

# Staatsrecht II

Ipsen

22., überarbeitete Auflage 2019

ISBN 978-3-8006-5986-9

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

riellen Rechts.<sup>24</sup> Gleichwohl besteht Einigkeit darüber, dass der Bundespräsident die formelle Seite eines Gesetzes in vollem Umfang zu prüfen befugt ist und die Ausfertigung verweigern kann, wenn er einen Verstoß gegen die Verfassung feststellt.<sup>25</sup>

Umstritten ist hingegen die Frage der »materiellen Prüfungskompetenz, also die Befugnis des Bundespräsidenten, ihm zur Ausfertigung vorgelegte Gesetze auch auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit dem Grundgesetz zu kontrollieren. Die geringe Zahl von Gesetzen, in denen die Prüfungskompetenz praktische Bedeutung gewonnen hat, würde für sich die breite Resonanz in der Literatur nicht rechtfertigen.<sup>26</sup> Im Kern geht es – wie nicht selten beim Amt des Bundespräsidenten – um **Kontinuität** oder **Diskontinuität** in der deutschen **Verfassungsgeschichte**, also um die Frage, ob das parlamentarische Regierungssystem eine neue Interpretation der Kompetenzen des Staatsoberhaupts erfordert.

Da das Problem der Prüfungskompetenz mittlerweile zum staatsrechtlichen »Schulfall« geworden ist, sind nahezu alle Gesichtspunkte vorgetragen und endlos wiederholt worden. Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 GG gibt keinen sicheren Aufschluss über die strittige Kompetenz; so erscheint es vertretbar, materiell verfassungswidrige Gesetze als *nicht* nach den Vorschriften des Grundgesetzes »zustande gekommen« zu betrachten.<sup>27</sup> Auch die »repräsentative Funktion« des Bundespräsidenten weist noch nicht den richtigen Weg, weil sie zum einen nur als zusammenfassende Kennzeichnung der Kompetenzen des Bundespräsidenten angesehen werden kann und Ausnahmen zulässt, zum anderen aber offenbar mit einer eingehenden verfassungsrechtlichen Prüfung von Zuständigkeitsvorschriften vereinbar ist. Selbst das »Wesen« der Ausfertigung erweist sich als zu unbestimmt, als dass man hierauf rekurren könnte.<sup>28</sup>

Bemerkenswert, letztlich aber nicht überzeugend ist die Erwägung, formelle und materielle Prüfung eines Gesetzes ließen sich nicht voneinander trennen, weil ein materiell verfassungswidriges Gesetz zugleich einen förmlichen Mangel aufweise, nämlich nicht als verfassungsänderndes Gesetz eingebracht worden zu sein.<sup>29</sup> Diese Position wirkt etwas konstruiert, vor allem aber geht sie an der Realität verfassungswidriger Gesetze vorbei. Die gesetzgebenden Organe »wollen« ja gerade nicht die Verfassungsänderung, sondern halten ihre Gesetzesbeschlüsse für verfassungsmäßig. Aus dem strikten Verbot der sog. »Verfassungsdurchbrechung« (Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG) folgt im Übrigen, dass die Verfassungsänderung dem einfachen Gesetz vorausgehen müsste. Das materiell verfassungswidrige – einfache – Gesetz kann also unter keinen Umständen in ein formell grundgesetzwidriges – gewissermaßen verhindertes – verfassungsänderndes Gesetz umgedeutet werden.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> So auch *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 232.

<sup>25</sup> Vgl. *H. Butzer*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 82 Rn. 2; *B.-O. Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 2, Art. 82 Rn. 3; *K. H. Friauf*, Zur Prüfungszuständigkeit des Bundespräsidenten, FS K. Carstens, S. 547.

<sup>26</sup> Vgl. die Angaben zur Staatspraxis bei *B.-O. Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 2, Art. 82 (Anh.); *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 232; Deutscher Bundestag, Internetangebot: [http://www.bundestag.de/blob/196210/cdf40c172051b5160ed01c10d9d60c13/kapitel\\_10\\_07\\_materielles\\_pr\\_fungs\\_recht\\_des\\_bundespr\\_sidenten-data.pdf](http://www.bundestag.de/blob/196210/cdf40c172051b5160ed01c10d9d60c13/kapitel_10_07_materielles_pr_fungs_recht_des_bundespr_sidenten-data.pdf) (Stand: 27.5.2019).

