

Ein (Bären-)Dienst an der Europäischen Demokratie?

Zur Aufhebung der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht

Markus Kotzur und Felix Heidrich*

Inhalt

A. Einleitung: Wer die Macht hat oder sie haben sollte	259
B. Die besondere Bedeutung der Gleichheit der Wahl für das demokratische Gemeinwesen – national-verfassungsstaatlich wie europäisch gedacht	261
C. Besondere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die Wahlrechtsgleichheit und die streng formale Chancengleichheit der Parteien	263
D. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungswidrigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG – die Einzelfragen	265
I. Zur Determination des Prüfungsmaßstabes	265
II. Zur verfassungsrechtlichen Kontrolldichte	267
III. Zur Anpassung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes an die demokratische Gestaltungsmacht und Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments	270
E. Schlussbetrachtung: Nochmals – wer die Macht hat oder die Macht haben sollte	271

A. Einleitung: Wer die Macht hat oder sie haben sollte

„Wahlrechtsfragen sind Machtfragen“ – mit diesem für die parlamentarische Demokratie unbestreitbaren Wirklichkeitsbefund eröffnete der Düsseldorfer Parteien- und Parlamentsrechtler *Morlok* seine Rezension¹ der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zur europawahlrechtlichen Fünf-Prozent-Sperrklausel.² Wie recht er hatte und noch immer hat, bestätigt die seitherige Entwicklung. Die Karlsruher Richter verwarfen in ihrer Entscheidung vom November 2011 die Sperrklausel als verfassungswidrig und urteilten damit nicht nur über die Chancengleichheit politischer Parteien, sondern nahmen – jedenfalls implizit –

* Prof. Dr. Markus Kotzur LL.M. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter Felix Heidrich, Universität Hamburg.

1 *Morlok*, Chancengleichheit ernst genommen – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl, JZ 2012, S. 76.

2 BVerfGE 129, 300.

auch zur *demokratischen Gestaltungsmacht* des Europäischen Parlaments Stellung.³ Der Bundestag machte daraufhin von der ihm eigenen *gesetzgeberischen Handlungsvollmacht* Gebrauch und verwandelte die Fünf-Prozent- kurzerhand in eine Drei-Prozent-Sperrklausel. Manche sahen darin einen schlichten *Machtmissbrauch* unter Missachtung des verfassungsgerichtlichen Urteils, andere wiederum ein legitimes Ausloten von *Machtspielräumen*, die Karlsruhe bewusst eingeräumt habe und schon aus Gründen der Gewaltenteilung (einschließlich der Einschätzungsprärogative der Legislative) auch habe einräumen müssen.⁴ Es kam, wie es kommen musste. Auch die Neuregelung landete auf dem Karlsruher Richtertisch und hielt nicht stand – allerdings mit einer knappen 5:3-Mehrheit und einem, so *Grzeszick*, „markanten Sondervotum“.⁵

Es liegt nun in der Natur umstrittener Gerichtsentscheidungen, dass sie sich – ausgehend von ganz unterschiedlichen Vorverständnissen⁶ – aus den verschiedensten Perspektiven lesen und anhand *divergierender Narrativen* deuten lassen. So kann im Sinne einer demokratischen Fortschrittserzählung das jüngste höchstrichterliche Votum zur Drei-Prozent-Klausel als eine Stärkung demokratischer Partizipationschancen und damit als Einladung zur intensiveren demokratischen Teilhabe an der Wahl zum Europäischen Parlament gedeutet werden.⁷ Europas Einheit in Vielfalt lebt gewiss auch von seiner Parteienvielfalt.⁸ Je mehr Parteien sich um Sitze im Europäischen Parlament bewerben, je engagierter sie sich auf den europäischen demokratischen Wettbewerb einlassen, umso größer ist die de-

3 Entsprechend kontrovers fiel das Echo in der Literatur aus. In der Tendenz oder im Ergebnis zustimmend etwa von *Arnim*, Was aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur 5-Prozent-Klausel bei den Europawahlen folgt, DÖV 2012, S. 224 ff.; *Ehlers*, Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments mittels einer Sperrklausel im deutschen Wahlrecht – Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2012, ZG 2012, S. 188 ff.; *Lembcke/Peuker/Seifarth*, Wandel der Wahlrechtsrealitäten – Zur Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 7 EuWG, DVBl. 2012, S. 401 ff.; *Morlok*, (Fn. 1), S. 76 ff.; *ders./Kühr*, Wahlrechtliche Sperrklauseln und die Aufgaben einer Volksvertretung, JuS 2012, S. 385 ff.; *Roßner*, Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, NVwZ 2012, S. 22. Ablehnend demgegenüber *Eilert*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 9.11.2011, DVBl. 2012, S. 234 f.; *Geerlings/Hamacher*, Der Wegfall der Fünf-Prozent-Klausel bei Europawahlen, DÖV 2012, S. 671 ff.; *Grzeszick*, Demokratie und Wahlen im europäischen Verbund der Parlamente – Zum Urteil des BVerfG über Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament, EuR 2012, S. 666 ff.; *Schönberger*, Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, JZ 2012, S. 80 ff.

4 Nachweise etwa bei *Frenz*, Die Verfassungskonformität der 3-Prozent-Klausel für Europawahlen, NVwZ 2013, S. 1059 ff.

5 *Grzeszick*, Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3 %-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament, NVwZ 2014, S. 537.

6 Längst klassisch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl bei der Rechtsfindung, 1972.

7 „Ohne Hürden? Europawahl 2014“ fragen etwa *Hoffmann/Tappert* in ihrem gleichnamigen Beitrag (NVwZ 2014, S. 630 ff.); *Lenski*, Wer hat Angst vor Franken und Rentnern?, Wie Karlsruhe den europäischen Wähler stärkt, VerBlog v. 27.2.2014, www.verfassungsblog.de/wer-hat-angst-franken-und-rentnern-wie-karlsruhe-europaeischen-waehler-staerk (25.6.2014); *Zeitmann*, Warum das Bundesverfassungsgericht (erneut) Recht hat, <http://jean-monnet-saar.eu/?p=259> (25.6.2014).

