

Kevin Zaus: Das Dilemma der Evidenzkontrolle –

Ein Plädoyer zur Ausweitung der Prüfkompetenz des Bundespräsidenten gem. Art. 82 GG¹

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 8. Fachsemester an der Universität Bayreuth. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Kolloquium des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Carsten Bäcker gehalten hat.

A. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht, selbstbezeichneter „Hüter der Verfassung“,² sucht weltweit unter den Verfassungsgerichten in Sachen Kompetenz seinesgleichen.³ Herausragende Kompetenz ist komplementierungsbedürftig, das lehrt die Kernidee der Gewaltenteilung. So wird im Staatsorganisationsrecht diskutiert,⁴ ob dem Bundespräsidenten durch Art. 82 I 1 GG eine Komplementärrolle zur Verfassungsgerichtsbarkeit zukommt. Dies wirft die Frage auf, ob (auch) der Bundespräsident unter dem Grundgesetz, wie es zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung angenommen wurde, „Hüter der Verfassung“ ist.⁵ Losgelöst von der bisherigen Verfassungspraxis⁶ will der folgende Beitrag die im Rahmen der Interpretation des Art. 82 I 1 GG besonders umstrittene⁷ Prüfkompetenz des Bundespräsidenten sowie deren Umfang aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes heraus ableiten.⁸ Kern der Überlegungen sind zwei Gedankenexperimente, die zum einen die Notwendigkeit der Prüfkompetenz überhaupt und zum anderen deren umfassende Reichweite darlegen sollen.

B. Der Ausgangspunkt

Beide Gedankenexperimente gehen davon aus, dass dem Bundespräsidenten kein (umfassendes) Prüfungsrecht im Sinne eines Verfassungshüters zukommt. Es sei weiter angenommen, dass das folgende fiktive Gesetz zur Änderung des BVerfGG zur Ausfertigung und Verkündung durch den Bundespräsidenten ansteht:

§ 1 Paragraph 23 des BVerfGG wird neu gefasst:

„(1) Ein Antrag oder eine Vorlage an das BVerfG ist nur dann ordnungsgemäß, wenn der Bundeskanzler den Antrag oder die Vorlage gegenzeichnet. Die Gegenzeichnung steht im freien Ermessen des Bundeskanzlers.

(2) Anträge und Vorlagen, die dem Bundesverfassungsgericht zum Zeitpunkt der Verkündung des Gesetzes zugegangen waren, in der Sache aber noch nicht entschieden wurden, bedürfen ebenfalls der Gegenzeichnung.“

§ 2 Das Gesetz tritt mit dem Ablauf des Tages der Verkündung in Kraft.

C. Die Prüfkompetenz

Ausgehend vom geschilderten Fall und der Annahme der Nichtkompetenz des Bundespräsidenten zur Prüfung des Gesetzes werden die verfassungsprozessualen Möglichkeiten beleuchtet; unter (I.) das Antragerfordernis bei Verfahren vor dem BVerfG, (II.) die abstrakte Normenkontrolle, (III.) die konkrete Normenkontrolle und (IV.) die Verfassungsbeschwerde.

I. Zum Antragerfordernis

Das Bundesverfassungsgericht ist an das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz gebunden.⁹ Beachtlich sind hierbei insbesondere Verfahrensvorschriften, etwa Zulässigkeitsbeschränkungen wie §§ 64 III, 93 BVerfGG oder anderweitige Einschränkungen, etwa nach Art. 100 I GG, § 79 BVerfGG.¹⁰ Erwähnenswert ist zudem,

¹ Ein besonderer Dank für hilfreiche Anmerkungen sei an Frau Tina Bühner und Prof. Dr. Carsten Bäcker ausgesprochen.

² BVerfGE 6, 300 (304).

³ So wird das BVerfG als mächtigstes Gericht Europas/der Welt bezeichnet: *Eder/Siems*, Europas mächtigste Richter, <https://www.welt.de/print/wams/wirtschaft/article109106506/Europas-maechtigste-Richter.html> [Stand: 06.03.2022]; 70 Jahre Bundesverfassungsgericht: Das mächtigste Gericht der Welt, <https://www.ardaudiothek.de/episode/kultur-aktuell/70-jahre-bundesverfassungsgericht-das-maechtigste-gericht-der-welt/swr2/93452430/> [Stand: 06.03.2022].

⁴ Eine Übersicht zur Prüfkompetenz bietet *Kment* in: Jarass/Pieroth, 16. Auflage 2020, Art. 82 Rn. 3 sowie *Schoch*, Die Prüfkompetenz des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren, JURA 2007, 354.

⁵ Siehe hierzu *Waldhoff*, „Weimar“ als Argument, JuS 2019, 737 (742).

⁶ Die Verfassungspraxis der Prüfkompetenz des Bundespräsidenten, die das Verfassungsrecht prägen kann und vom BVerfG auch anerkannt und vorausgesetzt wird, vgl. Fn. 57, sei für die Argumentation ausgeklammert.

⁷ S. Fn. 4.

⁸ Vgl. in Ansätzen *Butzer* in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL Juli 2021, GG Art. 82 Rn. 167, 170.

⁹ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Auflage 2012, § 1 Rn. 22 ff; *ebd.*, § 4 Rn. 104.

¹⁰ *Benda/Klein* (Fn. 9), § 1 Rn. 39.

dass nach allgemeinen Grundsätzen neue Verfahrensvorschriften auch für anhängige Verfahren gelten.¹¹

Dem BVerfG kommt kein eigenständiges Verfahrensvorschlagsrecht zu;¹² das Gericht wird nur auf Antrag tätig.¹³ Damit besteht die Möglichkeit einer Verfassungsaushebelung, sofern, wie im fiktiven Gesetz, die Einlegung eines Antrags beim Bundesverfassungsgericht verhindert wird.¹⁴ Diese Problematik ist bereits ersichtlich am Beispiel des § 63 BVerfGG:¹⁵

