

Staatsrecht I

Ipsen / Kaufhold / Wischmeyer

33. Auflage 2021

ISBN 978-3-8006-6550-1

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Regierungssystem der Weimarer Verfassung – die Stellung des Bundespräsidenten als durchaus systemgerecht dar.

1. Die Stellung des Reichspräsidenten nach der Weimarer Reichsverfassung

Der Weimarer Verfassungsgeber war von tiefem Misstrauen gegenüber Parteien und Parlament – dem »pluralistischen Klüngel« (*Max Weber*) – beseelt, der nur partikuläre Interessen vertrete, nicht aber das »Gemeinwohl« verfolge. Den zentrifugalen Kräften des Parlaments wurde deshalb die zentrierende Gewalt des Reichspräsidenten gegenübergestellt, der nach der verfassungsrechtlichen Konzeption ein Gegengewicht zum Parlament bilden sollte. Diese Stellung wurde vielfach als »pouvoir neutre«⁵ bezeichnet oder mit der Lehre vom »Hüter der Verfassung«⁶ (*Carl Schmitt*) begründet. 4

Der volksgewählte (Art. 41 WRV) Reichspräsident ernannte und entließ den Reichskanzler (Art. 53 WRV), ohne dass es einer Wahl oder Bestätigung durch den Reichstag bedurfte. Er führte den Oberbefehl über die Wehrmacht (Art. 47 WRV), konnte vom Reichstag beschlossene Gesetze zur Volksabstimmung bringen (Art. 73 I WRV), also das Volk gegen das Parlament anrufen. Er besaß das Recht, den Reichstag ohne bestimmte Voraussetzungen aufzulösen (Art. 25 WRV), was ihm ein Kampfmittel zur Durchsetzung seiner eigenen politischen Ziele an die Hand gab, und hatte ausgedehnte Notstandsbefugnisse (Art. 48 WRV), die ihm quasi-diktatorische Befugnisse einräumte. 5

Das Regierungssystem der Weimarer Republik hatte auf diese Weise wesentliche Elemente des konstitutionellen Regierungssystems übernommen, wies andererseits aber eine folgenschwere Strukturschwäche auf. Reichspräsident und Parlament wurden gleichermaßen vom Volk gewählt, das Regierungssystem war also durch eine »doppelte Volkssouveränität« gekennzeichnet.⁷ In den letzten Jahren der Weimarer Republik hat sich das Regierungssystem zu einer Präsidialdiktatur entwickelt, in der das Parlament nur noch eine Nebenrolle spielte.⁸ Das folgende Beispiel illustriert diese Entwicklung: 6

Reichskanzler Brüning hatte am 16.7.1930 vergeblich versucht, vom Parlament die Zustimmung für einen Zuschlag zur Einkommensteuer zu erhalten. Am selben Tag wurde der Entwurf im Verordnungswege durchgesetzt (RGBl. 1930 I 207). Als der Reichstag zwei Tage später die Aufhebung der Notverordnung verlangte, wurde er durch den Reichspräsidenten aufgelöst (RGBl. 1930 I 299), und zwar mit der Begründung, er habe sein Recht aus Art. 48 WRV geltend gemacht. Die Notverordnung wurde erneut erlassen (RGBl. 1930 I 311). 7

2. Die Parlamentarisierung des Regierungssystems durch das Grundgesetz

Während das Amt des Reichspräsidenten unverkennbare Züge des (monarchischen) Konstitutionalismus zeigte, hat das Grundgesetz dem parlamentarischen System zum Durchbruch verholfen. Die »Entmachtung« des Staatsoberhauptes ist keine isoliert zu sehende Maßnahme des Verfassungsgebers, sondern eine notwendige Konsequenz der Entscheidung für den Parlamentarismus. Dies ist auch der Grund, warum Vorschläge, das Amt des Bundespräsidenten durch Zuweisung weiterer Kompetenzen »aufzuwerten«, sorgfältiger Diskussion bedürfen. Der Oberbefehl über die Streitkräfte, deren parlamentarische Kontrolle im Grundgesetz besonders ausgeprägt ist (Art. 45a II, 45b GG), ließe sich zB nicht ohne weitreichende Folgewirkungen aus dem parlamentari- 8

