

PROF. DR. FRANZ MAYER LL.M. (YALE)

Universität Bielefeld
Fakultät für Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht, Völkerrecht,
Rechtsvergleich und Rechtspolitik
franz.mayer@uni-bielefeld.de

**Zustimmungsgesetz
zum Beschluss 2018/994 des Rates der Europäischen Union vom 13. Juli 2018
zur Änderung des Direktwahlaktes zu Wahlen des Europäischen Parlaments
und
Änderung des Europawahlgesetzes**

–
Verfassungs- und europarechtliche Aspekte

**Thesen und Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung**

Deutscher Bundestag,
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Montag, 12. Juni 2023

1. Der Direktwahlakt ist **Unionsrecht** auf **Ebene des Sekundärrechts**. Der Beschluss zu seiner Änderung steht unter Ratifikationsvorbehalt. Es besteht **keine europarechtliche Verpflichtung zur Ratifikation**. Insoweit bestehen Parallelen zum Eigenmittelbeschluss.
2. Der DWA 2018 sieht die **Einführung einer Sperrklausel** für die EP-Wahlen in einer Spannweite von 2 bis 5% **zwingend vor**, im übrigen bleibt es bei einer „**ausfüllungsbedürftigen Rahmenregelung**“ für die EP-Wahlen auf europäischer Ebene.
3. Die Zustimmung zu den im Ratsbeschluss 2018/994 vorgesehenen Änderungen erfordern in Deutschland ein **Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG**. Dies folgt aus **§ 3 Abs. 1 und 2 IntVG**.
4. Für die Zustimmung zur Änderung des DWA besteht nicht bereits deswegen das Erfordernis einer **Zweidrittelmehrheit** in Bundestag und Bundesrat weil das **BVerfG in seinen Entscheidungen von 2011 und 2014** Sperrklauseln im deutschen Europawahlrecht verworfen hat.
5. Eine **großzügige Auslegung** der Anforderungen aus Art. 23 GG im Sinne eines „**Im Zweifel Zweidrittel**“ **verbietet sich** mit Blick auf die **Europaoffenheit des Grundgesetzes und die Gefahr einer Herrschaft der Blockademinderheiten**.
6. Maßgeblich ist vorliegend Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG in der Variante, dass Änderun-

gen oder Ergänzungen des Grundgesetzes **ermöglicht** werden. Die Zustimmung zum **Vertrag von Lissabon** mit Zweidrittelmehrheit **im April 2008** umfasste auch die Zustimmung zu **Art. 223 Abs. 1 AEUV**, der Grundlage für den **DAW**, und seine **Änderung**.

7. Die **Möglichkeit, eine europarechtliche Sperrklausel für die Europawahl** einzuführen war insoweit schon damals durch das **Integrationsprogramm für die Europäische Union** hinreichend vorherbestimmt.
8. Für die **Beschränkung auf eine Mindestumsetzung** des DWA (Sperrklausel bei 2% und eine spätestmögliche Aktivierung der neuen Bestimmungen (erst 2034) in Deutschland besteht **kein verfassungsrechtlicher Anlass**. **Kontrollüberlegung**: Im **rein nationalen Zusammenhang** wäre die Einführung einer Sperrklausel von 2 bis 5 % durch eine entsprechende Verankerung im Grundgesetz im Wege der **Verfassungsänderung mit Zweidrittelmehrheit verfassungsrechtlich zulässig**.
9. **Sperrklauseln im Verhältniswahlrecht** berühren **nicht** den nach Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kern des Demokratieprinzips und **nicht** die **Verfassungsidentität** des Grundgesetzes.
10. Zu gebotenen **Mindestabständen zwischen Wahlrechtsänderungen und EP-Wahl** ist grundsätzlich auf die **Jahresfrist** nach den Empfehlungen der Venedig-Kommission zu verweisen. Diese sind indessen **nicht rechtsverbindlich und auch nicht sonderlich funktional ausdifferenziert**. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Festlegung von Sperrklauseln für eine Wahl dürfte bei einer Verhältniswahl die **Listenaufstellung** einige Monate vor der Wahl sein.
11. Die in **BT-Drs. 20/4046** vorgesehene **Kopplung der Sperrklausel an die Zustimmung des letzten Mitgliedstaates** zur Änderung des DWA erscheint **problematisch**. Die Unsicherheit über das zur Anwendung kommende Wahlrecht im Hinblick auf Bestehen oder Nichtbestehen einer Sperrklausel wäre **nicht mit rechtsstaatlichen Anforderungen an Wahlen vereinbar**.

Stellungnahme

I. Ausgangspunkt

Das **Europäische Parlament** (EP) ist nach wie vor **weltweit einzigartig**. Es besteht kein vergleichbares überstaatliches Parlament. Die rechtlichen **Rahmenbedingungen** dieses seit 1979 direkt gewählten Parlaments sind dabei **nur in Grundzügen auf europäischer Ebene vorgegeben**.

Die Vereinheitlichung des europäischen Wahlrechts und eine Reform des Europäischen Parlaments sind anhaltende Diskussionsthemen der Europapolitik. Zuletzt hat das EP im **Mai 2022** eine **Reform** auf den Weg gebracht, mit der der **Direktwahlakt durch eine Verordnung abgelöst** würde.

Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 3.5.2022, s. BT Drs. 20/5990.

Eine grundsätzliche Reform des EP steht auch im Zusammenhang der **Reformdebatte**, die nach der Konferenz zur Zukunft Europas und mit Blick auf eine absehbare Erweiterung der EU zunehmend Fahrt aufnimmt. Themen die dabei diskutiert werden sind u.a. die Einführung transnationaler Listen oder ein „Spitzenkandidatenmodell“.

Die dem Deutschen Bundestag derzeit vorliegende Änderung des Europawahlrechts ist **bereits 2018 beschlossen** worden, wobei die konkreteren Vorarbeiten dazu bis in das Jahr 2015 zurückreichen. Es geht dabei um eine Änderung des Direktwahlaktes (DWA), mit der eine weitere Vereinheitlichung des Europawahlrechts in den Mitgliedstaaten erreicht würde. Insbesondere gibt der DWA 2018 den Mitgliedstaaten die **unionsrechtliche Einführung einer Sperrklausel** im Umfang von 2 bis 5% **vor**.

Sperrklauseln bei Europawahlen in Deutschland hat das **Bundesverfassungsgericht** (BVerfG) in zwei Entscheidungen **2011** (zu einer 5%-Sperrklausel) und **2014** (zu einer 3% Sperrklausel)

BVerfGE 129, 300 und BVerfGE 135, 259.

für seinerzeit **nicht für ausreichend verfassungsrechtlich gerechtfertigt** befunden. Zuvor hatte das BVerfG im Jahre **1979** die 5% Sperrklausel bei Europawahlen **nicht beanstandet**.

BVerfGE 51, 222.

Diese Sperrklauseln waren **nicht durch europarechtliche Vorgaben abgesichert**. Bei Bundes- und Landtagswahlen bestehen in Deutschland nach wie vor Sperrklauseln. Bei Kommunalwahlen hat das BVerfG im Jahre 2008 Sperrklauseln für nicht gerechtfertigt gehalten.

BVerfGE 120, 82.

II. Die unionsrechtliche Ebene

Auf Ebene des Europarechts sind die maßgeblichen **Vorgaben in Art. 223 AEUV** enthalten. Auf dieser Grundlage ist die vorliegende Änderung zu einem DWA 2018

Beschluss (EU, Euratom) 2018/994 des Rates der Europäischen Union vom 13. Juli 2018 zur Änderung des dem Beschluss 76/787/EGKS, EWG, Euratom des Rates vom 20. September 1976 beigefügten Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments

erfolgt.

1. Primärrechtliche Verfahrensvorgaben zum Europawahlrecht

Art. 223 AEUV (ex-Artikel 190 Absätze 4 und 5 EGV) lautet:

(1) Das Europäische Parlament erstellt einen Entwurf der erforderlichen Bestimmungen für die allgemeine unmittelbare Wahl seiner Mitglieder nach einem einheitlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten oder im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen.

Der Rat erlässt die erforderlichen Bestimmungen einstimmig gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments, die mit der Mehrheit seiner Mitglieder erteilt wird. Diese Bestimmungen treten nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft.

(2) Das Europäische Parlament legt aus eigener Initiative gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen nach Anhörung der Kommission und mit Zustimmung des Rates die Regelungen und allgemeinen Bedingungen für die Wahrnehmung der Aufgaben seiner Mitglieder fest. Alle Vorschriften und Bedingungen, die die Steuerregelung für die Mitglieder oder ehemaligen Mitglieder betreffen, sind vom Rat einstimmig festzulegen.

Das Verfahren zur Erzeugung von Europawahlrecht ist also **mehrstufig** angelegt:

- Gemäß Abs. 1 UAbs. 1 erstellt das Europäische Parlament einen **Entwurf**, wobei die Optionen sind: „nach einem einheitlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten“ oder „im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen“.
- Diesen Entwurf muss die **Mehrheit der Mitglieder des EP** billigen.
- Dann muss der **Rat** in der Handlungsform „Beschluss“ **einstimmig** zustimmen, Abs. 1 UAbs. 2, „gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren“.
- Dieser Beschluss tritt aber erst nach **Zustimmung aller Mitgliedstaaten** „im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ in Kraft.
- Schließlich müssen die **nationalen Regelungen für die Europawahl**, in Deutschland das Europawahlgesetz, den unionsrechtlichen Vorgaben im DWA **angepasst werden**.

Dem vorliegenden DWA 2018 haben bis Anfang Juni 2023 alle Mitgliedstaaten entsprechend der jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften, was in aller Regel die Befassung der jeweiligen nationalen Parlamente bedeutete,¹ zugestimmt, mit **drei Ausnahmen**:

- Spanien
- Zypern
- Deutschland.

Erst wenn in diesen drei Staaten die Zustimmung erteilt ist, **tritt der Beschluss vom Juli 2018 in Kraft**. Erst dann werden die Änderungen am DWA geltendes Recht.

Der neue DWA 2018 würde dann folgenden Art. 3 enthalten (Hervorhebungen hinzugefügt):

(1) Für die Sitzvergabe **können die Mitgliedstaaten eine Mindestschwelle festlegen**. Diese Schwelle darf auf nationaler Ebene **nicht mehr als 5 %** der abgegebenen gültigen Stimmen betragen.

(2) Die Mitgliedstaaten, in denen eine Listenwahl stattfindet, legen für Wahlkreise, in denen es mehr als 35 Sitze gibt, eine Mindestschwelle für die Sitzvergabe fest. Diese Schwelle **darf nicht weniger als 2 % und nicht mehr als 5 %** der abgegebenen gültigen Stimmen in dem betreffenden Wahlkreis, **einschließlich eines einen einzigen Wahlkreis bildenden Mitgliedstaats** betragen.

(3) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um der **Verpflichtung** gemäß Absatz 2 **spätestens** vor der Wahl zum Europäischen Parlament, die **der ersten Wahl nach dem Inkrafttreten** des Beschlusses (EU, Euratom) 2018/994 des Rates **folgt**, rechtzeitig nachzukommen.

Daraus ergibt sich, dass für den Fall, dass die ausstehenden **Ratifikationsverfahren** – neben Deutschland in Spanien und Zypern – **vor den EP-Wahlen 2024** abgeschlossen werden Änderungen der nationalen Europawahlregeln – etwa des deutschen Europawahlgesetzes – **bis zur folgenden EP-Wahl 2029** erfolgen **müssen**.

Erfolgen die ausstehenden Ratifikationen erst **nach den EP-Wahlen 2024**, dann **müssen** die Änderungen der nationalen Europawahlregeln **bis 2034** erfolgen, mithin erst 20 Jahre nach dem Beginn der politischen Diskussion im EP 2014.

Dies markiert freilich **nur den äußersten zeitlichen Rahmen** („spätestens“).

Nichts im Beschluss 2018/994 steht einer **Änderung des deutschen Europawahlgesetzes schon mit Blick auf die EP-Wahlen 2024** entgegen. Es gelten freilich allgemeinere Grundsätze der Rechtzeitigkeit von Wahlrechtsänderungen (dazu siehe unten, S. 18).

¹ Siehe etwa für **Frankreich** die durch Parlamentsgesetz erteilte Zustimmung im Februar 2019: Loi no 2019-131 du 25 février 2019 autorisant l'approbation de la décision (UE, EURATOM) 2018/994 du Conseil du 13 juillet 2018 modifiant l'acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du Conseil du 20 septembre 1976, JO 26.2.2019.

2. Die Rechtsnatur des Direktwahlaktes

Nicht nur als abstrakt-theoretisches europarechtliches Problem, sondern durchaus von konkretem Belang für die Art und Weise der Zustimmung auf nationaler Ebene stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur des durch den Beschluss 2018/994 zu ändernden Direktwahlaktes.

a. Der Direktwahlakt 1979

Der ursprüngliche DWA 1979

Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung, ABIEU L 278 v. 8.10.1976 S. 5-11; BGBl. 1977 II S. 733/734.

war 1976 von den Mitgliedern des Rates in deren gleichzeitiger Eigenschaft als Ratsvertreter und Vertreter der Mitgliedstaaten unterzeichnet worden, wobei die Rechtsqualität der Bestimmungen durch die Bezeichnung „Akt“ offengelassen worden war.²

Nach Einschätzung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in seiner Matthews-Entscheidung von 1999 handelte es sich bei diesem ursprünglichen Direktwahlakt

„nicht um einen „normalen“ Rechtsakt der Gemeinschaft (...), sondern um einen innerhalb der Rechtsordnung der Gemeinschaft abgeschlossenen **Vertrag**“.³

Dem schloss sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluss vom 22. November 2001 an, indem er ausführte, bei dem Direktwahlakt 1976 handele es sich

„nicht um eine auf der Grundlage vertraglicher Ermächtigung ergangene Handlung der Organe der Gemeinschaft, sondern um einen **ratifizierungsbedürftigen völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten** im Anwendungsbereich des EG-Vertrags“.⁴

In der Literatur wird diese **für den ursprünglichen Direktwahlakt 1976** gewählte Konstruktion teils als „gemischter Rechtsakt“⁵ bzw. als „Zwitterstellung zwischen ei-

² Bieber/Haag, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, AEUV Art. 223, Rn. 12; Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar 2023, AEUV Art. 223, Rn. 19.

³ EGMR, Ur. v. 18.2.1999, 24833/94, Matthews gegen Vereinigtes Königreich, Rn. 33.

⁴ BVerfGE 104, 214, 219.

⁵ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 19; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 223, Rn. 4; Szczekalla, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, AEUV Art. 223, Rn. 10-11; Hoffmann/Tappert, Ohne Hürden? Europawahlen 2014, NVwZ 2014, 630, 631.

nem echten Unions-Rechtsakt und einer völkerrechtlichen Vereinbarung⁶ angesehen.

b. Der Direktwahlakt nach 1979

Was den Direktwahlakt in seiner durch Änderungen nach 1979 **novellierten Form** angeht, so scheint die Einordnung der Novellen aus 2002 und 2018 als „**Unionsrecht**“ inzwischen etabliert.⁷

Hingegen bereitet die konkretere Klassifizierung der Rechtsakte weiterhin Schwierigkeiten.

So wird Art. 223 Abs. 1 AEUV von Teilen der Literatur als „**Evolutivklausel**“⁸ bezeichnet, die Regelungen im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren ermögliche⁹.

Andere Autoren sprechen sich hingegen für eine Einordnung der auf Art. 223 Abs. 1 AEUV beruhenden Novellen als **Unionsrechtsakte sui generis**¹⁰ bzw. als **Sekundärrechtsakte unter mitgliedstaatlichem Ratifikationsvorbehalt**¹¹ (und damit mit einem „besonderen Rang“¹² bzw. eigener Art¹³) aus.

Die jeweils novellierten Direktwahlakte weisen als „**ausfüllungsbedürftige Rahmenregelung**“ mit teils unmittelbarer Wirkung Elemente der beiden klassischen Sekundärrechtsakte – Verordnung und Richtlinie (vgl. Art. 288 AEUV) – auf.¹⁴

Für die **Einordnung als Sekundärrecht** spricht neben der zwingenden Beteiligung von EU-Organen¹⁵ insbesondere auch die Kennzeichnung des Verfahrens in Art. 223

⁶ Bieber/Haag, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 223, Rn. 12.

⁷ So bezeichnet auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 26. Februar 2014 den damaligen Direktwahlakt als „europäisches Recht“, BVerfGE 135, 259, 284.

⁸ Epping, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Auflage 2018, AEUV Art. 223, Rn. 2; Huber, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, AEUV Art. 223, Rn. 9.

⁹ Epping, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, AEUV Art. 223, Rn. 2; Huber, in: Streinz, AEUV Art. 223, Rn. 9; Kotzur/Kahl, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Auflage 2023, AEUV Art. 223, Rn. 8; Schoo, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, AEUV Art. 223, Rn. 9; auch Hölscheidt sieht eine „Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU“, Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 29.

¹⁰ Lenz/Gerhard, Europawahlgesetz-Kommentar, 2. Auflage 2019, Einführung, Rn. 24.

¹¹ Felten, Durfte das Bundesverfassungsgericht die Drei-Prozent-Hürde bei der Europawahl überprüfen? – Eine Bestimmung des Kooperationsverhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof in Bezug auf die Überprüfung von Sperrklauseln bei der Europawahl, EuR 2014, 298, 311-313; Giegerich, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, 4. Auflage 2020, § 9 Rn. 110.

¹² Felten, EuR 2014, 298, 312.

¹³ Fremuth, Demokratie à rebours? – Zur Einführung einer unionsrechtlichen Mindestsperrklausel für die Wahl des Europäischen Parlaments, ZRP 2018, 207, 209.

¹⁴ Lenz/Gerhard, Einführung, Rn. 24.

¹⁵ Fremuth, ZRP 2018, 207, 209.

Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV als „besonderes Gesetzgebungsverfahren“.¹⁶ Im Unterschied dazu findet sich in Art. 48 Abs. 6 und Abs. 7 EUV (vereinfachtes Änderungsverfahren) gerade keine derartige Formulierung.¹⁷

Das für Sekundärrecht unübliche Ratifizierungserfordernis lässt sich mit der besonderen politischen Bedeutung der Materie erklären.¹⁸

c. Parallelen zum Eigenmittelbeschluss

Ein **ähnliches gesondertes Rechtssetzungsverfahren** ist für den Eigenmittelbeschluss nach Art. 311 AEUV vorgesehen, der ebenfalls gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen wird und erst nach Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten in Kraft tritt.

Das BVerfG begnügte sich in seinem NGEU-Urteil vom 6. Dezember 2022 diesbezüglich mit der Feststellung, es handele sich dabei jedenfalls um einen

„Rechtsakt, der von den Organen der Europäischen Union im Rahmen des Integrationsprogramms in einem besonderen Verfahren erlassen“ werde. Art. 311 AEUV enthalte „eine begrenzte Einzelermächtigung iSv Art. 5 I 1 und II EUV, deren Inanspruchnahme trotz des Ratifikationserfordernisses in Art. 311 III 3 AEUV auch **an das einschlägige Primärrecht gebunden**“ sei.¹⁹

Diese Überlegungen ließen sich auf die Regelung des Art. 223 Abs. 1 AEUV **übertragen**.

Anders liegen die Dinge übrigens bei dem ebenfalls **ratifizierungsbedürftigen Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention** (EMRK) nach Art. 6 Abs. 2 EUV: Dort würde eine völkerrechtliche Übereinkunft gem. Art. 216 Abs. 1 AEUV abgeschlossen, für die Art. 218 AEUV ein spezielles Verfahren vorsieht²⁰ und der als „integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung“ Vorrang gegenüber „anderen Kategorien von Sekundärrechtsakten“ zukommen würde.²¹

¹⁶ Giegerich, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, § 9 Rn. 110; Felten, EuR 2014, 298, 312-313; Fremuth, ZRP 2018, 207, 209.

¹⁷ Felten, EuR 2014, 298, 312-313.

¹⁸ Felten, EuR 2014, 298, 312-313.

¹⁹ BVerfG Urteil vom 6.12.2022 – 2 BvR 547/21, 2 BvR 798/21, NJW 2023, 425, 434 m.w.N. zum Streitstand.

²⁰ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV Art. 6, Rn. 28.

²¹ Ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2020, Rs. C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677, Rn. 62 m.w.N.

3. Reichweite der europarechtlichen Festlegungen für ein europaweit einheitliches EP-Wahlrecht: Varianten des Art. 223 Abs. 1 S. 1 AEUV

In welchem **Umfang** durch das Europarecht einheitliche Vorgaben gemacht werden, lässt Art. 223 Abs. 1 S. 1 AEUV nicht ohne weiteres erkennen. Art. 223 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV sieht nämlich **zwei Varianten** vor:

Entweder erstellt das Europäische Parlament einen Entwurf der erforderlichen Bestimmungen für die allgemeine unmittelbare Wahl seiner Mitglieder nach einem **einheitlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten (Variante a)**

Oder das EP erstellt einen solchen Entwurf **im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen (Variante b)**.

a. Maximalziel einheitliches europaweites Wahlverfahren

Ein **einheitliches Verfahren** nach Variante a) stellt dabei das „Maximalziel“²² im Verhältnis zum Minimalziel der Variante b)²³ dar.

Variante a) wäre nur dann vollumfänglich erfüllt, wenn eine „alle Fragen des Wahlvorgangs umfassende **unionsrechtliche Vollregelung**“ geschaffen würde, die „**nationalen Ergänzungsregelungen keinen Platz** mehr lässt“.²⁴ Zum Verfahren zählten etwa „Wahlrechts- und Wählbarkeitsvoraussetzungen, das Wahlvorschlagsrecht, Unvereinbarkeiten, die Mandatsverlustgründe, das Wahlanfechtungs- und Wahlprüfungsverfahren sowie die Kostenerstattung“²⁵.

b. Europawahlrechtliche Mindeststandards

Variante b) geht auf den Vertrag von Amsterdam zurück. Damit sollte der Weg hin zu einem einheitlichen Wahlverfahren mit der Schaffung der voraussetzungsärmeren Variante erleichtert werden.²⁶ Der offene Wortlaut des Art. 223 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Var. b) - „im Einklang mit“ (gerade nicht etwa „im Rahmen der“) - verdeutlicht, dass die **Spannweite möglicher Wahlrechtsvereinheitlichungen**, bei Einhaltung der Wahlrechtsgrundsätze als qualitativer Mindeststandard, **nahezu grenzenlos** ist.²⁷ Dies vermag vor dem Hintergrund der enormen legitimatorischen Bedeutung des Europaparlaments, und damit auch des entsprechenden Wahlrechts, für die Europäische Union²⁸ das voraussetzungsvolle Regelungsverfahren auch bei Inanspruchnahme der vermeintlich schwächeren Variante b) zu erklären.

²² Epping, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, AEUV Art. 223, Rn. 2.

²³ Vgl. Kotzur/Kahl, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, AEUV Art. 223, Rn. 2.

²⁴ Lenz/Gerhard, Einführung, Rn. 6.

²⁵ Zusammenstellung bei Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 13 m.w.N.

²⁶ Huber, in: Streinz, AEUV Art. 223, Rn. 8.

²⁷ So wohl auch Schoo, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, AEUV Art. 223, Rn. 2.

²⁸ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 9; vgl. auch Huber, in: Streinz, AEUV Art. 223, Rn. 11; vgl. auch BVerfGE 135, 259, 265.

c. Der DWA 2018 als Rahmenregelung

Der DWA 2018 sieht die **Einführung einer Sperrklausel** in einer Spannweite von 2 bis 5% **zwingend vor**.

Begründet wird dies u.a. mit dem Ziel, **gleichere Wahlbedingungen für die politischen Parteien in allen Mitgliedstaaten** und mehr **Gleichheit in Bezug auf das Gewicht einzelner Wählerstimmen** zu sichern, zudem die **ordnungsgemäße Arbeitsweise des Parlamentes** zu gewährleisten. S. dazu etwa die Beschlussempfehlung des Ausschusses für konstitutionelle Fragen, A8-0248/2018 v. 2.7.2018, S. 7/9 und die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 11.11.2015 zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union (2015/2035(INL)), ABIEU 2017 C 366/7, Erwägungsgrund R.

Von einer „alle Fragen des Wahlvorgangs umfassenden unionsrechtlichen Vollregelung“ kann ansonsten beim DWA 2018, der – wie bereits die Novelle aus dem Jahr 2002²⁹ – in seinen meisten anderen Teilen nur eine „**ausfüllungsbedürftige Rahmenregelung**“ (s.o.) darstellt (so etwa in Art. 1 Abs. 2, Art. 3b, Art. 4a, Art. 9 Abs. 2 und Art. 9a DWA 2018), nicht die Rede sein.

Vielmehr stellt der Direktwahlakt mit seinen Novellen **auch im Hinblick auf den DWA 2018** nicht mehr als eine **stufenweise Annäherung**³⁰ an das Maximalziel der Variante a) dar.

Die herabgesetzten **Anforderungen der Variante b)** werden durch den DWA 2018 **erfüllt**. Ein Wahlrecht, das mit dem Minimalziel, der „Untergrenze des Integrationsniveaus“³¹ bzw. „minderen Form der Einheitlichkeit“³² der Variante b) **nicht übereinstimmt** ist ohnehin **schwer vorstellbar**, da das Primärrecht in Art. 14 Abs. 3 EUV und Art. 223 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV bereits die **zentralen Wahlrechtsgrundsätze** der allgemeinen, unmittelbaren, freien und geheimen Wahl als solche vorgibt.³³ Einen darüberhinausgehenden, den Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz stellt zudem wohl auch das Prinzip der Verhältniswahl dar,³⁴ das sich auch im Direktwahlakt 2018 findet (Art. 1 Abs. 1 DWA 2018).

²⁹ Vgl. BVerfGE 135, 259, 264.

³⁰ Vgl. Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 20.

³¹ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 14.

³² Bieber/Haag, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 223, Rn. 5-6.

³³ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 223, Rn. 14.

³⁴ Schoo, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, AEUV Art. 223, Rn. 5.

III. Verfassungsrechtliche Aspekte der Zustimmung zum Direktwahlakt 2018

Für die Zustimmung zum DWA 2018 **verweist** das Unionsrecht in Art. 223 Abs. 1 AEUV auf die „**jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften**“ in den Mitgliedstaaten. Maßgeblich sind in Deutschland **Art. 23 GG** sowie **§ 3 IntVG**.

1. Erfordernis eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 GG

Der DWA 2018 bedarf in Deutschland der Befassung der gesetzgebenden Körperschaften. Die Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/994 nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV erfordert in Deutschland ein **Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG**.

Ob und in welchem Umfang durch die Ermöglichung europaweiter Wahlen zum EP **Hoheitsrechte übertragen werden** lässt sich dabei durchaus diskutieren. Genau besehen ist eine europaweite Wahl nichts, was Deutschland aus eigenen Hoheitsrechten einrichten könnte, mithin derartige Hoheitsrechte auch nicht von Deutschland übertragen werden können. Was an die EU übertragen wird, sind **Kompetenzen** als konkrete, definierte Rechtsmacht, die von verschiedenen Organen, u.a. dem EP, genutzt werden kann.

Diese Fragen können indessen zunächst zurückgestellt werden, weil nach **§ 3 Abs. 1 und 2 IntVG** ein **Zustimmungsgesetz** gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG **jedenfalls in Fällen von Art. 223 AEUV notwendig** ist. Das BVerfG hatte dies 2009 in seiner Lisabon-Entscheidung bereits festgestellt (BVerfGE 123, 267 [434]). Der Gesetzeswortlaut des IntVG ist insoweit primär deklaratorische Wiederholung.

Das deutsche Gesetzgebungsverfahren bezieht sich dabei auf den Beschluss (EU, Euratom) 2018/994 des Rates der Europäischen Union vom 13. Juli 2018 zur Änderung des dem Beschluss 76/787/EGKS, EWG, Euratom des Rates vom 20. September 1976 beigefügten Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments. Sowohl in den Drucksachen des Bundesrates (BRats Drs. 104/23 v. 10.3.2023) wie auch des Bundestages (BT Drs. 206821/23 v. 16.5.2023) ist der **Beschluss in einer fehlerhaften, überholten Fassung wiedergegeben**, weil der Gesetzentwurf der Bundesregierung eine fehlerhafte Fassung verwendet.

Im Dezember 2018 ist für die deutsche Fassung des Beschlusses **folgende Korrektur für Art. 3a des Beschlusses** vorgenommen worden:

„Anstatt:

"Ist in innerstaatlichen Vorschriften eine Frist für die Einreichung von Bewerbungen für die Wahl zum Europäischen Parlament festgelegt, muss diese Frist mindestens drei Wochen vor dem vom betreffenden Mitgliedstaat gemäß Artikel 10 Absatz 1 festgelegten Termin für die Abhaltung der Wahl zum Europäischen Parlament betragen."

muss es heißen:

"Ist in innerstaatlichen Vorschriften eine Frist für die Einreichung von Bewerbungen für die Wahl zum Europäischen Parlament festgelegt, muss diese Frist mindestens drei Wochen vor dem vom betreffenden Mitgliedstaat gemäß Artikel 10 Absatz 1 festgelegten Termin für die Abhaltung der Wahl zum Europäischen Parlament enden."

Ratsdok. 13511/18 v. 23.11.2018, Unterstreichung im Original

Diese Korrektur sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren nachvollzogen werden, eine erneute Befassung des Bundesrates ist aber wohl nicht erforderlich.

2. Kein Erfordernis einer verfassungsändernden Mehrheit wegen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Sperrklauseln im Europawahlrecht

Das Hauptargument derjenigen, die eine **Zweidrittelmehrheit** für die Zustimmung zur Änderung des DWA fordern, verweist vielfach darauf, dass das **BVerfG in seinen Entscheidungen von 2011 und 2014** zum deutschen EuWG entschieden habe, dass eine damals vorgesehene Sperrklausel für die EP-Wahlen von zunächst 5% und anschließend 3% **nicht für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europaparlaments erforderlich** sei und **damit verfassungswidrig** in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) eingreife.³⁵

Wenn nun der **DWA 2018 die Mitgliedstaaten**, darunter die Bundesrepublik, **verpflichtet**, (wieder) eine **Sperrklausel** in Höhe von mindestens 2% **einzuführen**, dann sei der **Gegensatz zu den früheren Entscheidungen des BVerfG** nur durch eine **verfassungsändernde Zweidrittelmehrheit** zu überwinden. Einfachgesetzlich sei vor dem Hintergrund der BVerfG-Entscheidungen eine Änderung jedenfalls nicht möglich.³⁶

Diese Argumentation, der große Teile der Literatur folgen,³⁷ **verkennt jedoch die Reichweite und Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG** zu Sperrklauseln im deutschen Europawahlrecht.

Abgesehen von den rechtstheoretischen Fragen, die sich hier stellen, hat das BVerfG in seinen Sperrklauselentscheidungen **Sperrklauseln ja nicht grundsätzlich als stets verfassungswidrig eingeordnet**. Es hat lediglich die **Rechtfertigung**

³⁵ BVerfGE 129, 300, 324 ff.; BVerfGE 135, 259, 291 ff.

³⁶ Siehe nur WD des Deutschen Bundestages, WD 3 – 3000 – 261/18, 5 f.

³⁷ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 223 AEUV Rn. 29. Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 223 AEUV Rn. 7; Kotzur/Heidrich, ZEuS 2014, 259 (272); Giegerich, Die Verflechtungsfälle des Europawahlrechts: Nationale Ratifikationen des geänderten EU-Direktwahlakts mit obligatorischer Sperrklausel und ihre rechtlichen Hürden, ZEuS 2018, 145 (161 f.). Boehl, Die Reform des europäischen und des deutschen Europawahlrechts – ein Fall des Artikels 23 I 3 GG, ZG 2019, 234 (246). Zudem WD 3 – 3000 – 261/18, S. 5 f. Gleiches aus einer Kompetenzverschiebung folgernd Haratsch, EuGRZ 2019, Das Bundesverfassungsgericht und die Sperrklauseln bei Europawahlen – Europarechtsfreundlichkeit, Unionstreue und der kategorische Imperativ, 177 (184). Unklar, aber grds. von Zustimmungsfähigkeit ausgehend Heinig, Sperrklauseln im Direktwahlakt: Darf der Deutsche Bundestag zustimmen?, DVBl. 2016, 1141 und Rathke, Das zähe Ringen um repräsentative Demokratie in Europa, in: Schubel/Kirste/Müller-Graff/Diggelmann/Hufeld (Hrsg.), Jahrbuch für vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften 2022, S. 187; s. aber auch ders., in: NK-Lissabon Begleitgesetze § 7 Rn. 115. Im politischen Raum für eine Zweidrittelmehrheit nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG der WD des Deutschen Bundestages, WD 3 – 3000 – 261/18, 5 f. und die Bundesregierung in ihrem Gesetzesentwurf.

für die konkreten Sperrklauseln zum damaligen Zeitpunkt unter den damaligen Umständen als nicht ausreichend angesehen.

Über eine vom Europarecht vorgegebene Sperrklausel knapp 10 Jahre später können die seinerzeitigen, zum Teil knapp und unter Abgabe von Sondervoten ergangenen Entscheidungen des BVerfG keine verbindliche Aussage enthalten.

3. Rekonstruktion der Mehrheitsanforderungen: Art. 23 Abs. 1 Satz 3 reloaded

Ob die innerstaatliche Zustimmung zum DWA 2018 mit verfassungsändernder Mehrheit erfolgen muss, lässt sich auch der Rechtsprechung des BVerfG jenseits der Sperrklauselrechtsprechung nicht sicher entnehmen.

In der NGEU-Entscheidung von 2022

BVerfG, 2 BvR 547/21, Urt. v. 6.12.2022 – NGEU.

hat sich das BVerfG nicht mit der Fortentwicklung seiner Rechtsprechung zu Art. 23 Abs.1 GG auseinandergesetzt. Insbesondere hat es die damals sehr umstrittene Frage der notwendigen Mehrheit für das Ratifizierungsgesetz nicht klar beantwortet, sondern insoweit einen diffusen Status Quo aufrechterhalten.

Hier bleiben die Dinge also so unklar, wie man sie noch aus der Entscheidung zum Europäischen Patentgerichtsübereinkommen kennt: Nicht jeder Hoheitsrechtsübertragung kommt ein materiell verfassungsändernder Gehalt zu, „vor allem“ wenn sie im Integrationsprogramm hinreichend angelegt ist und damit „keine (abermächtige) materielle Änderung des Grundgesetzes“ darstelle.

BVerfGE 153, 74, 149 – EPGÜ.

Wie die Sondervoten zur EPGÜ-Entscheidung bereits richtig aufzeigten, verbindet sich damit, dass aufgrund der Rechtsunsicherheit die Zweidrittelmehrheit eher Regel denn Ausnahme bleibt:

„Es steht zu erwarten, dass die weite Eröffnung des Zugangs zum Bundesverfassungsgericht über die Ermöglichung der formellen Übertragungskontrolle [...] den Deutschen Bundestag und den Bundesrat dazu veranlassen wird, nach einer Zwei-Drittel-Mehrheit zu streben, um auf der „sicheren Seite“ zu sein [...]. Die Notwendigkeit einer verfassungsändernden Mehrheit wird damit faktisch zur Regel [...].“). BVerfGE 153, 74 [181] – EPGÜ

Eine großzügige Auslegung der Anforderungen aus Art. 23 GG im Sinne eines „Im Zweifel Zweidrittel“ verbietet sich indessen.

Dies ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Aspekt der Offenheit des Grundgesetzes für die europäische Zusammenarbeit, die sich in der Europafreundlichkeit des Grundgesetzes mit einem Staatsziel Vereintes Europa in der Präambel und in Art. 23 Abs. 1 GG manifestiert. Damit verbindet sich eine grundsätzliche Ermöglichungsperspektive, der durchgehende Zweidrittel-Erfordernisse nicht gerecht werden.

Der erhöhten demokratischen Validität einer qualifizierten Mehrheit steht dabei in einer gewissen **Paradoxie** gegenüber, dass **Minderheiten einfacher eine Blockademinderheit** erreichen. Es besteht das Risiko einer „**Tyrannie der Minderheit**“ und einer **Herrschaft der Blockademinderheiten**, mit einer Verunmöglichung konstruktiver Europapolitik.

Die Ausdifferenzierung der politischen Landschaft in Deutschland verstärkt diesen Effekt.

a. Die Änderung des DWA als bereits ermöglichte Verfassungsänderung

Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG ordnet die Geltung des Art. 79 Abs. 2 GG (Erfordernis einer verfassungsändernden Mehrheit) nicht nur dann an, wenn „dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird“, sondern **auch für den Fall, dass „solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden“**.

Dies wirft die Frage nach der **sachlichen und zeitlichen Anknüpfung des Mehrheitserfordernisses** auf.

Sieht man Art. 223 Abs. 1 AEUV als Regelung, die Änderungen des Grundgesetzes **ermöglicht**, so ist maßgeblicher Zeitpunkt der Zustimmung mit Zweidrittelmehrheit **die Zustimmung zur Einführung des Art. 223 Abs. 1 AEUV im Vertrag von Lissabon im April 2008**, materiell **verfassungsändernder Rechtsakt ist der DWA selbst**.

Da die **Verfassungsänderungsdimension bereits damals antizipiert** und die deutsche Rechtsordnung entsprechend geöffnet worden ist, kann die Zustimmung zur Änderung des DWA heute **ohne verfassungsändernde Mehrheit** erfolgen.

In dieser Lesart wäre der **DWA 2018 ein Musterbeispiel der zweiten Variante des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG**.

b. Das Verhältnis von Satz 3 zu Satz 2 in Art. 23 Abs. 1 GG

Art. 23 Abs. 1 GG lautet wie folgt:

(1) [...] ¹ Der Bund kann hierzu **durch Gesetz** mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen.² Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und **vergleichbare Regelungen**, durch die dieses Grundgesetz **seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden**, gilt Artikel **79 Abs. 2 und 3**.³

Im **Schrifttum zu Art. 23 GG** wird vertreten, **Satz 3 sei als Spezialfall des Satzes 2** zu verstehen, so dass er **immer** einer Übertragung von Hoheitsrechten bedürfe.³⁸ Dann wäre die **Vorfrage für das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit**, ob überhaupt **Hoheitsrechte übertragen** werden.

³⁸ König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, S. 300.

Danach ist es denkbar, dass **verfassungsrelevante Änderungen** sowohl **ohne Zustimmungsgesetz** als auch **ohne verfassungsändernde Mehrheit** vonstattengehen können, nämlich **dann, wenn sie keine Übertragung von Hoheitsrechten nach sich ziehen**.³⁹ Umgekehrt wären indessen nach dieser Sicht Hoheitsrechtsübertragungen mit und ohne Verfassungsrelevanz im Rahmen der Europäischen Union **nicht unterscheidbar**. Daraus und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift lasse sich schlussfolgern, dass jede Hoheitsrechtsübertragung im Sinne von Satz 2 grundsätzlich zugleich der verfassungsändernden Mehrheit des Satzes 3 bedürfe.⁴⁰

Ob und wie vorliegend Hoheitsrechte übertragen werden, lässt sich durchaus diskutieren (s. dazu oben, S. 9). Da der DWA 2018 der Bundesrepublik die **Entscheidungsmacht nimmt**, die Europawahl ohne Sperrklausel durchzuführen, besteht jedenfalls eine **Hoheitsrechtsrelevanz**.⁴¹

c. Keine verfassungsändernden Mehrheiten erforderlich bei Evolutivklauseln und Einhaltung des Integrationsprogramms

Bei der Inanspruchnahme von Evolutivklauseln liegen die Dinge aber möglicherweise anders.

Nach der Rechtsprechung des **BVerfG bedeutet jede Inanspruchnahme einer Evolutivklausel eine Kompetenzerweiterung zugunsten der Union**, welche die Verabschiedung eines **Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG erforderlich macht**.⁴² Damit scheint zunächst möglich, dass nicht jede Aktivierung einer Evolutivklausel die Notwendigkeit einer verfassungsändernden Mehrheit mit sich bringt. Klare Anhaltspunkte dafür, unter welchen Voraussetzungen das der Fall oder nicht der Fall ist, liefert die Rechtsprechung des BVerfG jedoch bisher nicht.