Nach dem Wortlaut des § 63 BVerfGG ist der Kreis der zulässigen Antragssteller und -gegner enumerativ aufgelistet und insoweit abschließend. Diese Auflistung ist jedoch kürzer als diejenige, die in Art. 93 I Nr. 1 GG zu finden ist, insbesondere fehlt in § 63 BVerfGG die Gruppe der „anderen Beteiligten“. Nach weit überwiegender Ansicht ist hinsichtlich dieser Einschränkung § 63 BVerfGG (teil-)nichtig.¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat die Norm jedoch nicht für nichtig erkannt, sondern lediglich deren „nicht abschließende Umsetzung“¹⁷ der Verfassung hervorgehoben und geht, mit den Worten: „[diese] Ausweitung [...] mußte erfolgen [...]“, über § 63 BVerfGG hinaus¹⁸ – teils wird § 63 BVerfGG vom Bundesverfassungsgericht sogar nicht einmal beiläufig erwähnt.¹⁹ Dieses verwunderliche Vorgehen des BVerfG liegt darin begründet, dass es ohne einen Antrag (gerichtet auf eine diesbezügliche Normenkontrolle) die Norm nicht für nichtig erklären darf.²⁰

Auch tritt die Nichtigkeit eines Gesetzes, zumal einer verfassungsprozessualen Vorgabe, nicht ipso iure ein. Es bedarf einer Befassung des Bundesverfassungsgerichtes mit der Sache (vgl. Art. 93 GG), welches dann – nach einfachgesetzlicher Regelung – per Nichtigkeitsklärung (§ 78 S. 1 BVerfGG) das Gesetz für nichtig erklärt. Dieser Erklärung kommt dann allerdings Gesetzeskraft zu (§ 31 II 1 BVerfGG).

Diese Gesetzeskraft der Nichtigkeitsfeststellung tritt – trotz der ex tunc Wirkung der Nichtigkeitsklärung – erst mit der Entscheidungsverkündung ein, da erst ab diesem Zeitpunkt (durch Verkündung) eine Bindungswirkung nach § 31 I BVerfGG eintreten kann.²¹ Bis zur Verkündung kann also mangels Bindungswirkung nicht von der Nichtigkeit ausgegangen werden – schon aus Respekt dem Gesetzgeber gegenüber. Eine Nichtigkeit ipso iure scheidet demnach aus.

Da das Grundgesetz gem. Art. 20 III GG auch die Rechtsprechung inklusive des Bundesverfassungsgerichts bindet,²² sind sowohl das Prozessrecht als auch die Zuständigkeiten für das BVerfG nicht dispositiv.²³ Die Regelungen des BVerfGG stehen daher nicht zur Disposition des Gerichts²⁴ – und es bleibt festzuhalten, dass die Richter des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich an die Prozessordnung gebunden sind.²⁵

Doch zurück zum Problem des § 63 BVerfGG: Es ist festzustellen, dass dieser hinsichtlich der Verkürzung des Antragstellerkreises verfassungswidrig ist, das Bundesverfassungsgericht aber das Gesetz mangels eines Antrags (auf abstrakte Normenkontrolle) nicht verwerfen darf und es also – mangels Nichtigkeitsfeststellung – weiterhin Gültigkeit besitzt.

So bleibt dem Bundesverfassungsgericht nur,²⁶ entweder gegen § 63 BVerfGG zu verstoßen, indem es diesen nicht anwendet, obwohl es hieran eigentlich gebunden ist, oder § 63 zu beachten und dabei ein verfassungswidriges Gesetz anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht hat sich, wie gesehen, für den Weg entschieden, im Konfliktfall § 63 BVerfGG nicht anzuwenden.

Praktisch irrelevant wird diese Situation jedoch durch die Interpretationsautonomie bzw. die Eigenschaft des Gerichts als

¹¹ BVerfGE 1, 4 (4).

¹² Benda/Klein (Fn. 9), § 4 Rn. 104.

¹³ Eine Ausnahme hiervon besteht, wenn es um einstweilige Anordnungen bezüglich eines bereits anhängigen Hauptverfahrens geht – dies dient der Aufrechterhaltung der Funktion des Bundesverfassungsgerichts: vgl. Benda/Klein (Fn. 9), § 9 Rn. 205.

¹⁴ Knies, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ in Burmeister [Hrsg.], Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 1155 (1161).

¹⁵ Vgl. Engels, Die Zulässigkeitsprüfung im Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, JURA 2010, 421 (422 f.).

¹⁶ Engels, JURA 2010, 421 (422); Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage 2020, § 4 Rn. 416 f., 421 ff.; Voßkuhle, in v. Mangoldt/Klein/Stark GG, Bd. 3, 7. Auflage 2018, Art. 93 Rn. 101.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 136, 277 (299).

¹⁸ BVerfGE 13, 54 (81).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 4, 27 (29 f.).

²⁰ Vgl. Hillgruber/Goos (Fn. 16), § 4 Rn. 425.

²¹ Vgl. Burghart in: Leibholz/Rinck, Lfg. 69 2015, Art. 93 Rn. 236, 239.

²² Vgl. Walter in: BeckOK BVerfGG, 12. Ed. 1.12.2021, § 1 Rn. 8.

²³ So Pestalozza, der gleichwohl von der Möglichkeit des Durchgriffs auf die Verfassung ausgeht: Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Auflage 1991, § 2 II Rn. 13; das BVerfG verzichtet dazu passend auch auf Analogien zum Verfassungsprozessrecht: s. Bäcker, Verfassungsanalogien - Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, Der Staat 60, 1 (13 ff.).

²⁴ Hillgruber/Goos (Fn. 16), § 1 Rn. 22.

²⁵ Bertrams, Verfassungsgerichtliche Grenzüberschreitungen in FS für Klaus Stern (Fn. 14), S. 1027 [1035]; zur Ausnahme des Antragserfordernisses s. Fn. 13.

²⁶ Politisch kann es auch versuchen, eine antragsberechtigte Partei von einem Antrag zu überzeugen oder auf „kurzem Dienstweg“ eine Änderung des BVerfGG zu bewirken.

Letztinterpret der Verfassung.²⁷ Denn selbst wenn man dem BVerfG ein rechtswidriges Handeln unterstellte,²⁸ gäbe es keine nationale Instanz, die rechtlich dazu kompetent wäre, das Bundesverfassungsgericht wegen einer Verletzung des Grundgesetzes (sanktionsfähig) zu rügen.^{29,30}

In diesem Zuge ist zu erwähnen, dass Art. 94 II GG dem Gesetzgeber ausdrücklich die Befugnis erteilt, Verfahrensregeln zu erlassen³¹ und dass diese, wie das BVerfG betont, „[...] die wesentlichen Prozessvoraussetzungen, unter ihnen die Partei- und Prozessfähigkeit sowie die Antrags- und Vertretungsbefugnis“³², umfassen – wobei eine zu starke Kompetenzeinschränkung durch zu strenge Zulassungsschranken den Grundsatz der Organtreue verletzen kann.³³ Ohnehin ist die gesetzliche Bestimmung gewisser Antragserfordernisse – etwa der Form, der Begründung, der Frist und dergleichen, vergleiche hierzu unter anderem §§ 17, 23 BVerfGG – grundsätzlich zulässig.³⁴ Eine Antragsberechtigung kraft Analogie soll nicht bestehen.³⁵

Immer vorliegen müssen die Sachentscheidungsvoraussetzungen³⁶, von denen ein ordnungsgemäßer Antrag ein Teil ist.

