

Prof. Dr. Heiko Sauer, Adenauerallee 24 – 42, 53113 Bonn

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen
Union

- per E-Mail -

Lehrstuhl für deutsches und
europäisches Verfassungs-
und Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Heiko Sauer

Postanschrift:
Adenauerallee 24–42
53113 Bonn

Hausanschrift:
Adenauerallee 44 (1.OG)
53113 Bonn

Tel.: 0228/73-62411
sauer@jura.uni-bonn.de

Sekretariat:
Tel. 0228/73-3956
sekretariat.sauer@jura.uni-
bonn.de

Bonn, den 05.06.2023

Sachverständige Stellungnahme

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zu dem 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“
(BT-Drucks. 20/6821)

zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU
„Entwurf eines Gesetzes zu dem Beschluss (EU, Euratom) 2018/944 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“
(BT-Drucks. 20/4045)

und zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU
„Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes“
(BT-Drucks. 20/4046)

Vorab: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- Die deutsche Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/994 muss auf der Grundlage eines Gesetzes mit Zustimmung des Bundesrates erfolgen, das keiner verfassungsändernden Mehrheiten bedarf (Art. 23 Abs. 1 Satz 2, aber nicht Satz 3 GG, unten B. I. und II. 2.).
- Probleme der Vereinbarkeit der Zustimmung mit der deutschen Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) stellen sich nicht (unten B. III.).
- Der Ratsbeschluss 2018/994 begründet die Verpflichtung Deutschlands zur Verankerung einer Sperrklausel im Europawahlgesetz erst für die übernächste Parlamentswahl nach seinem Inkrafttreten; vorher ist die Sperrklausel unionsrechtlich nur erlaubt und nicht geboten, sodass sich an ihrer Unzulässigkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst nichts ändert (unten C. II.). Deshalb sollte auch über die unionsrechtliche Mindestvorgabe für die Sperrklausel (2%) nicht hinausgegangen werden (unten C. III.).
- Das vorgeschlagene aufschiebend bedingte Inkrafttreten einer bereits jetzt zu beschließenden Änderung des Europawahlgesetzes durch das Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 ist jedenfalls für den Sonderfall des Wahlrechts mit dem Grundgesetz nicht vereinbar (unten C. IV.).

A. Vorbemerkung: die Regelung der Wahl zum Europäischen Parlament

I. Unionsrechtliche Grundlagen

Das Wahlrecht für die Wahl zum Europäischen Parlament ist für dessen demokratische Vermittlungsleistung von grundlegender Bedeutung. Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 EUV sieht vor, dass die Mitglieder des Parlaments von den Unionsbürger:innen in allgemeiner, unmittelbarer, freier und geheimer Wahl auf fünf Jahre gewählt werden. Näheres zum Wahlrecht legen die Verträge nicht fest; vielmehr überlässt es Art. 223 Abs. 1 AEUV dem Rat, auf Vorschlag des Parlaments und mit dessen Zustimmung das europäische Wahlrecht

festzulegen. Dabei besteht die Besonderheit darin, dass dieser Ratsbeschluss nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV ausnahmsweise der Zustimmung der Mitgliedstaaten nach dem jeweils einschlägigen innerstaatlichen Recht bedarf; insofern ist der Ratsbeschluss unabhängig von seiner unterschiedlich beurteilten Zuordnung zum Primärrecht oder zum Sekundärrecht ein atypischer Unionsrechtsakt. Damit wird an die vorherige Konstruktion des Direktwahlakts vom 20. September 1976 angeknüpft, der ebenfalls ein von den Mitgliedstaaten ratifizierter Ratsbeschluss ist. Es bleibt also dabei, dass das Unionsrecht nur einen bestimmten rechtlichen Rahmen setzt, den die Mitgliedstaaten dann in ihrer auf die Wahl zum Europäischen Parlament bezogenen Gesetzgebung ausgestalten, wobei derzeit noch erhebliche Gestaltungsspielräume bestehen. Reformen des europäischen Wahlrechts vollziehen sich also letztlich dreistufig: Nach der unionsrechtlichen Beschlussfassung durch Rat und Parlament bedarf es zunächst der Zustimmung aller Mitgliedstaaten und sodann der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben im innerstaatlichen Recht, in Deutschland also im Europawahlgesetz (EuWG).

II. Das aktuelle Reformvorhaben und sein Stand

Der Rat hat am 13. Juli 2018 auf Vorschlag und mit Zustimmung des Parlaments einstimmig einen Beschluss zur Änderung des Direktwahlakts gefasst, mit der unter anderem eine Sperrklausel eingeführt werden soll. Wenngleich Art. 223 Abs. 1 AEUV eher auf einen Neuerlass des europäischen Wahlrechts ausgerichtet ist, ergeben sich keine unionsrechtlichen Bedenken daraus, dass – in dem primärrechtlich vorgesehenen Verfahren – der Ratsbeschluss 2018/994 stattdessen die Konstruktion einer Änderung des Direktwahlakts wählt. Dieser Beschluss und damit die Änderung des europäischen Wahlrechts kann erst in Kraft treten, wenn nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV sämtliche Mitgliedstaaten zugestimmt haben; sodann bedarf es der innerstaatlichen Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben. Um Form, Verfahren, Inhalt und Folgen der deutschen Zustimmung geht es in den Gesetzentwürfen, die Gegenstand der hiesigen Anhörung sind: Die Zustimmung Deutschlands soll durch die Verabschiedung eines Gesetzes herbeigeführt werden, für das die Bundesregierung (BT-Drucks. 20/6821) und die Fraktion der CDU/CSU (BT-Drucks. 20/4045) im Wesentlichen gleichlautende Entwürfe in den Deutschen Bundestag eingebracht haben. Da noch weitere mitgliedstaatliche Zustimmungsakte ausstehen, wird die deutsche Zustimmung voraussichtlich

nicht unmittelbar zum Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 führen. Gegen diese Zustimmung bestehen keine rechtlichen Bedenken; ob sie wie geplant mit verfassungsändernden Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat beschlossen werden muss, halte ich allerdings für zweifelhaft (B.). Darüber hinaus schlägt die Unionsfraktion vor, die Umsetzung des Ratsbeschlusses 2018/994 durch eine Änderung des EuWG bereits jetzt vorzunehmen, deren Inkrafttreten auf den Zeitpunkt hinausgeschoben werden soll, zu dem der Ratsbeschluss in Kraft tritt (BT-Drucks. 20/4046). Neben generellen Bedenken gegen solche Vorratsbeschlüsse im Gesetzgebungsverfahren und zumal im Wahlrecht kann auf diesem Wege jedenfalls keine Sperrklausel schon für diejenige Parlamentswahl vorgesehen werden, die dem Inkrafttreten der Reform nachfolgt; denn eine unionsrechtliche Pflicht zur Einführung der Sperrklausel ist ausdrücklich erst für die darauffolgende Wahl vorgesehen (C.).

