

TÜBINGER UNIVERSITÄTSREDEN 6



VERLAG J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

GRUNDGESETZ
UND
RICHTERMACHT

Rede bei der feierlichen Übergabe des Rektorats
zu Beginn des Sommersemesters am 2. Mai 1959

von

Professor Dr. iur. OTTO BACHOF

Rektor des Amtsjahrs 1959/60

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)

TÜBINGEN 1959

VORWORT

Die hier veröffentlichte Rede wendet sich, ihrem Anlaß entsprechend, weniger an die juristischen Fachgenossen als an die am politischen Geschehen interessierten und sich für dieses Geschehen mitverantwortlich wissenden Bürger unseres Staates. Sie versucht, einen Überblick über die Stellung des Richters im Verfassungsgefüge des Bonner Grundgesetzes zu geben, insbesondere seine Aufgabe als Kontrollorgan von Legislative und Exekutive deutlich zu machen sowie die Problematik, zugleich aber die in unserer heutigen Situation bestehende Notwendigkeit einer solchen richterlichen Funktion aufzuzeigen.

Ein derartiger Vortrag kann weder Anspruch auf Vollständigkeit erheben noch eine eingehende Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen erstreben. Der Verfasser hätte freilich gewünscht, die Druckfassung erweitern und dadurch manche von ihm selbst empfundenen Lücken schließen zu können. Das war, sollte die Veröffentlichung nicht über Gebühr hinausgeschoben werden, im gegenwärtigen Zeitpunkt undurchführbar. Die Rede wird daher in ihrer ursprünglichen Fassung veröffentlicht, ergänzt nur um diejenigen Stellen des Manuskripts, die beim mündlichen Vortrag aus Gründen der begrenzten Zeit weggelassen wurden. Der Anmerkungsapparat ist auf das unerläßliche Mindestmaß beschränkt worden.

I

In Kürze jährt sich zum zehnten Mal der Tag, an dem der Parlamentarische Rat das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen und damit einem Teil Deutschlands eine Verfassung gegeben hat, die – in schwerer Zeit und unter schwierigsten äußeren und inneren Bedingungen geschaffen – von vornherein als vorläufig gedacht war; als eine Notbehaltung gleichsam, „um“ – wie es in der Präambel heißt – „dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“; eine Ordnung, deren Geltung nach ihren eigenen Worten begrenzt sein sollte bis zu dem Tage, „an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke“ – dem *ganzen* deutschen Volke! – „in freier Entscheidung beschlossen worden ist“¹. Wir werden aus Anlaß dieses Tages mancherlei Betrachtungen zu gewärtigen haben, ob und wie weit sich diese Verfassung bewährt, wo sie Erwartungen und Hoffnungen erfüllt und wo sie solche enttäuscht hat. Und die Voraussage fällt nicht schwer, daß sich mit der im ganzen wohl günstigen Bewertung dieses Verfassungswerks, das seiner Aufgabe staatlicher Integration in hohem Maß gerecht geworden ist, tiefe Enttäuschung verbinden wird: Enttäuschung darüber, daß das Provisorium dieser Verfas-

¹ Art. 146 Grundgesetz.

sung, damit zugleich die Teilung Deutschlands und – was schlimmer ist – die Unfreiheit eines Teils des deutschen Volkes nun schon ein volles Jahrzehnt andauern, ohne daß ein Ende dieses Zustandes abzusehen ist; Enttäuschung freilich auch darüber, daß ein großer Teil unserer westdeutschen Bevölkerung sich mit diesen Tatsachen innerlich zu leicht abzufinden scheint. Es soll indessen hier und heute solchen Betrachtungen nicht vorgegriffen werden, zu denen ohnehin der Politiker berufener sein mag als der Jurist. Nur *ein* besonders charakteristischer Zug des Grundgesetzes, der diese Verfassung in auffälliger Weise nicht nur von ihren Vorgängern, sondern auch von gleichzeitigen Verfassungen anderer Staaten unterscheidet, soll uns heute beschäftigen: Stellung und Aufgabe des Richtertums innerhalb unseres Verfassungsgefüges.

II

Grundgesetz und Richtermacht: Schon der Ausdruck „*Richtermacht*“ hat lange Zeit hindurch dem deutschen Juristen und nicht zuletzt dem deutschen Richter anstößig geklungen, und manchem mag er noch heute anstößig klingen. War es doch einmal fast ein juristisches Glaubensbekenntnis, daß der Richter auf die in streng logischen Denkvorgängen sich vollziehende Anwendung des Gesetzes beschränkt sei und sich jeder eigenen Willensentscheidung zu enthalten habe; daß er allein der im Gesetz sich offenbarenden zeitlosen Macht der Gerechtigkeit verpflichtet sei, nicht aber eigene soziale Macht darzustellen und zu üben habe. Indessen wäre es müßig, sich heute noch

mit solchen Vorstellungen auseinandersetzen zu wollen. Schon seit der Überwindung des Dogmas von der Lückenlosigkeit der Gesetzesordnung, insbesondere durch *Oskar Bülow's* berühmte Tübinger Rektor- und Leipziger Antrittsrede über „Gesetz und Richteramt“ (1885), durch *Gustav Rümelin's* nicht minder bekannte Tübinger Kanzlerrede über „Werturteile und Willensentscheidungen“ (1891), durch *Reichels* eingehende Untersuchung über „Gesetz und Richterspruch“ (1915) – um nur einige Namen herauszugreifen – ist offenbar geworden, daß der Richter in Wahrheit niemals der Montesquieuschen Vorstellung eines reinen Subsumtionsapparates – „la bouche qui prononce les paroles de la loi“ – entsprochen hat; daß die richterliche, die sog. dritte Gewalt im System der Gewaltentrennungslehre, zu keiner Zeit „en quelque façon nulle“ gewesen ist. Man hat erkannt, daß der Richter stets, selbst unter der Herrschaft eines strengen Gesetzespositivismus, einen nicht unbeträchtlichen Anteil an der Rechtsschöpfung hatte; daß nicht das Gesetz allein, sondern „Gesetz und Richteramt dem Volk sein Recht schafft“ (*Bülow*). Wir wissen heute, daß schon in jeder richterlichen Interpretation einer Norm zugleich Normgestaltung, in jedem richterlichen Werturteil stets ein Stück echter und originärer Entscheidung über die Rechtsordnung lag und liegt. *Heck*¹ und *Isay*² – um wieder nur zwei Namen zu nennen – haben diese Untersuchungen fortgeführt, und in jüngster Zeit haben insbesondere *Esser*³ und *Wieacker*⁴ aufgezeigt, in welch

¹ Das Problem der Rechtsgewinnung (1912), 2. Aufl. 1932.

² Rechtsnorm und Entscheidung (1930).

³ Grundsatz und Norm (1956).

⁴ Gesetz und Richterkunst (1958).

erheblichem Maße die Formel, daß der Richter „nur“ dem Gesetz unterworfen sei, sich in der sozialen Wirklichkeit als Fiktion erweist: als Fiktion deshalb, weil es außer dem Gesetzesrecht weite Bereiche außergesetzlichen Rechts, „Grundsätze angewandter Richterkunst“ gibt, die für den Richter einerseits verbindlich sind, an deren Schaffung er aber andererseits selbst maßgeblich beteiligt ist¹.

