

Vertrauensfrage und Vertraulichkeit

Rechtliche und rechtspolitische Kritik der Entscheidung des BVerfG vom 25. August 2005 zur Auflösung des Bundestages

Die Entscheidung des *BVerfG* zur Vertrauensfrage im „Fall Schröder“ ist am 25. August 2005 gefallen.¹ Die grundsätzliche Zulässigkeit der vom *BVerfG* nunmehr so genannten „auflösungsgerichteten“ Vertrauensfrage ist bestätigt worden;² ihre Voraussetzungen sah das Gericht im vorliegenden Fall als gegeben an, also auch bei Berufung auf eine nicht ganz unplausible „verdeckte“ Minderheitslage.³ Für diesen Fall war die Entscheidung letztverbindlich, für die Bundestagsauflösung durch Bundespräsident Köhler am 21. Juli 2005 und damit inzident auch die Vertrauensfrage Bundeskanzler Schröders vom 1. Juli. Am 18. September 2005 wurde ein neuer Deutscher Bundestag gewählt. Insofern ist Rechtsklarheit geschaffen worden – ob auch mehr politische Stabilität, bleibt abzuwarten. Inwiefern das Urteil auch weiter in die Zukunft wirkt, hängt von seiner Überzeugungskraft ab. Ein gewisses Unbehagen gegenüber dem Urteil und den vorangegangenen Umständen kommt jedenfalls darin zum Ausdruck, dass – trotz oder gerade wegen dieser Geschehnisse – eine neue Diskussion um das Selbstauflösungsrecht des Bundestages entflammt ist und anhält. Dieser Beitrag enthält keine umfassende rechtliche Würdigung des Urteils des *BVerfG*, aber doch einige Kritikpunkte, welche diese Entscheidung fraglich erscheinen lassen. Insbesondere soll hierbei die rechtliche Bedeutung des Verhältnisses von Vertraulichkeit und Transparenz in der Politik ausführlicher und im Ergebnis vom *BVerfG* abweichend bewertet werden.

I. Kritik in den Sondervoten

Zwar wurde die Entscheidung im Ergebnis mit sieben zu einer Richterstimme gefällt.⁴ Doch wendet sich der insofern unterlegene Bundesverfassungsrichter Jentsch, das einzige Mitglied des Gerichts, das über Erfahrung aus der aktiven Politik verfügt,⁵ mit achtenswerten Argumenten gegen die Mehrheitsmeinung im entscheidenden Zweiten Senat des Gerichts.⁶ Er kritisiert in seiner „dissenting opinion“ ein „konstruiertes Misstrauen“ des Kanzlers gegen das Parlament⁷ und betont, dass es zum politischen Geschäft gehöre mit knappen Mehrheiten zu regieren⁸ und dass das freie Mandat der Abgeordneten zu respektieren sei.⁹

¹ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05,

http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20050825_2bve000405.html = NJW 2005, 2669.

² *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 137.

³ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 152 ff.

⁴ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Mitteilung des Abstimmungsergebnisses unter D., Absatz-Nr. 187.

⁵ Frankfurter Allgemeine Zeitung, Vertrauensfrage vor Gericht, „Das Unglück hat 1983 begonnen“, 08.08.2005, <http://www.faz.net/s/RubAC861D48C098406D9675C0E8CE355498/Doc~EE6D74CA84F6D484A95F291D37338B6AF~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

⁶ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung des Richters Jentsch, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 188 ff.

⁷ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung des Richters Jentsch, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 189.

⁸ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung des Richters Jentsch, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 204.

⁹ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung des Richters Jentsch, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 205 ff.

Auch ist zu bedenken, dass die – am angenommenen Zweck des Art. 68 GG ausgerichtete – Argumentationskette der Mehrheit zu den materiellen Voraussetzungen der Vertrauensfrage und zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang¹⁰ von zwei weiteren Mitgliedern des Gerichts nicht geteilt wurde, auch wenn diese in der gegebenen Situation auf anderen Wegen zum gleichen Ergebnis kamen.¹¹ Bundesverfassungsrichterin Lübke-Wolff, die ihre insoweit abweichende Meinung, ihre „concurring opinion“, in einem Sondervotum darlegt,¹² argumentiert dagegen, dass die Senats-Mehrheit als materielles Auflösungskriterium auch eine „verdeckte“ und damit gerichtlich kaum mehr überprüfbare Minderheitslage genügen lässt, die dann aber doch irgendwie reduziert überprüft werden soll. Um eine „herbeinszenierte Erfüllung“¹³ dieses materiellen Kriteriums und eine „Kontrollinszenierung“¹⁴ durch das *BVerfG* zu vermeiden, plädiert sie allerdings für eine rein formelle, am Wortlaut haftende und damit nur am Abstimmungsergebnis im Bundestag sich orientierende Auslegung des Art. 68 GG, anstelle eine genauere Überprüfung zu fordern.

II. Eigene Kritik

1. Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zu den anderen Staatsgewalten

Dem aktuellen Urteil, wie auch dem Urteil von 1983 zur Vertrauensfrage des damaligen Bundeskanzlers Kohl,¹⁵ ist insoweit zuzustimmen, als dass aus dem Vorrang der Verfassung kein allumfassender Vorrang der Verfassungsgerichtsbarkeit folgt, dass den anderen Staatsgewalten und -organen jedenfalls ein gerichtlich nicht nachprüfbarer Spielraum zu politischer Einschätzung und Gestaltung sowie auch einer zur eigenen Auslegung und Konkretisierung von Verfassungsrecht durch Staatspraxis verbleibt.¹⁶ Das muss keine Reduktion der Verfassungsbindung der Staatsgewalt zur Folge haben, sondern kann als Ausdruck der im Grundgesetz verankerten Gewaltenteilung begriffen werden. Daraus folgt allerdings eine reduzierte gerichtliche Kontrolldichte. Das *BVerfG* kann nur die Einhaltung der Grenzen des Spielraums der anderen Staatsorgane prüfen. Es ist der „Hüter der Verfassung“, aber kein „Wächterrat“, der unliebsame politische Tendenzen ersticken könnte. Es wird nur auf Antrag hin tätig und es kann sich auch bei einmal in Gang gesetztem Verfahren in richterlicher Selbstbeschränkung, Zurückhaltung oder – wie es im angloamerikanischen Rechtsraum heißt – „judicial self restraint“ üben, was es zumindest im aktuellen Fall – jedoch zu weitgehend – auch getan hat.

¹⁰ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, unter C. II., <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 132 ff.

¹¹ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, Mitteilung des Abstimmungsergebnisses unter D., <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 187.

¹² *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 213 ff.

¹³ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 243.

¹⁴ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 220.

¹⁵ *BVerfG*, Urt. v. 16.02.1983, 2 BvE 1/83, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es19830216_2bve000183.html (= *BVerfGE* 62, 1 = *NJW* 1983, 735), Leitsatz 4, Absatz-Nr. 136 ff.

¹⁶ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 148 ff. Zum Verhältnis von Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in historischer Perspektive spannend: *Brugger*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre *Marbury v. Madison*, *JuS* 2003, 320 ff.; an diesem Beispiel zeigen sich auch Inkonsistenzen in der Rechtsprechung für den Fall, dass Politik und Recht über einen transparenten Gesetzgebungsprozess hinaus zu eng verflochten werden.

2. Verfassungsgerichtliche Prüfungsdichte

a) *Vergleichbarkeit mit der Normenkontrolle.* Nicht jeder der angeführten Gründe, warum die Prüfungsdichte im vorliegenden Streit verglichen mit sonstigen verfassungsgerichtlichen Verfahren wie Normenkontrollen besonders zurückgenommen sein soll,¹⁷ vermag allerdings zu überzeugen. Auch Bundesgesetze werden häufig von der Bundesregierung entworfen und haben somit auch vorab den Segen des Kanzlers, sie müssen im Bundestag verabschiedet werden (Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG) und benötigen öfters noch die Zustimmung des Bundesrates,¹⁸ bevor sie vom Bundespräsidenten nach Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder – nach § 29 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Bundesregierung: und – den zuständigen Bundesminister ausgefertigt werden (Art. 82 Abs. 1 S. 1, Art. 58 S. 1 GG).

Der Bundespräsident hat bei der Ausfertigung von Bundesgesetzen zwar nur ein beschränktes materielles Prüfungsrecht.¹⁹ Aber das Prüfungsrecht, welches ihm das *BVerfG* 1983 hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen für eine Vertrauensfrage zubilligt, greift lediglich bei eindeutig entgegenstehenden Anhaltspunkten²⁰ und geht damit jedenfalls nicht weiter, sondern greift eher kürzer. In seiner aktuellen Entscheidung lässt das *BVerfG* zwar offen, ob der Bundespräsident über eine Evidenzkontrolle hinaus verpflichtet ist, die verfassungsrechtlichen Anforderungen vor seiner Entscheidung zu prüfen.²¹ Es wird aber weiter ausgeführt, dass der Bundespräsident über eigene Möglichkeiten verfüge, auch die des persönlichen und vertraulichen Gesprächs,²² sich ein Bild davon zu machen, ob die Handlungsfähigkeit der Regierung in einer dem Zweck des Art. 68 GG entsprechenden Weise gefährdet oder bereits verloren gegangen ist.²³ Also wird nunmehr jedenfalls eine Berechtigung des Bundespräsidenten zur weitergehenden Prüfung – in Abweichung zum Urteil aus dem Jahr 1983 – nicht mehr definitiv ausgeschlossen. Unter Berufung darauf könnte er unter Umständen in Zukunft das Vorliegen einer der Öffentlichkeit mehr oder weniger verdeckten politischen Krise genauer untersuchen. Im vorliegenden Fall hat Bundespräsident Köhler zwar Gespräche mit verantwortlichen Politikern geführt, sich jedoch ansonsten, ausweislich seiner Begründung in der Fernsehansprache am 21. Juli 2005,²⁴ eng am Urteil von 1983 orientiert und bezüglich des Erfordernisses der politischen Instabilität lediglich geprüft, ob eine andere Einschätzung der des Bundeskanzlers eindeutig vorzuziehen sei. Ein weitergehendes eigenes Ermessen hat der Bundespräsident nach gesicherter Rechtslage nur – soweit der Bundeskanzler dies vorschlägt – bezüglich der Rechtsfolge Bundestagsauflösung und damit notwendigerweise verknüpft der Neuwahl.

Daher vermag die Begründung, das *BVerfG* müsse sich hier auch im Vergleich zur Kontrolle der Normsetzung besonders zurücknehmen, weil drei andere Staatsorgane bei gescheiterter Vertrauensfrage der Prüfung durch das *BVerfG* vorgeschaltet sind,²⁵ nicht zu überzeugen.²⁶

¹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 155 ff.

¹⁸ Eine Ausnahme vom Erfordernis der zustimmenden Beschlussfassung im Bundestag liegt bei einem Gesetzgebungsnotstandes gemäß Art. 81 GG vor, der an eine verneinte Vertrauensfrage nach Art. 68 GG anknüpft. In diesem Fall ist jedoch immer die Zustimmung des Bundesrates erforderlich.

¹⁹ *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 82 Rdnr. 3 m.w.N.

²⁰ *BVerfG*, Urt. v. 16.02.1983, 2 BvE 1/83, <http://www.bverfg.de>, Leitsatz 8.2, Absatz-Nr. 139.

²¹ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 130.

²² Inwieweit das *BVerfG* mit dieser Argumentation seine eigene Prüfung zurücknehmen kann, dazu siehe auch unten I. 2. c, ee.

²³ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 158.

²⁴ Nachzulesen auf der Website des Bundespräsidenten unter:

http://www.bundespraesident.de/Anlage/original_625026/Fernsehansprache-21.07.2005.pdf.

²⁵ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 160 ff.

Auch der Normenkontrolle durch das *BVerfG* sind mindestens drei andere, am Gesetzgebungsverfahren zwingend beteiligte Staatsorgane vorgeschaltet (Bundestag, gegebenenfalls Bundesrat, Bundespräsident sowie Bundeskanzler oder Bundesminister).

b) *Rechte der Abgeordneten.* Hingegen ist es überzeugender damit zu argumentieren, dass bei Streitigkeiten über staatsorganisationsrechtliche Fragen, von denen der Bürger nicht unmittelbar berührt ist, die verfassungsgerichtliche Prüfungsdichte weiter zurückgenommen werden kann, als bei Gesetzen sowie Entscheidungen von Fachgerichten oder Verwaltungsbehörden, welche den Bürger unmittelbar betreffen. Die Bürger sind natürlich mittelbar davon betroffen, ob sie nun schon früher oder erst zum regulären Termin wählen dürfen sowie davon, wie lange ihre bei der letzten Wahl erfolgte Stimmabgabe wirkt. Beim vorliegenden Streit ging es aber nicht um ihr Wahlrecht, sondern um das Mandat der klagenden Abgeordneten als Organwalter des Staates. Insofern unterlief der antragstellenden Bundestagsabgeordneten Jelena Hoffmann ein kleiner Fehler, als sie in ihrem Eingangsstatement bei der mündlichen Verhandlung am 9. August 2005 sinngemäß ausführte, sie suche nun, wie schon viele Bürger vor ihr, ihr Recht in Karlsruhe. Sie stand eben nicht als Bürgerin vor dem *BVerfG*, sondern als Abgeordnete. Allerdings stellt die Auflösung des Bundestages eine Eingriff in die Freiheit eines von Verfassungs wegen auf vier Jahre sich erstreckenden Abgeordnetenmandats dar (Art. 38 Abs. 1 Satz 2, Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG); die Rechtfertigung dieses Eingriffs findet ihre Grenzen im Zweck des Art. 68 GG.²⁷ Dies mag dem Bundeskanzler eine Einschätzungsprärogative geben und dem Bundespräsidenten ein Prüfungsrecht, die verfassungsgerichtliche Kontrolle darf jedoch nicht über Gebühr eingeschränkt werden.

c) *Ausmaß der Reduktion der Prüfungsdichte.* Das Ausmaß, in dem die Mehrheit des *BVerfG* hier seine Prüfungsdichte zurückgenommen hat, erscheint fragwürdig. Das *BVerfG* hat damit letztlich – wie schon 1983²⁸ – nur geprüft, ob der Einschätzung des Bundeskanzlers, künftig keine vom Vertrauen der Parlamentsmehrheit getragene Politik mehr verfolgen zu können, eine andere Einschätzung eindeutig vorzuziehen sei.²⁹ Das läuft auf bloße Kontrolle eines Missbrauchs hinaus, der so evident sein muss, dass er kaum einmal versucht werden und die Kontrolle kaum jemals zum Tragen kommen wird. Zwar ist nicht ganz auszuschließen, dass die SPD-Führung um Schröder hier die vorgezogenen Neuwahlen und damit auch die Vertrauensfrage missbraucht hat, um von der Wahlniederlage in Nordrhein-Westfalen abzulenken und um eventuell bei Neuwahlen ein besseres Ergebnis zu erzielen, als es in einem Jahr für möglich gehalten wurde, also eine „Prämie“ auf die Macht, die normale Kanzlermehrheit erhält.³⁰ Eindeutig kann eine solche Aussage jedoch kaum getroffen werden. Insofern ist das Urteil zumindest folgerichtig, wenn man auch eine „verdeckte“ Minderheit genügen lässt.

aa) *Verdeckte Minderheitslage.* Schwer wiegt vor allem, dass der Bundeskanzler seine Einschätzungsgrundlage nicht offen legen musste, was jede Einschätzung kaum überprüfbar macht. Er musste keine einzige Abstimmungsniederlage im Bundestag abwarten, er musste nicht die Kritiker benennen, von denen angeblich „Erpressungspotential“ ausgeht. Somit genügte dem *BVerfG* das „gefühlte Misstrauen“ des Bundeskanzlers, wie es der

²⁶ *Pestalozza*, Art. 68 GG light oder Die Wildhüter der Verfassung, NJW 2005, 2817/2819; siehe auch die abweichende Meinung des Richters Jentsch, *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de> Absatz-Nr. 199.

²⁷ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 138.

²⁸ *BVerfG*, Urt. v. 16.2.1983, 2 BvE 1/83, <http://www.bverfg.de>, Leitsatz 8.2, Absatz-Nr. 139, 180 bezüglich des Prüfungsrechts des Bundespräsidenten, wobei das *BVerfG* die Einschätzung des Kanzlers auch inzident bei der Kontrolle der Entscheidung des Bundespräsidenten nicht strenger kontrollierte.

²⁹ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 161, 175 ff.

³⁰ Vgl. *J. Ipsen*, Zur Regierung verurteilt?, NJW 2005, 2201 (2203).

antragstellende Bundestagsabgeordnete Schulz ausdrückte. In der juristischen Literatur wurde teils argumentiert, dass bereits eine „parlamentarische Anscheinsgefahr“ für die im Rahmen des Art. 68 GG erforderliche politische Krise ausreiche.³¹ Fraglich ist jedoch, ob nicht vielmehr – um in der Begrifflichkeit des Polizeirechts zu bleiben – ein bloßer „Gefahrverdacht“ vorlag, der auch gerichtlich weiter hätte aufgeklärt werden müssen, bevor die Bundestagsauflösung rechtskräftig abgesehnet wurde.

bb) Nur besondere Schwierigkeiten oder schon politische Instabilität? Niemand wird bestreiten, dass Bundeskanzler Schröder, seit er sich die „Agenda 2010“ auf die Fahne geschrieben hat, aus den eigenen Reihen, auch denen – und das ist hier allein maßgebend – im Bundestag, ein zuweilen sicher rauer Wind entgegen blies, der nach den verlorenen nordrhein-westfälischen Landtagswahlen vom 22. Mai stärker geworden ist. Mag sein, dass dies die vom Bundeskanzler jedenfalls vor dem Wahlkampf 2005 nicht nur in Worten angestrebte Fortführung des Agenda-Prozesses als wesentlicher Teil seiner Politik verhindert hätte und so das Vertrauen der Mehrheit des Bundestages in ihn wirklich erodiert wäre. Wir wissen es nicht auch nur annähernd. Nach der Entscheidung des *BVerfG* von 1983 rechtfertigen „besondere Schwierigkeiten der in der laufenden Legislaturperiode sich stellenden Aufgaben die Auflösung nicht“.³² Solche Schwierigkeiten lagen zweifelsohne vor, aber sie alleine reichen eben nicht aus.³³ Auch wenn man eine „verdeckte“ Minderheitslage als für den Tatbestand des Art. 68 GG ausreichende politische Krise anerkennt, so wird man doch fordern müssen, dass bei gerichtlicher Nachprüfung diese etwas mehr aufgedeckt wird.

cc) Keine Beweisaufnahme, wenig substantiiertes Vortrag. Was möglicherweise über besondere Schwierigkeiten hinausgeht, bleibt aber in der Dunkelkammer des Bundeskanzlers und seiner Vertrauten oder Gegner innerhalb der Koalitionsfraktionen. Es erfolgte keine Beweisaufnahme, obwohl § 26 Abs. 1 S. 1 *BVerfGG* diese Möglichkeit eröffnet hätte.³⁴ Es wurden keine Bundestagsabgeordneten als Zeugen vernommen, es wurden noch nicht einmal genauere Erklärungen zu kritisierten Politikbereichen und kritischen Abgeordneten vom Bundespräsident als Antragsgegner oder von der Bundesregierung als sonstige Verfahrensbeteiligte abgegeben. Der in das politische Tagesgeschäft nicht so involvierte Bundespräsident hätte dazu aus eigener Anschauung wohl kaum Näheres berichten können; man sollte aber annehmen, dass er in der Pflicht war hier beim Bundeskanzler genauer nachzufragen und gegebenenfalls vor Gericht zu berichten. Man hätte zumindest auf Nachfrage des Bundespräsidenten oder im verfassungsgerichtlichen Verfahren eine Obliegenheit des Bundeskanzlers zu näherer Auskunft annehmen können.

dd) Widersprüchliches Verhalten der beteiligten Politiker. Nicht einmal widersprüchliche und ein echtes Misstrauen zweifelhaft machende Äußerungen seitens des Bundeskanzlers und der Koalitionsfraktionen³⁵ nahm das *BVerfG* zum Anlass, den Sachverhalt genauer zu erforschen. Bundeskanzler Schröder hatte öffentlich erklärt, er wolle ein neues Mandat vom Volk für seine Reformpolitik.³⁶ Der damalige SPD-Fraktions- und Parteivorsitzende Müntefering wollte die Nein-Stimmen und Enthaltungen aus seiner Fraktion bei der Vertrauensfrage nicht

³¹ Reimer, Vertrauensfrage und Bundestagsauflösung bei parlamentarischer Anscheinsgefahr, JuS 2005, 680 (681).

³² *BVerfG*, Urt. v. 16.2.1983, 2 BvE 1/83, <http://www.bverfg.de>, Leitsatz 7, Absatz-Nr. 119.

³³ Schenke/Baumeister, Vorgezogene Bundestagswahlen: Überraschungscoup ohne Verfassungsbruch?, NJW 2005, 1844 (1845).

³⁴ Pestalozza, Art. 68 GG light oder Die Wildhüter der Verfassung, NJW 2005, 2817 (2820).

³⁵ Zu solchen fragwürdigen Äußerungen schon im Vorfeld der angekündigten Vertrauensabstimmung: Schenke/Baumeister, Vorgezogene Bundestagswahlen: Überraschungscoup ohne Verfassungsbruch?, NJW 2005, 1844 (1845).

