

Chefsache I (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Jan-Peter Wiepert, Moritz Funke
Stand der Bearbeitung: Mai 2023

Frage 1

Das BVerfG wird dem Antrag der Bundeskanzlerin stattgeben und feststellen, dass der Bundespräsident durch die Nichternennung *Rumswegs* zum Verteidigungsminister das Grundgesetz verletzt hat, wenn dieser Antrag zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Bei dem Antrag der Bundeskanzlerin handelt es sich um einen Antrag auf Entscheidung nach § 67 BVerfGG, also um einen Antrag auf Durchführung eines Organstreitverfahrens. Dieser Antrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungs Voraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und der § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG vorliegen.

I. Beteiligtenfähigkeit des Antragstellers (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG)

Die Bundeskanzlerin wird zwar in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG nicht ausdrücklich erwähnt. Der Bundeskanzler ist aber im Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet (vgl. z.B. Art. 64 Abs. 1, Art. 65 Satz 1 und 4, Art. 68 Abs. 1 Satz 1, Art. 69 Abs. 1 und 3, Art. 115 b GG) und ist somit gemäß § 63 BVerfGG als Teil des obersten Bundesorgans „Bundesregierung“ im Organstreitverfahren beteiligtenfähig (str.¹; nach a. A. ist er selbst ein oberstes Bundesorgan, was aber für dessen Beteiligtenfähigkeit im Organstreitverfahren ohne Bedeutung ist).

II. Beteiligtenfähigkeit des Antragsgegners (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG)

Der Bundespräsident ist aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 63 BVerfGG im Organstreitverfahren beteiligtenfähig.

III. Tauglicher Organstreitgegenstand (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG)

Gegenstand des Organstreits kann nach § 64 Abs. 1 BVerfGG nur eine „Maß-

¹ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1033 m. w. N.



nahme oder Unterlassung“ des Antragsgegners sein, während der Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG eine „Streitigkeit über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans“ genügen lässt, also weniger auf ein kontradiktorisches Verfahren, in dem zwei Beteiligte um ihre Kompetenzen streiten, als auf ein objektives Beanstandungsverfahren zur Klärung abstrakter Rechtsfragen hindeutet. Das BVerfG hat die Ausgestaltung des Organstreitverfahrens als kontradiktorisches Verfahren durch § 64 BVerfGG jedoch als zutreffende Konkretisierung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG verstanden und sie sogar letztlich für verfassungsrechtlich geboten erachtet.² Inwieweit dies zutreffend ist, kann allerdings dahinstehen, da die Bundeskanzlerin hier keine abstrakte Rechtsfrage klären lassen will, sondern ein konkretes Unterlassen des Bundespräsidenten rügt, nämlich die Nichternennung *Rumswegs* zum Bundesverteidigungsminister. Diese Frage ist tauglicher Streitgegenstand auch i. S. d. § 64 Abs. 1 BVerfGG.

IV. Antragsbefugnis (§ 64 Abs. 1 BVerfGG)

Der Antrag der Bundeskanzlerin ist jedoch nur zulässig, wenn sie antragsbefugt ist, also eine Verletzung ihrer ihr durch das Grundgesetz übertragenen Rechte durch die Weigerung des Bundespräsidenten, *Rumsweg* zum Bundesverteidigungsminister zu ernennen, als möglich erscheint. Hier ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass diese Weigerung des Bundespräsidenten ein Recht der Bundeskanzlerin aus Art. 64 Abs. 1 GG verletzt, nämlich dann, wenn dem Bundespräsidenten ein solches Weigerungsrecht nicht zusteht. Insofern ist die Bundeskanzlerin auch antragsbefugt.

V. Form und Frist (§ 64 Abs. 2 und 3 BVerfGG)

Der Antrag ist entsprechend § 64 Abs. 2 BVerfGG begründet und gemäß § 64 Abs. 3 BVerfGG fristgemäß eingereicht worden.

VI. Zwischenergebnis zu A

Der Antrag ist damit insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag der Bundeskanzlerin ist begründet, wenn durch die Weigerung des Bundespräsidenten, *Rumsweg* zu ernennen, tatsächlich Rechte der Bundeskanzlerin verletzt werden. Dies ist der Fall, wenn der Bundespräsident zur Ernennung der vom Bundeskanzler nach Art. 64 Abs. 1 GG vorgeschlagenen Personen verpflichtet ist, weil sich dann aus Art. 64 Abs. 1 GG ein Recht des Bundeskanzlers auf Ministerernennung herleiten lässt. Fraglich ist demnach, ob eine solche Verpflichtung des Bundespräsidenten besteht.