8 Siehe schon *Tsatsos*, Europäische politische Parteien?, EuGRZ 1994, S. 45 ff.; *Huber*, Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene, EuR 1999, S. 59 ff.; weitere Nachweise bei *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 224 AEUV, Literaturübersicht und Rdnr. 1.

mokratische Legitimation der in einem vielfältigen und offenen politischen Prozess kreierten Vertretungskörperschaft.⁹ Doch auch eine ganz andere, europakritische Lesart ist denkbar. Weil Karlsruhe das Europäische Parlament als echte parlamentarische Vertretungskörperschaft mit weitreichenden Rechtssetzungsbefugnissen nicht hinreichend ernst nimmt, ist sein Maßstab großzügiger als auf nationaler Ebene, erscheint ihm eine Beeinträchtigung der – ohnehin begrenzteren – Funktionsfähigkeit durch Parteienzersplitterung weniger wahrscheinlich, auch weniger gravierend.¹⁰ Im Jahre 1979 hatte das Bundesverfassungsgericht die damalige Fünf-Prozent-Sperrklausel für die (ersten Direkt-)Wahlen zu einem deutlich schwächeren Europäischen Parlament als zulässig erachtet.¹¹ Ist das Gericht seither mutiger in Sachen Demokratie¹² oder kritischer in Sachen europäischer Integration geworden?¹³ Ist das jüngste Urteil Fluch oder Segen in Sachen europäischer Demokratie, Fortschritts- oder Rückschrittserzählung?¹⁴ Die Wahrheit liegt, wie so oft, in der Mitte.

B. Die besondere Bedeutung der Gleichheit der Wahl für das demokratische Gemeinwesen – national-verfassungsstaatlich wie europäisch gedacht

Vor Detailanalysen und -bewertungen von Sperrklauseln steht zunächst eine *Selbstvergewisserung* über das Grundsätzliche. Sie beginnt mit einem schlichten, aber in seiner Tragweite kaum zu überschätzenden Befund. Freiheit und Gleichheit sind für den demokratischen Verfassungsstaat gleichermaßen konstitutiv.¹⁵ Es geht in der Demokratie um (chancen-)gleiche Freiheit und gleichberechtigte Selbstbestimmung aller Bürgerinnen und Bürger, individuell und kollektiv gedacht. Die vielberufene „Gleichheit in der Freiheit“¹⁶ ist damit Voraussetzung, Funktionsbedingung und Integrationsziel demokratischer Herrschaftsorganisation – auch der *demokratischen Herrschaftsorganisation auf unionaler*

9 *Morlok*, (Fn. 1), S. 76.

10 Dazu *Mayer*, Groundhog Day in Karlsruhe: Und täglich grüßt das Murmeltier ..., *VerfBlog* v. 27.2.2014, www.verfassungsblog.de/groundhog-day-in-karlsruhe-und-taeglich-gruesst-murmeltier/ (25.6.2014).

11 BVerfGE 51, 222.

12 Auch auf kommunaler Ebene hat das Gericht vor Sperrklauseln hohe Hürden errichtet, BVerfGE 120, 82.

13 In diese Richtung jedenfalls mögen die Maastricht-Entscheidung, BVerfGE 89, 155, die Lissabon-Entscheidung, BVerfGE 123, 267 und weitere Judikate aus jüngerer Zeit weisen.

14 Besonders drastisch in seiner Kritik *Prantl*, Das Europaparlament – ein Rummelplatz für die Demokratie, *Süddeutsche.de* v. 26.2.2014: „Karlsruher Urteile sind häufig ein Segen für Demokratie und Rechtsstaat. Dieses Urteil nicht. Es ist eine Katastrophe, eine Katastrophe für die parlamentarische Demokratie in Europa. Es legt sich wie ein dunkler Schatten auf die Europawahl am 25. Mai.“

15 *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 13; *Hatje*, Demokratie als Wettbewerbsordnung, *VVDStRL* 69 (2010), S. 139 f.; klassisch *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920; *ders.*, Foundations of Democracy, 1955; die demokratietheoretischen Schriften von *Kelsen* finden sich auch in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, Abhandlungen zur Demokratietheorie, 2006.

16 *Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: *HStR*, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 181, Rdnr. 64 ff.; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *HStR*, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24, Rdnr. 41; *Wild*, Die Gleichheit der Wahl, 2003, S. 11 bezeichnet die Wahlrechtsgleichheit als „Fundamentalnorm der egalitären Demokratie“.

Ebene. Das Primärrecht spricht spätestens seit Lissabon eine diesbezüglich eindeutige Sprache. Dass das heutige Europäische Parlament in den Gründerjahren eine bloße „Versammlung“ war, bestückt aus Abgeordneten der Mitgliedstaaten,¹⁷ erscheint nur noch als historische Reminiszenz und Beweis für nachhaltigen Wandel. Artikel 2 Abs. 1 EUV rechnet Freiheit, Gleichheit und Demokratie zu den grundlegenden Werten, auf denen die Europäische Union beruht und aus denen sie ihre (konstitutionelle, vor allem demokratische) *Identität* gewinnt.¹⁸ Die Fundamentalprinzipien freiheitlicher Demokratie, die sich in der *mitgliedstaatlichen res publica* entwickelt haben und zugleich die mitgliedstaatlichen Gesellschaftsordnungen prägen, wirken für die Union ihrerseits *konstitutiv*. Sie müssen die demokratische Legitimationsleistung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger steuern und im Wahlrecht zum Europäischen Parlament entsprechend konsequenten Ausdruck finden. Die Vorschriften des Wahlrechts sind nämlich, wie es *Roßner* mit einem anschaulichen Bild verdeutlicht, „Wechselstuben der Demokratie“: „Sie tauschen die Währung politischer Zustimmung in die harte Münze staatlicher Macht und legen dabei die geltenden Wechselkurse von Wählerstimmen in Parlamentssitze sowie die Bedingungen des Umtausches fest.“¹⁹ Nur die an den Prinzipien von *Freiheit* und *Gleichheit* orientierten Wechselkurse sind legitim – und vom Legitimationsanspruch her gedacht rational.