³⁶ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 175 f.

als Misstrauen gegen den Kanzler verstanden wissen.³⁷ Diese Gründe stehen aber in einem Widerspruch zum Zweck des Art. 68 GG, nämlich eine politische Krise zwischen Bundeskanzler und Bundestag zu bereinigen. Zumindest können sie nicht die Erfüllung des aus diesem Zweck gewonnenen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals begründen. Zwar mag es stimmen, dass diese Äußerungen für sich genommen die Einschätzung, dass eine politische Krise zwischen Bundeskanzler und Bundestag vorlag, nicht widerlegen, jedenfalls – sofern man dem Eindeutigkeitskriterium folgt – nicht eindeutig.³⁸ Doch hätte das *BVerfG* diese Äußerungen kritischer hinterfragen und weiter aufklären müssen, statt sie nur als „rhetorische Floskeln“³⁹ abzutun.

Bezüglich der von der Tagesordnung des Bundestages am Vortag der Vertrauensfrage abgesetzten Abstimmungen, für welche die Kanzlermehrheit erforderlich gewesen wäre, macht das *BVerfG* zwar Ausführungen dahingehend, dieses beträfen keine wesentlichen und strittigen Reformprojekte, weshalb dies nicht als Zeichen der Vertuschung an sich stabiler Mehrheiten gedeutet werden könne.⁴⁰ Die beiden antragstellenden Abgeordneten waren hier aber anderer Meinung, zur Probe aufs Exempel im Parlament kam es nicht und auch im Gerichtsverfahren wurden von den Antragsgegnern keine alternativen Erklärungen für dieses Vorgehen abgegeben.

ee) Politische Vertraulichkeitsinteressen versus Transparenz und Kontrolle. Zwar mag der vertrauliche Umgang miteinander auch in der Politik hilfreich und grundsätzlich geschützt sein. Notwendige Kompromisse im Widerstreit der Interessen und Ansichten, welche die Politik zum Ausgleich bringen soll, können leichter sein, wenn es allen Seiten möglich bleibt, ihr Gesicht zu wahren und nicht vor der Öffentlichkeit als Verlierer oder eingeknickt dazustehen. Fraglich ist jedoch, ob bei einer so wichtigen Entscheidung, wie der Vertrauensfrage, der Auflösung des Bundestages und der Anberaumung vorgezogener Neuwahlen die Transparenz des politischen Prozesses in einem demokratischen Rechtsstaat gegenüber der „Geheimpolitik“ so weit ins Hintertreffen geraten darf. Die Begründung des *BVerfG* führt hier an, es könne sich aus den parlamentarischen und politischen Arbeitsbedingungen ergeben, dass der Öffentlichkeit teilweise verborgen bleibe, wie sich das Verhältnis des Bundeskanzlers zu den seine Politik tragenden Fraktionen entwickle.⁴¹

Wenn das *BVerfG* weiter ausführt, dass das, was im politischen Prozess in legitimer Weise nicht offen ausgetragen werde, auch gegenüber anderen Verfassungsorganen unter den Bedingungen des politischen Wettbewerbs nicht vollständig offenbart werden müsse,⁴² so ist demgegenüber anzumerken, dass in der Ökonomie – auch der politischen – nicht selten Intransparenz und Informationsasymmetrie als Gründe für Marktversagen angeführt werden.⁴³ Soweit man Politik – im Grundsatz in einer Demokratie sicher zutreffend – als Wettbewerb ansieht,⁴⁴ muss man doch die Grenzen und Funktionsbedingungen des politischen Marktes beachten, wozu insbesondere auch Transparenz gehört. Freilich können die Anforderungen an die Transparenz von Prozessen innerhalb von Unternehmen respektive Parteien reduziert sein, wenn auch bei letzteren durch das Gebot der inneren Demokratie nach Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG nur eingeschränkt.⁴⁵ Parteien und Politiker können zwar Informationen und Entscheidungen

³⁷ *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 180.

³⁸ *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 176.

³⁹ *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 177.

⁴⁰ *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 181 ff., insbes. 184.

⁴¹ *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 135.

⁴² *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 154.

⁴³ *Beitzinger*, Politische Ökonomie des Politikbetriebes, 2004, S. 80, 86 ff. m.w.N.

⁴⁴ Grundlegend hierzu: *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 8. Aufl. 2005, S. 427 ff.

⁴⁵ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 21 Rdnr. 25a m.w.N.

bündeln und so als Intermediäre oder Transmissionsriemen zwischen Staat und Gesellschaft⁴⁶ zur Reduzierung der Transaktions- und Informationskosten der Bürger beitragen. Es ist jedoch nicht ihre Aufgabe den Bürgern, ökonomischer ausgedrückt den Prinzipalen, deren Interessen sie als Agenten wahren sollen, erwünschte Detailinformationen vorzuenthalten. Auch handelt es sich hier nicht um rein innerparteiliche Prozesse, ebenso wenig um allgemeine politische Willensbildung im Vorfeld des Staatlichen, sondern um das Verhältnis verschiedener Staatsorgane zueinander, auch wenn diese parteipolitisch besetzt sein mögen. Hier sind dem Spielraum der Politik und der Einwirkung durch Parteien von der Verfassung engere Grenzen gezogen.⁴⁷ Zweifelhaft ist, ob eingefahrene Arbeitsweisen, Einfachheit des Regierens und vermeintliche politische Effizienz, woran In- und Output-Faktoren dabei auch immer zu messen sein mögen, es in einem Rechts- und Verfassungsstaat rechtfertigen, die gerichtliche Kontrolle nicht nur einzuschränken, sondern nahezu auszuschließen. Und für eine Demokratie ist auch die Kontrolle durch die Öffentlichkeit staatlicher Beratungs- und Entscheidungsprozesse essentiell.⁴⁸ Wer, wenn nicht primär der aufgeklärte Wähler, sollte politische Effizienz messen können?

