

Examensübungsklausur: „Bayxit“*

Von Prof. Dr. **Christoph Herrmann**, LL.M., Wiss. Mitarbeiter **Franz X. Berger**, Passau**

Sachverhalt

Inspiziert von den Unabhängigkeitsbestrebungen der Katalanen in Spanien und dem „Brexit“-Referendum in Großbritannien wird der in Bayern bereits lange schwelende Wunsch nach Unabhängigkeit von der Bundesrepublik Deutschland (BRD), auch in höchsten politischen Kreisen, neu entfacht. Im Vergleich mit der Einwohnerzahl und der Wirtschaftskraft rangiere Bayern alleine in einem EU-weiten Vergleich stets in den Top 10. Dazu komme die herrliche Landschaft, die reichhaltige Kultur mit ihren vielen Bräuchen und natürlich die hiesige Gemütlichkeit, unterstützt durch die ausgeprägte Kunstfertigkeit der zahlreichen Brauereien, die Bayern vom Rest Deutschlands weit abhoben. Mit der Stellung als bloßes Bundesland bleibe Bayern deshalb weit hinter seinen Möglichkeiten zurück und die Gelder, die an den Bundeshaushalt und in den Länderfinanzausgleich abfließen, seien „dahoam“ viel besser investiert. Die bayerische Staatsregierung findet, dass Bayern nicht länger der „Zahlmeister“ Deutschlands sein könne und dem Namen „Freistaat“ endlich alle Ehre machen müsse. Deshalb plant sie, gestützt von einer breiten Mehrheit im Landtag, die Unabhängigkeit Bayerns von der BRD einzuleiten. Unmittelbar nach den bayerischen Landtagswahlen 2018 wendet sich die gerade gebildete, bayerische Landesregierung mittels eines Schreibens am 10.12.2018 an die Bundesregierung, das dieser am selben Tag zugeht. Darin wird die Sezession Bayerns von der BRD erklärt und es werden zwei Sofortmaßnahmen geschildert, die unmittelbar, also ab Erhalt des Schreibens, gelten sollen. Diese werden entsprechend der Ankündigung auch durchgeführt. Alle Zahlungen Bayerns im Zuge des Länderfinanzausgleichs werden eingestellt und die bayerischen Mitglieder des Bundesrates werden abberufen und stehen diesem Gremium nicht mehr zur Verfügung. Bayern erklärt in dem Schreiben, dass sein Austritt mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Die Sezession ließe sich schließlich auf Art. 29 GG analog stützen.

Erschrocken über die Entschlossenheit der Bayern, berät die Bundesregierung in einer Sondersitzung über das weitere Vorgehen in dieser Sache. Es wird der Plan entworfen, diesem bayerischen Alleingang mit der vollen Macht des Grundgesetzes entgegenzutreten und auf die bayerischen „Sofortmaßnahmen“ durch Einsetzung eines Bundesbeauftragten, der die Aufgaben der bayerischen Exekutive treuhänderisch übernimmt, bis die Bayern wieder zur Vernunft kommen, zu reagieren. Für den Fall, dass die Lage weiter eskaliert, soll Bayern als Bundesland sogar vollständig aufgelöst werden

* Der vorliegende Fall wurde in abgewandelter Form im Sommersemester 2018 im Rahmen des Examensklausurenkurses gestellt.

** Prof. Dr. *Christoph Herrmann*, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau. *Franz X. Berger* ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

und das Territorium unter den angrenzenden Bundesländern aufgeteilt werden.

Nachdem der Plan der Bundesregierung dem Bundesrat, der derzeit 69 ordentliche Mitglieder umfasst, zugeleitet wurde, kommt es bei der Abstimmung im Bundesrat zu einigen Querelen. Die sechs bayerischen Mitglieder bleiben der Sitzung entsprechend den angekündigten Sofortmaßnahmen fern und gehen lieber ins Hofbräu Berlin. Die sechs Mitglieder Baden-Württembergs können sich nicht einigen, ob Bayern die harten Maßnahmen der Bundesregierung wirklich verdient, so dass 5 Mitglieder dagegen und das Mitglied A dafür stimmen. Von den drei Mitgliedern aus Hamburg ist als einziger das Mitglied X erschienen, der alle drei Stimmen mit „Ja“ abgibt, obwohl die Hamburger Landesregierung zuvor beschlossen hat einstimmig dagegen zu stimmen. Der Beschluss des Bundesrates wird schließlich mit 36 Stimmen für eine Zustimmung angenommen. Alle drei Stimmen aus Hamburg und eine Stimme aus Baden-Württemberg, die des A, wurden bei den 36 „Ja“-Stimmen mitgezählt.

Nach der Abstimmung im Bundesrat hat ein kleiner Teil des Bundeskabinetts jedoch Bedenken im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Maßnahmen, insbesondere für den Fall, dass eine Sezession Bayerns verfassungsrechtlich doch möglich wäre. Jedenfalls wird die Auflösung Bayerns durch die Bundesregierung für verfassungswidrig gehalten. Die Kritik findet bei der Bundeskanzlerin Gehör. Auf Nachfrage der Bundesregierung beim Freistaat, ob dieser an seinem Verhalten festhalten wolle, auch wenn der Bund dagegen mit Zwangsmaßnahmen reagieren wird, bleibt Bayern entschlossen auf seinem Kurs und will davon auch nicht abrücken. Die Bundesregierung will dennoch den Austritt Bayerns samt der Sofortmaßnahmen vorab durch das Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen und nur dann selbst tätig werden, sofern Bayern verfassungswidrig handelt. Sie wendet sich entsprechend ihres Beschlusses am 12.6.2019 mit ihrem Anliegen an das Bundesverfassungsgericht.

Frage 1

Ist das von der Bundesregierung angestrebte Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zulässig?

Frage 2

Ist die Sezession Bayerns durch eine analoge Anwendung des Art. 29 GG möglich? (Auf die Zulässigkeit des Austritts nach der bayerischen Verfassung sowie Völkerrecht ist nicht einzugehen. Die Verbindlichkeit des Grundgesetzes für Bayern ist zu unterstellen.)

