierhaft. Darüber hinaus besteht natürlich jederzeit ein Vetorecht des Parlaments. Gegen den Willen des Parlaments kann kein Gesetz erlassen werden. Das verlangt aber gerade eine hinreichende Mehrheitsbildung. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht selbst festgestellt, dass ohnehin 70% der Gesetzgebung aufgrund informeller Verhandlungen zwischen Organen einvernehmlich vor der ersten Lesung abgestimmt werden (BVerfGE 129, 300 (333)). Auch dazu ist eine Mehrheitsbildung erforderlich. Dem lässt sich auch nicht das Faktum entgegenhalten, dass die Gesetzgebung weitgehend von den beiden großen Fraktionen getragen wird, die über 60% verfügen. Erstens würde das das Europäische Parlament praktisch auf Dauer zu einer großen Koalition verpflichten, was nicht der Sinn des politischen Prozesses ist. Außerdem kann man nicht davon ausgehen, dass angesichts der zunehmenden Auflösung der Bindungen an die Parteien und ihre Milieus dauerhaft die 60%-Mehrheit für die beiden großen Parteien gesichert ist. Und schließlich gilt, dass eine Stärkung der Rechte des Europäischen Parlaments und seines Einflusses eine Stärkung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments und nicht seine Schwächung voraussetzt. Gerade mit dieser abwertenden Qualifizierung stellt sich das Bundesverfassungsgericht einer stärkeren Demokratisierung und Parlamentarisierung des politischen Entscheidungsprozesses in der Europäischen Union in den Weg.

Schließlich stellt das Bundesverfassungsgericht auf die besondere Integrationskraft der bisherigen Parteien ab, die durch den Einzug weiterer Parteien nicht in Frage gestellt werden dürfte. (BVerfGE 529, 300 (327 ff.)). Auch dieses Argument geht in die Irre. Zweifellos ist es richtig, dass die bisherigen Parteienzusammenschlüsse es geschafft haben, die vergleichbaren Parteien auch aller neuen Mitgliedstaaten zu integrieren. Die Vielfalt der bisherigen Parteien von 160, die im Europäischen Parlament vertreten sind, beruht damit aber ganz wesentlich auf der Zahl der Mitgliedstaaten. Dividiert man die Zahl der Parteien durch die Anzahl der Mitgliedstaaten, kommt man auf

fünf bis sechs Parteien in jedem Land, was im Regelfall dem typischen Spektrum der größeren Parteien in den einzelnen Nationalstaaten entspricht. Raum für zusätzliche Splitterparteien ist hier nicht. Würden dementsprechend alle Länder zusätzlich Splitterparteien zulassen, würde sich die Zahl nicht bloß um die sieben zusätzlichen Parteien in Deutschland erhöhen, sondern um eine Zahl, die entsprechend mit der Zahl der Mitgliedstaaten multipliziert werden müsste, auch wenn im Einzelfall bei kleineren Ländern die Zersplitterung nicht eintreten kann. Es ist deswegen verfehlt zu behaupten, wie es manche Verteidiger der Entscheidung getan haben, dass sich die Erhöhung der Anzahl von 160 auf 167 nicht bemerkbar machen würde. Das verkennt die europäische Dimension. Vielmehr würde dies eine Sonderrolle Deutschlands auf Kosten der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union bedeuten.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Verabschiedung einer entsprechenden Sperrklausel in Höhe von 3% sich in deutlichem Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011 setzt. Die Entscheidung des Gesetzgebers lässt sich aber mit sehr guten Gründen rechtfertigen. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Gesetzgeber dadurch auf einen Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht einlässt und ein hohes Risiko besteht, dass das Bundesverfassungsgericht auch die abgesenkte Sperrklausel für verfassungswidrig erklärt.

Göttingen, den 11.6.13



(Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun)