

## **Lösungsskizze zum Fall: „Auflösung des Bundestages“**

*Die zu prüfende Fallkonstellation ist in den letzten Wochen und Monaten ausführlich in den Medien und Fachzeitschriften besprochen worden, so dass von den Bearbeitern erwartet werden kann, dass sie die Problematik und die am 25. August 2005 ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kennen. Es sollte in der Bewertung positiv honoriert werden, wenn Bearbeiter nicht nur die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts repetieren, sondern eine eigene, ggf. abweichende Meinung in ihre Argumentation einbeziehen oder sogar vertreten.*

*Die korrekte Prüfung eines Organstreitverfahrens wird vorausgesetzt, zumal es hier unproblematisch ist. Es ist sinnvoll, die Anträge von S und H von Anfang an zusammen zu prüfen, da das BVerfG diese nach § 66 BVerfGG verbinden wird und eine separate Prüfung keinen Erkenntnisgewinn, sondern nur einen Zeitverlust bei der Klausurbearbeitung bedeuten würde. Ein abweichender Aufbau ist aber nicht falsch.*

*Die Begründetheitsprüfung wirft mehr Schwierigkeiten auf; insbesondere gilt es den Überblick zu behalten bei der etwas verschachtelten Prüfung: Der Bundeskanzler hat Ermessen bei der Beurteilung der politischen Lage bzw. der Handlungsfähigkeit seiner Regierung, dessen Ausübung der Bundespräsident nur auf Fehlerhaftigkeit hin überprüft. Die Entscheidung des Bundespräsidenten über die Bundestagsauflösung wird durch das BVerfG wiederum auch nur auf Ermessensfehler hin überprüft.*

*In der Lösungsskizze wird des öfteren aus dem Urteil des BVerfG vom 25. August 2005 zitiert, sollte es zusätzlichen Informationsbedarf geben, sei auf den Urteilstext verwiesen, der nachzulesen ist unter [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).*

Die Abgeordneten Schulz und Hoffmann (S und H) können im Wege des Organstreitverfahrens gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 23, 63 ff BVerfGG mit Aussicht auf Erfolg einen Antrag beim Bundesverfassungsgericht stellen, soweit dieser zulässig und begründet ist.

### **A. Zulässigkeit**

#### **I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts**

Das Bundesverfassungsgericht ist für das Organstreitverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5 BVerfGG zuständig.

#### **II. Antragsberechtigung**

Antragsberechtigt sind gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. § 63 BVerfGG neben obersten Bundesorganen und deren Teilen auch „andere Beteiligte“, die mit verfassungsrechtlichen Rechtspositionen ausgestattet sind. Bundestagsabgeordnete sind nicht Teil des Bundestages, sondern dessen Mitglieder, daher gelten sie als „andere Beteiligte“. Sie sind durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG mit eigenen verfassungsrechtlichen Rechten ausgestattet und daher antragsberechtigt.

### **III. Antragsgegner**

Der Bundespräsident verfügt als oberstes Verfassungsorgan über eigene verfassungsrechtliche Rechte und Pflichten, die etwa in den Art. 54 bis 61, 63 Abs. Satz 2, 64 Abs. 1 und 68 Abs. 1 GG verankert sind, und ist somit geeigneter Antragsgegner gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. § 63 BVerfGG.

### **IV. Antragsgegenstand**

Gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG muss es sich um eine rechtserhebliche Maßnahme in einem Streit um gegenseitige Rechte und Pflichten handeln. Vorliegend wird um die Auflösung des Bundestages und die damit verbundene Anordnung der Neuwahlen durch den Bundespräsidenten Köhler am 21. Juli 2005 gestritten, die eine solche rechtserhebliche Maßnahme darstellt.

### **V. Antragsbefugnis**

Gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG müssen die Antragsteller geltend machen können, in einem ihrer durch das Grundgesetz begründeten Rechte verletzt oder zumindest unmittelbar gefährdet zu sein. Hier können die Antragsteller S und H geltend machen, durch die vorzeitige Auflösung des Bundestages und damit die Beendigung ihres Mandats in ihrer verfassungsrechtlichen Stellung als Abgeordnete aus Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG, der die Wahlperiode des Bundestages gewährleistet, i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, der den einzelnen Abgeordneten schützt, verletzt zu sein.