Frage 3

Sind die von der Bundesregierung geplanten Zwangsmaßnahmen mit dem Grundgesetz vereinbar? (Dabei ist von der Verfassungswidrigkeit der geplanten bayerischen Sezession auszugehen.)

Bearbeitervermerk

Beantworten Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, ggf. hilfsgutachterlich, die aufgeworfenen Fragen.

Lösungsvorschlag

Hinweis: Die nachfolgende ausformulierte Lösung versteht sich nicht als Musterlösung, sondern als Lösungsvorschlag, der die relevanten Probleme gutachterlich bearbeitet. Der gewählte Aufbau ist nicht zwingend. Eine gelungene Bearbeitung liegt vor, wenn alle Probleme in eine gutachterlich saubere, in sich stringente Lösung eingebaut werden. Dabei wird auf folgende Anforderungen hingewiesen:

Frage 1: Im Rahmen der richtigen Verfahrensart sind alle Zulässigkeitsvoraussetzungen sauber und sinnhaft abzuarbeiten. Schwerpunkte bilden dabei die Antragsbefugnis und die Fristberechnung.

Frage 2: Gefordert ist, die Voraussetzungen einer Analogie darzustellen und anhand der gängigen juristischen Methodik zu argumentieren.

Frage 3: Der Aufbau orientiert sich am Schema zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines belastenden VAs, der sich für die Prüfung von Art. 37 Abs. 1 GG, dessen Maßnahmen eindeutige Parallelen mit einem belastenden VA aufweisen, eignet.¹ Entscheidend ist die Prüfung anhand Tatbestand und Rechtsfolge vorzunehmen, wobei die Zustimmung des Bundesrates und die Ausgestaltung als Ermessensnorm die Schwerpunkte der Bearbeitung bilden.

Frage 1: Bund-Länder-Streit

Zu prüfen ist, ob der Antrag der Bundesregierung zulässig ist.

A. Zulässigkeit**I. Zuständigkeit**

Zunächst stellt sich die Frage, mit welcher Verfahrensart die Bundesregierung ihre Rechte vor dem Bundesverfassungsgericht geltend machen kann. Sie wendet sich vorliegend gegen konkrete Maßnahmen bzw. ein Unterlassen Bayerns.

Ein Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG kommt nicht in Betracht. Zwar wäre die Bundesregierung antragsberechtigt, jedoch können in diesem Verfahren keine Pflichtverletzungen eines Bundeslandes gerügt werden, da es als Bundesland weder ein oberstes Bundesorgan ist noch ein anderer Beteiligter², der durch das Grundgesetz oder eine Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet ist.

In Betracht kommt daher nur ein Bund-Länder-Streit gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG. Eine Meinungsverschiedenheit über Rechte und Pflichten des Bundes bzw. des Landes liegt vor. Diese ist auch verfassungs-

rechtlicher Art, da die Bundesregierung die Verletzung von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten durch das Land B rügt.

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich daher aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

II. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Antrag ist gem. § 68 BVerfGG von der Bundesregierung für den Bund zu stellen und gegen die Landesregierung des Bundeslandes B zu richten. Dabei handelt es sich um keinen Fall einer gesetzlichen Prozessstandschaft, sondern um eine Verbandsstreitigkeit zwischen Bund und Land als selbstständige Rechtssubjekte, die durch ihre jeweilige Regierung organschaftlich vertreten werden.³

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand im Bund-Länder-Streit ist gem. §§ 69, 64 BVerfGG jede konkrete, rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung die dem Antragsgegner, hier Bayern, zurechenbar ist. Rechtserheblich ist die Maßnahme, wenn zwischen Antragssteller und Antragsgegner eine konkrete Meinungsverschiedenheit über verfassungsrechtliche Rechte oder Pflichten besteht. Vorliegend kommen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht.

1. Einstellung der Zahlungen an den Bund

Die bayerische Landesregierung hat veranlasst, dass sämtliche Zahlungen an den Bund eingestellt werden. Diesbezüglich liegt ein Unterlassen des Bundeslandes Bayern bzgl. seiner Zahlungspflichten an den Bund vor, vgl. insbesondere Art. 107 Abs. 2 GG. Mithin liegt eine Meinungsverschiedenheit über eine verfassungsrechtliche Pflicht vor. Damit ist das Unterlassen rechtserheblich.

2. Abberufung der bayerischen Mitglieder des Bundesrates

Bayern hat alle seine Mitglieder aus dem Bundesrat abberufen. Der Bundesrat ist ein Organ des Bundes. Als Bundesland hat Bayern nach Art. 50 GG nicht nur ein Mitwirkungsrecht, sondern auch eine Mitwirkungspflicht, der durch die Abberufung sämtlicher Mitglieder womöglich entgegen Art. 51 Abs. 1 GG nicht nachgekommen wird.⁴ Auch insoweit steht also eine Pflichtverletzung im Raum.

3. Geplante Sezession selbst

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt als Staat über die territoriale Souveränität hinsichtlich ihres Staatsgebiets.⁵ Diese findet ihren Ausdruck in Art. 20 Abs. 1 GG durch das

¹ Vgl. *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 37 Rn. 23.

² Sollte die Ansicht vertreten werden, ein Bundesland sei ein anderer Beteiligter, ist Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG jedenfalls vorrangig (*lex specialis*).

³ Vgl. *Herrmann*, Jura 2006, 576 (578).

⁴ Vgl. *Krebs*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 1), Art. 51 Rn. 4; *Korioth*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 7.

⁵ *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 2019, Rn. 63 ff.

Bundesstaatsprinzip.⁶ Die Sezession des Freistaats Bayern begründet die Territorialhoheit hinsichtlich des bayerischen Gebietsteils und ist damit geeignet, in die territoriale Integrität der Bundesrepublik Deutschland einzugreifen. Somit ist auch die bereits eingeleitete Sezession Bayerns als rechts-erhebliche Maßnahme zu qualifizieren, der womöglich das Bundesstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG entgegensteht.