Bei einer vorübergehenden Unzulässigkeit eines Antrages ist anzumerken, dass dieser unzulässig bleibt und „[...] nicht bis zum Eintritt seiner Zulässigkeit anhängig gehalten werden [darf], es sei denn, dass zwingende Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern.“³⁷

So ergibt sich im Ergebnis für den Antrag die Situation, dass der Gesetzgeber die Kompetenz besitzt, Zulässigkeitsvoraussetzungen zu statuieren, an die das Gericht gebunden ist und von welchen es grundsätzlich nicht abweichen darf.

Vor diesem Hintergrund ist die im fiktiven Gesetz geregelte Form des Antrags zwingend zu wahren, um ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu eröffnen.³⁸ Das BVerfG

wird diese Norm, solange sie nicht (ordnungsgemäß) angefochten wird, nicht für nichtig erklären können.

II. Zur abstrakten Normenkontrolle

Im Rahmen der Normenkontrolle sind nur bereits bestehende Gesetze angreifbar;³⁹ wobei hier das Bundesverfassungsgericht nicht das Inkrafttreten fordert, die Verkündung wird als ausreichend angesehen.⁴⁰

Zur abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 I Nr. 6 BVerfGG) ist zu sagen, dass im Rahmen dieser ein Antrag zwar möglich, jedoch mangels einer Antragspflicht⁴¹ der Antragsberechtigten nicht notwendig ist. Es besteht keine Rechtspflicht der Antragsberechtigten, bei Zweifeln oder Überzeugungen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, einen Antrag auf Normenkontrolle zu stellen.

Antragsberechtigt ist hier die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel des Bundestages, Art. 93 I Nr. 2 GG.

Im Falle einer großen Koalition, die der Opposition weniger als 25 % der Stimmen des Bundestages überlässt, kann von der Opposition kein Antrag gestellt werden. Ob sich dann ein Viertel des Bundestages für einen Antrag ausspricht, scheint fraglich.

Auch die Landesregierungen würden nicht zwangsläufig zur Opposition gehören; vielmehr stimmen diese ggf. ohnehin dem Gesetz mittelbar zu, indem sie ihren Vertretern im Bundesrat mittels der Weisungsbefugnis⁴² die Zustimmung zu dem Gesetz vorschreiben, was allerdings einen Normenkontrollantrag der Landesregierungen dennoch nicht ausschließt.⁴³ Auch die Bundesregierung wird wohl keinen dementsprechenden Antrag stellen, wenn die regierungsbildenden Fraktionen dem Gesetz zugestimmt haben.

²⁷ Hillgruber/Goos (Fn. 16), § 1 Rn. 10, 17.

²⁸ Zur Kritik der allgemeinen Kompetenzerweiterung des BVerfG vgl. *Bertrams*, Verfassungsgerichtliche Grenzüberschreitungen (S. 1027 ff.), *Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit (S. 1135 ff.), *Knies*, Auf dem Weg in den „verfassungsrechtlichen Jurisdiktionsstaat“? (S. 1155 ff.), *Scholz*, Karlsruhe im Zwielficht - Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG (S. 1201 ff.) jeweils in FS für Klaus Stern (Fn. 14).

²⁹ *Walter* in: BeckOK BVerfGG (Fn. 22), § 1 Rn. 8.

³⁰ Vgl. *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung“ – Zu den Grenzen verfassungsgerichtlicher Interpretationsarbeit, DÖV 2012, 540.

³¹ *Benda/Klein* (Fn. 9), § 8 Rn. 192.

³² BVerfGE 129, 108 (116).

³³ Vgl. BVerfGE 90, 286 (337).

³⁴ Vgl. *Benda/Klein* (Fn. 9), § 9 Rn. 206 ff.

³⁵ Vgl. *Bäcker* in Fn. 23.

³⁶ *Benda/Klein* (Fn. 9), § 12 Rn. 256.

³⁷ BVerfGE 1, 396 (414 f.).

³⁸ BVerfGE 1, 396 (408); 21, 52 (53 f.).

³⁹ Vgl. BVerfGE 2, 143 (175, 177 f.).

⁴⁰ BVerfGE 104, 23 (29).

⁴¹ Vgl. schon die Formulierung „Antragsberechtigte“: *Morgenthaler* in: BeckOK GG, 49. Ed. 15.11.2021, Art. 93 Rn. 30; ferner die Betitelung eines „Willens“, der insoweit einer Verpflichtung entgegensteht: *Walter* in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 8), GG Art. 93 Rn. 235.

⁴² *Robbers* in: *Sachs*, Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage 2021, Art. 51 Rn. 9 f.

⁴³ BVerfGE 101, 158 (213).

Ein verfassungsrechtlicher Schutz durch die abstrakte Normenkontrolle ist also möglich, jedoch keineswegs zwingend und es bedarf der unmittelbaren und direkten Mitwirkung eines der Akteure, die für das Zustandekommen des Gesetzes (mittelbar) mitverantwortlich waren.

III. Zur konkreten Normenkontrolle

Die insoweit für einen Richter kompulsive⁴⁴ konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG, §§ 80 ff. BVerfGG scheidet mangels Entscheidungserheblichkeit des BVerfGG für ein Fachgericht indes aus.⁴⁵ Aus Art. 100 I GG ergibt sich, dass ein Gericht ein Gesetz „auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt“ für mit höherrangigem Recht unvereinbar halten muss; auf diese Voraussetzung verweist § 80 I BVerfGG unmittelbar. Das BVerfGG ist als solches jedoch nur für Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht anwendbar und kann daher für ein Fachgericht mangels Anwendbarkeit nicht entscheidungserheblich sein. Somit bleibt die konkrete Normenkontrolle insgesamt verwehrt.

