Unirep Jura

Max-Emanuel Geis

Examens-Repetitorium Staatsrecht

Staatsorganisationsrecht und Grundrechte

3. Auflage

C.F. Müller

Jura auf den gebracht

UNIREP JURA

Herausgegeben von Prof. Dr. Mathias Habersack

Examens-Repetitorium Staatsrecht

Staatsorganisationsrecht und Grundrechte

von

Dr. Max-Emanuel Geis

ord. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht
an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

unter Mitarbeit von

Markus Schweyer

Wiss. Mitarbeiter, Dipl. jur. univ.

und

Adrian Summ

Wiss. Mitarbeiter, Dipl. jur. univ.

3., neu bearbeitete Auflage

C.F. Müller

Max-Emanuel Geis, Jahrgang 1960, Studium der Rechtswissenschaften in Augsburg und Freiburg, Assessorexamen 1988 in Augsburg, Akad. Rat in Regensburg, 1989 Promotion, 2004 Habilitation in Regensburg, 2004 bis 2005 Professur im Öffentlichen Recht an der Universität Augsburg, 1995 bis 2002 Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Konstanz, seit 2002 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, 2015 umbenannt in Lehrstuhl für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Wichtige Veröffentlichungen: § 54 (Parlamentsausschüsse) und § 55 (Untersuchungsausschuss), in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005; § 100 (Autonomie der Universitäten) in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2008; Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2008), Art. 7 und 8 GG im Berliner Kommentar zum Grundgesetz (LBl. Stand 2017); §§ 68–73 VwGO im NOMOS-Kommentar zur VwGO (5. Aufl. 2018); Kommentierungen zum Nebentätigkeitsrecht und zum Besoldungsrecht im Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrechts (GKÖD), Bd. 1 und 3; Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar in 3 Bänden (Stand 2018); Kommunalrecht, 4. Aufl. 2016; Polizei- und Ordnungsrecht (16. Aufl., zusammen mit Volkmar Götz); Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017; Beiträge im Handbuch Hochschulrecht in der Praxis (hrsg. von Hartmer/Detmer), im Handbuch Föderalismus (zus. mit Daniel Krausnick), im Handbuch Rechtsphilosophie (hrsg. von Hilgendorf/Joerden), im Handbuch Gesetzgebung (hrsg. von Kluth/Krings), im Handbuch Compliance (hrsg. von Stober/Orthmann und im Herder-Staatslexikon (hrsg. von Oberreuter), 8. Aufl. (i.E.). Gesamtschriftenverzeichnis (über 200 Titel) auf https://www.oer1.rw.fau.de.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8114-7512-0

E-Mail: E-Mail: kundenservice@cfmueller.de
Telefon: +49 89 2183 7923
Telefax: +49 89 2183 7620

© 2018 C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

www.cfmueller.de
www.cfmueller-campus.de

Hinweis des Verlages zum Urheberrecht und Digitalen Rechtemanagement (DRM)

Der Verlag räumt Ihnen mit dem Kauf des ebooks das Recht ein, die Inhalte im Rahmen des geltenden Urheberrechts zu nutzen. Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Der Verlag schützt seine ebooks vor Missbrauch des Urheberrechts durch ein digitales Rechtemanagement. Bei Kauf im Webshop des Verlages werden die ebooks mit einem nicht sichtbaren digitalen Wasserzeichen individuell pro Nutzer signiert. Bei Kauf in anderen ebook-Webshops erfolgt die Signatur durch die Shopbetreiber. Angaben zu diesem DRM finden Sie auf den Seiten der jeweiligen Anbieter.

Vorwort

Wiederum ist – nach weiteren vier Jahren – die Zeit für eine Aktualisierung gekommen. Aus aktuellem Anlass wurde ein zusätzlicher Fall zur Problematik der Überhangmandate aufgenommen. Dennoch hat sich der Gesamtumfang des Buches nur bescheiden vergrößert, was der Kompaktheit des Werkes und dem bei der Examensvorbereitung (gerade im Staatsrecht) immer zu knappen Zeitdeputat zugute kommt.

Auch diese Auflage ist Frucht von TeamGEISt. Ich danke meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn *Dipl. jur. Markus Schweyer und Herrn Dipl. jur. Adrian Summ* sehr für ihre vorbildliche Betreuung des Manuskripts und den aufmerksamen Blick für notwendige „Renovierungen“ und meinen studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Frau *Yvonne Baumgärtner*, Frau *Alexandra Lörinczy* und Herrn *Bastian Scherl für* vielfältige Zuarbeiten und den *Blick* des Adressatenkreises. Wie immer sorgte Frau *Ingrid Mümmler* bewährt im Hintergrund für das reibungslose Zusammenspiel. Für Kritik, Wünsche, Anregungen und Hinweise an die unten angegebene Adresse sind wir nach wie vor dankbar.

Erlangen, im August 2018 *Max-Emanuel Geis*

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis
Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht
Lehrstuhl für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht
Juridicum
Schillerstraße 1
91054 Erlangen
max-emanuel.geis@fau.de

Vorwort zur ersten Auflage

Das Staatsrecht gilt im juristischen Studium als ambivalentes Fach. Einerseits ist es spannend durch seinen engen Bezug zum politischen Geschehen (zumal seit der Wiedervereinigung), andererseits ist es doch verblüffend, wie es Wissenschaft und Rechtsprechung immer wieder gelingt, auf dem durchaus überschaubaren Normenbestand des Grundgesetzes weit ausgreifende Gedankengebäude zu errichten. Dies darf freilich nicht zum weit verbreiteten Irrtum verleiten, im staatsrechtlichen Studium ließe sich letztlich alles mit ein bisschen blumiger Demokratie- und Verhältnismäßigkeitsrhetorik in den grünen Bereich retten, so dass die Examensvorbereitung eher dem Verwaltungsrecht gewidmet sein solle. Im Gegenteil gehört eine einigermaßen solide Kenntnis des Staatsrechts zum unabdingbaren Grundbestand des Examenswissens, enthält doch traditionsgemäß eine der (meist) zwei Examensklausuren im Öffentlichen Recht den Schwerpunkt im Verfassungsrecht. Und darüber hinaus gilt als Postulat: Wer sich der Juristerei ergibt (gleich in welchem späteren Berufsfeld), sollte eine solide Vorstellung davon haben, was den Staat „im Innersten zusammenhält".

Dieses Buch ist Resultat eines schönen Teamworks. Ich danke Frau *Ass. jur. Birgit Bachmeier* (Bereich Grundrechte), vormals Akad. Rätin, und Herrn *Akad. Rat Sebastian Madeja* (Bereich Staatsorganisationsrecht) sehr für ihren unverzichtbaren Anteil am Gelingen der Gesamtkonzeption. Desgleichen gilt mein Dank den wissenschaftlichen und studentischen Mitarbeitern meines Lehrstuhls; Herr *Sebastian Held* hat sich um das Stichwortverzeichnis verdient gemacht, Frau *Mila Atanasova* und Herr *Dipl. jur. Daniel Eules* haben das Abkürzungsverzeichnis erstellt. Zusammen mit ihnen haben Frau *Nadine Robe*, Frau *Anna Imhof* und die Herren *Dipl. jur. Oliver Schmidt*, *Dipl. jur. Stephan Thirmeyer* und *Johannes Thein* die Fälle sorgfältig gegengelesen und viele wertvolle Hinweise aus akademischer und studentischer Sicht eingebracht. Frau *Ingrid Mümmler* danke ich sehr herzlich für die Betreuung des Manuskripts in der Schlussphase.

Gerade ein Examensrepetitorium ist im besonderen Maße von der Ressource Zeit geprägt. Wir haben versucht, die wichtigsten und aus unserer Sicht unverzichtbaren Problembereiche in examensadäquate Fallgestaltungen einzubauen und so eine konzentrierte, zeitbewusste Examensvorbereitung zu ermöglichen. Daher sind die weiterführenden Belege auch bewusst selektiv gewählt.

Erlangen, im Januar 2010 *Max-Emanuel Geis*

Inhaltsverzeichnis

	Rn.	Seite
Vorwort		V
Vorwort zur ersten Auflage		VI
Verzeichnis der Prüfungsschemata		VIII
Abkürzungsverzeichnis		IX
Zur Vertiefung empfohlene Literatur		X
Teil 1 **Staatsorganisationsrecht**	1	1
§ 1 Staatsstrukturprinzipien	4	3
A. Demokratieprinzip	4	3
Fall 1: Der gewählte Schulleiter	4	3
Fall 2: Blähungen im Bundestag	32	16
B. Rechtsstaatsprinzip	76	32
Fall 3: Unverhoffter Geldsegen	76	32
Fall 4: Das ICE-Gesetz	109	46
C. Bundesstaatsprinzip	128	54
Fall 5: Streit um Rodungsgebühren	128	54
Fall 6: Hilfe aus einer Hand	163	68
§ 2 Staatsorgane	205	83
Fall 7: Streit im Bundestag	205	83
Fall 8: Der Röntgen-Untersuchungsausschuss	247	97
Fall 9: Der ultrarechte Richter	278	107
Fall 10: Die NATO-Mission	313	119
§ 3 Handeln des Staates	352	134
Fall 11: Finaler Rettungsschuss über den Wolken	352	134
Teil 2 **Grundrechte**	398	150
§ 4 Menschenwürde, Persönlichkeitsrecht, Gleichheitsrechte	399	151
Fall 12: Folterverbot	399	151
Fall 13: Kontaktpersonen	426	162
Fall 14: Die Meistergründungsprämie	476	177

§ 5 Kommunikationsgrundrechte 509 186

Fall 15: Dies academicus 509 186
Fall 16: SuperBlitz 567 204
Fall 17: Graffiti-Kunst an der S-Bahn 608 219

