

Erwiderung auf: Jenseits von Staatsnotar und Staatsleitung: Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten

Von cand. iur. **Stefan Lenz**, Münster*

In der Debatte um das „Prüfungsrecht“, so Hans Meyers Beobachtung und die Ausgangsthese dieses Beitrags, mischen sich dogmatische Argumente mit unausgesprochener Verehrung des Bundespräsidenten.¹ Das zeigt sich schon in der für den Bundespräsidenten günstigen, dogmatisch aber ungenauen Formulierung des Problems (I.). Den durchaus ambivalenten Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 GG behandeln die meisten Befürworter des „Prüfungsrechts“ stiefmütterlich (II.). Die vielen Rollen des Bundespräsidenten entpuppen sich als außerrechtliche Zuschreibungen, die zu Zirkelschlüssen führen (III.). Das gibt Anlass zur Forderung, den Bewertungskonflikt zwischen Bundestag und Bundespräsident offenzulegen (IV.). Die Auslegung von Art. 82 Abs. 1 GG im Lichte der Ewigkeitsklausel entscheidet den Konflikt zugunsten des Bundestages: Der Bundespräsident hat ein auf die Voraussetzungen von Art. 78 GG eng beschränktes „Prüfungsrecht“ (V.).

I. Die Frage präzise stellen

Die meisten Autoren fragen sich, ob dem Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen ein „Prüfungsrecht“ zustehe. Die Frage stellen, heißt sie bejahen. In der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“² darf jedermann, vom juristischen Laien bis zum Staatsrechtslehrer, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen. Der Bundespräsident ist keine Ausnahme. In Wahrheit sprechen wir über die Befugnis des Bundespräsidenten, die Ausfertigung eines Gesetzes gestützt auf einen bestimmten Verfassungsverstoß zu verweigern. Erst diese scheinbare Spitzfindigkeit³ schärft den Blick, worum es bei der Diskussion um das „Prüfungsrecht“ geht: um die Machtverteilung zwischen Bundestag und Bundespräsident. „Prüfungsrecht“ konnotiert das Verhalten des Bundespräsidenten positiv; bis zu *Carl Schmitts* berühmtem „Hüter der Verfassung“⁴ ist es nicht mehr weit. „Ausfertigungsverweigerungsrecht“ klingt gleich weniger schmeichelhaft – und ist doch dogmatisch einzig richtig.⁵

Wer schon von Beginn an zwischen formeller und materieller Verfassungsmäßigkeit unterscheidet, greift dem Ergebnis vor, weil von vornherein nicht in Betracht kommt, der Bundespräsident könnte überhaupt kein oder ein nach anderen Kriterien eingeschränktes „Prüfungsrecht“ haben. Damit sage ich wohlgerne nicht, dass diese Unterscheidung nicht am Ende der Auslegung von Art. 82 Abs. 1 GG stehen könne. *Hinnerk Wißmann* schiebt Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, der eben diese Unterscheidung trifft, deshalb beiseite, weil sich eine „trennscharfe Linie“⁶ nicht ziehen lasse.⁷ Das vermag den Studenten nicht zu überzeugen, der von den schwierigen Abgrenzungen zwischen Inhalts- und Motivirrtum, Allgemeinverfügung und Verordnung oder bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ein Lied zu singen weiß.

II. Den Normtext beim Wort nehmen

Die Phrase „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommen“ ist Attribut zu „Gesetz“; „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“ ergänzt innerhalb dessen „zustande gekommen“. Die Auslegung von Art. 82 Abs. 1 GG muss entgegen *Wißmann*⁸ beim Begriff des Zustandekommens ansetzen statt bei seiner Ergänzung. Was also heißt „Zustandekommen“ in Art. 82 Abs. 1 GG? Art. 78 GG zählt auf, unter welchen Voraussetzungen ein Gesetz zustande kommt, und präsentiert sich damit als Legaldefinition. Gewiss: Der Gesetzgeber verwendet einen Begriff nicht immer gleich. § 119 Abs. 2 BGB meint zum Beispiel alle Gegenstände, wenn er von „Sachen“ spricht, obwohl Sachen nach der Legaldefinition von § 90 BGB neben den Rechten nur einen Unterfall der Gegenstände bilden.⁹ Art. 82 Abs. 1 GG und Art. 78 GG stehen aber innerhalb desselben Abschnitts und auch sonst räumlich denkbar nah beieinander, was man von § 90 BGB und § 119 Abs. 2 BGB nicht behaupten kann. Das spricht dafür, dass der Verfassungsgeber in beiden Vorschriften tatsächlich dasselbe meinte. Trotzdem fragen viele Autoren erst gar nicht nach dem Verhältnis von Art. 82 Abs. 1 GG zu Art. 78 GG.¹⁰