B. Rechtsgrundlagen und Zulässigkeit der geplanten deutschen Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/994 (BT-Drucks. 20/6821 und 20/4045)

I. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/994

Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG bedarf die Übertragung von Hoheitsrechten, also die Einräumung von innerstaatlich unmittelbar wirkenden Durchgriffsbefugnissen, auf die Europäische Union eines Gesetzes, dem der Bundesrat zustimmen muss. Diesen Gesetzesvorbehalt hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil weit verstanden: Danach soll nicht nur die Änderung der Verträge im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren der gesetzlichen Zustimmung bedürfen. Das Gleiche soll gelten, wenn das Unionsrecht ausnahmsweise einen Ratifikationsvorbehalt enthält, ein konkreter Unionsrechtsakt also nur mit und auf Grund der Zustimmung der Mitgliedstaaten zu Stande kommt. Dahinter steht der Gedanke, dass solche Unionsrechtsakte als Spezialfälle von Vertragsänderungen zu begreifen seien, die für Deutschland nicht ohne die Mitwirkung des Parlaments zu Stande kommen sollen, das kraft seiner ursprünglichen Zustimmungen zu den Verträgen Integrationsverantwortung trägt. Den Fall des Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV hat das Bundesverfassungsgericht an dieser Stelle ausdrücklich erwähnt (s. BVerfGE 123, 267 [434]), was das infolge des Lissabon-Urteils erlassene Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG) in § 3 Abs. 1 und 2

nachführt. Damit ist eine Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/994 in Gesetzesform notwendig, für das Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG die Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründet.

II. Zur Notwendigkeit verfassungsändernder Mehrheiten

1. Ausgangslage: notorische Unklarheiten im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG

Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist bei der Schaffung des neuen Europa-Artikels davon ausgegangen, dass bestimmte deutsche Mitwirkungsakte im europäischen Integrationsprozess materiell verfassungsändernde (oder jedenfalls verfassungsänderungsähnliche) Wirkungen haben können. Er wollte deshalb in Verengung der von Art. 24 Abs. 1 GG belassenen erheblichen Spielräume die nicht unmittelbar einschlägigen, da auf förmliche Verfassungsänderungen bezogenen Vorschriften des Art. 79 GG auf die europäische Integration angewendet wissen, wobei das Textänderungsgebot nach Art. 79 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung kommt. In welchem Umfang es sinnvoll und notwendig ist, die Mitwirkung Deutschlands an der Schaffung bzw. Veränderung von Unionsrecht als verfassungsändernd zu begreifen, war bei der Verfassungsänderung zum Vertrag von Maastricht allerdings hoch umstritten, und so wurde um die genaue Abfassung von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG lange und intensiv gerungen (s. dazu BVerfGE 153, 74 [148 f.]; *K. Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, S. 87 ff.). Der Normtext zeigt, dass die Meinungsverschiedenheiten nicht wirklich ausgeräumt werden konnten: So verbindet Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG zwei Gruppen von jeweils alternativ zu verstehenden Tatbeständen kumulativ miteinander und ordnet als Rechtsfolge die Geltung von Art. 79 Abs. 2 und 3 GG an: Erstens muss entweder die Europäische Union begründet werden (das hat sich erledigt) oder es müssen ihre vertraglichen Grundlagen geändert werden (das kann vorkommen, ist aber selten) oder es muss eine „vergleichbare Regelung“ vorliegen (was damit genau gemeint ist, wird unterschiedlich gesehen). Zweitens bedarf es einer Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes seinem Inhalt nach oder der Ermöglichung einer solcher Änderung oder Ergänzung. Dabei ist „seinem Inhalt nach“ vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes *der Form nach*, also eine echte Verfassungsänderung, unmittelbar Art. 79 GG unterfallen würde. Dahinter steht der Gedanke, dass die *pouvoirs constitués*,

die nach Art. 79 GG zwar Zugriff auf die Verfassung haben, dafür aber ein bestimmtes Verfahren beschreiten müssen und bestimmten Grenzen unterliegen, diese Restriktionen ihres Zugriffs auf die Verfassung nicht dadurch umgehen können sollen, dass sie sich an der Fortentwicklung von Unionsrecht beteiligen, das in der Sache dann diejenige Verfassungsänderung herbeiführt, die als förmliche Verfassungsänderung Art. 79 GG unterlegen hätte. Um das zu vermeiden, soll Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG auch auf materielle Verfassungsänderungen ohne förmliches Änderungsverfahren angewendet werden. Vor diesem Hintergrund sollte im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nicht unspezifisch von einer notwendigen „Verfassungsrelevanz“ gesprochen und damit unter der Hand schon ein weites, den politischen Prozess verengendes Verständnis der Regelung zu Grunde gelegt werden (verfassungsrelevant kann alles Mögliche sein), sondern präziser von der materiellen *Verfassungsänderung* gesprochen werden, die verfassungsändernde Mehrheiten erfordert.