§ 6 Religionsfreiheit, Vereinigungsfreiheit 642 229

Fall 18: Der Kalifatsstaat 642 229

§ 7 Berufsfreiheit und Eigentum 701 246

Fall 19: Die Unersättlichen 701 246
Fall 20: Denkmalschutz first? 749 258

§ 8 Grundrechtliches Quodlibet 789 268

Fall 21: Autobahn-Entschleunigung 789 268

Stichwortverzeichnis 287

Verzeichnis der Prüfungsschemata

		Rn.	Seite
Nr. 1:	Abstrakte Normenkontrolle	31	15
Nr. 2:	Wahlprüfungsbeschwerde	75	31
Nr. 3:	Konkrete Normenkontrolle	162	67
Nr. 4:	Bund-Länder-Streit	204	82
Nr. 5:	Organstreitverfahren	246	96
Nr. 6:	Staatliche Schutzpflichten	425	161
Nr. 7:	Gleichheitsrechte	508	185
Nr. 8:	Einstweilige Anordnung	565	202
Nr. 9:	Freiheitsrechte	566	203
Nr. 10:	Verfassungsbeschwerde	607	218
Nr. 11:	Kommunalverfassungsbeschwerde	848	285

Abkürzungsverzeichnis

Allgemein geläufige Abkürzungen sind nicht erfasst. Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungen der Rechtssprache, 8. Aufl. 2016, verwiesen.

a.F.	alte Fassung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayImSchG	Bayerisches Immissionsschutzgesetz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH n.F.	Amtl. Entscheidungssammlung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs Neue Folge
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BWahlG	Bundeswahlgesetz
DAR	Deutsches Autorecht
EStG	Einkommensteuergesetz
GewO	Gewerbeordnung
GOBR	Geschäftsordnung des Bundesrates
GOBT	Geschäftsordnung des Bundestages
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (hrsg. von Benda/Vogel/Maihofer, 2. Auflage, 1994)
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HStR	Handbuch des Staatsrechts (hrsg. von Isensee/Kirchhof, 3. Aufl. 2003 ff.)
i.E.	im Ergebnis
i.R.d.	im Rahmen des
i.S.d.	im Sinne des
JuSchG	Jugendschutzgesetz
MdB	Mitglied des Bundestages
n.F.	neue Fassung
NK-VwGO	Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung (hrsg. von Sodan/Ziekow), 8. Auflage 2018
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OVG NW	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PUAG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (Untersuchungsausschussgesetz)
WRV	Weimarer Reichsverfassung

Zur Vertiefung empfohlene Literatur

Im Rahmen eines Examensrepetitoriums haben sich die Schrifttumshinweise auf die nötigsten Titel zu beschränken, da eine zu ausschweifende Literaturzusammenstellung der typischen Lernsituation vor dem Examen nicht gerecht wird. Ziel ist es nicht, den Stoff umfassend zu vermitteln und zu belegen – dafür stehen Gesamtdarstellungen und Kommentare in ausreichender Zahl bereit –, sondern das konzentrierte Wiederholen der wichtigsten und repräsentativen Klausurtypen. Die nachstehenden Werke bieten den Stoff jeweils bereits in konzentrierter Weise.

I. Staatsorganisationsrecht

Christoph Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 34. Auflage 2018
Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 10. Auflage 2018
Jörn Ipsen, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 30. Auflage 2018
Stefan Korioth, Staatsrecht I, 3. Auflage 2016
Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 7.Auflage 2018

II. Grundrechte

Volker Epping, Grundrechte, 7. Auflage 2017
Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 6. Auflage 2017
Jörn Ipsen, Staatsrecht II. Grundrechte, 21. Auflage 2018
Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Auflage 2018
Gerrit Manssen, Staatsrecht II. Grundrechte, 15. Auflage 2018
Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 6. Auflage 2017

III. Verfassungsprozessrecht

Roland Fleury, Verfassungsprozessrecht, 10. Auflage 2015
Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2015
Klaus Schlaich/Stefan Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage 2018

Teil 1

Staatsorganisationsrecht

Im Bereich des Staatsorganisationsrechts lassen sich drei klausurrelevante Schwerpunkte kennzeichnen: **(1)** Geltung und Reichweite von Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen,[1] **(2)** Probleme um Status, Rechte und Pflichten von Staatsorganen sowie **(3)** – häufig als formelles Teilelement einer grundrechtlichen Fragestellung – Fragen des Gesetzgebungsverfahrens.

(1) Innerhalb der **Staatsstrukturprinzipien** nehmen das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip und das Bundesstaatsprinzip einen herausragenden Platz ein. Im Rahmen des **Demokratieprinzips** spielen wiederum Probleme der demokratischen Legitimationskette und des Wahlrechts einschließlich der Stellung von Parteien die dominierende Rolle. Zu den „klassischen" Ausformungen des **Rechtsstaatsprinzips** gehören die Problemkreise: Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Rechtssicherheit und Bestimmtheit, Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, den man auch unmittelbar in der Grundrechtsdogmatik angesiedelt findet. Im **Bundesstaatsprinzip** finden in Klausuren vor allem Fragen der Kompetenzordnung ihre Grundlage. Während die Gesetzgebungskompetenzen vergleichsweise geläufig sind (obwohl ihre Systematik nach der Föderalismusreform 2006 trotz des Wegfalls der Rahmengesetzgebung unübersichtlicher geworden ist), wird die weit kompliziertere Verwaltungskompetenzordnung meist sträflich vernachlässigt. Dagegen spielt das **Sozialstaatsprinzip – eine Staatszielbestimmung mit unmittelbarer Geltung**[2] **–** in schriftlichen Prüfungsarbeiten infolge seiner inhaltlichen Weite jedenfalls als eigenständiger Prüfungsgesichtspunkt eine eher untergeordnete Rolle und ist hier daher nicht mit einem eigenen Fall vertreten. Meist wird es als gesetzeskonkretisierender oder ermessensleitender Gesichtspunkt in Grundrechtsfällen angesiedelt sein; Leitbild ist hier nach wie vor die Numerus-Clausus-Entscheidung des BVerfG,[3] die die Ausbildungsfreiheit des Art. 12 GG mit dem sozialen Recht auf Chancengleichheit gekreuzt hat. Gleiches gilt für das **Republikprinzip**, das eher in verfassungshistorischen und staatstheoretischen Fragestellungen von Bedeutung ist, die dem mündlichen Examen vorbehalten bleiben.[4] Gänzlich außer Betracht bleiben hier das **Umweltstaatsprinzip** aufgrund seiner mangelhaften, weitgehend „falluntauglichen" Konstruktion in Art. 20a GG sowie das **Kulturstaatsprinzip**, dessen Geltung als ungeschriebene Staatszielbestimmung zwar in Rechtsprechung und Schrifttum be- **1**

1 Während die Staatsstrukturprinzipien den grundlegenden Charakter des Staats festlegen, verpflichten die Staatszielbestimmungen alle Staatsorgane zur Verfolgung dieses Ziels, ausführlich zur uneinheitlichen und teilweise vielfältigen Terminologie hierzu vgl. *Dreier*, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Einführung) Rn. 9 ff.; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 20 Rn. 8 ff.

2 *Gröschner*, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 31 f.

3 BVerfGE 33, 303 (insb. 323 ff.).

4 Sofern man darin mehr als die bloße Negation von Monarchie und Diktatur sieht. Vgl. dazu *Gröschner*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 23 Rn. 34 ff.

jaht wird,[5] dessen normative Verankerung aber über einen geplanten, doch bislang nicht realisierten Art. 20b GG nicht hinausgekommen ist.[6]

2 **(2)** Im Bereich der **Staatsorgane** bieten die **Rechte und Pflichten von Abgeordneten** und die **Stellung von Ausschüssen** (insb. Untersuchungsausschüssen) einen reichen Fundus für Fragestellungen. Unabdingbar für den Examenskanon ist die altehrwürdige Frage nach der **Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten**, die durch „aktive" Vertreter dieses Amtes ganz neue Aktualität gewonnen hat; hierdurch können wiederum andere – materielle – verfassungsrechtliche Fragestellungen „eingekleidet" werden. Schließlich wirft die Frage nach dem originären Machtbereich der Exekutive das Problem deren Organisationsgewalt und damit der Gewaltenteilung auf; gleichzeitig baut sie mit den Stichworten „Wesentlichkeitstheorie" und „Parlamentsvorbehalt" die Brücke zu den Staatsstrukturprinzipien.

3 **(3)** Als Verfahren zur Kreation von Normen stellt das **Gesetzgebungsverfahren** einen Prototyp staatlichen Handelns dar; es birgt nicht nur viele Ansatzpunkte relevanter und irrelevanter Verfahrensfehler, sondern zeigt auch das föderativ geprägte Zusammenspiel von Bundestag und Bundesrat. Gerade deswegen scheint die Aufnahme eines Falles sinnvoll.

Im Folgenden wird versucht, den klausurrelevanten Stoff repräsentativ in examenstypischen Fällen zu erfassen: Die genannten drei „fallfreundlichen" Staatsstrukturprinzipien sind mit je zwei Fällen vertreten, die Fragen um die Staatsorgane mit insgesamt vier Fällen (zwei „legislative" und zwei „exekutive" Beispiele). Dem Handeln der Legislative gilt schließlich der letzte Fall dieses Teils. Die möglichen Verfahrensformen des Verfassungsprozessrechts sind dabei in die einzelnen Fälle des Buches eingebettet. Sie werden durch Schemata begleitet, aus denen sich die Aufbaustruktur der jeweiligen Klage-/Antragsform einprägsam ergibt.

---

5 Vgl. BVerfGE 36,321 (331); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 5 III Rn. 8; *Maihofer*, HdbVerfR, 2. Aufl. 1995, S. 989; vertiefend *Geis*, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, 1990, S. 157 ff., 262 ff. m.w.N.; *Germelmann*, Kultur und staatliches Handeln, 2013, S. 37 f.

6 Weder der Bericht der Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge" (1983) noch der der Gemeinsamen Verfassungskommission 1994 (BT-Drs. 12/6000), noch der der großangelegten Enquêtekommission „Kultur in Deutschland" 2007 (BT-Drs. 16/7000) konnten eine Kulturstaatsklausel durchsetzen.

§ 1 Staatsstrukturprinzipien

A. Demokratieprinzip

Fall 1: Der gewählte Schulleiter

Themenschwerpunkte: Demokratieprinzip, Staatsvolk, Legitimationskette, Formen demokratischer Legitimation, Legitimationsniveau, abstrakte Normenkontrolle.