Die subjektiv- wie objektivrechtliche Garantie chancengleicher, freier Wahlen übernimmt für den grundgesetzlichen Verfassungsstaat Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Norm ermöglicht und begrenzt – gerade im Zusammenspiel mit den spezifisch demokratischen Freiheitsrechten (Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG; Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG) – den (Parteien-)Wettbewerb um die Mehrheit, denkt ihn als fairen, chancengleichen Wettbewerb, der seinerseits wiederum in den parlamentarischen Mehrheitsentscheidungen nach Art. 42 Abs. 2 GG mündet.²⁰ Mit den Wahlrechtsgrundsätzen der Allgemeinheit, der Unmittelbarkeit, der Freiheit, der Gleichheit und der Geheimheit werden *qualitative* Anforderungen an den Wettbewerbsmodus der Wahl formuliert.²¹ Der Regelungskontext zum Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, zur Volkssouveränität gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG und zu den in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG niedergelegten demokratischen Grundsätzen ist offensichtlich. Artikel 38 Abs. 1 Satz 2 GG normiert die Rechtsstellung des Abgeordneten, die ihrerseits von der Freiheit und der Gleichheit des Wahlvorganges lebt. Das genau meint das eben zitierte Bild von der Wechselstube. Aus alledem folgt die konstitutive Bedeutung freier und gleicher Wahlen für den demokratischen Verfassungsstaat: Sie *ermöglichen* und *aktualisieren* stets aufs Neue jene politische Einheit, die seine Existenz bedingt und sich in ihm zur konstitutionellen Ordnung entfaltet.²²

17 Sieh dazu auch *Hoffmann/Tappert*, (Fn. 7), S. 630 ff.

18 *Geiger*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, (Fn. 8), Art. 2 EUV, Rdnr. 2 ff.

19 *Roßner*, (Fn. 3), S. 22.

20 *Kotzur*, Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), S. 195 m.w.N.

21 Etwa *Brenner*, Die Entwicklung des Wahlrechts und der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit im wiedervereinigten Deutschland, AöR 116 (1991), S. 537 ff.

22 *Magiera*, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979, S. 104 f.; aus der Rspr. des BVerfG etwa BVerfGE 20, 56 (114).

Modifiziert legt auch die Europäische Union ihrer immer neu zu aktualisierenden Integrationsleistung dieses Modell zugrunde. Ihre Arbeitsweise beruht gemäß Art. 10 Abs. 1 EUV auf der repräsentativen Demokratie. Artikel 10 Abs. 3 EUV sagt den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern ein Recht auf Teilnahme am demokratischen Leben zu und Art. 10 Abs. 4 EUV betont zu diesem Zweck die Rolle der politischen Parteien auf europäischer Ebene.²³ Artikel 14 Abs. 3 EUV und Art. 39 Abs. 2 GrCh formulieren die unionalen Wahlrechtsgrundsätze. Garantiert sind allgemeine, unmittelbare, freie und geheime, aus faktischen Gründen jedoch keine gleichen Wahlen.²⁴ Hätten nämlich bei einer Wahlkreiseinteilung, die nationalstaatliche Grenzen nicht überschreitet, die Stimmen aus dem bevölkerungsreichsten Mitgliedstaat denselben Erfolgswert wie diejenigen aus dem bevölkerungsärmsten, so würde die Zahl der Europaabgeordneten das für ein arbeitsfähiges Parlament noch erträgliche Maß von „750+1“ Abgeordneten weit überschreiten. Das zählwertgleiche „one man, one vote“ ist auf europäischer Ebene zwar realisiert, die Erfolgswertgleichheit („one man, one value“) aber nicht.²⁵ Artikel 223 AEUV schließlich kennt nur die allgemeine und unmittelbare Wahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments.²⁶ Das Wahlverfahren soll entweder einheitlich oder im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen ausgestaltet werden.²⁷ Dass es an einer einheitlichen unionsrechtlichen Regelung fehlt und die Ausgestaltung der Wahlen den Mitgliedstaaten übertragen bleibt, ist gerade angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Sperrklauseln ein bedauerliches Defizit.²⁸ Die Union sollte die Chance nutzen, durch ein gemeineuropäisches Wahlrecht die Funktionsfähigkeit seines Parlaments zu schützen und zu stärken.²⁹

C. Besondere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die Wahlrechtsgleichheit und die streng formale Chancengleichheit der Parteien

Damit ist freilich noch nichts über Sinn und Unsinn, Zulässigkeit und Grenzen, Funktionalität, Verfassungskonformität und Demokratiekompatibilität von Sperrklauseln gesagt.

23 Geiger, (Fn. 18), Art. 10 EUV, Rdnr. 3 ff.; Tsatsos, (Fn. 8), S. 45 ff.; Streinz, Die „Verfassung“ der Europäischen Union nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages und dem Vertrag von Lissabon, ZG 23 (2008), S. 120 f.

24 Die Problematik der Gleichheit bei den Wahlen zum Europäischen Parlament beleuchtet Huber, Die Rolle des Demokratieprinzips im europäischen Integrationsprozess, in: Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch der Staats- und Verwaltungswissenschaft 6 (1992/1993), S. 199 ff.

25 Etwa Lenz, Die Wahlrechtsgleichheit und das Bundesverfassungsgericht, AöR 121 (1996), S. 337 ff.; umfassend aufbereitet bei Wild, Die Gleichheit der Wahl – dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, 2003.

26 Kotzur, (Fn. 8), Art. 223 AEUV, Rdnr. 7.

27 Anastassopoulos, The Debate on the System of Electing the Members of the European Parliament, 2002; Hovehne, Ein demokratisches Verfahren für die Wahlen zum Europäischen Parlament, 1999.

28 In diesem Sinne argumentiert auch Wernsmann, Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, JZ 2014, S. 23 ff.

29 Zur Idee des „Gemeineuropäischen“ Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, S. 265; ders., Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, 2013, S. 30 und öfter.

Die Ausgangsthese lässt sich klar formulieren. Sperrklauseln wollen die demokratische Gestaltungsmacht der Parlamente dadurch stärken, dass sie die Erfolgswertgleichheit der Wahl durchbrechen und letztlich auch die Chancengleichheit politischer Parteien beeinträchtigen, also zur *Sicherung der Demokratie* ein wesentliches Moment demokratischer Teilhabe *relativieren*.³⁰ Das bedarf schon aufgrund der streng-formalen Gleichheit der Wahl zwingender Rechtfertigungsgründe. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung der gesetzgeberischen Gestaltungsmacht daher enge Grenzen gezogen. Seine Spielräume für Differenzierungen bei der Erfolgswertgleichheit müssen durch Gründe gerechtfertigt werden, die ihrerseits von der Verfassung legitimiert und von solch erheblichem Gewicht sind, dass sie der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten können.³¹

