

Jenseits von Staatsnotar und Staatsleitung: Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten

Von Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Münster*

I. Einleitung

Der Bundespräsident wirkt durch sein Wort und durch seine Beteiligung an den Staatsgeschäften. Unter den förmlich gefassten Kompetenzen sticht die Ausfertigung der Bundesgesetze (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG) deutlich hervor. Denn (nur) hier ist der Bundespräsident am staatsrechtlichen Normal- und Alltagsbetrieb beteiligt.¹ Der Eigenanteil der präsidentiellen Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung ist vor allem mit dem Stichwort des „Prüfungsrechts“ verbunden. Zu der damit angesprochenen Überprüfung von beschlossenen Bundesgesetzen vor ihrer Verkündung hat sich eine relativ stabile Staatspraxis herausgebildet. Allerdings ist das sogenannte Prüfungsrecht des Bundespräsidenten insoweit ein fast einzigartiges Artefakt. Denn obwohl es sich um eine dogmatisch anspruchsvolle und praktisch wichtige Frage handelt, liegt keine einzige ausdrückliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dazu vor.² Auch aus diesem Grund haben sich hier – weitgehend getrennt von der praktischen Handhabung der Frage – Theorien gehalten und verfestigt, die wenig Bezug auf die konkreten verfassungsrechtlichen Gegebenheiten nehmen. Namentlich gilt dies für die Aufteilung der Gestaltungs- und Kontrollkompetenzen zwischen Regierung, Parlament, Bundespräsident und Bundesverfassungsgericht.

Der nachfolgende Beitrag möchte die bisherige Praxis und die akademische Behandlung des Themas näher zusammenführen und auf den Stand des funktionenverschränkten Verfassungsstaats bringen: Er schlägt vor, für das gesamte Prüfungsrecht des Bundespräsidenten auf einen Evidenzmaßstab zurückzugehen und im Gegenzug die verbreitete, aber wenig praxistaugliche Unterscheidung von formellem und materiellem Prüfungsrecht aufzugeben; dem Bundespräsidenten ist dabei aufzugeben, dass er seine Entscheidung zur Nichtausfertigung entsprechend ausdrücklich begründet. Hierfür wird abschließend ein Aufbauvorschlag für die gutachterliche Prüfung vorgelegt, der für entsprechende Konstellationen vorzuzugswürdig erscheint.

* Ich danke meinem Assistenten Herrn Wiss. Mitarbeiter Daniel Weidemann, für engagierte Hilfe bei der Vorbereitung des Beitrags.

¹ Außer Acht bleiben im Folgenden die Beteiligung bei der Kreation von Staatsorganen und die Notstandsrechte des Bundespräsidenten. Vgl. dazu etwa Nettesheim, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 62 Rn. 1 ff. (insb. Rn. 4 ff.).

² Anders verhält es sich zu den Problemen des Rederechts des Bundespräsidenten und seiner Wahl. Vgl. hierzu zuletzt BVerfG, Urt. v. 10.6.2014 – 2 BvE 4/13 sowie BVerfG, Urt. v. 10.6.2014 – 2 BvE 2/09.

II. Normenbefund und Praxis

1. Ausgangslage: Die Ausfertigung als notwendiger Bestandteil der Bundesgesetzgebung

Vor der Verkündung eines Gesetzes im Bundesgesetzblatt sieht das Grundgesetz in Art. 82 Abs. 1 S. 1 die Ausfertigung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten als Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens vor.

Mit der Ausfertigung bezeugt der Bundespräsident zum einen, dass der zu verkündende Gesetzestext inhaltsgleich mit dem des beschlossenen Gesetzes ist (sogenannte Authentizitätsfunktion).³ Weil aber Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG davon spricht, dass die so bekundeten Gesetze „nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen(en)“ sind, bestätigt der Bundespräsident auch, dass das Zustandekommen des Gesetzes unter Einhaltung und Achtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen erfolgt ist (sogenannte Legalitätsfunktion).⁴ Diese zweite Funktion der Ausfertigung setzt eine entsprechende Prüfungskompetenz voraus, da der Bundespräsident sonst nicht in der Lage wäre, das verfassungskonforme Zustandekommen tatsächlich zu bestätigen: Es entstünde durch seine Mitwirkung ein unangemessener, weil nicht real gegebener Legitimitätsüberhang für das Gesetz.⁵

³ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 45 Rn. 77; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 82 Rn. 8, 12; Rubel, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Bd. 2, 2002, Art. 82 Rn. 10.

⁴ Rubel (Fn. 3), Art. 82 Rn. 10; Guckelberger, NVwZ 2007, 406 (407); Ipsen, Staatsrecht I, 26. Aufl. 2014, Rn. 495; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 83; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 82 Rn. 15. Die beiden letzteren schreiben der Ausfertigung auch noch eine Abschluss- und Integrationsfunktion zu.

⁵ Ein Überblick über die Entwicklung insbesondere auf Reichs- und Bundesebene findet sich bei Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 82 Rn. 1 ff. Vgl. zur historischen Lage G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 8. Aufl. 2005 (Nachdruck der 7. Aufl. von 1919), S. 687 f., 682 Anm. 5 m.w.N.; Jellinek, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, § 72, S. 177 ff.; Triepel, AöR 39 (1920), 456 (533 ff.); Ladenburger, Die Prüfungszuständigkeit des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen, 1966, S. 31 ff.

Der Ausfertigungsbegriff des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG findet keine Anwendung bei der Gesetzgebung der Länder (BVerwGE 88, 204 [208]). Die Länderverfassungen weisen eigene Regelungen zur Ausfertigung auf. Obwohl diese weitgehend mit Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG deckungsgleich sind, werden doch Unterschiede und damit die bundesstaatliche Qualität des Vorgangs offenbar: Zum Teil fällt der Landesregierung bzw. dem Ministerpräsidenten allein oder zusammen