Das Bundesland X sieht eine Reform vor, nach der die Schulleiter an öffentlichen **4**
Schulen zukünftig von der Schulversammlung, bestehend aus Schülern, Lehrern und Eltern, gewählt werden sollen. Der Hintergrund hierfür war, dass viele Schulleiter zu autoritär auftraten und deshalb von den Schülern und der Elternschaft nicht gut angenommen wurden. Eltern, Schüler und Lehrer sollten selber bestimmen, wer denn ihr „Chef" werden solle. Darüber hinaus solle die Schulversammlung auch bei Ordnungsmaßnahmen wie Verweisen, Disziplinarverfahren usw. mitbestimmen und -entscheiden dürfen. Das Landesschulgesetz wird – im ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren – wie folgt ergänzt:

> *§ 3 (Schulleiterwahl)*
> *Der Schulleiter wird von der Schulversammlung mit der Mehrheit der Stimmen ihrer Mitglieder gewählt.*
>
> *§ 18 (Ordnungsmaßnahmen)*
> *Die Schulversammlung kann mit der Mehrheit ihrer Stimmen über Verweise, Disziplinarverfahren usw. entscheiden und gegebenenfalls diese auch nachträglich aufheben.*

Mit Hilfe dieser Reform will sich das Bundesland X als politischer Vorreiter in Sachen Demokratie und schulischem Mitbestimmungsrecht positionieren. Die Bundesregierung, die von anderen politischen Kräften dominiert wird, bezweifelt die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes und sieht gerade in der Reichweite der Kompetenzen der Schulversammlung einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip. Es könne nicht angehen, dass ein Gremium wie die Schulversammlung „einfach so" wie der Staat handelt, ohne vorher vom Volk gewählt worden zu sein. Darüber hinaus sei es fraglich, ob eine Schulversammlung als echtes „Organ" der Schule über die Geschicke der Schule und der Schüler entscheiden dürfe.

Trotz politischer Kontroversen hält die Landesregierung des Bundeslandes X am Regelungsvorhaben fest. Die Schulversammlung, die Eltern, Lehrer und Schüler als Betroffene gleichermaßen in die Entscheidungsprozesse einbeziehe, sei ein Musterfall gelebter Basisdemokratie. Im Übrigen gestatte das Demokratieprinzip, das verfassungsrechtlich für die Bundesrepublik als Ganzes gelte, durchaus Modifikationen auf der landesrechtlichen Ebene, solange die Homogenität gewahrt sei.

Die Bundesregierung will nicht nachgeben und beschließt im Kabinett, gegen diese Normen des Landesschulgesetzes beim BVerfG vorgehen.

Bearbeitervermerk: Hat das Vorgehen der Bundesregierung Aussicht auf Erfolg?

Lösung zu Fall 1

I. Verfahrensart

5 Als statthafte Verfahrensart kommt die abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 I Nr. 2 GG; §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG in Betracht.

In diesem Verfahren obliegt dem BVerfG die Kontrolle bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages. Steht die Gültigkeit einer Norm in Frage, kann das BVerfG diese auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen und zwar unabhängig von ihrer konkreten Anwendung. Im Gegensatz zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG muss die streitgegenständliche Norm nicht in einem konkreten Rechtsstreit maßgeblich sein.[1] Vorliegend bestehen Zweifel über die Vereinbarkeit des Gesetzes des Bundeslandes X mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 I GG. Die Bundesregierung will dieses Gesetz, ohne dass es bisher zu einer konkreten Anwendung gekommen wäre, auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen lassen. Folglich ist die abstrakte Normenkontrolle die richtige Verfahrensart vor dem BVerfG.

Die abstrakte Normenkontrolle ist kein subjektives Rechtsschutzverfahren, sondern ein objektives Beanstandungsverfahren. Eine konkrete Rechtsverletzung ist daher nicht erforderlich und muss vom Antragsteller auch nicht geltend gemacht werden. Das Verfahren ist nicht kontradiktorisch, wird also nicht gegen einen Antragsgegner betrieben. Jedoch kann den in §77 BVerfGG bestimmten Organen die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt werden.[2]

6 **Hinweis:** *Entgegen dem ersten Anschein ist ein Bund-Länder-Streit gem. Art. 93 I Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG nicht einschlägig.*[3] *Hierfür mangelt es bereits an Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Land über ihre verfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten. Dieses Verfahren ist bei einer Verletzung von Verfassungsrecht, das seine Grundlage nicht im Bundesstaatsverhältnis hat, nur einschlägig, wenn das Bund-Länder-Verhältnis durch diese Verletzung maßgeblich ausgestaltet wird.*[4] *Dieser Fall ist hier jedoch nicht gegeben.*

Die abstrakte Normenkontrolle hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

---

1 Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 71; *Degenhart*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 837.
2 Dazu: *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 76.
3 Zum Bund-Länder-Streit ausführlich siehe Fall 6: Hilfe aus einer Hand.
4 *Degenhart*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 825 ff, 829.

II. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG folgt aus Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG. **7**

2. Antragsberechtigung

Die Antragsberechtigung ergibt sich aus der abschließenden Aufzählung des Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG. Demzufolge sind nur die Bundesregierung, die Landesregierung und ein Viertel der Mitglieder des Bundestages antragsberechtigt. Stellt – wie hier geschehen – die Bundesregierung einen Antrag an das BVerfG, so muss diesem Antrag ein vorheriger Kabinettsbeschluss zugrunde liegen (§ 15 I Buchst. e) GO BReg); fehlt dieser, ist der Antrag unzulässig.[5] Vorliegend hat die Bundesregierung aber einen Kabinettsbeschluss gefasst. Daher sind die Voraussetzungen der Antragsberechtigung erfüllt. **8**

Hinweis: *Vergleiche den Unterschied zum 1994 eingefügten Verfahren nach Art. 93 I Nr. 2a GG: Hier sind – weil es sich ausschließlich um die Wahrung von Länderrechten handelt – nur (!) der Bundesrat, die Landesregierungen und die Länderparlamente antragsberechtigt. Dieses Verfahren ist anwendbar, wenn Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob ein Gesetz speziell den Anforderungen des Art. 72 II GG entspricht.* **9**

Exkurs **10**

Für den Antrag eines Viertels der Mitglieder des Bundestages ist zu beachten, dass hierbei auf die Zahl der Abgeordneten in der Legislaturperiode abzustellen ist. Der Antrag auch einer Fraktion, die nicht ein Viertel der Mitglieder umfasst, ist für die Antragsberechtigung nicht ausreichend.[6]

3. Antragsgegenstand

Der Antragsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle umfasst Rechtssätze aller Art. Dazu gehören Rechtsverordnungen und Satzungen des Bundesrechts und des Landesrechts, formelle Gesetze und Verfassungsrecht. Da Art. 79 III GG Maßstäbe für verfassungsändernde Gesetze bereithält, kommen diese ebenfalls als Prüfungsgegenstand in Betracht.[7] Ein Gesetz i.S.d. Art. 93 I Nr. 2 GG muss bereits ausgefertigt und verkündet worden sein; dagegen muss es noch nicht in Kraft getreten sein. Im Gegenzug ist auch ein außer Kraft getretenes Gesetz tauglicher Prüfungsgegenstand, **11**

5 *Graßhof*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 76 Rn. 8 m.w.N.

6 Das früher geltende Quorum von einem Drittel wurde zum 1.12.2009 auf ein Viertel gesenkt. Hintergrund dieser Änderung war die Mehrheitskonstellation im 16. Deutschen Bundestag, in dem die Opposition das 1/3-Quorum nicht ausfüllen konnte, was als problematisch mit Blick auf Kontrollfunktionen angesehen wurde, vgl. *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG Kommentar, § 76 Rn. 11. Nach der Bildung der 3. Großen Koalition 2013 erreicht die Opposition auch dieses Viertel nicht mehr; eine neuerliche Verfassungsänderung ist aber nicht geplant. Das Quorum für den Antrag auf abstrakte Normenkontrolle dient auch dem Schutz der Arbeitsfähigkeit der Legislative und des BVerfG, *Cancik*, NVwZ 2014, 18 (22).

7 Vgl. BVerfGE 104, 23 (29).

solange es noch Rechtswirkungen entfaltet. Anders als bei der konkreten Normenkontrolle ist die Prüfung nicht auf formelles, nachkonstitutionelles Recht beschränkt.[8]

Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein formelles Gesetz nach Landesrecht, das bereits verkündet worden ist; es ist also tauglicher Prüfungsgegenstand.

12 **Exkurs**

Eine präventive Normenkontrolle ist mit Ausnahme von Zustimmungsgesetzen gem. Art. 59 II, Art. 23 I 2, 3 GG nicht zulässig. Bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen und EU-Verträgen tritt eine besondere vertragliche Bindung ein, die selbst durch eine Nichtigerklärung des Zustimmungsgesetzes nicht aufgehoben werden könnte.[9] Dies hat praktische Gründe. Könnten die völkerrechtlichen Verträge nachträglich zu Fall gebracht werden, dann wäre die Europäische Union handlungsunfähig. Gleichzeitig ist aber damit gesagt, dass völkerrechtliche Verträge und primäres Unionsrecht mittelbar über die entsprechenden Zustimmungsgesetze einer Normenkontrolle zugänglich sind. Denn das entscheidende Kriterium für einen zulässigen Gegenstand der Normenkontrolle ist die Form der Rechtssätze und nicht deren Inhalt.[10] Auch sekundäres Unionsrecht kann bei Umsetzung in innerstaatliches Recht grundsätzlich mittels einer Normenkontrolle überprüft werden.[11] Problematisch ist dabei, dass das BVerfG seine Prüfungskompetenz unbefugter Weise über die des EuGH stellt und damit Unionsrecht überprüfen würde.[12] Gemäß seiner „Solange-Rechtsprechung“[13] macht das BVerfG jedoch von seiner Prüfungskompetenz am Maßstab der deutschen Grundrechte „solange“ keinen Gebrauch, wie der Grundrechtsschutz durch den EuGH gewährleistet wird.

