

Übungsklausur: Das neue Kulturgutschutzgesetz

Von Dr. Boas Kümper, Bochum/Münster*

Der nachfolgende – fiktive – Fall wurde im Sommersemester 2011 als Abschlussklausur zur Vorlesung Staatsorganisationsrecht an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Er verbindet verschiedene immer wieder prüfungsrelevante Fragen des Staatsorganisationsrechts: das Organstreitverfahren, das Gesetzesinitiativrecht und die Folgen eines Verstoßes gegen die GOBT im Gesetzgebungsverfahren, das „berühmte“ materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten sowie die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Verordnungsermächtigung. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten.

Sachverhalt

Bundestagsabgeordneter A will in den vergangenen Jahren die bedenkliche Entwicklung beobachtet haben, dass deutsche Adelige ihre finanzielle Liquidität höher schätzen als die Familientradition und daher in immer stärker zunehmendem Maße Kunstgegenstände und Bibliotheksbestände aus Familienbesitz an Kunsthändler und Sammler im Ausland verkaufen. Als Schöngest und Kunstliebhaber ist A der Meinung, gegen diese immense Abwanderung deutschen Kulturgutes ins Ausland müsse dringend etwas unternommen werden. Einen wirksameren Kulturgüterschutz verspricht er sich von einem neuen Kulturgutschutzgesetz (KultgSchG). A, der als studierter Jurist die erforderlichen Kenntnisse zu haben meint, arbeitet daher selbst einen Gesetzentwurf aus. Von dem Gesetz sollen als Kulturgüter Kunstwerke und anderes Kulturgut – einschließlich Bibliotheksgut –, erfasst sein, deren Abwanderung aus dem Geltungsbereich des Gesetzes einen erheblichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeuten würde. Das Gesetz trifft in § 2 folgende Regelung:

„§ 2 Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes
Kulturgüter werden in ein ‚Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes‘ eingetragen. Der Bundesminister für Bildung und Forschung regelt durch Rechtsverordnung Voraussetzungen und Verfahren der Eintragung in das Verzeichnis.“

An die Eintragung in das Verzeichnis knüpft das Gesetz Genehmigungspflichten für die Ausfuhr von Kulturgütern sowie Anzeigepflichten der Eigentümer und Besitzer von Kulturgütern für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung. Darüber hinaus enthält es Straf- und Bußgeldvorschriften für den Fall eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Genehmigungs- und Anzeigepflichten.

A bringt diesen Gesetzentwurf als sein „persönliches Projekt“ in den Bundestag ein, wo die Vorlage überraschend auf überwältigende Zustimmung stößt. Der Bundestag beschließt daher mit der erforderlichen Mehrheit das neue KultgSchG.

* Der Verf. war Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik an der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Stefan Magen, M.A.); er ist derzeit Wissenschaftlicher Referent am Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster.

Der Bundespräsident äußert erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken und weigert sich, das Gesetz auszufertigen. Das Gesetz habe bereits nicht auf Initiative eines einzelnen Abgeordneten verabschiedet werden dürfen. Auch habe der Bundestag die Entscheidung über die Einzelheiten der Eintragung in das Kulturgutverzeichnis nicht einfach der Exekutive überlassen dürfen; dem Bundesminister hätten für die zu erlassenden Regelungen viel genauere Vorgaben gemacht werden müssen.

Das Interesse der meisten Bundestagsabgeordneten an einer Novellierung des Kulturgüterschutzrechts ist aufgrund aktueller politischer Entwicklungen bereits wenige Wochen nach der Abstimmung im Bundestag wieder erloschen. Dem A gelingt es jedoch, seine Kollegen der B-Fraktion davon zu überzeugen, dass das Gesetzesvorhaben unbedingt verwirklicht werden müsse. Die B-Fraktion stellt form- und fristgerecht einen Antrag beim Bundesverfassungsgericht mit dem Ziel feststellen zu lassen, dass der Bundespräsident zur Ausfertigung des Gesetzes verpflichtet sei.

Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg? Grundrechte sind nicht zu prüfen; im Übrigen sind alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsweise – zu begutachten!

Lösungsvorschlag

In Betracht kommt allein ein Organstreitverfahren, für welches sich eine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG ergibt.¹ Der Antrag der B-Fraktion hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.²

I. Zulässigkeit

1. Beteiligtenfähigkeit

Das Organstreitverfahren ist ein kontradiktorisches Streitverfahren,³ so dass die Beteiligtenfähigkeit für die B-Fraktion als Antragsteller wie für den Bundespräsidenten als Antragsgegner zu prüfen ist. Gem. § 63 BVerfGG sind im Organstreitverfahren neben genannten obersten Bundesorganen auch Organeile antragsberechtigt, soweit sie durch das GG oder durch die Geschäftsordnungen dieser Organe mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Entsprechendes regelt Art. 93

¹ Verfehlt wären detaillierte Ausführungen zu einer Präsidentenanklage (Art. 61 GG): Weder richtet sich das Antragsbegehren der B-Fraktion auf einen Amtsverlust des Bundespräsidenten, noch wird diesem eine vorsätzliche Verletzung des GG vorgeworfen; vgl. dazu auch *Sauer*, JuS 2007, 641 (642).