2. Überprüfung und Nichtausfertigung von Gesetzen als „gelebtes Verfassungsrecht“

a) Konstellationen

Sämtliche Gesetzesbeschlüsse werden durch das Bundespräsidialamt einer eigenen verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen, so dass diese Phase in einer Gesamtsicht des Gesetzgebungsverfahrens sachlich wie auch zeitlich mit einzu-beziehen ist: Die besonders zügige⁶ ebenso wie die verzögerte Ausfertigung⁷, die Ausfertigung unter gleichzeitiger Anzeige verfassungsrechtlicher Bedenken und schließlich auch die Nichtausfertigung kommen hier in Betracht.⁸ Jede dieser

mit weiteren Ministern die Ausfertigung zu (z.B. Art. 71 Abs. 1 S. 1 LVerf NRW, Art. 76 Abs. 1 LVerf Bay, Art. 120 LVerf Hess); teilweise jedoch auch dem Parlamentspräsidenten (z.B. Art. 45 Abs. 1 S. 1 LVerf Nds, Art. 81 Abs. 1 LVerf Bbg). Des Weiteren wird die Ausfertigung streckenweise mit einer Frist versehen. So sehen die Landesverfassungen von Hamburg und Bremen eine einmonatige Frist vor, innerhalb der das Gesetz auszufertigen ist (Art. 52 LVerf HH, Art. 123 LVerf Brem). Andere Verfassungen geben eine „unverzögerlich(e)“ Ausfertigung direkt (z.B. Art. 81 Abs. 1 LVerf Bbg) oder nach einem Dringlichkeitsbeschluss des Landtages vor (z.B. Art. 76 Abs. 1 S. 2 LVerf Sachs). Parallel zum Grundgesetz gibt es jedoch auch Landesverfassungen, die überhaupt keine expliziten zeitlichen Vorgaben machen (z.B. Art. 102 LVerf Saarl) oder letztere nur auf die Verkündung beziehen (z.B. Art. 113 Abs. 1 LVerf RIP) (siehe zu alledem *Bauer* (Fn. 3), Art. 82 Rn. 7; *Brenner* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 7; v. *Lewinski*, in: *Bonner Kommentar Grundgesetz*, 162. EL Stand: Juli 2013, Art. 82 Rn. 1 ff. Zu weiteren Unterschieden siehe auch unten Fn. 28.

⁶ Als Beispiel kann hier das sog. Kontaktsperregesetz (BGBl. I 1977, S. 1877) im „Deutschen Herbst“ dienen, welches am 29.9.1977 verabschiedet, am 30.9.1977 ausgefertigt, am 1.10.1977 verkündet wurde und bereits am 2.10.1977 in Kraft trat (siehe dazu auch

https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/40721_149_kw39_kontaktsperre_kalenderblatt/209526 [1.9.2014]).

⁷ So kürzlich das sog. Diätenerhöhungsgesetz (BGBl. I 2014, S. 906), beschlossen am 21.2.2014, welches am 19.5.2014 das Bundespräsidialamt erreichte und am 11.7.2014 ausgefertigt (Verkündung: 15.7.2014) wurde (siehe auch <http://www.sueddeutsche.de/politik/neue-diaetenregelung-bundespraesident-contra-bundestag-1.2023921> [1.9.2014]). Nach Beschluss des Gesetzes über die 3%-Klausel bei Europawahlen (BGBl. I 2013, 3749) vergingen über drei Monate bis zur Ausfertigung (v. *Arnim*, NVwZ 2014, 846 [849]).

⁸ Einen weiteren Fall stellt die Aussetzung der Ausfertigung dar, um beispielsweise die einstweilige Klärung des Bundesverfassungsgerichts abzuwarten (Bundespräsident *Gauck* beim Fiskalpakt 2012) oder aber um dem Gesetzgeber eine gewisse Zeitspanne einzuräumen, in der er ein ergänzendes Gesetz beschließen (Bundespräsident *Heuss* beim ersten Gesetz zur Durchführung der Neugliederung in dem die Länder Baden, Württemberg-Hohenzollern umfassenden Gebiet; sog. Blitzgesetz 1951) oder durch die Änderung des Grund-

Möglichkeiten hat bestimmte praktische Konsequenzen und wirkt sich auf das Verhältnis der Staatsorgane aus.

b) Insbesondere: Nichtausfertigung und Anzeige verfassungsrechtlicher Bedenken bei der Ausfertigung

Die Nichtausfertigung gehört zu einer sparsam gebrauchten, aber kontinuierlich ausgeübten Vorgehensweise des bundesrepublikanischen Verfassungsstaats. Bisher verweigerten die Bundespräsidenten *Heuss*⁹, *Lübke*¹⁰, *Heinemann*¹¹, *Scheel*¹², v. *Weizsäcker*¹³ und *Köhler*¹⁴ die Ausfertigung von insgesamt acht Gesetzen wegen angenommener Verfassungswidrigkeit. Die Begründungen fielen unterschiedlich aus: Teilweise führten sie explizit formelle, teilweise aber auch materiellrechtliche Gründe für ihre Entscheidung an. Auch die Offenkundigkeit bzw. Intensität des Verstoßes, die für die Nichtausfertigung erforderlich sei, wurde unterschiedlich gesehen.¹⁵ Als Alternative zur Nichtausfertigung ist insbesondere die Ausfertigung unter gleichzeitiger öffentlicher Anzeige von verfassungsrechtlichen Bedenken beachtenswert (z.B. so

gesetzes einen entsprechenden verfassungsrechtlichen Rahmen für das auszufertigende Gesetz schaffen kann. Bundespräsident *Köhler* hat beim Zugangserschwerungsgesetz (2010) zunächst die Ausfertigung nur aufgeschoben und zugleich von der Regierung weitere Informationen zu diesem Gesetz gefordert. Vgl. v. *Lewinski* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 174, 93 f., 85.

⁹ Ausführungsgesetz zu Art. 108 Abs. 2 GG (1951); Grund: Fehlende Zustimmung des Bundesrates.

¹⁰ Gesetz über den Betriebs- und Belegschaftshandel (1960/1961); Grund: Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

¹¹ Änderungsgesetz zum Ingenieurgesetz (1969), Änderung des Architektengesetzes (1970); Grund: Jeweils fehlende Gesetzgebungszuständigkeit.

¹² Wehrpflichtänderungsgesetz (1976); Grund: Fehlende Zustimmung des Bundesrates.

¹³ Gesetz zur Privatisierung der Flugsicherung (1991); Grund: Verstoß gegen Art. 87d Abs. 1 a.F., Art. 33 Abs. 4 GG.

¹⁴ Gesetz zur Privatisierung der Flugsicherung (2006); Grund: Verstoß gegen Art. 87d GG. Verbraucherinformationsgesetz (2006); Grund: Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG.

¹⁵ Beispielhaft kann hier auf die Kontroverse zwischen Bundespräsident *Heinemann* und dem damaligen Bundestagspräsidenten *Carstens* verwiesen werden: *Carstens* merkte 1969 zur Nichtausfertigung durch *Heinemann* an, dass letzterer größere Zurückhaltung hätte wahren und das Gesetz ausfertigen sollen, um im Anschluss eine endgültige Entscheidung durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts einholen zu lassen. Dieser Marschroute kam *Heinemann* 1974 bei der Ausfertigung der Strafrechtsnovelle zum Schwangerschaftsabbruch nach und fertigte das Gesetz unter Anzeige verfassungsrechtlicher Bedenken aus. Während *Carstens* eigener Amtszeit als Bundespräsident, hielt er sich an sein als Bundestagspräsident ausgegebenes Credo und fertigte ebenfalls Gesetze trotz verfassungsrechtlicher Bedenken aus (zu alledem *Scholz*, *Die Bundespräsidenten*, 2. Aufl. 1992, S. 257 f.).