4. Antragsgrund („Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“)

13 Nach dem Wortlaut des Art. 93 I Nr. 2 GG sind Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Verfassungsmäßigkeit/Bundesrechtsmäßigkeit erforderlich. Nach § 76 I Nr. 1 BVerfGG wird jedoch ein „für nichtig“ Halten vorausgesetzt. Zudem fasst § 76 BVerfGG die Antragsvoraussetzungen noch enger, indem er auf das Dafürhalten des Antragstellers selbst abstellt. Damit stellt sich die Frage, welchen Kriterien zu folgen ist. Dieser Streit ist zugunsten des Art. 93 I Nr. 2 GG zu entschieden. Zum einen ist es bereits zweifelhaft, ob eine einfachgesetzliche Norm Verfassungsrecht einschränken kann, zum anderen hat das BVerfG dahingehend entschieden, dass Art. 93 I Nr. 2 GG durch § 76 I BVerfGG lediglich konkretisiert wird und eine Bestätigung des Klarstellungsinteresses sei.[14] Gleiches gilt im Übrigen auch für das Normbestätigungsverfahren des § 76 I Nr. 2 BVerfGG.[15]

Die Zweifel der Bundesregierung hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sind daher als Antragsgrund ausreichend.

---

8 Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/ders., GG, Art. 93 Rn. 37.
9 *Degenhart*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 839.
10 Dazu: *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 79.
11 Nur in analoger Anwendung des Art. 93 I Nr. 2 GG, BVerfGE 123, 267 (354).
12 *Degenhart*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 839.
13 BVerfGE 37, 271 (280 ff.) – Solange I; BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II.
14 Ausführlich dazu: BVerfGE 96, 133 (137); nach a.A. sei § 76 I Nr. 1 BVerfGG verfassungswidrig und somit nichtig, vgl. *Stern*, Staatsrecht II, S. 986.
15 *Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 93 Rn. 67.

5. Objektives Klarstellungsinteresse

Das Klarstellungsinteresse ist eine vom BVerfG entwickelte ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung[16] und nicht mit einer etwaigen Antragsbefugnis zu verwechseln. Der Antragsteller muss keine subjektive Rechtsverletzung geltend machen, da es sich um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt. Das objektive Klarstellungsinteresse wird grundsätzlich durch bestehende Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel indiziert. Es fehlt nur dann, wenn eine Norm bereits außer Kraft getreten ist und keinerlei Rechtswirkungen mehr entfaltet.[17] Ist eine Norm bereits vor einem Landesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden, ist ein Klarstellungsinteresse abzulehnen. Umstritten ist letztlich der Fall, in dem von einem landesrechtlichen Rechtsbehelf kein Gebrauch gemacht wurde. Bei untergesetzlichem Landesrecht besteht die Möglichkeit der Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Diesbezüglich ist eine Entscheidung in beide Richtungen möglich. Einerseits wird mit der Subsidiarität der abstrakten Normenkontrolle argumentiert. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass die Prüfungsmaßstäbe von Landesverfassungsgericht und BVerfG verschieden sind und daher keine gegenseitige „Sperrwirkung" einsetzt.[18] **14**

Die Bundesregierung musste hier keinen landesverfassungsrechtlichen Rechtsbehelf einlegen. Das Gesetz ist weiterhin rechtswirksam. Somit ist das Klarstellungsinteresse gegeben.

6. Form

Die Schriftform bestimmt sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 23 BVerfGG. Mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben sind diese Voraussetzungen als erfüllt zu betrachten. Eine Frist ist – anders als bei der Verfassungsbeschwerde, dem Organstreit und dem Bund-Länder-Streit – bei der abstrakten Normenkontrolle nicht einzuhalten. **15**

7. Zwischenergebnis

Der Antrag im abstrakten Normenkontrollverfahren ist zulässig.

III. Begründetheit

1. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und Prüfungsmaßstab

Das BVerfG erklärt das Gesetz, sofern der Antrag begründet ist, gem. § 78 S. 1 BVerfGG für nichtig. Ist das Gesetz nur punktuell nichtig und im Übrigen verfassungsgemäß, kann auch nur ein Teil des Gesetzes für nichtig erklärt werden. Die Nichtigerklärung hat nach § 31 II BVerfGG Gesetzeskraft. Darüber hinaus besteht gem. § 78 S. 2 BVerfGG die Möglichkeit, weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes bei **16**

16 BVerfGE 100, 249 (257 f.); 106, 244 (250 f.).
17 Dazu: siehe bereits oben „Antragsgegenstand"; *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 81.
18 Die unterschiedlichen Ansichten: *Degenhart*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 830; *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 82.

gleichem Nichtigkeitsgrund für nichtig zu erklären, obwohl diese Bestimmungen nicht explizit Gegenstand des Verfahrens waren.[19] Die Nichtigerklärung wirkt „ex tunc", also auf den Zeitpunkt des Erlasses zurück. Damit wird sämtlichen Rechtsakten, die dieses Gesetz als Rechtsgrundlage hatten, der Boden entzogen.[20] Die Auswirkungen sind jedoch unterschiedlich geregelt:

17 In § 79 BVerfGG sind die weiteren Folgen für rechtskräftige Strafurteile und die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung geregelt. Probleme gibt es jedoch bei der Rückabwicklung von Verträgen, Willenserklärungen und Realakten, die auf dem nichtigen Gesetz basieren. Diese sind dann zwar rechtswidrig, die Nichtigkeit des Gesetzes führt aber nicht zwingend und automatisch zur Rückabwicklung oder Unwirksamkeit dieser Rechtsakte. In solchen Fällen kommen die Grundsätze von Treu und Glauben, der Vertrauensschutz oder die Figur der unzulässigen Rechtsausübung zum Tragen.[21] Damit wird eine Norm so lange als gültig angesehen, bis sie Wirkungen im Rechtsverkehr entfaltet.[22] Weiterhin besteht die Möglichkeit der „Verfassungswidrigkeitserklärung" (Unvereinbarkeitserklärung), die dazu führt, dass die Vorschrift lediglich nicht mehr anwendbar ist. Eine solche Entscheidung erfolgt häufig bei einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz. Der Gesetzgeber muss dabei eine freie Gestaltungsmöglichkeit haben, um diesen Zustand zu beseitigen.[23] Eine weitere Entscheidungsform ist die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuregelung innerhalb einer angemessenen Frist. Das BVerfG sieht dann vom Ausspruch der Nichtigkeit oder der Verfassungswidrigkeit ab.[24] Der Hauptanwendungsfall ist ein verfassungswidriger Zustand, der aber im Fall einer Nichtigkeitserklärung einen noch unerträglicheren Zustand schaffen würde, indem überhaupt keine Regelung existiert.[25] Der Prüfungsmaßstab des BVerfG hängt von der zu überprüfenden Norm ab. Handelt es sich dabei um Bundesrecht, so ist das gesamte Grundgesetz Prüfungsgegenstand. Landesrecht wird auch am Bundesrecht geprüft.

Der Antrag ist begründet, wenn die zu überprüfende Norm formell und/oder materiell gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht (für den Fall des Landesrechts) verstößt.

2. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist gegeben, wenn das Bundesland X für den Erlass des Gesetzes zuständig war und das Gesetz in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande kam.

---

19 Kritisch zu dieser funktionellen Ausweitung der Normenkontrolle *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 59.
20 *Degenhart*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 832.
21 *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 89.
22 *Ipsen*, Staatsrecht I; § 18 Rn. 925.
23 *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 90.
24 *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG Kommentar, § 78 Rn. 82.
25 Vgl. beispielhaft BVerfGE 87, 114 (136 f.); 119, 331 (382 ff.) – hier hat das BVerfG von der Nichtigerklärung einer Norm aus dem SGB II abgesehen und den Gesetzgeber zur Schaffung einer verfassungsmäßigen Regelung verpflichtet; bei einer Nichtigerklärung wäre es nicht möglich gewesen, eine geordnete Sozialverwaltung sicherzustellen.

a) Gesetzgebungskompetenz

Nach dem Grundsatz des Art. 70 I GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit nicht dem Bunde durch das Grundgesetz Gesetzgebungsbefugnisse verliehen werden. Steht dem Bund daher nach den Art. 71 ff. GG nicht die Gesetzgebungskompetenz zu, dann sind die Länder zuständig. Vorliegend ist keine ausschließliche Kompetenz des Bundes gem. Art. 71, 73 GG ersichtlich. Aus dem Katalog der Gegenstände konkurrierender Gesetzgebung gem. Art. 74 GG ergibt sich ebenfalls kein Kompetenztitel. Das Zusammenwirken zwischen Bund und Ländern im Bereich der Bildungsplanung nach Art. 91b GG ist im vorliegenden Fall nicht betroffen. Folglich verbleibt es bei der Grundregel des Art. 70 I GG und die Gesetzgebungskompetenz über das Schulwesen obliegt ausschließlich den Ländern.[26] Das Bundesland X war somit zum Erlass des Gesetzes zuständig. **18**

b) Verfahren und Form

Mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben sind Verfahren und Form eingehalten worden. **19**

3. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Bundesregierung bezweifelt die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Schulleiterwahl. Möglicherweise liegt hier ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vor.