² Zum Organstreitverfahren weiterführend *Engels*, Jura 2010, 421; *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 27. Aufl. 2011, Rn. 760 ff.; *Gröpl*, Staatsrecht I, 3. Aufl. 2011, Rn. 1663 ff.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 333 ff.; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 983 ff.

³ Dazu nur *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1665; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 306, 328.

Abs. 1 Nr. 1 GG für die dort genannten „anderen Beteiligten“. Fraktionen des Bundestages sind durch das GG (vgl. Art. 53a Abs. 1 S. 2) als notwendige Institutionen des Verfassungslebens anerkannt und durch die GOBT (vgl. §§ 10 ff., 26, 35, 55, 57, 761, 101 GOBT) mit eigenen Rechten ausgestattet. Sie können daher Antragsteller im Organstreitverfahren sein.⁴ Der Bundespräsident als Antragsgegner ist oberstes Bundesorgan und damit gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG ohne weiteres beteiligtenfähig.

2. Antragsgegenstand

Antragsgegenstand ist gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners. Die Weigerung des Bundespräsidenten, das KultgSchG auszufertigen, stellt sich als ein Unterlassen (der Ausfertigung) dar. Ein Unterlassen ist zumindest dann tauglicher Antragsgegenstand nach § 64 Abs. 1 BVerfGG, wenn über die bloße Untätigkeit hinaus eine Pflicht zum Tätigwerden besteht, wobei diese Pflicht nicht aus dem Recht zu folgen braucht, dessen Verletzung der Antragsteller rügt.⁵ Eine Pflicht zur Ausfertigung könnte dem Bundespräsidenten aufgrund von Art. 82 Abs. 1 GG obliegen. Damit steht auch die Rechtserheblichkeit der Unterlassung fest.⁶

3. Antragsbefugnis

Das Organstreitverfahren ist ein subjektives Rechtsschutzverfahren.⁷ Dementsprechend erfordert § 64 Abs. 1 BVerfGG eine Antragsbefugnis; der Antragsteller muss geltend machen, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch die Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das GG übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.

Ein solches möglicherweise verletztes Organrecht könnte das Gesetzgebungsrecht des Bundestages darstellen: gem. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG werden Gesetze durch den Bundestag beschlossen.⁸ Dagegen ließe sich zwar einwenden, dass der

⁴ Allg. Meinung: siehe *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1669; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 760; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 335; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 93 Rn. 6; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG-Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 93 Rn. 86, 88; *Benda/Klein/Klein* (Fn. 2), Rn. 1009.

⁵ *Engels*, Jura 2010, 421 (424); *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1672; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 358.

⁶ Zum Erfordernis der Rechtserheblichkeit *Engels*, Jura 2010, 421 (424); *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 355 ff. Angesichts der Überschneidungen mit der Antragsbefugnis erscheint es nicht notwendig, die Rechtserheblichkeit im Rahmen des Antragsgegenstandes gesondert anzusprechen; auch die Ausbildungsliteratur verfährt hier unterschiedlich.

⁷ Dazu näher *Engels*, Jura 2010, 421 f.; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 318 ff.

⁸ Darauf stützen z.B. auch *Hebeler/Erzinger*, JA 2011, 921 (926), die Antragsbefugnis des Bundestages – dort im Zusammenhang eines Organstreitverfahrens gegen den die Gegenzeichnung verweigrenden Bundeskanzler.

Beschluss des Bundestages das Gesetz für sich betrachtet noch nicht in Kraft setze, sondern dies gerade die Ausfertigung nach Art. 82 Abs. 1 GG erfordere. Eine solche Sicht würde aber die Gesetzgebungsbefugnis des Bundestags weit hin ihrer Wirksamkeit berauben, denn dem Bundestag stünden – abgesehen von einer Präsidentenanklage nach Art. 61 GG – keine Rechtsschutzmöglichkeiten zu deren Durchsetzung zu. Dem vom GG vorgesehenen Verhältnis der Verfassungsorgane Bundestag und Bundespräsident und der Bedeutung der Gesetzgebungsbefugnis als zentrales Recht des Parlaments würde dies nicht gerecht.⁹

Auch wenn danach das Gesetzgebungsrecht nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG ein wehrfähiges Organrecht darstellt, ist jedoch zu beachten, dass dieses nicht ein eigenes Recht der Fraktion, sondern ein Recht des Bundestages ist. Der Antrag der B-Fraktion zielt also auf die Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen, d.h. auf eine sog. Prozessstandschaft, die im Rahmen eines subjektiven Rechtsschutzverfahrens nur ausnahmsweise zulässig sein kann.¹⁰ § 64 Abs. 1 Alt. 2 BVerfGG lässt es jedoch gerade genügen, dass Rechte des Organs, dem der Antragsteller angehört, verletzt werden könnten. Die Fraktionen können deshalb – insb. zur Wahrung der Chancengleichheit von Minderheitsfraktionen – auch Rechte des Bundestages geltend machen.¹¹

4. Form und Frist

Die B-Fraktion hat ihren Antrag ausweislich des Sachverhalts form- und fristgerecht gestellt, so dass von der Einhaltung der Vorgaben nach §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2, 3 BVerfGG auszugehen ist.