IV. Zur Verfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsbeschwerde ist in der Konzeption problematisch. Denn hier kann es am Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

Zur Verdeutlichung ein Beispiel:

Der in seinen Grundrechten verletzte A möchte eine Verfassungsbeschwerde einreichen. Durch das neue Gesetz ist jedoch seine Verfassungsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen. Hierdurch kann die Grundrechtsverletzung des A nicht aus der Welt geschafft werden. Dies verschlimmert aber die Situation des A nicht;^{46,47} seine Grundrechte sind bereits nicht beachtet worden. Zwar kann man hier auf Art. 19 IV GG als ein zusätzlich verletztes Grundrecht abstellen, doch begegnet dies einigen Problemen – einerseits der fehlenden Anwendbarkeit des Art. 19 IV GG auf Gesetzgebungsakte⁴⁸ und andererseits der Herausnahme der Verfassungsbeschwerde als Rechtsweg im Sinne des Art. 19 IV GG.^{49,50}

Es liegt jedoch in solchen Situationen nicht allzu fern, das Rechtsschutzbedürfnis aufrechtzuerhalten, da sonst „[d]er

verfassungsrechtliche Schutz drohte [,] leerzulaufen“. ⁵¹ Hält das Gericht das Rechtsschutzbedürfnis weiterhin für gegeben, so ergibt sich eine Situation analog zu § 63 BVerfGG.

Entfällt das Rechtsschutzbedürfnis, kann keine weitere Verfassungsbeschwerde eingereicht werden. Denkbar ist hier eine Verfassungsbeschwerde dahingehend, dass keine weitere Verfassungsbeschwerde eingereicht werden kann. Fraglich ist hierbei jedoch, ob auch eine Rechtsverletzung geltend gemacht werden kann. Die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG erstreckt sich wie bereits erwähnt nicht auf Verfassungsbeschwerden,⁵² sodass eine dahingehende Anrufung des Gerichts unzulässig ist.

Weil es jedoch kein verfassungsgerichtliches Normenkontrollverfahren bei Berufung jedermanns auf eine Rechtsverletzung durch die Gesetzgebung gibt (keine Popularklage auf Bundesebene),⁵³ bleibt insoweit einzig die Möglichkeit, eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu rügen und damit den Rückgriff auf Art. 2 I GG zu vollziehen. Es muss also die eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit dahingehend gerügt werden, dass künftig keine Verfassungsbeschwerde mehr (zulässig) eingereicht werden kann.

Da ein künftiges Betroffen-Sein-Können für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nicht ausreicht,⁵⁴ sondern eine gegenwärtige Betroffenheit gefordert wird, ist eine solche Verfassungsbeschwerde nur als Anschluss an bereits anhängige Beschwerden denkbar. Denn nur dann ist der Beschwerdeführer gegenwärtig betroffen.

Im Zuge der Verfassungsbeschwerde ist dann aber auch eine Nichtigkeitserklärung nach § 95 III BVerfGG möglich; das Gesetz kann auf diesem Wege also grundsätzlich für nichtig erklärt werden.

Es gibt somit die Möglichkeit eines Beschwerdeführers, das Gesetz am Tage der Verkündung noch mittels der Verfassungsbeschwerde anzugreifen.

V. Zwischenfazit

Das fiktive Gesetz könnte nur am Tage der Verkündung (durch einstweilige Anordnung⁵⁵, da das Gericht nicht am selben Tag

⁴⁴ Vgl. *Detterbeck* in: *Sachs* (Fn. 42), Art. 100 Rn. 1, 5.

⁴⁵ Vgl. *Detterbeck* in: *Sachs* (Fn. 42) Art. 100 Rn. 14.

⁴⁶ So entfällt das Rechtsschutzbedürfnis in Normenkontrollen nach § 47 VwGO, sofern ein Gesetz die Beschwer inhaltsgleich wiederholt, vgl. *Giesberts* in: *BeckOK VwGO*, 60. Ed. 1.1.2022, VwGO § 47 Rn. 46.

⁴⁷ Es sei darauf hingewiesen, dass das BVerfG jüngst in den Fällen der Fn. 46 die Aufrechterhaltung des jeweiligen Rechtsschutzbedürfnisses statuierte, sofern sonst gar kein Rechtsschutz erreicht werden würde: *BVerfG NJW* 2021, 1808 (1809).

⁴⁸ *BVerfG* 24, 33 (49 ff.).

⁴⁹ *BVerfGE* 1, 332 (344).

⁵⁰ Zur Herausnahme der Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt: *BVerfGE* 99, 1 (19).

⁵¹ So die Argumentation für das Aufrechterhalten des Rechtsschutzes nach Fn. 47.

⁵² S. Fn. 49, 50.

⁵³ *Sachs* in *Sachs* (Fn. 42), Art. 19 Rn. 122 ff.

⁵⁴ *BVerfGE* 1, 97 (102).

⁵⁵ Zur Möglichkeit des eigenständigen Erlasses einer einstweiligen Anordnung siehe Fn. 13.

in der Hauptsache entscheiden kann) vom Bundesverfassungsgericht suspendiert werden, da es tags darauf schon die Bindungswirkung für das BVerfG entfaltet und dieses daran hindern würde, weiter auf Antrag tätig zu werden.

Es zeigt sich daran, dass ein definitiver und effektiver Verfassungsschutz nicht gegeben ist, weil das BVerfG rechtlich ausgehebelt werden kann. Eine Praxis wie bei § 63 BVerfGG, also ein Hinwegsetzen über die Gesetzeslage und ein direkter Rückfall auf Art. 93 I Nr. 1 GG, kann hierzu keine befriedigende und adäquate Lösung sein. Zumal hier eine höherrangige Norm, die ein Antragserfordernis statuiert, dann oftmals nicht gegeben wäre. So existiert etwa nur in Art. 93 I Nr. 2, 2a GG ein explizites Antragserfordernis während in den übrigen Nummern ein Antrag nicht erwähnt wird. Es bedarf eines systemimmanenten Schutzes des Funktionskerns des Hüters der Verfassung.

Dies ließe sich entweder durch eine (problematische) Ausweitung der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts erreichen, mit der das Gericht zum Richter in eigener Sache würde,⁵⁶ oder durch einen weiteren Akteur sicherstellen, der das Bundesverfassungsgericht und (mittelbar) die Verfassung schützt. Dieser Akteur kann niemand anderes als der Bundespräsident sein, der durch eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung vor Verkündung und Inkrafttreten des fiktiven Gesetzes diese Schutzlücke schließen kann.

