

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union

Universitätsstr. 14–16  
D-48143 Münster

Tel. +49 251 83-29793

– per E-Mail –

patrick.hilbert@uni-muenster.de

Sekretariat: Christian Herrmann  
christian.herrmann@uni-muenster.de

iup@uni-muenster.de

09.06.2023

## **Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages am 12.7.2023**

Die Gegenstände der Anhörung<sup>1</sup> betreffen die deutsche Zustimmung zur Novellierung des sog. Direktwahlaktes<sup>2</sup> (DWA) durch den Beschluss (EU, Euratom) 2018/994 des Rates vom 13.7.2018<sup>3</sup> (im Folgenden DWA 2018) und seine Umsetzung in deutsches Recht (hierzu II.).

Die Zustimmung zum DWA 2018 begegnet keinen rechtlichen Bedenken; sie hat gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG durch ein mit verfassungsändernden Mehrheiten (Art. 79 Abs. 2 GG) beschlossenes Gesetz zu erfolgen (hierzu I.).

Die Umsetzung des DWA 2018 in deutsches Recht wirft verschiedene rechtliche Fragen auf (hierzu II.). Insbesondere darf eine Sperrklausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament nicht über das unionsrechtlich geforderte Minimum hinausgehen und darf zudem erst zur übernächsten Wahl nach dem Inkrafttreten des DWA 2018 eingeführt werden.

### **I. Zustimmung zum DWA 2018**

Der DWA 2018 ist ein auf Art. 223 AEUV gestützter Rechtsakt der Union, der gemäß Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV erst in Kraft treten kann, wenn ihm alle Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften zugestimmt haben. Nach deutschem Recht ist für die Zustimmung ein Gesetz notwendig, Art. 23 Abs. 1 GG, § 3 Abs. 2, Abs. 1 Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG). Einen Entwurf für ein derartiges Gesetz sehen sowohl der Regierungsentwurf (BT-Drs. 20/6821) als auch der weitgehend wortlautidentische Entwurf der Fraktion CDU/CSU (BT-Drs. 20/4045) vor.

Die Zustimmung zum DWA 2018 in dieser Form ist eine politische Frage. Rechtliche Hindernisse stehen ihr nicht entgegen – insbesondere begegnet der DWA 2018 keinen rechtlichen Bedenken aus dem Unionsrecht (1.). Das Zustimmungsgesetz muss allerdings gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mit verfassungsändernden Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat

<sup>1</sup> BT-Drs. 20/6821; BT-Drs. 20/4045; BT-Drs. 20/4046.

<sup>2</sup> Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments v. 20.9.1976, ABl. L 278, S. 5, ber. ABl. 1976 L 326, S. 32.

<sup>3</sup> ABl. L 178, S. 1.

(Art. 79 Abs. 2 GG) beschlossen werden (2). Die Kontrollvorbehalte des BVerfG stehen dem DWA 2018 bzw. der Zustimmung zu ihm nicht entgegen (3.).

### 1. Primärrechtsqualität des Direktwahlakts

Der DWA 2018 ist mit Unionsrecht vereinbar. Ein Widerspruch zu materiellem Unionsrecht kann nämlich überhaupt nicht bestehen, weil der Direktwahlakt selbst Primärrecht ist.<sup>4</sup> Dies hat zur Folge, dass andere materielle Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere Gleichheitssätze, wegen ihrer Gleichrangigkeit mit dem Direktwahlakt nicht als dessen Überprüfungsmaßstab herangezogen werden dürfen. Zu messen ist der Direktwahlakt aus unionsrechtlicher Perspektive lediglich an den Verfahrensvorschriften des Art. 223 AEUV, gegen die ein Verstoß nicht ersichtlich ist.

Die Stellung des Direktwahlakts als Primärrecht war und ist zwar nicht unumstritten. Allerdings ist der Direktwahlakt – jedenfalls heute – als Primärrecht einzustufen,<sup>5</sup> was auch der Sicht des BVerfG entspricht.<sup>6</sup>

Die Diskussionen um die Rechtsnatur des Direktwahlaktes sind vor allem historisch zu erklären. Der ursprünglich als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommende Art. 138 Abs. 3 EWGV zielte auf Regelungen „für allgemeine unmittelbare Wahlen nach einem einheitlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten“. Da der Direktwahlakt – bei seinem Erlass 1976 wie heute – kein vollumfängliches einheitliches Wahlverfahren vorsah, war nicht sicher, ob Art. 138 Abs. 3 EWGV (und später Art. 190 Abs. 4 EGV<sup>7</sup>) ihn tragen konnte. Nachdem der ursprüngliche Direktwahlakt einstimmig vom Rat beschlossen und – sowohl der Beschluss als auch der Direktwahlakt selbst – zusätzlich von je einem Vertreter der damaligen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde,<sup>8</sup> begannen Diskussionen, ob hiermit Art. 138 Abs. 3 EWGV vollzogen wurde (der verfahrensrechtlich verlangte, dass der Rat die einstimmig beschlossenen Bestimmungen „den Mitgliedstaaten zur Annahme gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften“ empfiehlt, also die Annahme durch die Mitgliedstaaten forderte) oder ob der Direktwahlakt eine Vereinbarung jenseits von Art. 138 Abs. 3 EWGV war.<sup>9</sup> Das Meinungs-

---

<sup>4</sup> P. Hilbert, Die Informationsfunktion von Parlamenten, 2022, S. 375 ff.