Der Antrag ist nach alledem zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag der B-Fraktion ist begründet, soweit die Weigerung des Bundespräsidenten in verfassungswidriger Weise den Bundestag in seinen Gesetzgebungsbefugnissen verletzt (vgl. § 67 S. 1 Hs. 2 BVerfGG).¹² Dies ist der Fall, wenn der Bundespräsident nach dem GG zur Ausfertigung des vom Bundestag beschlossenen KultgSchG verpflichtet war. Eine Pflicht des Bundespräsidenten zur Ausfertigung könnte sich aus Art. 82 Abs. 1 GG ergeben, wonach die nach den Vorschriften des GG zustande gekommenen Gesetze vom Bun-

⁹ Zu diesem Problem, das von den Bearbeitern nicht angesprochen werden musste, weiterführend *Sauer*, JuS 2007, 641 (643, 645), dessen Sichtweise sich dieser Lösungsvorschlag anschließt.

¹⁰ Vgl. auch *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 307, 380; *Benda/Klein/Klein* (Fn. 2), Rn. 1027.

¹¹ Allg. Meinung: *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 762; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1679; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 380; *Hopfauf* (Fn. 4), Art. 93 Rn. 92; *Pieroth* (Fn. 4), Art. 93 Rn. 11; *Benda/Klein/Klein* (Fn. 2), Rn. 1028 f.

¹² Zum Obersatz für die Begründetheit des Organstreitverfahrens *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1684; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 393; vgl. auch die Fallbearbeitungen von *Sauer*, JuS 2007, 641 (646); und *Hebeler/Erzinger*, JA 2011, 921 (926).

despräsidenten ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet werden. Diese Pflicht besteht allerdings nicht, wenn dem Bundespräsidenten im Rahmen des Art. 82 Abs. 1 GG ein Prüfungsrecht in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zusteht und er daher die Ausfertigung eines verfassungswidrigen Gesetzes verweigern darf. Dabei ist zwischen einem formellen und einem materiellen Prüfungsrecht zu unterscheiden.

1. Formelles Prüfungsrecht

a) Bestehen eines formellen Prüfungsrechts

Für ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten in Bezug auf die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes spricht bereits der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 GG, wonach der Bundespräsident „die nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“ ausfertigt. Diese Regelung betrifft jedenfalls die formellen Voraussetzungen des „Zustandekommens“ von Gesetzen – Gesetzgebungskompetenz, Verfahren und Form –, die der Bundespräsident danach überprüfen können muss.¹³

b) Formelle Verfassungswidrigkeit des KultSchG

Zu prüfen ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Grundsätzlich haben nach der durch das GG vorgenommenen Kompetenzverteilung die Länder das Recht zur Gesetzgebung, Art. 70, 30 GG. Hier ergibt sich jedoch eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG für den Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland. Darum geht es bei dem KultSchG.

In Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens bestehen Zweifel, ob A als einzelner Abgeordneter dazu berechtigt war, eine Gesetzesvorlage in den Bundestag einzubringen, also das Initiativrecht besaß.¹⁴ Gem. Art. 76 Abs. 1 GG werden Gesetzesvorlagen beim Bundestage durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht. Ein Initiativrecht des A könnte sich allein der Wendung „aus der Mitte des Bundestages“ ergeben. Diese wird jedoch in § 76 Abs. 1 GOBT dahingehend konkretisiert, dass Gesetzesvorlagen von Fraktionen oder von 5 % der Abgeordneten eingebracht werden können. Nach dieser Regelung war A als ein einzelner Abgeordneter nicht initiativberechtigt.

Dabei handelt es sich jedoch nur um einen Verstoß gegen § 76 Abs. 1 GOBT, mithin gegen Geschäftsordnungsrecht, nicht aber unmittelbar gegen Art. 76 Abs. 1 GG, also gegen Verfassungsrecht. Während Verstöße gegen grundgesetzliche Verfahrensvorschriften jedenfalls dann zur Nichtigkeit eines Gesetzes führen, wenn es sich um zwingendes Recht handelt und der Gesetzesbeschluss auf dem Verfahrensfehler be-

ruht,¹⁵ macht ein Verstoß nur gegen eine Geschäftsordnungsvorschrift ein Gesetz grundsätzlich nicht unwirksam. Hintergrund sind der Charakter der Geschäftsordnung als bloßes Innenrecht und die Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages, die diesen stets zu Abweichungen berechtigt (vgl. auch § 126 GOBT).¹⁶ Schließlich ist auch der Bundespräsident nach Art. 82 Abs. 1 GG nur zu der Prüfung berechtigt, ob das Gesetz „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“ zustande gekommen ist.¹⁷

Der Bundespräsident könnte allenfalls dann aufgrund seines formellen Prüfungsrechts die Ausfertigung des KultSchG verweigern, wenn sich die Regelung in § 76 GOBT als Ausdruck der Verfassungsnorm Art. 76 Abs. 1 GG auffassen ließe und somit zugleich ein Verstoß gegen (formelles) Verfassungsrecht vorläge. Eine Geschäftsordnungsvorschrift kann aber allenfalls dann als Ausprägung einer Verfassungsnorm verstanden werden, wenn sie der Sicherung verfassungsrechtlicher Positionen, etwa des einzelnen Abgeordneten, dient.¹⁸ Art. 76 Abs. 1 GG jedoch legt mit der Formulierung „aus der Mitte des Bundestages“ gerade nicht ein explizites Quorum fest.¹⁹ Ein Verstoß gegen (formelles) Verfassungsrecht liegt also nicht vor.