<sup>27</sup> Vgl. *H. Butzer*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 82 Rn. 2.

<sup>28</sup> Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 233.

<sup>29</sup> Nachweise bei *B.-O. Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 2, Art. 82 Rn. 6.

<sup>30</sup> So zutr. *E. Friesenhahn*, FS G. Leibholz, Bd. II, S. 684; *K. H. Friauf*, FS K. Carstens, S. 556; *B.-O. Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 2, Art. 82 Rn. 6.

496

497

498

- 499 Das Problem der materiellen Prüfungskompetenz spitzt sich deshalb zur Frage zu, ob ein Amtsträger verpflichtet sein kann, Handlungen vorzunehmen, die seiner Auffassung nach gegen das Grundgesetz verstößen. Diese Frage ist für den Bundespräsidenten ebenso wie für jeden anderen Amtsträger im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG zu **verneinen**. Es handelt sich hier nicht um eine Kompetenz, die im Widerspruch zum parlamentarischen Regierungssystem steht, sondern um eine zusätzliche »Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht«.<sup>31</sup> Der Bundespräsident nimmt im Rahmen dieser Kompetenz auch keine dem BVerfG vergleichbare »Normenkontrolle« vor, sondern überprüft das Gesetz auf mehr oder minder **offenkundige Verstöße** gegen die Verfassung.<sup>32</sup> Die Staatspraxis hat gezeigt, dass für eine derartige Prüfung Bedarf besteht und das Amt des Bundespräsidenten hierfür hinreichend ausgestattet ist. Die vielfach gezogene Parallele zum Amt des Notars<sup>33</sup> spricht im Übrigen mehr für als gegen die materielle Prüfungskompetenz. Nach § 14 Abs. 2 BNotO<sup>34</sup> hat der Notar

»seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unrechte Zwecke verfolgt werden.«

Man würde an der Wirklichkeit vorbeigehen, hielte man derartige Konstellationen im parlamentarischen Regierungssystem für ausgeschlossen.

- 500 Durch die materielle Prüfungskompetenz bildet der Bundespräsident kein »Gegengewicht« zum Parlament, denn der Bundestag kann die Sache jederzeit vor das BVerfG bringen und dort (im Wege der Organstreitigkeit) eine bindende Entscheidung erwirken. Interessanterweise hat der Bundestag – oder auch der Bundesrat – diesen Weg in der Staatspraxis nicht beschritten. Es liegt deshalb nahe, die materielle Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten nicht mehr als umstritten, sondern als **verfassungsgewohnheitsrechtlich** verfestigt anzusehen.<sup>35</sup>

- 501 Im Ausgangsfall war der Bundespräsident folglich befugt, das Gesetz auch auf seine Übereinstimmung mit Art. 12 GG zu überprüfen. Da der Verstoß gegen Art. 12 GG eindeutig ist, durfte der Bundespräsident die Ausfertigung des Gesetzes verweigern. Der Ausgangsfall zeigt überdies die sachliche Berechtigung einer präsidentiellen Prüfungskompetenz am Ende des Gesetzgebungsverfahrens: Bei dem Gesetz handelte es sich um ein »Wahlgeschenk«, gegen das keine Bundestagsfraktion zu stimmen wagte. Eine auf offenkundige Verstöße beschränkte Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten ist geeignet, derartige Fehlentscheidungen zu korrigieren, auf der anderen Seite aber mit dem parlamentarischen Regierungssystem durchaus vereinbar.

---

31 Vgl. D. Rauschning, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, 1969, S. 151f.

32 Vgl. hierzu das Schreiben vom 22.1.1991, mit dem der damalige Bundespräsident Richard v. Weizsäcker die Ausfertigung des »10. Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes« (BR-Drucks. 391/90) ablehnte:

»Wie meine Vorgänger prüfe ich ein Gesetz mit der Maßgabe, daß über Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit mit verbindlicher Wirkung für alle nur das Bundesverfassungsgericht befinden kann. Muß aber der Bundespräsident nach eingehender Beratung und eigener Prüfung die Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz zweifelsfrei bejahen, kann er – der Verfassung verpflichtet – das Gesetz nicht ausfertigen.« (Bulletin der Bundesregierung v. 26.1.1991, S. 46); vgl. hierzu V. Epping, JZ 1991, S. 1107ff.