Das Lissabon-Urteil und die ausgestaltenden Vorschriften des IntVG klären die Frage, wann genau ein Gesetz nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG mit verfassungsändernden Mehrheiten beschlossen werden muss, nicht. Während § 3 Abs. 1 und 2 IntVG allgemein auf Art. 23 Abs. 1 GG verweisen, hielt das Bundesverfassungsgericht in der bereits zitierten Passage (BVerfGE 123, 267 [434]) die Frage zunächst ganz offen („bedürfen von Verfassung wegen [...] eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 *und gegebenenfalls Satz 3 GG*“ [Hervorhebung nur hier]). Bis heute gehört die Frage, wann ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 auch eines nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG ist, zu den am wenigsten geklärten im Europaverfassungsrecht. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem ersten Beschluss zum Patentgerichtsübereinkommen grundsätzlich ein weites Verständnis von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG zu Grunde gelegt. Die Uneinigkeit im Senat auch in dieser Frage (in der Zulässigkeitsfrage wurde mit 5:3 Stimmen entschieden) kommt aber darin zum Ausdruck, dass letztlich doch nicht jede Hoheitsrechtsübertragung als materiell verfassungsändernd begriffen wird, sondern „vor allem“ im Integrationsprogramm hinreichend angelegte, bereits gebilligte Übertragungen „keine (abermalige) materielle Änderung des Grundgesetzes“ darstellen sollen (BVerfGE 153, 74 [149]). Diese doppelte Relativierung (Welche Hoheitsrechtsübertragung ist „hinreichend“ im Unionsrecht angelegt? Welche anderen Fälle stellte sich der Senat vor?) vermeidet für praktisch alle Grenz- und Zweifelsfragen eine Festlegung, die der

Rechtspraxis Halt geben würde. Dies führt dazu, dass gelegentlich Gesetze zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Zweifelsfragen vorsorglich mit verfassungsändernden Mehrheiten beschlossen werden, auch wenn es gute Gründe dafür gibt, dass dies nicht notwendig ist. Das Sondervotum der Richterinnen *König* und *Langenfeld* sowie des Richters *Maidowski* zum zuletzt genannten Beschluss hat das treffend zum Ausdruck gebracht (BVerfGE 153, 74 [181]: „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 [...].“).

2. Anwendung auf den Ratsbeschluss 2018/994

a) Vorliegen einer „vergleichbaren Regelung“

Zweifel daran, dass die deutsche Zustimmung zu einem Ratsbeschluss nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV überhaupt eines Gesetzes bedarf, stelle ich zurück, weil diese Frage praktisch vom Bundesverfassungsgericht und nachführend von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 IntVG so entschieden wurde. Legt man die Verfassungsrechtsprechung zu Grunde, so lässt sich auch kaum bezweifeln, dass es sich bei der Einführung eines einheitlichen Wahlverfahrens für die Wahl zum Europäischen Parlament durch den Rat nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV um eine einer Änderung der vertraglichen Grundlagen vergleichbare Regelung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG handelt. Denn das Bundesverfassungsgericht hat im Lissabon-Urteil eine Entsprechung zu Art. 48 Abs. 6 EUV gesehen (s. nochmals BVerfGE 123, 267 [434]), der die Vertragsänderung im vereinfachten Verfahren (einstimmiger Beschluss des Europäischen Rates, welcher der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedarf) regelt.

b) Keine materielle Verfassungsänderung: zum Unterschied von Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung

Damit ist die Notwendigkeit verfassungsändernder Mehrheiten im vorliegenden Fall aber noch nicht begründet; hinzukommen muss zum Vorliegen einer

„vergleichbaren Regelung“ noch die materielle Verfassungsänderung bzw. ihre Ermöglichung. Entscheidend ist also die Frage, ob die Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/994 eine Änderung (bzw. Ergänzung, um die es hier aber nicht geht) des Grundgesetzes bewirkt oder – in Form der auf den Ratsbeschluss gestützten Verankerung einer Sperrklausel im EuWG – ermöglicht. Die Gesetzentwürfe der Bundesregierung sowie der Unionsfraktion gehen im Einklang mit einer kurzen Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages (s. WD 3 – 3000 – 261/18, S. 5 f.) davon aus und beziehen sich mit wortgleicher Begründung auf Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG: Mit dem Inkrafttreten der Reform des Direktwahlakts werde eine Änderung des EuWG notwendig und zulässig, die das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden jüngeren Entscheidungen zur Sperrklausel im Europawahlrecht für verfassungswidrig erklärt habe (s. BT-Drucks. 20/6821, S. 5 f.; und BT-Drucks. 20/4045, S. 4). Auch im verfassungs- bzw. unionsrechtlichen Schrifttum ist die Auffassung verbreitet, dass die Zustimmung mit Blick auf die Verfassungsrechtsprechung verfassungsändernden Charakter hätte (so *S. Hölscheid*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 223 [Stand: 2020] Rn. 29; *W. Kluth*, in: C. Calliess/M. Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV-Kommentar, 6. Aufl. 2022, Art. 223 Rn. 7; *T. Giegerich*, ZEuS 2018, S. 145 [162]; *A. Haratsch*, EuGRZ 2019, S. 177 [184]; *H. J. Boehl*, ZG 2019, S. 234 [242]; wohl auch *H. Rathke*, Jahrbuch für vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften 2022, S. 173 [187]).

Damit wird vorausgesetzt, dass die Abweichung von einer Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht in einer konkreten Fallkonstellation gleichbedeutend mit einer inhaltlichen Änderung des Grundgesetzes ist. Diese Gleichsetzung ist aber erst und nur dann zutreffend, wenn man allgemein davon ausgeht, dass das Bundesverfassungsgericht zur *verbindlichen Interpretation* (oft wird auch von authentischer Interpretation gesprochen) des Grundgesetzes berufen ist. Das würde bedeuten, dass Verfassungsnormen über die einzelnen entschiedenen Fälle hinaus allgemeinverbindlich so gälten, wie das Bundesverfassungsgericht sie auslegt. Ungeachtet der maßgeblichen Autorität, die das Bundesverfassungsgericht für die Verfassungsinterpretation in praxi genießt, ist aber nicht davon auszugehen, dass ihm das Grundgesetz eine entsprechende verbindliche Konkretisierungsbefugnis einräumt (s. dazu auch *H. Bethge*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/ders., BVerfGG-Kommentar, § 67 [Stand: 2007], Rn. 56 ff.; eingehend *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 372 ff.;