Gerade bei einer unechten bzw. auflösungsgerichteten Vertrauensfrage sind an den Nachweis des Misstrauens besondere Anforderungen zu stellen. Hier wollte der Bundeskanzler überhaupt nicht, dass ihm das Vertrauen ausgesprochen wird. Er sucht im Gegenteil das Misstrauen und lässt dies bei der Abstimmung zur Not über politische Vertraute und deren Nein-Stimmen oder Enthaltungen, die im rechtlichen Ergebnis einer Verneinung des Vertrauens gleich kommen, konstruieren. So soll nur die Auflösung des Bundestages und dessen Neuwahl herbeigeführt werden. Ob aber ein neuer Bundestag mehr politische Stabilität bringt, ist unsicher. Dies gilt zwar auch für eine echte Vertrauensfrage, auf deren Bejahung der Bundeskanzler zwar hofft, die aber auch verneint werden kann mit der möglichen Folge von Neuwahlen. Doch wenn, wie bei der vorliegenden unechten Vertrauensabstimmung, durch Aufforderungen zur Misstrauensbekundung nachgeholfen wird, kann das Ausmaß der politischen Instabilität regelmäßig noch nicht so groß sein, weshalb hier die Gründe der angenommenen politischen Instabilität zumindest besonders dargelegt und geprüft werden müssen. Fürchtet der Bundeskanzler zwiespältige Abgeordnete, die offiziell seinen Kurs stützen und demgemäß auch eine Vertrauensfrage bejahen würden, aber hinter den Kulissen seine Politik nicht wirklich wollen und gegen wesentliche ihrer Teile arbeiten, so hat er die Möglichkeit die Vertrauensfrage mit Sachfragen zu verknüpfen, wie in der Abstimmung zum Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr 2001 geschehen,⁴⁹ oder zurückzutreten.^{50 51}

Das *BVerfG* meint hingegen, eine genauere gerichtliche Überprüfung sei nicht ohne Beschädigung des politischen Handlungssystems möglich.⁵² Dem politischen Willensbildungsprozess mit seinen zulässigen, auch von taktischen und strategischen Motiven geprägten Verhaltensweisen und Rücksichtnahmen dürfe in Fragen der politischen Einschätzung nicht mit einer nach vollem Beweis strebenden gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung Schaden zugefügt werden. Andernfalls würde die vom Grundgesetz gewollte Balance zwischen effektiver rechtlicher Bindung der öffentlichen Gewalt und der Ermöglichung wirksamer politischer Handlungsfreiheit verletzt.

⁴⁶ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 21 Rdnr. 1.

⁴⁷ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 21 Rdnr. 11 f.

⁴⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 20 Rdnr. 11 ff.

⁴⁹ BT-Drucks. 14/7440 i.V.m. 14/7296.

⁵⁰ *Pestalozza*, Art. 68 GG light oder Die Wildhüter der Verfassung, NJW 2005, 2817.

⁵¹ Zur Regierung verurteilt ist der Kanzler nicht, entgegen *J. Ipsen*, Zur Regierung verurteilt?, NJW 2005, 2201.

⁵² *BVerfG*, Ur. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 154.

Doch was im politischen Prozess zulässig und legitim ist, bestimmt sich in erster Linie nach der Verfassung. Die Verfassung normiert zwar nicht alles und lässt der Politik einen Handlungsspielraum. Im politischen Alltagsgeschäft mögen rhetorische Floskeln, taktische Rücksichtnahmen und Geheimhaltung ihren Platz haben. Doch wenn es um so einschneidende Maßnahmen wie die Vertrauensfrage mit anschließender Bundestagsauflösung geht, wird das verfassungsrechtliche Normengeflecht und auch die gerichtliche Kontrolle dichter. Die Abweichung von der regulären vierjährigen Wahlperiode nach Art. 39 Abs. 1 S. 1 GG ist möglich,⁵³ bedarf aber der besonderen Rechtfertigung, die besonders zu prüfen ist. Ein möglicher Rechtsverstoß durch fehlende Rechtfertigung muss im Rechtsstaat aufgeklärt werden; ein festgestellter Rechtsverstoß darf nicht sanktionslos bleiben. Wenn es die Verfassung gebietet, hat das *BVerfG* auch gegen eine überkommene politische Kultur Stellung zu beziehen. Der politische Prozess darf die Verfassung und die in ihr verankerten Prinzipien nicht beschädigen. Die Verfassung gibt der Politik zwar rechtliche Instrumentarien an die Hand, sie ist aber kein bloßes Instrument der Politik, das zu beliebigen Zwecken, zu verfassungsfernen Zielen,⁵⁴ eingesetzt werden könnte.⁵⁵ Die Wertungen die hinter der Verfassung stehen müssen beachtet werden.

Und die Verfassung muss auch in der hier vertretenen strengeren Lesart keineswegs den politischen Prozess beschädigen, einschränken oder ineffizient machen. In Sinne einer gebotenen Sachverhaltsaufklärung fordert sie lediglich eine offenere Politik, spätestens wenn ein verfassungsgerichtliches Verfahren zulässigerweise angestrengt wird, wie hier durch die beiden antragstellenden Bundestagsabgeordneten. Zusätzliche inhaltliche Anforderungen an die Lage politischer Instabilität sind damit nicht notwendigerweise verbunden.