5 Vgl. Huber Dt. Verfassungsgeschichte VI S. 310; O. Kimminich VVDStRL 25 (1967), S. 2 (13 ff.) mwN.

6 Vgl. C. Schmitt AöR 16 (1929), S. 161 ff.

7 Vgl. Stern StaatsR V S. 746 f. mwN.

8 Vgl. Huber Dt. Verfassungsgeschichte VII S. 731 ff.

schen Regierungssystem herauslösen. Demgegenüber wäre das parlamentarische Regierungssystem durch eine Volkswahl des Bundespräsidenten nicht notwendig in Frage gestellt. Zwar ist zu erwarten, wie bereits die Enquête-Kommission »Verfassungsreform« 1976 herausgearbeitet hat, dass die einem Bundespräsidenten durch die Volkswahl zuteil gewordene »überschießende Legitimation«⁹ ihn zu einer intensiveren politischen Aktivität und zu einer aktiven Profilierung gegenüber konkurrierenden Kandidatinnen und Kandidaten, aber auch gegenüber Parlament und Parteien herausfordert. Solange allerdings die Befugnisse des vom Volk gewählten Bundespräsidenten wie bisher auf Repräsentation und Integration beschränkt bleiben, spricht wenig dafür, dass die Volkswahl allein zu einem Ungleichgewicht in der Verfassungsordnung führen würde.¹⁰ Regierung, Parlament und politische Parteien dürften durchaus in der Lage sein, auch mit einem selbstbewussteren und stärker politisierten Amt des Bundespräsidenten zu interagieren.

II. Rechte und Pflichten des Bundespräsidenten

1. Die völkerrechtliche Vertretung des Bundes (Art. 59 I GG)

- 9 **Fall 41:** Die Bundesregierung befindet sich in schwierigen Verhandlungen mit dem auswärtigen Staat A über die Rückführung von Asylbewerbern. Könnte die Bundespräsidentin, die öffentlich mehrmals für die Integration von Ausländern eingetreten ist, von der Bundesregierung unter Hinweis auf Art. 59 I GG verlangen, dass das Bundespräsidialamt an den Verhandlungen beteiligt wird?
- 10 Die der Bundespräsidentin in Art. 59 I GG zugewiesene **völkerrechtliche Vertretungsbefugnis** entspricht sowohl der Tradition des deutschen Staatsrechts (Art. 11 RV, 45 WRV) als auch der **völkerrechtlichen Praxis**. Staaten sind Völkerrechtssubjekte. Im völkerrechtlichen Verkehr muss gesichert sein, dass die für einen Staat auftretenden Unterhändler hierzu befugt sind und ihre Erklärungen den Staat binden. Da dem Staat nicht zuzumuten ist, sich über die innerstaatliche Kompetenzverteilung des jeweiligen Verhandlungspartners zu unterrichten, geht der Völkerrechtsverkehr seit jeher davon aus, dass das Staatsoberhaupt eine **allgemeine Vertretungsbefugnis** hat. Nach neueren Vereinbarungen gelten neben ihm der Regierungschef, der Außenminister und der Leiter der jeweiligen diplomatischen Mission als vertretungsbefugt.¹¹
- 11 Die vom Völkerrecht vermutete Vertretungsbefugnis des Staatsoberhauptes wird durch Art. 59 I GG zu einer staatsrechtlichen Kompetenz umgeformt. Im »**Außenverhältnis**«, dh im Verkehr mit auswärtigen Staaten, kommt der Bundespräsidentin eine umfassende Vertretungsbefugnis zu. Die gegenteilige Auffassung, die die Bundespräsidentin im Bereich der auswärtigen Beziehungen auf die **Ratifikation** völkerrechtlicher Verträge beschränken will,¹² vermag nicht zu überzeugen. Die Ratifikation ist Voraussetzung für das Inkrafttreten eines Vertrages, der Verhandlungen und Unterzeichnung vorausgehen müssen (→ § 21 Rn. 6 ff.). Wenn es in Art. 59 I 2 GG heißt, der Bundespräsident schließe »im Namen des Bundes die Verträge mit auswärtigen Staaten«, so ist

⁹ Vgl. Schlussbericht der Enquête-Kommission »Verfassungsreform«, BT-Drs. 7/5924, 20 f.