Hinweis: *Werden mehrere Vorschriften eines Gesetzes im Sachverhalt angegeben – wie hier –, empfiehlt es sich, diese getrennt zu untersuchen.*

a) § 3 (Schulleiterwahl)

§ 3 des Gesetzes zur Schulleiterwahl ermöglicht der Schulversammlung, den Schulleiter zu wählen. Die Zielsetzung dieses Gesetzes ist die Förderung demokratischer Mitbestimmung der an der jeweiligen Institution Betroffenen. Der Schulleiter ebenso wie die Lehrerschaft sind Beamte oder Angestellte des Staates und werden in dieser Funktion vom jeweiligen Bundesland ernannt. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob dieses Vorgehen an staatlichen Schulen mit dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes vereinbar ist. **20**

aa) Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip ist verfassungsrechtlich in Art. 20 I, II GG verankert und auf Grund der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG einer Änderung entzogen. Über die Homogenitätsklausel des Art. 28 I 1 GG sind auch die einzelnen Bundesländer der demokratischen Grundordnung verpflichtet. Eine normative Konkretisierung erfährt das Demokratieprinzip in Art. 20 II GG. **21**

26 Vgl. BVerfGE 6, 309 (354); 59, 360 (377).

22 **Exkurs**

Der Begriff der Demokratie bedeutet Volksherrschaft, also Souveränität des Volkes.[27] Daraus folgt jedoch nicht, dass das Volk alle Entscheidungen selbst basisdemokratisch treffen kann. Vielmehr handelt es durch besondere Organe der drei Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) und nimmt mittels Abstimmungen und Wahlen auf die Entscheidungsprozesse Einfluss (repräsentative Demokratie).[28]

Darauf basiert die demokratische Legitimation, wonach jegliche Ausübung staatlicher Gewalt durch die Staatsorgane ihren Ursprung, ihre Rechtfertigung und Begründung beim Volk[29] hat („vom Volk ausgeht", Art. 20 II GG), nicht etwa von transzendenten oder selbstinstallierten Mächten. Das entscheidende Element demokratischer Legitimation ist die Zurückführung der Herrschaftsmacht auf das Volk. Gleichzeitig sichert sie den Einfluss des Volkes gegenüber den handelnden Staatsorganen bei der Ausübung der Staatsgewalt.[30] Dies geschieht durch Wahlen. Zu differenzieren ist dabei zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Legitimation. Der Bundestag wird unmittelbar durch Wahlen nach Art. 39 I 1 GG legitimiert, während die anderen Bundesorgane des Art. 20 II 2 GG nur mittelbar (über den Bundestag) legitimiert werden. Es entsteht eine Legitimationskette, die ihren Ursprung beim Bundestag und somit wiederum beim Volk hat. Die demokratische Legitimation im staatsrechtlichen Sinne besteht aus zwei Komponenten – der Legitimationskette und der demokratischen Verantwortlichkeit (Rückbindung).[31] Erstere steht für den lückenlosen Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft.[32] Dies erfolgt im Bereich der Exekutive durch die Wahl des Parlaments, den Erlass von Gesetzen und die Bestellung von Amtsträgern.[33] Die zweite Komponente ist die Rückbindung an das Volk durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung, die Verantwortlichkeit der Regierung vor dem Parlament und letztlich die Verantwortlichkeit des Parlaments vor dem Volk im nächsten Wahlakt.[34] Die Legitimationskette gilt nicht nur auf Bundesebene, sondern über Art. 28 I GG auch auf Landesebene.

23 Nach dem Wortlaut des Art. 20 II GG ist allein das Volk Träger demokratischer Legitimation. Die Wahl des Schulleiters würde dem Gesetz zufolge durch die Schulversammlung erfolgen. Ob dieses Gremium eine ausreichende Legitimation bietet, ist eine Frage der Definition des Begriffes „Volk" in Art. 20 II 1 GG.

24 Das Staatsvolk umfasst die Gesamtheit aller deutschen Staatsangehörigen (Art. 116 GG),[35] die einen Verband dauerhaft miteinander und mit dem Staat verbundener Personen darstellen.[36] Dieses Gesamtvolk ist unteilbarer Träger der demokratischen Legitimation.[37] Eine Legitimation, die von einer Mehrzahl von Menschen, einer bestimmten Gruppe von Menschen („Teilvölkern" bzw. Volksteilen) oder von Verbänden ausgeht, ist nicht ausreichend.[38] Eine Demokratie (nur) der Betroffenen oder

27 Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 1.
28 Dazu: *Degenhart*, Staatsrecht I, § 2 Rn. 25 ff.
29 Zum Volksbegriff und seinen Voraussetzungen für die demokratische Legitimation siehe Rn. 24.
30 Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 21.
31 *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 40.
32 Vgl. BVerfGE 83, 60 (71, 72).
33 Vgl. *Böckenförde*, HStR II, § 24 Rn. 16 ff.
34 *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 40.
35 Vgl. *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 27.
36 *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 23.
37 BVerfGE 83, 60 (73 ff.).
38 Vgl. BVerfGE 83, 60 (75); vertiefend dazu: *Böckenförde*, HStR II, §24 Rn. 26 ff.

Unterworfenen gibt es nicht.[39] Größere Gruppen können zwar eine „Stimmmacht" haben, sind dennoch nicht durch die Gesamtheit der Bürger legitimiert. Dies gilt prinzipiell auch im Bereich der Gemeinden, auch deren Organe werden durch die Gesamtheit der Gemeindebürger legitimiert. Auf diese Ebene projiziert, bilden die Gemeindebürger das Gesamtvolk, das gem. Art. 28 I 2 GG eine kommunale Vertretung wählt; auf Bundesebene sind sie daher auch als „Volksteil" zur Legitimation berechtigt. Insoweit trifft Art. 28 I 2 GG eine nicht auf kleinere Gruppen von Staatsbürgern übertragbare Sonderregelung, die dem „Volk" auf Gemeinde- oder Kreisebene eine eigene Legitimation verleiht.[40] Nach Art. 28 I 3 GG sind auch Unionsbürger auf Gemeindeebene wahlberechtigt und wählbar, gehören mithin zum Gemeindevolk. Diese Bestimmung geht auf Art. 22 I AEUV i.V.m. der Richtlinie 94/80/EG des Rates vom 19.12.1994 zurück. Danach steht jedem Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht zu. Die „Staatsgewalt" ist der ureigene Gegenstand der demokratischen Legitimation. Sie ist neben Staatsgebiet und Staatsvolk ein Bestandteil der „Drei-Elemente-Lehre" nach *Jellinek*. Inhaltlich umfasst die Staatsgewalt alle dem Staat zuzurechnenden Handlungen, die verbindlichen Entscheidungscharakter haben.[41]

25 Die Schulversammlung ist der Zusammenschluss einer kleineren Gesamtheit von Staatsbürgern. Demokratische Legitimation kann jedoch nur durch das gesamte Staatsvolk erfolgen. Mit einem „Teilvolk", das ausnahmslos alle Personen in einem definierten Gebiet erfasst, wie es auf Gemeinde- oder Kreisebene besteht, ist die Schulversammlung nicht vergleichbar.[42] Die Schulversammlung ist ein Verbund, der aus Eltern- und Schülervertretern besteht und seine Legitimation nur von diesen bestimmten Gruppen erhält. Eine derartige „Teilvolk-Legitimation" ist jedoch nicht ausreichend.[43] Amtsträger – darunter fallen auch Schulleiter – erfahren ihre demokratische Legitimation ebenfalls durch das Volk oder durch demokratisch legitimierte Staatsorgane.[44] Der Zurechnungszusammenhang i.R.d. Legitimationskette kann nur über das Gesamtvolk im Bereich des Bundeslandes X (Art. 28 I 2, Art. 20 II GG) hergestellt werden. Einem Teilvolk, das nur durch einen örtlichen oder sonstigen speziellen Bezug gesetzlich verbunden ist, kann diese Legitimationskraft nicht zugestanden werden. Die Größe der Schulversammlung ist nicht maßgeblich, soweit sie nicht die Gesamtheit des Bundeslandes X ausmacht. Auch eine reine Betroffenenpartizipation reicht für die demokratische Legitimation nicht aus.[45] Damit ist festzuhalten, dass die Schulversammlung keine ausreichende demokratische Legitimation aufweist. Folglich verstößt § 3 gegen das Demokratieprinzip (Art. 20 I, II, 28 I 2 GG).

---

39 Umstritten, aber bestätigend dazu: *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 23; *Böckenförde*, HStR II, § 24 Rn. 26 ff.
40 Dazu: BVerfGE 83, 37 (55).
41 Vgl. BVerfGE 83, 60 (73).
42 Im Ergebnis: BVerfGE 83, 60 (75); *Geis*, in FS: J.P. Vogel, S. 41.
43 Vgl. *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip; *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 41.
44 *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 41; *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 13.
45 Siehe oben: *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 23; *Böckenförde*, HStR II, § 24 Rn. 26 ff.

bb) Die Schulversammlung als Element funktionaler Selbstverwaltung

26 Möglicherweise könnte die Schulversammlung als Organ *funktionaler* Selbstverwaltung legitimiert sein. Die Legitimationsform hierfür stellt nicht auf das Gesamtvolk, sondern auf Interessen- und Mitgliedergemeinschaften ab. Abzugrenzen ist diese von der kommunalen Selbstverwaltung, die den Volksteil gebietsbezogen auf Gemeinde- und Kreisebene (Art. 28 I 2 GG) demokratisch legitimiert. Im Gegensatz dazu ist die funktionale Selbstverwaltung als sachlich-inhaltliche Legitimation aufgabenbezogen.[46] Diese Legitimation wurzelt nicht im Demokratieprinzip, sondern im Interesse an einer möglichst optimierten Entscheidungsfindung durch Einbeziehung des Sachverstandes betroffener Gruppen (z.B. Berufskammern und Universitäten), die ansonsten nicht zur demokratischen Legitimation berechtigt wären.[47] Allerdings besteht dabei ein Defizit in der personell-demokratischen Legitimation. Daher sind zum Ausgleich eine staatliche Aufsicht und eine gesetzliche oder verfassungsrechtliche Rechtfertigung unabdingbar, um das erforderliche „Legitimationsniveau" zu erhalten. Dieses ist nur gewahrt, wenn für jede staatliche Handlung auch ein Subjekt „greifbar ist", das gegenüber dem Bürger verantwortlich ist – und sei es in der Wahlentscheidung.[48] Demokratische Legitimation und demokratische Verantwortlichkeit bilden eine untrennbare Einheit.