Im Einzelnen: Die Sperrklauseln verletzen das Prinzip der Erfolgswertgleichheit, da alle für eine unter dem Quorum bleibende Partei oder Wählervereinigung abgegebenen Stimmen bei der Sitzverteilung unberücksichtigt bleiben. Zugleich bevorzugen Quoren die größeren (Volks-)Parteien und Wählervereinigungen – auch im Vorfeld der Wahl, da der Wähler zögern mag, einer Partei die Stimme zu geben, die aller Voraussicht nach nicht im Parlament vertreten sein wird – und beeinträchtigen damit die Chancengleichheit der Parteien. Sie sind nach alledem nur dann zulässig, wenn die eben skizzierten „zwingende Gründe“ eine entsprechende Differenzierung rechtfertigen.³² Der Wahlakt ist kein Selbstzweck, sondern hat die Schaffung eines handlungs- und damit funktionsfähigen Parlaments zum Ziel. Eine Parteienzersplitterung könnte die Bildung stabiler Mehrheiten erschweren, wenn nicht gar vereiteln.³³ Angesichts der Erfahrungen in der Weimarer Republik und im europäischen Ausland scheint auf Bundes- und Länderebene die Fünf-Prozent-Klausel gerechtfertigt und wurde von der Karlsruher Rechtsprechung bestätigt. Zwar trägt allein das historische „Weimar-Argument“ nicht mehr, da sich die Lebensverhältnisse heute grundlegend gewandelt haben und die Bundesrepublik Deutschland zu einer stabilen, belastungsfähigen Demokratie erwachsen ist.³⁴ Wird die historische aber um eine komparatistische Dimension erweitert, so zeigt sich, dass entsprechende Funktionsbeeinträchtigungen auch „erwachsene“ Demokratien erschüttern können.³⁵

Ob für die Wahlen zum Europäischen Parlament aufgrund der anders gelagerten *Integrationsdynamik* großzügigere Maßstäbe gelten sollten, ist eine durchaus berechtigte Frage. Voreilige Antworten verbieten sich. Maßstäblich muss hier aber auch das sein, was das Bundeverfassungsgericht für die nationalen Parlamentswahlen anmahnt. Es gilt, den Charakter der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes³⁶ – hier der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger – zu sichern, es gilt aber auch, die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung bzw. Repräsentationskörperschaft zu ge-

30 Aus der Literatur *Kißlinger*, Das Recht auf politische Chancengleichheit, 1998.

31 So die st.Rspr., vgl. etwa BVerfGE 1, 208 (248); 6, 84 (92); 95, 408 (418); 129, 300 (320); 130, 212 (227 f.).

32 BVerfGE 1, 208 (248 f.).

33 BVerfGE 1, 208 (247); 20, 56 (99); 95, 408 (418).

34 So *Frotscher*, Die parteienstaatliche Demokratie – Krisenzeichen und Zukunftsperspektiven, DVBl. 1985, S. 917 ff.

35 Ausnahmen von der Fünf-Prozent-Hürde zugunsten nationaler Minderheiten sind vom Bundesverfassungsgericht anerkannt, etwa BVerfGE 6, 77 (83).

36 BVerfGE 95, 408 (418).

währleisten.³⁷ Damit hängt die Rechtfertigung von Sperrklauseln in hohem Maße davon ab, unter welchen Funktionsbedingungen und mit welchen Kompetenzen ausgestattet eine Volkvertretung ihre demokratische Gestaltungsmacht ausübt. Das ist die zentrale Perspektive des Karlsruher Gerichts. In seinen Entscheidungen zur Fünf- und jetzt zur Drei-Prozent-Klausel hat es daher nicht nur in Sachen Gleichheit der Wahl judiziert, sondern zugleich dem Europäischen Parlament eine spezifische Rolle zugeschrieben. Solchen Zuschreibungen wohnt das Risiko der Anmaßung inne. Sie bedürfen großer Sorgfalt und Zurückhaltung, gerade weil das vielfach beschworene „Kooperationsverhältnis“³⁸ nicht nur Respekt vor dem EuGH, sondern auch vor den anderen Unionsorganen, allen voran dem Europäischen Parlament impliziert.

D. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungswidrigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG – die Einzelfragen

I. Zur Determination des Prüfungsmaßstabes

Wie bereits angedeutet, ist das Wahlrecht zum Europäischen Parlament im Unionsrecht nur fragmentarisch geregelt.³⁹ Von Art. 223 Abs. 1 AEUV hat der EU-Gesetzgeber bislang keinen Gebrauch gemacht, Art. 14 Abs. 3 EUV und Art. 39 Abs. 2 GrCh umreißen als typische „Verfassungsnormen“ nur die Wahlrechtsgrundsätze. Präzisierende Rahmenvorgaben macht der Direktwahlakt (DWA), im Jahre 1976 für die erste Direktwahl des Europäischen Parlaments (1979) erlassen und 2002 einer gründlichen Revision unterzogen.⁴⁰ Der Akt legt ein Verhältniswahlssystem fest (Art. 1 Abs. 1 DWA) und überlässt, vorbehaltlich seiner eigenen Festlegungen, den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung des Wahlrechts nach den Vorschriften ihres innerstaatlichen Rechts. In der Bundesrepublik Deutschland geschieht dies durch das Europawahlgesetz (EuWG)⁴¹ und die Europawahlordnung (EuWO).⁴²

Artikel 3 DWA billigt den Mitgliedstaaten die Einführung einer Mindestschwelle für die Sitzvergabe zu, die landesweit nicht mehr als fünf Prozent der abgegebenen Stimmen betragen darf. Eine regelrechte Aufforderung zur Einführung entsprechender Mindestschwellen enthielt Ziffer 4 der (rechtlich unverbindlichen) EntschlieÙung des Europäischen Par-

37 Vgl. wiederum BVerfGE 1, 208 (247 f.); 4, 31 (40); 6, 84 (92 ff.); 51, 222 (236 f.); 82, 322 (338); 95, 408 (418); 120, 82 (111); 129, 300 (320 f.).

38 BVerfGE 89, 155 (insbes. 175); *Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

39 *Will*, Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, NJW 2014, S. 1421.

40 ABl. L 278 v. 8.10.1976, S. 5, ber. ABl. L 326 v. 25.11.1976, S. 32: Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments v. 20.9.1976; zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndB 2002/772/EG, Euratom v. 25.6.2002, ABl. L 283 v. 21.10.2002, S. 1.

41 Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland (Europawahlgesetz – EuWG) i.d.Fassung der Bekanntmachung v. 8.3.1994, BGBl. 1994 I, 423, 555, 852, zuletzt geändert durch Art. I des Gesetzes v. 7.10.2013, BGBl. 2013 I, 3749.