¹⁰ Vgl. J. Ipsen FS H.-P. Schneider, 2008, S. 197 (203 ff.).

¹¹ Art. 7 II Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969 (BGBl. 1985 II 926; BGBl. 1987 II 757) = Sartorius II Nr. 320.

¹² So Stern StaatsR II S. 226 f.

hiermit ersichtlich mehr gemeint als die Ratifikation. Zutreffend werden die Rechts- handlungen in Art. 59 I 2 und 3 GG deshalb als Beispiele einer umfassenden Vertre- tungsbefugnis angesehen.¹³

Art. 59 I GG ist dagegen nicht zu entnehmen, wie sich die **innerstaatliche Willensbil- dung** im Bereich der auswärtigen Beziehungen vollzieht. Die völkerrechtliche Vertre- tungsbefugnis bedeutet nicht, dass die Bundespräsidentin völkerrechtlich bedeutsame Entscheidungen selbst zu treffen hätte oder an ihrem Zustandekommen auch nur zu beteiligen wäre. Das rechtliche »**Können**« im Außenverhältnis unterscheidet sich inso- fern vom rechtlichen »**Dürfen**« im Verhältnis zu den anderen Staatsorganen. 12

Die Richtlinien der Politik werden nach Art. 65 S. 1 GG durch den **Bundeskanzler** be- stimmt. Es würde einen schwer begreiflichen Widerspruch innerhalb des Grundgeset- zes bedeuten, wenn hiervon wichtige Aspekte der Außenpolitik ausgenommen und der Bundespräsidentin zugewiesen wären. Zutreffend verneint die herrschende Mei- nung deshalb die Kompetenz des Bundespräsidenten zu eigener Außenpolitik.¹⁴ Art. 59 I GG erweist sich somit als Ausprägung der dem Staatsoberhaupt eigenen »**Re- präsentationsfunktion**«, die mit Befugnissen zu eigener Entscheidung oder gar tat- sächlichen Machtverhältnissen nichts zu tun hat. 13

Im Ausgangsfall kann die Bundespräsidentin eine Beteiligung des Bundespräsidialamtes ebenso wenig verlangen wie sie überhaupt auf die Verhandlungen Einfluss nehmen kann. Art. 59 I GG besagt inso- weit lediglich, dass die Vollmacht der Verhandlungsführer auf die Bundespräsidentin rückführbar sein muss, sofern nicht eine vom Völkerrecht vermutete Vertretungsbefugnis (zB des Bundeskanzlers) vor- liegt. 14

Gerade wegen der das Völkerrecht kennzeichnenden Vermutung zugunsten einer Ver- tretungsbefugnis des Staatsoberhauptes hat sich die Bundespräsidentin im Bereich der auswärtigen Beziehungen besonderer Zurückhaltung zu befleißigen und Erklärungen nur im Benehmen mit dem Bundeskanzler bzw. dem Auswärtigen Amt abzugeben. Sie artikuliert politischen Willen, bildet ihn aber nicht selbst. 15

2. Ernennung und Entlassung von Amtsträgern des Bundes (Art. 60 I, 64 I GG)

Fall 42: Nach Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler und den Justizminister wird der Bundespräsi- dentin die Ernennungsurkunde der C vorgelegt, die vom Richterwahlausschuss zur Richterin am BGH gewählt worden ist. Die Bundespräsidentin hat Vorbehalte gegenüber C, die auf deren frühere Mit- gliedschaft in einer als »extremistisch« angesehenen Partei zurückzuführen sind. Könnte die Bundespräsidentin die Ernennung der C verweigern? 16

Auch mit Art. 60 I, 64 I GG bewegt sich das Grundgesetz in der Tradition deutscher 17 Verfassungen (Art. 18 RV; Art. 46 WRV). Das **Ernennungs- und Entlassungsrecht** ist traditionelles Hausgut des Staatsoberhauptes, besagt aber ebenso wenig wie die völ- kerrechtliche Vertretungsbefugnis etwas darüber, wie der hier artikulierte Wille gebil- det wird. Einigkeit besteht darin, dass die Bundespräsidentin durch Art. 60 I, 64 I GG zu keiner eigenen Personalpolitik ermächtigt wird, ihre Befugnisse vielmehr überwie-

13 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Kempfen GG Art. 59 Rn. 15; Maunz/Dürig/Nettesheim GG Art. 59 Rn. 78 ff.