Tauglicher Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits ist somit das Unterlassen der Zahlungen und die Abberufung aller bayerischen Mitglieder des Bundesrates, sowie die Einleitung der Sezession selbst.

IV. Antragsbefugnis

Nach §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG muss der Antragsteller im Bund-Länder-Streit geltend machen, dass er durch die angegriffene Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Dabei genügt es im Rahmen der Antragsbefugnis, wenn die Möglichkeit einer Verletzung des Antragstellers in einer konkreten verfassungsrechtlichen Position nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint.⁷ Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Rüge einer Pflichtverletzung durch den Antragsgegner, ohne dass Auswirkungen auf eine eigene Rechtsposition des Antragstellers geltend gemacht werden.

1. Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Zunächst könnte das Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, in seiner Ausprägung als Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten berührt sein. Diese Pflicht wirkt wechselseitig zwischen Bund und Ländern und beinhaltet als Gebot der Bundestreue den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme. Die Berufung auf eine Verletzung der Bundestreue allein reicht hier jedoch nicht aus. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass die Verletzung eines konkreten Rechtsverhältnisses geltend gemacht wird.⁸

2. Art. 28 Abs. 1 GG i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Art. 28 Abs. 1 GG gilt nicht bloß innerhalb der Länder, sondern regelt das bundesrechtliche Verhältnis der Länder zum Bund, wodurch den Ländern auch Pflichten gegenüber dem Bund auferlegt werden. Dabei führt das Grundgesetz eine gewisse Homogenität ein, etwa durch die Bindung an Staatsstrukturprinzipien, wodurch die Länder auf eine strukturell übereinstimmende verfassungsmäßige Ordnung mit dem Bund

festgelegt sind.⁹ Durch die Sezession Bayerns ist die verfassungsmäßige Ordnung möglicherweise verletzt.

3. Art. 104a ff. GG i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Die Einstellung sämtlicher Zahlungen Bayerns an den Bund verletzen diesen möglicherweise in dem durch die Finanzverfassung der Art. 104a–109 GG geregelten finanzwirtschaftlichen Bund-Länder-Verhältnis.¹⁰ Insbesondere ist durch die Verweigerung des Länderfinanzausgleichs eine Verletzung des Art. 107 Abs. 2 GG möglich.

4. Art. 51 GG i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Hinsichtlich der Abberufung der bayerischen Mitglieder aus dem Bundesrat stellen sich zwei Fragen. Zum einen, ob es eine verfassungsmäßige Pflicht für Bayern gibt, Mitglieder für den Bundesrat zu stellen. Zum anderen, ob ihre Nichtbeachtung gegebenenfalls den Bund in seinen Rechten verletzt. Art. 51 Abs. 3 S. 1 GG spricht von „Können“ bezüglich der Entsendung von Mitgliedern. Im Zusammenhang mit Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG, der bestimmt, dass der Bundesrat aus Mitgliedern der Länderregierungen besteht, wird jedoch deutlich, dass die Entsendung von Mitgliedern nicht nur ein Mitwirkungsrecht darstellt, sondern auch eine Pflicht. Somit besteht für die Bundesländer nach Art. 51 GG eine Mitgliederentsendungspflicht.¹¹ Der Bundesrat ist zudem ein Verfassungsorgan des Bundes, obwohl die Länder darin mitwirken, Art. 50 GG.¹² Der Grundsatz der Bundestreue bildet im Zusammenspiel mit der in Art. 51 GG geregelten Länderpflicht eine bundesstaatliche Verfassungsposition und damit ein rügefähiges Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und den Ländern.¹³ Die Abberufung sämtlicher bayerischen Mitglieder greift somit möglicherweise in das von der Verfassung statuierte föderale Gefüge ein. Der Bund ist im Rahmen des Bund-Länder-Streites befugt, die Einhaltung dieser grundgesetzlichen Länderpflicht (Mitgliederentsendungspflicht hinsichtlich des Bundesrates) überprüfen zu lassen.¹⁴

Eine mögliche Rechtsverletzung des Bundes scheint hinsichtlich der Abberufung der Bundesratsmitglieder in Art. 51 GG sowie hinsichtlich der Zahlungsverweigerung in Art. 104a–109 GG, jeweils i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip aus Art. 20

⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 84. Lfg., Stand: August 2018, Art. 20 Rn. 15 f.

⁷ BVerfGE 94, 351 (362 f.); 99, 19 (28); Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum BVerfGG, 54. Lfg., Stand: Juni 2018, § 69 Rn. 64, 94 f.

⁸ Walter, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 93 Rn. 287 ff.; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 142; BVerfGE 13, 54 (72 f.); Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 39. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 37.

⁹ Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 28 Rn. 1–4; Dreier, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 49 ff.

¹⁰ Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 104a Rn. 1; Hellermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 104a Rn. 2.

¹¹ Müller-Terpitz, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 51 Rn. 57; Robbers, in: Sachs, Kommentar zum GG, 8. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 5.

¹² Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 50 Rn. 43; Bauer, in: Dreier (Fn. 9), Art. 50 Rn. 18.

¹³ Walter (Fn. 8), Art. 93 Rn. 287 f.; Johann, in: Walter/Grünwald, Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG, 6. Lfg., Stand: Dezember 2018, § 69 Rn. 7; BVerfGE 103, 81 (87 ff.); 104, 238 (247 ff.).

¹⁴ Walter (Fn. 8), Art. 93 Rn. 281.

Abs. 1 GG möglich. Zudem ist die verfassungsmäßige Ordnung aus Art. 28 Abs. 1 GG durch die angestrebte Sezession Bayerns möglicherweise unmittelbar gefährdet. Der Bund ist damit klagebefugt.