### **VI. Form und Frist**

S und H müssen einen gemäß § 23 Abs. 1 BVerfGG ordnungsgemäßen Antrag beim Bundesverfassungsgericht stellen sowie gemäß § 64 Abs. 2 BVerfGG die verletzte Bestimmung des Grundgesetzes bezeichnen. Ferner muss der Antrag gemäß § 64 Abs. 3 BVerfGG binnen sechs Monaten, nachdem S und H die beanstandete Maßnahme des Bundespräsidenten bekannt geworden ist (also aller Wahrscheinlichkeit nach am 21. Juli 2005), gestellt werden. *Beide Punkte sind mangels entgegenstehender*

*Sachverhaltsangaben unproblematisch und können auch kürzer gefasst bzw. als gegeben unterstellt werden.*

**Ergebnis zu A.:** Die Anträge von S und H sind zulässig.

### **B. Verbindung der Verfahren**

*Die Verbindung der Anträge ist keine Frage der Zulässigkeit!*

Das Bundesverfassungsgericht wird die zulässigen Anträge von S und H gemäß § 66 BVerfGG zu einem Verfahren verbinden. Da es bei beiden Anträgen um die selbe verfassungsrechtliche Problematik geht, dient die Verbindung der Prozessökonomie. Die Ausführungen zur Begründetheit gelten demzufolge beiden Anträgen.

### **C. Begründetheit**

Die Anträge von S und H sind begründet, wenn die beanstandete Maßnahme des Antragsgegners (hier also die Anordnung der Auflösung des Bundestages und der Neuwahlen durch den Bundespräsidenten Köhler) gegen die Verfassung verstößt und dadurch Rechte der Antragsteller verletzt sind.

#### **I. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG**

In Betracht kommt ein Verstoß gegen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG. Diese Vorschrift räumt dem Bundespräsidenten *Ermessen* bei der Entscheidung über die Bundestagsauflösung ein („...so *kann* der Bundespräsident...“), wenn eine sog. „Auflösungslage“ gegeben ist.

Es muss daher zunächst geprüft werden, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG vorlagen, also eine Auflösungslage gegeben war, und dann, ob der Bundespräsident sein Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt oder seinen Entscheidungsspielraum überschritten hat.

#### **1. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG**

a) Die Vertrauensfrage wurde am 27. Juni 2005 von Bundeskanzler Schröder vor dem Bundestag gestellt.

b) Bei der Abstimmung über diese am 01. Juli 2005 erhielt der Bundeskanzler keine ausreichende Mehrheit, sondern folgendes Ergebnis (*das die Bearbeiter natürlich nicht im Einzelnen kennen müssen*): 296 Nein-Stimmen (CDU/CSU, FDP), 148 Enthaltungen (SPD/Grüne), 151 Ja-Stimmen (SPD/Grüne).

c) Anschließend hat der Bundeskanzler dem Bundespräsidenten vorgeschlagen, den Bundestag aufzulösen.

d) Materielle Auflösungsfrage

Auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist schon das Stellen der Vertrauensfrage nur dann verfassungsgemäß, wenn neben den genannten verfahrensrechtlichen Tatbestandsmerkmalen zugleich eine **materielle Auflösungsfrage** besteht (BVerfGE 62, 1, 62; so auch schon *Schenke*, NJW 1982, 2521 und aktuell *ders./Baumeister*, NJW 2005, 1844).

Auch in dem Urteil vom 25. August 2005 hat das Gericht an dieser Voraussetzung festgehalten, indem es eine auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage nur dann als verfassungsgemäß bewertet, wenn sie nicht nur den formellen Anforderungen, sondern **auch dem Zweck des Art. 68 GG entspricht**, der neben Art. 63 und Art. 67 eine handlungsfähige Regierung anstrebt. Die materielle Auflösungsfrage wird dahin gehend beschrieben, dass der Bundeskanzler zu der Einschätzung gekommen sein muss, er „könne eine vom Vertrauen der Parlamentsmehrheit getragene Politik künftig nicht mehr sinnvoll verfolgen“ (BVerfGE 62, 1, 52). Vorliegend ist also entscheidend, ob Bundeskanzler Schröder seine Regierung nach nicht offensichtlich fehlerhafter Einschätzung für nicht mehr handlungsfähig halten durfte.