14 Vgl. Dreier/Heun GG Art. 59 Rn. 21; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kempfen GG Art. 59 Rn. 11; v. Münch/Kunig/Starski GG Art. 59 Rn. 17.

gend formaler bzw. protokollarischer Natur sind.¹⁵ Mit den Bundesministern soll der Bundeskanzler regieren, die Bundesbeamten und Soldaten sind den einzelnen Ressorts unterstellt. Die Bundesrichterinnen und Bundesrichter sind unabhängig, ihre Wahl fällt zum Teil besonderen Organen zu. In der Staatspraxis werden der Bundespräsidentin die Ernennungsurkunden ohne Personalakten zur Unterschrift vorgelegt.¹⁶ Es ist nicht leicht einzusehen, worin angesichts dieser Prämissen noch ein Entscheidungsspielraum für die Bundespräsidentin bestehen soll. Wenn gleichwohl die Frage einer »**Prüfungskompetenz**« auch bei der Ernennung von Amtsträgern, insbesondere bei der Ernennung von Bundesministern, diskutiert wird,¹⁷ so könnte es sich hier allenfalls um eine Prüfung der **Ernennungsvoraussetzungen** handeln.

18 Skepsis ist angebracht, wo jenseits einer – von den Personalreferaten ja ohnehin vorzunehmenden – **rechtlichen Prüfung** der Bundespräsidentin eine Art **Notkompetenz** zur Verhinderung staatspolitisch unerwünschter Ernennungen eingeräumt wird.¹⁸ In einem parlamentarischen Regierungssystem ist es Aufgabe des Parlaments, die Regierungschefin bzw. die zuständigen Ministerinnen für unzuträgliche Ernennungsakte zur Verantwortung zu ziehen. Amtsinhaber mögen sich gelegentlich auf informellem Wege gegen Ernennungen gesperrt haben; im Konfliktfall müsste die Bundespräsidentin aber unterliegen, denn wenn die Ernennungsvoraussetzungen des Beamten- oder Richterdienstrechts erfüllt sind, lässt sich kein staatspolitischer Vorbehalt »denken«, der sie zur Verweigerung ihrer Unterschrift berechtigt.¹⁹

19 Im Ausgangsfall wäre die Bundespräsidentin deshalb verpflichtet, die Ernennung vorzunehmen, sofern Bundeskanzler und Justizminister auf ihr bestehen.

3. Ausfertigung und Verkündung von Bundesgesetzen (Gesetzgebungsverfahren III)

20 **Fall 43:** Der Bundestag beschließt am 18.6.2020 das »Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität«. Das Gesetz enthält unter anderem eine Regelung, die die Betreiber sozialer Netzwerke verpflichtet, dem Bundeskriminalamt Auskunft über die Identität der Urheber rechtswidriger Beiträge zu erteilen. Nachdem der Entwurf den Bundesrat passiert hat, wird er nach Gegenzeichnung durch die Bundeskanzlerin und die zuständigen Ministerinnen dem Bundespräsidenten zur Ausfertigung und Verkündung vorgelegt. Am 17.7.2020 veröffentlicht jedoch das Bundesverfassungsgericht einen Beschluss, in dem es eine gleichlautende Auskunftsverpflichtung aus dem Telekommunikationsgesetz wegen eines Verstoßes gegen die Grundrechte für verfassungswidrig erklärt. Zwischen allen Beteiligten ist unstrittig, dass die Regelung im Hasskriminalitätsgesetz den Anforderungen der neuen Verfassungsgerichtsentscheidung nicht mehr genügt, also materiell verfassungswidrig ist. Die Bundesregierung drängt den Bundespräsidenten dennoch zur Ausfertigung und sagt zu, dass sie schnellstmöglich ein »Reparaturgesetz« auf den Weg bringen werde; der Kampf gegen Hasskriminalität könne jedoch bis dahin nicht warten. Der Bundespräsident weigert sich in einem Brief an Regierung und Parlament, das Gesetz auszufertigen und zu verkünden.