V. Form und Frist

Der Antrag müsste schriftlich und begründet sowie unter Angabe der Bestimmung des Grundgesetzes, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verstoßen wird, gestellt werden, §§ 23 Abs. 1, 69, 64 Abs. 2 BVerfGG.

Der Antrag muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden, §§ 69, 64 Abs. 3 BVerfGG.

Mangels spezieller Regelungen für Verfassungsstreitigkeiten berechnet sich die Frist nach §§ 187 ff. BGB.¹⁵

Die Entscheidung zur Abspaltung, sowie der Sofortmaßnahmen wurden der Bundesregierung am 10.12.2018 durch das Schreiben Bayerns bekannt. Demnach begann die Frist zur Beanstandung dieser Maßnahmen gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 11.12.2018 um 0:00 Uhr.¹⁶

Die Frist endete gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des 10.6.2019. Das ist ein gesetzlicher Feiertag, der Pfingstmontag, wodurch das Fristende auf den nächsten Werktag fällt, § 193 BGB.¹⁷ Damit endet die Frist am Dienstag, den 11.6.2018 um 24:00 Uhr.

Der Antrag wurde erst am 12.6.2018 gestellt und ist damit verfristet.

VI. Zwischenergebnis

Mangels Einhaltung der Frist ist das Verfahren unzulässig.

– *Hilfsgutachten* –

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wird in aller Regel durch das Vorliegen einer Antragsbefugnis hinreichend belegt. Im Einzelfall kann es jedoch in Frage stehen, insbesondere dann, wenn sich das Anstrengen eines Prozesses als rechtsmissbräuchlich darstellt oder dem Antragsteller einfachere zumutbare Wege offenstehen, um sein Prozessziel außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens zu erreichen.

Eine einfachere Möglichkeit des Bundes, der Sezession und den Sofortmaßnahmen Bayerns entgegenzutreten, könnte

die bereits von der Bundesregierung angedachte Möglichkeit des Bundeszwangs nach Art. 37 GG darstellen. Allerdings ist der Bundeszwang kein einfacherer Weg zur Zielerreichung, sondern stellt eine ultima ratio dar, die ihrerseits verfassungsgerichtlich überprüft werden kann.¹⁸ Weitere Anhaltspunkte, die gegen ein Rechtsschutzbedürfnis des Bundes sprechen, sind nicht ersichtlich.

Somit fehlt es dem Bund auch nicht am erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis.

B. Ergebnis

Der Antrag der Bundesregierung ist mangels Einhaltung der Frist unzulässig (siehe oben).

Frage 2:

Zu klären ist, ob die geplante Sezession Bayerns durch eine analoge Anwendung von Art. 29 GG möglich ist.

Der EU-Vertrag normiert in Art. 50 ein Austrittsrecht der Mitgliedstaaten. Eine vergleichbare ausdrückliche Regelung fehlt dem Grundgesetz hinsichtlich des Austritts eines Bundeslandes. Art. 29 GG regelt hingegen lediglich die Neugliederung des Bundesgebietes. Fraglich ist, ob diese Norm analog auf den Austritt eines Bundeslandes angewandt werden kann. Zur analogen Anwendung einer Norm bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage. Wie gezeigt, fehlt dem Grundgesetz eine Austrittsklausel. Es ist daher zu klären, ob diese Regelungslücke auch planwidrig ist.

Die Planwidrigkeit liegt dann vor, wenn eine Thematik versehentlich nicht geregelt worden ist. Gegen eine planwidrige Regelungslücke und damit für eine bewusst unlösbare Verbindung der Bundesländer lässt sich die Präambel, die von einer „Einheit Deutschlands“ spricht und das umfasste Territorium anhand der einzelnen Bundesländer beschreibt, anführen (Wortlaut). Das Fehlen eines Austrittsrechts ist zudem gerade kennzeichnend für einen Bundesstaat im Unterschied zu einem vertraglich begründeten Staatenbund, bei dem die maßgebliche Souveränität bei den Staaten verbleibt, während sie im Bundesstaat trotz fortdauernd begrenzter Eigenstaatlichkeit der Länder auf der Bundesebene angesiedelt ist.¹⁹ Zudem beinhaltet das Grundgesetz mit den Art. 20–37 einen eigenen Abschnitt über den Bund und die Länder, in denen deren Verhältnis ausführlich geregelt ist (Systematik). Aus historischer Sicht zeigt sich, dass jedenfalls seit der Reichsgründung von 1871 eine dauerhaft bestehende bundesstaatliche Ordnung den Kern des deutschen Staatsdenkens bildet, welche nur durch die Phase des NS-Regimes unterbrochen wurde und gerade durch das Grundgesetz wieder eingerichtet werden sollte (Historie).²⁰ Schließlich verfolgt das Grundgesetz den Bestand der Bundesrepublik, wobei gerade auch die territoriale Integrität geschützt werden soll, vgl. z.B.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 102, 254 (295); *Walter*, in: *Walter/Grünewald* (Fn. 13), § 64 Rn. 44.

¹⁶ Der Umstand, dass die Maßnahmen Bayerns fortauern, ändert am Fristbeginn nichts. Es ist auf das Bekanntwerden der Maßnahmen abzustellen, vgl. *Bethge* (Fn. 7), § 64 Rn. 130.

¹⁷ Vgl. *Hömig*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Fn. 7), § 93 Rn. 38: die Fristberechnung richtet sich nach dem Ort des Gerichts, beim Bundesverfassungsgericht also Karlsruhe, vgl. § 1 Abs. 2 BVerfGG. Der Pfingstmontag ist ein gesetzlicher Feiertag in Baden-Württemberg, vgl. § 1 des baden-württembergischen Feiertagsgesetzes i.d.F. v. 8.5.1995.

¹⁸ *Bethge* (Fn. 7), § 69 Rn. 101; *Bauer* (Fn. 12), Art. 37 Rn. 16.

¹⁹ Vgl. *Honer*, JuS 2018, 661 f.; *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 4), Art. 20 Rn. 21 f.