*An dieser Stelle ist Platz für eine eigene Argumentation der Bearbeiter, im Folgenden sollen nur einige Anregungen gegeben werden.*

Am Vorliegen der materiellen Auflösungsfrage könnten vorliegend Zweifel herrschen, da Bundeskanzler Schröder die Vertrauensfrage nicht wegen mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Regierung, sondern nur zu dem Zweck gestellt haben könnte, das in der Verfassung nicht vorgesehene Selbstauflösungsrecht des Bundestages zu umgehen und zu einem von ihm bestimmten Zeitpunkt vorzeitige Neuwahlen herbeizuführen.

Man kann argumentieren, dass sich der Bundeskanzler auch nach den verlorenen Landtagswahlen noch auf seine zumindest numerisch gegebene Regierungsmehrheit im Bundestag stützen konnte und die Regierung auch tatsächlich noch handlungsfähig war, was darin dokumentiert wird, dass bis einige Tage vor der Vertrauensfrage am 27. Juni / 1. Juli

2005 mit der Regierungsmehrheit Gesetze verabschiedet wurden. Bezeichnenderweise berief sich der Bundeskanzler auch nicht (nur) darauf, dass er die Mehrheit im Bundestag verloren habe, sondern vor allem darauf, dass er eine klare Mehrheit der Deutschen zur Unterstützung seines Reformkurses benötige. Lediglich „besondere Schwierigkeiten der in der laufenden Wahlperiode sich stellenden Aufgaben“ rechtfertigen die Auflösung des Bundestages jedoch nicht (BVerfGE 62, 1). Auch die Wahlniederlage in NRW, die das Regieren im Bundesrat noch schwieriger machte, stellt keinen Umstand dar, der das Stellen der Vertrauensfrage legitimieren könnte. Denn nach den Mehrheitsverhältnissen war eine Blockade der Regierungspolitik schon vorher möglich, eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Opposition, mit der auch jedes nicht zustimmungspflichtige Gesetz zum Scheitern gebracht werden kann, jedoch auch nach dieser Landtagswahl nicht erreicht. Vor allem aber würde sich durch die Neuwahlen an den Mehrheitsverhältnissen im Bundesrat nichts ändern. Insofern kann man dem Kanzler einen zweckentfremdenden Gebrauch der Vertrauensfrage nach Art. 68 GG unterstellen, den der Bundespräsident nicht dulden darf, indem er Neuwahlen anberaumt. Folglich hätte der Kanzler den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum bei Einschätzung der politischen Lage überschritten.

Nach dieser Ansicht (*die vertretbar ist, sofern das Bestehen eines Beurteilungsspielraums des Kanzlers erkannt wird*) wären schon die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG nicht gegeben. Somit würde der Bundespräsident mit einer gleichwohl anberaumten Neuwahl gegen die verfassungsrechtlichen Rechte der Antragsteller S und H verstoßen. Die Anträge im Wege des Organstreitverfahrens wären zulässig und begründet.

Das Bundesverfassungsgericht hingegen macht die materielle Auflösungslage an folgenden Kriterien fest: Es genügt bereits die Lage der politischen Instabilität, auf die numerischen Stimmverhältnisse kommt es nicht allein entscheidend an. Die Vertrauensfrage kann vom Bundeskanzler dann gestellt werden, wenn **„die politischen Kräfteverhältnisse im Bundestag seine Handlungsfähigkeit so beeinträchtigen oder lähmen, dass er eine vom stetigen Vertrauen der Mehrheit getragene Politik nicht sinnvoll zu verfolgen vermag“** (BVerfGE 62, 1, 52).