geschehen bei *Heinemann*¹⁶, *Carstens*¹⁷, v. *Weizsäcker*¹⁸, *Herzog*¹⁹, *Rau*²⁰, *Köhler*²¹, *Gauck*²²). Dies kann als Wink verstanden werden, dass sich das BVerfG mit der Verfassungsmäßigkeit beschäftigen möge. Gleichzeitig ging damit zumeist ein Signal einher, dass der Bundespräsident sein Recht auf Nichtausfertigung nur bei offensichtlichen, eindeutigen oder zweifelsfreien Verstößen für sich in Anspruch nehmen wolle, ein solch klarer Fall hier aber nicht vorläge.²³

Damit lässt sich feststellen, dass die überwiegende Anzahl von Bundespräsidenten sich veranlasst sah, darüber zu entscheiden, ob ihnen – und wenn ja in welchem Umfang – eine Prüfungs- und Verwerfungskompetenz in Bezug auf Bundesgesetze zukommt. Ganz besonders bemerkenswert ist die faktische Wirkung der entsprechenden Vorgehensweise: In den acht Fällen, bei denen der Bundespräsident die Ausfertigung verweigerte, wurde diese Entscheidung nicht ein einziges Mal prozessual angegriffen – die beschlossenen Gesetze traten allesamt nicht in Kraft. Und hinzu kommt, dass bei den unter Bedenken ausgefertigten Gesetzen letztlich in allen bekannten Fällen²⁴ eine Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht stattfand, weil sich ein Antragsberechtigter die Hinweise des Bundespräsidenten zu eigen machte; im

Ergebnis wurden bisher sechs Gesetze für (teilweise) verfassungswidrig erklärt.²⁵

III. Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten: Unterscheidung von „Breite“ und „Tiefe“

1. Ausfertigung als Rechtspflicht – kein politisches Prüfungsrecht

Das Grundgesetz sieht vor, dass der Bundespräsident die „nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“ ausfertigt. Ausfertigung und ebenso die Überprüfung von beschlossenen Gesetzen sind also kein „Recht“, sondern eine aus der Verfassung zu begründende Kompetenz, die daher in erster Linie als Pflicht bzw. Auftrag zu begreifen ist. Schon mit dieser ersten terminologischen Präzisierung ist klargestellt, dass es sich bei der vorliegenden Frage nicht um die Fortsetzung einer Traditionslinie handeln kann, die den Bundespräsidenten etwa mit einem vorkonstitutionellen Monarchen verbinden würde, dessen Einverständnis zu Gesetzgebungsakten der Kammern erforderlich gewesen wäre. Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG legt die Verfassung als Prüfungsmaßstab fest. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass bloß politische Einwände nicht herangezogen werden können, um die Nichtausfertigung eines Gesetzes zu legitimieren; es besteht von vornherein kein politisches Prüfungsrecht.²⁶ Denn die politische Staatsleitung kommt nach der Gesamtanlage des Grundgesetzes Regierung und Parlament, nicht aber dem Bundespräsidenten zu.²⁷ Zu unterscheiden sind dann

¹⁶ Strafrechtsnovelle zum Schwangerschaftsabbruch (BGBl. I 1974, S. 1297).

¹⁷ Staatshaftungsgesetz (BGBl. I 1981, S. 553); Künstlersozialversicherungsgesetz (BGBl. I 1981, S. 705).

¹⁸ Parteienfinanzierungsgesetz (BGBl. I 1994, S. 142).

¹⁹ Novellierung des Atomgesetzes (BGBl. I 1994, S. 1618).

²⁰ Zuwanderungsgesetz (BGBl. I 2002, S. 1946).

²¹ Luftsicherheitsgesetz (BGBl. I 2005, S. 78); Zugangerschwerungsgesetz (BGBl. I 2010, S. 78).

²² Gesetz zum Betreuungsgeld (BGBl. I 2013, S. 254); Diätenerhöhungsgesetz (BGBl. I 2014, S. 906).

²³ Vgl. insbesondere für *Carstens*, Bulletin vom 2.7.1981, S. 545 (545) sowie Bulletin vom 4.10.1983, S. 942 (943); für v. *Weizsäcker*, Bulletin vom 26.1.1991, S. 46 (46); für *Herzog*, Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes vom 21.7.1994, in: documentArchiv.de (Hrsg.),

www.documentArchiv.de/brd/1994/steinkohlegesetz_bundespraesident-erkl.html (1.9.2014); für *Rau, ders.*, DVBl. 2004, 1 (2); für *Köhler*, Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes vom 12.1.2005, in der er zudem auf den Unterschied zwischen seiner Gestaltungsmöglichkeit und der des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen hat,

www.bundespraesident.de/DE/Amt-und-Aufgaben/Wirken-im-Inland/Amtliche-Funktionen/Entscheidung-Januar-2005.html (1.9.2014); für *Gauck* andeutend die Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes vom 15.2.2013, <http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/02/130215-Betreuungsgeld.html> (1.9.2014) sowie die Pressemitteilung vom 11.7.2014,

<http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/07/140711-Diaetengesetz.html> (1.9.2014).

²⁴ Davon ausgenommen ist das erst kürzlich verkündete Diätenerhöhungsgesetz (BGBl. I 2014, S. 906).

²⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1 (Strafrechtsnovelle zum Schwangerschaftsabbruch); 61, 149 (Staatshaftungsgesetz); 75, 108 (Künstlersozialversicherungsgesetz); 100, 249 (Novellierung des Atomgesetzes); 106, 310 (Zuwanderungsgesetz); 115, 118 (Luftsicherheitsgesetz). Eine Verfassungsbeschwerde beim Parteienfinanzierungsgesetz wurde nicht zur Entscheidung angenommen, da es ihr an einer substantiierten Begründung fehlte (BVerfGE 99, 84 [87]). Ein Organstreit, der unter anderem die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Teils des Parteienfinanzierungsgesetzes begehrte, war unzulässig (BVerfGE 104, 287 [303]). Ähnliches gilt für das Zugangerschwerungsgesetz: Eine diesbezügliche Verfassungsbeschwerde war wegen unzureichender Begründung und Nichtbeachtung der Subsidiarität unzulässig (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20110329_1bvr050811.html [1.9.2014]). Gegen das Betreuungsgeldgesetz ist eine abstrakte Normenkontrolle angestrengt worden, über die noch nicht entschieden wurde

(<http://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/3835598/2013-02-20-basfi-klage-betreuungsgeld/> [1.9.2014]).

²⁶ Dass kein politisches Prüfungsrecht besteht, ist im Ergebnis allgemeine Auffassung. Vgl. nur *Bauer* (Fn. 3), Art. 82 Rn. 12; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 234 f.; *Nettesheim* (Fn. 1), § 62 Rn. 37.