²⁰ Vgl. *Grzeszick* (Fn. 6), Art. 20 Abs. 2 Rn. 2 ff.

Art. 21 Abs. 2 S. 1 Var. 3 GG (Telos).²¹ Mangels Planwidrigkeit der Regelungslücke scheidet eine analoge Anwendung des Art. 29 GG aus. Ein Austritt eines Bundeslandes wäre rechtlich damit allenfalls über eine Verfassungsänderung²², oder über Art. 146 GG, also einer neuen Verfassung, die ein Austrittsrecht der Bundesländer vorsieht, denkbar.

Frage 3

Fraglich ist, ob die von der Bundesregierung geplanten Maßnahmen verfassungsgemäß sind.

A. Rechtsgrundlage: Art. 37 Abs. 1 GG

Zunächst stellt sich die Frage, auf Grund welcher Befugnis die Bundesregierung hier gegen das Bundesland Bayern vorgeht. In Frage kommen vor allem der Bundeszwang nach Art. 37 Abs. 1 GG und die Bundesaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 GG. Die Bundesaufsicht dient der Kontrolle der Länder bei der Ausführung von Bundesgesetzen.²³ Die Pflicht zur Beachtung des Grundgesetzes kann hingegen mit dem Bundeszwang durchgesetzt werden.²⁴ Die Bundesregierung plant Maßnahmen gegen Bayern auf Grund des angekündigten Austritts aus der Bundesrepublik. Dabei geht es um eine Verletzung der verfassungsmäßigen Ordnung und damit des Grundgesetzes. Die taugliche Rechtsgrundlage bildet daher Art. 37 Abs. 1 GG.

B. Formelle Voraussetzungen

Die Maßnahmen des Bundeszwangs müssten formell verfassungskonform sein. Das ist der Fall, wenn Bayern angehört wurde, ein ordnungsgemäßer Beschluss der Bundesregierung zur Durchführung der Maßnahmen vorliegt und der Bundesrat zugestimmt hat.

I. Anhörung des betroffenen Bundeslandes

Ein Anhörungserfordernis ist im Grundgesetz für die Anwendung des Bundeszwangs nicht ausdrücklich normiert. Aus dem Grundsatz der Bundestreue lassen sich aber gewisse Rücksichtnahmepflichten zwischen dem Bund und den einzelnen Bundesländern ableiten. Die verfahrensrechtliche Ausprägung der Treuepflichten des Bundes gegenüber den Ländern konkretisiert sich bei der Anwendung von Weisungsrechten und dem Bundeszwang in einer Anhörungspflicht.²⁵

²¹ Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 21 Rn. 520; Ipsen, in: Sachs (Fn. 11), Art. 21 Rn. 166.

²² Bei einer Verfassungsänderung wäre Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG zu beachten, der zwar die grundsätzliche Gliederung des Bundes in Länder vorschreibt, aber nicht den derzeitigen Bestand der Bundesländer, Herdegen, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 79 Rn. 97.

²³ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 38; Broß/Mayer, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 84 Rn. 4.

²⁴ Erbguth/Schubert, in: Sachs (Fn. 11), Art. 37 Rn. 4; Bauer (Fn. 12), Art. 37 Rn. 15.

²⁵ Vgl. Doerfert, ZJS 2016, 711 (713); Grzeszick (Fn. 6), Art. 20 Rn. 127; Bauer, Die Bundestreue, Zugleich ein Bei-

Der Bund ist daher verpflichtet das betroffene Land vor der Durchführung der Zwangsmaßnahmen anzuhören. Die Bundesregierung hat nach dem Schreiben der bayerischen Landesregierung erneut nachgefragt, ob Bayern die Sezession tatsächlich fortführen wolle. Die bayerische Landesregierung hat dies mit Entschlossenheit und Nachdruck bestätigt. Diese Rückfrage ist als Anhörung zu werten, wodurch dieses formelle Erfordernis erfüllt wurde.

II. Vorherige Anrufung des Bundesverfassungsgerichts

Zudem ist fraglich, ob die Bundesregierung vor dem Einsatz von Bundeszwang angehalten ist das Bundesverfassungsgericht anzurufen. Dem Wortlaut des Art. 37 GG lässt sich ein solches Erfordernis nicht entnehmen. Auch dem Sinn und Zweck, dass dem Bund gegen Verfehlungen eines Landes ein schnelles und flexibles Machtmittel zur Verfügung stehen soll, liefe ein präventives Kontrollierfordernis durch das Bundesverfassungsgericht zuwider.²⁶ Somit ist die vorherige Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nicht notwendig. Unbeschadet dessen, besteht natürlich die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung sowohl auf Antrag des Bundes als auch des betroffenen Landes.

III. Beschluss der Bundesregierung

Der Beschluss der Bundesregierung meint eine Entscheidung des Kollegiums, bestehend aus Bundeskanzlerin und den Bundesministern, als Kabinett.²⁷ Ein solcher Beschluss liegt laut Sachverhalt vor.

IV. Zustimmung des Bundesrates

Nach Art. 37 Abs. 1 GG bedarf die Anwendung des Bundeszwangs der Zustimmung des Bundesrates. Fraglich ist, ob eine ordnungsgemäße Zustimmung gegeben ist. Dazu müsste der beschlussfähige Bundesrat mit der Mehrheit seiner Stimmen für die Maßnahmen des Bundeszwangs gestimmt haben, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG.

1. Beschlussfähigkeit

Der Bundesrat ist beschlussfähig, sofern die Mehrheit seiner Stimmen anwesend ist, § 28 Abs. 1 GOBR. Bei derzeit 69 Stimmen ist trotz der Abwesenheit Bayerns die Beschlussfähigkeit nicht gefährdet. Auch kann hier dahinstehen, inwieweit sich die Abwesenheit der zwei Hamburger Mitglieder auswirkt, da ein Mitglied für Hamburg erschienen ist. Der Bundesrat ist damit beschlussfähig.