<sup>5</sup> Im Ergebnis ebenso P. M. Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 32018, Art. 223 AEUV Rdnr. 59; M. Ruffert, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 42 Rdnr. 15; vgl. auch H. J. Boehl, ZG 2019, S. 234 (235).

<sup>6</sup> BVerfGE 123, 267 (386 f.) – Lissabon (2009).

<sup>7</sup> Dieser entsprach Art. 138 Abs. 3 EWGV; später wurde durch Art. G Abs. 40 Vertrag von Maastricht die Zustimmung durch das Parlament als zusätzliches Verfahrenserfordernis mit aufgenommen.

<sup>8</sup> ABl. EG 1976 L 278, S. 1, 5; vgl. zu den Besonderheiten der äußeren Form M. Hilf, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, S. 21 (26 f.). In der Bundesrepublik wurde zu diesem Beschluss ein Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG erlassen: Gesetz v. 4.8.1977, BGBl. I, S. 733.

<sup>9</sup> Eingehend C. Lenz, Ein einheitliches Verfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments, 1995, S. 89–119, der selbst Art. 138 Abs. 3 EWGV als Rechtsgrundlage ansieht, aber einen Verstoß hiergegen ausmacht; abweichend hiervon wurde vielfach eine Vereinbarkeit mit Art. 138 Abs. 3 EWGV angenommen, siehe stellvertretend E. Grabitz/T. Läufer, Das Europäische Parlament, 1980, S. 233 f. m.w.N. Demgegenüber stufte etwa P.-C. Müller-Graff, Die Direktwahl des europäischen Parlaments, 1979, S. 27 f., den Direktwahlakt als eine jenseits von Art. 138 Abs. 3 EWGV geschaffene Regelung ein, nämlich als eine „Vertragsänderung i.S.[v.] Art. 236 EWGV“ (S. 28).

spektrum war weit. Manche sahen im Direktwahlakt einen (eigenständigen) völkerrechtlichen Vertrag,<sup>10</sup> andere einen gemischten Rechtsakt,<sup>11</sup> wieder andere sahen in ihm auf Art. 138 Abs. 3 EWGV gestütztes Primärrecht,<sup>12</sup> abermals andere „Gemeinschaftsrecht [...] im Rang über dem sekundären Gemeinschaftsrecht, aber unter den Vorschriften der Verträge“<sup>13</sup> und einige (im Ergebnis) Sekundärrecht<sup>14</sup>. Mit der Änderung der einschlägigen Rechtsgrundlage durch den Vertrag von Amsterdam,<sup>15</sup> der auch die heutige Fassung in Art. 223 Abs. 1 AEUV entspricht, ist die Grundlage dieser Diskussion entfallen. Die Vorschrift taugt (seit 1999) nicht nur als Ermächtigungsgrundlage für ein einheitliches Wahlverfahren, sondern auch für wahlrechtliche Bestimmungen „im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen“. Über ihre Eignung als Ermächtigungsgrundlage für den Direktwahlakt in seiner heutigen Gestalt bestehen deshalb keine Zweifel mehr,<sup>16</sup> und spätestens mit der Änderung des Direktwahlakts 2002<sup>17</sup> wurde er auch auf diese Grundlage gestellt.

Dank der tauglichen Ermächtigungsgrundlage fällt die Qualifizierung des Direktwahlakts als (reines) Unionsrecht leicht,<sup>18</sup> so dass sich nur noch die Frage stellt, auf welcher Rangstufe er steht. Die Antwort lautet: Auf der obersten, d.h. auf der Stufe des Primärrechts. Zwar wird er von manchem dem Sekundärrecht zugeschlagen, wofür als Argumente angeführt werden, dass Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV für die Änderung des Direktwahlakts nunmehr ein besonderes Gesetzgebungsverfahren vorsieht und dass durch den Direktwahlakt EUV und AEUV nicht geändert werden.<sup>19</sup> Beides ist zwar richtig, taugt aber nicht zur Klassifizierung einer Norm innerhalb der Normenpyramide. Eine Änderung von EUV oder AEUV ist überhaupt nicht nötig, um den Direktwahlakt als Primärrecht zu qualifizieren.<sup>20</sup> Und die Art des ihm zugrunde liegenden Gesetzgebungsverfahrens sagt über seine Stellung in der Normenhierarchie noch nichts aus, zumal das positive Unionsrecht den Begriff des Primärrechts selbst nicht verwendet oder an ein bestimmtes Verfahren knüpft. Im Übrigen – und das ist ent-