konkret zur Rechtsprechung zur Sperrklausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament auch *R. Wernsmann*, JZ 2014, S. 23 [27]). Keine einzige der Verfassungsnormen über das Bundesverfassungsgericht spricht für eine solche Rolle des Bundesverfassungsgerichts. Seine Funktion wird in Art. 93 GG durchgehend mit „Streitentscheidung“ beschrieben, über die Auslegung des Verfassungsrechts entscheidet es nur im Organstreitverfahren und auch hier nur anlässlich eines konkreten Streitverfahrens und für dieses (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG). Wenn Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG den Gesetzgeber mit der Festlegung betraut, in welchen Fällen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft haben, so steht das der generellen Annahme einer verbindlichen Konkretisierungsbefugnis für das Grundgesetz entgegen. Die inhärente countermajoritarian difficulty derjenigen Verfassungsgerichtsbarkeit, die auch den Gesetzgeber überprüfen und einhegen kann, stellte sich auch grundlegend anders dar, wenn seine Entscheidungsspielräume durch ein immer dichter werdendes Netz von Verfassungsrechtsprechung nicht nur verfassungspolitisch durch das Risiko vorhersehbarer Scheiterns, sondern auch verfassungsrechtlich durch das strikte Verbot begrenzt wäre, von verfassungsgerichtlicher Maßstababildung abzuweichen.

Demensprechend wird die Frage eines Normwiederholungsverbots, also ob der Gesetzgeber im Nachgang zur Nichtigkeitserklärung einer Norm erneut eine inhaltsgleiche Norm erlassen darf, auch nicht als Abweichung von einer verfassungsgerichtlich allgemeinverbindlich fixierten Verfassungsauslegung thematisiert, sondern als Problem der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 Abs. 1 BVerfGG. So hat auch das Bundesverfassungsgericht selbst in der dritten Sperrklauselentscheidung zum Europawahlrecht, d.h. zur Schaffung einer abgesenkten Sperrklausel von 3% nach der Nichtigkeitserklärung der vorherigen Sperrklausel von 5%, nicht etwa danach gefragt, ob der Gesetzgeber sich in Widerspruch zu verbindlich fixierten verfassungsgerichtlichen Maßstäben gesetzt habe. Es hat vielmehr (ohne Festlegung zur Existenz eines Normwiederholungsverbots) festgehalten, dass und warum der Gesetzgeber durch die Bindungswirkung seiner vorherigen Entscheidung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht an der neuerlichen Einführung einer abgesenkten Sperrklausel gehindert gewesen sei (BVerfGE 135, 259 [281]): „Es trifft zwar zu, dass Erwägungen des Urteils vom 9. November 2011 nahelegen, dass Sperrklauseln jeder Art im deutschen Europawahlrecht unter den gegebenen Umständen vor Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG keinen Bestand haben können. Dies enthebt den Senat jedoch nicht der Pflicht, die

veränderte Gesetzeslage als solche und im Hinblick auf die Behauptung veränderter Umstände erneut zu prüfen.“ Wenn der Senat sodann offenlässt, ob, unter welchen Umständen und mit welchen Folgen eine bewusste Missachtung der Verfassungsrechtsprechung durch den Gesetzgeber gegen die Verfassungsorgantreue verstoßen könnte (s. BVerfGE 135, 259 [281 f.]), spricht auch das gegen die Annahme, der Gesetzgeber sei durch die der vorherigen Entscheidung zu entnehmenden Feststellungen zu Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG allgemein verfassungsrechtlich gebunden gewesen. In diesem Fall würde nach dem herrschenden Nichtigkeitsdogma das Gesetz bereits nichtig sein, sodass es des Umwegs über die Verfassungsorgantreue nicht bedürfte.

Würde also der Gesetzgeber – ohne eine Änderung der unionsrechtlichen Direktiven – erneut eine Sperrklausel im EuWG vorsehen, so wäre das zuvörderst als einfach-rechtliches Problem der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zu erörtern (auf § 31 Abs. 2 BVerfGG kommt es hier nicht an, weil es um Wirkungen für den Gesetzgeber selbst geht). Entnehme man § 31 Abs. 1 BVerfGG ein Normwiederholungsverbot (s. dazu mit unterschiedlicher Stoßrichtung BVerfGE 77, 84 [103]; 96, 260 [263]; 102, 122 [141]; dagegen und zur Uneindeutigkeit der bisherigen Verfassungsrechtsprechung *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 405 ff. m.w.N.), ließe sich diese Änderung des EuWG also als rechtswidrig ansehen. Und gewiss muss man nicht allzu kreativ sein, um aus einer Verletzung der Bindungswirkung *mittelbar auch* einen Verfassungsverstoß werden zu lassen – sei es über Art. 20 Abs. 3 GG (s. dafür BVerfGE 40, 88 [94]; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 5. Dezember 2005, 2 BvR 1964/05, Rn. 73), wobei der Gesetzgeber selbst nur an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, sei es über die bereits angesprochene Verfassungsorgantreue, auch wenn diese wohl ein Quantum Treuwidrigkeit über die Abweichung hinaus verlangen würde (s. auch *M. Will*, NJW 2014, S. 1421). Das änderte aber nichts daran, dass die neuerliche Verankerung einer Sperrklausel im Europawahlrecht ohne Veränderung des unionsrechtlichen Umfelds nicht unmittelbar einen Verfassungsverstoß des Gesetzgebers beinhaltet, sondern zuvörderst ein Problem des Abweichens von einer Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts darstellte.

Warum sollte sich diese Einschätzung nun verändern, wenn eine Sperrklausel neu eingeführt wird, weil das Unionsrecht sie nunmehr – wie es mit der Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/944 bewirkt werden soll – zwingend erfordert (zur zeitlichen Dimension s. unten C. II.)? Beteiligt sich die

Bundesrepublik Deutschland durch ihre Zustimmung zu diesem Ratsbeschluss an der Einführung der unionsrechtlichen Vorgabe einer Sperrklausel für bestimmte Mitgliedstaaten, so wird damit nur dann eine materielle Verfassungsänderung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG „ermöglicht“, wenn das Grundgesetz selbst eine Sperrklausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament verbietet. Das aber könnte nur dann angenommen werden, wenn man Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung, also Verfassungsnorm und Verfassungsinterpretation, gleichsetzte. Solange man hier unterscheidet, und das sollte man nach dem Vorgesagten tun, umgeht der Gesetzgeber hier nicht über das Unionsrecht die Notwendigkeit einer Verfassungsänderung.