²⁷ Grundsätzlich zur Staatsleitung von Regierung und Parlament *Huber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 1), § 47 Rn. 13. Konkret in Bezug auf das Parlament und in Abgrenzung zum Kompetenzbereich des Bundespräsidenten *Nolte/Tams*, JuS

weiter „Breite“ und „Tiefe“ der Prüfungskompetenz: Erstens kann also gefragt werden, auf welche Gegenstände sich die Prüfung überhaupt bezieht, andererseits, wie weit die Prüfung dabei geht.²⁸

2. Lehrauffassungen – insbesondere: Trennung von „formellem“ und „materiellem“ Prüfungsrecht

Die Auffassungen der Staatsrechtslehre zu Umfang und Tiefe des Prüfungsrechts lassen sich in drei Gruppen unterteilen: Die herrschende Lehre unterscheidet ein formelles Prüfungsrecht, das sich auf Verstöße gegen formelles Verfassungsrecht bezieht und ein materielles Prüfungsrecht, das ein Gesetz materiell-rechtlich überprüft. Dabei wird zumeist von einem umfassenden formellen Prüfungsrecht ausgegangen, während das Recht, die Ausfertigung aufgrund materieller Verstöße gegen das Grundgesetz zu verweigern, nur in evidenten Fällen zulässig sei.²⁹

Eine Gegenposition beschränkt dagegen das Prüfungsrecht unter Bezug auf Art. 78 GG auf einzelne Teile des Ge-

setzgebungsverfahrens.³⁰ Schließlich wird auch vertreten, dem Bundespräsidenten käme ein vollständiges Überprüfungsrecht hinsichtlich aller Fragen zu.³¹

a) Kritische Würdigung der herrschenden Lehre: Wortlaut und Systematik

Auffallend ist von vornherein, dass die herrschende Lehre, die formelles und materielles Prüfungsrecht unterscheidet, mit der mittlerweile über 60 Jahre währenden politischen Praxis nicht übereinstimmt.³² Denn auch bei der Nichtausfertigung aufgrund formeller Verstöße haben einige Amtsinhaber die Evidenz des Verstoßes als erforderlich angesehen und von der Nichtausfertigung trotz verfassungsrechtlicher Bedenken abgesehen.³³ Zugleich wurde auf eine gesonderte Begrenzung der Prüfungskompetenz bei materiellen Verfassungsfragen typischerweise gerade nicht recurriert.

Dabei wird eine umfassende formelle Prüfungskompetenz zum Teil isoliert aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG abgeleitet. Die Formulierung „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“ müsse die Überprüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit in vollem Umfang umfassen.³⁴ Der bekannteste Begründungsansatz greift etwas weiter aus und verbindet Art. 82 GG mit der identischen Begrifflichkeit in Art. 78 GG, wonach ein vom Bundestage beschlossenes Gesetz zustande kommt, wenn der Bundesrat zustimmt bzw. den Vermittlungsausschuss nicht anruft, keinen Einspruch einlegt oder dieser Einspruch überstimmt wird.³⁵

Beide Betrachtungen können bei genauerer Überprüfung nicht überzeugen. Wenn zunächst nur Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG betrachtet wird, ist festzustellen, dass in dieser Vorschrift keine Einschränkung des Prüfungsumfangs auf formelle

2006, 1088 (1088); *Degenhart*, Staatsrecht I, 29. Aufl. 2013, Rn. 789.

²⁸ Auf Länderebene ist eine entsprechende Prüfungskompetenz der Ausfertigenden (siehe oben Fn. 5) umstritten. So wird sowohl im Falle der Ausfertigung durch den Landtagspräsidenten als auch durch die Regierung (mit unterschiedlichen Begründungen) vertreten, dass ein formelles als auch ein materielles Prüfungsrecht besteht, vgl. *Meissner*, in: *Degenhart/Meissner* (Hrsg.), Handbuch der Verfassung des Freistaates Sachsen, 1997, § 13 Rn. 38; *Mann*, in: *Löwer/Tettinger* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 71 Rn. 17 ff. Dabei muss bedacht werden, dass – unabhängig davon, wer auf Länderebene ausfertigt – kein dem Bundespräsidenten vergleichbares, „zusätzliches“ Organ beteiligt wird. Vgl. dazu v. *Lewinski* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 4, der eine Prüfungskompetenz auf Landesebene vollständig verneint, soweit der Ausfertigende politisch oder verfassungsrechtlich als Teil eines Organs an der Gesetzgebung mitwirkt; für NRW siehe auch *Schönenbroicher*, in: *Heusch/Schönenbroicher* (Hrsg.), Landesverfassung Nordrhein-Westfalen Kommentar, 2010, Art. 71 Rn. 15, der jedoch nur ein materielles Prüfungsrecht ablehnt; *Lieber*, in: *Simon/Franke/Sachs* (Hrsg.), Handbuch der Verfassung des Landes Brandenburg, 1994, § 13 Rn. 14, lehnt eine Prüfungsbefugnis des Landtagspräsidenten ohne Begründung vollständig ab. Es sind – auch wegen des Fehlens einer dem Bundesrat entsprechenden zweiten Kammer – teilweise andere Kontrollinstrumente in einigen Landesverfassungen vorgesehen: Einspruchsrechte (Art. 119 LVerf Hess), Aussetzungsverlangen (z.B. Art. 42 Abs. 2 LVerf Nds), Erheben von Bedenken (Art. 67 LVerf NRW), präventive Normenkontrolle (z.B. Art. 101 Abs. 3 LVerf Saarl) (siehe dazu *Menzel*, Landesverfassungsrecht, 2002, S. 446 f.; v. *Lewinski* [Fn. 5], Art. 82 Rn. 4).

²⁹ So beispielsweise *Degenhart* (Fn. 27), Rn. 784 ff.; *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 3), § 45 Rn. 78 ff.; *Brenner* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 20 ff. jeweils m.w.N.

³⁰ *H. Meyer*, JZ 2011, 602 (603 ff.); *Ramsauer*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz (AK-GG), 3. Aufl. 2001, Art. 82 Rn. 18. Siehe dazu weiter unten bei Fn. 37.

³¹ *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 17 Rn. 128, 136 f.; *Haratsch*, in: *Sodan* (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 82 Rn. 7 f.; *Schoch*, ZG 2008, 209 (223 f.).

³² Ebenso *Rau*, DVBl. 2004, 1 (3).

³³ Vgl. insbesondere die Entscheidungen der Bundespräsidenten *Carstens*, *Herzog* und *Rau* (Fn. 17, 19, 20), die die fehlende Gesetzgebungskompetenz bzw. die Zustimmungsbefähigung (*Carstens*), die fehlende Zustimmung des Bundesrates (*Herzog*) und einen Verstoß gegen Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG (*Rau*) angeführt, aber das Gesetz unter Anzeige von verfassungsrechtlichen Bedenken trotzdem ausgefertigt haben.