² Grundlegend BVerfGE 2, 143, 155 ff.; BVerfG, BVerfGE 117, 359, 366 und 370; ausführlich hierzu Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1015 ff.

I. Bestehen einer Ernennungspflicht des Bundespräsidenten im Allgemeinen

Bei der in Art. 64 Abs. 1 GG getroffenen Regelung besteht Einigkeit darüber, dass der Bundespräsident einen Bundesminister **jedenfalls nicht ohne Einverständnis des Bundeskanzlers** ernennen oder entlassen kann, was sich letztlich unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, dem Vorschlagsrecht des Bundeskanzlers, ergibt. Im Übrigen ist aber umstritten, inwieweit der Bundespräsident an den vom Bundeskanzler unterbreiteten Vorschlag gebunden ist.³ Fraglich ist demnach, wie Art. 64 Abs. 1 GG **auszulegen** ist

1. Grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut des Art. 64 Abs. 1 GG deutet zunächst auf einen (weiten) Ermessensspielraum des Bundespräsidenten hin: Das Wort „Vorschlag“ in Art. 64 Abs. 1 GG legt – isoliert gesehen – die Unverbindlichkeit des vom Bundeskanzler unterbreiteten Vorschlages nahe. Hierfür spricht etwa die Formulierung in Art. 63 Abs. 1 GG: Der Vorschlag des Bundespräsidenten, einen bestimmten Kandidaten zu wählen, ist für den Bundestag – wie sich aus der Regelung eindeutig ergibt – nicht verbindlich. Demgegenüber heißt es etwa in Art. 67 Abs. 1 Satz 2 GG nicht „Vorschlag“ sondern „Ersuchen“, dem der Bundespräsident folgen muss, ebenso in Art. 69 Abs. 3 GG, wo sich ebenfalls nur aus einem „Ersuchen“ eine Verpflichtung ergibt.

2. Historische Auslegung

Auch die historische Auslegung spricht eher dafür, dem Bundespräsidenten ein Ermessen bei der Ministerernennung zuzugestehen: Art. 53 der Weimarer Reichsverfassung war mit Art. 64 Abs. 1 GG nahezu wortlautidentisch und die Weimarer Staatsrechtslehre ging davon aus, dass dem Reichspräsidenten hinsichtlich der Ministerernennung ein Ermessensspielraum zustehe.⁴ Allerdings ist die Entstehungsgeschichte des Art. 64 Abs. 1 GG selbst nicht eindeutig, da sich der Parlamentarische Rat mit der Frage eines Ermessensspielraums des Bundespräsidenten bei der Ministerernennung nicht beschäftigt hat.⁵

3. Systematisch-teleologische Auslegung

Jedoch ist systematisch-teleologisch zu berücksichtigen,

- dass der Bundespräsident nicht befugt ist, den Bundeskanzler zu bestimmen, wie sich aus Art. 63 und Art. 67 GG ergibt. Dann wäre es aber systemwidrig, wenn er über Art. 64 Abs. 1 GG die Regierungsbildung beeinflussen könnte; wäre es anders, könnte der Bundespräsident einem – ge-

³ Siehe zum Folgenden nur Gröpl, Staatsrecht I, 14. Aufl. 2022, Rn. 1259 ff.; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 14 Rn. 21; Schenke, in: Bonner Kommentar, Art. 64 Rn. 68 ff. (170. EL Dezember 2014) m. w. N.

⁴ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Nachdruck 1960, Art. 53 Anm. 1.

⁵ Vgl. hierzu Schenke, in: Bonner Kommentar, Art. 64 Rn. 71 (170. EL Dezember 2014).



gen seinen Willen gewählten – Kanzler die Regierungsbildung unter Umständen unmöglich machen (**Missbrauchsargument**).

- dass Art. 64 Abs. 1 GG in engem Zusammenhang mit Art. 65 GG und der dort verankerten **Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers** steht, die voraussetzt, dass der Bundeskanzler solche Personen in sein Kabinett berufen kann, die uneingeschränkt sein politisches Vertrauen besitzen, zumal er nach Art. 67 GG die **politische Verantwortung auch für die Bundesminister** übernehmen muss, was er aber nur kann, wenn es dem Bundespräsidenten verwehrt ist, persönlich Einfluss zu nehmen.

Anmerkung: Da die Bundesminister nach Art. 65 Satz 2 GG ein selbständiges Geschäftsleitungsrecht haben und mit Hilfe der Richtlinien nicht jede Einzelheit bestimmt werden kann, kommt es auf die politische Übereinstimmung zwischen Bundeskanzler und Bundesminister entscheidend an. Es lässt sich demnach nicht argumentieren, dass die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers diesem ermögliche, seinen Willen durchzusetzen, so dass es deshalb keines besonderen Vertrauensverhältnisses bedürfe.