Wie sollte diese Verfassungsänderung auch aussehen? Sollte der verfassungsändernde Gesetzgeber eine Interpretationserklärung zur Wahlrechtsgleichheit abgeben oder eine Klarstellung in den Verfassungstext aufnehmen, aus der sich ergibt, dass Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament mit dem Grundgesetz vereinbar sind? Allein die Schwierigkeiten der Vorstellung einer Verfassungsänderung, die hier umgangen werden könnte, zeigt, dass hier nicht eine Verfassungsänderung über das Unionsrecht vorgenommen werden soll: Der Gesetzgeber setzt sich mit der künftigen Änderung des EuWG nicht in Widerspruch zum Grundgesetz. Er ermöglicht deshalb mit der Zustimmung zum Ratsbeschluss 2018/944 keine materielle Verfassungsänderung. Er setzt sich vielmehr in Widerspruch zu dem Verständnis der Wahlrechtsgleichheit seitens des Bundesverfassungsgerichts. Das ist solange nicht das Gleiche, wie man diesem keine verfassungsrechtliche Konkretisierungsbefugnis mit Allgemeinverbindlichkeit zuschreibt. Es ist richtig, dass der Gesetzgeber sich ohne Änderung des unionsrechtlichen Umfelds gegen das Verfassungsverständnis des Bundesverfassungsgerichts letztlich nicht würde durchsetzen können. Es war aber sicherlich nicht das Anliegen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, Verfassungsrechtsprechung zu versteinern (s. auch *R. Wernsmann*, JZ 2014, S. 23 [27]). Die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 Abs. 1 BVerfGG wird auch durch Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ohnehin solche des Gerichtshofs der Union relativiert. Darin wurde mit Recht noch nie eine materielle Verfassungsänderung erblickt. Im Ergebnis sind die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG hier also nicht erfüllt. Dem Ratsbeschluss 2018/944 können der Deutsche Bundestag – wie bei der letzten Zustimmung zur Änderung des Direktwahlakts (s. BT-Drucks. 15/1059 unter Bezugnahme nur auf Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) – und der Bundesrat mit einfachen Mehrheiten zustimmen.

III. Vorsorglich: zur Vereinbarkeit des Ratsbeschlusses 2018/994 mit der deutschen Verfassungsidentität

Hält man mit dem Vorstehenden Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nicht für einschlägig, stellt sich die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen, also der Vereinbarkeit der Gesetzentwürfe mit Art. 79 Abs. 3 GG, an sich nicht, wobei das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsidentität auch jenseits des Anwendungsbereichs von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG gegen Unionsrechtsakte in Stellung bringt (s. dazu näher *H. Sauer*, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, § 9 Rn. 20 ff.; und zuletzt BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 6. Dezember 2022, 2 BvR 547/21 u.a., Rn. 121 ff.). Es sei aber vorsorglich darauf hingewiesen, dass bei Einschlägigkeit von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG kein Problem der deutschen Verfassungsidentität bestehen würde. Art. 79 Abs. 3 GG macht, soweit er hier von Relevanz ist, die „in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“ ewigkeitsfest. Die Grundsätze demokratischer Selbstbestimmung werden von der Frage, ob bei der Wahl zum Europäischen Parlament eine Sperrklausel von mindestens 2% und bis zu 5% gilt, nicht berührt (ebenso *S. Hölscheid*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 223 [Stand: 2020] Rn. 29a; *T. Giegerich*, ZEuS 2018, S. 145 [161]; *H. M. Heinig*, DVBl. 2014, S. 1141 [1146 f.]; *M. Kotzur/F. Heidrich*, ZEuS 2014, S. 259 [272]; *A. Haratsch*, EuGRZ 2019, S. 177 [185]; *H. J. Boehl*, ZG 2019, S. 234 [243]; skeptischer ohne nähere Begründung *R. Wernsmann*, JZ 2014, S. 23 [28]). Wie viel dem binnengerichteten Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG über Demokratievorgaben für die Europäische Union entnommen werden kann, wie sie sich speziell aus der das Staatsziel europäische Integration flankierenden Struktursicherung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG ergeben können, ist ohnehin unklar. Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Rechtsprechung in vorsichtiger Formulierung davon aus, es könne, wenn Hoheitsrechte übertragen werden, „nicht ohne Bedeutung sein, ob die auf europäischer Ebene ausgeübte Hoheitsgewalt auch demokratisch legitimiert ist“ (BVerfGE 123, 267 [331]). Stellt man aber in Rechnung, dass das Bundesverfassungsgericht ebenso wie Art. 10 Abs. 2 EUV ein duales Legitimationsmodell zu Grunde legt, in dem es von einem gewissen Vorrang des mitgliedstaatlichen Legitimationsstrangs ausgeht, so wird man die Vorgabe einer Sperrklausel von mindestens 2% und höchstens 5% für die Wahl zum Europäischen Parlament nicht als identitätsrelevante Entkernung des Demokratieprinzips ansehen können. Aus den Unterschieden, die das Bundesverfassungsgericht namentlich zwischen dem Deutschen Bundestag und dem Europäischen Parlament gesehen hat, folgt ungeachtet der

Tragfähigkeit dieser Unterschiede nicht, dass die mit der Einführung einer Sperrklausel für die Europawahl von mindestens 2% verbundenen Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien mit der Preisgabe des Wesenskerns demokratischer Selbstherrschaft des Volkes gleichgesetzt werden könnten.