³⁴ *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2013, Rn. 868; *Hömig*, in: *Hömig* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2013, Art. 82 Rn. 3; *Bauer* (Fn. 3), Art. 82 Rn. 12, der sich zusätzlich auf die Stellung des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren beruft.

³⁵ *Degenhart* (Fn. 27), Rn. 784; *Brenner* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 23. Die Begrifflichkeit des „Zustandekommens“ findet sich auch noch an anderen Stellen im GG: Art. 81 Abs. 2 S. 1, Art. 115d Abs. 2 S. 3 GG.

Vorschriften aufzufinden ist: Unter die „Vorschriften dieses Grundgesetzes“ fallen mangels Abgrenzungskriterium sämtliche Bestimmungen, seien sie formeller oder materieller Natur. Dieses extensive Auslegungsergebnis könnte allerdings durch den restlichen Wortlaut („zustande gekommen“) einzuschränken sein. Wird das „Zustandekommen“ als technischer Begriff verstanden und die erwähnte Parallele zu Art. 78 GG gezogen,³⁶ könnte man eine Einengung des Prüfungsumfangs annehmen. Freilich bliebe dann auch nicht mehr die Überprüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit im umfangreichen Sinn möglich. Vielmehr wäre die Prüfungskompetenz ausschließlich auf den Beschluss des Bundestags (vgl. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG) und die Beteiligung des Bundesrates (vgl. Art. 77 Abs. 2 bis 3 GG) sowie im Falle von Einspruchsgesetzen auch Art. 77 Abs. 4 GG beschränkt.³⁷ Will man aber von einem umfassenden formellen Prüfungsrecht ausgehen,³⁸ ist für die Überprüfung der Gesetzgebungskompetenz und auch des Gesetzesinitiativrechts bzw. der sonstigen Voraussetzungen des Gesetzgebungsverfahrens, die nicht in Art. 78 GG genannt sind, auf den Gesamtbestand der „Vorschriften dieses Grundgesetzes“ abzustellen.³⁹ Die Parallele zu Art. 78 GG stützt die herrschende

³⁶ Vgl. dazu insb. *Lücke*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 3. Aufl. 2002, Art. 82 Rn. 3 f., der auf den Teil des Wortlauts „zustande gekommenen“ abstellt und konsequenterweise das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten nur auf Art. 78, 81 Abs. 2 S. 1 und 115d Abs. 2 S. 3 GG erstrecken will.

³⁷ Dieses Argument führt auch *H. Meyer*, JZ 2011, 602 (603) an. Im Ergebnis sei für ein Prüfungsrecht auf die in Art. 78 GG genannten Teile des Gesetzgebungsverfahrens zu plädieren; damit sei nicht nur die Gesetzgebungskompetenz nicht vom Prüfungsrecht des Bundespräsidenten erfasst, sondern zugleich auch nicht die Gesetzesinitiative sowie der restliche in Art. 78 GG nicht genannte Ablauf des Verfahrens (a.a.O., S. 604 f.). Ebenfalls für eine Beschränkung auf die Prüfung der in Art. 78 GG genannten Verfahrensschritte *Ramsauer* (Fn. 30), Art. 82 Rn. 18. Für eine Beschränkung auf das Gesetzgebungsverfahren im Ergebnis auch *Ericksen*, Jura 1985, 424 (426).

³⁸ Vgl. insb. *Degenhart* (Fn. 27), Rn. 784. *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 6. Aufl. 2011, Art. 82 Rn. 6 erkennt zwar an, dass die Gesetzgebungskompetenz nicht von Art. 78 GG erfasst ist, geht aber unter Berufung auf die h.M. trotzdem von einem umfassenden formellen Prüfungsrecht aus. Ähnlich auch *Guckelberger*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, 20. EL (Juni 2007), Art. 82 Rn. 33 f., die immerhin (wenn auch nicht überzeugend) versucht, eine Ausweitung auf die Gesetzgebungskompetenz zu erläutern.

³⁹ In Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz erkennt *v. Coelln*, dass durch einen bloßen Verweis auf Art. 78 GG nicht automatisch ein die Gesetzgebungskompetenz umfassendes Prüfungsrecht hergeleitet werden kann (*v. Coelln*, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz Studienkommentar, 2013, Art. 82 Rn. 5). *H. Meyer* hingegen stellt vollständig auf die parallele Begrifflichkeit in Art. 78 GG ab und nimmt – folgerichtig – an, dass die Prüfungskompetenz sich allein auf

Auffassung vom Vollrecht der formellen Prüfungskompetenz nicht.

Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass der Ausdruck „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“ nach Wortlaut und Systematik umfassend verstanden werden muss.

b) Rechtfertigung der herrschenden Lehre aus teleologischen Gründen?

Die herrschende Lehre von der Unterscheidung eines materiellen und formellen Prüfungsrechts (oder auch die Mindermeinung von der Beschränkung des Prüfungsrechts auf einzelne Teile des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens) könnte freilich aus einer teleologischen Perspektive heraus zutreffend sein. Insgesamt geht es um eine Verortung der Aufgaben des Bundespräsidenten im Grundgesetz im Ganzen und in Besonderheit im Gesetzgebungsprozess.

Die insoweit vorgetragenen Differenzierungen sind allerdings letztlich nicht hilfreich. Die Unterscheidung von formellen und materiellen Prüfungskompetenzen kann in keiner Weise die Rolle des Bundespräsidenten näher konturieren. Insbesondere das gelegentlich gemühte Bild des „Staatsnotars“ führt in die Irre: Denn es wäre eine ganz verzerrte Vorstellung, formelle Fragen als unschwer festzustellende, letztlich stets technisch-konsensual zu beurteilende Aspekte der Gesetzgebung aufzufassen. Offensichtlich ist das für die Frage der Gesetzgebungskompetenz, die im Bundesstaat geradezu eine Königsfrage des Verfassungsrechts ist.⁴⁰ Auch die in allen Fällen bejahte Prüfung von Abstimmungsmodalitäten kann zu schwierigem Verfassungsstreit führen, wie insbesondere die Entscheidung zur Abstimmung im Bundesrat (Zuwanderungsgesetz) erwiesen hat.⁴¹ Daher kann mit der Unterscheidung von formellen und materiellen bzw. „leichten/unpolitischen“ und „schweren/politischen“ Fragen keine Klarheit über die Aufgaben des Bundespräsidenten gewonnen werden. Anders gesagt: Eine konsequente Lösung müsste jegliches Prüfungsrecht verneinen – dem steht aber Art. 82 GG unzweifelhaft entgegen.⁴²

die dort bzw. in Art. 81 Abs. 2 S. 1, 115d Abs. 2 S. 3 GG genannten Elemente bezieht (*H. Meyer*, JZ 2011, 602 (603); vgl. bereits Fn. 37).

