

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 78

Die Ausfertigung der Bundesgesetze

Von

Karlheinz Rode



Duncker & Humblot · Berlin

KARLHEINZ RODE

Die Ausfertigung der Bundesgesetze

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 78

Die Ausfertigung der Bundesgesetze

Von

Dr. Karlheinz Rode



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde von mir im März 1966 abgeschlossen und im Juni desselben Jahres von der juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Die Darstellung ist im wesentlichen unverändert geblieben. Gegenüber dem bereits im Juli 1966 erschienenen Dissertations-Druck konnte jedoch die wichtigste in der Zwischenzeit erschienene Literatur in den Anmerkungen noch verarbeitet werden.

Das gilt insbesondere für den in der Festschrift für Gerhard Leibholz erschienenen umfassenden Aufsatz Ernst Friesenhahns „Zum Prüfungsrecht des Bundespräsidenten“, der in seinen Argumentationen meinen Darlegungen zu einem nicht geringen Teil entspricht.

Angeregt wurde die Untersuchung von meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Wilhelm Wertenbruch, der mir bei ihrer Abfassung immer mit Rat und Tat zur Seite gestanden hat. Dafür und für sein großes menschliches Verständnis möchte ich ihm an dieser Stelle sehr herzlich danken.

Mein Dank gilt darüber hinaus Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann, der die Veröffentlichung der Arbeit durch die Aufnahme in sein Verlagsprogramm ermöglichte.

Bochum, im März 1968

Karlheinz Rode

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
-------------------	-----------

Erster Teil

Der Begriff der Ausfertigung im formellen Sinne

§ 1 Die Ausfertigung als Herstellung der Gesetzesurkunde	15
§ 2 Die Stellung der Ausfertigung im Gesetzgebungsverfahren	21
§ 3 Die Ausfertigung als Gesetzeserklärung	31
§ 4 Die an der Ausfertigung beteiligten Organe	32
Zusammenfassung	35

Zweiter Teil

Der Begriff der Ausfertigung im materiellen Sinne

§ 5 Das Gebot des Art. 82 GG	36
§ 6 Geschichtliche Entwicklung und Übersicht über die Literatur	39
§ 7 Die rechtmethologische Behandlung der Frage	47
§ 8 Die Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten	49
1. Die Wortinterpretation	49
2. Die logische Interpretation	51
3. Die systematisch-teleologische Interpretation	59
a) Der qualitative Unterschied zwischen formeller und materiel- ler Prüfungsbefugnis	59
b) Die staatsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten	63
c) „Hüter der Verfassung“ und „pouvoir neutre“	68
d) Die Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten bei Ernennungen	78

e) Das Bundesverfassungsgericht als „pouvoir neutre“	81
f) Die tatsächliche Prüfungsmöglichkeit	87
4. Ergebnis	88
§ 9 Die Prüfungsbefugnis der gegenzeichnenden Regierungsmitglieder ..	89
§ 10 Die Pflicht zur Prüfung	94
Zusammenfassung	96

Dritter Teil

Die Pflicht zur Ausfertigung und zur Gegenzeichnung

§ 11 Die Verweigerung der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten	98
§ 12 Die Verweigerung der Gegenzeichnung	100

Literaturverzeichnis	102
-----------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
A. F.	= Alte Folge
AöR	= Archiv für öffentliches Recht, Tübingen
BBG	= Bundesbeamtengesetz
BGBL.	= Bundesgesetzblatt
BK	= Bonner Kommentar
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
CDU	= Christlich Demokratische Union
CSU	= Christlich Soziale Union
Diss.	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart und Köln
DV	= Deutsche Verwaltung, Hamburg
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt, Köln und Berlin
Erl.	= Erläuterung(en)
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GBO	= Grundbuchordnung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GOBReg.	= Geschäftsordnung der Bundesregierung vom 11. 5. 1951
GOBT	= Geschäftsordnung des Bundestages
GGO II	= Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien bes. Teil vom 1. 8. 1958
HChE darst. T.	= Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, darstellender Teil
HdbDStR I, II	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Tübingen 1930 und 1932, 2 Bände
h. L.	= herrschende Lehre

JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Tübingen
JUS	= Juristische Schulung, München, Berlin, Frankfurt
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung, Tübingen
N. F.	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PlenStenBer.	= Verhandlungen des Plenums des Parlamentarischen Rates
Rdnr.	= Randnummer
RG	= Reichsgericht
RV	= Reichsverfassung von 1871
SPD	= Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Sten. Pr.	= Stenographische Protokolle
Sten. Ber.	= Stenographische Berichte
StPO	= Strafprozeßordnung
T.	= Tome
VA	= Verwaltungsarchiv, Berlin
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, München und Berlin
Vorbem.	= Vorbemerkung
WV	= Weimarer Verfassung
ZPO	= Zivilprozeßordnung

Einleitung

Das Thema der vorliegenden Untersuchung ist — zumindest seit Inkrafttreten der ersten Reichsverfassung — ganz allgemein Gegenstand nicht weniger wissenschaftlicher Erörterungen gewesen. Es drängt sich daher die Frage auf, warum der Fülle der Literatur noch eine weitere Schrift hinzugefügt werden soll.

Die immer wieder erörterte Frage, welche Prüfungsbefugnis dem Kaiser, dem Reichspräsidenten oder dem Bundespräsidenten im Zusammenhang mit der Ausfertigung eines von Reichs- oder Bundestag beschlossenen Gesetzes zustand und zusteht, schien bereits früher und scheint auch heute wieder für den Geltungsbereich des Grundgesetzes von einer „herrschenden Lehre“ mit letzter Klarheit beantwortet zu sein. In der Tat gibt es zur Zeit nur wenige Autoren, die entgegen dieser „herrschenden Lehre“ eine umfassende sogenannte formelle und materielle Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten nicht anerkennen, sondern ihm lediglich die zur Nachprüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit, d. h. der Vereinbarkeit des Gesetzes mit den Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes zugestehen. Die verfassungsrechtliche Frage scheint also wissenschaftlich geklärt, die Gegner der „herrschenden Lehre“ scheinen mit überzeugenden Argumenten widerlegt zu sein.

In Anbetracht dieser Situation in der Staatsrechtslehre müßte man nun vermuten, daß auch der verfassungsrechtliche Begriff der „Ausfertigung“ bzw. des „Ausfertigungs“ seinem Inhalt nach klar und eindeutig — und vor allem einmütig — definiert sei. Um so erstaunter ist man, wenn man in der Literatur auch bei denjenigen Autoren, die auf dem Boden der herrschenden Lehre zu stehen scheinen, eine Fülle verschiedenartiger Begriffsbestimmungen findet, die sich inhaltlich zwar nahekomen, bei genauerer Betrachtung aber nicht unwesentlich voneinander abweichen. Schon diese Feststellung wirft den Verdacht auf, daß der „Boden“ dieser herrschenden Lehre unter Umständen doch weniger fest gefügt sein könnte, als es vielleicht den Anschein hat.

Die Skepsis wird durch einen zweiten auffälligen Punkt bestärkt: Betrachtet man nur ganz oberflächlich das Hauptargument der Vertreter der herrschenden Lehre, die die formelle und materielle Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten bejahen, so fällt eines sogleich auf: Das Argument besagt im wesentlichen, daß die begriffliche Unterscheidung zwi-

schen formeller einerseits und materieller Verfassungswidrig- bzw. -mäßigkeit andererseits überhaupt unsinnig sei, weil materielle Verfassungswidrigkeit logischerweise immer auch die formelle einschließe. Noch bevor man das Argument auf seine Stichhaltigkeit untersucht, wird man sogleich stutzig, wenn man feststellt, daß fast alle diejenigen Autoren, die sich seiner bedienen, dennoch immer wieder von „materieller“ und „formeller“ Verfassungsmäßigkeit sprechen und auch in ihren Ergebnissen trotz der oben angeführten Argumentation ausdrücklich sowohl die „materielle“ als auch die „formelle“ Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten bejahen. Unterstellt man die Stichhaltigkeit des Arguments, tritt zumindest die rein sprachlich begriffliche Inkonsequenz der Vertreter dieser Lehre zu Tage.

Die anfängliche leise Skepsis wird aber nun zum Zweifel an der generellen Richtigkeit des Arguments und damit der Richtigkeit der „herrschenden Lehre“ überhaupt. Wenn nämlich die begriffliche Unterscheidung von „formeller“ und „materieller“ Verfassungswidrigkeit bzw. -mäßigkeit tatsächlich unlogisch ist, fällt sofort auch die (angebliche) „Unlogik“ des Grundgesetzgebers auf, der selbst in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG von der „förmlichen *und* sachlichen Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz“ spricht oder auch die des Bundesverfassungsgerichts, das in seiner Entscheidung vom 30. Juli 1958¹ ausdrücklich feststellt, daß das „Normenkontrollverfahren . . . nicht nur der Prüfung dient, ob der normative Gehalt eines Gesetzes *inhaltlich*² mit einer Norm des Grundgesetzes vereinbar ist . . ., sondern vielmehr auch Meinungsverschiedenheiten über die *förmliche*² Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz umfaßt“.