33 Vgl. R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 287.

34 Schönfelder (Ergänzungsband) Nr. 98a.

35 Str., vgl. H. Biebl, Die Gegenezeichnung im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 116; a. A. M. Nierhaus/T. Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 82 Rn. 14.

#### 4. Auflösung des Bundestages (Art. 63 Abs. 4, 68 Abs. 1 GG)

Während sich die völkerrechtliche Vertretung des Bundes und die Ernennung von Amtsträgern als repräsentative Aufgaben des Bundespräsidenten herausgestellt haben, also nur fremder »Wille« artikuliert wird, fällt dem Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen eine – wenn auch enge – Entscheidungsbefugnis zu, die eine Teilhabe am Gesetzgebungsverfahren bedeutet. Das Grundgesetz weist dem Bundespräsidenten weitere politische Entscheidungskompetenzen zu, aufgrund derer er an der **Staatsleitung** mitwirkt. Hierzu sind die beiden Fälle der **Auflösung des Bundestages** (Art. 63 Abs. 4 und 68 Abs. 1 GG) ebenso zu rechnen, wie die **Verkündung des Gesetzgebungsnotstandes** (Art. 81 GG).

502

**Fall 44:** Auf Vorschlag des Bundeskanzlers löste der Bundespräsident am 21.7.2005 den 15. Deutschen Bundestag auf und setzte für den 18.9. Neuwahlen an. Der Bundeskanzler hatte zuvor die Vertrauensfrage gestellt. Bei der (namentlichen) Abstimmung votierten 151 Abgeordnete mit »ja«, 296 Abgeordnete mit »nein«, während sich 148 Abgeordnete der Stimme enthielten. Die Absicht des Bundeskanzlers, die Vertrauensfrage zu stellen und auf diesem Wege Neuwahlen herbeizuführen, war der Öffentlichkeit bereits am 22.5.2005 – dem Tag der Wahlniederlage der SPD in Nordrhein-Westfalen – bekannt geworden.

503

(BVerfGE 114, 121)

Die Entscheidung des Bundespräsidenten, den Bundestag aufzulösen, hat nach Art. 68 Abs. 1 GG drei Voraussetzungen:

- die Vertrauensfrage des Bundeskanzlers hat nicht die Mehrheit gefunden;
- der Bundeskanzler schlägt die Auflösung vor;
- die Frist von 21 Tagen ist noch nicht abgelaufen.

504

Während Vorschlag des Bundeskanzlers und Fristwahrung rechtlich unproblematisch sind, stellt sich bei der Abstimmung über den Vertrauensantrag ein fundamentales verfassungsrechtliches Problem: Die Frage ist nämlich, ob die Abgeordneten des Bundestages dem Bundeskanzler »wirklich« das Vertrauen versagt haben müssen oder ob es ausreicht, dass die Abstimmung äußerlich einen negativen Ausgang aufweist. Mit anderen Worten fragt es sich, ob rechtliche Voraussetzung für die politische Ermessensentscheidung des Bundespräsidenten eine »materielle« oder »formelle« **Auflösungslage** ist.<sup>36</sup> Lässt man eine »formelle« Auflösungslage genügen, so könnte der Bundeskanzler zu jedem Zeitpunkt die Voraussetzungen für Neuwahlen schaffen. Eine »materielle« Auflösungslage würde hingegen eine tatsächliche Instabilität der Regierungsverhältnisse voraussetzen und Neuwahlen nur als *ultima ratio* zulassen.<sup>37</sup>

505

Die Entscheidung für eine »formelle« oder »materielle« Auflösungslage ist nicht leicht zu treffen. Die Verfassung als Regelwerk des politischen Prozesses lässt in vielen Fällen ein **formales Verständnis** zu. Insofern könnte man vertreten, dass es rechtlich unerheblich ist, warum eine Vertrauensfrage scheitert, wenn nur die Ja-Stimmen hinter der absoluten Mehrheit zurückbleiben. Gegen ein solch formales Verständnis der Verfassung ließe sich freilich einwenden, dass im Grundgesetz Vorkehrungen für ein

506

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 114, 121; H. Maurer, Staatsrecht, § 13 Rn. 58; V. Epping, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 68 Rn. 40ff.