⁴⁰ Beispielhaft kann hier aus der Praxis auf die Änderung zum Ingenieurgesetz von 1969 (BVerfGE 26, 246 [253 ff.]) und auf das Staatshaftungsgesetz von 1981 (BVerfGE 61, 149 [161 f., 173 ff.]) verwiesen werden. Zur Systematik der Gesetzgebungszuständigkeiten und deren Abgrenzungsschwierigkeiten im Bundesstaat siehe *Roček*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 70 Rn. 1 ff. (insb. Rn. 49 ff.); *Ren-geling*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rn. 1 ff.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 106, 310 (330 ff.).

⁴² Darin einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG) zu sehen, geht fehl. Die Gewaltenteilung bezweckt die ausgeglichene Machtverteilung zwischen den Gewalten und sieht vor, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die organisatorisch und funktional die besten Voraussetzungen aufweisen, BVerfGE 68, 1 (86). Zwar ist der Bundespräsident kein Teil

Auch der Hinweis auf eine anderweitige Unterscheidung von formellen und materiellen Aspekten im Grundgesetz führt nicht weiter.⁴³ Eine solche bedeutet nämlich gleichzeitig nicht, dass immer eine trennscharfe Linie zwischen beiden Bereichen gezogen werden kann. So stellen insbesondere die Anforderungen des Gesetzgebungsverfahrens Ausformungen materieller Verfassungsprinzipien (z. B. Demokratie- und Bundesstaatsprinzip) dar, so dass die formelle Verfassungsmäßigkeit letztlich nicht losgelöst von materiellen Aspekten untersucht oder gar beurteilt werden kann.⁴⁴ Zwar lässt sich daraus nicht eigenständig eine Prüfungscompetenz des Bundespräsidenten herleiten; es ergibt sich jedoch, dass die Aufspaltung der Prüfungsrechte des Bundespräsidenten in einen formellen und materiellen Teil weder zwingend geboten noch sonderlich praxistauglich ist. Und insbesondere überzeugt es nicht, dem Bundespräsidenten einen unterschiedlichen Prüfungsmaßstab (bei formellen Verstößen umfassend, bei materiellen Verstößen auf Evidenz beschränkt) zuzumessen.

c) *Zwischenergebnis: Einheitliches Prüfungsrecht in der „Breite“*

Insgesamt ist eine Aufspaltung des Prüfungsrechts nicht angezeigt. Aus Art. 82 GG folgt die Beteiligung des Bundespräsidenten am Gesetzgebungsverfahren. Bevor er Gesetze ausfertigt, ist festzustellen, ob diese Gesetze nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen sind. Weil sämtliche Einschränkungen inkonsistent sind oder systematisch nicht haltbare Brüche in sich tragen, ist die gesamte Verfassung Prüfungsmaßstab. Damit ist von der Breite her ein einheitliches Prüfungsrecht anzunehmen. Daraus folgt zugleich, dass sich eine weitere Herleitung des materiellen Prüfungsrechts erübrigt.⁴⁵

der gesetzgebenden Gewalt. Jedoch hält das GG auch an anderen Stellen keine starre Trennung zwischen den selbständigen Gewalten ein. Es kann durchaus zu Überschneidungen kommen, dies zeigt eben bereits Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG explizit.

⁴³ In Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG heißt es in Bezug auf die abstrakte Normenkontrolle „förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht“.

⁴⁴ v. Lewinski (Fn. 5), Art. 82 Rn. 122.

⁴⁵ Zu den Schwierigkeiten bzw. Unzulänglichkeiten der Herleitung eines materiellen Prüfungsrechts des Bundespräsidenten im Rahmen der herrschenden Lehre siehe insbesondere in Bezug auf Zirkelschluss (z.B. Bindungswirkung der Art. 20 Abs. 3, 1 Abs. 3 GG) und fehlende rechtliche Relevanz (z.B. das Anführen des Amtseides, Art. 56 GG) der häufig vorgebrachten Argumente Kloepfer (Fn. 31), § 17 Rn. 133; vgl. auch Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 82 Rn. 6 f. In Bezug auf das Europäische Recht ist davon auszugehen, dass der Bundespräsident auch Umsetzungsgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen hat, dies unter besonderer Berücksichtigung des Art. 23 GG. Zugleich ist das europäische Recht kein eigenständiger Prüfungsmaßstab für den Bundespräsidenten, an dem nationale Gesetze zu messen wären – der Bundespräsident ist auf die „Vorschriften des

3. Zur „Tiefe“ der Prüfungscompetenz

a) *Notwendige Vollkontrolle?*

Fraglich ist allerdings, in welcher Tiefe das Prüfungsrecht ausgeübt werden kann. Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG selbst enthält keinen Hinweis darauf, das einheitliche Prüfungsrecht in der Tiefe zu limitieren; und in einer sehr deutschen Denktradition ist die Beurteilung der Rechtmäßigkeit (jedenfalls theoretisch) im Grunde stets unlimitiert. So wie ein Zivil- oder Strafrichter nicht an Parteivorgaben hinsichtlich der Rechtsauffassung gebunden ist, wird auch im öffentlich-rechtlichen Raum zunächst davon ausgegangen, dass eine rechtliche Entscheidung „richterlich“, also vollständig, ergeht.⁴⁶ Freilich ist eine solche Auffassung für das Verhältnis oberster Staatsorgane wenig plausibel. Denn nicht nur der Bundespräsident, sondern auch die anderen Staatsorgane sind an die Verfassung gebunden (vgl. Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG).⁴⁷ So stellt sich die Frage, wessen Kompetenz bei einander entgegenlaufenden Ansichten entscheiden soll. Kann der Bundespräsident in jedem Fall die Ausfertigung verweigern, wenn er der Ansicht ist, das Gesetz sei verfassungswidrig, oder droht mit einem solchen Letztentscheidungsrecht eine Kompetenzüberschreitung gegenüber dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht?⁴⁸

b) *Der Bundespräsident in der Funktionenverschränkung: Evidenzkontrolle*

Um die Prüfungscompetenz des Bundespräsidenten präzise zu verorten, ist insbesondere das institutionelle Arrangement zu beachten, dass das Grundgesetz für die obersten Staatsorgane und ihr Verhältnis zur Gesetzgebung vorsieht. Hierbei

Grundgesetzes“ beschränkt, vgl. ähnlich Degenhart (Fn. 27), Rn. 790; Brenner (Fn. 5), Art. 82 Rn. 28; vgl. weiter auch Guckelberger (Fn. 38), Art. 82 (20. Lfg.) Rn. 53. A.A. hingegen Haratsch (Fn. 31), Art. 82 Rn. 8; Pieper, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 22. Ed. Stand: 1.6.2014, Art. 82 Rn. 13.1 ff.

⁴⁶ Zu den entsprechenden Schwierigkeiten gerade im Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 70 ff.