Die Ausweitung der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts dahingehend, vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens Entwürfe oder Beschlüsse bereits einer Kontrolle zu unterziehen, ist aus der Systematik des Grundgesetzes heraus nicht gerechtfertigt. Zutreffend schreibt das BVerfG:

„Dass verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz grundsätzlich nachgelagerter, kassatorischer Rechtsschutz ist, ist nicht nur aus grundlegenden Erwägungen demokratischer Gewaltenteilung gerechtfertigt, sondern trägt vor allem der ausdrücklichen Kompetenzverteilung des Grundgesetzes

Rechnung, wonach das Bundesverfassungsgericht die dem Bundespräsidenten vor der Ausfertigung obliegende Kompetenz zur Prüfung eines Gesetzes zu respektieren hat.“⁵⁷

Ein Schutz des BVerfG – und damit (mittelbar) der Verfassung – ist demnach durch den Bundespräsidenten sicherzustellen, um eine umfassende Sicherung zu gewährleisten.

D. Die Vollkontrolle

Nach diesen Überlegungen sei angenommen, dass dem Bundespräsidenten eine Prüfkompetenz zukommen muss, um eine systemkritische Lücke im Verfassungsschutz zu schließen. Es schließt sich die Frage an, wie weit diese Kompetenz reicht. Die Ansichten reichen von einer Beschränkung auf die in Art. 78 GG genannten Merkmale⁵⁸ über die Befugnis, alle formellen Fragen zu prüfen⁵⁹ bis hin zur Kompetenz, das Gesetz auch materiell zu begutachten. Zum materiellen Prüfungsrecht des Bundespräsidenten wird die These vertreten, dass sich die Prüfkompetenz auf die Fälle evident-materieller Verfassungswidrigkeit beschränkt;⁶⁰ eine andere Ansicht gesteht dem Bundespräsidenten sogar eine vollständige(rechtliche) Prüfkompetenz zu.⁶¹ Für die folgende Begründung der zur Systemstützung erforderlichen umfassenden Prüfkompetenz wird von der Ansicht ausgegangen, wonach der Bundespräsident nur zur Evidenzkontrolle befugt ist.⁶²

I. Hinführung zum Dilemma

Es wird im Übrigen folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Der Bundestag beschließt das oben wiedergegebene Gesetz formell verfassungsgemäß, der Bundesrat stimmt dem Gesetz zu, es wird von den zuständigen Ministern und dem Bundeskanzler gegengezeichnet und zur Ausfertigung an den Bundespräsidenten weitergeleitet.

Dieser verweigert die Ausfertigung, da er es zwar für formell verfassungsgemäß, aber zugleich für evident materiell verfassungswidrig hält. Der Bundestag strebt daraufhin ein

⁵⁶ Nemo iudex in causa sua, s. Fn. 82.

⁵⁷ BVerfG BeckRS 2019, 21913 Rn. 21.

⁵⁸ Meyer, Das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten, JZ 2011, 602; Linke, Der Bundespräsident als Staatsnotar oder das vermeintliche „formelle“ und „materielle“ Prüfungsrecht, DÖV 2009, 434.

⁵⁹ Zum Gegebensein zumindest der formellen Prüfkompetenz: Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Auflage 2020, § 14 Rn. 9; s. auch die Nachweise in Fn. 60 f., die die formelle Prüfkompetenz als Minus zur materiellen Prüfkompetenz ebenfalls annehmen.

⁶⁰ Kment, in Jarass/Pieroth (Fn. 4), Art. 82 Rn. 3; Sodan/Ziekow (Fn. 59), § 14 Rn. 10; vgl. auch die Darlegung gegenteiliger Ansichten bei Pieper in: BeckOK GG (Fn. 41), Art. 82 Rn. 4.

⁶¹ Butzer in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 82 Rn. 184, 187; Maurer, Staatsrecht I, 6. Auflage 2010, § 17 Rn. 89; Stein, Der Bundespräsident als „pouvoir neutre“, ZaöRV 2009, 249 (254).

⁶² Von einer nur formellen Prüfkompetenz kann nicht ausgegangen werden: ist der hier betrachtete § 23 BVerfGG n.F. formell verfassungsgemäß, so würde der Bundespräsident das Gesetz dann nämlich ausfertigen müssen. Unter C. wurde jedoch mittels des ersten Gedankenexperiments gezeigt, dass eine Notwendigkeit der Prüfkompetenz überhaupt besteht, um eine Lücke im System des GG zu schließen. Geht man nur von einer formellen Prüfkompetenz aus, so bliebe im Falle der formellen Verfassungsmäßigkeit des § 23 BVerfGG n.F. die Lücke im Schutz des GG aber bestehen.

Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG an.

Die nähere Betrachtung dieses Falles zeigt, dass die Beschränkung der Prüfkompetenz des Bundespräsidenten zu Systemwidersprüchen führt, weswegen ein Vollkontrollrecht zu fordern ist.

Hier lässt sich zunächst sagen, dass durch die Beschränkung des Prüfgegenstands nach dem Antrag⁶³ gegebenenfalls eine Abhängigkeit von der Formulierung des Antragstellers besteht; namentlich, wenn der Antrag in der Form gefasst ist:

„Der Bundespräsident hat durch das Nichtausfertigen seine Kompetenzen überschritten, da das Gesetz nicht [evident] verfassungswidrig ist.“

Hier von ausgehend gibt es drei mögliche Konstellationen:

1. Das Gesetz ist evident materiell verfassungswidrig, der Antrag mithin unbegründet.
2. Das Gesetz ist in nicht evidenter Weise materiell verfassungswidrig; der Antrag ist hierbei begründet, da eine Kompetenzüberschreitung des Bundespräsidenten vorliegt.
3. Das Gesetz ist verfassungskonform, der Antrag damit begründet.

Die zweite Konstellation beschreibt erkennbar den problematischen Fall. Die Evidenzkontrolle setzt voraus, dass zwischen nicht-evidenten und evidenter Verfassungsverstößen unterschieden werden kann. Daraus ergeben sich folgende Fragen:

1. Ab welcher Schwere des Verfassungsverstößes ist dieser evident?
2. Kommt es auf die Schwere der verfassungswidrigen Handlung oder die Schwere des verfassungswidrigen Endzustandes oder eine Kombination beider an?
3. Ändert sich der Maßstab der Evidenz, wenn es sich beim Bundespräsidenten um einen Juristen oder sogar um einen Verfassungsrechtler handelt?