27 Das vorgesehene Organ einer Schulversammlung ist aber nicht mit einer aufgabenbezogenen, im Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren legitimierten, funktionalen Selbstverwaltung zu vergleichen. Es fehlt schon äußerlich an der körperschaftlichen Organisation der Betroffenen oder jedenfalls an einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts als Rechtsträger (Schulen sind regelmäßig unselbstständige Anstalten des öffentlichen Rechts). Darüber hinaus bestehen keine gemeinsamen Interessen, die für eine optimierte Entscheidungsfindung notwendig sind. Während die Lehrerschaft die öffentlichen Interessen des Staates repräsentiert (staatlicher Erziehungsauftrag), nehmen die Eltern und Schüler private Interessen wahr (privater Erziehungsauftrag, Ausbildungsfreiheit). Es besteht also ein Interessengegensatz,[49] was insbesondere aus Art. 7 Abs. 1 GG ersichtlich wird. Eine originäre Legitimation im Rahmen funktionaler Selbstverwaltung ist mithin nicht gegeben.

cc) Partizipationsrechte neben demokratischer Legitimation

28 Der Schulversammlung könnten Beteiligungsrechte zustehen. Die Entscheidungsgewalt der demokratisch legitimierten Mitglieder darf dadurch aber nicht eingeschränkt werden.[50] Um dies sicherzustellen, unterliegt die Mitbestimmung der nicht ausreichend demokratisch legitimierten Mitglieder einer *Schutzzweckgrenze* und einer *Verantwortungsgrenze*.[51] Während die Schutzzweckgrenze von den Interessen der Amtsträger bestimmt wird, steht aufgrund der Verantwortungsgrenze den verantwortlichen

46 Vgl. *Böckenförde*, HStR II, § 24 Rn. 31, 33; *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 41.
47 *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 42; *Böckenförde*, HStR II, § 24 Rn. 33.
48 Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.); BVerfGE vom 20.12.2007 „ALG II".
49 Deutlich herausgearbeitet in der „Sexualkunde-Entscheidung" (BVerfGE 47, 46 ff.). Vgl. ausführlich dazu: *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 42.
50 *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 43.
51 Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 29; BVerfG, DVBl. 1995, 1291 (1293).

Verwaltungsträgern eine Letztentscheidungskompetenz zu.[52] Handelt es sich um einen Amtsauftrag, wie den staatlichen Schulauftrag,[53] so kommen diese Sicherungsmechanismen zur Anwendung. Die Reichweite der Partizipationsrechte bestimmt sich nach der Intensität und Nachhaltigkeit, mit welcher die Interessen der Amtsträger berührt werden. Dazu hat das BVerfG die Theorie der abgestuften Legitimationsdichte entwickelt.[54] Diese Theorie gilt für alle Fälle der Ausübung von Staatsgewalt, d.h. für jedes amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter, gleich, ob sich dieses Handeln bereits unmittelbar nach außen auswirkt oder ob es nur interne Voraussetzung für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben ist.[55] Danach steigen die Anforderungen an die demokratische Legitimation je intensiver die Amtsaufgaben betroffen sind. Umgekehrt sinkt die Legitimationsdichte bei innerdienstlichen Maßnahmen, wenn gegenüber Dritten keine Aufgabenerfüllung stattfindet.[56] Dann sind auch Mitbestimmungsrechte möglich.

29 Für die Schulversammlung bedeutet dies: Sobald die Mitbestimmung über innerdienstliche Maßnahmen hinausgeht, muss die Letztentscheidungskompetenz dem vom Volk legitimierten Amtsträger vorbehalten bleiben.[57] In Fällen, die den Status der beteiligten Personen betreffen, ist eine hohe Legitimationsdichte erforderlich, so dass an die Unmittelbarkeit demokratischer Legitimation höhere Anforderungen gestellt werden. Zentrale Entscheidungen wie der staatliche Schul- und Erziehungsauftrag müssen weiterhin beim Staat bleiben. Fragen des schulischen Erziehungsauftrags betreffen immer auch Eltern und Schüler und damit Dritte. Eine rein innerdienstliche Maßnahme ist dann schon nicht mehr gegeben. Die Auswahl des Schulleiters geht über eine bloße innerdienstliche Maßnahme hinaus. Sie begründet das Amt, das maßgebliche Ausgestaltungsbefugnisse über den staatlichen Schul- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 I GG verleiht. Sie bedarf daher einer hohen demokratischen Legitimation, welche die Schulversammlung nicht vermitteln kann. Zumal ist in keiner Weise ersichtlich, in welcher Form sie für ihre Entscheidungen verantwortlich gemacht werden könnte. Verantwortung darf gleichsam nicht in einem Gremium „verschwinden".

b) § 18 (Ordnungsmaßnahmen)

30 Nach § 18 des Gesetzes kann die Schulversammlung über die Erteilung von Schulstrafen entscheiden und verhängte Schulstrafen aufheben. Auch insoweit stellt sich die Frage, ob das Legitimationsniveau der Schulversammlung für diese Befugnisse ausreichend ist. Eine bloße innerdienstliche Maßnahme, die den Amtsauftrag gegenüber den Bürgern nicht oder nur unmaßgeblich berührt,[58] würde eine Mitbestimmung zulassen. Die Verhängung von Schulstrafen im Sinne von Verweisen oder Disziplinarverfahren ist jedoch eine Entscheidung, die dem demokratisch legitimierten Amtsträger vorbehalten ist. Diese Sanktionen greifen in die Stellung bzw. den Status der

52 Vgl. BVerfGE 93, 37 (70 ff.).
53 *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 47.
54 BVerfGE 83, 60 (73); 93, 37.
55 Dazu: *Geis*, in: FS J.P. Vogel, S. 46; BVerfGE 83, 60 (73); 93 (37).
56 Vgl. BVerfGE 93, 37 (71).
57 Vgl. BVerfGE 93, 43 (71).
58 BVerfGE 83, 60 (73 f.).

Schüler ein, die sogar zur Beendigung des Schulverhältnisses (Verweisung von der Schule) führen können. Infolgedessen kann das Bestimmungsrecht des weiteren Bildungsweges und damit das Recht auf Ausbildungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beeinträchtigt sein.[59] Damit liegen Maßnahmen mit Außenwirkung und von erheblicher Bedeutung vor. Weiterhin sind zentrale Punkte des Schul- und Erziehungsauftrages betroffen. Maßnahmen wie Schulstrafen, die sich auf die „Mitgliedschaftsrechte" eines Schülers auswirken, dürfen nicht an die Schulversammlung abgegeben werden, da hiervon schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betroffen ist.[60] In diesen Bereichen muss sich der Staat bzw. der demokratisch legitimierte Amtsträger eine Letztentscheidungskompetenz vorbehalten. Aufgrund von § 18 wäre dies nicht möglich, da die Schulversammlung mit der Mehrheit ihrer Stimmen selbst über diese Maßnahmen entscheiden und sogar Entscheidungen der Amtsträger aufheben kann.

Somit sind die §§ 3, 18 des Gesetzes materiell verfassungswidrig. Das BVerfG wird das Gesetz insoweit für nichtig erklären.

IV. Ergebnis

Die abstrakte Normenkontrolle ist zulässig und begründet. Sie hat daher Aussicht auf Erfolg.

59 Vgl. BVerfGE 45, 400 (415 f.).
60 Vgl. *Geis*, in: FS von J.P. Vogel, S. 49 ff.

31

Prüfungsschema zur abstrakten Normenkontrolle

Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des BVerfG

Art. 93 I Nr. 2 GG; Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht

2. Antragsberechtigung

Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG (abschließend); Bundesregierung, Landesregierung, ein Viertel der Mitglieder des Bundestages

3. Antragsgegenstand

Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG; Bundes- oder Landesrecht formeller oder materieller Natur, keine Beschränkung auf nachkonstitutionelle Gesetze

4. Antragsgrund: „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“

Art. 93 I Nr. 2 GG, Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht. Der Wortlaut des § 76 I Nr. 1 BVerfGG „… für nichtig hält …“ steht dem nicht entgegen.

5. Objektives Klarstellungsinteresse

Dem BVerfG zufolge muss ein besonderes Interesse an der Klarstellung der Gültigkeit/Ungültigkeit der Norm bestehen.

6. Form & Frist

Form, § 23 I BVerfGG; Frist – keine.

II. Begründetheit

Prüfung der verfahrensgegenständlichen Norm anhand des Grundgesetzes bzw. bei Landesrecht auch an Bundesrecht.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

a) Kompetenz
b) Verfahren
c) Form

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Prüfung, ob Antragsgegenstand gegen das GG verstößt

Fall 2: Blähungen im Bundestag

Themenschwerpunkte: Demokratieprinzip, Wahlrecht, Wahlprüfungsbeschwerde, Wahlsystem, Wahlrechtsgrundsätze, Grundmandatsklausel, 5%-Sperrklausel, Überhangmandate und Ausgleichsmandate, Wahlrechtsreform, Parteien-Chancengleichheit, Mehrheitsentscheidung, Minderheitenschutz, Repräsentation, Verfassungsänderung.

32 Bei der letzten Bundestagswahl konnte die A-Partei als „stärkste Kraft" insgesamt 322 Sitze im Bundestag ergattern. Da die A-Partei in einigen Bundesländern mehr Direktmandate für sich gewinnen konnte, als ihr nach Anzahl der Zweitstimmen in den jeweiligen Bundesländern eigentlich zustünden, wurden ihr insgesamt 36 sog. *Überhangmandate* (§ 6 IV 2 BWG) zu Teil. Infolgedessen wurden gem. § 6 V, VI BWG auch die Sitze der übrigen Bundestagsparteien durch sog. *Ausgleichsmandate* solange erhöht, bis das Kräftegleichgewicht im Bundestag insgesamt wieder den abgegebenen Zweitstimmen entsprach. Durch die Überhang- und Ausgleichsmandate stieg die Gesamtsitzzahl im Bundestag von 598 auf 709 Sitze an. Dennoch fragt sich die Opposition, ob Überhangmandate mit der Verfassung vereinbar sind. Schließlich verstoßen diese ihrer Meinung nach gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl und gegen die Chancengleichheit der Parteien. Die Regelung verstoße auch gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl, da die Berechnung der Überhang- und Ausgleichsmandate für den „Normalbürger" zu intransparent und nicht nachvollziehbar sei; dafür brauche man schon fortgeschrittene mathematische Kenntnisse. Auch komme es durch die vielen Überhang- und Ausgleichsmandate zu einer beunruhigenden „Aufblähung des Bundestages".