42 Europawahlordnung (EuWO) i.d.Fassung der Bekanntmachung v. 2.5.1994, BGBl. 1994 I, 957, zuletzt geändert durch Art. 1 der VO v. 16.12.2013, BGBl. 2013 I, 4335.

laments vom 22. November 2012.⁴³ Für das Bundesverfassungsgericht ist dies kein Anlass, den möglicherweise europarechtlich determinierten Prüfungsmaßstab genauer in den Blick zu nehmen oder gar im Wege einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV den EuGH zur Auslegung von Art. 3 DWA anzurufen.⁴⁴ Das Urteil vom 26. Februar 2014 unterscheidet sich zwar insoweit von dem des 9. November 2011, als dass der Senat überhaupt zur Auslegung von Art. 3 DWA Stellung bezieht, dennoch fehlt es an einer Würdigung der Tatsache, dass die Vorschrift vor dem Hintergrund der Entscheidung des Senats seines Anwendungsbereichs beraubt wird.⁴⁵ Folgt man sodann der Auffassung des Senats, Art. 3 DWA eröffne lediglich die Möglichkeit zur Schaffung von Mindestschwellen, ohne bereits Aussagen über die Zulässigkeit derselben zu treffen, sind *Spannungen* zwischen Unionsrecht und nationalem Recht vorprogrammiert. Es erscheint nicht widerspruchsfrei, unionsrechtliche Vorgaben (nur) über die Möglichkeit von Mindestschwellen zu machen, für die dann nach nationalem Recht kein Anwendungsspielraum mehr bleibt. Gewiss, Art. 3 DWA könnte angesichts der heutigen Maßstäbe europäischer Demokratie selbst unionsrechtlich sein. Dies festzustellen wäre dann jedoch Sache des EuGH. So ließen sich die gerade angedeuteten Spannungen *kooperativ* auflösen.⁴⁶ Ausreichend wäre freilich schon, der Senat würde von seiner „Zwei-Reiche-Lehre“⁴⁷ abrücken und deutlicher als bisher anerkennen, dass unionsrechtliche Vorgaben und nationales Recht sich nicht lediglich an den Außenkanten ihres Anwendungsbereichs berühren, sondern vielmehr *Schnittmengen* bilden.⁴⁸ Die Möglichkeit zur Schaffung von nationalen Sperrklauseln durch die grundlegende Überarbeitung des Direktwahlakts im Jahre 2002 ist daher in Einklang mit den jeweiligen nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu bringen. Das bedeutet auch, dass der unionsrechtlichen Maßgabe überhaupt ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleiben muss, wenn schon – mit der Begründung des Bundesverfassungsgerichts – nicht im Rahmen des Prüfungsmaßstabes, dann doch wenigstens im Rahmen der Ausgestaltung der Kontrolldichte oder der Anforderungen an die Rechtfertigung im Allgemeinen. Vor diesem Hintergrund wäre eine intensivere Auseinandersetzung mit den Wirkungen der europarechtlichen Vorgaben wünschenswert gewesen.⁴⁹

43 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 22.11.2012 zu den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2014 (2012/2829 (RSP)).

44 Aufgrund von Entstehungsgeschichte der Neufassung des Direktwahlakts, Sinn und Zweck sowie Wortlaut der Vorschrift sei das Ergebnis der Auslegung zweifelsfrei, sodass keine Notwendigkeit für eine Vorlage zum EuGH bestehe, vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 44. Für eine umfassende Prüfung des Art. 3 DWA an primärem Unionsrecht, insbesondere dem in Art. 10 EUV verankerten Demokratieprinzip, spricht sich hingegen *Wernsmann*, (Fn. 28), S. 24, aus.

45 Diesen Aspekt heben insbesondere *Grzeszick*, (Fn. 5), S. 538; und *Wernsmann*, (Fn. 28), S. 24, hervor.

46 Dazu wiederum *Vofßkuhle*, (Fn. 38), S. 1 ff.

47 So *Schönberger*, (Fn. 3), S. 82.

48 Nichts anderes meint das Verbundmodell. Dazu etwa *Pernice*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *Common Market Law Review* 36 (1999), S. 703 ff.; fortentwickelt bei *Knauff*, *Der Regelverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010.

49 So deutlich gefordert von *Grzeszick*, (Fn. 5), S. 538.

II. Zur verfassungsrechtlichen Kontrolldichte

Zutreffend stellt der Senat heraus, dass es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sei, den dem Gesetzgeber verbleibenden, eng bemessenen Spielraum für Differenzierungen im Rahmen der Wahlrechtsgleichheit durch Überprüfung aller relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte selbst zu ermitteln oder gar die gesetzgeberische Abwägung durch eine eigene zu ersetzen.⁵⁰ Doch hält sich das Gericht nicht allzu eng an seine selbst-gesetzten Prämissen.⁵¹ Zur Verdeutlichung: Unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten ist die Ausgestaltung des Wahlrechts unbestrittene Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Judikative. Dies wird für die Wahlen zum Deutschen Bundestag bereits aus Art. 38 Abs. 3 GG unmissverständlich deutlich. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich zu prüfen, ob die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums überschritten sind.⁵² Hier gelten die oben dargelegten Grundsätze zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wahlrechtsgleichheit – die Terminologie wählt auch Karlsruhe, obwohl es sich um ein Gleichheitsrecht handelt – bzw. in die Chancengleichheit der politischen Parteien. Im Vergleich zum Urteil aus dem Jahr 2011 bringt die aktuelle Entscheidung Klarheit bezüglich der Anforderungen an die zu erwartenden Funktionsbeeinträchtigungen des Europäischen Parlaments. Während das erstgenannte Urteil einmal von der „mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende[n] Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit“⁵³ spricht, im weiteren Verlauf aber auf die Funktionsunfähigkeit des Europäischen Parlaments abstellt,⁵⁴ hebt Karlsruhe nunmehr wieder auf die „[...] Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane“⁵⁵ ab, verlangt aber als Maßstab für die Wahrscheinlichkeitserwägungen „bestehende[r] oder bereits gegenwärtig verlässlich zu prognostizierende[r] künftige Umstände“.⁵⁶

Die Bestimmung des Merkmals „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ erfordert durchaus interpretatorische Finesse. Dem Adjektiv „einige“ kann sowohl die Bedeutungen „beträchtlich“ als auch „ein wenig, nicht allzu viel“ zukommen.⁵⁷ Manchem mag das spitzfindig erscheinen. Verfassungsrichter *Müller* schlussfolgert in seinem abweichenden Sondervotum jedoch überzeugend, dass selbst mit der (ambivalenten) Terminologie des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber zwischen der *rein theoretischen Möglichkeit* und dem *sicheren Eintritt* einer Funktionsbeeinträchtigung ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibt, in dem er seine Prognose hinsichtlich der zu erwartenden Beeinträchtigungen aufstellen kann.⁵⁸ Wer den von der Senatsmehrheit festgesetzten Kontrollmaßstab ernst nimmt, kann dann aber kaum, wie im vorliegenden Urteil geschehen, zu einer (punkt-)genauen Vorgabe jenes Grades an Wahrscheinlichkeit kommen, ab dem