* Der Verf. studiert Rechtswissenschaft an der Universität Münster und ist stud. Hilfskraft am dortigen Kommunalwissenschaftlichen Institut (Prof. Dr. Janbernd Oebbecke).

¹ Meyer, JZ 2011, 602.

² Häberle, JZ 1975, 297.

³ Parallel dazu liegt der Fall BVerfGE 106, 310 (Zuwanderungsgesetz [2002]): Wer nur fragt, ob dem Bundesratspräsidenten ein Nachfragerecht zusteht, ist mit der Urteilsbegründung genauso schnell fertig wie die Senatsmehrheit. Entscheidend ist doch, welche rechtliche Bedeutung die Antwort des Gefragten hat. Dem geht erst das Sondervotum nach.

⁴ Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931.

⁵ Ich versuche die Gratwanderung, seiner Kürze und Bekanntheit wegen den Begriff des „Prüfungsrechts“ zu verwenden, aber stets in Anführungszeichen, um ihn als bloßes Schlagwort auszuweisen.

⁶ Ein Beispiel bietet Horst Köhlers Weigerung, das Verbraucherinformationsgesetz auszufertigen: Unterfällt die Einhaltung von Art. 87 Abs. 1 S. 4 GG dem formellen oder dem materiellen „Prüfungsrecht“? Erläuterungen dazu bei Meyer, JZ 2011, 602 (606 f.).

⁷ Wißmann, ZJS 2014, 627 (632 mit Fn. 43).

⁸ Wißmann, ZJS 2014, 627 (630 f.).

⁹ Dieses Beispiel nennen *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 732.

¹⁰ Meyer, JZ 2011, 602 (602 mit Fn. 8, 604 mit Fn. 27). *Wißmann* (ZJS 2014, 627 [630 f.]) kann man diesen Vorwurf nicht machen, auch wenn er – was verblüfft – Art. 78 GG nur entnimmt, dass dieser nicht für die Beschränkung des „Prüfungsrechts“ auf das Formelle spreche, ohne zu begründen, warum er nicht umgekehrt für weniger als ein formelles „Prüfungsrecht“ spricht.

Eine andere Lesart ließe sich mit der Ergänzung „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“ begründen. Warum hat der Gesetzgeber diese Phrase eingefügt, wenn der Begriff des Zustandekommens doch angeblich schon definiert ist? Muss dann nicht „Zustandekommen“ in Art. 82 Abs. 1 GG aus sich heraus gedeutet werden, wie es *Robert Gmeiner* tut?¹¹ *Meyer* bietet eine historische Erklärung an:¹² Der Grundgesetzgeber wollte sich von Art. 70 WRV absetzen, der von „verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzen“ sprach und damit nach damals gängigem Verständnis ein umfassendes „Prüfungsrecht“ meinte. Mit Einfügung von Art. 78 GG sollte der Begriff des Zustandekommens beschränkt werden, ohne den Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 GG gegenüber der Vorgängervorschrift substantiell zu verändern. Welcher der beiden Auffassungen man auch folgen mag: Art. 82 Abs. 1 GG ist weder „klar“ noch „eindeutig“.¹³