- dass Art. 64 Abs. 1 GG für die **Ernennung und Entlassung von Ministern eine einheitliche Regelung** enthält: Wollte man dem Bundespräsidenten für die Ernennung einen Ermessensspielraum gewähren, müsste dies auch für die Entlassung gelten. Das würde jedoch bedeuten, dass der Bundespräsident dem Entlassungsvorschlag des Bundeskanzlers unter Umständen widersprechen und damit den Kanzler zwingen könnte, mit einem Minister gegen seinen Willen zusammenzuarbeiten, selbst wenn dieser Minister nicht mehr das politische Vertrauen des Bundeskanzlers besitzt.
- dass ein Mitwirkungsrecht des Bundespräsidenten in politisch-materieller Hinsicht mit der **Stellung des Bundespräsidenten unvereinbar** wäre: Die politischen Befugnisse des Bundespräsidenten sind nach dem Grundgesetz sehr begrenzt; anders als der Reichspräsident nach der Weimarer Reichsverfassung verfügt er nur in Ausnahmefällen nach dem eindeutigen Wortlaut der Verfassung über Möglichkeiten politischer Einflussnahme. Deshalb liegt es nahe, ihm politische Befugnisse nur zuzuerkennen, wenn sie – wie z.B. in Art. 68 Abs. 1 GG – ausdrücklich genannt sind. Immerhin ist der Bundespräsident auch sonst **bei politisch relevanten Handlungen über Art. 58 GG an die politischen Ansichten der Bundesregierung gebunden**, so dass es merkwürdig wäre, wenn er hierauf bei der Ernennung und Entlassung der Minister Einfluss nehmen könnte. Im Übrigen unterliegt der Bundespräsident auch keiner parlamentarischen Kontrolle, ist nicht vom Volk gewählt oder abrufbar. Hätte er bei der Ministerbestellung politische Befugnisse, würde somit das repräsentativ-demokratische par-

lamentarische System erheblich beeinträchtigt.

Aus diesen systematisch-teleologischen Erwägungen ergibt sich somit, dass der Bundespräsident nach Art. 64 GG verpflichtet ist, einen Bundesminister auf Vorschlag des Bundeskanzlers zu ernennen. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass ohne Ermessensspielraum das Ernennungsrecht des Art. 64 GG sinnlos sei. Zunächst ist die **Ministerernennung die typische Aufgabe eines Staatsoberhauptes**. Weiterhin hat der Bundespräsident nach ganz herrschender Meinung auch die **rechtlichen Voraussetzungen der Ernennung zu prüfen**, wozu (nach h. M.) gehören:

- Einhaltung der Inkompatibilitätsregeln (§ 4 und § 5 BMinG);
- Vorliegen des passiven Wahlrechts;
- Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter;
- Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung;
- Einverständnis des Kandidaten.

4. Ergebnis zu I

Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass der **Bundespräsident grundsätzlich rechtlich verpflichtet ist, die vom Bundeskanzler vorgeschlagene Person zum Minister zu ernennen**, sofern der Kandidat die rechtlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt.

Anmerkung: Dies heißt allerdings nicht, dass ihm jegliche politische Einflussnahme auf die Ministerernennung verwehrt wäre. Hat er Bedenken gegen einen Kandidaten – auch aus politischen Gründen – so kann er diese selbstverständlich dem Bundeskanzler vortragen, der dann verpflichtet ist, sie zu prüfen und zu erörtern (Prinzip der Verfassungsorgantreue). Ob der Bundespräsident sich gegebenenfalls mit seinen Bedenken an die Öffentlichkeit wenden und den Bundeskanzler damit unter Druck setzen kann, wird man dagegen nur in Extremsituationen – als ultima ratio – zulassen können; prinzipiell schließt die Stellung des Bundespräsidenten in Art. 64 GG diese Befugnis jedoch aus.

In einer Klausur wäre eine derartig ausführliche Herleitung der Ernennungspflicht sicherlich nicht zu erwarten, zumal das Ergebnis der mittlerweile weit überwiegen- den Auffassung entspricht (vgl. Schröder, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 63). Sie erfolgte hier aus didaktischen Gründen.

II. Entgegenstehen der Koalitionsvereinbarung

Ein solches – vom Bundespräsidenten zu beachtendes – rechtliches Hindernis für die Ernennung *Rumswegs* zum Bundesminister könnte allerdings die zwischen der CLP und der FMP geschlossene **Koalitionsvereinbarung** darstellen, nach der nicht der von der FMP abgelehnte CLP-Mann *Rumsweg*, sondern der FMP-Vorsitzende *Osterwoje* für das Amt des Bundesverteidigungsministers vorgese-

hen war. Hierfür würde insbesondere sprechen, dass der Bundespräsident selbst an deren Zustandekommen beteiligt war.