Hier hilft möglicherweise die **Rechtsprechung zur Einhaltung eines Integrationsprogramms** weiter. Ausgangspunkt ist dabei die Eurocontrol I-Entscheidung ⁴³ des BVerfG. Darin hält das BVerfG ein Zustimmungsgesetz nach Art. 24 Abs. 1 GG für entbehrlich,

³⁹ Als Beispiel nennt König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, S. 298 „die Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen im Rat auf Bereiche, in denen bisher das Einstimmigkeitsprinzip gilt“ sowie eine Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens.“

⁴⁰ König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, S. 308 f.

⁴¹ In diese Richtung Haratsch, Das Bundesverfassungsgericht und die Sperrklauseln bei Europawahlen – Europarechtsfreundlichkeit, Unionstreue und der kategorische Imperativ, EuGRZ 2019, 177 (184).

⁴² BVerfGE 142, 123 (201 f.) – OMT-Vorlagebeschluss (2014). BVerfGE 151, 202 (301) – Bankenunion (2019).

⁴³ BVerfGE 58, 1 – Eurocontrol I (1981).

„wo bereits der Gründungsvertrag, dem durch Gesetz zugestimmt worden ist, diesen künftigen Vollzugsverlauf **hinreichend bestimmbar normiert** hat.“⁴⁴

Im Folgeurteil zur Atomwaffenstationierung in Folge des NATO-Doppelbeschlusses ergänzt das BVerfG, dass die Maßstäbe der näheren Bestimmbarkeit

„aus der jeweiligen Eigenart des vom Gründungsvertrag geregelten Lebenssachverhalts im Lichte der durch Art. 24 Abs. 1 GG geschützten Rechtsgüter wie auch der durch die Vorschrift ermöglichten Gestaltungsfreiheit und ihrer Praktikabilität im internationalen Bereich entnommen werden“⁴⁵ müssen.

Diesen Gedanken verarbeitet das Urteil mit dem Begriff des „**Integrationsprogramms**“.⁴⁶

Doris König überträgt dieses zu Art. 24 Abs. 1 GG entwickelte Konzept auf Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG. Sie führt dazu aus:

„Werden den Gemeinschaftsorganen im weiteren Verlauf des Integrationsprozesses auf der Grundlage einer Evolutivklausel neue Durchgriffsbefugnisse eingeräumt, so ist demgemäß zu prüfen, ob dieser Vorgang vom Zustimmungsgesetz bereits gedeckt ist. Dies wäre zu bejahen, wenn in der betreffenden Evolutivklausel die künftige Hoheitsrechtsübertragung hinreichend bestimmbar normiert wäre. Es müsste sich, mit anderen Worten, um **Vollzugsschritte in einem klar definierten Bereich** handeln, die sich **im Rahmen des im Vertrag angelegten Integrationsprogramms** halten und **deshalb als von der ursprünglichen Zustimmung des Gesetzgebers mit umfasst** gelten. Die mit einer solchen Hoheitsrechtsübertragung verbundene materielle Verfassungsänderung ist somit bereits mit Zweidrittelmehrheiten legitimiert worden und bedarf **keiner erneuten Zustimmung**.“⁴⁷ (Hervorhebung hinzugefügt)

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, so ist danach zu fragen, ob die **Möglichkeit, eine europarechtliche Sperrklausel für die Europawahl** einzuführen, bereits zu einem früheren Zeitpunkt durch das **Integrationsprogramm für die Europäische Union hinreichend vorherbestimmt** war.

Zeitlicher Anknüpfungspunkt für diese Bewertung muss dabei der Abschluss des Vertrags von Lissabon **2007** bzw. die Befassung im Bundestag im **April 2008** sein. Auf die nachfolgenden Entscheidungen des BVerfG aus 2011 und 2014 abzustellen, ist bereits **sachlich nicht konsistent**. Denn die Entscheidungen des BVerfG betreffen inhaltliche Anforderungen an die Europawahl aus dem nationalen Verfassungsrecht, während das Argument des Integrationsprogramms allein danach fragt, ob die auf der europäischen Ebene veranlasste Einführung einer Sperrklausel vorhersehbar war. Wenn aber die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon eine spätere dahingehende Verfassungsänderung bereits programmiert bzw. antezipiert, dann ist es unerheblich, was das Verfassungsrecht ansonsten dazu bestimmt.

⁴⁴ BVerfGE 58, 1 (37) – Eurocontrol I (1981).

⁴⁵ BVerfGE 68, 1 (99) – Atomwaffenstationierung (1984).

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, S. 311 f.

Für eine Vorhersehbarkeit spricht, dass für die Wahl zum EP seit 2002 ausdrücklich die Grundsätze der Verhältniswahl gelten.⁴⁸ Die Frage nach Schwellen der Sitzverteilung ist eine übliche Ausgestaltung der Verhältniswahl, eine Sperrklausel bestand zudem damals ja bereits nach dem nationalen Europawahlrecht in Deutschland.

Ob das BVerfG der Argumentation, die auf dem Ermöglichen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG und auf der Vorhersehbarkeit des Integrationsprogramms basiert, folgt, lässt sich freilich **nicht sicher prognostizieren**.

Bei der Entscheidung, ob man für die Zustimmung zum DWA 2018 auf eine verfassungsändernde Mehrheit nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG verzichtet ist daher das Risiko einer anderslautenden Entscheidung des BVerfG gegen den politischen Aufwand, jene Mehrheit herzustellen, **abzuwägen**.

d. Spielräume der Umsetzung: Sperrklausel jenseits von 2%

Nach Inkrafttreten des DWA 2018 stellt sich die Frage, **in welchem Umfang** Deutschland die europarechtlichen Vorgaben umsetzen kann.

aa. Beschränkung auf Mindestanforderungen: nicht mehr als 2%

Teilweise wird vertreten, dass **lediglich eine Umsetzung der verbindlichen Mindestanforderungen** erfolgen darf. Diese Annahme liegt dem Vorschlag der CDU/CSU Fraktion in BT-Drs. 20/4046 zugrunde. Sie kann sich auf entsprechende Überlegungen im Schrifttum stützen.⁴⁹ Begründet wird diese Position mit unterschiedlichen Argumenten.

Zum Teil wird darauf verwiesen, dass aufgrund von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG die Verfassungsmäßigkeit der Änderung am DWA nur am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG zu messen sei. Insoweit Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG jedoch Konkretisierungen des Art. 20 GG darstellten, wäre der Gesetzgeber auch im Fall einer verfassungsändernden Mehrheit gleichwohl **weiterhin an die Rechtsprechung des BVerfG in BVerfGE 129, 300 und BVerfGE 135, 259 gebunden**. Hiernach sei eine Sperrklausel nur zulässig, soweit eine dahingehende **europarechtliche Verpflichtung** des Gesetzgebers bestehe, welche auch nach Inkrafttreten der Änderung am DWA eben **nur bezüglich der verpflichtenden Mindestanforderungen** vorliege.

⁴⁸ Art. 1 des Beschlusses 2002/772/EG, Euratom des Rates vom 25. Juni und 23. September 2002, ABIEU L 283/1. Die vorherige Rechtsvorschrift ließ die Frage offen, Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung, ABIEU L 278 vom 8.10.1976, S. 5–11.

⁴⁹ Giegerich, Die Verflechtungsfälle des Europawahlrechts: Nationale Ratifikationen des geänderten EU-Direktwahlakts mit obligatorischer Sperrklausel und ihre rechtlichen Hürden, ZEuS 2018, 145 (162 f.). Giegerich spricht sich dafür aus, dass nur die verpflichtenden Mindestanforderungen (2%-Sperrklausel und für die übernächste EP-Wahl) in Deutschland umgesetzt werden können, unabhängig davon, ob das Zustimmungsgesetz mit verfassungsändernder Mehrheit verabschiedet wird. Siehe auch Boehl, Die Reform des europäischen und des deutschen Europawahlrechts – ein Fall des Artikels 23 I 3 GG, ZG 2019, 234 (245 f.), ebenfalls mit der Ansicht, es sei nur eine Umsetzung der Mindestanforderung von 2 % zulässig.