III

Das bedeutet sicher Richtermacht, und es ist oft ausdrücklich so bezeichnet worden. Aber nicht dies meine ich, wenn ich im spezifischen Sinne von der Macht des Richters nach dem *Bonner Grundgesetz* spreche. Denn jenes alles ist als Phänomen nicht neu. Neu ist hingegen die Kontrollfunktion, die unser Grundgesetz dem Richter gegenüber den beiden anderen sog. Staats- „Gewalten“, der Exekutive und der Legislative zuerkannt hat; neu jedenfalls hinsichtlich des außerordentlichen *Umfanges* solcher Kontrollfunktion. Dieser Zu-

¹ An weiterem Schrifttum aus älterer und neuerer Zeit sei, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, genannt: *Zitelmann*, Lücken im Recht (1903); *Rumpf*, Gesetz und Richter (1906); *Jahrreiß* und *Zinn*, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz (Verhandlg. des 37. Deutschen Juristentages, 1950); *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber (1951); *Eberhard Schmidt*, Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus (1952); *Bockelmann*, Richter und Gesetz (in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Smend-Festschrift, 1952); *Horst Schröder*, Gesetz und Richter im Strafrecht (1953); *Less*, Von Wesen und Wert des Richterrechts (1954); *Adolf Arndt*, Das Bild des Richters (1957).

wachs der Kontrollfunktion bedeutet nun in der Tat einen ausgesprochenen Machtzuwachs des Richters, er bedeutet im gleichen Maße notwendig eine Machteinbuße von Legislative und Exekutive. Diese Tatsache steht außer jeder Diskussion. Um so lebhafter ist die Erörterung darüber, ob unser Grundgesetz *gut daran getan hat*, dem Richter solche Macht zuzuerkennen. Die Urteile darüber reichen von enthusiastischer Zustimmung bis zu schroffer Ablehnung. „Vom Gesetzestaat zum Richterstaat“ (mit dem bezeichnenden Untertitel „Recht als Maß der Macht“): so heißt der Titel des im Jahre 1957 erschienenen Buches eines bekannten österreichischen Juristen und Journalisten, *René Marcic*, der erst und nur in einem solchen „Richterstaat“ Freiheit, Demokratie und Recht gesichert sieht. „Vom Rechtsstaat zum Justizstaat“: so lautet das Urteil des bekannten Heidelberger Staatsrechtslehrers *Ernst Forsthoff*, schon (aber keineswegs allein) mit diesem Kennwort der Sorge eines Abbruchs rechtsstaatlicher Werte Ausdruck gebend und in die – wie ich freilich meine: falsche – Diagnose mündend: „Darüber, wann er an das Gesetz gebunden ist, wann er unter Berufung auf das Recht von der Gesetzesgebundenheit frei ist, entscheidet heute der Richter selbst.“¹

¹ „Die öffentliche Verwaltung“ 1959, S. 41 ff. (44). Daß *Forsthoff* seine Besorgnisse nicht an die formale Kompetenzerweiterung der Gerichte, sondern an ein im Hinblick auf die Formel „Gesetz und Recht“ (Art. 20 III GG) befürchtetes Auspielen des Rechtes gegen das Gesetz anknüpft, darf in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben. Die Kompetenzerweiterung erhält, wie noch darzulegen ist, ihre eigentliche Bedeutung erst durch das materielle Wertesystem der Verfassung, zu dem auch der Vorrang des Rechts vor dem Gesetz gehört. Im übrigen kann hier zu der Frage,

Wir werden uns sicher nicht dabei beruhigen dürfen, daß unsere Verfassung nun einmal die Entscheidung für die Richtermacht getroffen habe. Verfassungen sind keine Ewigkeitswerke, das provisorische Bonner Grundgesetz ist es schon einmal gar nicht. Es gilt daher zu fragen, ob wir mit und seit dem Bonner Grundgesetz auf dem richtigen Wege sind, ob wir ihn fortsetzen sollen, oder ob eine Umkehr geboten oder doch mindestens eine erhebliche Korrektur angezeigt ist. Fragen, die mich nicht nur als Staatsrechtslehrer beschäftigen, sondern ebenso sehr als Richter, als welcher ich den Weg der Rechtsprechung seit nunmehr 12 Jahren an verschiedenen Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts verfolgt habe und tätig auf ihm mitgegangen bin.

IV

Bevor wir uns um ein Urteil bemühen, müssen wir den Tatbestand sichten. Das kann im Rahmen eines Vortrags freilich nur in ganz großen, notwendig stark vereinfachenden und vergrößernden Zügen geschehen.

1. Das Grundgesetz hat zunächst, darin die schon 1946 eingeleitete Gesetzgebung der westdeutschen Länder bestätigend, eine lückenlose Rechtskontrolle der *Verwaltung* durch die Gerichte eingeführt. „Wird jemand“, so sagt Art. 19 Abs. 4 dieser Verfassung – eine „königliche“ Norm, wie *Walter Jellinek* sie einmal genannt hat – „durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten

ob gerade die von *Forsthoff* angeführten Entscheidungen geeignet sind, die daran geknüpften Befürchtungen zu rechtfertigen, nicht Stellung genommen werden; ich hoffe, das bald nachholen zu können.

verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ Damit knüpft das Grundgesetz zwar an frühere Einrichtungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit an, wie sie sich etwa seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland herausgebildet hatten. Aber es betritt insofern Neuland, als es dem Bürger – und zwar verfassungskräftig – die Möglichkeit eröffnet, gegenüber *allen* Rechtsverletzungen durch die Exekutive den Richter anzurufen, während diese Anrufung früher auf die *einzelnen im Gesetz aufgeführten Fälle beschränkt war*. Es sind in erster Linie die Verwaltungs-, die Sozial- und die Finanzgerichte, die diesen Schutz zu gewähren haben. Doch soll auf Fragen gerichtlicher Organisation, auf Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der Aufteilung der richterlichen Funktion auf eine große Zahl verschiedener Gerichtsbarkeiten hier nicht eingegangen werden.

2. Das Grundgesetz hat ferner – und das ist fraglos noch einschneidender – auch die *Legislative* der Rechtskontrolle der Gerichte unterstellt. Es hat ihnen das Amt zuerkannt, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu überwachen: Sie haben ein Gesetz nur dann als gültig und verbindlich hinzunehmen, wenn es nicht nur formell ordnungsmäßig ergangen ist, sondern auch inhaltlich mit den Geboten der Verfassung im Einklang steht. *Wichtigster Maßstab* dafür sind die Grundrechte. Auch hier ist zwar das Grundgesetz nicht völlig ohne Vorgang. Ein solches „richterliches Prüfungsrecht“, wie der Jurist es nennt, finden wir nicht nur bei dem oft als Vorbild angeführten und doch aus mancherlei Gründen nur schwer vergleichbaren Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten (dort schon seit 1803). Vielmehr nahmen ein solches Prüfungsrecht auch unsere *deutschen*

Gerichte unter der Weimarer Reichsverfassung – die selbst zu der Frage keine Stellung genommen, sondern sie (mit Absicht!) offengelassen hatte – seit etwa 1924 in Anspruch; zögernd zuerst, doch dann mit zunehmender Bestimmtheit und unter überwiegender Billigung der Rechtslehre. Ja, darüber hinaus zeigte sich in einer berühmt gewordenen Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht vom 8. 1. 1924¹ schon die Tendenz, Gesetze auch dann für unverbindlich zu erachten, wenn sie das allgemeine sittliche Empfinden verletzen und darum als Ausdruck der Rechtsidee nicht mehr angesprochen werden können.

Das Grundgesetz hat nun das richterliche Prüfungsrecht ausdrücklich bestätigt. Es hat dabei insofern einen neuen Weg beschritten, als es zwar die Kompetenz *aller* Gerichte zur inhaltlichen Prüfung der Gesetze am Maßstab der Verfassung anerkennt, diese Kompetenz aber gleichzeitig dadurch eingeschränkt hat, daß es die letzte und verbindliche Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit dem Bundesverfassungsgericht und den Verfassungsgerichten der Länder vorbehalten hat; deren Entscheidung müssen die anderen Gerichte einholen, wenn sie ein Gesetz für verfassungswidrig und deshalb für nichtig halten. Man spricht hier vom „Verwerfungsmonopol“ der Verfassungsgerichte. – Ergänzend dazu treten noch andere Verfahren, in denen das Bundesverfassungsgericht *unmittelbar* zur Prüfung von Gesetzen angerufen werden kann: Normenkontrolle auf Antrag der Regierung oder anderer Staatsorgane, sowie Verfassungsbeschwerde eines vom Gesetz Betroffenen.