50 BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 59.

51 Das arbeitet die abweichende Meinung von Richter *Müller*, BVerfG, NVwZ 2014, 446, Rdnr. 6 a.E., pointiert heraus.

52 So schon BVerfGE 95, 408 (420).

53 BVerfGE 129, 300 (323).

54 BVerfGE 129, 300 (332).

55 BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 61.

56 Ibid. Zum Ganzen *Grzeszick*, (Fn. 5), S. 539.

57 Vgl. www.duden.de/rechtschreibung/einige (25.6.2014).

58 Abweichendes Sondervotum des Richters *Müller*, BVerfG, NVwZ 2014, 446, Rdnr. 9.

eine Funktionsbeeinträchtigung anzunehmen sei.⁵⁹ Entscheidet sich der Gesetzgeber nämlich unter Ausschöpfung des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums anders, droht die Grenze zwischen Kontrolle der gesetzgeberischen Prognose und schlichter „Ersatzprognose“ durch die dritte Gewalt gefährlich zu verschwimmen.⁶⁰

Sprechen noch andere gewichtige Argumente für eine Begrenzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums? So könnte der nationale Gesetzgeber doch erst den Wirklichkeitstest abwarten⁶¹ und, sollte es durch den Wegfall der Sperrklausel *tatsächlich* zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments kommen, durch die nachträgliche Wiedereinführung einer Sperrklausel-Regelung der Entwicklung gegensteuern.⁶² Dies unterscheidet das Europaparlament gerade von den nationalen Parlamenten: Sei der Deutsche Bundestag an die Grenzen seiner Funktionsfähigkeit gestoßen, sodass regierungstragende Mehrheitsbeschlüsse unmöglich würden, komme jegliches Gesetzgebungsverfahren zum Erliegen; eine nachträgliche Änderung des Wahlrechts zur Wiedereinführung einer Sperrklausel könne diese *gravierende Funktionsbeeinträchtigung* nicht mehr *ex post* korrigieren: und zwar schon deshalb nicht, weil der solchermaßen funktionsgestörte Bundestag einer Wiedereinführung kaum zustimmen dürfte. Anders die Situation beim Europawahlrecht: Dieses ist lediglich unionsrechtlich determiniert, aber der Sache nach nationales Recht und liegt in der Kompetenz des Bundestages. Dieser bliebe bei einer Funktionsstörung des Europäischen Parlaments weiterhin handlungsfähig und könnte – müsste sogar aus Gründen der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV)⁶³ – eingreifen.

Das gelänge jedoch frühestens für die nächste Wahlperiode. Eine Möglichkeit zur vorzeitigen Auflösung des Parlaments und zur Ausschreibung von Neuwahlen, die für den Deutschen Bundestag immerhin über die Umwege aus Art. 63 Abs. 4 Satz 3 GG bzw. Art. 68 Abs. 1 GG besteht, kennt das Primärrecht der Union nicht. Das Europäische Parlament wäre also für den Zeitraum von fünf Jahren in einem Zustand der Funktionsbeeinträchtigung und damit der Lähmung des politischen Prozesses gefangen. Konsequenterweise bedeutet dies auch, dass es seine Aufgabe, der gesamten Europäischen Union ein Mehr an demokratischer Legitimation zu verschaffen,⁶⁴ nicht hinreichend erfüllen könnte. Das Europäische Parlament ist spätestens seit Lissabon echter Mitgesetzgeber; hier realisiert sich nicht nur die unmittelbare Legitimationsleistung durch Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, hier geht es um die funktional-demokratische Legitimation der Union insgesamt. Ein handlungsunfähiges Parlament konterkariert eine *zentrale Wahlfunktion*: den repräsentativ wirksam werdenden *Integrationsvorgang* bei der politischen Willensbildung

59 So aber das Urteil v. 26.2.2014, wenn gefordert wird, es seien bestehende oder bereits gegenwärtig verlässlich zu prognostizierende künftige Umstände zugrunde zu legen, vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 61.

60 Vgl. Grzeszick, (Fn. 5), S. 539.

61 Mit einer Drei-Prozent-Sperrklausel wären nach den Wahlen v. 25.5.2014 die folgenden deutschen Parteien nicht im Europaparlament vertreten: Die PARTEI (0,6 %, 1 Mandat); Familie (0,7 %, 1 Mandat); Freie Wähler (1,5 %, 1 Mandat); NPD (1,0 %, 1 Mandat); ÖDP (0,6 %, 1 Mandat); Piraten (1,4 %, 1 Mandat); Tierschutzpartei (1,2 %, 1 Mandat).

62 Vgl. BVerfGE 129, 300 (324); BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 82; Will, (Fn. 39), S. 1423.

63 Dazu Geiger, (Fn. 18), Art. 4 AEUV, Rdnr. 5 ff. m.w.N.

64 Ganz im Sinne einer ersten Säule eines *dualen* Legitimationsmodells, wie es das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner „Maastricht“-Entscheidung vorgeschlagen hat, BVerfGE 89, 155.

des Volkes.⁶⁵ Die Folgeprobleme sind kaum abschätzbar: Ein funktionsgestörtes Europäisches Parlament kann gerade in Zeiten der Krise seiner legislativen Integrationsverantwortung – und das auf Dauer – nicht nachkommen.⁶⁶ Und schließlich ist ein weiterer Legitimationsaspekt von Bedeutung: Eine nachträgliche Korrektur des Europawahlrechts mit Wiedereinführung einer Sperrklausel mag beim Wähler immer auch den Anschein erwecken, dass politisch unerwünschte Entwicklungen nachträglich zum Vorteil der etablierten politischen Kräfte rückgängig gemacht werden sollen.⁶⁷ Allein die Tatsache, dass durch den Eingriff in den bereits manifestierten Wählerwillen ein solcher Eindruck erweckt werden könnte, ist der demokratischen Legitimation des Europäischen Parlaments insgesamt abträglich.