Andere ⁵⁰ sehen den Gesetzgeber nicht bereits durch die Rechtsprechung des BVerfG in BVerfGE 129, 300 und BVerfGE 135, 259 an das Erfordernis einer europarechtlichen Verpflichtung gebunden. Das BVerfG gebe aber vor, dass Sperrklauseln **nur zulässig seien**, „soweit sie durch einen **„besonderen, sachlich legitimierten, zwingenden‘ Grund“ gerechtfertigt**“⁵¹ seien. Auch nach Inkrafttreten der Änderung am DWA sei ein sachlich zwingenden Grund nicht ersichtlich – insbesondere erfolge die Untergliederung des EP in Fraktionen nach einer EP-Wahl derzeit reibungslos. Mithin sei der deutsche Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet die vorgegebene Mindestschwelle nicht zu überschreiten.

bb. Europapolitischer Spielraum: Verpflichtung auf einen Korridor von 2 bis 5%

Die Beschränkung der deutschen Umsetzung auf das verpflichtend vorgegebene Minimum **verkennt jedoch den besonderen Charakter der mehrstufigen Wahlrechtssetzung im europäischen Kontext**. Die oben wiedergegebene Argumentation setzt diese spezifische Rechtsetzung vorschnell mit der **herkömmlichen Umsetzungsgesetzgebung** im europäischen Kontext gleich. Dort wird in der Tat angenommen, dass europarechtlich belassene Umsetzungsspielräume durch Grundgesetz-Vorgaben weiter eingeschränkt werden können.

Die Umsetzung von beispielsweise Richtlinien erfolgt jedoch unter völlig anderen Vorzeichen: Die Umsetzung von Richtlinien ist verbindlich, verbleibende nationale Spielräume stellen sich dann als Korrelat für diese strenge Bindung dar.

Für die Zustimmung zur Änderung des DWA besteht indessen **keine europarechtliche Verpflichtung**. Die Änderung zum DWA beruht auf einer im Rat einstimmig gefassten integrationspolitischen Entscheidung, die bei Ablehnung auch nur eines nationalen Parlamentes nicht weiter verfolgt wird. Diese integrationspolitische Entscheidung umfasst die Entscheidung für einen Sperrklauselkorridor von 2 bis 5% für die der europäische Wahlgesetzgeber eine Einschätzungsprärogative hat.

Nach Erlass eines Gesetzes mit verfassungsändernder Mehrheit zur Zustimmung zur Änderung am DWA und dem darauffolgenden Inkrafttreten der Änderung am DWA, bestehen zudem zwei wesentliche **Veränderungen im Vergleich zu der Lage**, die den **BVerfG-Entscheidungen** BVerfGE 129, 300 und BVerfGE 135, 259 zugrunde lag:

- Erstens ist der **europäische Gesetzgeber tätig** geworden. Er hat auf der Grundlage von Art. 223 AEUV die Entscheidung über die europaweite Einführung von Sperrklauseln bei der Wahl zum EP getroffen und Mitgliedstaaten verpflichtet, diese umzusetzen.

- Zweitens ist nun die zum Vertrag von Lissabon **mit verfassungsändernder Mehrheit erteilte Zustimmung von Bundestag und Bundesrat** von Belang. Der Gesetzgeber hat insofern eine materielle Änderung des Grundgesetzes ermöglicht, so dass die Einführung einer Sperrklausel bei der Wahl zum EP **nicht nur im Mindest-**

⁵⁰ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 223 AEUV, Rn. 35c.

⁵¹ Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 223 AEUV, Rn. 35c.

umfang, sondern im gesamten vorgesehenen Umfang eines Korridors verfassungsgemäß ist. Die Verpflichtung Deutschlands nach dem DWA ist mithin nicht „Einführung einer Sperrklausel iHv. 2%“, sondern „Einführung einer Sperrklausel iHv. 2-5%“.

Ob das BVerfG dieser Argumentation folgt, lässt sich nicht sicher prognostizieren. Mit der Umsetzung einer Sperrklausel nur in Höhe der europarechtlich vorgeschriebenen Mindestanforderungen würde man indessen **nur vorläufig** den sichereren Weg beschreiten. Bei einer 2%-Sperrklausel wäre der Abstand zur mathematisch im Verhältniswahlrecht stets bestehenden Prozenzhürde derart gering, dass Steuerungseffekte möglicherweise ausbleiben. Bei einer Anhebung der europarechtlich vorgegebenen Mindestschwelle auf 3 oder gar 5 % würde sich dann jedenfalls die Frage stellen, wie europarechtliche Vorgaben und nationale Sperrklauselrechtsprechung sich zueinander verhalten.

Hier hilft folgende **Kontrollüberlegung** weiter: Auch im **rein nationalen Zusammenhang** wäre die Einführung einer Sperrklausel durch eine entsprechende Verankerung im Grundgesetz im Wege der **Verfassungsänderung mit Zweidrittelmehrheit verfassungsrechtlich zulässig**.

Dass **Sperrklauseln im Verhältniswahlrecht** den nach Art. 79 Abs. 3 GG einer Verfassungsänderung unzugänglichen Kern des Demokratieprinzips, die **Verfassungsidentität** des Grundgesetzes, **nicht berühren, dürfte weitgehend Konsens sein**.

Dann ist aber eine antizipierte materielle Verfassungsänderung, wie sie in der Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit zum Vertrag von Lissabon lag oder jedenfalls die aktualisierte Zweidrittelmehrheit bei einer Zustimmung zum vorliegenden Gesetzesentwurf **ausreichend**, um eine Sperrklausel auch von 3 oder 5% für das deutsche Europawahlrecht zu tragen.

Es bestehen demnach die besseren Argumente dafür, dass der **Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung der Sperrklausel-Vorgabe** des DWA 2018 den **europarechtlich vorgegebenen Korridor für eine Sperrklausel von 2 bis 5 % voll ausschöpfen** kann.

e. Spielräume der Umsetzung einer Sperrklausel in zeitlicher Hinsicht: Zuwar- ten bis 2034?

Das Argument von der **Beschränkung auf die Umsetzung der Mindestvorgaben** lässt sich auch **zeitlich** auffassen, für die Frage, ab wann die Mindesthürde in Deutschland eingeführt werden muss. Nach dem DWA 2018 ist Einführung einer Sperrklausel „spätestens vor der Wahl zum Europäischen Parlament, die der ersten Wahl nach“ seinem Inkrafttreten folgt, zwingend.

Unionsrechtlich **möglich wäre zwar auch eine frühere Einführung** der Sperrklausel. Wiederum finden sich Stimmen (s.o.), die in Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Umsetzung auf das zwingend Vorgegebene beschränkt sehen. Das würde bei Inkrafttreten des DWA 2018 vor der Europawahl 2024 bedeuten, dass eine Sperrklausel in Deutschland erst 2029 gelten dürfte. Ratifizieren Spanien, Zypern oder Deutschland erst nach der Europawahl 2024, dann dürfte Deutschland **erst 2034** eine Sperrklausel einführen.

Die oben angestellten Überlegungen gelten indessen auch hier: Dass das BVerfG national einfachgesetzlich generierte Sperrklauseln für die EP-Wahlen in Deutschland als nicht ausreichend gerechtfertigt angesehen hat, bleibt für die vorliegende Zustimmung von Bundestag und Bundesrat außer Betracht: Da eine explizite, mit Zweidrittelmehrheit verabschiedete Grundgesetzänderung eine nur in Deutschland eingeführte Sperrklausel bei Europawahlen sicherlich tragen würde, kann nichts anderes gelten, wenn wie hier eine Zweidrittelmehrheit bei der Zustimmung zum Vertrag von Lissabon oder gar eine aktuelle Zweidrittelmehrheit für die Zustimmung zur Änderung des DWA besteht.

f. Verfassungsrechtlich gebotener Mindestabstand zwischen Wahlrechtsänderungen und EP-Wahl

Würden neben Deutschland auch Zypern und Spanien dem DWA 2018 noch vor der Europawahl 2024 zustimmen und das Umsetzungsgesetz, so wie von der CDU/CSU-Fraktion (Drucksache 20/4046) eingebracht, verabschiedet, könnte sich die Frage stellen, welche verfassungsrechtlich gebotenen **Mindestabstände zwischen Wahlrechtsänderungen und EP-Wahl** bestehen.