Solche Koalitionsvereinbarungen sind regelmäßige Erscheinungen der politischen Praxis und gehen fast immer der Wahl des Bundeskanzlers nach Art.63 GG und der Regierungsbildung nach Art. 64 Abs. 1 GG voraus. Ihre Zulässigkeit ist im Grundgesetz nicht geregelt, allerdings sind sie auch nicht verboten, obwohl sie schon in der Weimarer Republik gang und gäbe waren, so dass gerade aus dem Nicht-Verboten-Sein auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit geschlossen werden kann. Aus ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit folgt aber noch nicht, dass sie – wie gesetzliche Verbote – einer Ernennung bestimmter Personen entgegenstehen könnten. Dies ist nur der Fall, wenn sie die an ihnen beteiligten Personen zu einem bestimmten Verhalten auch rechtlich verpflichten könnten.

Insoweit ist die **Verpflichtungswirkung** und damit die **Rechtsnatur** solcher Vereinbarungen maßgeblich:

1. Privatrechtlicher Charakter der Koalitionsvereinbarung?

Für eine rein **privatrechtliche Natur** der Koalitionsvereinbarungen spricht vor allem, dass die hieran Beteiligten – die politischen Parteien – nach mittlerweile wohl herrschender Auffassung keine Staatsorgane, sondern rechtsfähige bzw. nicht-rechtsfähige Vereine im Sinne der §§ 21 ff. BGB sind, wovon insbesondere auch das Parteiengesetz in § 3 und § 37 ausgeht.

Anmerkung: Zur Rechtsnatur der Parteien siehe den [Geschlossene-Gesellschaft-Fall](#).

Möglich ist auch, die Parteien nicht als Vereine i. S. d. §§ 21 ff. BGB, sondern als juristische Personen des Privatrechts sui generis und damit als besondere, von § 1 ff. PartG geschaffene Gesellschaftsform des Privatrechts zu verstehen.⁶

Sofern man nicht davon ausgeht, dass politische Parteien mit „verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten Beliehene“ sind,⁷ dürfte daher aus diesem rein privaten Status der Parteien folgen, dass sich die Verbindlichkeit der zwischen diesen geschlossenen Vereinbarungen allein nach Privatrecht richtet.⁸ Folge einer solchen Sichtweise wäre, dass eine Koalitionsvereinbarung als rein privatrechtliche Abrede den Bundespräsidenten bei der Ausübung der ihm durch die Verfassung zugewiesenen Befugnisse (natürlich) nicht binden könnte.

Dem entspricht, dass das BVerfG in einer jüngeren Entscheidung (BVerfG, 2 BvQ 55/13 v. 6.12.2013, Abs. 4 ff. = BayVBl. 2014, 172 f.) annimmt, dass Koalitions-

⁶ Siehe hierzu Grupp, *Revue d'Allemagne et des Pays de Langue Allemande*, 1994, S. 247, 261; U. Stelkens, in: Bertschi u. a. [Hrsg.], *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 95, 120 ff.

⁷ So Menger, *AÖR* 78 (1952/53), S. 149, 161.

⁸ So U. Stelkens, in: Bertschi u. a. [Hrsg.], *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 95, 118 m. w. N.

vereinbarungen keine mit der Verfassungsbeschwerde angreifbaren „Akte öffentlicher Gewalt“ i. S. des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG sind. „Jedenfalls der Abschluss einer Koalitionsvereinbarung zwischen – im Übrigen grundrechtsberechtigten – politischen Parteien und die dem vorangehende oder nachfolgende parteiinterne Willensbildung wirken nicht unmittelbar und dergestalt in die staatliche Sphäre hinein, dass sie als – auch in einem weit verstandenen Sinn – staatliches Handeln qualifiziert werden könnten.“

2. Verfassungsrechtlicher Charakter der Koalitionsvereinbarung?

Der BGH geht demgegenüber in der Entscheidung aus dem Jahre 1959 (BGHZ 29, 187, 190) davon aus, dass es sich bei der Koalitionsvereinbarung um eine Vereinbarung des Verfassungslebens handelt und damit um einen **verfassungsrechtlichen Vertrag**:

„Nach der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland sind die politischen Parteien die Institutionen, mittels derer die obersten Verfassungsorgane handlungsfähig gemacht werden; das Verfassungsorgan ‚Bundesregierung‘ (ebenso ‚Bundestag‘ und ‚Bundesrat‘) hängt außerdem in seiner jeweils konkreten Gestalt, was Zusammensetzung und – unbeschadet des Art. 65 Satz 1 GG – die von ihm verfolgte Politik anlangt, von den Parteien ab. Daraus folgt: Die Mitwirkung der politischen Parteien (ihrer Fraktionen, Vorstände, Sprecher, Unterhändler usw.) im – aktuell-konkreten – Prozess der Regierungsbildung, der Bestimmung der Regierungspolitik, einschließlich ihrer Mitwirkung bei allen konkreten Maßnahmen (Schritten und Entscheidungen), die der Aufrechterhaltung einer Koalition und der Unterstützung einer Regierung oder der Aufkündigung einer Koalition, der Änderung der Regierungspolitik oder dem Sturz der Regierung dienen, gehören dem *Verfassungsleben* an und, soweit es rechtlich geordnet ist, ist diese Ordnung *verfassungsrechtliche Ordnung*. Die politischen Parteien sind insoweit verfassungsrechtliche Institutionen; das Handeln einzelner, das ihnen zuzurechnen ist, besitzt insoweit verfassungsrechtlichen Charakter; die dadurch entstehenden rechtlichen Beziehungen sind verfassungsrechtlicher Art.“

Koalitionsvereinbarungen als verfassungsrechtliche Verträge anzusehen entspricht – mit der vom BGH genannten Begründung – auch der ganz **herrschenden Meinung**.⁹

Anmerkung: Oftmals wird behauptet, der BGH hätte die Koalitionsvereinbarungen als verwaltungsrechtliche Verträge angesehen. Das ist unzutreffend. Er nahm dies nur im Hinblick auf technische Fragen regelnde Vorverhandlungen an, nicht aber im Hinblick auf die eigentlichen Koalitionsvereinbarungen (vgl. BGHZ 29, 187, 192).

⁹ Siehe hierzu Kloepfer, NJW 2018, 1799 (1801); Schenke, in: Bonner Kommentar, Art. 63 Rn. 74 ff. (166. EL März 2014); a.A. Schröder, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 63 Rn. 17, Fn. 13.



Sieht man die Koalitionsvereinbarungen als verfassungsrechtliche Verträge an, bleibt jedoch die **Frage ihrer Bindungswirkung** noch offen. Überwiegend wird insoweit die Meinung vertreten, dass Koalitionsvereinbarungen nur politisch, nicht aber rechtlich bindend seien, so dass ihre Geltung nur solange bestehe, wie dies politisch opportun sei. Dies wird von der Praxis bestätigt, wodurch jedoch fraglich wird, ob dann noch von einer Vertragsnatur gesprochen werden kann. Sinnvoller erscheint es dann, die Koalitionsvereinbarungen als nur politisch (nicht rechtlich) bindende Abreden anzusehen.¹⁰ Hierfür spricht insbesondere, dass die Beteiligten keine Sanktionen für den Bruch der Vereinbarungen vorsehen. Selbst wenn man die Koalitionsvereinbarung aber als rechtlich bindend ansieht, kann dies nur soweit gelten, als dem die Verfassung nicht entgegensteht. Es könnten hierdurch allenfalls bestehende Handlungsspielräume eingeschränkt, nicht aber rechtliche Verpflichtungen – wie etwa die Pflicht des Bundespräsidenten, den vorgeschlagenen Minister nach Art. 64 Abs. 1 GG zu ernennen – ausgehöhlt werden. Deshalb sind Beteiligte der Abrede regelmäßig die Parteien, und auch nur für diese tritt die politische Bindung ein. Soweit die Wirkung z.B. auch auf die Fraktionen im Bundestag und auf die Bundesregierung bzw. den Bundeskanzler erstreckt werden soll, kann die **Vereinbarung nur bedeuten, nach Möglichkeit auf die Fraktionen und die Regierung einzuwirken, das Verabredete durchzuführen.**¹¹¹⁰

3. Ergebnis zu II

Unabhängig davon, welcher Auffassung zur Rechtsnatur der Koalitionsvereinbarungen gefolgt wird, ist damit deutlich, dass die Koalitionsvereinbarung im vorliegenden Fall jedenfalls **kein rechtliches Hindernis** darstellen kann, das dem Bundespräsidenten erlaubte, die Ernennung *Rumswegs* abzulehnen. Daran ändert auch nichts, dass der Bundespräsident selbst an dem Zustandekommen der Vereinbarung beteiligt war. Beteiligter der Abrede i. e. S. war er ohnehin nicht, weil er lediglich zugesagt hat, die Einhaltung der Vereinbarung nach Möglichkeit durchzusetzen. An der Unverbindlichkeit der Absprache würde dies ohnehin nichts ändern. Aus der Koalitionsvereinbarung unmittelbar ergibt sich daher keine Möglichkeit des Bundespräsidenten, *Rumswegs* Ernennung zu verweigern.