Ein anderes Argument in Sachen Wahlgesetzgebung wird immer wieder vorgetragen: Der Wahlgesetzgeber müsse einer besonders strengen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht standhalten, da er ja gewissermaßen in eigener Sache tätig werde.⁶⁸ Bei Wahlgesetzgebung mag die Versuchung für die Parlamentsmehrheit groß sein, sich eher von eigenen Machtinteressen als von gemeinwohlbezogenen Erwägungen leiten zu lassen.⁶⁹ Für die Wahlen zum Europäischen Parlament greift das Argument schon deshalb zu kurz, weil es sich jedenfalls formal nicht um eine Entscheidung in eigener Sache handelt.⁷⁰ Die Bundestagsabgeordneten entscheiden nicht über die eigenen Wahlchancen, sondern über die der Abgeordneten zum Europäischen Parlament. Trotz der durch Parteibindung gegebenen Interessennähe entscheiden sie gerade nicht unmittelbar in eigener Sache.⁷¹ Dem parlamentarischen Gesetzgeber einen Willen zur Benachteiligung der Konkurrenz zu unterstellen,⁷² erscheint trotz mancher Plausibilitätsvermutungen und negativer Erfahrungen aus der Praxis schließlich insgesamt problematisch.⁷³ Wirklich belastbare empirische Belege sind rar. Überzeugende Reflexion darüber, wie weit das Kriterium des „Tätigwerdens in eigener Sache“ trägt, bleibt das aktuelle Urteil – jenseits eines eher pauschalen Verweises – schuldig.⁷⁴

65 Abweichende Meinung des Richters *Müller*, BVerfG, NVwZ 2014, 447, Rdnr. 11.

66 *Mayer*, (Fn. 10).

67 Auf den möglichen Widerstand bei den Wählerinnen und Wählern der möglicherweise als „illegitim“ empfundenen Wiedereinführung der Sperrklausel weist *Grzeszick*, (Fn. 5), S. 540, hin.

68 Ausführungen zum Tätigwerden in eigener Sache finden sich bereits in BVerfGE 120, 82 (105); 129, 300 (323 f.); 130, 212 (229), aber auch in der aktuellen Entscheidung, vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 59. Besonders drastisch in seiner Kritik von *Arnim*, Der Staat als Beute, Wie Politiker in eigener Sache Gesetze machen, 1993.

69 *Ibid.*

70 Vgl. nur *Will*, (Fn. 39), S. 1423. Zur Entscheidung in eigener Sache allgemein *Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007; *Streit*, Entscheidung in eigener Sache, 2006.

71 Für solche Fälle wird jedoch in der Literatur seit einiger Zeit die Rücknahme der besonders strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte gefordert: dazu wiederum *Grzeszick*, (Fn. 5), S. 538 m.w.N. aus der Literatur in Fn. 10.

72 Vgl. die Abweichende Meinung der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 129, 300 (346, 352, Rdnr. 156).

73 So bei *Morlok*, (Fn. 3), S. 77.

74 Dagegen konstatiert *Grzeszick*, (Fn. 5), S. 538, dass die „Gefahr eines ‚Missbrauchs‘ von Sperrklauseln [bei der Wahl zum Europäischen Parlament] strukturell und notwendigerweise deutlich geringer [sei] als bei Wahlen zum Bundestag.“

III. Zur Anpassung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes an die demokratische Gestaltungsmacht und Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments

Nach der Festlegung des Prüfungsmaßstabes musste sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere mit der Frage auseinandersetzen, ob seit der Entscheidung aus dem Jahre 2011 eine Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse die verfassungsrechtliche Neubewertung von Sperrklauseln im Europawahlrecht rechtfertigen könne.⁷⁵ Geänderte rechtliche Verhältnisse kommen nicht in Betracht. Demgegenüber spielt für das tatsächliche Moment die zu erwartende politische und institutionelle Entwicklung des Europäischen Parlaments eine entscheidende Rolle. So wurde in einer Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2012 angeregt, den Präsidenten der Europäischen Kommission künftig aus einem Kreis von durch die europäischen politischen Parteien in ihren Parteifamilien gemeinsam nominierten Spitzenkandidaten auszuwählen.⁷⁶ Das entspricht gewiss noch nicht der antagonistischen Beziehung von regierungstragender Mehrheit und Opposition in nationalen Parlamenten, macht die Kommissionsbestellung und damit letztlich auch -arbeit aber stärker von einer Parlamentsmehrheit abhängig. Mit einem exakten Pendant zur mitgliedstaatlichen parlamentarischen Demokratie, mit einer dem Parlament verantwortlichen und auf seine Mehrheiten angewiesenen Regierung wäre aller Wahrscheinlichkeit nach wohl die Integrationsgrenze überschritten, die das Bundesverfassungsgericht in seiner „Lissabon“-Entscheidung selbst vorgegeben hat.⁷⁷

Die Karlsruher Sicht auf das Europäische Parlament scheint dadurch in gewisser Weise vorgezeichnet:⁷⁸ Es sei eben gerade kein „echtes“ Parlament und werde es auch in naher Zukunft nicht sein, dürfe es vielleicht nicht einmal werden. Und nur eine Randbemerkung aus dem derzeitigen parlamentarischen Alltagsgeschäft der Bundesrepublik Deutschland: Die Große Koalition verfügt über 504 der 631 Sitze. Es bedurfte einer Änderung der Geschäftsordnung, um die Minderheitenrechte der Opposition zu stärken. Als Paradebeispiel für die gegensatzgeprägte Profilierung zwischen Regierung und Opposition kann dies wohl kaum dienen.⁷⁹ Und wie sieht das Alltagsgeschäft des Europäischen Parlaments aus: Es war nach Umfragen vor der Wahl davon auszugehen, dass die beiden großen Fraktionen (Fraktion der Europäischen Volkspartei – Christdemokraten; Fraktion der Progressiven Allianz der Sozialisten und Demokraten im Europäischen Parlament) auch künftig über entsprechende Mehrheiten verfügen werden. Die fraktionsübergreifende Mehrheitsbildung wird indes immer schwieriger, wie der Streit um das Amt des Kommissionspräsidenten im Juni 2014 bestätigt. Schon die bisherigen sieben Fraktionen des Europäischen Parlaments sind stark heterogen geprägt. Es gibt noch keine originär „europäischen Parteien“, sondern

75 BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 65 ff.

76 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 22.11.2012 zu den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2014 (2012/2829 (RSP)), Ziffer 1.

77 Ruffert, Franken für Deutschland?, Zeit für ein einheitliches EU-Wahlrecht!, VerfBlog v. 26.2.2014, www.verfassungsblog.de/franken-fuer-deutschland-zeit-fuer-einheitliches-eu-wahlrecht/ (25.6.2014).