¹ Juristische Wochenschrift 1924, S. 90.

3. Das Grundgesetz hat schließlich dem Richter – hier allerdings *nur* dem Verfassungsrichter – die Entscheidung einer Reihe von Streitigkeiten zwischen obersten Staatsorganen (Bundestag, Bundesrat, Regierung, Bundespräsident, u. a.), sowie ferner von Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern übertragen. Wenngleich auch in diesen beiden Gruppen der „Organstreitigkeiten“ und der „Bund-Länder-Streitigkeiten“ stets über *Rechtsfragen* und nicht etwa über Fragen politischer Zweckmäßigkeit entschieden wird, so sind die politischen *Auswirkungen* solcher Entscheidungen doch oft bedeutend. Erinnerung sei nur an die Entscheidungen über das Petersberg-Abkommen, über das deutsch-französische Wirtschaftsabkommen, an die sog. Südweststaat-Urteile, an den Rechtsstreit über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft, an das Konkordatsurteil u. a. m. Von nicht geringerer politischer Tragweite sind freilich oft die vorher genannten Entscheidungen über die Gültigkeit von *Gesetzen* (Beispiel: das Urteil über die Verfassungswidrigkeit der progressiven Ehegattenbesteuerung, das zu einer grundlegenden Umgestaltung weiter Teile unseres Einkommensteuersystems zwang). Übrigens laufen auch die Organstreitigkeiten und die Bund-Länder-Streitigkeiten nicht selten im Ergebnis ebenfalls auf die Überprüfung eines *Gesetzes* hinaus: wenn nämlich der Erlaß eines Gesetzes vom Bund, von einem Land, von einem Staatsorgan als Eingriff in seine Rechte angesehen wird. Daher sind die Verfahren in gewissem Umfange vertauschbar; oft hängt es nur vom Vorgehen der Beteiligten und von der Formulierung ihrer Anträge ab, ob das eine oder das andere Verfahren zum Zuge kommt. Diese Tatsache mag es rechtfertigen, wenn ich mich im weiteren Ver-

lauf meiner Ausführungen – mit dem Blick auf die Uhr – im wesentlichen auf die richterliche Kontrolle der *Gesetzgebung* beschränke und die Kontrolle der *Regierung* vernachlässige. Im parlamentarischen Regierungssystem mit seiner Abhängigkeit der Regierung vom Parlament, mit der gemeinsamen und gleichen Abhängigkeit beider von ein und denselben politischen Kräftegruppen, mit der weitgehenden Annäherung, Austauschbarkeit und Vermischung der Funktionen von Legislative und Exekutive beinhaltet und umschließt die Problematik einer richterlichen Kontrolle der Gesetzgebung ohnehin stets auch die Problematik einer richterlichen Kontrolle der Regierung.

Nimmt man zu dem bislang Erwähnten nun noch die zahlreichen *weiteren* Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts hinzu, die hier nur ganz summarisch und unvollständig genannt werden können – etwa Verfassungswidrigkeitserklärung und Verbot politischer Parteien (SRP- und KPD-Urteil!), die Verwirkungserklärung von Grundrechten, das Wahlprüfungsverfahren, die Entscheidung darüber, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist, und noch manches andere mehr –, so macht schon dies ersichtlich, daß jedenfalls das *Bundesverfassungsgericht* ein echter Machtfaktor in unserem Staate ist. Und ähnliches gilt, wenn gleich in viel geringerer Größenordnung, für die *Landesverfassungsgerichte*.

V

Und dennoch genügt dies alles *nicht*, um die wirkliche Rolle der Gerichtsbarkeit zu begreifen. Wir haben bisher nur die *formalen Kompetenzen* der Gerichte als

Kontrollorgane gegenüber Legislative und Exekutive und als Streitschlichter zwischen Staatsorganen betrachtet. Wollte man sich darauf beschränken, so würde man das Wichtigste übersehen. Wir würden dann auch nicht verstehen können, warum sich z. B. das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen heute so ganz anders auswirkt als unter der Weimarer Reichsverfassung. Bei einem Vergleich nur der gerichtlichen *Zuständigkeiten* sollte man annehmen, daß heute *weniger* Gesetze für verfassungswidrig erklärt würden als zur Weimarer Zeit, da sich ja das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts als Hemmschuh gegenüber der damals uneingeschränkten Verwerfungszuständigkeit *aller* Gerichte auswirken müßte. Das tatsächliche Bild ist durchaus anders! Es sind nur ganz wenige Fälle bekannt geworden, in denen damals überhaupt die Verfassungsmäßigkeit eines *Reichsgesetzes* von einem Gericht im Rahmen eines schwebenden Prozesses in Zweifel gezogen und deshalb geprüft wurde. Bei dieser Prüfung ist, wenn meine Ermittlungen zutreffen, nur ein einziges Mal eine Vorschrift von einem höheren Gericht (dem Bundesversorgungsgesetz) für verfassungswidrig erklärt worden¹; in ebenfalls nur einem Fall hat ferner der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich – ein Gericht, das im Rahmen seiner gegenständlich eng begrenzten Kompetenzen ausdrücklich zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen berufen war – ein Reichsgesetz für verfassungswidrig erklärt². Etwas häufiger war die Prüfung vom *Landes-*

¹ Mitgeteilt von Graßhof, Deutsche Juristenzeitung 1925, S. 332.

² Lammers-Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts

recht am Maßstabe des *Reichsrechts*, doch hat auch diese Prüfung nur in wenigen Fällen zur Feststellung der Nichtigkeit eines Landesgesetzes geführt. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht bisher in 13 Fällen bundesgesetzliche Vorschriften für verfassungswidrig¹, und in 14 Fällen Landesrecht für grundgesetz- oder bundesrechtswidrig erklärt²; Zahlen, die übrigens viel niedriger sind, als gemeinhin (auch in Juristenkreisen) angenommen wird, und die vor allem dann nicht hoch erscheinen, wenn man sie in ein Verhältnis zu der durchschnittlichen Jahresproduktion von allein rund 130 Bundesgesetzen mit vielen Tausenden von Paragraphen setzt.

Diese Zahlen vermitteln freilich, isoliert betrachtet, kein vollständiges Bild. Denn ein Vielfaches beträgt die Zahl derjenigen Normen, die dem Bundesverfassungsgericht von *anderen* Gerichten, weil nach ihrer Ansicht verfassungswidrig, zur Prüfung unterbreitet, vom Verfassungsgericht aber als verfassungsmäßig bestätigt wurden; ein weiteres Vielfaches beträgt die Zahl der Fälle, in denen die Prozeßgerichte eine Norm zwar auf ihre nicht als zweifelsfrei erscheinende Verfassungsmäßigkeit *untersucht* haben, aber selbst zur Bejahung derselben gelangt sind. Unberücksichtigt ist dabei noch, daß das „Verwerfungsmonopol“ des Bundes-

auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung, Bd. 1, S. 156.

¹ BVerfGE 1, 14; 3, 19; 5, 25; 5, 71; 6, 55, 6, 246; 6, 273; 6, 282; 7, 282; 7, 320; 8, 1; 8, 51; 9, 39; vgl. auch 4, 331 (Recht des Vereinigten Wirtschaftsgebietes), sowie 8, 71 und 9, 39 (früheres Reichsrecht).