2. Beschlussfassung

Der Bundesrat entscheidet mit der Mehrheit der Stimmen, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG. Damit ist eine absolute Mehrheit, d.h. mindestens 35 Stimmen, erforderlich. Der Zustimmungstrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, 1992, S. 354.

²⁶ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 63; Erbguth/Schubert (Fn. 24), Art. 37 Rn. 5.

²⁷ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 55; v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 4), Art. 37 Rn. 26.

beschluss wurde mit 36 Stimmen angenommen. Zu klären ist, wie sich das Fernbleiben Bayerns, die uneinheitliche Stimmabgabe Baden-Württembergs und die weisungswidrige Stimmabgabe Hamburgs durch ein einziges anwesendes Mitglied auf das Abstimmungsergebnis auswirken.

a) Fernbleiben Bayerns

Die Abstimmung betrifft Maßnahmen des Bundeszwangs gegen Bayern. Dennoch ist das betroffene Land, also Bayern, selbst stimmberechtigt in dieser Abstimmung.²⁸ Fraglich ist, wie sich das schlichte Fernbleiben trotz Stimmberechtigung auf die Abstimmung auswirkt. Für die Mitglieder des Bundesrates oder deren Vertreter besteht nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GG keine unmittelbare Anwesenheitspflicht. Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG stellt vielmehr nur eine Obliegenheit dar. Wenn also alle Mitglieder und alle Vertreter aus einem Land abwesend sind, ist das Land schlicht nicht stimmberechtigt.²⁹ Aufgrund der nach Art. 37 Abs. 1 GG erforderlichen Zustimmung zu den Maßnahmen des Bundeszwangs wirkt die fehlende Stimmberechtigung faktisch als Gegenstimme, führt aber nicht zur Unzulässigkeit der gesamten Abstimmung.³⁰ Die Enthaltung wurde jedenfalls nicht zu den 36 „Ja“-Stimmen gezählt. Somit hindert das Fernbleiben der bayerischen Mitglieder den Beschluss nicht.

b) Uneinheitliche Stimmabgabe Baden-Württembergs

Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG verbietet die gegensätzliche Stimmabgabe durch die Bundesratsmitglieder eines Landes. Die eigentlichen Mitglieder des Bundesrates sind die Länder.³¹ Die „Mitglieder“, die Art. 51 Abs. 3 GG benennt, sind richtigerweise nur Vertreter ihrer jeweiligen Länder. Es bedarf also einer einheitlichen Stimmabgabe eines Landes. Alle Stimmen müssen den gleichen Inhalt haben und auch die Enthaltung bezüglich einzelner Stimmen eines Landes ist unzulässig.³² Die sechs Stimmen Baden-Württembergs wurden nicht einheitlich abgegeben. Auf Grund von Unstimmigkeiten hat A zugestimmt, die anderen fünf waren dagegen. Fraglich ist, welche Folge diese uneinheitliche Stimmabgabe Baden-Württembergs hat.

Der Wortlaut „kann nur“ in Art. 51 Abs. 3 GG lässt verschiedene Interpretationen zu. Zum einen könnte es zur Unwirksamkeit der gesamten Abstimmung führen. Andererseits ist gerade keine ausdrückliche Rechtsfolge normiert, so dass lediglich die Stimmen dieses Landes ungültig sein könnten und in der Abstimmung einfach nicht mitgezählt werden. Der Wortlaut alleine reicht daher nicht zu einer finalen Klärung der Rechtsfolge aus.

²⁸ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 75; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 33.

²⁹ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 62; Korioth (Fn. 4), Art. 51 Rn. 22.

³⁰ Vgl. Morlock/Michael, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 847.

³¹ Morlock/Michael (Fn. 30), Rn. 843; a.A. Korioth (Fn. 4), Art. 51 Rn. 2.

³² Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 59; Korioth (Fn. 4), Art. 51 Rn. 21.

Wäre die Folge einer uneinheitlichen Stimmabgabe eines Landes tatsächlich die Ungültigkeit der gesamten Abstimmung, dann könnte stets ein Bundesland durch dieses Vorgehen eine Abstimmung verhindern. Eine solche Missbrauchsmöglichkeit kann nicht gewollt sein, zumal es dem Sinn und Zweck der in Art. 52 Abs. 2 S. 1 GG angeordneten Mehrheitsentscheidung widerspräche.³³

Somit führt die uneinheitliche Stimmabgabe von Baden-Württemberg lediglich zur Ungültigkeit der gesamten Stimmen, die für das Bundesland abgegeben worden sind. Die Stimme des A wurde jedoch zu den „Ja“-Stimmen gezählt und ist daher von den 36 gewerteten Stimmen abzuziehen. Somit sind insgesamt 35 „Ja“-Stimmen gültig.

c) Weisungswidrige Abgabe aller drei Stimmen des einen anwesenden Vertreters Hamburgs

X war bei der Abstimmung im Bundesrat allein für Hamburg anwesend und gab alle Stimmen des Bundeslandes ab. Bei der Abstimmung hielt er sich überdies nicht an die von der Landesregierung erteilte Weisung, gegen die vorgeschlagenen Maßnahmen zu stimmen. Hierbei stellen sich zwei Fragen. Ist es möglich, dass ein anwesendes Mitglied, trotz der Abwesenheit der restlichen Mitglieder dieses Landes, für das Bundesland als Ganzes abstimmt? Und wie wirkt sich die weisungswidrige Stimmabgabe im Bundesrat aus?