Ob eine solche Lage der politischen Instabilität gegeben ist, ist zunächst vom Bundeskanzler zu entscheiden. Eine Beurteilung der politischen Gegebenheiten, der Kräfteverhältnisse im Parlament und in den Parteien stellt eine vorrangig politische Bewertung dar. Sie erfordert eine Prognose hinsichtlich der zu erwartenden politischen Entwicklung. Bei dieser Prognoseentscheidung ist dem **Bundeskanzler eine Prärogative in der Einschätzung zuzubilligen**. So urteilt das Bundesverfassungsgericht am 25. August 2005: „Ob eine

Regierung politisch noch handlungsfähig ist, hängt maßgeblich davon ab, welche Ziele sie verfolgt und mit welchen Widerständen aus dem parlamentarischen Raum sie zu rechnen hat. Die Einschätzung der Handlungsfähigkeit hat Prognosecharakter und ist an **höchstpersönliche Wahrnehmungen und abwägende Lagebeurteilungen** gebunden. Eine Erosion ... des Vertrauens lassen sich ihrer Natur nach nicht ohne weiteres in einem Gerichtsverfahren darstellen und feststellen. Was im politischen Prozess in legitimer Weise nicht offen ausgetragen wird, muss unter den Bedingungen des politischen Wettbewerbs auch gegenüber anderen Verfassungsorganen nicht vollständig offenbart werden.“

Damit stellt das Gericht die Beschränktheit seines Prüfungsauftrages klar und billigt dem Bundeskanzler eine höchstpersönliche Einschätzung der Lage zu, die es nicht in allen Einzelheiten, sondern nur auf offensichtliche Fehler hin überprüfen muss.

(sehr kritisch dazu: *Pestalozza*, NJW 2005, 2817, 2820, der von einem „Art. 68 GG light“ spricht, der zur Herbeiführung von Neuwahlen nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht einmal mehr umgangen werden müsste, da „der fast gänzliche Verzicht“ der Prüfung der der Prognoseentscheidung des Kanzlers zugrundeliegenden Tatsachen und der Rückzug des Gerichts aus dem parlamentarischen Raum diesen zu einem jederzeit einsetzbaren Neuwahlinstrument mache.)

Folgt man der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, so stellt sich nur die Frage, ob der Bundeskanzler die mangelnde Handlungsfähigkeit seiner Regierung bzw. die politische Lage grob falsch eingeschätzt hat.

**Handlungsfähigkeit** bedeutet dabei nicht nur, dass der Kanzler die Richtlinien der Politik bestimmt, sondern hierfür (auch zukünftig!) eine Mehrheit der Abgeordneten hinter sich weiß. Dementsprechend kann man argumentieren, die 11 in Folge verlorenen Landtagswahlen, die verlorene Europawahl und die auch dadurch veranlasste Abgabe des Parteivorsitzes an Franz Müntefering machten die Einschätzung des Bundeskanzlers, dass ihm kein stetiges Vertrauen mehr (auch nicht von der eigenen Partei) entgegengebracht werde, plausibel. Insbesondere sein Regierungsprogramm, die Agenda 2010, wurde für die Misserfolge der Partei auf Landesebene und Parteiaustritte verantwortlich gemacht und daher öffentlich und im parlamentarischen Raum immer mehr in Zweifel gezogen. Nach vielen monatelangen Kämpfen mit der Opposition und massiver Kritik aus den eigenen Reihen, die auch in den Medien breiten Raum fand, durfte der Bundeskanzler demnach davon ausgehen, dass ein stetiges Vertrauen der Mehrheit in seine Regierungspolitik nicht gewährleistet war. Die Einschätzung der Lage durch den Bundeskanzler war nach dieser Ansicht, die auch das

Bundesverfassungsgericht vertritt, nicht offensichtlich fehlerhaft. Das Gericht urteilt am 25.8.2005: „Der Einschätzung des Bundeskanzlers ... ist keine andere Einschätzung eindeutig vorzuziehen. Ein dem Zweck des Art. 68 GG widersprechender Gebrauch der Vertrauensfrage lässt sich nicht feststellen.“

Im Ergebnis ist eine materielle Auflösungslage im Sinne des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG gegeben, die Einschätzung des Bundeskanzlers jedenfalls nicht grob fehlerhaft.