² BGBl. 1952 I S. 720 (2 Gesetze); BGBl. 1953 I S. 614; BGBl. 1953 I S. 1544; BVerfGE 2, 307; 4, 60; 4, 219; 7, 111; 7, 244; 7, 330; 7, 377; 8, 104 (2 Gesetze); 8, 260.

verfassungsgerichts sich nach dessen Rechtsprechung nur auf solche Gesetze bezieht, die *nach* dem Inkrafttreten des GG erlassen sind, während das richterliche Prüfungsrecht gegenüber *älteren* Gesetzen uneingeschränkt jedem Gericht zusteht; in wie vielen Fällen solche älteren Gesetze wegen Widerspruchs zur jetzigen Verfassung für ungültig erklärt wurden, entzieht sich statistischer Feststellung; es sind jedenfalls nicht wenige. Unberücksichtigt sind dabei weiter noch die Prüfungskompetenzen der *Landesverfassungsgerichte*.

Wie kann man diesen Wandel der praktischen Auswirkung des Prüfungsrechts erklären? Er läßt sich *nur* erklären aus dem *starken Geltungsanspruch der materiellen Normen unserer Verfassung*; aus ihrer für alle drei Staatsgewalten unmittelbar verbindlichen *Wertordnung*, wie sie besonders in den *Grundrechten* ihre Ausprägung erfahren hat¹; einer Wertordnung, die – zwar nicht in ihren Einzelheiten, wohl aber in den sie konstituierenden und legitimierenden Grundnormen – von der Verfassung selbst als dieser vorgegeben angesehen wird; einer Wertordnung, die insoweit von der Verfassung also nicht erst geschaffen, sondern von ihr lediglich anerkannt und gewährleistet wird, und deren letzter Geltungsgrund in den bestimmenden Wertvorstellungen der abendländischen Kultur, in einem auf diesen Wertvorstellungen fußenden Menschenbild gesehen wird. Gewiß enthielt auch die Weimarer Reichsverfassung Grundrechte, sogar in weit größerer Zahl als das Grundgesetz. Jedoch: Die Grundrechte von *Weimar* waren, der Sicht des damals herrschenden Rechtsposi-

¹ Zur Wertordnung (zum „Wertsystem“) des Grundgesetzes vgl. insbesondere Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz (1958), Art. 1 Abs. 1 Rand-Nrn. 1–16.

tivismus entsprechend, freiwillige staatsgesetzliche Gewährungen, nicht – wie in der Sicht des *Grundgesetzes* – Sicherungen und Gewährleistungen einer in ihren letzten Bezügen vorstaatlichen und daher staatlicher Willkür entzogenen Wertordnung. Und weiter – was zum Teil daraus folgt –: Die Grundrechte der *Reichsverfassung* waren, noch ihrer geschichtlichen Herkunft als Abwehr landesherrlicher Exekutivgewalt verhaftet, primär *verwaltungsgerichtet*; gerade einigen der wichtigsten Grundrechte, wie dem Gleichheitsgebot, wurde die Verbindlichkeit für den *Gesetzgeber* abgesprochen; alle Grundrechte des *Grundgesetzes* binden demgegenüber auch den *Gesetzgeber*. Viele Grundrechte der *Reichsverfassung* wurden zudem, *soweit* sie an den Gesetzgeber gerichtet waren, nur als mehr oder minder unverbindliche „*Programmsätze*“ angesehen; gerade die große Zahl der Grundrechtsnormen und ihre oft recht vage Formulierung trug zu dieser Abwertung bei, die in dem bösen, aber nicht unbegründeten Wort von den „*leerlaufenden*“ Grundrechten ihren Ausdruck fand. Die Grundrechte des *Grundgesetzes*, an Zahl begrenzter und in konkreteren Formulierungen gefaßt, sind nach ausdrücklicher Vorschrift „*unmittelbar geltendes Recht*“. Die meisten Grundrechte von *Weimar* waren mit weitgehenden Vorbehalten gesetzlicher *Einschränkbarkeit* versehen; die Grundrechte von *Bonn* sind größtenteils *gesetzesfest*, und *soweit* sie durch Gesetz einschränkbar sind, sind Zweck und Maß der Einschränkung begrenzt, auch sind sie durch die ausnahmslose Unantastbarkeit ihres Wesensgehalts in ihrem Kernbereich institutionell gesichert; erst recht kennt das Grundgesetz nicht die in der Weimarer Reichsverfassung vorgesehene Möglichkeit einer vorübergehenden Außerkraft-

setzung von Grundrechten durch Notverordnungen der Exekutive. Die Grundrechte der *Reichsverfassung* standen, auch soweit gegenüber einem *einfachen* Gesetz gesetzestfest, doch jedenfalls einer mit $\frac{2}{3}$ -Mehrheit beschlossenen *Verfassungsänderung* und sogar einer *Verfassungsdurchbrechung* offen; die Grundrechte des *Grundgesetzes* können nur durch förmliche *Verfassungstextänderung*, und, soweit der sie legitimierende Grundwert der Menschenwürde in Mitleidenschaft gezogen würde, *legal überhaupt nicht* geändert werden.

Berücksichtigt man dies alles, dann kann man in der Tat den Wandel, den das Grundrechtssystem von Bonn gegenüber demjenigen von Weimar aufweist, mit der schlagwortartig überspitzten, aber doch im wesentlichen treffenden Formulierung *Herbert Krügers* kennzeichnen: früher „Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze“; heute „Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte“¹.

Erst eine Zusammenschau dieses materiellen Gehalts unserer Verfassung, dieser ihrer *Wertordnung* und ihres starken Geltungsanspruchs – erst eine Zusammenschau dessen mit den *Kompetenzen* der Gerichte läßt diese Kompetenzen in ihrer wahren Bedeutung erkennen. Denn erst aus dem *Maßstab*, an dem gemessen wird, bezieht das Messen seine Wirkkraft. Solange die Maßstäbe richterlicher Prüfung in der Formulierung vage, in ihrer Verbindlichkeit zweifelhaft, in ihrer Geltungsdauer dem Belieben des Gesetzgebers ausgeliefert waren, mußte das richterliche Prüfungsrecht eine stumpfe Waffe bleiben und weithin ins Leere stoßen. Erst seitdem diese Maßstäbe der Verfügungsgewalt des

¹ Grundgesetz und Kartellgesetzgebung (1950), S. 12.

Gesetzgebers, ja nach einer verbreiteten und vom Bundesverfassungsgericht geteilten Ansicht in ihren letzten Grundwerten sogar der Verfügungsgewalt des Verfassungsgesetzgebers entzogen sind, konnte die Rechtskontrolle der Gerichte über die Legislative sich zu dem auswachsen, was sie heute ist: *Sie bedeutet heute nicht mehr und nicht weniger, als daß den Gerichten die letzte Verantwortung für die Achtung und Bewahrung der verfassungsmäßigen Wertordnung übertragen ist*; wobei dem Bundesverfassungsgericht zwar eine deutliche Führungsrolle zukommt, alle anderen Gerichte aber eine wichtige Mitarbeit zu leisten haben.

Und was hier über die *ethische* Wertordnung und ihren unmittelbaren Geltungsanspruch ausgeführt wurde, gilt mutatis mutandis auch von der im engeren Sinne *politischen* Ordnung: von der vom Grundgesetz getroffenen Entscheidung für die Demokratie und für die parlamentarische Regierungsform, von der Entscheidung für die Gewaltenteilung als machtmißbrauchhinderndes Element des Rechtsstaats, gilt von der Sozialstaatsentscheidung, von der Entscheidung für den Bundesstaat, von der Zuständigkeitsverteilung zwischen den verschiedenen Staatsorganen und von vielem anderen mehr. Wenngleich diese politische Ordnung, nach der Natur der Sache, nicht im gleichen Ausmaß mit Unverbrüchlichkeitsgarantien versehen ist wie die Wertordnung der Grundrechte, so ist doch mindestens der *einfache* Gesetzgeber, zum Teil aber auch der *Verfassungsgesetzgeber* an diese Prinzipien gebunden und der Rechtskontrolle der Gerichte unterstellt.