Hinsichtlich einer gültigen Abgabe aller einem Land zustehenden Stimmen genügt es, wenn ein Mitglied des Bundeslandes oder ein Vertreter anwesend ist und die Stimmen gemeinsam abgibt. Auf Grund der fehlenden Anwesenheitspflicht reicht es aus, dass ein Mitglied eines Landes anwesend ist. Dieses kann dann einheitlich alle Stimmen des Landes abgeben. Dies folgt daraus, dass die Stimmen dem Land und nicht dem einzelnen Mitglied zustehen.³⁴

Hinsichtlich der inhaltlichen Festlegung der Stimmabgabe ist sowohl die Bestimmung einer Koalitionsvereinbarung in den Ländern, als auch eine Weisung durch die Landesregierung grundsätzlich zulässig.³⁵ Dies ergibt sich aus Art. 53a Abs. 1 S. 3 und Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG, die spezielle Fälle regeln, in denen die Mitglieder des Bundesrates nicht an Weisungen gebunden sind, so dass im Umkehrschluss Weisungen grundsätzlich zulässig sind.³⁶ Damit stellt sich die Frage, wie mit weisungswidrig abgegebenen Stimmen umzugehen ist. Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Stimmabgabe im Bundesrat ist allein Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG relevant.³⁷ Somit kommt es nicht darauf an, ob im Bundesrat entsprechend einer Weisung abgestimmt wurde. Eine weisungswidrige Stimmabgabe ist gültig, solange sie einheitlich und durch anwesende Mitglieder erfolgt. Die Bindung an eine Weisung ist landesrechtlich geregelt und entfaltet damit auch

³³ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 58 ff.; BVerfGE 106, 310.

³⁴ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 28; Bauer (Fn. 12), Art. 51 Rn. 24; Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 3.

³⁵ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 38 ff.

³⁶ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 40.

³⁷ Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 2015, Rn. 374.

nur in diesem „Innenverhältnis“ Wirkung.³⁸ So wird gleichzeitig die notwendige Rechtssicherheit hinsichtlich der Beschlussfassung des Bundesrates hergestellt.³⁹ Im vorliegenden Fall hat die Landesregierung von Hamburg den Beschluss für die Weisung gefasst, im Bundesrat dem Bundeszwang gegen Bayern nicht zuzustimmen. Diese Weisung bindet die jeweiligen Mitglieder des Bundesrates jedoch nur im „Innenverhältnis“, also gegenüber der Landesregierung. Gegenüber dem Bundesrat (also im „Außenverhältnis“) sind sie unbeachtlich. Die Mitglieder des Bundesrates sind somit nicht gehindert weisungswidrig abzustimmen.⁴⁰

Die von X abgegebenen drei Stimmen für Hamburg sind demnach als gültige „Ja“-Stimmen zu werten.

3. Zwischenergebnis

Es wurden 35 gültige „Ja“-Stimmen zur Zustimmung der Maßnahmen des Bundeszwangs abgegeben. Damit liegt eine absolute Mehrheit vor. Die Zustimmung des Bundesrates ist damit gegeben.

C. Materielle Voraussetzungen

Zudem müssten auch die materiellen Voraussetzungen des Bundeszwangs erfüllt sein.

I. Tatbestand: Nichterfüllung einer Bundespflicht durch ein Land

Art. 37 Abs. 1 GG fordert die Nichterfüllung einer Bundespflicht durch ein Land. Dazu müsste eine Handlung vorliegen, die Bayern zunächst einmal zurechenbar ist, und diese Handlung müsste weiter eine Pflichtverletzung darstellen, die in der Nichterfüllung einer Bundespflicht liegt.

1. Zurechenbarkeit des Verhaltens der Landesregierung für Bayern

Adressaten des Bundeszwangs sind die Bundesländer. Die Pflichtverletzung muss damit durch ein Land selbst begangen werden, also durch Organe, die für ein Land als Ganzes handeln können.⁴¹ Hier hat die bayerische Landesregierung gehandelt. Sie hat den Austritt Bayerns aus dem Bund erklärt und dazu sowohl die Zahlungen an den Bund eingestellt, als auch die bayerischen Mitglieder aus dem Bundesrat abberufen. Dabei wird sie durch eine Mehrheit im bayerischen Landtag unterstützt. Das Handeln der Landesregierung ist Bayern damit zurechenbar.

2. Bundespflicht

Bayern müsste eine Bundespflicht verletzt haben. Eine Bundespflicht entspringt dem bundesstaatlichen Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern, bzw. den Ländern zueinan-

der.⁴² Somit reicht die Verletzung irgendeiner verfassungsrechtlichen Norm noch nicht aus; vielmehr muss durch die Norm das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und den Ländern geregelt werden.

Der Grundsatz der Bundestreue alleine kann kein selbstständiges Rechtsverhältnis begründen. Jedoch enthält das Grundgesetz selbst Regelungen in Bezug auf das Bund-Länder-Verhältnis. Im vorliegenden Fall sind die relevanten Bundespflichten die Mitgliederentsendungspflicht aus Art. 51 GG, sowie die Regelungen zur Lastenverteilung in Art. 104a ff. GG und die Achtung der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Länder nach Art. 28 Abs. 1 GG, jeweils i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG (vgl. Frage 1).

3. Nichterfüllung

Die genannten Bundespflichten müssten durch das Land nicht erfüllt worden sein. Damit ist jedes Tun oder Unterlassen eines Landes gemeint, durch das eine Bundespflicht nicht, bzw. nicht rechtzeitig, nur teilweise oder unzureichend erfüllt wird. Auf eine schuldhaftige Begehung kommt es dabei nicht an, jedoch reicht eine bloße Gefährdung der Bundespflicht nicht aus.⁴³

Bayern hat bereits seine Bundesratsmitglieder abberufen und auch sämtliche Zahlungen an den Bund eingestellt. Dahingehend liegt zweifellos eine Nichterfüllung der jeweiligen Bundespflichten vor. Hinsichtlich des Austritts aus der BRD könnte man argumentieren, dass er noch nicht vollständig vollzogen ist und daher eine bloße Gefährdung vorliegt. Allerdings hat Bayern unmissverständlich klar gemacht, es wolle aus der BRD austreten, wodurch die Pflicht der Achtung der verfassungsmäßigen Ordnung bereits dadurch als verletzt anzusehen ist.

4. Zwischenergebnis

Der Tatbestand, die Nichterfüllung einer Bundespflicht durch ein Land, ist damit gegeben.

II. Rechtsfolge: Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Auf Rechtsfolgenseite ist der Bundeszwang auf Ermessensfehler und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen.