<sup>37</sup> Vgl. M. Oldiges/R. Brinktrine, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 68 Rn. 9; V. Epping, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 68 Rn. 15.

Höchstmaß an Stabilität getroffen worden sind. Es gibt überhaupt nur zwei Konstellationen, unter denen der Bundestag aufgelöst werden kann, wobei Art. 63 Abs. 4 GG – keine absolute Mehrheit eines Kandidaten auf der 3. Stufe der Kanzlerwahl<sup>38</sup> – in die Richtung einer engen – materiell verstandenen – Auslegung des Art. 68 Abs. 1 GG weist.

- 507 Das BVerfG hat sich in seinem **ersten Auflösungsurteil** für eine materielle Auflösungslage als Voraussetzung einer Bundestagsauflösung nach Art. 68 Abs. 1 GG ausgesprochen.<sup>39</sup> Es hat sogar eine Befugnis des Bundeskanzlers, das Verfahren nach Art. 68 GG anzustreben, nur für den Fall für berechtigt gehalten, dass die »politischen Kräfteverhältnisse im Bundestag (...) seine Handlungsfähigkeit so beeinträchtigen oder lähmen, dass er eine vom stetigen Vertrauen der Mehrheit getragene Politik nicht sinnvoll zu verfolgen vermag«.<sup>40</sup> Allerdings kam es der Quadratur des Kreises gleich, diese Voraussetzungen auch zur Jahreswende 1982/83 als gegeben anzusehen. Nach dem erfolgreichen Misstrauensvotum vom 1.10.1982 nämlich verfügte die Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP über eine deutliche Mehrheit im Deutschen Bundestag, mit der fast zeitgleich mit der Abstimmung über die Vertrauensfrage das Haushaltsgesetz 1983 beschlossen wurde.<sup>41</sup> Auf den Vertrauensantrag des Bundeskanzlers (*Helmut Kohl*) entfielen hingegen nur 8 Ja-Stimmen. Wie aus den abweichenden Voten zum Urteil hervorgeht, war der gesamte Verfahrensablauf von den Beteiligten bis in alle Einzelheiten festgelegt worden, bevor überhaupt die Vertrauensfrage gestellt wurde.<sup>42</sup> Nach den vom BVerfG aufgestellten Maßstäben hätte folglich ein verfassungswidriges Verhalten der beteiligten Organe vorgelegen.
- 508 Im **zweiten Auflösungsurteil** des BVerfG wurde das Erfordernis einer materiellen Auflösungslage bekräftigt, gleichzeitig aber betont, der Bundeskanzler könne den Antrag nach Art. 68 GG auch mit dem Ziel stellen, eine Auflösung des Bundestages herbeizuführen.<sup>43</sup> Mit der Bestätigung, dass eine »auflösungsgerichtete« Vertrauensfrage verfassungsrechtlich zulässig ist, ist die in der Literatur vertretene Differenzierung zwischen »echter« und »unechter« – nämlich auflösungsgerichteter – Vertrauensfrage hinfällig geworden.<sup>44</sup> Der Antrag nach Art. 68 GG dient also nicht lediglich der Erkundung des Vertrauens, sondern kann auch als Instrument genutzt werden, um Neuwahlen herbeizuführen.<sup>45</sup> Einen neuen Akzent setzte das BVerfG in seinem zweiten Auflösungsurteil im Hinblick auf Eigenart und Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Es räumte ein, dass die materiellen Voraussetzungen der Bundestagsauflösung im verfassungsgerichtlichen Verfahren nur begrenzt überprüft werden können.<sup>46</sup> Im Ergebnis zieht sich das BVerfG auf eine Missbrauchskontrolle zurück, die es allerdings für ausreichend hält, weil die Bundestagsauflösung die Mitwirkung dreier Staatsorgane – nämlich des Bundeskanzlers, des Bundestages und des Bundespräsiden-