Ein bezeichnendes Beispiel bietet insbesondere Maunz: Im Kommentar von Maunz-Dürig³ wird allein das oben genannte Argument als das entscheidende für die umfassende Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten herausgestellt, in seinem Lehrbuch⁴ spricht Maunz im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts von „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder von Landesrecht mit dem Grundgesetz . . .“, ohne auch nur andeutungsweise auf diese (nach seiner Ansicht) begriffliche „Unlogik“ hinzuweisen. Ebenso heißt es an anderer Stelle⁵: „Die *materielle* und *formelle*⁶ Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung ist ein dem rechtsstaatlichen Verfassungsdenken wesensmäßig innewohnendes Element.“

¹ BVerfGE Bd. 8, S. 110.

² Hervorhebung vom Verfasser.

³ a.a.O., Rdnr. 2 zu Art. 82.

⁴ a.a.O., S. 247.

⁵ a.a.O., S. 285.

⁶ Hervorhebung vom Verfasser.

Betrachtet man nur diese wenigen beispielhaft herangezogenen Unklarheiten, so geben sie — von generellen Zweifeln einmal abgesehen — zumindest Anlaß, die ganze Problematik noch einmal zu überdenken und die Frage zu stellen, ob insbesondere das oben genannte scheinbar entscheidende Argument in der Tat so stichhaltig ist, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Falls es nämlich mit der angeblichen Unlogik der begrifflichen Unterscheidung von materieller und formeller Verfassungsmäßig- bzw. -widrigkeit gar nicht so weit her sein sollte, wäre damit der die formelle und materielle Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten behandelnde Lehre ihr wichtigster Stützpfeiler⁷ entzogen. Die Überprüfung der übrigen von dieser Lehre herangezogenen Argumente würde dann unerlässlich.

Hinsichtlich dieser Argumente kommt folgendes hinzu: Es fällt auf, daß sie überwiegend von der Lehre zu dem dem Art. 82 GG entsprechenden Art. 70 WV übernommen worden sind und daß nur selten die Frage gestellt wird, wie weit diese Lehre in Anbetracht der veränderten Stellung des deutschen Staatsoberhauptes überhaupt noch geeignet ist, für den Bereich des Grundgesetzes Gültiges auszusagen. Wenn von Mangoldt z. B. (allerdings bereits im Jahre 1950) meint⁸, die Funktionen des Bundespräsidenten ließen „als tragenden Gedanken klar hervortreten, daß der Bundespräsident *Hüter und Wahrer der Verfassung* sein solle“ und er die materielle Prüfungsbefugnis mit einem Satz und einem Hinweis auf Anschütz bejaht⁹, so drängt sich der Verdacht auf, daß sich hier Gedanken- und Lehrgut aus der Weimarer Zeit eingeschlichen hat, ohne daß ernsthaft untersucht worden ist, ob es heute noch dem geltenden Recht entspricht. Mit den weiteren Ausführungen soll versucht werden zu zeigen, wie sehr dieser Verdacht gerade im Zusammenhang mit der Lehre zu Art. 82 GG berechtigt ist.

Kernpunkt dieser Schrift wird also nochmals die Frage nach dem Umfang der Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung der Bundesgesetze sein. Es wird sich zeigen, daß die heute herrschende Lehre der Korrektur bedarf, weil sie weitgehend auf Gedankengut der Weimarer Zeit zurückzuführen ist und übersieht, daß mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes, insbesondere hinsichtlich der Beteiligung des Staatsoberhauptes an der Gesetzgebung, eine Zäsur erfolgt ist, die jene alten Lehren in einem völlig anderen Licht erscheinen läßt. Gerade die Auseinandersetzung mit dem oben erwähnten „Hauptargument“ der herrschenden Lehre soll deutlich machen, daß dieses seinen spezifischen gedanklichen Hintergrund in der Staatsrechtslehre und Staatspraxis der

⁷ Manche Autoren ziehen heute sogar ausschließlich dieses Argument heran: z. B. *Maunz-Dürig*, a.a.O., Rdnr. 2 zu Art. 82.

⁸ a.a.O., S. 67.

⁹ a.a.O., S. 66.