Im vorliegenden Fall könnte sich außerdem der Bundestag durch den „überwältigenden Zuspruch“ die Gesetzesvorlage des A zu eigen gemacht haben.²⁰ In jedem Falle führt daher der Verstoß gegen § 76 GOBT nicht zur formellen Verfassungswidrigkeit des KultSchG. Da mit der „überwältigten Mehrheit“ der Bundestagsabgeordneten auch die für die Beschlussfassung erforderliche einfache Mehrheit (Art. 42 Abs. 2 GG) erreicht ist, ist das KultSchG formell verfassungsgemäß; der Bundespräsident durfte die Ausfertigung nicht auf der Grundlage seines formellen Prüfungsrechts verweigern.²¹

¹⁵ BVerfGE 44, 308 (313); *Pieroth* (Fn. 11), Art. 76 Rn. 1a; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 76 Rn. 6, 14.

¹⁶ BVerfGE 29, 221 (234); *Elicker*, JA 2005, 513 (514); *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1209; *Pieroth* (Fn. 11), Art. 40 Rn. 9; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 76 Rn. 38.

¹⁷ Auf Art. 82 Abs. 1 GG verweist auch etwa *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1209.

¹⁸ Dazu *Elicker*, JA 2005, 513 (514); *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 214.

¹⁹ Siehe auch *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 62; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 205; *Gröpl*, (Fn. 2), Rn. 1220; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 62. Lfg., Stand: Oktober 2011, Art. 76 Rn. 49.

²⁰ Dazu *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1221.

²¹ Die Bearbeiter mussten das Problem der Initiativberechtigung nicht in der hier dargestellten Breite erörtern, sollten aber jedenfalls den Unterschied zwischen einem Verfassungs- und einem Geschäftsordnungsverstoß erkennen. Das vollständige Übergehen der Initiativberechtigung musste zu erheblichem Punktabzug führen, zumal das Vorbringen im

¹³ Dies ist im Schrifttum weitgehend anerkannt: siehe *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 87; *Ipsen*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 23. Aufl. 2011, Rn. 495; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 730; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1274.

¹⁴ Zum Gesetzgebungsverfahren instruktiv *Frenzel*, JuS 2010, 27 und 119.

2. Materielles Prüfungsrecht

Möglicherweise war aber der Bundespräsident aufgrund eines materiellen Prüfungsrechts dazu berechtigt, die Ausfertigung des KultgSchG zu verweigern. Der Bundespräsident weist hier darauf hin, der Gesetzgeber habe die Entscheidung über die Einzelheiten der Führung des Kulturgutverzeichnisses nicht der Exekutive überlassen dürfen, sondern hätte genauere Vorgaben machen müssen. Es könnten daher Verstöße gegen den Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt sowie gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorliegen. Obwohl es dabei um die Abgrenzung der Befugnisse von Legislative und Exekutive geht, handelt es sich um Fragen des Gesetzesinhalts und somit des materiellen Verfassungsrechts.²² Es fragt sich deshalb, ob dem Bundespräsidenten auch ein materielles Prüfungsrecht zukommt und das KultgSchG in materieller Hinsicht verfassungswidrig ist.

a) Bestehen eines materiellen Prüfungsrechts²³

Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 GG ist für die Frage des materiellen Prüfungsrechts unergiebig: Er bezieht sich zunächst allgemein auf „Vorschriften dieses Grundgesetzes“; damit könnten grundsätzlich auch die Normen des materiellen Verfassungsrechts gemeint sein.²⁴ Andererseits lässt sich die Formulierung „zustande gekommen“ auch im Sinne einer Beschränkung auf Verfahrensvorschriften interpretieren.

Aus Sicht einer systematischen Auslegung spricht die Stellung des Art. 82 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit den Art. 70 ff., 76 ff. GG zunächst für eine Beschränkung auf ein bloß formelles Prüfungsrecht. Auch ergibt sich ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten in Bezug auf die materielle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nicht bereits aus der Überlegung, formelle und materielle Prüfung eines Gesetzes könnten nicht voneinander unterschieden werden, weil ein materiell verfassungswidriges Gesetz stets zugleich den

des Bundespräsidenten im Sachverhalt ausdrücklich auf dieses Problem hinweist.

²² Die Einordnung als materielles Verfassungsrecht wurde allerdings von manchen Bearbeitern übersehen mit der Folge, dass diese die Frage eines materiellen Prüfungsrechts des Bundespräsidenten entweder überhaupt nicht oder aber – bei nahe ebenso schlimm – ohne jeden Fallbezug erörterten.