Anmerkung: Eine gerichtliche Durchsetzbarkeit von Koalitionsvereinbarungen kommt nicht in Betracht: Wird die Koalitionsvereinbarung als verfassungsrechtliche Vereinbarung angesehen, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht eröffnet, da es sich bei einer Streitigkeit um Koalitionsvereinbarungen aufgrund deren verfassungsrechtlicher Rechtsnatur um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art handelt. Der Rechtsweg zum BVerfG ist dann auch nicht eröffnet, da keines der im Grundgesetz und § 13 BVerfGG genannten verfassungsgerichtlichen Verfahren einschlägig ist und es keine § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO entsprechende Generalklausel für verfassungsrechtliche Streitigkeiten gibt. Insbesondere liegt – selbst wenn man

¹⁰ So deutlich Kloepfer, NJW 2018, 1799 (1803); Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 14 Rn. 30.

¹¹ So auch BVerfG BayVBl. 2014, 172 f.

mit dem BVerfG politische Parteien als beteiligtenfähig im Organstreitverfahren erachtet – kein zulässiger Organstreit i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 63 ff. BVerfGG vor, da es sich bei Streitigkeiten um eine Koalitionsvereinbarung nicht um eine Streitigkeit über die Rechte und Pflichten der Beteiligten aus dem Grundgesetz handelt (zweifelnd Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 14 Rn. 31). Wird die Koalitionsvereinbarung als privatrechtliche Vereinbarung angesehen, ist sie, soweit sie als verbindlicher Vertrag betrachtet wird (wozu die Zuordnung zum Privatrecht nicht zwingt), gerichtlich gegenüber den an diesem Vertrag selbst nicht beteiligten Amtsträgern und Fraktionen nicht verbindlich, da es keine privatrechtlichen Verträge zu Lasten Dritter gibt. Allenfalls käme eine Schadensersatzpflicht der Partei, die ihrer Verpflichtung zur Einwirkung auf ihre Mitglieder nicht nachkommt, nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Wird die Vereinbarung – wofür im Regelfall alles sprechen wird – als privatrechtliche unverbindliche Absprache angesehen, wären Klagen auf Durchsetzung der Vereinbarung ohnehin unbegründet (vgl. U. Stelkens, in: Bertschi u. a. [Hrsg.], Demokratie und Freiheit, 1999, S. 95, 118 f.)

III. Ablehnungsrecht des Bundespräsidenten aufgrund der „bedingten“ Ernennung der Bundeskanzlerin?

Nun meint der Bundespräsident, er habe die *Gräfin von Eisen* nur unter der **Bedingung** dem Bundestag zur Wahl vorgeschlagen, dass diese *Rumsweg* nicht zum Verteidigungsminister berufe. Jedoch kann sich hieraus kein Recht des Bundespräsidenten ergeben, die Ernennung *Rumswegs* abzulehnen. Er kann vom künftigen Bundeskanzler nicht verlangen, dass er seinen Wünschen – bezüglich der Besetzung der Ministerposten und/oder des Inhalts der Regierungspolitik – soweit als möglich entspricht und davon den Vorschlag nach Art. 63 Abs. 1 GG abhängig machen. Derartige **Präsidialkapitulationen** (benannt nach den Wahlkapitulationen, die die Kaiser früher vor ihrer Wahl den Kurfürsten abgeben mussten, wollten sie gewählt werden) sind anfangs teilweise für zulässig gehalten worden.¹² Diese Auffassung war aber noch zu sehr am Bild der Weimarer Republik orientiert, wo der Reichspräsident politische Einflussmöglichkeiten besaß. Das Grundgesetz verbietet indes eine derartige Einflussnahme, wie sich deutlich an Art. 63 und Art. 67 GG zeigt, die nur die Abhängigkeit des Bundeskanzlers vom Parlament, nicht aber vom Bundespräsidenten normieren. Der Bundespräsident ist nur in Ausnahmefällen zu politischen Ermessensentscheidungen befugt.

So wird von der h. M. auch angenommen, der Bundespräsident dürfe auch nach Art. 63 Abs. 1 GG nur einen solchen Kandidaten für die Wahl zum Bundeskanzler vorschlagen, der aller Voraussicht nach die Mehrheit erhalten wird (sofern keine rechtlichen Bedenken bestehen) und dürfe nicht den ihm politisch genehmen Kandidaten vorschlagen. Daraus ergibt sich auch, dass er keine politischen Bedingungen für die Ausübung des Vorschlagsrechts aufstellen darf, selbst wenn nur mit seiner Hilfe eine Koalitionsvereinbarung zustande kommt.¹³

¹² So z.B. von Mangoldt/Klein, Art. 63 Anm. III 1 a.