1. Ermessensfehler

Die Bundesregierung kann nach Art. 37 Abs. 1 GG sowohl entscheiden, „ob“ sie gegenüber einem Land tätig wird (Entscheidungsermessen), als auch, „wie“ sie dagegen konkret vorgehen möchte, also welche Maßnahmen sie einleitet (Auswahlermessen). Beide Entscheidungen stehen der Bundesregierung frei, müssen aber, jedenfalls auf Grund der Eigen-

³⁸ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 59; Papier/Krönke (Fn. 37), Rn. 374.

³⁹ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 59.

⁴⁰ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 27; Koriototh (Fn. 4), Art. 51 Rn. 23.

⁴¹ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 41; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 12.

⁴² Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 45; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 15; Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 5.

⁴³ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 54; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 19 f.; Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 7.

staatlichkeit der Bundesländer und der Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten, ermessensfehlerfrei ergangen sein.⁴⁴

Hinsichtlich des Entschließungsermessens der Bundesregierung sind Ermessensfehler nicht ersichtlich. Die Bundesregierung hat sich dazu entschlossen, die Anwendung des Bundeszwangs von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit eines Austritts Bayerns abhängig zu machen und zeigt somit, dass sie sich darüber im Klaren ist, dass sie hinsichtlich der Anwendung des Bundeszwangs entscheiden kann und nicht verpflichtet ist ihn anzuwenden (Ermessensnichtgebrauch). Zudem ist nicht ersichtlich, dass sachfremde Erwägungen, etwa parteipolitische Erwägungen, bei der Entscheidung eine Rolle gespielt haben (Ermessensfehlgebrauch). Schließlich ist der Entschluss, Bundeszwang gegen Bayern auszuüben hinsichtlich des Entschließungsermessens in Anbetracht des Ausmaßes und der Entschlossenheit des bayerischen Vorgehens auch verhältnismäßig.

Als anschließende Frage stellt sich dann hinsichtlich des Auswahlermessens, ob die beiden gewählten Maßnahmen ermessensfehlerfrei ausgewählt wurden. Das Grundgesetz nennt selbst keine Maßnahmen ausdrücklich. Das zeigt, dass grundsätzlich alle Maßnahmen zulässig sind, durch die das Land angehalten wird seine Bundespflichten zu erfüllen.⁴⁵ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Maßnahmen selbst verhältnismäßig sind.

2. Verhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahmen

Die Bundesregierung will zunächst einen Bundesbeauftragten einsetzen, der die Aufgaben der bayerischen Landesregierung treuhänderisch übernimmt. Als alternative Maßnahme soll Bayern als Bundesland vollständig aufgelöst werden. Die Auflösung Bayerns als Bundesland (Liquidation) ist keine zulässige Maßnahme des Bundeszwangs.⁴⁶ Die Neugliederung des Bundesgebietes ist vom Grundgesetz abschließend in Art. 29 GG geregelt.⁴⁷ Für eine Änderung des Bundesgebiets mit Mitteln des Bundeszwangs ist daher kein Raum mehr. Somit müsste die treuhänderische Übernahme der bayerischen Aufgaben durch den Bund verhältnismäßig sein. Das ist der Fall, wenn ein legitimer Zweck verfolgt wird und die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist.

a) Legitimer Zweck

Es müsste ein legitimer Zweck verfolgt werden. Ein Zweck ist dann legitim, wenn er durch die Verfassung nicht verboten ist. Hier geht es gerade um die Erfüllung von Bundespflichten, insbes. die Einhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung. Somit liegt ein legitimer Zweck vor.

b) Geeignetheit

Der Bundeszwang müsste zudem geeignet sein. Das ist der Fall, wenn das eingesetzte Mittel das verfolgte Ziel zumindest fördert. Durch die treuhänderische Übernahme der bayerischen Aufgaben kann die Erfüllung der Bundespflichten zumindest gefördert werden. Damit ist die Maßnahme auch geeignet.

c) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste zudem erforderlich sein. Es dürfte also kein mildereres, gleich geeignetes Mittel geben. Ein mildereres Mittel wäre z.B. die Erteilung einer Weisung an Bayern. Allerdings wäre ein solches Vorgehen wohl nicht gleich effektiv. Überdies besteht hinsichtlich dieser Beurteilung eine Einschätzungsprärogative des Bundes. Die Erforderlichkeit ist damit ebenfalls gegeben.

d) Angemessenheit

Schließlich müsste die Maßnahme noch angemessen sein. Dabei ist eine Abwägung vorzunehmen, bei der der verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen darf. Vorliegend kollidiert das Interesse des Bundes an der Erfüllung von Bundespflichten durch die Länder mit dem Interesse Bayerns an seiner Eigenstaatlichkeit. Zwar wird die Kompetenz Bayerns durch die Übernahme der Länderangelegenheiten massiv eingeschränkt; allerdings beschränkt sie sich auf den Zeitraum der bayerischen Sezessionsbestrebungen. Hinsichtlich der Intensität des bayerischen Handelns und dem Umstand, dass eine einseitige Abspaltung eines Bundeslandes mit der derzeitigen Fassung des Grundgesetzes unvereinbar ist (vgl. Bearbeitervermerk) überwiegt das Interesse an der Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung. Die Übernahme der bayerischen Staatsaufgaben durch den Bund ist somit auch angemessen.

III. Zwischenergebnis

Die Auflösung Bayerns als Bundesland ist kein legitimes Mittel des Bundeszwangs, wohingegen die Entsendung eines Bundesbeauftragten durch den Bund insgesamt verhältnismäßig ist.

D. Ergebnis

Die Auflösung Bayerns ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Die Ersatzvornahme durch den Bund stellt hingegen eine verfassungsgemäße Anwendung des Bundeszwangs dar.

⁴⁴ Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 10 ff.; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 29 f.

⁴⁵ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 82; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 34.

⁴⁶ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 15. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 6.

⁴⁷ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 95.