Die Wahl zum Europäischen Parlament soll diese demokratische Selbstherrschaft unter den Vorzeichen supranationaler Herrschaft ermöglichen. Das heißt zwar nicht, dass das diesbezügliche Wahlrecht angesichts seiner Demokratieermöglichung grundsätzlich nicht identitätsrelevant sein könnte. Aber um den Kern von Selbstbestimmung zu verletzen, müsste eine Sperrklausel mindestens eine deutlich größere Ausschlusswirkung haben, als es hier der Fall ist. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zuge seiner Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung gegen die Wiederholungswahl zum Berliner Abgeordnetenhaus jüngst selbst festgehalten, dass nicht alles, was demokratisch problematisch sein kann, zum Kern von Demokratie gezählt werden kann (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25. Januar 2023 [begründet am 17. Mai 2023], 2 BvR 2189/22, Rn. 183). Ohnehin wird man seinen Hinweis in der dritten Entscheidung zur Sperrklausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament darauf, dass eine unionsrechtliche Sperrklausel „weiterhin nicht besteht“ (BVerfGE 135, 259 [292]), so verstehen müssen, dass auch das Bundesverfassungsgericht von der Zulässigkeit einer unionsrechtlichen Vorgabe zur Sperrklausel ausgegangen ist (sogar von „dezentem nudging“ des Bundesverfassungsgerichts spricht *H. J. Boehl*, ZG 2019, S. 234 [240]).

C. Umsetzung des Ratsbeschlusses 2018/994 durch Änderung des EuWG (BT-Drucks. 20/4046)

I. Ausgangslage

Im Nachgang zum Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 nach der Zustimmung durch sämtliche Mitgliedstaaten müsste die unionsrechtliche Reform des Wahlrechts zum Europäischen Parlament im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden – es bedarf dann also einer Änderung des EuWG. Diese Notwendigkeit besteht jedenfalls in dem Umfang, in dem der Ratsbeschluss 2018/994 unionsrechtliche Verpflichtungen begründet, die bislang nicht bestanden. Abgesehen von hier nicht weiter interessierenden Vorgaben zum Datenaustausch und zur Sanktionierung doppelter Stimmabgaben (s. Art. 1 Nr.

5 und Nr. 6 des Ratsbeschlusses) sowie von der bereits erfüllten Vorgabe zum zeitlichen Abstand zwischen dem Einreichen von Wahlvorschlägen und der Wahl (s. Art. 1 Nr. 3 des Ratsbeschlusses; und § 11 Abs. 1 EuWG) verbleibt als Verpflichtung lediglich die Vorgabe zur Sperrklausel; im Übrigen sieht der Ratsbeschluss 2018/994 lediglich Optionen vor, die von den Mitgliedstaaten ergriffen werden können, aber nicht müssen.

Zur Sperrklausel sieht Art. 1 Nr. 2 des Ratsbeschlusses eine Neufassung von Art. 3 des Direktwahlakts vor. Abweichend von Art. 3 Abs. 1 des neu gefassten Wahlakts, der Sperrklauseln von bis zu 5% als Möglichkeit vorsieht, verpflichtet Art. 3 Abs. 2 des neu gefassten Wahlakts Mitgliedstaaten, in denen eine Listenwahl stattfindet und denen mehr als 35 Sitze im Europäischen Parlament zustehen, zur Einführung einer Sperrklausel von mindestens 2% und höchstens 5%. Zu diesen Mitgliedstaaten gehört die Bundesrepublik Deutschland, der nach Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses (EU) 2018/937 des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018 derzeit 96 Sitze im Europäischen Parlament zustehen und in der nach § 2 Abs. 1 EuWG eine Listenwahl durchgeführt wird. Damit wird die Verankerung einer Sperrklausel im EuWG nach dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses erforderlich sein. Dabei stellen sich Fragen nach dem zeitlichen und nach dem inhaltlichen Spielraum des Gesetzgebers.

II. Zum zeitlichen Spielraum der Umsetzungsgesetzgebung

In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass nach Art. 1 Nr. 2 des Ratsbeschlusses Art. 3 Abs. 3 des neu gefassten Direktwahlakts den Mitgliedstaaten vorgibt, der Verpflichtung zur Einführung einer Sperrklausel „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“. Das bedeutet, dass die Sperrklausel erst für die *übernächste* Parlamentswahl nach dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses unionsrechtlich verbindlich vorgegeben ist (s. auch A. Haratsch, EuGRZ 2019, S. 177 [184]; H. J. Boehl, ZG 2019, S. 234 [244]). Für die erste Parlamentswahl nach dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses bleibt die unionsrechtliche Lage dagegen noch, wie sie bereits ist: Eine Sperrklausel ist erlaubt, aber noch nicht geboten. Deshalb steht der Gesetzentwurf der Unionsfraktion zur Änderung des EuWG (BT-Drucks. 20/4046) mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Unzulässigkeit von Sperrklauseln bei der Wahl zum Europäischen Parlament in Konflikt. Der Gesetzentwurf sieht vor, in § 2 Abs. 7 EuWG wieder eine

Sperrklausel von 2% zu verankern (Art. 1) und die Regelung unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 in Kraft treten zu lassen (Art. 2; dazu unten IV.). Unabhängig davon, ob der Ratsbeschluss vor oder nach der nächsten Parlamentswahl des Jahres 2024 in Kraft treten sollte, würde der Ratsbeschluss damit in zeitlicher Hinsicht *überschießend* umgesetzt: eine Parlamentswahl vor dem Eingreifen der unionsrechtlichen Verpflichtung. Nur infolge und auf der Grundlage dieser unionsrechtlichen Verpflichtung tritt aber eine maßgebliche Änderung der Rechtslage ein, die das vom Bundesverfassungsgericht binnen kurzer Zeit zweimal festgestellte verfassungsrechtliche Problem beseitigt. Denn mit der Einführung einer unionsrechtlichen Verpflichtung zur Schaffung einer Sperrklausel befinden sich Unionsrecht und deutsches Verfassungsrecht in Konflikt, wenn man es so auslegt, wie das Bundesverfassungsgericht es getan hat. Dieser Konflikt ist jedenfalls so lange zu Gunsten des Unionsrechts aufzulösen (Anwendungsvorrang), wie etwaige letzte Grenzen dieses Vorrangs in Gestalt der deutschen Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) nicht berührt werden – und das ist wie dargestellt hier nicht der Fall (s. oben B. III.).