²³ Dies ist eine klassische und für Prüfungsaufgaben beliebte Streitfrage: vgl. die Übersichten bei *Schoch*, Übungen im Öffentlichen Recht I, 2000, S. 147 ff.; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 86 ff.; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 732 ff.; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1270 ff.; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 496 ff.; sowie die Übungsfälle von *Ipsen/Epping*, JuS 1992, 305; *Barthel/Janik*, JA 2007, 519; *Stumpf*, JuS 2010, 35. Sie ist nach wie vor aktuell: vgl. aus dem jüngeren Schrifttum etwa *Schoch*, ZG 2008, 209; *Meyer*, JZ 2011, 602. Nicht entscheidend ist an dieser Stelle, zu welchem Ergebnis die Bearbeiter kommen, sondern dass eine schlüssige Argumentation entwickelt wird; auch müssen nicht alle hier aufgeführten Argumente zwingend genannt werden.

²⁴ *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 497; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1276.

förmlichen Mangel aufweise, nicht als verfassungsänderndes Gesetz eingebracht worden zu sein. Dagegen spricht bereits das ausdrückliche Verbot von „Verfassungsdurchbrechungen“ in Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG, eine Änderung des Grundgesetzes muss sich im Verfassungstext niederschlagen. Danach ist ein nicht als Verfassungsänderung beschlossenes Gesetz stets ein einfaches Gesetz.²⁵ Für ein materielles Prüfungsrecht lässt sich in systematischer Hinsicht auch nicht der Amtseid des Bundespräsidenten gem. Art. 56 GG anführen, wonach der Bundespräsident schwört, „das Grundgesetz [zu] wahren und [zu] verteidigen“. Denn der Bundespräsident das GG nur im Rahmen seiner ihm eben durch dieses verliehenen Befugnisse wahren.²⁶ Ebenso wenig kann die Möglichkeit einer Präsidentenanklage wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes (Art. 61 GG) eine Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten begründen.²⁷ Demgegenüber schließt der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten nicht aus, denn auch wenn danach Eingriffe des Bundespräsidenten in die Gesetzgebung Bedenken unterliegen, besteht doch nach dem Grundgesetz keine strikte Trennung der Gewalten.²⁸

Für ein materielles Prüfungsrecht spricht hingegen die umfassende Bindung des Bundespräsidenten an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und der u.a. darin zum Ausdruck kommende Vorrang der Verfassung. Jedes Staatsorgan darf danach nur im Rahmen der Verfassung handeln.²⁹ Die Ausfertigung verfassungswidriger Gesetze kann daher auch dem Bundespräsidenten nicht „zugemutet“ werden.³⁰ Dagegen spricht auch nicht die vorrangige Kompetenz des BVerfG zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sowie dessen Normverwerfungsmonopol (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG):³¹ Zum einen stellt eine Überprüfung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten die Befugnisse des BVerfG nur teilweise in Frage, da gegen die Weigerung des Bundespräsidenten, ein Gesetz auszufertigen, das Organstreitverfahren statthaft ist, in dessen Rahmen eine Überprüfung des Gesetzes durch das BVerfG stattfindet, so dass dieses im Grundsatz „das letzte Wort“ behält. Zum anderen prüft das BVerfG ein Gesetz nur nachträglich, während der Bundespräsident auf-

²⁵ Dazu auch näher *Schoch* (Fn. 23), S. 149; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 497.

²⁶ *Schoch* (Fn. 23), S. 148; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 732; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1277.

²⁷ Dazu auch *Schoch* (Fn. 23), S. 148; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1277.

²⁸ *Schoch* (Fn. 23), S. 150; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 89; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 500.

²⁹ *Schoch* (Fn. 23), S. 151 f.; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1278.

³⁰ In diese Richtung auch *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 89; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1283; *Pieroth* (Fn. 33), Art. 82 Rn. 3.

³¹ Zu diesem Argument auch *Schoch* (Fn. 23), S. 150 f.; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1282; *Pieroth* (Fn. 33), Art. 82 Rn. 3.

grund des Vorrangs der Verfassung bereits das Entstehen verfassungswidriger Gesetze verhindern muss.³²

Der Bundespräsident hat zwar unter dem GG bewusst eine deutlich schwächere Stellung als etwa der Reichspräsident unter der Weimarer Reichsverfassung; er nimmt vorrangig repräsentative Funktionen wahr.³³ Doch spricht dies nicht gegen ein materielles Prüfungsrecht; insbesondere lässt sich die Funktion des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren nicht auf die eines „Staatsnotars“ reduzieren, zumal auch ein Notar nicht an Handlungen mitwirken darf, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.³⁴