In § 26 Abs. 2 BVerfGG findet sich lediglich die Möglichkeit von der Beiziehung von Urkunden mit Zwei-Drittel-Mehrheit des Richterkollegiums abzusehen, wenn deren Verwendung mit der Staatssicherheit unvereinbar ist. Ein solcher Fall lag hier nicht vor. Zwar mögen vertrauliche politische Beziehungen auch außerhalb einer Gefährdung der Staatssicherheit in gewissem Maß rechtliche Schonung genießen. Doch muss diese Schonung zurückhaltend eingesetzt werden und darf nur die Ausnahme von transparenten Verfahren sein. Insgesamt überbewertet das *BVerfG* in der aktuellen Entscheidung politische Vertraulichkeitsinteressen.

3. Rechtliches Fazit

Damit überprüft das Gericht letztlich nicht ausreichend, ob lediglich eine Inszenierung vorliegt, akzeptiert diese Möglichkeit sowie die Widersprüchlichkeit in politischem Reden und Handeln und leistet diesem „Staatsschauspiel“ damit Vorschub. Dies ist – wie Richterin Lübke-Wolff in ihrem Sondervotum darlegt⁵⁶ – keineswegs im Sinne politischer Stabilität, weder für den Bundestag noch für die Republik insgesamt.⁵⁷ Im Gegensatz zu Lübke-Wolff

⁵³ Art. 39 Abs. 1 S. 1 GG enthält bezüglich der vierjährigen Legislaturperiode einen Vorbehalt hinsichtlich der nachfolgenden Bestimmungen. Außerhalb des in der Verfassung vorgesehenen Verfahrens darf die Wahlperiode aber nicht geändert werden, *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 39 Rdnr. 1 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. *Pestalozza*, Art. 68 GG light oder Die Wildhüter der Verfassung, *NJW* 2005, 2817, der von einem verfassungsfernen Willen des Kanzlers spricht.

⁵⁵ Nach *Schenke/Baumeister*, Vorgezogene Bundestagswahlen: Überraschungscoup ohne Verfassungsbruch?, *NJW* 2005, 1844, wäre es fatal für unsere Rechtskultur, wenn dieser Eindruck entstehen würde.

⁵⁶ *BVerfG*, Urt. v. 25.08.2005, 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05, abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 225, 243.

⁵⁷ *Schenke/Baumeister*, Vorgezogene Bundestagswahlen: Überraschungscoup ohne Verfassungsbruch?, *NJW* 2005, 1844 (1846), befürchten, dass dies auch der Parteiverdrossenheit weiter Vorschub leisten wird.

ist jedoch mit Richter Jentsch kein Verzicht auf das aus dem historischen und systematischen Zweck des Art. 68 GG folgende materielle Kriterium der politischen Instabilität im Bundestag zu fordern, sondern eine genauere Überprüfung von dessen Einhaltung.

III. Rechtspolitische Bewertung

1. Kanzlerdemokratie statt parlamentarischer Demokratie und Transparenzverlust

Insgesamt ist zu befürchten, dass das Urteil, würde es unverändert für die Zukunft als Maßstab übernommen, die Tendenz stützen wird, politische Entscheidungen in nicht-öffentlich tagende Gremien wie das Kabinett, Parteiausschüsse, Fraktionen sowie vollkommen informelle Gruppen oder gar auf einzelne Personen wie den Kanzler zu verlagern. Diese Institutionen sind zwar teilweise im Grundgesetz vorgesehen. Für den Bürger sind sie jedoch nur wenig durchsichtig. Sie sollten allenfalls der Vorbereitung von verbindlichen Entscheidungen dienen und nicht als Ort, an dem sie letztlich ausdiskutiert oder ausgemacht werden. Auch der antragstellende Bundestagsabgeordnete Schulz sah Deutschland nach der Urteilsverkündung auf dem Weg zur „Kanzlerdemokratie“.⁵⁸ Auch wenn man die Vereinfachung komplexer politischer Fragen durch Vorauswahl von Lösungsoptionen und deren Bündelung durch Parteien und einflussreiche Politiker als grundsätzlich legitim ansehen darf, könnte die gegenwärtige Tendenz zu einer bedenklichen Verkürzung der politischen Auswahlmöglichkeiten der Bürger führen. In einer pluralistischen, parlamentarischen Demokratie ist der primäre Ort für die politische Willensbildung aber das Parlament. Die regierungstragenden Abgeordneten im Bundestag sind zwar an Vor-Entscheidungen rechtlich nicht gebunden, vollziehen diese aber regelmäßig diszipliniert von Kanzler, Fraktions- und Parteispitze im Parlament lediglich nach. Damit wird der politische Prozess für den interessierten Bürger intransparent; er kann vielleicht ungefähr, aber eben nicht hinreichend genau wissen, wer innerhalb einer Partei oder Bundestagsfraktion eigentlich für was steht. Durch die Erleichterung der Auflösung des Bundestages wird zudem das freie Mandat der Abgeordneten weiter geschwächt. Und auch bei der jetzt höchststrichterlich absegneten Neuwahl würden nicht wenige Wähler sicher gerne wissen, wer denn Bundeskanzler Schröder so sehr unter Druck gesetzt hat, um diese Gruppierungen oder Personen gezielt zu unterstützen, beispielsweise durch Wahl von Personen aus diesem Kreise als Direktkandidaten für den Bundestag, oder auch um genau das Gegenteil zu tun.

2. Rechtspolitische Handlungsmöglichkeiten: Selbstauflösungsrecht des Bundestages

Wenn man vorgezogenen Neuwahlen als Instrument der Politik in Zukunft, wenn auch nur in Ausnahmefällen möchte, so sollte man trotz oder gerade wegen des aktuellen Urteils im Sinne echten Rechtsfriedens durch klares, kaum mehr anders auslegbares Recht, eine Grundgesetzänderung herbeiführen, die möglichst unabhängig von materiellen Kriterien eine Selbstauflösung des Bundestages mit qualifizierter Zwei-Drittel- oder Drei-Viertel-Mehrheit seiner Mitglieder ermöglicht.