Das Inrechnungstellen dieser starken Verbindlichkeit und Geltungskraft der materiellen Verfassungsnormen läßt aber, wenn ich Ihren Blick noch einmal auf

die gerichtliche Kontrolle der *Verwaltung* zurücklenken darf, auch *diese* Kontrolle erst in ihrer wahren Bedeutung erkennen. Die Kontrolle der *Gesetzmäßigkeit* der Verwaltung bedeutet heute stets zugleich Kontrolle der *Verfassungsmäßigkeit* der Verwaltung; sie bedeutet, daß auch die Verwaltung auf die Einhaltung des Wertsystems der Verfassung überprüft wird. Und zwar nicht nur deshalb, weil das von der Verwaltung zur Anwendung gebrachte Gesetz das Verwaltungshandeln nur dann noch zu decken vermag, wenn das Gesetz seinerseits einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit standhält: Insoweit ist Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der *Verwaltung* stets auch und sogar primär Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der *Gesetzgebung*. Sondern auch insofern, als die Verwaltung in dem weiten Bereich, der ihr zur eigenständigen Entscheidung überlassen ist – Stichworte: Ermessen und Beurteilungsspielraum – sich unmittelbar, ohne die Möglichkeit einer Deckung hinter dem einfachen Gesetz, mit der Verfassung konfrontiert sieht. Nichts nützt es der Verwaltung, sich auf einen ihr vom Gesetz ausdrücklich eingeräumten Ermessensraum zu berufen, wenn ihr vom Richter mit Erfolg entgegengehalten werden kann, daß sie zwar die konkreten Ermessensgrenzen des speziellen *Gesetzes* beachtet, jedoch die *jedes* Ermessen begrenzenden Normen der *Verfassung* unberücksichtigt gelassen habe.

VI

Hat das Grundgesetz nun – das ist unsere Frage – gut daran getan, als es soviel Macht in die Hände der Richter legte? *Warum* hat es eigentlich diesen Weg be-

schritten? Oder, anders ausgedrückt: Was spricht *für* diese Lösung? Was aber auch spricht *gegen* sie, welches sind die Bedenken, die gegen diese Lösung erhoben werden können? Wie schließlich ist das Für und Wider abzuwägen?

Wenn wir zunächst fragen, warum das Grundgesetz den Weg beschritten hat, den Ihnen zu schildern ich versucht habe, so müssen wir uns dabei auf die Frage beschränken, warum es gerade den *Richter* zum Hüter der Verfassung bestellt hat. Eine Rechtfertigung des materiellen Gehalts der grundgesetzlichen Verfassungsordnung, eine Rechtfertigung vor allem der dem Grundgesetz zugrunde liegenden Vorstellung von Existenz und rechtlicher Verbindlichkeit einer dem gesetzten Recht vorausliegenden sittlichen Wertordnung, das würde über die weit bescheidenere Zielsetzung meines Vortrags hinausgehen und überhaupt in einer kurzen Stunde nicht zu leisten sein. Nur soviel sei dazu gesagt: Diese Vorstellung kennzeichnet die im deutschen Staats- und Rechtsdenken vollzogene Abkehr vom Gesetzespositivismus, die Abwendung vom Glauben an die Allmacht des staatlichen Gesetzgebers. Das ist eine geistesgeschichtliche Wende, welche ihren letzten und entscheidenden Anstoß durch die nationalsozialistische Perversion von Gesetzen zu reinen Macht- und Gewaltakten, zum Unrecht als System, erfahren hat; die in ihrem Ursprung aber weiter zurückliegt, und die ja im Grunde überhaupt nur eine Umkehr zu viel älteren und niemals ganz verlorengegangenen Vorstellungen vom Staat und vom Recht und von ihrem Verhältnis zueinander bedeutet: eine Rückkehr vom „Gesetzvor-Recht“-Denken zum „Rechtvor-Gesetz“-Denken (mit der einprägsamen Formulierung von *Hermann*

*Jahrreiß*¹). Erst wenn man, wie das Grundgesetz es tut, die Existenz und die Verbindlichkeit einer vorgegebenen Wertordnung für das Recht bejaht – zwar nicht im Sinne eines daraus deduzierbaren geschlossenen Vernunft- oder Naturrechtssystems, wohl aber im Sinne der unverrückbaren Verpflichtungskraft letzter Gerechtigkeitswerte, zu denen mindestens die Personhaftigkeit (die „Seinsautonomie“) des Menschen und das Willkürverbot, als Korrelat dazu indessen auch die mitmenschliche Bindung und Verantwortung in der Gemeinschaft gehören: Erst dann gewinnt überhaupt das grundgesetzliche System von sorgsam ausgedachten Sicherungen der Verfassungsordnung seinen rechten Sinn und Bezug, und erst von dorthin läßt sich auch die Bedeutung der umstrittenen Formel von der Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an „Gesetz *und* Recht“ aufhellen. Die Existenz und die Verbindlichkeit einer dem Recht vorgegebenen Wertordnung lassen sich freilich nicht mit rationaler Evidenz „beweisen“. Ihre Bejahung ist letztlich Glaube, ist Bekenntnis; ein Glaube und ein Bekenntnis allerdings, mit dem, wie ich meine, das steht und fällt, was wir – gestatten Sie diese summarische Kennzeichnung – unter der „abendländischen Kultur“ verstehen. Weshalb denn jene Wertordnung in den durch diese Kultur bestimmten und geprägten Völkern so lange (freilich auch *nur* so lange!) Anerkennung beanspruchen darf und muß, wie diese Kultur selbst besteht.

Dabei mag es bewenden; denn mein Ziel ist, wie gesagt, bescheidener.

¹ Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Verhandl. des 37. Deutschen Juristentages, S. 44.

Auch *wenn* man, wie das Grundgesetz es tut, eine vorgegebene sittliche Wertordnung anerkennt und ausgestaltet, wenn man ferner eine bestimmte politische Ordnung konstituiert, und wenn man beide Ordnungen schließlich mit weitgehenden Unverbrüchlichkeitsgarantien umgibt, so folgt daraus noch nicht, daß die Verantwortung für die Bewahrung dieser Ordnungen gerade dem *Richter* anvertraut sein müßte. Nun ist es freilich nicht so, als sei nach dem Grundgesetz *nur* der Richter dafür verantwortlich; selbstverständlich ist es vornehmste Aufgabe und Pflicht *aller* Staatsorgane, allen voran des Gesetzgebers, die Verfassung und ihr Wertsystem zu wahren und zu schützen. Das *letzte* Wort hat aber, im Zweifelsfalle, in der Tat der *Richter*. *Warum* also hat man gemeint, die anderen Staatsorgane und namentlich die gesetzgebenden Organe solcher Kontrolle des Richters unterstellen zu sollen?

Sicher genügt als Antwort nicht der Hinweis auf die historische Kontinuität; auf die Tatsache etwa, daß schon unter der Weimarer Verfassung ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber dem Gesetz sich durchgesetzt hatte. Denn abgesehen davon, daß das Prüfungsrecht weder in der damaligen Verfassung ausdrücklich vorgesehen noch widerspruchlos anerkannt war, bedeutet dieses „Recht“, wie ich zu zeigen versuchte, heute etwas ganz anderes als in der Weimarer Zeit. Seine eigentliche Wirkkraft bezieht es erst aus dem materiellen Gehalt der heutigen Verfassung; es wäre also denkbar und verständlich gewesen, wenn man das richterliche Prüfungsrecht, da heute auf ganz anderen Voraussetzungen basierend, nun gleichfalls anders beurteilt hätte.