Erkennt man ein materielles Prüfungsrecht des Bundespräsidenten an, so fragt sich weiter, wie weit dieses reicht. Vielfach wird die Prüfungscompetenz des Bundespräsidenten auf offensichtliche Verstöße gegen materielles Verfassungsrecht, auf eine Evidenzkontrolle, beschränkt.³⁵ Allerdings bietet „Evidenz“ kaum einen handhabbaren Maßstab; durch die Unterscheidung von evidenten und nicht evidenten materiellen Verfassungsverstößen ergeben sich vielmehr weitere Abgrenzungsschwierigkeiten.³⁶ Auch würde die Beschränkung auf eine Evidenzkontrolle der unbedingten Verfassungsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht gerecht. Überzeugender ist es daher, von einem umfassenderen, nicht auf evidente Fehler beschränkten Prüfungsrecht auszugehen.³⁷

b) *Materielle Verfassungsmäßigkeit des KultgSchG*³⁸

(1) *Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzes bzw. des Parlamentsvorbehalts*³⁹

In Betracht kommt zunächst ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, wonach bestimmte Regelungen unmittelbar durch förmliches Gesetz getroffen werden müssen und überhaupt nicht der Exekutive übertragen werden dürfen. Der Vorbehalt des Gesetzes hat seine Grundlage zum einen im Rechtsstaatsprinzip, zum anderen im Demokratieprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 3, Art. 28 Abs. 1 GG) und überschneidet sich insofern z.T. mit dem sog. Parlamentsvorbehalt. Unmittelbar durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu treffen sind jedenfalls die – sei es für das demokratische Gemeinwesen (demokratische Komponente), sei es für die Verwirklichung von Grundrechten (rechtsstaatliche Komponente) – wesentlichen Entscheidungen („Wesentlichkeitsvorbehalt“).⁴⁰ Durch formelles Parlamentsgesetz geregelt werden müssen insbesondere Ermächtigungen zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers.⁴¹

Die in § 2 S. 2 KultgSchG getroffene Regelung enthält zwar keine unmittelbare Eingriffsermächtigung, sondern betrifft zunächst nur das Verfahren der Qualifizierung von

³² So auch *Schoch* (Fn. 23), S. 151; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733.

³³ Zur historischen Auslegung *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; vgl. ferner *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1279.

³⁴ *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 499, unter Hinweis auf § 14 Abs. 2 BNotO, wonach der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen hat, „wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden“.

³⁵ So etwa *Kahl/Benner*, Jura 2005, 869 (876); *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 732; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1283; *Pieroth* (Fn. 33), Art. 82 Rn. 3.

³⁶ Für ein umfassendes materielles Prüfungsrecht daher auch *Schoch* (Fn. 23), S. 153; sowie ausführlich *Schoch*, ZG 2008, 209 (219 ff.); ferner *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 82 Rn. 16.

³⁷ Nicht überzeugen konnte es, wenn Bearbeiter die Frage nach dem (materiellen) Prüfungsrecht zunächst offen ließen mit der Begründung, es komme auf ihre Entscheidung nicht an, wenn das Gesetz materiell verfassungsgemäß sei, diese Bearbeiter dann die materielle Verfassungsmäßigkeit prüften und bejahten. Denn der Bundespräsident darf überhaupt nicht weiter prüfen, solange die Frage des Prüfungsrechts nicht geklärt ist.

³⁸ Diejenigen Bearbeiter, welche sich gegen ein materielles Prüfungsrecht entschieden haben, müssen die materielle Verfassungsmäßigkeit ausweislich des Bearbeitervermerks hilfs-gutachterlich prüfen.

³⁹ Es ist gut vertretbar, wenn Bearbeiter die Problematik des Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalts nicht ansprechen und sogleich Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG prüfen, da im vorliegenden Fall jedenfalls verschiedene Regelungen unmittelbar im Gesetz getroffen wurden und das Verhältnis jener verschiedenen Grenzen exekutiver Rechtssetzung im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt wird: Vielfach wird dahingehend unterschieden, der Vorbehalt des Gesetzes betreffe das „Ob“ einer Regelung durch den Gesetzgeber, das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hingegen das „Wie“ der vom Gesetzgeber zu treffenden Regelung resp. der Delegation; andere Autoren gehen von einer Identität aus; weiterführend v. *Danwitz*, Jura 2002, S. 92 (S. 99); *Nierhaus*, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 717 (insb. S. 720 ff.); vgl. auch *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 80 Rn. 34, 38. Gelungene Ausführungen konnten hier zu Pluspunkten führen. Umgekehrt war das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in jedem Fall anzusprechen, weil das Vorbringen des Bundespräsidenten im Sachverhalt, der Exekutive hätten genauere Vorgaben gemacht werden müssen, hierauf eigens hinweist.

⁴⁰ Weiterführend zum Ganzen etwa *Maurer* (Fn. 13), § 8 Rn. 19 ff.; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 36 ff., 296 ff.; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 296, 481 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 44 ff.; instruktive „Grundfälle“ auch bei *Wehr*, JuS 1997, 419.

⁴¹ Dazu näher *Maurer* (Fn. 13), § 8 Rn. 21 f.; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 296 ff.; *Jarass* (Fn. 27), Art. 20 Rn. 48 f.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 80 Rn. 73, 78.