Die Einschätzung des Bundeskanzlers ist daher vom Bundespräsidenten zu respektieren; er darf seine politische Bewertung der Verhältnisse nicht an die Stelle der Beurteilung des Bundeskanzlers setzen. Vor diesem Hintergrund konnte Bundespräsident Köhler bei der Entscheidung über die Auflösung des Bundestages von einer materiellen Auflösungslage ausgehen. Der Tatbestand des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG ist folglich erfüllt.

## **2. Rechtsfolge: Ermessen**

Nachdem der Bundespräsident nach dieser Ansicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG bejahen durfte, hatte er nunmehr nach *seinem* politischen Ermessen über die Auflösung des Bundestags zu entscheiden. Die Ausübung dieses Ermessens muss pflichtgemäß, d.h. ermessenfehlerfrei erfolgt sein.

Bundespräsident Köhler erläuterte seine Entscheidung in einer Fernsehansprache am 21. Juli 2005 und erklärte, dass die Bundesrepublik Deutschland vor gewaltigen Aufgaben (Arbeitslosigkeit, Kinderarmut, Reformbedürftigkeit der Sozialsysteme, Globalisierung...) stehe, die eine Regierung brauchten, die ihre Ziele mit Nachdruck verfolgen könne. Er habe sich ausführlich mit allen Bedenken beschäftigt und die Beurteilung des Bundeskanzlers eingehend geprüft, sei aber zu dem Schluss gekommen, dass keine andere Lagebeurteilung als die des Bundeskanzlers eindeutig vorzuziehen sei. Daher seien die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zur Auflösung des Bundestages gegeben.

Da sich der Bundespräsident also offensichtlich mit der Lage des Landes und der Beurteilung der politischen Situation durch den Bundeskanzler gründlich auseinandergesetzt hat, er keine sachfremden Erwägungen angestellt hat und auch nicht eine dem Zweck der Norm zuwiderlaufende Entscheidung getroffen hat, lässt die Entscheidung des Bundespräsidenten, den Bundestag aufzulösen und Neuwahlen anzuberaumen, keine Ermessensfehler erkennen. Die Entscheidung des Bundespräsidenten verstößt somit nicht gegen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG.

II. Da sonstige verfassungsrechtliche Bestimmungen nicht in Betracht kommen, ist die angegriffene Entscheidung des Bundespräsidenten als verfassungsgemäß anzusehen.

**Ergebnis zu C:** Die Antragsteller sind durch das verfassungsgemäße Verhalten des Bundespräsidenten nicht in ihren Rechten verletzt.

**Endergebnis:** Die miteinander verbundenen Anträge von S und H im Rahmen des Organstreitverfahrens sind zulässig, aber unbegründet. (*andere Ansicht vertretbar, s.o.*)

### **Lösungsskizze zu den Zusatzfragen:**

#### **1. Frage**

Der Wahlrechtsgrundsatz der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG könnte verletzt sein. Dieser umfasst zweierlei: die Zählwertgleichheit (jede abgegebene Stimme muss gleichermaßen als eine Stimme gezählt werden) und die Erfolgswertgleichheit (jede Stimme muss gleiches Gewicht für die Zusammensetzung des Parlaments haben). Durch die Nachwahl nach Bekanntgabe des Ergebnisses der übrigen Wahlkreise könnte die Erfolgswertgleichheit der Stimmen beeinträchtigt sein. Die zur Nachwahl berechtigten Wähler haben nämlich gegenüber allen anderen Wahlberechtigten (so auch gegenüber W) einen Wissensvorsprung über den Ausgang der Wahlen in den übrigen Wahlkreisen. Daher hätten sie die Möglichkeit, ihre Wahlentscheidung taktisch auszurichten und etwa ihre Stimme gezielt an Parteien zu vergeben, die nur noch wenige Stimmen bis zum Gewinn eines weiteren Sitzes benötigen. Während Ungleichheiten im Zählwert der Stimmen generell ausgeschlossen sind, bedürfen Ungleichheiten im Erfolgswert eines zwingenden Grundes (z.B. Erhalt stabiler Regierungsmehrheiten durch die 5%-Klausel).