15 Vgl. Maurer StaatsR I § 15 Rn. 12; vgl. Stern StaatsR II S. 261; Sachs/Brinktrine GG Art. 64 Rn. 15.

16 Vgl. § 4 I der »Durchführungsbestimmungen zur Anordnung des Bundespräsidenten über die Ernennung und Entlassung der Beamtinnen, Beamten, Richterinnen und Richter des Bundes« des Bundesinnenministers v. 7.4.2009 (GMBL. 614).

17 Vgl. Stern StaatsR II S. 245 ff.

18 Dagegen auch Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 54 Rn. 87; Dreier/Heun GG Art. 60 Rn. 20 mwN; v. Münch/Kunig/Mager/Holzner GG Art. 64 Rn. 19 ff.

19 Anders Stern StaatsR II S. 262.

Nach Art. 82 I GG werden die nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze durch den Bundespräsidenten »ausgefertigt« und im Bundesgesetzblatt verkündet. Die **Ausfertigung**, die nichts anderes bedeutet als die Herstellung einer Urschrift des Gesetzes, umfasst die Erklärung der »**Authentizität**« – Gesetzesbeschluss und Urkunde stimmen im Wortlaut überein – und der »**Legalität**« – die Vorschriften des Grundgesetzes sind eingehalten worden.²⁰ Unterzeichnet der Bundespräsident nicht, ist das Gesetzgebungsverfahren nicht abgeschlossen und das Gesetz kann nicht in Kraft treten. 21

Das Bundesverfassungsgericht hat die Kompetenz des Bundespräsidenten zur Prüfung eines Gesetzes mittlerweile anerkannt.²¹ Unter welchen Bedingungen der Bundespräsident die Ausfertigung verweigern darf, wird in der Staatslehre aber nach wie vor intensiv diskutiert. Unstreitig besitzt der Bundespräsident kein »**politisches**« **Prüfungsrecht**; die Ausfertigung eines Gesetzes darf also nicht verweigert werden, nur weil der Bundespräsident ein Gesetz für unklug oder politisch verfehlt hält. Unstreitig ist auch die Befugnis des Bundespräsidenten, Gesetze auf ihr **verfassungsmäßiges** »**Zustandekommen**« zu überprüfen. Diese sog. »**formelle Prüfungscompetenz**« umfasst zum einen die Prüfung, ob die Vorschriften des parlamentarischen **Gesetzgebungsverfahrens** beachtet wurden. Zum anderen ist auch zu prüfen, ob dem Bund auch die **Gesetzgebungskompetenz** zustand.²² Diese Prüfung ist anspruchsvoll und verlangt auch eine Würdigung des Gesetzesinhaltes. Es ist deshalb unzutreffend, wenn gelegentlich der Eindruck erweckt wird, Verstöße gegen Zuständigkeitsvorschriften seien leichter feststellbar als Verletzungen des materiellen Rechts.²³ 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. Funktional betrachtet kompensiert das formelle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten partiell die (weitgehend) fehlende Möglichkeit zur präventiven gerichtlichen Normenkontrolle.²⁴ 22

Umstritten ist hingegen die Frage der »**materiellen**« **Prüfungscompetenz**, also die Befugnis des Bundespräsidenten, ihm zur Ausfertigung vorgelegte Gesetze auch auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit dem Grundgesetz, insbesondere den Grundrechten und Staatsstrukturprinzipien, zu kontrollieren. Die geringe Zahl von Gesetzen, in denen die Prüfungscompetenz praktische Bedeutung gewonnen hat, würde für sich die breite Resonanz in der Literatur nicht rechtfertigen.²⁵ 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 Staatsoberhauptes erfordert. 23

20 Vgl. Dreier/Bauer GG Art. 82 Rn. 8.

21 BVerfGE 131, 44 (53); 152, 55 (62).

22 Vgl. Stern StaatsR II S. 233.

23 So auch Stern StaatsR II S. 233.

24 Zu diesem Grundsatz und zur Ausnahme bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen BVerfGE 152, 55 (62).

25 Vgl. die Angaben zur Staatspraxis bei v. Münch/Kunig/Wallrabenstein GG Art. 82 Rn. 3; Deutscher Bundestag, Internetangebot: <https://www.bundestag.de/resource/blob/817824/b8c8bb9b87e00a9-c71aa9691cc3077a2/WD-3-257-20-pdf-data.pdf>.