¹³ Siehe hierzu z. B. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 63 Rn. 28; a.A. Austermann, DÖV 2013, 865



IV. Ergebnis zu B

Der Bundespräsident war somit rechtlich verpflichtet, *Rumsweg* zum Bundesverteidigungsminister zu ernennen, und hat durch die Nichternennung das Recht der Bundeskanzlerin aus Art. 64 Abs. 1 GG verletzt.

C. Gesamtergebnis

Der Antrag der Bundeskanzlerin ist damit zulässig und begründet; das BVerfG wird ihm stattgeben und nach § 67 Satz 1 BVerfGG feststellen, dass der Bundespräsident durch die Nichternennung *Rumswegs* zum Bundesverteidigungsminister gegen Art. 64 Abs. 1 GG verstoßen hat.

Frage 2

Das BVerfG wird dem Antrag *Gräfin Margit von Eisens* stattgeben und feststellen, dass der Bundespräsident durch ihre Nichternennung zur Bundeskanzlerin das Grundgesetz verletzt hat, wenn dieser Antrag zulässig und begründet ist. Bei diesem Antrag *Gräfin von Eisens* kann es sich nur um einen Antrag auf Entscheidung nach § 67 BVerfGG, also um einen Antrag auf Durchführung eines Organstreitverfahrens handeln. Eine Auslegung des Antrags als Verfassungsbeschwerde i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG kommt dagegen nicht in Betracht, weil von vornherein nicht erkennbar ist, aus welchen Grundrechten sich der Anspruch eines Grundrechtsträgers gegen den Staat auf Ernennung zum Bundeskanzler ergeben könnte. Ein solches Recht wird auch nicht von Art. 38 Abs. 1 GG gewährleistet: Der Schutz des passiven Wahlrechts bezieht sich nur auf die Wählbarkeit zum Bundestag, nicht aber auf eine Ernennung zum Bundeskanzler. Die Verfassungsbeschwerde wäre damit zumindest wegen fehlender Beschwerdebefugnis offensichtlich unzulässig.

Anmerkung: Da im Sachverhalt – anders als etwa im [Tumult-im-Bundestag-Fall](#) – die Antragstellerin auch gar nicht behauptet, in ihren Grundrechten verletzt zu sein, bräuchte deshalb in einer Klausur auf die allenfalls theoretisch denkbare Verfassungsbeschwerde gar nicht eingegangen zu werden. Bestehen Unsicherheiten diesbezüglich, sollte – ähnlich knapp wie hier – die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde kurz angesprochen und ebenso kurz verneint werden.

A. Zulässigkeit

Bei dem Antrag der Bundeskanzlerin handelt es sich um einen Antrag auf Entscheidung nach § 67 BVerfGG, also um einen Antrag auf Durchführung eines Organstreitverfahrens. Dieser Antrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungs Voraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und der § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG vorliegen.



I. Beteiligtenfähigkeit des Antragstellers (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG)

Gräfin Margit von Eisen müsste zunächst beteiligtenfähig sein. Nach dem Wortlaut des § 63 BVerfGG scheint dies von vornherein ausgeschlossen zu sein, da dort abschließend aufgezählt zu sein scheint, wer im Organstreitverfahren beteiligtenfähig ist und der „Gewählte“ i. S. d. Art. 63 Abs. 2 Satz 2 GG (also der vom Bundestag gewählte, vom Bundespräsidenten aber noch nicht ernannte Kanzlerkandidat) dort nicht genannt wird. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass der eng formulierte § 63 BVerfGG nicht den weiter gefassten Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG einschränken kann. Art. 94 Abs. 2 GG gibt dem einfachen Gesetzgeber nicht das Recht, den Kreis der möglichen Antragsteller gegenüber der weiteren Vorschrift des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG abschließend zu bestimmen. Denn Sinn des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ist es ja gerade, sicherzustellen, dass die dort Genannten, die Gelegenheit bekommen, gegebenenfalls ihre Rechte im Organstreitverfahren prozessual durchsetzen zu können.¹⁴