---

<sup>10</sup> BVerfGE 104, 214 (219) – NPD-Verbotsverfahren – Aussetzungsantrag (2001); so wohl auch immer noch *Europäisches Parlament*, Empfehlung zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates zur Änderung des Direktwahlakts – A8-0248/2018, S. 7.

<sup>11</sup> So immer noch S. *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 223 AEUV (2020) Rdnr. 19.

<sup>12</sup> Schlussanträge GA M. *Darmon*, Rs. C-41/92, *The Liberal Democrats/Parlament*, EU:C:1993:113, Rdnr. 49 ff. Davon ging auch die damals zustimmende Bundesregierung aus, siehe ihre Gesetzesbegründung zum Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG (Fußn. 8): BT-Drucks. 8/360, S. 10: „Vertragsänderung sui generis“.

<sup>13</sup> C. *Lenz*, *Ein einheitliches Verfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments*, 1995, S. 107; so immer noch A. *Melzer*, *Politische Opposition im Organisationsverfassungsrecht der Europäischen Union*, 2020, S. 197–200.

<sup>14</sup> M. *Hovehne*, *Ein demokratisches Verfahren für die Wahlen zum Europäischen Parlament*, 1999, S. 128.

<sup>15</sup> Art. 2 Abs. 38 Vertrag von Amsterdam.

<sup>16</sup> S. *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 223 AEUV (2020) Rdnr. 20.

<sup>17</sup> Beschluss des Rates v. 25.6. und 23.9.2002, ABl. L 283, S. 1. Zur Entwicklung bis dorthin vgl. W. *Schreiber*, *NVwZ* 2004, S. 21 (24–26).

<sup>18</sup> Siehe etwa BVerfGE 129, 300 (336) – 5 %-Sperrklausel EuWG (2011), wo „der europäische Normgeber“ als Urheber des Direktwahlakts bezeichnet wird. Vgl. auch M. *Lukan*, *EuR* 2019, S. 222 (228 f.), A. *von Arnould*, *EuR* 2003, S. 191 (198 f.).

<sup>19</sup> T. *Felten*, *EuR* 2014, S. 298 (310 ff.); H. M. *Heinig*, *DVBl.* 2016, S. 1141 (1142); T. *Giegerich*, *ZEuS* 2018, S. 145 (150 f.).

<sup>20</sup> Die Idee, auf die Änderung der Verträge abzustellen, hat ihren historischen Ursprung wohl darin, dass der ursprüngliche Direktwahlakt in seinem Art. 14 die damaligen Art. 138 Abs. 1, 2 EWGV aufhob. Es ist (neuem) Primärrecht aber nicht wesenseigen, dass es bereits bestehendes Primärrecht abändern muss.

scheidend – wird der Direktwahlakt nicht allein in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen, sondern setzt zu seinem Inkrafttreten die „Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ voraus (Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV). Letzteres erinnert nicht von ungefähr an eine der Voraussetzungen eines vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 EUV und es ist konsequent, dass nunmehr auch das BVerfG Art. 223 Abs. 1 AEUV als eine Vorschrift über das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren qualifiziert hat.<sup>21</sup> Die Mitwirkung der Mitgliedstaaten außerhalb des Rates ist im Unionsrecht der Indikator für eine Norm des Primärrechts, d.h. einer Norm, die vom EuGH (grundsätzlich<sup>22</sup>) nicht verworfen werden darf. Dass das Unionsrecht verschiedene Verfahren zur Erzeugung von Primärrecht kennt, zeigt Art. 48 EUV.<sup>23</sup> Dass der Direktwahlakt auf die Zustimmung der Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften angewiesen ist, macht ihn zum Primärrecht. Das deutsche Recht reflektiert dies in § 3 Abs. 2, Abs. 1 IntVG, wonach für Änderungen des Direktwahlakts ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 GG notwendig ist.

Aus diesen Gründen ist der Direktwahlakt nicht an materiellen Vorgaben des sonstigen Primärrechts zu messen und unionsrechtskonform.