78 Ausführlich zur Sicht des BVerfG auf das Europäische Parlament Grzeszick, (Fn. 5), S. 539 f.

79 Ruffert, (Fn. 77).

nur nationale Gruppierungen mit jeweils ähnlich gelagerten politischen Grundausrichtungen – das aber bei großen kulturellen Unterschieden, Interessen, Vorverständnissen. Das macht „Einheit in Vielfalt“ bei der Mehrheitsfindung schwierig; noch mehr Vielfalt erleichtert die Sache nicht. Treffen die unterschiedlichsten Prägungen nationaler Parteien innerhalb von Fraktionen aufeinander, sind langwierige und schwerfällige Meinungsfindungs- und Mehrheitsbildungsprozesse an der Tagesordnung – wie eben angedeutet ganz zu schweigen von fraktionsübergreifender Mehrheitsfindung. Der Wegfall von Sperrklauseln führt zu noch mehr Heterogenität. Wer meint, das schade angesichts der schon bisher vorfindlichen Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament ohnehin nicht mehr, denkt zu kurz. Nur ein Beispiel: Ob tatsächlich alle neu hinzukommenden Parteien ohne eigenen Fraktionsstatus Anschluss an eine bereits bestehende Fraktion finden werden, ist gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung um die zunehmend europakritischen Stimmen mehr als fraglich. Es finden sich Aussagen der Europaparlamentarier,⁸⁰ die eine Bereitschaft zur Aufnahme national konkurrierender Parteien in die bestehenden Fraktionen eher unwahrscheinlich erscheinen lassen. Dann bleibt nur der Zusammenschluss zu neuen Fraktionen. Ob die Europakritiker vom rechten und linken Rand harmonisch zusammenfinden werden? Wohl kaum. Und all die Kleinen? Das Europaparlament als willkommene Bühne für parlamentarische „one man/woman“-Shows? Die Zukunft wird es weisen.

E. Schlussbetrachtung: Nochmals – wer die Macht hat oder die Macht haben sollte

Viele Fragen bleiben mit dem „letzten“ Richterwort aus Karlsruhe offen. Sollten die übrigen Mitgliedstaaten dem Beispiel folgen und Sperrklauseln aufgeben? Wie aber würde sich das auf die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments auswirken?⁸¹ Welche strukturellen Veränderungen ließen die Wiedereinführung einer Sperrklausel zu? Die unterschiedlichsten Stimmen von Europaparlamentariern, die eindringlich vor einem Wegfall der Drei-Prozent-Hürde warnten, blieben in Karlsruhe ungehört. Das ist das gute Recht eines Gerichts, dazu hat es die Macht – und, wo die Verfassung unzweideutige Maßstäbe vorgibt, sogar die Pflicht. Wo die Maßgaben der Verfassung, der nationalen wie der europäischen, im Widerstreit von zwei Verfassungszielen – hier die strikte Erfolgswert- und Chancengleichheit, dort die Funktionsfähigkeit der Legislative – uneindeutig bleiben und gesetzgeberische Gestaltungsspielräume offen halten, sollte ein Gericht die gesetzgeberische Entscheidungsprerogative nicht über Gebühr eingrenzen, die Hürden angemessen ziehen. Die ideale Erfolgswertgleichheit bleibt ohnehin eine Illusion. So ergeben sich Ungerechtigkeiten durch die Rundungsregeln im „Sainte-Lague/Schepers“-Verfahren: Für das erste Mandat bedarf es nur 0,509 Prozent der abgegebenen Stimmen, ein zweites Mandat erringt noch nicht einmal, wer 1,4341 Prozent der Stimmen auf sich vereinigen

80 Europaabgeordnete *Brok* und *Bütikofer* während der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG, vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 439, Rdnr. 20.

81 Abweichende Meinung des Richters *Müller*, BVerfG, NVwZ 2014, 447, Rdnr. 13; vgl. auch abweichende Meinung der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 129, 300 (346, 352).

kann.⁸² Für die Begründung der Entscheidung gilt: Das Bundesverfassungsgericht sollte – wie alle anderen mitgliedstaatlichen Akteure auch – das Europäische Parlament als echtes Parlament in seinem (legislativen) Können und Dürfen sehr ernst nehmen. Das Europäische Parlament wiederum kann dazu einen eigenen Beitrag leisten, wenn es von *seiner* Macht den rechten Gebrauch macht: etwa, indem es sich mit dem Rat über ein europaeinheitliches Europawahlrecht verständigt (Art. 223 Abs. 1 AEUV).⁸³ Das wäre ein sehr willkommenes parlamentarisches „Machtsignal“ in und für Europa.

Allerdings blieben auch hier Folgeprobleme nicht aus. Artikel 3 Abs. 1 GG – die Wahlen zum Europäischen Parlament sind nicht an Art. 38 Abs. 1 GG zu messen, der nach Wortlaut und systematischer Stellung nur die Wahlen zum Deutschen Bundestag umfasst – und Art. 21 Abs. 1 GG (Chancengleichheit der politischen Parteien) könnten einer Zustimmung der Bundesrepublik entgegenstehen, wenn eine Drei-Prozent-Sperrklausel (oder eine noch weitergehende Hürde) zwingend vorgeschrieben würde. Ein einheitliches Europawahlgesetz wäre aber ein Legislativakt der Europäischen Union und damit kein Akt der deutschen hoheitlichen Gewalt. Auch nach der restriktiven Karlsruher Lesart sind solche Akte nur dann nicht zustimmungsfähig, wenn sie die deutsche „Verfassungsidentität“ in Frage stellen.⁸⁴ Auch mit Blick auf Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG und Art. 79 Abs. 3 GG ist davon, wie in obiger Argumentation aufgezeigt, nicht auszugehen: ein funktionsfähiges Parlament gehört gerade zu dem, was die *Verfassungsidentität unter dem Grundgesetz* ausmacht. Sollte die Union selbst über die Parameter der Funktionsfähigkeit ihres Parlaments entscheiden und die deutsche Zustimmung zu dieser Entscheidung wiederum Karlsruhe zur Überprüfung vorgelegt werden, fände das Bundesverfassungsgericht eine willkommene Gelegenheit, mit dem von ihm selbst postulierten Kooperationsverhältnis ernst zu machen. Dazu hätte es nicht nur die Macht (...).

82 *Seils*, Die Mathematik hebt das Grundgesetz aus, Cicero online v. 27.5.2014, www.cicero.de/berliner-republik/europawahl-2014-sieg-der-mathematik-ueber-die-demokratie/57667 (25.6.2014).

83 Zur Diskussion etwa *Will*, (Fn. 39), S. 1424.

84 Grundlegend dazu *Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 21.