Die Antwort fällt gleichwohl nicht schwer: *Das Verhältnis der Menschen zum Gesetz ist ein anderes geworden!*

Es ist heute durch ein weitverbreitetes Gefühl tiefen Unbehagens, ja, eines ausgesprochenen Mißtrauens gekennzeichnet; eines Mißtrauens, das freilich wohl bei den wenigsten Menschen auf rationaler Einsicht in die Ursachen beruht, sondern von dem unbestimmten, aber deshalb nicht unrichtigen Eindruck beherrscht wird, daß das Gesetz, einst Hort der Freiheit und des Rechts, heute in zunehmendem Maße zugleich zu einer Bedrohung eben dieser Güter geworden sei¹. Dabei ist dies Mißtrauen durchaus nicht nur auf die schlechten Erfahrungen der nationalsozialistischen Zeit zurückzuführen; warum sollte auch der heutige demokratische Gesetzgeber mehr darunter leiden als der heutige Richter, zumal sich ja auch die Richterschaft durchaus nicht als immun gegen die Anfechtungen des Unrechtsstaats erwiesen hatte? Auch richtet das Mißtrauen sich nicht in erster Linie gegen die in der Gesetzgebung tätigen Personen oder gegen die hinter ihnen stehenden politischen Kräfte, auch nicht gegen die Institution des Parlaments. Freilich mag ein Mißtrauen solcher Art, gerade bei uns in Deutschland, *auch* eine gewisse Rolle spielen; denn das Verhältnis vieler Deutscher zur Demokratie und zum Parlamentarismus ist nach wie vor zwiespältig, worüber das lautstarke, zum bundesrepublikanischen guten Ton gehörende Lippenbekenntnis zur Demokratie nicht täuschen sollte. Aber der eigentliche Grund für dieses Unbehagen und für dies Mißtrauen liegt viel tiefer. Er ist in der Problematik des modernen Gesetzes selbst zu suchen, in dessen gewandelter *Funktion*; einer Problematik, um die

¹ Dazu und zum folgenden jetzt auch: *Leibholz*, Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers, in: Universitas 1959, S. 459ff.

auch der Gesetzgeber sehr wohl weiß und die er anerkennt, und die das Mißtrauen gegen das Gesetz, um das Ergebnis vorwegzunehmen, als nicht unbegründet erscheinen läßt.

Wie ist es dazu gekommen? Denn dieses Mißtrauen gegen das Gesetz war ja keineswegs immer vorhanden. Im Gegenteil, der Frühliberalismus und der Frühkonstitutionalismus waren von einer ausgesprochenen *Gesetzesgläubigkeit*; sie mißtrauten nicht dem Gesetzgeber, sondern – wie schon Montesquieu – dem Richter: Nachwirkungen von dessen Stellung als Fürstendiener im absoluten Staat. Infolgedessen war man bemüht, den Richter nicht nur gegen die vormalige Abhängigkeit vom Landesherrn zu sichern, sondern ihn auch geradezu sklavisch an den Buchstaben des *Gesetzes* zu binden, in welchem allein man die Gewähr gegen obrigkeitliche Willkür sah. Das *Gesetz* war die Magna Charta der Freiheit, der Richter nur sein gehorsamer Diener und Vollstrecker. Auf solchen Vorstellungen ist der viel geschmähte Rechtspositivismus mit seiner Gleichsetzung von Gesetz und Recht erwachsen, der in der Tat in seinen letzten Auswirkungen zu einer Wertblindheit vieler deutscher Juristen, zu ihrer Wehrlosigkeit gegenüber dem Unrechtstaat, gegenüber dem Unrecht im Gewande des Gesetzes geführt hat; der Rechtspositivismus, der in seiner Ausgangsposition indessen – was oft übersehen wird – keineswegs eine Negation sittlicher Bindungen des Rechts in sich schließt. Nur war man der Meinung, daß eben diese Bindung des Rechts an das Sittengesetz und an die menschliche Vernunft am besten durch den Gesetzgeber selbst gewährleistet werde; daß das Gesetz gewissermaßen zwangsläufig gut und vernünftig

sei. „Gesetze sind Beziehungen, die sich aus der Natur der Dinge mit Notwendigkeit ergeben“; und „Das Gesetz ist die menschliche Vernunft“: so Montesquieu, so noch die Überzeugung des frühen 19. Jahrhunderts. Und das war unter den Bedingungen der damaligen Zeit nicht einmal falsch. Zweierlei war dafür Voraussetzung: Einmal war das Gesetz in aller Regel damals wirklich noch „die allgemeine und abstrakte Regel menschlichen Verhaltens“; einer Definition entsprechend, die noch heute, obwohl längst durch die Wirklichkeit überholt, lehrbuchmäßig zäh fortgeschleppt wird. Es war, zugespitzt gesagt, die zur Norm gewordene *ratio*, eine am Maßstab der Gerechtigkeit orientierte allgemeine Ordnung, *nicht* Ausdruck eines zweckorientierten *Willens*. Und zweitens: In der Übertragung der Gesetzgebung auf die Parlamente, auf die gewählten, in der Ausübung ihres Mandats aber nur ihrem Gewissen unterworfenen Repräsentanten des Volkswillens, zugleich aber in der Verteilung der Gesetzgebung unter mehrere, auf Ausgleich und Zusammenwirken angewiesene Staatsorgane (Zweikammersystem, Mitwirkung der Krone) schien die beste Gewähr dafür gegeben, daß der Gerechtigkeitswert der Gesetze gewahrt werde.

Beide Voraussetzungen sind heute in erheblichem Umfange entfallen. Das gilt besonders von der ersten: Das Gesetz hat schon im Laufe des 19. Jahrhunderts, besonders aber seit der stürmischen Entwicklung der beiden Weltkriege einen weitgehenden Funktionswandel erfahren. Nicht mehr das klassische Gesetz, die allgemeine und abstrakte auf Dauer angelegte Regel menschlichen Verhaltens, steht im Vordergrund gesetzgeberischer Tätigkeit. Im modernen „Sozialstaat“,

„Leistungsstaat“, „Verteilerstaat“ – oder wie immer man ihn nennen mag – ist vielmehr das Gesetz als zweckorientierter Akt politischer Gestaltung, als eine zur Bewältigung einer ganz konkreten Sachlage bestimmte und daher kurzfristige, oft im Widerstreit entgegengesetzter Gruppeninteressen ausgehandelte *Maßnahme* in den Vordergrund gerückt. Was etwa hat – um nur ein paar Beispiele zu nennen – das Investitionshilfegesetz, was haben Vorschriften über die Förderung der Heringsfischerei durch Abgabe verbilligten Dieseldieselskraftstoffs, was haben überhaupt die zahlreichen gesetzlichen Subventionierungen bestimmter Wirtschaftszweige noch mit dem klassischen Gesetzesbegriff gemein? Solche Gesetze sind politische Lenkungsakte, deswegen gewiß nicht von der Bindung an den Gerechtigkeitswert freigezeichnet, aber doch primär nicht Ausdruck dieses Werts, sondern eines zeit- und situationsbedingten politischen Gestaltungswillens. Das alles kann hier nur angedeutet werden, es ist bekannt und oft erörtert worden. Über diese Entwicklung zu klagen, ist nutzlos; denn sie ist zwangsläufig, ist dem modernen Staat angemessen, sie läßt sich nicht umkehren.

Schon damit mußte zugleich die zweite Voraussetzung der Gesetzesgläubigkeit eine entscheidende Einbuße erleiden: In dem Maße, in dem das Gesetz ein Mittel zur Verwirklichung wechselnder politischer Zielsetzungen, ein Mittel zur Förderung oder auch zur Zurückdämmung spezieller und oft widerstreitender Interessen wurde; in dem Maße, in dem politische Nützlichkeit und Zweckorientierung in den Vordergrund traten, mußte der Streit um den Vorrang dieses oder jenes konkreten Interesses notwendig auch in die

Gesetzgebungsorgane hineingetragen werden und damit die Eignung dieser Organe zur Beachtung des den politischen Willen bindenden Rechtswerts beeinträchtigen. Wer ein bestimmtes Ziel erreichen will, wird rechtliche Hemmungen, die dem entgegenstehen, als Hindernis auf seinem Wege empfinden und leicht der Gefahr erliegen, solche Hemmungen nicht zu sehen oder beiseitezuschieben: nicht aus schlechter Absicht, sondern weil nun einmal niemand den eigenen oder von ihm wahrgenommenen Interessen mit letzter Objektivität gegenüberstehen kann. Es gibt beweiskräftige Vorgänge in großer Zahl, die zeigen, daß engagiertes politisches Wollen und objektives juristisches Urteil in der Praxis schwer miteinander zu vereinbaren sind.