Der Ratsbeschluss 2018/994 verdrängt mit seinem Inkrafttreten im Umfang einer Verpflichtungswirkung also entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht. Das bedeutet, dass man entweder das Verständnis des Bundesverfassungsgerichts nicht teilt (dann gibt es keinen Konflikt) oder aber die Verfassungsrechtsprechung mit Blick auf ihre Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zu Grunde legt und dadurch ein Konflikt entsteht, der durch die Verdrängung des Grundgesetzes im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts gelöst wird. Ohne Verpflichtungswirkung des Unionsrechts besteht der dargestellte Konflikt aber – noch – nicht (s. nochmals BVerfGE 135, 259 [282 f.]). Mit der Schaffung einer Sperrklausel vor dem Eingreifen der unionsrechtlichen Verpflichtung, also für die dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 nachfolgende Wahl zum Europäischen Parlament, setzte sich der Gesetzgeber deshalb in Widerspruch zur Verfassungsrechtsprechung (s. auch *T. Giegerich*, ZEuS 2018, S. 145 [162]). Das ist entweder ein Verstoß gegen ein aus § 31 Abs. 1 BVerfGG folgendes Normwiederholungsverbot, dessen Existenz wie oben dargestellt allerdings nicht feststeht (s. oben B. II. 2. b.), oder aber – wenn man dem Gesetzgeber grundsätzlich den Versuch zugestehen will, das Bundesverfassungsgericht zum Umdenken zu bewegen – mindestens ein untauglicher Versuch. Denn angesichts der beiden jüngeren Entscheidungen aus den Jahren 2011 und 2014 und dem klaren Hinweis des

Bundesverfassungsgerichts darauf, dass erst eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung einer Sperrklausel die Dinge ändern könnte, ist es sehr wenig aussichtsreich, das Bundesverfassungsgericht für die verbleibende Zwischenzeit einer einzigen Wahlperiode noch zu einem Bruch mit seiner früheren Rechtsprechung zu bewegen. Deshalb halte ich Art. 1 der von der Unionsfraktion vorgeschlagenen Änderung des EuWG für rechtlich bedenklich und jedenfalls verfassungspolitisch nicht zielführend.

III. Zum inhaltlichen Spielraum der Gesetzgebung

In inhaltlicher Hinsicht gelten vergleichbare Erwägungen. Das Unionsrecht belässt den betroffenen Mitgliedstaaten für die Bemessung der Sperrklausel zwar einen Spielraum. Ginge die deutsche Umsetzung im EuWG aber über das unionsrechtliche Mindestmaß von 2% hinaus, bestünde insoweit wiederum keine unionsrechtliche Verpflichtung. In Anbetracht der dargestellten Verfassungsrechtsprechung ist anzunehmen, dass das Bundesverfassungsgericht angesichts seiner in den beiden jüngeren Entscheidungen angestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen nur das unionsrechtliche Mindestmaß gezwungenermaßen tolerieren würde, eine darüber hinausgehende Sperrklausel aber wiederum als verfassungswidrig ansehen würde (s. auch *T. Giegerich*, ZEuS 2018, S. 145 [162]; *A. Haratsch*, EuGRZ 2019, S. 177 [184]; *H. J. Boehl*, ZG 2019, S. 234 [246]). Insofern ist anzuraten, bei der Umsetzung – wie von der Unionsfraktion vorgeschlagen – nicht über das unionsrechtliche Mindestmaß hinauszugehen, also eine Sperrklausel in Höhe von 2% im EuWG festzulegen.

IV. Zum vorgeschlagenen aufschiebend bedingten Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes

Der Gesetzentwurf der Unionsfraktion zur Änderung des EuWG (BT-Drucks. 20/4046) sieht in Art. 2 vor, dass das Gesetz „frühestens am Tag nach der Verkündung, jedoch nicht vor dem Tag in Kraft [tritt], an dem der Beschluss (EU, Euratom) 2018/944 des Rates [...] nach seinem Art. 2 in Kraft tritt“. Vorgeschlagen wird damit, dass die Verankerung der Sperrklausel im EuWG bereits jetzt beschlossen und dann später in Kraft treten soll, wenn der Ratsbeschluss 2018/994 durch die Zustimmung aller Mitgliedstaaten in Kraft getreten sein wird. Tatsächlich wird in der Konstellation des

Zustimmungsgesetzes zu völkerrechtlichen Verträgen das Herausschieben des Inkrafttretens auf den Zeitpunkt, zu dem der Vertrag in Kraft tritt, für zulässig gehalten (s. BVerfGE 42, 263 [284]; *K. von Lewinski*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter [Hrsg.], Bonner Kommentar zum GG, Art. 82 [Stand: 2013] Rn. 284; *H. Butzer*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG-Kommentar, Art. 82 [Stand: 2014] Rn. 282; *M. Kment*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG-Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 82 Rn. 10). Eine solche Konstruktion erscheint freilich wenig praxistauglich, würde sie die Bundesregierung doch nicht dazu ermächtigen, auf der völkerrechtlichen Ebene die Ratifikationserklärung abzugeben, womit Deutschland seine Bindung an den Vertrag zurückhalten würde, bis der Vertrag bereits auf der Grundlage anderer Ratifikationserklärungen in Kraft getreten wäre. Ohnehin erschiene ein solches Vorgehen nur dann gänzlich unbedenklich, wenn es nur noch an der deutschen Zustimmung fehlen würde, weil dann gesichert wäre, dass die Bedingung, deren Erfüllung der Gesetzgeber zudem selbst in der Hand hätte, in absehbarer Zeit erfüllt wäre (eher streng auch *H. Bauer*, in: H. Dreier [Hrsg.], GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 82 Rn. 27). Solange es aber noch an der Zustimmung anderer Mitgliedstaaten fehlt, ist nicht absehbar, ob und gegebenenfalls wann die Bedingung für das Inkrafttreten erfüllt sein wird. Angesichts der politischen Diskussion etwa in Spanien erscheint es durchaus denkbar, dass die Änderung des EuWG „auf Vorrat“ beschlossen würde und dann Jahre später ohne weiteres Zutun des deutschen Gesetzgebers – möglicherweise erst in der nächsten oder übernächsten Wahlperiode des Deutschen Bundestages mit dann anderen politischen Mehrheiten – in Kraft treten würde.