Man wird – unabhängig von den oben dargestellten Fragen – die Evidenz bejahen müssen, sobald das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit explizit

ausgesprochen hat.⁶⁴ Aufgrund der Komplexität der Materie wird im Rahmen des Art. 82 GG teils postuliert, dass die Evidenzgrenze erst nach eingehender Prüfung bestimmbar ist.⁶⁵ Das Evidenzkriterium verbietet demnach nicht eine vollumfängliche Prüfung, sondern setzt diese vielmehr voraus. Das Bundesverfassungsgericht wird also in dem geschilderten Organstreitverfahren die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes umfassend prüfen, um sodann festzustellen, ob die Evidenz gegeben war.

Einschub: Folgt man einigen Literaturstimmen und statuiert auch eine entsprechende Prüfpflicht,⁶⁶ bleibt dem Bundespräsidenten nichts anderes übrig, als dem Schema des BVerfGG zu folgen und in einem Zwischenschritt zunächst die Vollkontrolle und sodann die Evidenz zu prüfen.⁶⁷

Dies wirft aber eine weitere Problematik auf: Wenn der Bundespräsident ein Gesetz vollständig prüft und zum Ergebnis gelangt, dass es verfassungswidrig ist, muss er in einem zweiten Schritt die Evidenz der Verfassungswidrigkeit prüfen. Von der Verfassungswidrigkeit ist er dann aber überzeugt und er müsste bei Verneinung der Evidenz ein Gesetz ausfertigen, dass er nach eingehender (und verpflichtender) Prüfung für verfassungswidrig hält.

Die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts (Evidenz ja oder nein) wirkt im Organstreit nicht rechtsgestaltend.⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht kann insbesondere nicht unmittelbar ein bestimmtes Verhalten aufgeben, der Entscheidungsinhalt ist auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit beschränkt, § 67 I 1 BVerfGG. In einer Sonderkonstellation hat dies das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht davon abhalten können, eine konkrete Verpflichtung auszusprechen.⁶⁹ Eine solche Verpflichtung besteht jedoch verfassungsrechtlich ohnehin in jedem Fall, auch ohne Ausspruch durch das Gericht:

Wenn das BVerfGG die Verfassungswidrigkeit feststellt, so ergibt sich aus Art. 20 III GG und die daraus folgende Bindung an die Verfassung eine Reaktionspflicht aller Staatsgewalt einschließlich aller anderen Verfassungsorgane, im Rahmen derer der festgestellte Verfassungsverstöß beseitigt werden

⁶³ Walter in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 93 Rn. 227.

⁶⁴ So geht etwa der Bayerische Verfassungsgerichtshof von einem nachträglichen Offensichtlichwerden aus, wenn das Bundesverfassungsgericht etwas entschieden hat: BayVerfGH v. 28.8.2020 – 10-VIII-19 Rn. 84.

⁶⁵ Butzer in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 82 Rn. 203; vgl. Auch die Parallelität zur nichtbegründeten Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde Hömig in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 61. EL Juli 2021, § 24 Rn. 16.

⁶⁶ Butzer in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 82 Rn. 205.

⁶⁷ Prüfte der Bundespräsident nicht vollumfänglich, müsste sich dies als Verfassungsverstöß darstellen, wenn eine Prüfpflicht besteht, die mit der Prüfkompetenz korrespondiert und nicht inhaltlich zurückbleibt. Eine derartige vollumfängliche Prüfpflicht birgt freilich das Problem einer enormen Verlangsamung der Gesetzgebung, wenn der Bundespräsident sich in vollem Umfang mit jedem Gesetz auseinandersetzen muss. Ob es eine solche Prüfpflicht gibt, ist für den Beitrag hier jedoch irrelevant.

⁶⁸ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, 4. Teil Rn. 83.

⁶⁹ BVerfGE 112, 118 (147 f.).

muss.⁷⁰ Es tritt hierbei eine Bindungswirkung *inter partes* für die konkrete Entscheidung ein.⁷¹

Zu bedenken ist weiter, dass im Rahmen des Organstreitverfahrens keine Nichtigklärung eines Gesetzes möglich ist.⁷² Im Fall ist eine solche ohnehin nicht zu erwarten, da das Gesetz noch nicht ausgefertigt wurde und somit auch nicht für nichtig erklärt werden kann.⁷³ Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch die Ansicht, dass das Gesetz verfassungswidrig ist, nach § 67 S. 3 BVerfGG in die Entscheidungsformel mit aufnehmen, was insoweit Bindungswirkung entfaltet.⁷⁴

Welche Konsequenzen ergeben sich nun aus der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, wenn es gleichzeitig feststellt, dass die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nicht evident ist? Konkret: An welchen Teil des Urteils ist der Bundespräsident gebunden? Ist für ihn der Teil ausschlaggebend, der ihm sagt, dass er kompetenzwidrig gehandelt hat und dieses Handeln ausräumen muss? Oder ist es der Teil, der sagt, dass das Gesetz verfassungswidrig ist? Kann er von der Pflicht des Ausräumens des kompetenzwidrigen Handelns abweichen – weil durch die Feststellung der Verfassungswidrigkeit diese nunmehr evident geworden ist, obschon sie es *ex ante* noch nicht war? Andererseits besteht weiter die Bindungswirkung der tenorierten Entscheidung. Dies führt zu einem verfassungsrechtlichen Dilemma:

(1) Wenn die Verfassungswidrigkeit nicht evident ist, begeht der Bundespräsident unter der Prämisse der Evidenzkontrolle durch die Verweigerung der Ausfertigung einen Kompetenzverstoß. Diesen muss er ausräumen und mithin das Gesetz ausfertigen.

(2) Wenn er das Gesetz aber ausfertigt, fertigt er ein vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig nach § 31 I i.V.m. § 67 S. 3 BVerfGG deklariertes Gesetz aus – und verstößt gegen Verfassungsrecht.⁷⁵

⁷⁰ Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 5. Auflage 2021, § 17 Rn. 1041; Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 65), § 67 Rn. 14; Umbach in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Mitarbeiterkommentar, 2. Auflage 2005, § 67 Rn. 17; Schorkopf in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 67 Rn. 2.