Noch entscheidender waren aber wohl die Veränderungen, die das Parlament selbst in seiner Stellung und Struktur erfahren hat. An die Stelle der Repräsentation des Gesamtvolkes durch unabhängige Persönlichkeiten ist weithin das parteigebundene Mandat getreten. Zugleich haben die machthemmenden Gewichte der zweiten Kammer und der Krone zunehmend an Bedeutung verloren und sind in Deutschland seit 1918 ganz entfallen. Das hat die Gefahr eines Parlamentsabsolutismus – genauer: eines Absolutismus der *Parlamentsmehrheit* und der sie tragenden Parteigruppierungen – heraufbeschworen, der zwangsläufig zu einem weiteren Schwund des Vertrauens in die Objektivität und Neutralität des Gesetzgebungsorgans führen mußte. Nur in bescheidenem Umfange ist dieser Machtkonzentration heute ein Gegengewicht in Gestalt des Bundesrats erwachsen. Engstens mit dieser Entwicklung hängt zusammen auch die Anfälligkeit

des Parlaments gegenüber dem oft massiven Druck außerparlamentarischer Gruppen, der das Gesetzgebungsorgan nicht selten zur Zurückstellung begründeter rechtlicher Bedenken zu nötigen vermag.

Schließlich muß noch berücksichtigt werden, daß der mit dem Wandel der Gesetzgebungsfunktion eingetretene unerhörte Anstieg der *Arbeitslast* der Parlamente es diesen gar nicht mehr möglich macht, alle Gesetze mit derjenigen Sorgfalt zu beraten, welche notwendig wäre, um dem Erzeugnis „Gesetz“ noch unbesehen das frühere Vertrauen entgegenbringen zu können. Wer die Protokolle des Rechtsausschusses des Bundestags aufmerksam studiert, kann sich des wahrhaft beklemmenden Eindrucks nicht erwehren, wie sehr hier ehrliches und angestregtes Bemühen um ein gutes, um ein diesen Ehrennamen wahrhaft verdienendes Recht oft einfach durch den Zeitplan zunichte gemacht wird. Der Bundestagsabgeordnete *Adolf Arndt* hat einmal mit gutem Grund von der „Not der gesetzgeberischen Last unserer Jahre“ gesprochen, die zur Folge hat, „daß der Gerechtigkeitsgrad einer Fließbandproduktion von Gesetzen nicht immer hoch, zuweilen sogar erschütternd gering ist“¹; einer Fließbandproduktion, die – das sei hinzugefügt – in den beiden abgeschlossenen Legislaturperioden (also in jeweils vier Jahren) je über 500 Bundesgesetze ausgestoßen hat, bei – allein in der *letzten* Periode – 3736 (!) eingebrachten *Gesetzentwürfen*².

Das alles will und darf selbstverständlich auch nicht im entferntesten als Vorwurf objektiven oder gar sub-

¹ *Adolf Arndt*, *Das Bild des Richters* (1957), S. 14.

² Zahlen nach dem Handbuch des Deutschen Bundestags 1953/54, S. 90; 1957, S. 144.

jektiven Versagens der Gesetzgebungsorgane verstanden werden. Denn auch diese Erscheinungen sind angesichts der Entwicklung der sozialen Verhältnisse mehr oder minder zwangsläufig; sie werden stark gefördert durch eine weit verbreitete Einstellung des heutigen Menschen zum Staat, durch die ständig steigenden Ansprüche und Anforderungen seiner Bürger, die vom Staat die Abnahme ihres Existenzrisikos erwarten und in ihm die große Versorgungs- und Versicherungsanstalt erblicken – mit dem Erfolg, daß sie die Reste ihrer Freiheit zunehmend selbst vernichten.

Aber wenn diese Entwicklung – jedenfalls zum Teil – zwangsläufig ist, so *ruft* sie geradezu mit gleicher Zwangsläufigkeit nach einem *Gegengewicht*: nach einer Kraft, die dafür sorgt, daß wenigstens diejenigen obersten Rechts- und Ordnungswerte, die die Verfassung als grundlegend herausgestellt hat, gewahrt bleiben; nach einer Kraft, die zugleich einen etwaigen Streit darüber, *ob* diese Werte gewahrt sind, mit größtmöglicher Autorität entscheidet und so den Rechtsfrieden sichert oder wiederherstellt.

Diese Kraft kann nur der Richter sein. Daß die Lösung der bei jener Aufgabe auftretenden, schwierigen und wichtigen Rechtsfragen des Juristen bedarf, erfordert keine Begründung. Daß diese Kraft ferner nicht engagiert, nicht selbst an der Gesetzgebung beteiligt noch in irgendeiner Weise ihren Weisungen unterworfen oder von ihr abhängig sein darf, ist ebenfalls evident; denn eine Kontrollinstanz, die selbst der Kontrolle des zu Kontrollierenden unterworfen wäre, wäre widersinnig. Bestellt man aber eine rechtskundige und unabhängige Instanz zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischer Tätigkeit (wie überhaupt der Tätigkeit

irgendeines Staatsorgans), so *ist* eben diese Instanz ein *Gericht*; wobei es durchaus nebensächlich ist, ob man sie ausdrücklich so bezeichnet oder nicht. Denn Richten heißt verbindliches Messen menschlichen Verhaltens an der Rechtsordnung, sei es des Verhaltens der Beherrschten oder der Herrschenden¹. Ein Organ, dessen Tätigkeit das „Richten“ zum Inhalt hat; das, um zu dieser Tätigkeit befähigt zu sein, mit rechtskundigen Personen besetzt wird; das schließlich mit der dem Richter im gewaltenteilenden Staat wesentlichen Unabhängigkeit ausgestattet ist, *ist ein Gericht*. Wenn man also die Notwendigkeit einer so gestalteten Instanz bejaht, bejaht man damit den *Richter* als Kontrollinstanz, und es bleibt dann nur noch zu fragen, *welcher* Richter diese Aufgabe erfüllen soll: ob sie den *allgemeinen* Gerichten neben ihren sonstigen Aufgaben, oder ob sie besonderen, eigens für diese Aufgabe geschaffenen und hierauf spezialisierten *Verfassungsgerichten* übertragen werden soll.

Mir scheint, auch die Beantwortung dieser Frage war durch die Verhältnisse vorgezeichnet: Die verantwortungsvolle Aufgabe maßgeblicher Auslegung der Verfassung, der Wahrung ihres Wertsystems, bedarf einer für solche Fragen besonders sachkundigen Instanz, sie erfordert Persönlichkeiten von besonderer Erfahrung in Fragen des Verfassungsrechts wie der Verfassungspraxis; einer Erfahrung, wie sie der durchschnittliche Richter nicht hat und nicht haben kann. Auch verlangt diese Aufgabe nach einem weithin sichtbaren repräsentativen Organ, das allein mit hinreichender Autorität Fragen von so weittragender politischer

¹ Dazu *Jahrreiß*, Mensch und Staat (1957), S. 150ff.

Konsequenz entscheiden kann. *Man bedarf also eines besonderen Verfassungsgerichts.* Indessen kann ein solches Gericht die umfangreiche Aufgabe unmöglich allein bewältigen; es ist auf die Vorarbeit und Mitarbeit der anderen Gerichte angewiesen, die nicht nur als Sieb für den Arbeitsanfall des Verfassungsgerichts wirken, sondern auch wichtige Argumente für die rechtliche Beurteilung beizusteuern vermögen; die das Verfassungsgericht so davor bewahren, sich in Monologen zu ergehen, indem sie – neben den unmittelbar am Verfahren Beteiligten – die wichtigsten „Gesprächspartner“ des Verfassungsgerichts sind.