Somit ist fraglich, ob der „Gewählte“ i. S. d. Art. 63 Abs. 2 Satz 2 GG ein „oberstes Bundesorgan oder anderer Beteiligter“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ist. Selbstverständlich ist dies nicht: Erst mit der Ernennung wird der Bundeskanzler zum Bundeskanzler und damit zu einem mit eigenen Rechten ausgestatteten Teil eines obersten Bundesorgans (siehe hierzu A I des Lösungsvorschlags zu Frage 1). Vor der Ernennung wird er vom Grundgesetz noch nicht mit eigenen Kompetenzen ausgestattet. Nach Auffassung des BVerfG kann „anderer Beteiligter“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch nur sein, wer in Rang und Funktion den obersten Bundesorganen (Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung, Bundespräsident, Bundesversammlung) gleichsteht.¹⁵ Nach wohl herrschender Meinung liegt ein solches Verfassungsorgan nur vor, wenn es sich um ein Staatsorgan handelt, das nicht bloß im Grundgesetz erwähnt, sondern von ihm in Existenz, Status und wesentlichen Kompetenzen konstituiert wird, indem es dem Staat durch Existenz und Funktion seine wesentliche Gestalt verleiht und durch seine Tätigkeit an der obersten Staatsleitung Anteil haben kann.¹⁶ Mit solchen Organen hat der „Gewählte“ i. S. d. § 63 Abs. 2 Satz 2 GG, dem das Grundgesetz vor seiner Ernennung keine Befugnisse zuweist, dessen verfassungsrechtlicher Status sich somit allenfalls in dem passiven Recht erschöpfen könnte, zum Bundeskanzler ernannt zu werden, jedoch kaum etwas gemein.

Gegenteiliges ließe sich allenfalls dann annehmen, wenn ohne eine Antragsberechtigung des „Gewählten“ im Organstreitverfahren keine Sanktionsmöglichkeiten für einen Verstoß des Bundespräsidenten gegen Art. 63 Abs. 2 Satz 2 GG existierten. Dies ist jedoch nicht der Fall: Selbst wenn man dem „Gewählten“ die Beteiligtenfähigkeit im Organstreit abspricht, besteht die Möglichkeit, dass der

¹⁴ Siehe hierzu nur Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1026.

¹⁵ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1038.

¹⁶ Vgl. Stern II, § 32 II 2 b, S. 343 ff.



Bundestag (oder ein mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil desselben, vgl. § 64 BVerfGG) im Organstreitverfahren die Pflicht des Bundespräsidenten durchsetzt, den „Gewählten“ zu ernennen. Denn in das Recht des Bundestages, den Bundeskanzler zu wählen, greift die Weigerung des Bundespräsidenten, den „Gewählten“ zu ernennen, ganz sicher ein. Auch um die Verpflichtung des Bundespräsidenten aus Art. 63 Abs. 2 Satz 2 GG gerichtlich durchsetzbar zu machen, bedarf es somit keiner Beteiligtenfähigkeit des „Gewählten“ i. S. d. Art. 63 Abs. 2 Satz 2 GG.

Gräfin von Eisen ist somit als „Gewählte“ nicht im Organstreitverfahren beteiligtenfähig.

Anmerkung: Die andere Ansicht ist mit H.-P. Schneider (in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Band 2 – Reihe Alternativkommentare, 2. Aufl. 1989, Art. 63 Rn. 10), welcher den „Gewählten“ – allerdings ohne nähere Begründung – als „anderen Beteiligten“ ansieht, natürlich vertretbar. Sie bedürfte hinsichtlich des allgemein anerkannten Anliegens des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und des § 63 BVerfGG, die Beteiligtenfähigkeit im Organstreitverfahren gegenüber der sehr ausdehnenden Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich zu Art. 19 WRV einzuschränken, jedoch einer näheren Begründung. Folgt man ihr, wäre der Antrag der „Gewählten“ *Gräfin von Eisen* unproblematisch nicht nur zulässig, sondern auch begründet.

II. Ergebnis zu A

Das von Frau *Gräfin von Eisen* eingeleitete Organstreitverfahren ist somit bereits wegen fehlender Beteiligtenfähigkeit der Antragstellerin unzulässig.

B. Gesamtergebnis

Wegen fehlender Zulässigkeit hat der Antrag von Frau *Gräfin von Eisen* keine Aussicht auf Erfolg.

Literaturhinweise zur Vertiefung:

- Prüfungsrecht des Bundespräsidenten bei der Ministerernennung: Gröpl, Staatsrecht I, 14. Aufl. 2022, Rn. 1259 ff; Schenke, in: Bonner Kommentar, Art. 64 Rn. 68 ff. (170. EL Dezember 2014).
- Rechtsnatur und Bindungswirkung von Koalitionsvereinbarungen: Kloepfer, Koalitionsvereinbarungen – unverbindlich, aber rechtlich relevant, NJW 2018, 1799; Schenke, in: Bonner Kommentar, Art. 63 Rn. 73 ff. (166. EL März 2014).
- Parteifähigkeit im Organstreitverfahren: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1023 ff.