Eine solche bedingte Gesetzgebung ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch (zurückhaltend auch BVerfGE 42, 263 [283 ff.]; großzügiger für die Konstellation einer noch ausstehenden Beihilfengenehmigung durch die Europäische Kommission BVerfGE 155, 378 [397 f.]; *K. von Lewinski*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter [Hrsg.], Bonner Kommentar zum GG, Art. 82 [Stand: 2013] Rn. 285; *M. Brenner*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 47; eingehend und weniger streng als hier *J. Salzwedel*, FS für Jahrreiß, 1974, S. 195 ff.). Demokratie ist Herrschaft auf Zeit. Parlamentarische Mehrheiten erlassen Gesetze, die gewiss Umstände schaffen, die später nicht leicht umkehrbar sind. Nicht unzweifelhaft ist aber, ob parlamentarische Mehrheiten immer auch die demokratische Legitimation dafür besitzen, Entscheidungen „auf Vorrat“ zu treffen, die erst infolge bestimmter rechtlicher oder tatsächlicher Veränderungen in der Zukunft

anstehen. Jedenfalls aber leidet die Vorhersehbarkeit des Rechts, wenn Gesetzesbeschluss und Inkrafttreten nicht nur zeitlich auseinandergezogen werden, sondern auch unklar ist, ob und wann das Gesetz in Kraft treten kann, auf dessen zeitliche Wirkung sich deshalb auch niemand einstellen kann (s. BVerfGE 42, 263 [285]; 155, 378 [397]). Im konkreten Fall scheint man dagegen zwar einwenden zu können, dass nach dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 ohnehin kein Spielraum des deutschen Gesetzgebers mehr besteht, seinen unionsrechtlichen Pflichten nicht Rechnung zu tragen. Hier ist es aber gerade so, dass auch nach dem Inkrafttreten des Ratsbeschlusses 2018/994 die unionsrechtliche Verpflichtung zeitlich hinausgeschoben ist, während die Unionsfraktion vorschlägt, bereits jetzt die dann erst notwendig werdende Gesetzgebung vorwegzunehmen, um die Umsetzung bereits vor dem Zeitpunkt der unionsrechtlichen Verpflichtung eingreifen zu lassen (s. zum damit verbundenen sachlichen Problem oben II.). Ob diese verfassungsrechtlichen Bedenken dadurch ausgeräumt werden, dass – wie vorgeschlagen wird – das Inkrafttreten des Gesetzes im Bundesgesetzblatt bekanntgemacht wird (s. dazu BVerfGE 155, 378 [401]), erscheint nicht gesichert.

Jedenfalls aber wird man im Wahlrecht nicht zu einer bedingten Gesetzgebung der vorgeschlagenen Art greifen können. Wahlrechtsspezifische Klarheitsanforderungen haben jüngst in der mündlichen Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. April 2023 zur Wahlrechtsreform der 19. Wahlperiode bezogen auf das geltende Wahlrecht eine herausragende Rolle gespielt. Dann ist es erst recht von zentraler Bedeutung, dass allen Beteiligten – den Wahlberechtigten, vor allem aber auch denjenigen, die zu einer Wahl antreten wollen, sowie den für die (fehleranfällige) Vorbereitung und Durchführung verantwortlichen staatlichen Stellen – klar ist, nach welchen Vorschriften gewählt wird, welches Wahlrecht also gilt. Der Vorschlag der Unionsfraktion würde es ermöglichen, dass erst kurz vor der nächsten Parlamentswahl des Jahres 2024 durch äußere Umstände eine Reform des EuWG in Kraft tritt, die eine Sperrklausel in Höhe von 2% einführt. Das veränderte die Wahlchancen der Parteien, auf die auch Wahlprogramm, Wahlvorbereitung und Wahlkampf ausgerichtet sind, erheblich.

Nicht umsonst empfiehlt die Venedig-Kommission des Europarats (s. allgemein *T. Markert*, EuGRZ 2022, S. 608 ff.) in ihrem Verhaltenskodex für Wahlen aus dem Jahr 2002, innerhalb eines Jahres vor Parlamentswahlen keine Änderungen der Grundelemente des Wahlrechts vorzunehmen (CDL-AD(2002)023rev2-cor,

S. 10 und S. 65). Zwar sind die Empfehlungen dieser Kommission des Europarats, die sich aus unabhängigen Sachverständigen zusammensetzt, nicht unmittelbar rechtsverbindlich. Abgesehen davon, dass die binäre Unterscheidung zwischen verbindlich und unverbindlich normative Wirkungen nicht vollständig abbildet, zeigt sich die Tatsache, dass die Empfehlungen der Venedig-Kommission eine hohe Autorität genießen, aber darin, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Eilentscheidung zum Wahlrechtsausschluss von betreuten Personen bei der Wahl zum Europäischen Parlament Wert darauf gelegt hat, dass seine einstweilige Anordnung sich in der Sache nicht in Widerspruch zu der Empfehlung der Kommission befindet, in dem Jahr vor der Wahl die Grundelemente des Wahlrechts nicht mehr zu verändern (s. BVerfGE 151, 152 [170 f.]); diese Grundüberlegung einer besonderen Festigkeit und Verlässlichkeit des Wahlrechts in Vorwahlzeiten dürfte sich das Bundesverfassungsgericht in dieser Passage durchaus zu eigen gemacht haben (s. auch bereits BVerfGE 121, 266 [316]). Damit ist es unausgesprochen davon ausgegangen, dass die Empfehlungen zu dem gehören, was bei der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen ist. Die Frage, ob eine Sperrklausel besteht oder nicht, wird man durchaus als grundsätzlich anzusehen haben, zumal im bevölkerungsreichen Mitgliedstaat Deutschland anders als in anderen Mitgliedstaaten die „faktische Sperrklausel“ nur geringe Bedeutung hat (sie lag bei der Parlamentswahl 2019 um rund 0,5%). Gerade im Wahlrecht müssen alle Beteiligten wissen, welche Regeln gelten. Eine Wahlrechtsreform, deren Inkrafttreten vom sachlich und zeitlich ungewissen Eintreten einer Bedingung abhängt, auf deren Erfüllung der Gesetzgeber keinen Einfluss mehr hat, ist damit nicht zulässig. Deshalb halte ich Art. 2 der von der Unionsfraktion vorgeschlagenen Änderung des EuWG für verfassungswidrig.