---

38 Vgl. oben Rn. 422.

39 So BVerfGE 62, 1 (42f.).

40 So BVerfGE 62, 1 (44).

41 Vgl. BVerfGE 62, 1 (11).

42 Vgl. das Sondervotum des Richters *Rottmann*, BVerfGE 62, 108 (113 ff.).

43 So BVerfGE 114, 121 (152ff.).

44 Vgl. dazu W. Löwer, DVBL 2005, S. 1102 (1106ff.); J. Ipsen, NJW 2005, S. 2201 (2203).

45 Vgl. J. Ipsen, NVwZ 2005, S. 1147 (1148).

46 Vgl. BVerfGE 114, 121 (155).

ten – in einer »Verantwortungskette« erforderlich. Ausdrücklich wird dem Bundespräsidenten ein »politisches Ermessen« bei seiner Entscheidung eingeräumt.

Im Ausgangsfall hat der Bundeskanzler die Vertrauensfrage damit begründet, dass die politischen Kräfteverhältnisse im Bundestag seine Handlungsfähigkeit so beeinträchtigten, dass er eine vom steinigen Vertrauen der Mehrheit getragene Politik nicht sinnvoll zu verfolgen vermöge, und damit die vom BVerfG im ersten Auflösungsurteil entwickelte Formel verwandt. Da die Vertrauensabstimmung die erforderliche Mehrheit nicht erbrachte, oblag dem Bundespräsidenten eine politische Ermessentscheidung über die Auflösung des Bundestages. Das BVerfG hat bei der von ihm vorgenommenen Prüfung keine Gründe für einen Verstoß gegen Art. 68 GG erkennen können.<sup>48</sup> Allerdings wäre der Bundespräsident zur Auflösung des Bundestages nicht *verpflichtet* gewesen, wenn er zur Überzeugung gelangt wäre, dass Neuwahlen nicht zu einer Stabilisierung der politischen Kräfteverhältnisse führen würden.

509

## 5. Begnadigungsrecht (Art. 60 Abs. 2 GG)

**Fall 45:** B ist wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) vom OLG in D zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, die er gegenwärtig verbüßt. Von B ist bekannt geworden, dass er sich vom Terrorismus distanziert hat.

510

Der Bundespräsident übt für den Bund im Einzelfalle das Begnadigungsrecht aus (Art. 60 Abs. 2 GG). Diese traditionell Staatsoberhäuptern zufallende Befugnis (Art. 49 WRV) betrifft nicht nur strafgerichtlich Verurteilte, sondern umfasst auch Disziplinarsachen und Bußgeldbescheide. Die Beschränkung auf den Bund bedeutet, dass die Gnadenakte des Bundespräsidenten nur gegenüber Verurteilungen durch Bundesgerichte gewährt werden dürfen. Nicht ausreichend ist es, wenn das Urteil eines Landesgerichts durch den Bundesgerichtshof (als Revisionsinstanz) bestätigt worden ist.<sup>49</sup>

511

Im Ausgangsfall ist B von einem Oberlandesgericht, also einem Gericht eines Bundeslandes, verurteilt worden. In »Staatsschutzsachen« üben die Länder jedoch Gerichtsbarkeit des Bundes aus (Art. 96 Abs. 5 GG).<sup>50</sup> Das Begnadigungsrecht verbleibt deshalb beim Bundespräsidenten, der B folglich begnadigen kann.

512

Der Bundespräsident ist auf den Gnadenerweis »im Einzelfalle« beschränkt, kann also keine Strafbefreiung für Gruppen von Straftaten oder Straftätern aussprechen. Eine Amnestie (oder Abolition) bedarf eines Parlamentsgesetzes.<sup>51</sup>

513

Nach Art. 60 Abs. 3 GG kann der Bundespräsident das Begnadigungsrecht auf andere Behörden übertragen, was durch »Anordnungen« geschehen ist.<sup>52</sup> Für minder wichtige Fallgruppen steht das Begnadigungsrecht den Ressortministern zu.