*Ob die Erfolgswertgleichheit tatsächlich beeinträchtigt ist bzw. ob ein zwingender Grund für die Ungleichheit des Erfolgswertes vorliegt, soll hier nicht entschieden werden. Wichtig ist, dass die Bearbeiter das Problem erkennen und einen Standpunkt einnehmen.*

## **2. Frage**

Das BVerfGG sieht in § 32 Abs. 1 die Möglichkeit vor, im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufigen Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht zu erlangen. Es ist zu klären, ob der Antrag der W auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig und begründet ist.

### **I. Zulässigkeit des Eilantrages**

#### **1. Statthaftigkeit**

Das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG ist in allen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht statthaft. Voraussetzung ist, dass in der gleichen Sache auch ein Hauptsacheverfahren zulässig wäre. Vorliegend müsste W in der Hauptsache eine Verfassungsbeschwerde erheben, für die das Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig ist. Demnach ist der Antrag nach § 32 BVerfGG statthaft.

#### **2. Antragsberechtigung**

Die Antragsberechtigung richtet sich im Verfahren nach § 32 BVerfGG nach der Antragsberechtigung im Hauptsacheverfahren. Die W ist als natürliche Person Trägerin von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten wie Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, somit „jedermann“ im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG und folglich antragsberechtigt.

#### **3. Geltendmachung eines wichtigen Grundes**

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann eine einstweilige Anordnung nur erlassen werden, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dementsprechend muss W einen wichtigen Grund geltend machen können. W kann geltend machen, dass durch die Ermittlung, Feststellung und Bekanntgabe des vorläufigen und amtlichen Ergebnisses der Bundestagswahl die Erfolgswertgleichheit der Stimmen beeinträchtigt würde, insbesondere dass sich ihre Stimme weniger effektiv auf das Ergebnis auswirkt als die derer aus dem Wahlkreis, in dem in Kenntnis des Ergebnisses der anderen Wahlkreise nachgewählt wird.

#### **4. Zulässigkeit des Hauptsacheverfahrens**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unzulässig, wenn das Hauptsacheverfahren offensichtlich unzulässig ist. Der Zulässigkeit eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung steht nicht entgegen, dass das Verfahren in der Hauptsache

noch nicht anhängig ist. Die von W noch zu erhebende Verfassungsbeschwerde wäre jedoch nicht statthaft und damit unzulässig.

Die Verfassungsbeschwerde der W soll sich gegen die Ermittlung, Feststellung und Bekanntgabe des (vorläufigen) Wahlergebnisses richten, somit gegen Maßnahmen der §§ 67 ff Bundeswahlordnung (BWO) und § 71 Abs. 5 und 6 BWO. Angriffgegenstand wären Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren beziehen. Für diese bestimmt § 49 Bundeswahlgesetz (BWG), dass sie nur mit den im BWG und in der BWO vorgesehenen Rechtsbehelfen sowie im Wahlprüfungsverfahren nach Art. 41 Abs. 1 GG angefochten, also erst *nach* Durchführung der Wahl überhaupt angegriffen werden können. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgericht steht der Wille des Verfassungsgebers und die Konzeption des Rechtsschutzes im Wahlverfahren der Statthaftigkeit einer Verfassungsbeschwerde *vor* der Wahl entgegen (BVerfG, Beschluss v. 13.9.2005 – 2 BvQ 31/05).

Besondere Umstände, wie die herausgehobene staatspolitische Bedeutung der ersten gesamtdeutschen Bundestagswahl, die den Senat bewogen hatte, Rechtsschutz ausnahmsweise vor Durchführung der Wahl zu gewähren, seien vorliegend nicht im Ansatz ersichtlich.

Daher wird das Bundesverfassungsgericht den Antrag der W auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als unzulässig abweisen.