- 24 Das Problem der Prüfungskompetenz ist mittlerweile staatsrechtlicher »Klassiker«. Der **Wortlaut** des Art. 82 I GG gibt keinen sicheren Aufschluss über die strittige Kompetenz; der Passus »nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes« scheint sowohl formelle als auch materielle Normen zu umfassen, während der Passus »zustande gekommen« eher für eine Verengung auf ein formelles Prüfungsrecht spricht.²⁶
- 25 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. Gleiches gilt für seine Charakterisierung als »Hüter der Verfassung«. Selbst das »**Wesen**« der Ausfertigung erweist sich als zu unbestimmt, als dass man hierauf rekurrieren könnte.²⁷ Diese Argumente erlangen verfassungsrechtliche Bedeutung allenfalls im Rahmen einer historischen Interpretation des Art. 82 GG, die auf das gerade anders gelagerte, expansive Verständnis des damaligen Amtes des Reichspräsidenten reagiert.
- 26 In systematischer Hinsicht ließe sich der Umstand, dass Art. 82 GG dem Abschnitt »Die Gesetzgebung des Bundes« zugehört, als Grund für eine Verengung der Prüfung auf die dort enthaltenen Normen – also für ein formelles Prüfungsrecht – anführen. Aus den Instituten des **Amtseids** (Art. 56 GG) und der **Präsidentenanklage** (Art. 61 GG) lässt sich hingegen nichts gewinnen: Diese Normen begründen keine eigenen Rechte und Pflichten des Präsidenten, sondern setzen diese voraus. Der Versuch, hieraus die Notwendigkeit eines materiellen Prüfungsrechts abzuleiten, erweist sich daher als Zirkelschluss.
- 27 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.²⁸ Diese Position wirkt 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 I 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.²⁹
- 28 Das Problem der materiellen Prüfungskompetenz spitzt sich deshalb zur Frage zu, ob Amtsträger verpflichtet sein können, Handlungen vorzunehmen, die ihrer Auffassung nach gegen das Grundgesetz verstoßen (**Art. 20 III GG**). Diese Frage ist für den Bundespräsidenten ebenso wie für andere Amtsträger 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 Verfassungs-

26 Vgl. Maunz/Dürig/Butzer GG Art. 82 Rn. 161 f.

27 Vgl. Stern StaatsR II S. 233 f.

28 Nachw. bei v. Münch/Kunig/Wallrabenstein GG Art. 82 Rn. 14.

29 So zutr. Friesenhahn FS G. Leibholz, Bd. 2, 1966, S. 679 (684); K. H. Friauf FS K. Carstens, Bd. 2, 1984, S. 545 (556 f.).

recht«. ³⁰ 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. ³¹ Verhindert wird so, dass der Bundespräsident »sehenden Auges« an einem schweren und offensichtlichen Verfassungsverstoß mitwirkt. 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 ³² spricht im Übrigen mehr für als gegen die materielle Prüfungskompetenz. Nach § 14 II BNotO haben Notare ihre

»Amtstätigkeit zu versagen, 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.«

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

Durch die materielle Prüfungskompetenz wird der Bundespräsident nicht zum »Gegengewicht« für das Parlament, denn der Bundestag kann die Sache jederzeit vor das BVerfG bringen und dort (im Wege des Organstreits) 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. ³³ 29

Nach wie vor umstritten ist jedoch, ob der Bundespräsident auch die Vereinbarkeit des Bundesrechts mit Europarecht prüfen darf. ³⁴ Teilweise wird unter Verweis auf Art. 4 III UAbs. 3 EUV vertreten, dass der Bundespräsident als Staatsorgan eines Mitgliedstaates alles unterlassen müsse, was die Verwirklichung der Ziele der Union beeinträchtigt. ³⁵ Gegen eine entsprechende Erweiterung der Prüfungskompetenz spricht allerdings der klare Wortlaut des Art. 82 I GG, der nur auf »Vorschriften dieses Grundgesetzes« verweist, nicht aber auf das Unionsrecht. Auch mit Art. 20 III GG lässt sich kein anderes Ergebnis begründen: Die Ausfertigung ist Teil der Gesetzgebung, die nach Art. 20 III GG allein an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, nicht aber allgemein an Gesetz und Recht, worunter sich auch das Unionsrecht fassen ließe. ³⁶ Angesichts des 30

30 Vgl. Rauschning, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, 1969, S. 151 ff.

31 Vgl. hierzu das Schreiben v. 22. 1. 1991, mit dem der damalige Bundespräsident Richard v. Weizsäcker die Ausfertigung des »10. Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes« (BR-Drs. 391/90) ablehnte (vgl. BR-Drs. 37/91): »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 08-91 der Bundesregierung v. 26. 1. 1991, 46); vgl. hierzu Epping JZ 1991, S. 1102 (1107 ff.).