514

Das Begnadigungsrecht für die Bundesländer steht nach Maßgabe der einzelnen Landesverfassungen den **Ministerpräsidenten** zu. Entscheidend für die Abgrenzung ist, ob in erster Instanz Landes- oder Bundesgerichtsbarkeit ausgeübt werden

515

47 So BVerfGE 114, 121 (158).

48 Vgl. BVerfGE 114, 121 (169f.).

49 Vgl. R. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 60 Rn. 33; W. Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 60 Rn. 27.

50 Vgl. unten Rn. 701f.

51 Vgl. BVerfGE 2, 213 (222); 10, 234 (239).

52 Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes v. 5.10.1965 (BGBl. I, S. 1573) und v. 3.11.1970 (BGBl. I, S. 1513).

ist.<sup>53</sup> Die unterschiedliche Begnadigungspraxis ist eine Folge des föderativen Aufbaus der Bundesrepublik und lässt sich nicht dadurch verhindern, dass das Gnadenrecht des Bundespräsidenten ausgeweitet wird.<sup>54</sup>

### III. Rechtsstellung des Bundespräsidenten

#### 1. Wahl des Bundespräsidenten (Art. 54 GG)

- 516 Für die Wahl des Bundespräsidenten sieht das Grundgesetz ein eigenes oberstes Staatsorgan, die **Bundesversammlung**, vor, deren Kompetenzen sich im **Wahlakt** erschöpfen (Art. 54 Abs. 1 S. 1 GG) und die deshalb nur alle **fünf Jahre** (Art. 54 Abs. 2 S. 1 GG) zusammentritt. Die Bundesversammlung besteht aus den Mitgliedern des Bundestages und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern, die von den Volksvertretungen der Länder **gewählt** werden (Art. 54 Abs. 3 GG). Zur Bundesversammlung wählbar ist, wer das passive Wahlrecht zum Bundestag besitzt (§ 3 BPWahlG<sup>55</sup>). In der Staatspraxis wählen die Landesparlamente auch solche – zumeist »prominente« – Mitglieder in die Bundesversammlung, die kein **parlamentarisches Mandat** innehaben.
- 517 Für die Wahl in den ersten beiden Wahlgängen ist die absolute Mehrheit notwendig. Sofern keine Überhang- und Ausgleichsm mandate angefallen sind, sind dies 599 Stimmen (Art. 54 Abs. 6 S. 1 GG).<sup>56</sup> Erst im dritten Wahlgang reicht die **einfache Mehrheit** aus (Art. 54 Abs. 6 S. 2 GG).<sup>57</sup> Trotz der Wahl durch ein eigenes, den parlamentarischen Raum überschreitendes Wahlorgan kann sich der Bundespräsident nicht auf eine unmittelbare demokratische Legitimation durch das Volk berufen. Die Wahl nach Art. 54 GG bedeutet insofern keine Durchbrechung des parlamentarischen Regierungssystems.

## DIE FACHBUCHHANDLUNG

53 § 452 StPO: »In Sachen, in denen im ersten Rechtszug in Ausübung von Gerichtsbarkeit des Bundes entschieden worden ist, steht das Begnadigungsrecht dem Bund zu. In allen anderen Sachen steht es den Ländern zu.«

54 Vgl. den Vorschlag O. Bachof, JZ 1983, S. 475, das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten durch Änderung des § 452 StPO zu erweitern.

55 Gesetz über die Wahl des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung vom 25.04.1959 (BGBl. I, S. 230) = *Sartorius* I Nr. 33.

56 Die am 12.02.2017 zusammengetretene Bundesversammlung setzte sich aus 1260 Mitgliedern zusammen. Die Wahl führte im ersten Wahlgang zu folgendem Ergebnis:

	1. Wahlgang
Abgegebene Stimmen	1253
Gültige Stimmen	1136
Ungültige Stimmen	14
Stimmennthaltnungen	103
<b>Frank-Walter Steinmeier (SPD/CDU/CSU/GRÜNE/FDP/SSW)</b>	931
<b>Christoph Butterwegge (parteilos/Die Linke)</b>	128
<b>Albrecht Glaser (AfD)</b>	42
<b>Alexander Hold (freie Wähler)</b>	25
<b>Engelbert Sonnenborn (parteilos/Piraten)</b>	10

57 Mehrfach waren in der Geschichte der Bundesrepublik bei der Wahl des Bundespräsidenten bis zu drei Wahlgänge erforderlich, vgl. J. Ipsen, Der Staat der Mitte, S. 43.