## **2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das deutsche Zustimmungsgesetz: verfassungsändernde Mehrheit**

Aus Sicht des nationalen Rechts stellt sich die Frage, ob verfassungsrechtliche Gründe der Zustimmung zum Direktwahlakt 2018 entgegenstehen, die eng mit der Frage verbunden ist, ob das Zustimmungsgesetz zum DWA 2018 mit einfacher Mehrheit (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) oder mit verfassungsändernden Mehrheiten (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) beschlossen werden muss. Letzteres ist der Fall. In der Folge stehen der Zustimmung keine verfassungsrechtlichen Gründe entgegen; auch die Kontrollvorbehalte, die sich das BVerfG gegenüber Unionsrecht vorbehält, werden nicht aktiviert (hierzu 3.).

Man könnte fragen, ob der deutsche Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert ist, ein Zustimmungsgesetz zum DWA 2018 zu beschließen. Denn der DWA 2018 enthält eine Regelung zur Sperrklausel bei den Europawahlen (Art. 3), durch die unter anderem die Bundesrepublik dazu verpflichtet wird, eine Sperrklausel von nicht weniger als 2 % der abgegebenen gültigen Stimmen einzuführen (Art. 3 Abs. 2). Eine Sperrklausel bei den Wahlen zum Europäischen Parlament ist aber nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht mit dem – zum Zeitpunkt der Entscheidungen geltenden – deutschen Verfassungsrecht vereinbar.<sup>24</sup> Diese Rechtsprechung und die ihr zugrunde liegende Verfassungsinterpretation steht

---

<sup>21</sup> BVerfGE 123, 167 (386 f.) – Lissabon (2009).

<sup>22</sup> Die einzige Ausnahme ist, dass der EuGH bei innerhalb der Verträge geschaffenem Primärrecht das wirksame Zustandekommen, d.h. die Einhaltung der von der Rechtserzeugungsregel (wie etwa Art. 48 EUV oder eben Art. 223 Abs. 1 AEUV) aufgestellten Voraussetzungen überprüfen darf, vgl. C. Ohler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 48 EUV (2017) Rdnr. 27.

<sup>23</sup> Alle dortigen Wege zur Vertragsänderung setzen eine Mitwirkung der Mitgliedstaaten außerhalb des Rates voraus, wobei jeder Mitgliedstaat das Zustandekommen verhindern kann. Im ordentlichen Vertragsänderungsverfahren ist die Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten vonnöten (Art. 48 Abs. 4 UAbs. 2 EUV). In den vereinfachten Vertragsänderungsverfahren ist entweder die Zustimmung der Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften nötig (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3 EUV) oder die mitgliedstaatlichen Parlamente haben zumindest ein Vetorecht (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 Satz 2 EUV).

<sup>24</sup> BVerfGE 129, 300– 5 %-Sperrklausel EuWG (2011); 135, 259 – 3 %-Sperrklausel EuWG (2014).

einer Zustimmung aber nicht entgegen.<sup>25</sup> Denn das Zustimmungsgesetz zum DWA 2018 muss gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, § 3 Abs. 2, Abs. 1 IntVG ein verfassungsänderndes sein. Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG ist für die Änderung der vertraglichen Grundlagen der Union, durch die das Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, ein Gesetz erforderlich, das Art. 79 Abs. 2 und 3 GG genügt. Weil der Direktwahlakt Primärrecht ist (oben I. 1.) liegt einer Änderung der vertraglichen Grundlagen der Union vor. Durch diese wird das Grundgesetz auch seinem Inhalt nach geändert. Das Tatbestandsmerkmal der „Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes bzw. ihrer Ermöglichung“ ist im Einzelnen zwar sehr umstritten.<sup>26</sup> Vorliegend ist aber eine qualifizierte Verfassungsbedeutung der mit dem DWA 2018 bezweckten Einführung einer Sperrklausel gegeben, weil diese bisher unter dem Grundgesetz nicht zulässig ist, bei einem Inkrafttreten des DWA 2018 aber zulässig würde, so dass eine Inhaltsänderung des Grundgesetzes vorläge: Bislang entnimmt das BVerfG – wie erwähnt – dem Grundgesetz aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtliches Verbot einer Sperrklausel zu Europawahlen. Dieses der Verfassung entnommene Verbot – das das BVerfG ohne entsprechende unionsrechtliche Vorgaben der Verfassung wohl auch weiterhin entnehmen würde – wird durch eine verpflichtende unionsrechtliche Vorgabe einer Sperrklausel unanwendbar (soweit die Vorgabe reicht, vgl. unten II.). Deshalb liegt in der unionsrechtlichen Einführung einer Sperrklausel für die Wahlen zum Europäischen Parlament eine Regelung, durch die das Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert wird. Dieses Ergebnis gilt selbst dann, wenn man in Rechnung stellt, dass die Rechtsprechung zur Sperrklausel bei den Europawahlen nicht unumstritten ist.<sup>27</sup> Denn unumstritten ist, dass eine im nationalen Recht vorgesehene Sperrklausel an Art. 3 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 GG zu messen ist, solange das Unionsrecht sie nicht verbindlich vorschreibt. Mit der Einführung einer Pflicht zur Einführung einer Sperrklausel im DWA 2018 würde deshalb der Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 GG eingeschränkt und das Grundgesetz auch insoweit inhaltlich geändert. Ein Zustimmungsgesetz zum DWA 2018 muss deshalb gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mit den Mehrheiten aus Art. 79 Abs. 2 GG beschlossen werden.