32 Vgl. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 287.

33 Str., vgl. Biehl, Die Gegenzeichnung im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 116; auf schwere und offensichtliche Verfassungsverstöße beschränkt: Sachs/Mann GG Art. 82 Rn. 13.

34 Zur Problematik: Deutscher Bundestag, Internetangebot: <https://www.bundestag.de/resource/blob/419280/fd4b7607d2085296c4074945960df3d2/WD-3-077-15-pdf-data.pdf>.

35 Schladebach/Koch JURA 2016, S. 355 (358); Maunz/Dürig/Butzer GG Art. 82 Rn. 194.

36 Hauk JA 2017, S. 93 (97); von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner GG Art. 82 Rn. 31.

etablierten Instituts des Anwendungsvorrangs, das einem unionsrechtswidrigen Bundesgesetz die Anwendbarkeit verwehrt, ist auch kein unmittelbares praktisches Bedürfnis für eine Ausweitung der Prüfungskompetenz erkennbar.

- 31 Im Ausgangsfall ist der Bundespräsident folglich befugt, das Hasskriminalitätsgesetz in formeller und materieller Hinsicht auf seine Übereinstimmung mit den Grundrechten zu überprüfen. Da der Verfassungsverstoß – infolge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der gleichlautenden Norm im Telekommunikationsgesetz – offenkundig ist, durfte der Bundespräsident die Ausfertigung des Gesetzes verweigern. Der Bundespräsident hat im vorliegenden Fall freilich einen neuen Weg eingeschlagen und die Ausfertigung des Gesetzes nach Kenntniserlangung von der offenkundigen Verfassungswidrigkeit nicht endgültig verweigert, sondern ausgesetzt, bis Bundestag und Bundesrat die anvisierten Änderungen in einem neuen Gesetzgebungsverfahren (sog. Reparaturgesetz) verabschiedet hatten. Das ursprüngliche Hasskriminalitätsgesetz wurde dann zeitgleich mit dem Reparaturgesetz am 30.3.2021 ausgefertigt und verkündet.

4. Auflösung des Bundestages (Art. 63 IV, 68 I GG)

- 32 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 und politische Macht ausübt. Hierzu sind die beiden Fälle der **Auflösung des Bundestages** (im Falle der Kanzlerwahl im dritten Wahlgang gemäß Art. 63 IV GG sowie bei der gescheiterten Vertrauensfrage gemäß Art. 68 I GG) ebenso zu rechnen, wie die **Verkündung des Gesetzgebungsnotstandes** (Art. 81 GG). In der Verfassungspraxis ist bisher die Entscheidung des Bundespräsidenten nach Art. 68 I GG, die den Weg zu Neuwahlen ebnet, relevant geworden.

- 33 **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.

(BVerfGE 114, 121)

- 34 Nach Art. 68 I GG »kann« der Bundespräsident die Auflösungsentscheidung treffen, wenn folgende drei Voraussetzungen vorliegen:
- die Vertrauensfrage des Bundeskanzlers hat nicht die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages (Art. 121 GG) gefunden;
 - der Bundeskanzler schlägt die Auflösung vor;
 - die Frist von 21 Tagen ist noch nicht abgelaufen.
- 35 Die Prüfung, ob ein Vorschlag der Bundeskanzlerin vorliegt und ob die Frist gewahrt ist, weist keine Schwierigkeiten auf. Probleme bereitet jedoch das Merkmal der Vertrauensfrage: Die Frage ist, ob es ausreicht, dass die Abstimmung im Parlament einen negativen Ausgang aufweist oder ob die Abgeordneten des Bundestages der Bundes-