## 2. Inkompatibilität und Immunität (Art. 55, 60 GG)

Das Grundgesetz sieht für den Bundespräsidenten eine Reihe von Unvereinbarkeiten im öffentlichen wie im privaten Bereich vor. Der Bundespräsident darf weder der **Regierung** noch einer gesetzgebenden **Körperschaft** des Bundes oder eines Landes angehören (Art. 55 Abs. 1 GG).<sup>58</sup> Eine Personalunion zwischen Bundeskanzler und Bundespräsident ist unzulässig. Auch ein Abgeordnetenmandat darf der Bundespräsident nicht ausüben. Die Unvereinbarkeit wird durch Art. 55 Abs. 2 GG auf den privaten Bereich ausgedehnt. Dem Bundespräsidenten ist schlechthin jede Förderung erwerbswirtschaftlicher Zwecke untersagt.<sup>59</sup> Das schließt nicht aus, dass er »Schirmherrschaften« übernimmt oder nichtkommerziellen Vereinigungen angehört.

518

Durch die etwas versteckte Verweisung in **Art. 60 Abs. 4 GG** wird der Bundespräsident hinsichtlich der **Immunität** den Bundestagsabgeordneten gleichgestellt. Die von vornherein auf den Bereich des Parlamentsrechts begrenzte **Indemnität** fehlt folgerichtig, denn der Bundespräsident tritt im Parlament und seinen Ausschüssen nicht auf. Die vom Bundestag gefassten Beschlüsse, die die Immunität heute weitgehend gegenstandslos werden lassen,<sup>60</sup> sind auf den Bundespräsidenten nicht anzuwenden. Ermittlungsverfahren gegen den Bundespräsidenten bedürfen deshalb der Genehmigung des Bundestages.

519

## 3. Gegenzeichnung (Art. 58 GG)



520

**Fall 46:** Der Bundespräsident beabsichtigt, in seiner Rede anlässlich des 100-jährigen Bestehens einer Industrie- und Handelskammer kritische Anmerkungen zur Reform des Sozialstaates zu machen. Seine Rede enthält unter anderem die Sätze: »Man sollte sich aber keinen Illusionen hingeben: Der Umbau der Sozialsysteme ist dringend notwendig, er wird aber die Massenarbeitslosigkeit nicht entscheidend senken. Wer das behauptet, der führt die Öffentlichkeit wider besseres Wissen in die Irre.« Im Bundeskanzleramt wird die Passage als Kritik an der sog. »Agenda 2010« bewertet und die Auffassung vertreten, derartige Äußerungen des Bundespräsidenten bedürften im Hinblick auf Art. 58 GG der vorherigen Abstimmung mit dem Bundeskanzler.

Die **Gegenzeichnung** ist ein Relikt aus dem Konstitutionalismus und diente in dieser Verfassungsepoke dazu, den machtpolitischen Kompromiss zwischen monarchischem Prinzip und Volksrepräsentation konstruktiv zu verwirklichen. Der Monarch war parlamentarisch nicht verantwortlich, seine Person unverletzlich. Seine Regierungshandlungen wurden jedoch – bestimmte Vorbehaltsbereiche ausgenommen – nur gültig, wenn sie durch den zuständigen Minister gegengezeichnet wurden, der mit diesem Akt (sog. »Contrasignatur«) die parlamentarische Verantwortung übernahm.<sup>61</sup> Das Institut der Gegenzeichnung diente dazu, monarchische Rechtsakte parlamentarischer Kontrolle zu unterwerfen, ohne den Monarchen selbst zur Verantwortung zu ziehen. Dem Minister wiederum stand mit der Befugnis zur Gegenzeichnung ein Instrument eigenständigen politischen Handelns zur Verfügung.<sup>62</sup>