### 3. Frage:

Bei der Prüfung der Begründetheit des Antrags werden die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren grundsätzlich nicht geprüft, nur bei sicherer Misserfolgsaussicht scheidet der Antrag. Diesen Prüfungsmaßstab kombiniert man, ist der Misserfolg nicht sicher, mit folgender **Abwägung**: Es ist abzuwägen zwischen den Folgen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung bei Erfolglosigkeit des Hauptsacheverfahrens und den Folgen des Unterlassens einer einstweiligen Anordnung im Falle eines erfolgreichen Hauptsacheverfahrens.

Man kann (mit *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, S. 249 f.) trotz dieser kombinierten Prüfungsmaßstäbe zwischen einem Anordnungsgrund und einem Anordnungsanspruch zu unterscheiden versuchen. Allerdings verwischt sich deren Unterscheidung wegen des beschriebenen besonderen Prüfungsmaßstäbe im Rahmen des § 32 BVerfGG und erweist sich als wenig geeignet.

Insofern genügt es, wenn die Bearbeiter als materiellrechtliche Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung die Abwägung mit dem Ergebnis benennen, dass die Folgen einer einstweiligen Anordnung bei Erfolglosigkeit des Hauptsacheverfahrens als nicht so gravierend einzustufen sind, wie die Folgen des Unterlassens einer einstweiligen Anordnung im Falle eines erfolgreichen Hauptsacheverfahrens.

Falls Bearbeiter doch zwischen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch unterscheiden sollten, wäre folgende Umschreibung vertretbar

### **1. Anordnungsanspruch**

Der Anordnungsanspruch folgt aus dem Streitfall, an dem der Antragsteller beteiligt ist. Der Anspruch besteht, wenn der Antragsteller in der Hauptsache in dem Streitfall obsiegen würde. Da es ja gerade nicht entscheidend auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ankommen soll, überwiegen die Erfolgsaussichten des Antragstellers nur dann nicht, wenn der Hauptsacheantrag unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist.

### **2. Anordnungsgrund**

Ein Anordnungsgrund liegt dann vor, wenn die einstweilige Anordnung aus den in § 32 Abs. 1 BVerfGG genannten Gründen zum gemeinen Wohl dringend geboten ist (schwere Nachteile, drohende Gewalt oder ein anderer wichtiger Grund). In diesem Rahmen müsste dann die beschriebene Abwägung vorgenommen werden.

Im Streit um die Ermittlung, Feststellung und Bekanntgabe des Wahlergebnisse sind beide Ansichten vertretbar: Man kann in der Abwägung zu dem Ergebnis kommen, dass das Abwarten auf das Wahlergebnis bis zur Nachwahl zwei Wochen später auch im Falle der Erfolglosigkeit der Hauptsache nicht so schwer wiegt wie die Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit. Diese wäre nicht wieder gutzumachen, sondern würde sich in einem Wahlergebnis niederschlagen, mit dem gegebenenfalls eine Legislaturperiode lang regiert werden müsste. Die Erfolgswertgleichheit der Stimmen sei ein so wichtiges Gut, dass es hinter dem berechtigten Interesse der Wähler, das Wahlergebnis zeitnah zu erfahren, zurückstehen müsste.

Auf der anderen Seite kann man argumentieren, dass der W nach Durchführung der Wahl Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die Abhilfe schaffen könnten. Insofern kann man die Ansicht vertreten, die Folgen einer einstweiligen Anordnung im Falle der

Erfolglosigkeit der Hauptsache wären gravierender, da sich die Verwirklichung des Anspruchs der Wahlberechtigten auf Bekanntgabe des Wahlergebnisses erheblich verzögern würde und den Wahlberechtigten ein Abwarten in dieser Frage von nationalem Interesse nicht zumutbar sei. Diese Folgen seien schwerwiegender einzustufen als ein Wissensvorsprung der nachwählenden Wahlberechtigten nur eines Wahlkreises, zumal nicht nur diese, sondern alle anderen Wähler auch, taktisch wählen könnten. Ferner sei ein gewichtiger Grund, nämlich das berechnete Interesse an der Bekanntgabe des Wahlergebnisses aller anderen Wahlberechtigten, gegeben, der die Erfolgswertgleichheit der Stimmen einschränken könne.