Der Mehrwert der verfassungsrechtlichen Verankerung eines Selbstauflösungsrechtes, läge, neben der Herbeiführung eines rechtlich sicheren Weges zur Auflösung des Bundestages bei entsprechend großer Einigkeit im Parlament, auch in der Stärkung des Bundestages, der nicht

⁵⁸ Frankfurter Allgemeine Zeitung, Karlsruhe bestätigt Neuwahl, „Keine Wahl zwischen Pest und Cholera“, 25.08.2005, <http://www.faz.net/s/RubAC861D48C098406D9675C0E8CE355498/Doc~E59B2F7E13B494AE68D87A3A06096FF0A~ATpl~Ecommon~Spezial.html>.

mehr unbedingt auf die Initiative des Kanzlers angewiesen wäre. Eine solche Regelung könnte dann schon implizit, im Wege systematischer Auslegung, den Ge- oder Missbrauch der Vertrauensfrage in einer Situation wie der gegenwärtigen ausschließen, jedenfalls soweit – wie durch Kanzler Schröder geschehen – nur schwammige Gründe zur angeblichen Instabilität vorgebracht werden. Dies sollte dann aber auch durch eine explizite Präzisierung oder Verschärfung der Voraussetzungen für eine Vertrauensfrage in Art. 68 GG flankiert werden. Möchte der Kanzler nicht mehr regieren, so soll er zurücktreten.⁵⁹ Neuwahlen zum Bundestag sollte nur dieser selbst herbeiführen können, wenn er es mit überragender Mehrheit möchte, oder der Bundespräsident, wenn es dem Bundestag nicht gelingt einen Kanzler zu wählen oder eine Vertrauensfrage auf Grund wirklicher Instabilität scheitert. Kanzler und regierungstragende Fraktionen könnten den Bundestag dann nicht mehr – mangels wirksamer Kontrolle durch Bundespräsident und *BVerfG* nach Maßgabe der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – in kollusivem Zusammenwirken mit „normaler“ absoluter, sondern nur mit darüber hinausgehender qualifizierter Mehrheit auflösen.

Ob ein Selbstaufhebungsrecht des Bundestages politisch überhaupt richtig ist, das ist eine andere Frage. Wenn es aber verfolgt wird, und Mitte 2005 sprach viel dafür, dass faktisch eine Art Selbstaufhebung vorlag, so sollte es für die Zukunft auf eine verfassungsrechtlich eindeutigeren Grundlage gestellt werden. Der damalige Bundestagspräsident Thierse sprach sich in diesem Sinne schon am Tag vor Entscheidung des Bundespräsidenten für ein Selbstaufhebungsrecht mit Zweidrittel- oder gar einer Dreiviertelmehrheit aus, um das „Nadelöhr des Art. 68“ GG zu entschärfen.⁶⁰ Kurz nach der Verkündung des Urteils des *BVerfG* am 25.08.2005 meinte auch Bundespräsident Köhler, man solle über ein Selbstaufhebungsrecht nachdenken.⁶¹ Selbst der ehemalige Richter am *BVerfG* Mahrenholz, der noch 1983 die Mehrheitsentscheidung im „Fall Kohl“ mit trug, sieht die damalige Rechtsprechung und ihr Fortsetzung sowie die weitere Rücknahme der gerichtlichen Prüfungsdichte durch das aktuelle Urteil mittlerweile kritisch und fordert ein Selbstaufhebungsrecht.⁶² Auch der gegenwärtige Präsident des *BVerfG*, Papier, zugleich Vorsitzender des nicht in die aktuelle Entscheidung involvierten Ersten Senates, hat sich dafür ausgesprochen, ein Selbstaufhebungsrecht des Bundestages verfassungsrechtlich zu verankern.⁶³ Hierüber sollte ernsthaft weiter diskutiert werden.

⁵⁹ Nach Mahrenholz, Vorgeschichte und Urteil zur Auflösung des Bundestages – Eine kritische Nachbetrachtung, <http://www.junge-juristen.de/index.php?vis=arc.k-show>, soll die Möglichkeit der Rücktrittsdrohung auch ausreichen, um Probleme des Vertrauens zu klären.

⁶⁰ Frankfurter Allgemeine Zeitung, Neuwahl im September, Köhler löst den Bundestag auf, 21.07.2005, <http://www.faz.net/s/Rub1CE3F39F9C954E339443DECA3B9DA91B/Doc~E1E33F9ADF8D84E4CA9891BEA2BB02103~ATpl~Ecommon~Scontent.html#top>.

⁶¹ Süddeutsche Zeitung, Selbstaufhebungsrecht, Mit präsidentialem Segen, 25.08.2005, <http://www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/345/59286/>.

⁶² So in seinem Vortrag „Vorgeschichte und Urteil zur Auflösung des Bundestages – Eine kritische Nachbetrachtung“ vom 13.09.2005 (<http://www.junge-juristen.de/index.php?vis=arc.k-show>). Die ebenfalls geforderte Abschaffung der Vertrauensfrage in Art. 68 GG müsste freilich Folgeänderungen bezüglich Art. 81 GG nach sich ziehen.

⁶³ Spiegel Online, Neuwahl-Debatte, Verfassungsrichter fordert Selbstaufhebungsrecht des Bundestages, 24.12.2005, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,392209,00.html>.