⁴⁷ Insoweit besteht hier kein Zirkelschluss der Argumentation, da das eigentliche Prüfungsrecht bereits aus Art. 82 GG hergeleitet wird (siehe auch Fn. 45).

⁴⁸ Für ein unbeschränktes Prüfungsrecht im Ergebnis Haratsch (Fn. 31), Art. 82 Rn. 7 f.; Schoch, ZG 2008, 209 (223 f.); Kloepfer (Fn. 31), § 17 Rn. 128, 136 f. Kloepfer geht von einem umfassenden Prüfungsrecht in formeller und materieller Hinsicht aus. Er differenziert nur dahingehend, dass der Bundespräsident die Pflicht habe, das Gesetz auf formelle Fehler hin zu untersuchen, während ihm hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit bloß ein Recht zur Überprüfung zustehe (a.a.O., Rn. 128, 137). Dies kann angesichts der pflichtbezogenen Eigenart der entsprechenden Kompetenz und dem Ausschluss politischer Erwägungen kaum überzeugen.

ist einerseits die Rolle des Bundestages und der weiteren „aktiven“ Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren in den Blick zu nehmen, andererseits die spezifische Kontrollaufgabe des Bundesverfassungsgerichts.

Dem aktiven Gesetzgeber, namentlich dem Bundestag, kommt eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu, da er sich insoweit als „Erstinterpret(en) der Verfassung“ betätigt.⁴⁹ Die Gewaltenteilung spricht zwar nicht grundsätzlich gegen eine Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten im Rahmen der Ausfertigung von Gesetzen. Freilich ist er eben nicht als *Summus Episcopus*, als überparteiliche Letztkontrolle demokratischer Entscheidungen, eingesetzt. Seine Rolle bleibt gegenüber dem Bundestag in Bezug auf die Gesetzgebung passiv. Letztlich ist sie dahingehend zu formulieren, dass seine ausdrücklich vorgeschriebene Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren eine weitere Schicht von verfassungsmäßigem Staatshandeln schafft. (Auch) Sein Handeln steht unter dem Gebot der Verfassungsmäßigkeit; daraus und nicht aus einer Kontrollfunktion gegenüber dem Parlament rührt die Prüfungskompetenz – ja mehr noch: Darüber wird sie bereits wieder eingeschränkt hin zu einer Evidenzkontrolle, weil die Ansicht des Bundespräsidenten hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit neben die des Bundestages tritt (und nicht an ihre Stelle), und daher nur in evidenten Fällen in Anspruch nehmen kann, aufgrund der zeitlichen Abfolge faktisch das Gesetzgebungsrecht des Parlaments auszuhebeln.⁵⁰

Noch genauer lässt sich die Rolle des Bundespräsidenten bestimmen, wenn schließlich das Bundesverfassungsgericht und damit die richterliche Kontrollperspektive einbezogen wird. Die Rolle der Karlsruher Richter besteht darin, im Streitfall endgültig über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu urteilen. Dem sollte der Bundespräsident nur im Ausnahmefall zuvorkommen. Zwar besteht die rechtliche Möglichkeit, auch seine Entscheidung der Nichtausfertigung vor das Bundesverfassungsgericht zu bringen. Dieser Schritt ist bisher jedoch nicht gegangen worden.⁵¹

⁴⁹ In Bezug auf das materielle Prüfungsrecht *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 3), § 45 Rn. 83; dort auch das Zitat.

⁵⁰ In diesem Fall kehren sich die Rollen ggf. um, weil der Bundestag usw. selbstverständlich den Bundespräsidenten im Wege des Organstreits zur Ausfertigung verpflichten könnte, vgl. dazu sogleich für den umgekehrten Fall bei Fn. 51.

⁵¹ Zu beachten ist jedoch, dass der Bundesrat – in genau umgekehrter Versuchsordnung – gerade wegen der Ausfertigung des Gesetzes zur Errichtung der Stiftung Preußischer Kulturbesitz (BGBl. I 1957, S. 841) ein Organstreitverfahren gegen den Bundespräsidenten angestrengt hat (Sitzungsberichte des Bundesrates, 1957, Nr. 186, S. 889 f. sowie 1958, Nr. 187, S. 4), seinen Antrag 1959 aber wieder zurückzog, nachdem das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer von den Landesregierungen von Baden-Württemberg, Hessen und Niedersachsen initiierten abstrakten Normenkontrolle das Gesetz für mit der Verfassung vereinbar (BVerfGE 10, 20) erklärt hat (vgl. dazu *Döring*, in: *Hrbek* [Hrsg.], *Miterlebt – Mitgestaltet*, 1989, S. 283 [295]). Vor dem bundesverfassungsgerichtlichen Urteil im Rahmen der Normenkontrolle

Im Übrigen würde die Integration des Bundespräsidenten in den streitigen Politikbetrieb seine Gesamtrolle verändern, weil aktive Politikgestaltung (wie Regierung und Bundestag) und nachlaufend-passive Politikkontrolle (wie das Bundesverfassungsgericht) miteinander vermischt würden. Der Bundespräsident würde eine gar nicht vorhandene Leerstelle ausfüllen.⁵² Als Konsequenz aus dieser Rollenverteilung hat der Bundespräsident maßvoll zu agieren und seine Prüfungskompetenz zurückhaltend auszuüben.⁵³

Aus diesen Gründen ist als Maßstab für eine Beschränkung des Prüfungsrechts „in der Tiefe“ ein Evidenzerfordernis zu verlangen. Danach muss der Bundespräsident sich darauf beschränken, Gesetze nur dann nicht auszufertigen, wenn es sich um einen evidenten, also für ihn offensichtlichen Verfassungsverstoß handelt.⁵⁴ Auf diesem Wege wird der Kompetenz und Rollenverteilung der Staatsorgane Rechnung getragen, aber zugleich verhindert, dass der Bundespräsident sehenden Auges ein verfassungswidriges Gesetz ausfertigen muss.

c) Verfahrensbezogene Anforderung: Begründungspflicht des Bundespräsidenten

Die materielle Bestimmung des Prüfungsumfanges korrespondiert mit der Frage der praktischen Handhabung. Die tatsächliche Nichtausfertigung eines Gesetzes durch den Bundespräsidenten sollte nach dem Grundgedanken der Organstreue mit einer ausdrücklichen Begründungspflicht verkoppelt werden, da es sich um eine ergebnisrelevante Abweichung vom normalen Ablauf des Gesetzgebungsprozesses handelt: Der Bundespräsident muss deshalb bei seiner Entscheidung zur Nichtausfertigung des Gesetzes ausdrücklich darlegen und

hatte die Bundesregierung beschlossen, dem Organstreit auf Seiten des Bundespräsidenten beizutreten (Bulletin vom 25.1.1958, S. 145). Nach Ansicht des Bundeskanzlers war es „unmöglich, daß die Bundesregierung den Bundespräsidenten in diesem Streit allein lasse.“ (10. Kabinettsitzung v. 22.1.1958, B. Organstreit des Bundesrates gegen den Bundespräsidenten wegen der Stiftung „Preußischer Kulturbesitz“,

http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1958k/ka_p1_2/kap2_3/para3_6.html [1.9.2014]).