### 3. Kontrollvorbehalte des BVerfG nicht ausgelöst

Unionsrecht ist grundsätzlich nicht am Maßstab des deutschen (Verfassungs-)Rechts zu messen. Das BVerfG hat allerdings drei Kontrollvorbehalte entwickelt (Ultra-vires-Vorbehalt, Solange-Vorbehalt, Verfassungsidentitätskontrolle), die eine Kontrolle ermöglichen. Sollte der DWA 2018 in Kraft treten, wird keiner dieser Kontrollvorbehalte ausgelöst.

a) Der Ultra-vires-Vorbehalt ermöglicht eine Kontrolle, „ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV-Lissabon) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten“.<sup>28</sup> Eine Kompetenzüberschreitung ist aber nicht ersichtlich, weil die Inhalte des DWA 2018 von Art. 223 AEUV gedeckt sind.

---

<sup>25</sup> Zum selben Ergebnis kommt aus anderen Gründen H. M. Heinig, DVBl. 2016, 1141 (1143 ff.).

<sup>26</sup> Vgl. nur F. Wollenschläger, in: Dreier (Hrsg.), GG, 32015, Art. 23 Rdnr. 55 ff.

<sup>27</sup> Siehe nur die abweichende Meinung der Richter Di Fabio und Mellinshoff, BVerfGE 129, 300, 346 ff.; abweichende Meinung des Richters Müller, BVerfGE 135, 259, 299 ff.

<sup>28</sup> BVerfGE 123, 267 Rdnr. 240 – Lissabon (2009).

b) Der Solange-Vorbehalt des BVerfG gewährt ihm eine Residualkompetenz zur Kontrolle von Grundrechtsverstößen, verlangt aber gerade keinen inhaltlichen Gleichlauf von deutschen und europäischen Grundrechten<sup>29</sup> und wird nur ausgelöst, wenn der „als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz [auf Unionsebene] generell nicht gewährleistet ist“.<sup>30</sup> Auch dieser Vorbehalt würde bei einem Inkrafttreten des DWA 2018 nicht ausgelöst. Zwar beeinträchtigen Sperrklauseln die Erfolgswertgleichheit der von ihnen betroffenen Stimmen und stellen deswegen ein Gleichheitsproblem dar. Durch die Normierung der Sperrklausel auf Ebene des Primärrechts ergibt sich aus unionsrechtlicher Sicht aber gerade kein Gleichheitsproblem, weil (etwaige) Gleichheitsgebote kein Maßstab sind (siehe oben I. 1.). Man könnte aus dieser, auch vom deutschen Recht ermöglichten (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, vgl. oben I. 2.), Regelungskonzeption folgern, dass die Frage auch aus deutscher Perspektive kein Grundrechtsproblem ist, was zur Folge hätte, dass der Solange-Vorbehalt überhaupt nicht einschlägig wäre. Man könnte aber auch – gegenteilig – folgern, dass durch die Normierung auf Primärrechtsebene eine wirksame Kontrolle am Maßstab von unionsrechtlichen Grundrechten verhindert wird und hierin ein Problem aus der Perspektive der deutschen Grundrechte sehen (wobei angemerkt werden darf, dass wenn in das Grundgesetz eine Sperrklausel aufgenommen würde, dies den Maßstab von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ebenfalls aushebeln würde). Aus dieser Perspektive wäre der Solange-Vorbehalt zwar einschlägig, aber nicht ausgelöst. Denn er wird erst ausgelöst, wenn das grundrechtliche Schutzniveau auf Unionsebene generell hinter das aus deutscher Sicht notwendige Mindestmaß zurückfällt. Dies kann durch einen einzelnen und in jeder Hinsicht besonderen Fall nicht bewirkt werden.