III. Auf staatsrechtliche Topoi verzichten

Der Bundespräsident muss so viele Rollen spielen, dass jedem Schauspieler schwindelig würde: „Hüter der Verfassung“, „pouvoir neutre“, „Integrationsfigur“ und „Staatsnotar“. Diese Etiketten, die schon der Reichspräsident trug, sind historisch vorbelastet, insofern ihre Verfechter *Schmitt* und *Rudolf Smend* sie in antiliberaler Stoßrichtung benutzten. Vor allem stammen die Etiketten aus dem Werkzeugkasten der Allgemeinen Staatslehre; das Grundgesetz weist dem Bundespräsidenten keine Rollen zu. Prinzipien aller Art, sei es etwa die ethische Neutralität des Staates oder eben auch die Integrationsfunktion des Bundespräsidenten, werden gerne aus einer Zusammenschau von Einzelvorschriften gefolgert. So entsteht ein Prinzip, das weiter reicht als die Summe der Normen, auf denen es fußt, und ausgerechnet gegen diese Normen argumentativ in Anschlag gebracht werden kann. Diese Methode ist zweifelhaft, birgt sie doch die erhebliche Gefahr von Fehlschlüssen schon in sich.

In der Debatte um das „Prüfungsrecht“ verwirklicht sich diese Gefahr. Es geht dabei gerade darum, wie weit die etwaige Rolle des Bundespräsidenten, die Verfassung zu hüten usw., in diesem Einzelfall reicht oder anders gesagt: welche *Befugnisse* er hat, um seine etwaige *Aufgabe* zu erfüllen. Der Verweis auf die vermeintliche Rolle des Bundespräsidenten ist die besser getarnte Version des inzwischen entlarvten Zirkelschlusses aus Verfassungsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG), Amtseid (Art. 56 GG) und Präsidentenanklage (Art. 61 GG).¹⁴ So weist denn auch *Wißmann* diesen Zirkelschluss ganz selbstverständlich zurück,¹⁵ um sich an anderer Stelle doch in Überlegungen zu ergehen, welche Rolle der Bundespräsident hat und was daraus für die „Tiefe“ des Prüfungsrechts folgt¹⁶ – richtigerweise nichts.

¹¹ *Gmeiner*, ZJS 2015, 1 f.

¹² *Meyer*, JZ 2011, 602 (603 mit Fn. 12-14, 17).

¹³ Anders *Gmeiner*, ZJS 2015, 1 f. Zur prinzipiellen Frage *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 9), Rn. 731 ff.

¹⁴ *Meyer*, JZ 2011, 602 (606 mit Fn. 33).

¹⁵ *Wißmann*, ZJS 2014, 627 (632 mit Fn. 45).

¹⁶ *Wißmann*, ZJS 2014, 627 (632 f.).

IV. Den Bewertungskonflikt offenlegen

Seit Jahrzehnten führt die Fachwelt die Debatte um das Prüfungsrecht in den immer gleichen Bahnen. Vom „abgenagten Knochen“ ist die Rede.¹⁷ Dass die Zunft den Wortlaut stiefmütterlich behandelt und lieber mit staatsrechtlichen Topoi jongliert, ist kein Zufall, verdeckt das doch den Kern der Debatte, den *Meyer* freilegt: „Es geht also um einen Bewertungskonflikt zwischen Verfassungsorganen, von denen der Bundestag immerhin den Vorzug hat, unmittelbar demokratisch legitimiert zu sein, was der Bundespräsident dank der Abwendung von der Weimarer Konstruktion nicht mehr ist [...]“.¹⁸ Die Fachwelt aber sehne sich nach einem „unpolitischen Rechtswahrer“.¹⁹ Die Sympathie für den Bundespräsidenten zeige sich in der verbreiteten Sorge um seinen Gefühlshaushalt:²⁰ Ihm sei es nicht zuzumuten, sehenden Auges ein verfassungswidriges Gesetz auszufertigen.²¹ Ob es dem Bundestag zuzumuten ist, dass ein Einzelner ein von ihm beschlossenes Gesetz verhindert,²² fragt niemand.

V. Den Bewertungskonflikt rechtlich lösen

Dieser Bewertungskonflikt muss kein politisch-weltanschaulicher bleiben, sondern kann und muss rechtlich gelöst werden. Art. 79 Abs. 3 GG enthält als „Verfassung der Verfassung“ Maßstäbe für die Auslegung des übrigen Grundgesetzes. Deswegen muss auch Art. 82 Abs. 1 GG in diesem Sinne verfassungskonform, namentlich im Lichte des Demokratieprinzips, ausgelegt werden. Das Grundgesetz verteilt demokratische Legitimation in abgestufter „Dosis“ innerhalb des Staates. Während der Bundestag, der nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG die Gesetze beschließt, durch Volkswahl unmittelbar legitimiert ist, vermittelt erst die Wahl durch die Bundesversammlung dem Bundespräsidenten, dessen Ausfertigerweigerung in dieses Recht eingreift, seine Legitimation.²³ Unter den beiden Lesarten des Art. 82 Abs. 1 GG ist die zu wählen, die diesem Legitimationsunterschied am besten Rechnung trägt. Das ist nicht *Gmeiners* Ansinnen, den Beg-

¹⁷ *Meyer*, JZ 2011, 602.