Nach der Wahl entbrennt außerdem ein heftiger Streit, in dem die C-Partei weitere Mängel des Bundeswahlgesetzes (BWG) anführte. Zentraler Streitpunkt war das Ergebnis der B-Partei, die zu den Oppositionsparteien gehörte. Diese konnte zwar nur 3,2 % der Zweitstimmen erzielen, errang jedoch in drei Wahlkreisen das Direktmandat für sich. Dies hatte zur Konsequenz, dass die B-Partei nach § 6 III 1 Hs. 2 BWG (sog. *Grundmandatsklausel*) entsprechend ihres Zweitstimmenanteils in den Bundestag einzog. Die C-Partei hingegen konnte 4,9 % der Stimmen erringen, aber nur in einem Wahlkreis ein Direktmandat für sich gewinnen. Wegen der 5 %-Sperrklausel in § 6 III 1 BWG i.V.m. § 6 I 2 BWG blieben ihre Zweitstimmen gänzlich unberücksichtigt. Die C-Partei ist der Meinung, es sei verfassungswidrig, dass die Zweitstimmen der B-Partei berücksichtigt würden, ihre hingegen nicht; das verletze die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien. Sie habe sowieso Zweifel, ob die 5 %-Sperrklausel überhaupt verfassungsgemäß sei. Bei der vorangegangenen Bundestagswahl seien – was zutrifft – immerhin 15,7 % der abgegebenen Stimmen nicht den gewählten, sondern anderen Parteien zugutegekommen. Zudem habe das BVerfG in einem Urteil aus dem Jahr 2014 entschieden, dass bereits eine 3 %-Sperrklausel für die Wahl zum Europaparlament verfassungswidrig sei. Jedenfalls sollte jeder Wähler eine „Eventualstimme" abgeben dürfen, die nur dann zum Tragen komme, wenn seine Zweitstimme auf eine Partei entfällt, die an der 5 %-Sperrklausel scheitere; das wäre zumindest ein milderes Mittel.

Die A-Partei gefiel sich in ihrer Rolle als stärkste Partei. Nachdem sich eine 2/3-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat zusammen mit ihrer Koalitionspartnerin – der E-Par-

tei – abzeichnete, fasste sie zusammen mit der E-Partei den Entschluss, die nächsten Bundestagswahlen um zwei Jahre zu verschieben. Dieses Vorgehen sei nur zum Wohle des Volkes. Schließlich habe die A-Partei bisher die Steuern um ca. 15% gesenkt, zudem betreibe sie eine solide und erfolgreiche Politik, die auch noch etwas länger weitergeführt werden sollte. Die Opposition hält dies für verfassungsrechtlich nicht zulässig. Die A-Partei könne doch nicht einfach die Länge von Legislaturperioden aus Gründen politischer Opportunität verändern. Welche Chancen hätte dann eine Opposition, wenn die Mehrheitsparteien einfach die Wahlen verschieben würden?

Frage 1: Wie sind die von Opposition und C-Partei angesprochenen Probleme verfassungsrechtlich zu würdigen?

Frage 2: Wie kann die Opposition die Gültigkeit der Bundestagswahl überprüfen lassen?

Frage 3: Wie ist das Vorhaben der A-Partei verfassungsrechtlich zu würdigen?

Lösung zu Fall 2

Frage 1

I. Die Überhangmandatsregelung und Ausgleichsmandate[61]

Fraglich ist, ob die Überhang- und Ausgleichsmandatsregelung in § 6 IV 2 BWG und § 6 V, VI BWG seit der Wahlrechtsreform 2013 verfassungsgemäß ist. **33**

Dadurch könnte der Grundsatz der Gleichheit gem. Art. 38 I 1 GG und der Öffentlichkeit der Wahl gem. Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 20 I, II GG sowie das Recht auf Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG oder das Demokratieprinzip aus Art. 20 I, II GG verletzt sein. Folglich müsste eine Beeinträchtigung vorliegen, die durch das Wahlsystem der Bundesrepublik Deutschland nicht gerechtfertigt ist.

1. Beeinträchtigung von Art. 38 I 1, 20 I, II und Art. 21 I GG

a) Gleichheit der Wahl, Art. 38 I 1 GG

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl sichert die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Bürger. Er gebietet, dass alle Wahlberechtigten das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können, und ist im **34**

61 Der Streit um die Überhangmandate wurde durch das 22. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 3.5.2013 (BGBl. I S. 1082) m.W.v. 9.5.2013 deutlich entschärft; das Bundeswahlgesetz sah bis zu seiner Änderung nämlich ausgleichslose Überhangmandate vor, sodass es zu einem ungleichen Erfolgswert der Zweitstimmen kam. Das BVerfG sah dadurch jedoch die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien nicht per se als verletzt an. Vielmehr seien ausgleichslose Überhangmandate hinnehmbar, solange der Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl nicht aufgehoben werde; die Grundsätze der Gleichheit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien seien erst bei einem Anfall von Überhangmandaten im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke verletzt (vgl. näher BVerfGE 131, 316 = NVwZ 2012, 1101 (1110).

Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen.[62] Aus dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert, also dass die Stimme eines jeden Wählers gleich viel zählt („one man, one vote"[63]). Der gleiche Zählwert verlangt daher, dass jeder Stimmberechtigte die gleiche Anzahl an Stimmen (Erststimme und Zweitstimme, § 4 BWG) hat und diese Stimmen bei der Auszählung auch den gleichen Wert haben.[64] Daneben muss jede Stimme die gleiche rechtliche Erfolgschance haben bzw. - bei der Verhältniswahl - den gleichen Erfolgswert haben, also jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben.[65] Ist der Zählwert oder der Erfolgswert einer Stimme durch die Überhangmandats- bzw. Ausgleichsmandatsregelung ungleich, liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl vor.

35 Die Überhangmandate sind in § 6 IV 2 BWG geregelt. Übersteigen die Direktmandate die Bundestagssitze, die der Partei aufgrund der Zweitstimmen zustehen würden, dann verbleiben diese Mandate, die sog. Überhangmandate, bei der Partei (§ 6 IV 2 BWG). Erhält eine Partei in den Wahlkreisen mehr Direktmandate, als ihr nach den Zweitstimmen Sitze im Bundestag zustehen, dann spricht man von einem Überhangmandat.

36 Der Zählwert der Stimmen wird demnach bei der Überhangmandatsregelung nicht beeinflusst, da die Anzahl der Stimmen eines Wahlberechtigten unangetastet bleibt. Hinsichtlich des Erfolgswertes könnte jedoch eine Beeinträchtigung vorliegen. Das wäre dann der Fall, wenn nicht alle abgegebenen Stimmen den gleichen Erfolgswert haben. Bei der bisher geltenden Regelung war der Erfolgswert der Stimmen für eine Partei mit Überhangmandaten in Relation höher als der Erfolgswert der Zweitstimme für eine Partei ohne Überhangmandate. Für einen Sitz im Parlament, der nicht über ein Überhangmandat errungen wurde, musste die Partei ungleich mehr Zweitstimmen auf sich vereinen. Die Sitzverteilung des Bundestages entsprach aufgrund der Überhangmandate nicht mehr dem Verhältnis der Zweitstimmen.[66] Daher kam den Stimmen ein unterschiedlicher Erfolgswert zu. Bei der jetzigen Regelung ist in § 6 V, VI BWG ein Ausgleich der Überhangmandate vorgesehen. Dies geschieht im Wesentlichen dadurch, dass jeder Partei so viele zusätzliche Sitze zugeteilt werden, dass das Verhältnis der Mandate wieder dem Zweitstimmenverhältnis entspricht. Die Anzahl der Ausgleichsmandate hängt wiederum von Anzahl und Verteilung der Überhangmandate ab.[67]

---

62 BVerfGE 51, 222 (234) = NJW 1979, 2463; BVerfGE 78, 350 (357 f.) = NJW 1989, 285 = NVwZ 1989, 243 Ls.; BVerfGE 82, 322 (337) = NJW 1990, 3001 = NVwZ 1991, 52 Ls.; BVerfGE 85, 264 (315) = NJW 1992, 2545; BVerfGE 135, 259 (284) = NVwZ 2014, 439 Rn. 44; *Maurer*, Staatsrecht I, § 13 Rn. 8.

63 *Sodan/Ziekow*, GK ÖR, § 6 Rn. 51.

64 im Gegensatz dazu steht das preußische Drei-Klassen-Wahlrecht, das bis 1918 die Anzahl der Stimmen an der Steuerleistung der Bürger ausrichtete.

65 BVerfG, NVwZ 2018, 648 Rn. 59 mwN; *Maurer*, Staatsrecht I, § 13 Rn. 8.

66 Im Ergebnis: *Degenhart*, Staatsrecht I, § 2 Rn. 97.

67 Zu beachten ist allerdings, dass es durch das neue Verfahren zu einer Ungleichbehandlung von Landeslisten kommt. Dadurch dass in einem ersten Schritt die nach Bevölkerungszahlen ermittelten Sitzplatzkontingente der jeweiligen Bundesländer auf die Parteien verteilt werden (Grundverteilung), die Ausgleichsmandate aber ausgehend von den bundesweiten Zweitstimmen ermittelt werden (Endverteilung), kommt es zu einer Inkonsistenz im System. Bei der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag kam

Eine Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl liegt damit nicht vor

b) Öffentlichkeit der Wahl, Art. 38 I 1 i.V.m. Art. 20 I, II GG

Beim Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl handelt es sich um einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz. Er basiert auf den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat und wird daher aus Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 20 I, II GG hergeleitet.[68] Die Öffentlichkeit der Wahl sichert die Ordnungsgemäßheit und Nachvollziehbarkeit der Wahlvorgänge und ist Grundvoraussetzung für eine demokratische politische Willensbildung.[69] **37**

Während die Sitzzuteilung nach dem vorher geltenden Wahlrecht für jeden Bürger mit mathematischen Grundkenntnissen nachzuvollziehen war, ist das neue Verfahren zur Berechnung der Ausgleichsmandate nur mit fortgeschrittenen mathematischen Kenntnissen durchschaubar.[70] Mithin ist durch das derzeit geltende Wahlverfahren der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl beeinträchtigt. **38**

c) Chancengleichheit der Parteien, Art. 21 I GG

Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien verlangt, dass jeder Partei grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden. Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren. Deshalb muss in diesem Bereich – ebenso wie bei der durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgten gleichen Behandlung der Wähler – Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn verstanden werden. Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen.[71] **39**

Hier gilt das zur Gleichheit der Wahl gesagte parallel. Insbesondere werden durch das jetzt geltende Wahlverfahren mit Ausgleichsmandaten keine (großen) Parteien mehr mit ausgleichslosen Überhangmandaten bevorzugt. **40**

Eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Parteien liegt nicht vor.