c) Die Verfassungsidentitätskontrolle zielt darauf ab, zu prüfen, „ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden“, um bejahendenfalls den entsprechenden Rechtsakten der Europäischen Union die Anwendbarkeit in der Bundesrepublik zu versagen.<sup>31</sup> Prüfungsmaßstab besteht in jedem Fall, auch gegenüber kompetenzmäßigen und auch im Übrigen rechtmäßigen Rechtsakten der Europäischen Union. Hierfür liegen die Anforderungen jedoch besonders hoch, weil nur die von Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten „Grundsätze“ Prüfungsmaßstab sind und nicht jedwede inhaltliche Ausgestaltung des Grundgesetzes. Prüfungsmaßstab sind über Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 GG zwar die basalen Grundsätze der Demokratie, d.h. der Grundsatz, dass Herrschaftsausübung auf die freie und gleiche Selbstbestimmung aller Bürgerinnen und Bürger rückführbar sein muss.<sup>32</sup> Detailvorgaben für das Wahlsystem lassen sich diesem Maßstab allerdings nicht entnehmen. Insbesondere ist es fernliegend, dass über Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 GG eine auf Primärrechtsebene eingeführte Sperrklausel unzulässig sein sollte.<sup>33</sup> Auch die deutsche Demokratiekonzeption ist für die Rechtfertigung von wahlrechtlichen Sperrklauseln grundsätzlich offen.<sup>34</sup> Zudem wird durch die Sperrklausel auf europäischer Ebene die Ausübung europäischer Hoheitsgewalt durch das Europäische Parlament nicht vom Wählerwillen entkoppelt. Die Einführung der Sperrklausel durch den DWA 2018 löst also auch die Verfassungsidentitätskontrolle nicht aus.

---

<sup>29</sup> BVerfGE 73, 339 – Solange II (1986).

<sup>30</sup> BVerfGE 102, 147 LS 2 – Bananenmarktordnung (2000).

<sup>31</sup> BVerfGE 123, 267 Rdnr. 240 – Lissabon (2009).

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 123, 267 Rdnr. 208 ff. – Lissabon (2009).

<sup>33</sup> Ebenso *H. M. Heinig*, DVBl. 2016, 1141 (1146 f.).

<sup>34</sup> Vgl. nur *M. Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, <sup>3</sup>2015, Art.38 Rdnr. 112 f.

## **II. Umsetzung einer unionsrechtlichen Sperrklausel im deutschen Recht**

Sollte der DWA 2018 in Kraft treten, wäre er unmittelbar anwendbares Recht, das jeglichem nationalen Recht, auch dem Verfassungsrecht, vorgeht. Die Bundesrepublik Deutschland wäre dann nach Art. 3 Abs. 2 DWA 2018 dazu verpflichtet, eine Sperrklausel von „nicht weniger als 2 % und nicht mehr als 5 % der abgegebenen gültigen Stimmen“ einzuführen, weil die Bundesrepublik ein einheitlicher Wahlkreis ist (§ 3 Abs. 1 Europawahlgesetz), in dem mehr als 35 Sitze vergeben werden. Die Sperrklausel muss verpflichtend aber erst zur übernächsten Wahl nach Inkrafttreten des DWA 2018 erfolgen, vorher steht sie den Mitgliedstaaten frei, Art. 3 Abs. 3 DWA 2018.

Aus dieser unionsrechtlichen Ausgangslage erwachsen vor allem drei Fragen: Wie hoch darf die Sperrklausel sein? (hierzu 1.) Zu welchem Zeitpunkt darf bzw. muss sie eingeführt werden? (hierzu 2.) Und wie ist vor diesem Hintergrund der Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes (BT-Drs. 20/4046) zu beurteilen? (hierzu 3.).

### **1. Sperrklausel nur in Höhe des unionsrechtlich geforderten Minimums**

Bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben ist der deutsche Gesetzgeber nicht völlig frei. Zwar ist er unionsrechtlich verpflichtet, eine Sperrklausel einzuführen. Hinsichtlich ihrer Höhe sieht das Unionsrecht jedoch einen Korridor vor. Nur dessen Unter- und Obergrenze sind verbindlich, bei der Festlegung der Höhe der Sperrklausel in diesem Korridor haben die Mitgliedstaaten demnach einen Umsetzungsspielraum. Innerhalb des Umsetzungsspielraums muss der deutsche Gesetzgeber stets die verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten.<sup>35</sup> Insoweit erlangt die Rechtsprechung des BVerfG zu den Sperrklauseln bei der Wahl zum Europäischen Parlament – man mag inhaltlich zu ihr stehen wie man will – erneut praktische Beachtung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind Sperrklauseln bei der Wahl zum Europaparlament grundgesetzlich eigentlich nicht zulässig.<sup>36</sup> Durch die Zustimmung der Bundesrepublik zum DWA 2018 würde diese verfassungsrechtliche Vorgabe zwar partiell modifiziert (vgl. oben I. 2.). Die Verfassung wird hierdurch aber nicht mehr als notwendig geändert, sodass die Rechtsprechung des BVerfG insoweit weiter maßgeblich ist, dass eine Sperrklausel aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht höher liegen darf als das unionsrechtlich geforderte Minimum. Der deutsche Gesetzgeber darf deswegen keine Sperrklausel einführen, die über 2 % der abgegebenen gültigen Stimmen liegt.