Kulturgut. Die durch Verkehrsbeschränkungen, Anzeige- und Genehmigungspflichten sowie Straf- und Bußgeldvorschriften vorgenommenen Eingriffe in die Grundrechte der Besitzer und Eigentümer von Kulturgütern sind demgegenüber unmittelbar im KultgSchG geregelt. Andererseits zieht die Qualifizierung eines Gegenstandes als geschütztes Kulturgut die Besitzer- und Eigentümerpflichten gleichsam automatisch nach sich. Damit haben aber nicht nur jene Pflichten, sondern auch das für die Feststellung von Kulturgut Verfahren erhebliche, „wesentliche“ Grundrechtsrelevanz. Dies spricht dafür, dass der parlamentarische Gesetzgeber auch die einzelnen Voraussetzungen der Aufnahme von Kulturgütern in das Verzeichnis und das dafür vorgesehene Verfahren, etwa die Kriterien der Bedeutung für den deutschen Kulturbesitz oder die verfahrensmäßige Einbeziehung entsprechenden Sachverständigen – zumindest in ihren Grundzügen – hätte regeln müssen.⁴² Die in § 2 S. 2 KultgSchG getroffene Regelung verstößt daher gegen den Vorbehalt des Gesetzes.

(2) *Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG*⁴³

Die Regelung des § 2 S. 2 KultgSchG könnte ferner gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Gesetz hinreichend bestimmt sein müssen. „Hinreichende Bestimmtheit“ meint dabei nicht, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz ausdrücklich festgelegt sein müssten. Es genügt vielmehr, wenn sie sich durch Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsgrundsätze ermitteln lassen.⁴⁴

In Rechtsprechung und Literatur finden sich verschiedene Umschreibungen, mit denen die Anforderungen an eine hin-

reichende Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG konkretisiert werden sollen.⁴⁵ Der „Selbstentscheidungsformel“ zufolge hat der parlamentarische Gesetzgeber selbst die Entscheidung über den zulässigen Inhalt, die Grenzen und den Zweck der Rechtsverordnung zu treffen.⁴⁶ Nach der „Programmformel“ muss das förmliche Gesetz das Programm umreißen, welches der Gesetzgeber mit der Rechtsverordnung erreichen will.⁴⁷ Die „Vorhersehbarkeitsformel“ fordert, der Bürger müsse dem Gesetz entnehmen können, in welchen Fällen und mit welchen Zielen von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werde.⁴⁸

Diese Konkretisierungsversuche akzentuieren verschiedene Ziele des Bestimmtheitsgebotes wie die Verwirklichung des Rechtsstaatsgebots oder die demokratische Verantwortung des Gesetzgebers, vermitteln aber noch keinen handhabbaren Maßstab.⁴⁹ Die Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG lassen sich daher nur im Einzelfall anhand der Besonderheiten der jeweiligen Regelungsmaterie bestimmen. Hohe Anforderungen gelten an Gesetze, die zu belastenden Ordnungsregelungen ermächtigen und erhebliche Grundrechtsrelevanz haben. Großzügiger muss die Bestimmtheit dagegen bei vielgestaltigen, schnellem Wandel unterliegenden Sachverhalten beurteilt werden.⁵⁰

In Anwendung dieser Kriterien⁵¹ ließe sich zunächst wiederum darauf abstellen, dass die besonders grundrechtsintensiven Regelungen wie Verkehrsbeschränkungen, Genehmigungs- und Anzeigepflichten, Straf- und Bußgeldvorschriften, nach dem Sachverhalt bereits unmittelbar im Gesetz getroffen werden und der Ordnungsgeber nicht zu weiteren Belastungen ermächtigt wird.

⁴² Vgl. auch die eingehenden Regelungen in § 2 des geltenden KultgSchG, BGBl. I 1999, S. 1754:

„(1) Über die Eintragung des Kulturgutes in das Verzeichnis entscheidet die oberste Landesbehörde.

(2) Vor der Entscheidung hat die oberste Landesbehörde einen von ihr zu berufenden Sachverständigenausschuss zu hören. Er besteht aus fünf Sachverständigen. Einer von ihnen ist auf Vorschlag des Beauftragten der Bundesregierung für Angelegenheiten der Kultur und der Medien zu berufen. Bei der Berufung der Sachverständigen sind die Kreise der Fachleute aus den öffentlichen Verwaltungen, der Hochschullehrer, der privaten Sammler, des Kunsthandels und Antiquariates zu berücksichtigen.“

⁴³ Auf den Kreis der nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG zulässigen Ermächtigungsadressaten müssen die Bearbeiter nicht unbedingt eingehen. Zu beanstanden ist es aber, wenn Bearbeiter Anforderungen des Art. 80 GG prüfen, die sich nicht an den ermächtigenden Gesetzgeber, sondern an den Ordnungsgeber richten, weil zum einen die Verordnung noch gar nicht erlassen, zum anderen die Regelungsebene der Verordnung gar nicht Gegenstand der aktuellen präsidialen Prüfung ist (Verständnisfehler!).