⁵² Vgl. zu den Auswirkungen häufigerer Prozesse gegen den Bundespräsidenten *Ramsauer* (Fn. 30), Art. 82 Rn. 22; *Bryde* (Fn. 45), Art. 82 Rn. 7; *Friauf*, in: *Einigkeit und Recht und Freiheit – Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag*, Bd. II, 1984, S. 545 (565 ff.); *Erichsen*, *Jura* 1985, 424 (426).

⁵³ Auf die Beschränkung des materiellen Prüfungsrechts bezogen: *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 3), § 45 Rn. 83; *Bryde* (Fn. 45), Art. 82 Rn. 7; *Brenner* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 27. Für eine Beschränkung (u.a.) aus diesem Grund auf ein nur das Gesetzgebungsverfahren umfassendes Prüfungsrecht des Bundespräsidenten *Erichsen*, *Jura* 1985, 424 (426).

⁵⁴ In Bezug auf die Beschränkung des materiellen Prüfungsrechts: *Degenhart* (Fn. 27), Rn. 789; *Brenner* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 27. Kritisch hingegen zum Begriff der Evidenz (ebenfalls auf das materielle Prüfungsrecht bezogen): *Schoch*, *Jura* 2007, 354 (360).

begründen, dass nach seiner Auffassung ein evidenter Verstoß gegen Verfassungsrecht vorliegt, der seine Beteiligung ausschließt. Eine solche Begründungspflicht macht gerade die auf Zusammenarbeit und Integration angelegte Eigenart der Staatsordnung des Grundgesetzes aus.⁵⁵

Wenn der Bundespräsident angibt, es handele sich um eine evidente Verfassungsverletzung, steht ihm die Prüfungskompetenz und in der Folge die Nichtausfertigung des Gesetzes zu. Insofern liegt die Einschätzungsprärogative bei ihm.

4. Schluss: Begründete Evidenzkontrolle im Verfassungsgefüge

Die Begrenzung auf eine einheitliche Evidenzkontrolle, verbunden mit einer Begründungspflicht, führt im Verhältnis zur herrschenden Lehre im Schrifttum insgesamt zu einer Begrenzung, zugleich aber auch klareren Konturierung der Mitwirkung des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren. Gegenüber der Staatspraxis, die hinsichtlich des materiellen Umfangs seit langem im Sinn einer Evidenzkontrolle verfährt, sorgt das Begründungserfordernis für eine Präzisierung der damit verbundenen Anforderungen.

Wenn der Bundespräsident seine Prüfungskompetenz in der hier umrissenen Weise wahrnimmt, kann – wie theoretisch schon bisher – darüber verfassungsrechtlicher Streit entstehen. Für den Ausgang eines Organstreitverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG käme es dabei auf den von den Parteien benannten Prozessgegenstand an: Möglich ist eine isolierte Klage gegen die Verletzung der Begründungspflicht, die bereits Erfolg hat, wenn der Bundespräsident seinen Mitwirkungspflichten nicht entsprechend nachgekommen ist. Möglich ist aber auch eine Klage, die sich darauf richtet, die Nichtausfertigung „in der Sache“ als unrechtmäßig feststellen zu lassen. Dann kommt es freilich auf den Vollmaßstab der Verfassung an: Die Nichtausfertigung ist insoweit nur dann verfassungswidrig, wenn das bei dieser Gelegenheit inzident zu überprüfende Gesetz insgesamt verfassungsgemäß ist; auf die Evidenz des Verstoßes kommt es für das Bundesverfassungsgericht nicht an.

Zusammenfassend lässt sich feststellen: In der Staatspraxis ist die Tendenz zu erkennen, dass der Bundespräsident von seinem Prüfungsrecht stets – also in formeller wie materieller Hinsicht – nur bei evidenten Verstößen Gebrauch macht.⁵⁶ In Anbetracht des hier entwickelten einheitlichen, auf evidente Verstöße beschränkten Prüfungsrechts lässt sich festhalten, dass dieser Weg Rückhalt in der Verfassung findet und besser begründet ist als die holzschnittartigen Modelle der Staatsrechtslehre. Das *Modell der einheitlichen Evidenzkontrolle* sollte in Zukunft in der dargelegten Weise auch ausdrücklich konzeptionell (und insbesondere auch in ent-

sprechenden Prüfungskonstellationen) zugrunde gelegt werden.

Politische Praxis und akademische Behandlung dieses Themas können so zusammengeführt werden – und dazu bräuchte es nicht einmal das Bundesverfassungsgericht.

IV. Anhang

Nach den Ergebnissen der vorstehenden Untersuchung bietet sich für die Handhabung der Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten folgender Aufbau an:

1. Ausgangspunkt: Ausfertigungspflicht des Bundespräsidenten, Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG

2. Grenze: Bestehen einer Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten („Breite“?)

a) Begründung und Gegenstand des Prüfungsrechts (politisch, formell, materiell; Ablehnung des pol. Prüfungsrechts) aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG: Einhaltung der Vorschriften des GG als Voraussetzung der Ausfertigungspflicht

b) Beschränkung durch Art. 78 GG? → Abzulehnen

c) Beschränkung aus sonstigen Gründen? → Abzulehnen

Ergebnis: Umfassende rechtsbezogene Prüfungskompetenz als Gegengewicht zur Ausfertigungspflicht.

3. Umfang des Prüfungsrechts („Tiefe“)

a) Beschränkung auf evidente Verstöße?

- bezüglich der formellen Verfassungsmäßigkeit

- bezüglich der materiellen Verfassungsmäßigkeit

Einheitlich zu bejahen wegen der weiter bestehenden verfassungsrechtlichen Einschätzung des Bundesgesetzgebers (der Bundespräsident tritt mit seiner Auffassung daneben, nicht an die Stelle) und der Kontrollkompetenz des BVerfG.

b) Begründungspflicht: Angenommener evidenter Verstoß

Entscheidend für den Erfolg von Rechtsmitteln gegen das Handeln des Bundespräsidenten ist ggf. der genaue Prozessgegenstand (vgl. III. 4.).

⁵⁵ Zur Begründungspflicht des Gesetzgebers siehe insbesondere BVerfGE 125, 175 (226, 238). Vgl. ferner für die Darlegungspflicht der Grundlagen von Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers BVerfGE 50, 290 (332 f.); weiter BVerfGE 101, 158 (224 f., 234); 79, 311 (344). Vgl. *Hebeler*, DÖV 2010, 754; *Schwarz/Bravidor*, JZ 2011, 653.

⁵⁶ Siehe bereits oben (Fn. 33).