### **2. Einführung erst zur übernächsten Wahl nach Inkrafttreten des DWA 2018**

Ein Umsetzungsspielraum besteht für die Mitgliedstaaten auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Einführung der Sperrklausel. Nach Art. 3 Abs. 3 DWA 2018 haben die Mitgliedstaaten die 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“. Mit anderen Worten gebietet das Unionsrecht die Einführung einer Sperrklausel erst zur übernächsten Wahl nach Inkrafttreten des DWA 2018. Vorher, also für die Wahl, die unmittelbar auf das Inkrafttreten des DWA 2008 folgt, ist die Einführung einer Sperrklausel unionsrechtlich nicht geboten, sondern lediglich zulässig. Insofern gilt deshalb das eben zur Höhe der Sperrklausel Gesagte entsprechend (vgl. II. 1.): In Anknüpfung an die Rechtsprechung des BVerfG ist der deutsche Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, seinen unionsrechtlich eingeräumten Umsetzungsspielraum dergestalt auszufüllen, dass die

---

<sup>35</sup> BVerfGE 129, 300 (317) – 5 %-Sperrklausel EuWG (2011); 135, 259 (282) – 3 %-Sperrklausel EuWG (2014).

<sup>36</sup> BVerfGE 129, 300– 5 %-Sperrklausel EuWG (2011); 135, 259 – 3 %-Sperrklausel EuWG (2014).

Sperrklausel erst zum spätmöglichsten Zeitpunkt eingeführt wird, d.h. erst zur übernächsten Wahl nach Inkrafttreten des DWA 2018 und nicht bereits vorher.

### **3. Verfassungswidrigkeit der Inkrafttretensbestimmung des Entwurfs eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes (BT-Drs. 20/4046)**

Vor dem Hintergrund des soeben ausgeführten (II. 2.) hält der Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes (BT-Drs.20/4046) einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht vollumfänglich stand. Die durch Art. 1 vorgesehene Höhe der Sperrklausel ist zwar nicht zu beanstanden. Die in Art. 2 des Entwurfs enthaltene Inkrafttretensbestimmung ist jedoch mit der Verfassung nicht vereinbar.

a) Art. 2 des Entwurfs sieht vor:

„Dieses Gesetz tritt frühestens am Tag nach der Verkündung, jedoch nicht vor dem Tag in Kraft, an dem der 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 nach seinem Artikel 2 in Kraft tritt. Das Bundesministerium des Innern und für Heimat gibt den Tag des Inkrafttretens im Bundesgesetzblatt bekannt.“

Diese Regelung könnte – so sie Gesetz würde – dazu führen, dass die Sperrklausel schon für die erste Europawahl nach Inkrafttreten des DWA 2018 gälte. Nämlich dann, wenn der Entwurf mit dieser Bestimmung Gesetz würde und das Gesetz vor Inkrafttreten des DWA 2018 verkündet würde oder nach seinem Inkrafttreten aber vor der nächsten Wahl nach Inkrafttreten des DWA 2018 verkündet würde. Die Einführung einer Sperrklausel bereits zur ersten Wahl nach Inkrafttreten des DWA 2018 ist aber – wie gesehen (II. 2.) – verfassungswidrig. Deswegen ist der derzeitige Art. 2 des Entwurfs jedenfalls dann nicht vereinbar, falls er zu einem der beiden genannten Zeitpunkte Gesetz werden sollte, was unter anderem einer Verabschiedung vor Inkrafttreten des DWA 2018 entgegensteht.

b) Auch darüber hinaus wirft die Ausgestaltung des Art. 2 des Entwurfs verfassungsrechtliche Fragen auf, die selbst dann bestehen würden, wenn er darauf abstellen würde, dass das Gesetz frühestens nach der ersten Europawahl nach Inkrafttreten des DWA 2018 in Kraft treten soll. Denn die Formulierung der Inkrafttretensbestimmung enthält eine aufschiebende Bedingung, von der das Inkrafttreten abhängig ist. Ob dies mit Art. 82 Abs. 2 GG vereinbar ist, ist höchst fraglich.