⁷¹ BVerfGE 104, 151 (197).

⁷² Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 65), § 67 Rn. 13.

⁷³ Vgl. Fußnote 40.

⁷⁴ Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 65), § 67 Rn. 65.

⁷⁵ Nach Maßgabe von Art. 82 I 1 GG kann das Ausfertigen eines verfassungswidrigen Gesetzes durch den Bundespräsidenten nicht statthaft sein, s. Fn. 86, 87.

⁷⁶ BVerfGE 118, 266 (268).

⁷⁷ Vgl. ferner BVerfGE 112, 363 (365).

⁷⁸ BVerfGE 4, 31 (38 f.).

⁷⁹ Die Entscheidung erging in einem Verfahren gemäß Art. 100 Absatz 1 Satz 1 GG, die Darlegungen des Gerichts sind jedoch auf das Organstreitverfahren übertragbar: BVerfGE 33, 199 (204).

⁸⁰ Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 65), § 67 Rn. 12.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 1, 208 (220).

⁸² BVerfGE 60, 175 (202 f.); Pestalozza (Fn. 23), § 7 Rn. 2; vgl. Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 65), § 63 Rn. 41.

Fraglich ist, ob mit einem zweiten Organstreitverfahren nach diesem Zeitpunkt die Situation zu klären ist. Auch hier stellen sich jedoch Probleme. Genannt sei nur, dass das Organstreitverfahren kein objektives Beanstandungsverfahren ist⁷⁶ und keine allgemeine Verfassungsaufsicht darstellen soll. Es dient vielmehr dem Schutz der Rechte der Staatsorgane. So ist mangels einer Verletzung oder Gefährdung der Rechte des Bundespräsidenten der Organstreit⁷⁷ seitens des Bundespräsidenten mangels Antragsbefugnis unzulässig; durch die Entscheidung wird er nicht in seinen Rechten verletzt, das Bundesverfassungsgericht stellt vielmehr die Reichweite seiner Kompetenz fest und kann diese so nicht verletzen.

Unterstellt man die Zulässigkeit eines weiteren Organstreits zwischen dem Bundespräsidenten und dem Bundestag, so gilt, dass das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht an sich selbst und seine früheren Entscheidungen gebunden ist.⁷⁸ Bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist ein neues Verfahren vorstellbar,⁷⁹ zu beachten ist jedoch das Divergenzverbot bei gleicher Sach- und Rechtslage zur früheren Entscheidung.⁸⁰ Fraglich ist dann, ob sich die Entscheidung des BVerfG im ersten Verfahren als Änderung der Sach- und Rechtslage darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht selbst kann keinen Organstreit führen. Zwar wären die verfassungsrechtlichen Rechte des BVerfG verletzt, indem die Antragsbefugnis eingeschränkt und somit die Kompetenz des Gerichts verkleinert wird.⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht darf jedoch in eigener Sache nicht entscheiden – *nemo iudex in causa sua*.⁸²

II. Das verfassungsrechtliche Dilemma

Eine Handlungsmöglichkeit bleibt aber dem Bundestag im Rahmen der Präsidentenanklage nach Art. 61 GG, §§ 13 Nr. 4, 49 ff. BVerfGG, indem er rügt, der Bundespräsident habe in vorsätzlicher Weise das Grundgesetz verletzt. Wie erwähnt ist der Bundespräsident ab Entscheidungsverkündung des Organstreits in Kenntnis der Verfassungswidrigkeit seines Handelns. Bei weiterer Verweigerung der Ausfertigung wäre eine Anklage aufgrund

vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes – aufgrund der Kompetenzüberschreitung einerseits und der Verweigerung der Bindung an das Recht andererseits – naheliegend. Für den Bundespräsidenten mag die Inquisitionsmaxime des Gerichts streiten,⁸³ indem das Gericht von Amts wegen alle relevanten Merkmale zu ermitteln hat und die geschilderte dilemmatische Lage des Bundespräsidenten als besonderen Umstand berücksichtigen kann.

Interessant ist hierbei die oben schon aufgeworfene Frage, ob durch die mittels des Organstreitentscheids neu gewonnene Evidenz eine neue Beurteilungsgrundlage geschaffen wird. Wäre dies der Fall, führte es zu einem Paradoxon. Die Feststellung im Organstreit – dass das Gesetz (nicht-evident) materiell verfassungswidrig ist – führte dazu, dass es nun evident materiell verfassungswidrig ist, weswegen die Entscheidung nicht befolgt werden könnte. Sie legt insoweit dem Bundespräsidenten zwei widersprechende Verpflichtungen auf, von welchen er nur eine erfüllen kann. Er muss

- (1) seine verfassungswidrige Kompetenzüberschreitung ausräumen und das Gesetz ausfertigen, zugleich aber
- (2) eine Ausfertigung des Gesetzes unterlassen, da dieses nun evident materiell verfassungswidrig ist.

Zu widersprüchlichem Handeln aber kann auch der Bundespräsident nicht verpflichtet sein. Es wäre hier wohl mittels teleologischer Reduktion der Verfassungsnormen die Bindungswirkung der Entscheidung aufzuheben, da andernfalls stets eine Präsidentenanklage Aussicht auf Erfolg hätte.⁸⁴

Für den Fall, dass der Bundespräsident der Verpflichtung (2) nachkommt, wäre die Präsidentenanklage bei Verweigerung der Ausfertigung begründet.⁸⁵ Andernfalls könnte der Bundespräsident in Fällen der (nicht-evidenten) materiellen Verfassungswidrigkeit seine angenommene Kompetenz ohne Sanktionen überschreiten. Ihm käme dann letztlich eine Kompetenz zur Vollkontrolle zu – die Beschränkung auf die Evidenzkontrolle wäre in diesen Fällen nutzlos und nicht durchsetzbar.

Sofern der Bundespräsident aber der Verpflichtung (1) folgen würde, also die Ausfertigung trotz Verfassungswidrigkeit

vornimmt, wäre eine Anklage wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes ebenfalls aussichtsreich. Denn eine Ausfertigung kann nach den Feststellungen des BVerfG nicht mit der Gesetzmäßigkeit des Handelns und der Rückbindung an Art. 20 III GG vereinbart werden.⁸⁶

Es ist in einer derartigen Konfliktsituation für den Bundespräsidenten nur ein Trostpflaster, dass die Amtsenthebung keine notwendige Folge einer Feststellung der Verletzung des Grundgesetzes ist, siehe Art. 61 II 1 GG („kann“).