521

58 Vgl. dazu J. Ipsen, NdsVBl. 2010, S. 289.

59 Vgl. A. v. Arnould, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, Art. 55 Rn. 12ff.

60 Vgl. oben Rn. 305.

61 Vgl. E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, S. 55f.

62 Vgl. dazu E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, S. 814ff.

- 522 Es liegt in der Logik des parlamentarischen Regierungssystems, alle exekutivischen Handlungen **parlamentarischer Kontrolle** zugänglich zu machen. Da der Bundespräsident vom Bundestag nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, behält der Grundgedanke der Gegenzeichnung auch im demokratischen Verfassungsstaat des 21. Jahrhunderts seine Berechtigung. Fraglich erscheint aber, ob auch alle **informellen Akte** der Gegenzeichnung unterliegen.<sup>63</sup>
- 523 Die Kompetenzen des Bundespräsidenten deuten in die Richtung verschiedener »Funktionen«. Ein gewichtiger Teil des Amtes ist der **Repräsentation** gewidmet, wozu insbesondere die völkerrechtliche Vertretung und die Ernennung von Amtsträgern gehört. Der Bundespräsident bildet hier nicht eigenen, sondern artikuliert fremden Willen.<sup>64</sup> Die »**Reservefunktion**«, zu der man die Kompetenzen aus Art. 63 Abs. 4, 68 Abs. 1, 69 Abs. 3 und 81 GG zusammenfassen könnte, lässt dem Bundespräsidenten Raum für eigene politische Entscheidungen; im Regelfall freilich nur im Einvernehmen mit dem **Bundeskanzler**. Die dritte Schicht des Amtes – die »**Integrationsfunktion**« – ist rechtlich nicht normiert und nicht normierbar.<sup>65</sup> Der Bundespräsident tritt hier – anders als im völkerrechtlichen Verkehr – nicht als Sprachrohr der Regierung, sondern als **eigenständiges Staatsorgan** auf. Er kann eigene Akzente setzen, Anstöße zu bestimmter Politik geben, ist also nicht darauf beschränkt, eine schon formulierte Politik der Bundesregierung lediglich zu wiederholen.
- 524 Es geht deshalb zu weit und ist ersichtlich am Bild des konstitutionellen Monarchen orientiert, wenn die im Schrifttum überwiegende Meinung sämtliche Handlungen des Bundespräsidenten der Gegenzeichnungspflicht unterwerfen und nur den privaten Bereich von der Regierungsverantwortlichkeit ausnehmen will.<sup>66</sup> Unberücksichtigt bleibt zudem, dass eine »Gegenzeichnung« informeller Akte (Reden, Interviews, öffentliche Auftritte) nicht der **Staatspraxis** entspricht. Im Ergebnis muss es darauf ankommen, ob der Bundespräsident lediglich den Willen anderer Staatsorgane artikuliert oder in dem ihm verbleibenden – bescheidenen – Bereich Anstöße zu **politischem Handeln** gibt.<sup>67</sup>
- 525 Da im Beispielsfall der Bereich der völkerrechtlichen Vertretung unberührt bleibt, überdies keine förmlichen Rechtsakte in Rede stehen, ist dem Bundespräsidenten einzuräumen, sozialpolitische Werthaltungen auch ohne Billigung der Regierung abzugeben. Der Bundesregierung bleibt unbenommen, sich im parlamentarischen Raum von einer derartigen Kritik zu distanzieren.

#### 4. Präsidentenanklage (Art. 61 GG)

- 526 Anders als der Bundeskanzler kann der Bundespräsident durch das Parlament oder auch die Bundesversammlung **nicht abgewählt** werden. Um zu verhindern, dass ein Bundespräsident trotz schwerster Verfehlungen im Amt bleiben kann, sieht das Grundgesetz in Art. 61 GG vor, dass der Bundespräsident wegen vorsätzlicher **Verletzung** des **Grundgesetzes** oder eines anderen Bundesgesetzes vor dem BVerfG **angestellt**

---

63 Vgl. unten Rn. 524f.

64 Vgl. *B. Kempen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 59 Rn. 8.

65 Vgl. zur Integrationsfunktion *U. Fink*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 54 Rn. 14; *W. Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 54 Rn. 18.

66 Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 213f.; *A. v. Arnould*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, Art. 58 Rn. 6ff.; krit. hierzu *M. Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 58 Rn. 18f.

67 Ähnlich *W. Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 58 Rn. 10ff.