---

es zu einer Steigerung der regulären Sitzzahl von 598 um 18,6 %, wegen der genannten Inkonsistenz kam es bei den Sitzplatzkontingenten der Länder um Steigerungen von bis zu 42,9 % (Saarland) bzw. nur zu Steigerungen von 10,9 % (Nordrhein-Westfalen). – Ausführlich zum Problem: *Behnke*, Recht und Politik 2013, 1 (5 ff.); illustrativ zu den Auswirkungen auf den 19. Deutschen Bundestag: *Henneke*, DVBl 2017, 1414.

68 BVerfGE 123, 39 (68 ff.) = NVwZ 2009, 708; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 38 Rn. 78.

69 BVerfGE 134, 25 = NVwZ 2013, 1272 Rn. 12.

70 *Sodan/Ziekow*, GK ÖR, § 6 Rn. 44. Im Übrigen hat das BVerfG bereits 2008 – also noch vor der Reform gefordert „das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzverteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen“ (BVerfGE 121, 266 (316).

71 Vgl. BVerfGE 120, 82 (105) = NVwZ 2008, 407; BVerfGE 129, 300 (319) = NVwZ 2012, 33; BVerfGE 135, 259 (285) = NVwZ 2014, 439 Rn. 48; BVerfG, NVwZ 2018, 648 Rn. 60.

d) Demokratieprinzip, Art. 20 I, II GG

41 Fraglich ist, ob durch die Überhang- und Ausgleichsmandate das Demokratieprinzip beeinträchtigt ist. Dieses ist in Art. 20 I, II GG verankert. Durch das derzeit geltende System mit Überhang und Ausgleichsmandaten kommt es regelmäßig dazu, dass die Sitzplätze des Bundestags erweitert werden müssen, was das Risiko einer Aufblähung des Bundestages um ca. 25 % mit sich bringt.[72]

42 Eine Beeinträchtigung des Demokratieprinzips durch diese Entwicklung ist dennoch nicht möglich. Zum einen lassen sich weder aus dem GG direkt, noch aus dem Demokratieprinzip eine Maximalzahl von Bundestagsmitgliedern herleiten. Die gesetzliche Größe des Bundestags mit 598 Sitzen ist bloß eine gesetzgeberische Festsetzung (§ 1 I BWG). Entscheidend für die Demokratie ist auch nicht die Anzahl der Abgeordneten, sondern ob deren Zusammensetzung dem Votum des Volkes entspricht. Ein so „brachiales" Anwachsen des Bundestages, dass dessen Funktionsfähigkeit und so das Demokratieprinzip beeinträchtigt würde, ist weder wahrscheinlich noch ersichtlich.[73]

Eine Beeinträchtigung des Demokratieprinzips liegt nicht vor.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

43 Die Einschränkung der Öffentlichkeit der Wahl ist verfassungsrechtlich nicht vorgesehen. Allerdings könnte die Ungleichbehandlung durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt sein. Der Gesetzgeber kann in begrenztem Umfang Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit zulassen, um anderen verfassungsrechtlichen Belangen, insbesondere den geschriebenen Wahlrechtsgrundsätzen aus Art. 38 I 1 GG, Geltung zu verschaffen.[74]

44 Der Gesetzgeber hat durch die Reform des Bundeswahlrechts einige spezielle Wahlrechtsprobleme wie das „negative Stimmgewicht" und die ausgleichslosen Überhangmandate beseitigt, die den Grundsatz der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 I 1 GG verletzt haben. Um dies zu erreichen war es notwendig ein komplexes, mehrstufiges Verfahren zu entwickeln, was sich negativ auf die Öffentlichkeit der Wahl ausgewirkt hat. Allerdings konnte damit der Gleichheit der Wahl hinsichtlich des Erfolgswertes von abgegebenen Stimmen Rechnung getragen werden, sodass die Beeinträchtigung der Öffentlichkeit der Wahl hinter dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl zurücksteht und diese folglich verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.[75]

---

72 Dazu: *Sodan/Ziekow*, GK ÖR, § 6 Rn. 44; *Behnke*, Recht und Politik 2013, 1 (8); *Holste*, NVwZ 2013, 529 (532); *Ipsen*, Recht und Politik 2017, 393; *Boehl*, ZRP 2017, 197.

73 An dieser Stelle sollte noch bemerkt werden, dass Deutschland im Vergleich zu den übrigen Parlamenten in der EU mit 0,8 Abgeordneten pro 100.000 Einwohner über das verhältnismäßig zweitkleinste Parlament verfügt – siehe ausführlich: *Holste*, NVwZ 2013, 529 (532).

74 BVerfGE 123, 39 (75) = NVwZ 2009, 708 (711).

75 *Sodan/Ziekow*, GK ÖR, § 6 Rn. 44 spricht davon „Die Beseitigung spezieller Wahlrechtsprobleme wurde durch einen erheblichen allgemeinen Transparenzverlust erkauft". Siehe auch *Behnke*, Recht und Politik 2013, 1 (8).

Exkurs: Wahlsystem und Wahlrechtsgrundsätze **45**

Das Grundgesetz trifft über das Wahlsystem selbst keine Regelung, sondern überlässt die Ausgestaltung dem Bundesgesetzgeber (Art. 38 III GG), der davon im BWG Gebrauch gemacht hat.[76] Nach § 1 I BWG erfolgt die Bundestagswahl nach einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl (sog. personalisierte Verhältniswahl).[77] Dies ist eine Mischform aus Mehrheitswahlsystem (Persönlichkeitswahl) und der Verhältniswahl (Listenwahl). Aufgrund des Mehrheitswahlsystems ist das Wahlgebiet in Wahlkreise aufgeteilt, in denen jeweils ein Kandidat mit Stimmenmehrheit zu wählen ist (Erststimme). Bei der Verhältniswahl hingegen wird mit der Zweitstimme die Partei (Liste) gewählt, die anhand der prozentual auf sie entfallenen Stimmen Sitze im Bundestag erhält. Die Zweitstimme ist maßgeblich für die Sitzverteilung bzw. die Anzahl der Sitze einer Partei im Parlament. Die Direktmandate aus der Erststimme werden dann auf diese Sitze verteilt. Kurzum bestimmt die Zweitstimme, wie stark eine Partei vertreten ist, während die Erststimme festlegt, welcher Kandidat in das Parlament einzieht. Das BVerfG umschreibt das Wahlsystem der Bundesrepublik Deutschland in seiner Entscheidung BVerfGE 95, 335 (352 f.) folgendermaßen:

„… Das Verhältniswahlrecht bewirkt die Repräsentation dadurch, dass die Parteien ihre Kandidaten und Programme den Wahlberechtigten vorstellen und die Wähler in der Wahl einer Liste die Entscheidung für eine parteipolitische Richtung treffen. Die Verhältniswahl in strikter Ausprägung macht das Parlament zum getreuen Spiegelbild der parteipolitischen Gruppierung der Wählerschaft, in dem jede politische Richtung in der Stärke vertreten ist, die dem Gesamtanteil der für sie im Staat abgegebenen Stimmen entspricht (vgl. BVerfGE 1, 208 [244]). Demgegenüber bestimmt bei der Mehrheitswahl die Mehrheit der gültigen Stimmen den erfolgreichen Kandidaten; die übrigen Stimmen bleiben ohne Auswirkung auf die Zusammensetzung des Parlaments. Die Mehrheitswahl sichert eine engere persönliche Beziehung des Abgeordneten zu dem Wahlkreis, in dem er gewählt worden ist (BVerfGE 7, 63 [74]; 16, 130 [140]; 41, 399 [423]). Die Wahl des Abgeordneten als Person – und nicht als Exponent einer Partei – stärkt den repräsentativen Status des Abgeordneten als Vertreter des ganzen Volkes (Art. 38 I 2 GG; vgl. BVerfGE 11, 266 [273]), stützt die nach Art. 21 GG gebotene innerparteiliche Demokratie und gibt dem Vertrauen des Wählers zu seinem Repräsentanten …“

Die Wahlrechtsgrundsätze

In Art. 38 I GG sind die Grundsätze der allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl verankert. Die Allgemeinheit der Wahl bedeutet, dass jedem wahlberechtigten Bürger (Art. 38 II GG) das Wahlrecht zusteht. Differenzierungen im Bereich der Wahlberechtigung sind nur aus zwingenden Gründen zulässig.[78] Die Unmittelbarkeit der Wahl gewährleistet, dass die Entscheidung des Wählers direkt den Abgeordneten erreicht. Weitere Entscheidungsinstanzen – wie etwa das amerikanische Wahlmännersystem – dürfen daher nicht zwischengeschaltet werden. Darüber hinaus verlangt der Unmittelbarkeitsgrundsatz, dass der Wähler vor dem Wahlakt erkennen kann, welche Personen sich um ein Mandat bewerben und wie sich die eigene Stimmabgabe auf den (Miss)Erfolg auswirken kann.[79] Der Grundsatz der geheimen Wahl erklärt sich selbst: Es sind Vorkehrungen zu

76 Somit ist die Ausgestaltung als Mehrheitswahl, Verhältniswahl oder einer Kombination aus beiden Verfahren dem Gesetzgeber überlassen; aus dem Wortlaut des Art. 38 I 1 GG („die Abgeordneten“) ergibt sich lediglich, dass eine bloße Parteienwahl ausgeschlossen ist, BVerfGE 95, 335 (349).

77 Hiermit verfolgt der Gesetzgeber im Rahmen der Personenwahl das Anliegen einer Verbindung zwischen Wählern und Abgeordneten, die das Volk repräsentieren; durch die Verhältniswahl sollen alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis im Parlament abgebildet werden, BVerfGE 131, 316 (365 f.).

78 Vgl. zum Ausländerwahlrecht, BVerfGE 58, 202 (205).

79 BVerfGE 47, 253 (279 ff.); 95, 335 (350).