Das nach dem Vorschlag in BT-Drs. 20/4046 vorgesehene **bedingte Inkrafttreten** der Änderungen am deutschen Europa-Wahlgesetz würde bedeuten, dass die Regeln für die EP-Wahl in Deutschland sich bis unmittelbar vor der EP-Wahl ändern könnten.

aa. Empfehlungen der Venedig-Kommission: Ein Jahr Wahlrechtsstabilität vor der Wahl

Die Venedig-Kommission des Europarates empfiehlt in ihrem Verhaltenskodex für Wahlen – Leitlinien,⁵² dass Änderungen am Wahlrecht – unabhängig von der Intention oder Intensität der Änderung – unmittelbar, d. h. **ein Jahr vor der Wahl** zu unterlassen sind, weil diese in jedem Fall das Potential haben zu einer Beeinflussung und Verzerrung der Wahl zu führen.

Wörtlich heißt es im Verhaltenskodex für Wahlen der Venedig Kommission:

p. 10:

“The fundamental elements of electoral law, in particular the electoral system proper, membership of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries, should not be open to amendment less than one year before an election, or should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law.”

S. 10: (Leitlinien)

„Die **grundlegenden Elemente des Wahlrechts**, insbesondere **das eigentliche Wahlsystem**, die **Zusammensetzung der Wahlausschüsse** und die **Festlegung der Wahlkreisgrenzen**, sollten nicht weniger als **ein Jahr vor einer Wahl** geändert werden können, oder sollten in der Verfassung oder auf einer höheren Ebene als dem einfachen Recht verankert sein.“

⁵² Code of good practice in electoral matters) CDL-AD(2002)023rev2-cor, S. 10 (bei II.2.b.) und S. 24 (bei § 65).

p. 24 (explanatory report)

63. "Stability of the law is crucial to credibility of the electoral process, which is itself vital to consolidating democracy. Rules which change frequently – and especially rules which are complicated – may confuse voters. Above all, voters may conclude, rightly or wrongly, that electoral law is simply a tool in the hands of the powerful, and that their own votes have little weight in deciding the results of elections."

64. "In practice, however, it is not so much stability of the basic principles which needs protecting (they are not likely to be seriously challenged) as stability of some of the more specific rules of electoral law, especially those covering the electoral system per se, the composition of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries. These three elements are often, rightly or wrongly, regarded as decisive factors in the election results, and care must be taken to avoid not only manipulation to the advantage of the party in power, but even the mere semblance of manipulation."

S. 24 (erläuternder Bericht)

63. „Die Stabilität des Rechts ist entscheidend für die **Glaubwürdigkeit des Wahlprozesses**, die ihrerseits für die Konsolidierung der Demokratie von wesentlicher Bedeutung ist. Denn wenn sich die Regeln häufig ändern, kann der Wähler desorientiert sein und sie nicht mehr verstehen, insbesondere wenn sie sehr kompliziert sind; er kann vor allem zu Recht oder zu Unrecht denken, dass das Wahlrecht ein Instrument ist, das diejenigen, die die Macht ausüben, zu ihren Gunsten **manipulieren** [...].“

64. „Die Stabilität muss in der Praxis nicht so sehr in Bezug auf die Grundprinzipien garantiert werden, deren formale Infragestellung schwer denkbar ist, sondern in Bezug auf bestimmte genauere Regeln des Wahlrechts, insbesondere in Bezug auf das **Wahlrecht im eigentlichen Sinne**, die **Zusammensetzung der Wahlausschüsse** und die **Einteilung der Wahlkreise**. Diese drei Elemente erscheinen häufig – zu Recht oder zu Unrecht – als die entscheidenden Faktoren für das Ergebnis der Abstimmung und es sollten nicht nur Manipulationen zugunsten der Partei, die an der Macht ist, sondern auch nur der Anschein selbst von Manipulationen vermieden werden.“

bb. Keine Verbindlichkeit der Empfehlungen der Venedig-Kommission

Die Empfehlungen der Venedig-Kommission sind indessen **nicht rechtsverbindlich**. Sie haben zwar in der Rspr. des BVerfG einen hohen Stellenwert, welches seine Entscheidungen bislang intensiv an den Empfehlungen der Venedig-Kommission ausrichtet.⁵³

Dass aber auch die Leitlinien **vorrangig Hinweischarakter** haben belegt für Deutschland der Umstand, dass die in den Leitlinien empfohlene Verankerung des Wahlrechts „in der Verfassung oder auf einer höheren Ebene als dem einfachen Recht“ nicht einmal für das nationale Wahlrecht (Wahl zum Bundestag) besteht.

Die Leitlinien sind sehr allgemein gehalten, gehen daher auf Besonderheiten spezieller Wahlsysteme nicht ein. Entsprechend finden die **für Verhältnismäßigkeitsrecht typischen Sperrklauseln** in den Leitlinien der Venedig-Kommission **keine ausdrückli-**

⁵³ S. etwa BVerfGE 151, 152 (170 f.).

che Erwähnung. Fragen lässt sich damit, ob die Einführung einer Sperrklausel den in den Leitlinien genannten grundlegenden Elementen des Wahlrechts entspricht.

Daneben bestehen Argumente für eine **funktionale Differenzierung**: Seit dem Beschluss von 2018 steht die Einführung einer Sperrklausel im Raum, erfolgt also nicht überraschend, sie ist mit Blick auf die einstimmige Beschlussfassung sogar wahrscheinlich. Die **Glaubwürdigkeit des Wahlprozesses** oder ein **Anschein von Manipulation** sind daher vorliegend gar nicht berührt.

Zuzugeben ist, dass Sperrklauseln Einfluss auf die Wahlen haben können, deswegen werden diese ja eingesetzt. Die Venedig-Kommission konzentriert sich in ihrem Stabilitätsanliegen indessen sehr auf die Stabilitätserwartung der Wähler. Typischerweise geht es dabei um den **Zugang zur Wahl**.

So auch die typischen Fälle vor dem EGMR, bei denen die Empfehlungen der Venedig-Kommission eine Rolle spielen, s. etwa EGMR Ekoglasnost/Bulgarien, Nr. 30386/05 v. 6.1.2012.

Dies steht indessen bei Sperrklauseln nicht im Vordergrund: die **Teilnahme an der Wahl bleibt von einer Sperrklausel unberührt**, erst bei der Auszählung greift diese ein.

Auch für die politischen Kräfte ist gleichwohl die Frage, ob eine Sperrklausel besteht oder nicht von Interesse, nicht zuletzt unter dem Aspekt von **Koalitionsoptionen und konkreter Personalauswahl**. Vor diesem Hintergrund dürfte **maßgeblicher Zeitpunkt** für die Festlegung der Regeln für eine Wahl bei einer Verhältniswahl die **Listenaufstellung** sein. Diese findet in aller Regel einige Monate vor der Wahl statt, nicht ein ganzes Jahr. Die Einhaltung eines solchen Abstands sollte rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Wahl genügen.

Für die **Europawahl 2019** ging der AStV davon aus, dass die Regeln der EP-Wahl spätestens **zwei Monate vor der Wahl** festgelegt sein müssen und hat entsprechend eine Fristsetzung zur Notifikation der Zustimmung zum DWA 2018 festgelegt. Die Mitgliedstaaten wurden ersucht, eine nach Ablauf der Frist noch erfolgende innerstaatliche Zustimmung zum DWA 2018 bis zur Europawahl 2019 nicht mehr zu notifizieren, um eine Änderung der Wahlrechtslage in den zwei Monaten vor der Wahl zu vermeiden.

Ratsdok. 7688/19 v. 22.3.2019.

Ohne eine solche Absprache auf europäischer Ebene für die EP-Wahl 2024 wäre ein **rechtsstaatlich gebotener Abstand** nach der **Konzeption des Gesetzesentwurfs in BT-Drs. 20/4046 nicht gesichert**. Dort hinge die Geltung einer Sperrklausel von der Zustimmung des letzten Mitgliedstaates zur Änderung des DWA ab, diese könnte auch erst wenige Tage vor der Europawahl 2024 erfolgen, würde dann in Deutschland eine Änderung der Wahlrechtsregeln bewirken. Dass der Bundesgesetzgeber die Änderungen am EuWahlG jederzeit aufheben könnte, falls ein Inkrafttreten zu nah an den Europawahlen droht, ändert nichts daran, dass sich die Wahlregeln möglicherweise zu nah am Wahltermin ändern würden.

Diese **Unsicherheit über das zur Anwendung kommende Wahlrecht** im Hinblick auf Bestehen oder Nichtbestehen einer Sperrklausel wäre **nicht mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an Wahlen vereinbar.**