Es kann sich nun folgendes ergeben: Der Bundespräsident verhält sich nach (1) und fertigt aus; es wird daraufhin eine Präsidentenanklage angestrebt, in der gerügt wird, dass er durch die Ausfertigung das Grundgesetz vorsätzlich verletzt hat.⁸⁷ Diese ist erfolgreich. Damit ist die Sache „erledigt“, da der Bundespräsident die Ausfertigung nicht rückgängig machen kann.

Entscheidet er sich hingegen für (2) und fertigt nicht aus, so kann er bei einer Präsidentenanklage ebenfalls für eine Verletzung des Grundgesetzes gerügt werden; er hat sich ja über die vom BVerfG festgestellte Pflicht zum Ausfertigen gestellt. Fertigt er daraufhin aus, ergibt sich die Folge aus (1) (s.o.). Fertigt er weiterhin nicht aus, setzt sich der Bundespräsident die Entscheidungen im Organstreitverfahren und das Urteil der Präsidentenanklage hinweg. Dann wäre eine Amtsenthebung die Konsequenz – ein Ermessen nach Art. 61 II 1 GG muss dann reduziert werden, wenn der Bundespräsident wiederholt trotz Feststellung seitens des BVerfG gegen die Verfassung verstößt. Doch das Problem der entgegenstehenden Handlungspflichten ist so nicht gelöst.

Der Bundespräsident kann also in eine Situation geraten, die ihm keinen Handlungsspielraum lässt und in der er sich bei jeder Alternative mittels einer Präsidentenanklage angreifbar macht.

Als Ausweg bliebe nur, die Bindungswirkung des Tenors im Organstreitverfahren ausnahmsweise entfallen zu lassen. Bei einer Aufhebung der Bindungswirkung wäre der Organstreit allerdings obsolet, das Ergebnis des Organstreits würde sich dann nicht auswirken und es könnte de facto nichts erreicht werden. Wenn aber im Organstreit nichts erreicht werden kann,

⁸³ Herzog in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 61 Rn. 56.

⁸⁴ Vgl. hier Butzer in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 82 Rn. 230.

⁸⁵ Vgl. Butzer in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 82 Rn. 170.

⁸⁶ Butzer in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 82 Rn. 167.

⁸⁷ Dies wirft die Frage auf, ob die Präsidentenanklage sodann überhaupt zulässig ist. Man kann dem Bundestag/Bundesrat in dem Falle dann nämlich ein widersprüchliches Verhalten vorwerfen. Da er einerseits mittels des Organstreits die Ausfertigung des Gesetzes erreichen möchte und andererseits ebenjene Ausfertigung des Bundespräsidenten anprangert. Angesichts dessen, dass der Organstreit auf die Klärung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Organen und die Präsidentenanklage auf ein Sanktionieren von verfassungswidrigem Verhalten abstellt, ist im Hinblick auf die Schutzgüter und Zwecke der jeweiligen Verfahren dies eher zu verneinen.

wäre – mangels Rechtsschutzbedürfnisses – schon der Antrag unzulässig.⁸⁸

Das Verfassungsgericht kann mithin entweder die Präsidentenanklage statthaft (und ggf. überflüssig) oder das Organstreitverfahren obsolet werden lassen. Es wird aber einem von beiden Verfahren in diesem Fall die Verbindlichkeit nehmen müssen, was wiederum der Systematik der Verfahren und des Rechtsschutzes insgesamt zuwiderläuft.

In der Praxis wird der Bundespräsident die Evidenz wohl immer annehmen, wenn er seine Prüfkompetenz in Anspruch nimmt.⁸⁹ Der Streit verlagerte sich im Vergleich zur Akzeptanz der Vollkontrolle damit von der Frage, ob etwas „verfassungswidrig ist oder nicht“, hin zu der Frage, ob etwas „evident verfassungswidrig ist oder nicht“, wobei bei letzterer Variante unnötig Prüfschritte und Verfahren nachgehängt werden – und es ganz im Sinne des Gerichts als „Hüter der Verfassung“ ist, auf eine umfassende Prüfung der Verfassungswidrigkeit hinzuwirken.

Die Erweiterung der Prüfkompetenz des Bundespräsidenten auf die Vollkontrolle stellt sich damit aus der Systematik der Rechtsbehelfe und Kompetenzverteilung des Grundgesetzes als konsequenter Schritt dar.

Nur angemerkt sei, dass ein Überschreiten der Prüfkompetenz des Bundespräsidenten nicht derart folgenreich wie das

Unterschreiten wäre: Fertigt der Bundespräsident nicht aus, obwohl verfassungsrechtlich keine Bedenken existieren, kann der Organstreit angestrebt und durch das Bundesverfassungsgericht geklärt werden; fertigt er hingegen aus, obwohl Bedenken bestehen, so kann in einem so gravierenden Fall wie hier eine Aushebelung des Verfassungsgerichts eintreten.

E. Ergebnis

Als Ergebnis der Gedankenexperimente lässt sich folgendes festhalten:

- (1) Der Bundespräsident wirkt neben dem Bundesverfassungsgericht durch Wahrnehmung seiner Prüfkompetenz als Türhüter⁹⁰ der Verfassung und ergänzt den insoweit lückenhaften Schutz der Verfassung.
- (2) Die Reichweite der Prüfkompetenz ist nicht auf die Evidenzkontrolle zu beschränken, sondern auf die Vollkontrolle zu erstrecken. Die Nachteile einer derartigen Kompetenzausweitung des Bundespräsidenten werden von den Vorteilen des Vermeidens eines unlösbaren Verfassungsdilemmas unter Beachtung der bisherigen Dogmatik und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überwogen.

⁸⁸ *Umbach/Ruppert*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Fn. 70), §§ 63, 64 Rn. 170/§ 90 Rn. 90 ff. (besonders Rn. 93, 96); vgl. auch zu möglichen Ausnahmen *Schorkopf* in *Burkoczak/Dollinger/Schorkopf* (Fn. 70), § 64 Rn. 25.

⁸⁹ Vgl. auch den obigen Einschub im Falle einer Prüfpflicht.

⁹⁰ In Anlehnung an Kafkas Türhüter aus „Vor dem Gesetz“, der als Wächter Gesetzesbeschlüssen den Eintritt „in das Gesetz“ verwehrt, sofern diese nicht würdig sind.