¹⁸ *Meyer*, JZ 2011, 602 (605).

¹⁹ *Meyer*, JZ 2011, 602 (606).

²⁰ *Meyer* (JZ 2011, 602 [605]) spricht von „sentimentalischer Auslegung“ und erinnert in Fn. 35 an *Kelsens* Wort von der „Gefühljurisprudenz“.

²¹ Seit *Stern* (Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 233) diese Sentenz in die Welt gesetzt hat, geistert sie durchs Schrifttum.

²² Theoretisch kann sich der Bundestag per Organstreit wehren. Wegen der sakrosankten Stellung des Bundespräsidenten hat er es noch nie gewagt.

²³ Schwierig zu begründen ist, warum ein achtköpfiger *Senat* des nur mittelbar legitimierten BVerfG ein Gesetz verwerfen können soll, das der 631-köpfige volksgewählte Bundestag beschlossen hat. Das ist aber – anders als hier – nur eine verfassungstheoretische und keine rechtsdogmatische Frage, da sich Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG einer derartigen „bundestagsfreundlichen Auslegung“ sperren.

riff des „Zustandekommens“ in Art. 82 Abs. 1 GG autonom in Richtung eines umfassenden „Prüfungsrechts“ zu deuten, sondern die Auffassung, wonach Art. 78 GG diesen Begriff legaldefiniert. Der Bundespräsident darf die Ausfertigung von Gesetzen daher nur verweigern, wenn eine der in Art. 78 GG genannten Voraussetzungen fehlt.

Zum Schluss ein Wort zum Evidenzkriterium²⁴: Dem Bundespräsidenten wie *Wißmann* ein in der „Breite“ umfassendes Prüfungsrecht zuzugestehen, es in der „Tiefe“ aber auf schwerwiegende und offensichtliche Verfassungsverstöße zu beschränken,²⁵ ist nur scheinbar ein Kompromiss. Anders als das Verwaltungsverfahrensgesetz in § 44 VwVfG hält das Grundgesetz keine Maßstäbe bereit, wann ein Verfassungsverstoß schwerwiegend und offensichtlich ist. Das Evidenzkriterium ist daher keine Einschränkung des „Prüfungsrechts“, sondern setzt seine umfassende Existenz als *Prüfungsmaßstab* voraus. Nur die *Kontrolldichte* ist reduziert, also die Strenge, mit der der Bundespräsident den Maßstab anlegt. Das Evidenzkriterium ist nur ein Aufruf an den Bundespräsidenten zu „presidential self restraint“.²⁶ Wie gut solche Selbstbeschränkung gelingt, führt uns immer wieder das BVerfG vor Augen.

²⁴ Weitere Einwände dagegen bei *Linke*, DÖV 2009, 434 (436 f.).

²⁵ *Wißmann*, ZJS 2014, 627 (632 f.).

²⁶ *Wißmann* (ZJS 2014, 627 [634]) treibt das – ungewollt – auf die Spitze, indem er am Evidenzkriterium für den Bundespräsidenten festhält und zugleich schreibt, das BVerfG messe das Gesetz inzident ohne jede Einschränkung am Grundgesetz, wenn der Bundestag einen Organstreit gegen den Bundespräsidenten anstrengt. – Konsequenz ist nur diese Lösung: Der Antrag des Bundestages ist begründet, wenn die Ausfertigungsverweigerung des Bundespräsidenten verfassungswidrig (und der Bundestag in seinen Rechten verletzt) ist, wenn also das Gesetz überhaupt nicht verfassungswidrig oder – das ist der Punkt – in nicht evidenter Weise verfassungswidrig ist.