⁴⁴ Vgl. etwa BVerfGE 55, 207 (226); 58, 257 (277 f.); 80, 1 (20 f.); 123, 39 (78); ferner v. Danwitz, Jura 2002, 93 (98); Maurer (Fn. 13), § 17 Rn. 139; Gröpl (Fn. 2), Rn. 1324.

⁴⁵ Dazu m.w.N. bei v. Danwitz, Jura 2002, 93 (98); Maurer (Fn. 13), § 17 Rn. 139; Mann (Fn. 27), Art. 80 Rn. 27; Brenner (Fn. 27), Art. 80 Rn. 36; Pieroth (Fn. 11), Art. 80 Rn. 11.

⁴⁶ Vgl. etwa BVerfGE 2, 307 (334); 23, 62 (72).

⁴⁷ Vgl. etwa BVerfGE 5, 71 (77); 8, 274 (307); 58, 257 (277); BVerfGE 72, 207 (210).

⁴⁸ Vgl. etwa BVerfGE 1, 14 (60); 41, 251 (266); 56, 1 (12); BVerfGE 111, 143 (150).

⁴⁹ Die Bearbeiter müssen die angeführten Formeln daher nicht unbedingt nennen; wichtiger ist die genaue Arbeit mit den nachfolgenden Kriterien der Eingriffsintensität und der Wandelunterworfenheit im Hinblick auf die konkrete Regelung des KultgSchG. In jedem Falle ist aber ein Bemühen um eine Maßstabbildung zu fordern, während die bloße Feststellung, die Verordnungsermächtigung sei zu unbestimmt, zu oberflächlich ist.

⁵⁰ BVerfGE 58, 257 (277 f.); 62, 203 (210); zuletzt 123, 39 (78); BVerfGE 89, 121 (131 f.); v. Danwitz, Jura 2002, 93 (98); Mann (Fn. 27), Art. 80 Rn. 29; Brenner (Fn. 27), Art. 80 Rn. 37; Pieroth (Fn. 33), Art. 80 Rn. 12; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 80 Rn. 72 ff.

⁵¹ Ein von der hier vorgeschlagenen Lösung abweichendes, aber in schlüssiger Anwendung der vorgenannten Kriterien erzielt Ergebnis war nicht zu beanstanden.

Andererseits hängen die im Gesetz vorgesehenen grundrechtsintensiven Folgen unmittelbar an der Qualifizierung eines Gegenstandes als Kulturgut.⁵² Von entscheidender Bedeutung für die Betroffenen Eigentümer und Besitzer ist es deshalb, nach welchen Kriterien die Eigenschaft als Kulturgut beurteilt wird. Dabei kommt es vor allem auf kunsthistorische Gesichtspunkte an. Diese kann der Gesetzgeber zwar angesichts ihrer Vagheit und in Ermangelung des erforderlichen Sachverständnisses nur bedingt selbst festlegen. Es bedarf aber zumindest gewisser gesetzlicher Verfahrensregelungen, die eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen – nur dann nämlich ist die Belastung gegenüber den betroffenen Grundrechtsträgern gerechtfertigt. Der Gesetzgeber müsste also z.B. einen Sachverständigenausschuss vorsehen, der vor einer Eintragung von Gegenständen in das Verzeichnis nach § 2 KultgSchG anzuhören ist.⁵³

Was schließlich die Vielgestaltigkeit und Wandelunterworfenheit der dem Verordnungsgeber übertragenen Regelungsbefugnisse angeht, so treffen diese Gesichtspunkte allenfalls auf die kunsthistorischen Kriterien, nicht aber auf das für die Qualifizierung von Kulturgut vorzusehende Verfahren zu – dieses muss gerade mit gewisser Beständigkeit festgelegt werden. Auch dies spricht letztlich dafür, dass der parlamentarische Gesetzgeber in § 2 S. 2 KultgSchG detailliertere Vorgaben hätte machen müssen und die dort getroffene Regelung gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstößt.⁵⁴

3. Ergebnis

Da § 2 Satz 2 KultgSchG materiell verfassungswidrig ist, verweigerte der Bundespräsident auf der Grundlage seines Prüfungsrechts die Ausfertigung zu Recht. Der Antrag im Organstreitverfahren ist daher unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.⁵⁵

⁵² Anhand der Ähnlichkeit der Argumentation im Hinblick auf Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheit werden die Überschneidungen beider Verfassungsrechtssätze deutlich; vgl. auch v. *Danwitz*, Jura 2002, 93 (99).

⁵³ Vgl. auch insofern § 2 des geltenden KultgSchG (oben Fn. 40).

⁵⁴ Diejenigen Bearbeiter, welche sich für ein auf Evidenzkontrolle beschränktes Prüfungsrecht entscheiden, müssen an dieser Stelle zumindest kurz feststellen, dass und weshalb sie den Verstoß für evident erachten. Das lässt sich hier jedenfalls mit Blick auf das vollständige Fehlen jeglicher Verfahrensregelungen in dem Gesetzentwurf durchaus annehmen.

⁵⁵ Nimmt ein Bearbeiter an, der Bundespräsident habe die Ausfertigung zu Unrecht verweigert, muss er noch kurz die Verletzung des Gesetzgebungsrechts des Bundestages feststellen.