Nach Art. 82 Abs. 2 Satz 1 GG soll jedes Gesetz den Tag seines Inkrafttretens bestimmen. Ist dies nicht der Fall, treten Gesetze mit dem vierzehnten Tage nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem das Bundesgesetzblatt ausgegeben worden ist (Art. 82 Abs. 2 Satz 2 GG). Dem lässt sich entnehmen, dass der Tag des Inkrafttretens nicht vorab exakt feststehen muss, denn das ist im Fall des Satzes 2 auch nicht der Fall (weil nicht klar ist, wann genau das Bundesgesetzblatt ausgegeben wird). Deshalb sind Inkrafttretensbestimmungen unter aufschiebenden Bedingungen nicht gänzlich ausgeschlossen, aber nur in engen Grenzen zulässig. Ihre Zulässigkeit ist anerkannt bei Ratifikationsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen.<sup>37</sup> Ein solches steht hier indes nicht inmitten. Darüber hinaus hat das BVerfG sie nur für zulässig gehalten, wenn die Bestimmung des Inkrafttretens „nicht delegiert“ wird, insbesondere darf das Inkrafttreten „nicht beliebigen Dritten überlassen“ werden.<sup>38</sup> Im vorliegenden Fall wird die Entscheidung aber delegiert bzw. Dritten überlassen. Denn das Inkrafttreten des DWA

<sup>37</sup> BVerfGE 42, 263 (284) – Contergan (1976).

<sup>38</sup> BVerfGE 155, 378 Rdnr. 38 – Atomausstieg (2020).



2018 hängt gemäß Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV von der freien politischen Entscheidung der Mitgliedstaaten ab, die den DWA 2018 bislang noch nicht zugestimmt haben. Ob und wenn ja wann sie zustimmen, ist weder sicher noch vorhersehbar. Zwar hat das BVerfG eine Beihilfeentscheidung der Kommission als aufschiebende Bedingung akzeptiert, weil die Kommission keine beliebige Dritte sei und ihre Entscheidung durch das unionsrechtliche Beihilfenrecht rechtlich vorgeformt sei.<sup>39</sup> Diese Rechtsprechung lässt sich aber nicht auf die Zustimmungentscheidung vom Mitgliedstaaten übertragen. Denn die Zustimmungentscheidung der anderen Mitgliedstaaten ist rechtlich in keiner Weise vorgeformt, sondern völlig frei. Die Mitgliedstaaten sind auch nicht durch die Zustimmungentscheidung ihre Vertreter im Rat gebunden, sondern können sich in völliger politischer Freiheit für oder gegen eine Zustimmung zum DWA 2018 entscheiden. Insofern liegt eine echte, freie staatliche Willensentscheidung vor, von der bereits unklar ist, ob sie überhaupt ausdrücklich getroffen werden wird. Die Abhängigkeit des Inkrafttretens eines Gesetzes von einer Willensentscheidung wird aber zurecht ebenso wenig anerkannt<sup>40</sup> wie die Abhängigkeit von einem ungewissen künftigen Ereignis<sup>41</sup>. Im Fall der (möglichen) Zustimmung nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV liegt beides vor.

c) Auf einen letzten Aspekt sei nur am Rande hingewiesen. Die derzeitige Ausgestaltung der Inkrafttretensbestimmung des Entwurfs des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes sieht keinen Sicherungsmechanismus vor, der verhindern würde, dass die in ihm vorgesehene materielle Wahlrechtsregelung möglicherweise auch innerhalb von zwölf Monaten vor der nächsten Europawahl Inkrafttreten könnte. Die Leitlinien der Venedig Kommission sehen aber vor, dass das materielle Wahlrecht mindestens ein Jahr vor der nächsten Wahl feststehen sollte.<sup>42</sup> Nun sind diese Leitlinien kein verbindliches Recht.<sup>43</sup> Aber abgesehen davon, dass ihre Beachtung politisch klug ist, scheint es auch nicht ausgeschlossen, ihre Wertung bei einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung<sup>44</sup> von Art. 82 Abs. 2 GG mit heranzuziehen, wengleich es hierfür bislang noch keinen Präzedenzfall gibt. Hierauf kommt es aber auch nicht entscheidend an. Die Verfassungswidrigkeit der Inkrafttretensbestimmung ergibt sich – wie gesehen – bereits aus anderen Gründen (II. 3. a).

gez. Prof. Dr. Patrick Hilbert

---

<sup>39</sup> BVerfGE 155, 378 Rdnr. 41 ff. – Atomausstieg (2020).

<sup>40</sup> M. Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 172022, Art. 82 Rdnr. 10.

<sup>41</sup> H. Butzer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 82 (2014) Rdnr. 284.

<sup>42</sup> Ziff. II. 2. b) Verhaltenskodex für Wahlen. Leitlinien und Erläuternder Bericht angenommen von der Venedig-Kommission auf ihrer 52. Plenarsitzung (Venedig, 18.–19. Oktober 2002), CDL-AD(2002)023rev2-cor.

<sup>43</sup> BVerfGE 151, 152 Rdnr. 84 – Wahlrechtsausschluss Europawahl – Eilantrag (2019).

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (315 ff.); 128, 326 (366 ff.); 131, 268 (295 f.); 141, 1 Rdnr. 67, 71 f.; 143, 246 Rdnr. 202; 146, 71 Rdnr. 206.