So scheint mir die Arbeitsteilung, die das Grundgesetz zwischen den allgemeinen Gerichten und der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgenommen hat, indem es dieser die Führungsrolle zugewiesen, gleichwohl aber auch die übrigen Gerichte an der Aufgabe der Verfassungswahrung maßgeblich beteiligt hat, im Prinzip richtig und die praktisch allein mögliche Lösung zu sein. Eine Stellungnahme dazu, ob die Arbeitsteilung nach der gegenwärtigen Regelung in allen Einzelheiten zweckmäßig ist, werden Sie hier von mir nicht erwarten. Ebenso muß auf eine Erörterung der Zweckmäßigkeit der Aufgabenverteilung zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit verzichtet werden; zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit wäre manches Kritische zu bemerken¹.

¹ Die Landesverfassungsgerichte haben zwar in einigen Ländern sehr wertvolle Arbeit geleistet; in hervorragendem Maße gilt das für den Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Andererseits sind die Kompetenzen der Verfassungsgerichte in manchen Ländern so gering, daß man dort überlegen sollte, diese Gerichte ganz abzuschaffen und ihre Aufgaben

VII

Es könnte scheinen, als sei damit die gestellte Frage nach der Richtigkeit des vom Grundgesetz beschrittenen Weges schon bejaht. Das ist nicht der Fall. Denn es wäre ja möglich, daß die Vorteile einer solchen Lösung durch mit ihr verbundene Nachteile und Gefahren aufgewogen, vielleicht sogar überkompensiert werden. Bedenken, daß das der Fall sei, sind von Anbeginn an erhoben worden und bis heute nicht verstummt.

Hat man nicht – so ist gegen die Richtermacht eingewandt worden – den Richter überfordert, hat man ihn nicht mit einer dem Rechtsprechen im Grunde wesensfremden politischen Aufgabe belastet und damit die oft an die Wand gemalte Gefahr einer *Politisierung der Justiz* heraufbeschworen? Hat man nicht auch gegen ein Grundprinzip der *Gewaltenteilung* verstoßen, indem man eine der Staatsgewalten zum Kontrolleur der anderen Staatsgewalten gemacht hat? Ist schließlich nicht der Einwand begründet, solche Richtermacht entmachte das Volk, sei *undemokratisch*, weil letztlich nicht mehr das das Volk repräsentierende Parlament, sondern ein kleines Gremium von wenigen Männern und Frauen über das Wertsystem der Verfassung entscheide?

dem Bundesverfassungsgericht zu überlassen bzw. zu übertragen (Art. 93 I Nr. 4, Art. 99 GG), wie das Schleswig-Holstein getan hat. Ein Gericht, das nur ein- oder zweimal im Jahr zusammentritt, kann nicht zu einem leistungsfähigen Spruchkörper zusammenwachsen. Die aus der geringen Kompetenz und Bedeutung mancher Verfassungsgerichte folgende Vernachlässigung ihrer personellen Besetzung sei nur am Rande vermerkt.

Das sind Bedenken, mit denen man sich auseinandersetzen muß, und ich will versuchen, das in der gebotenen Kürze zu tun.

Das relativ geringste Gewicht unter diesen Argumenten hat wohl die Berufung auf den *Gewaltenteilungsgrundsatz*. Es gibt kein *Patentschema* der Gewaltenteilung, das zu allen Zeiten und unter den verschiedensten gesellschaftlichen Voraussetzungen in gleicher Weise funktionieren könnte. Sinn der Gewaltenteilung ist die Verhinderung von Machtkonzentration und damit von möglichem *Machtmißbrauch*. Ob dieses Ziel besser durch eine strenge Gewaltensonderung und -trennung, ob besser durch eine wechselseitige Verzahnung und Hemmung der Gewaltenträger erreicht werden kann, das hängt von den konkreten sozialen und politischen Bedingungen einer Zeit und eines Volkes ab. Im modernen Sozialstaat bedingt das durchgängige Angewiesensein des Menschen auf den Staat, seine fast totale Abhängigkeit von der staatlichen Apparatur, auch eine entsprechend totale Kontrolle dieses Apparats. Gerade unter dem Aspekt der Gewaltenteilung stellt sich die Machtbeschränkung, die Parlament und Regierung durch die richterliche Kontrolle erfahren, nur als eine notwendige *Korrektur*, als ein sehr bescheidener Versuch zur Wiederherstellung des Gleichgewichts dar gegenüber dem gewaltigen *Machtzuwachs*, den Legislative und Exekutive im Lauf der letzten Jahrzehnte durch das Anwachsen ihrer Funktionen und durch den Fortfall früherer Hemmungsfaktoren gewonnen haben. Übrigens ist jene Machteinbuße durch die richterliche Kontrolle keineswegs so bedeutend, wie das oft behauptet wird. Insbesondere ist es abwegig, daraus zu folgern, das Bundesverfassungsgericht sei

der eigentliche *Souverän* der Bundesrepublik geworden. Wer ausschließlich repressiv tätig werden kann, wer jeder eigenen Initiative zur politischen Gestaltung ermangelt, wer überhaupt nur auf Anrufen eines anderen Staatsorgans oder auf Anrufen eines betroffenen Staatsbürgers tätig werden kann, wer in der Ausübung seiner Kontrollfunktion also auf diejenigen Angelegenheiten beschränkt ist, die – vom Kontrollorgan aus betrachtet – „zufällig“ an dieses gelangen: den kann man wahrlich nicht als den „Souverän“ bezeichnen. Auch darf nicht übersehen werden, daß die Kontrollfunktion der Gerichte keineswegs *nur* eine *Machtminderung* der Legislative (und Exekutive) bedeutet, sondern zugleich auch eine Stärkung der Autorität der kontrollierten Gewalten. Denn den von den Gerichten aufgehobenen Akten steht ein Vielfaches an bestätigten Akten gegenüber, die kraft dieser Bestätigung künftig jeder Anzweiflung ihrer Gültigkeit entzogen sind.

Kaum mehr Gewicht besitzt die Behauptung, die Richtermacht sei *undemokratisch*. Der Richter ist nicht weniger ein Organ des Volkes wie alle anderen Staatsorgane. Der Hinweis auf die fehlende Unmittelbarkeit seiner Bestellung durch das Volk vermag angesichts der Tatsache, daß auch Regierung, Präsident, Beamte usw. ihre Bestellung nur mittelbar auf das Volk zurückzuführen vermögen, nicht zu überzeugen; selbst das Parlament kann heute nur noch sehr bedingt als „unmittelbar“ bestellt erachtet werden, seine Kreierung wird vielmehr de facto durch die Parteien weitgehend mediatisiert. Wichtiger als die Art der Bestellung ist zudem die Funktion. Der Richter spricht Recht „im Namen des Volkes“ – das ist keine leere Formel-, wie das Parlament im Namen des Volkes Gesetze erläßt

und die Regierung im Namen des Volkes regiert. Nicht, daß der Richter etwa in einem konkreten Rechtsfall dem Druck der öffentlichen Meinung nachgeben sollte oder auch nur dürfte. Aber er steht, wie mit den Prozeßparteien, wie mit den Kollegen im eigenen Gericht und im eigenen Senat, wie mit der Vielzahl aller ihm neben-, über- oder nachgeordneten Gerichte, wie mit der juristischen Fachwelt und mit der Wissenschaft, so auch mit dem Volk, mit der öffentlichen Meinung, in einer ständigen Kommunikation, gewissermaßen in einem dauernden „Gespräch“ über Wert oder Unwert, über Richtigkeit oder Fehlsamkeit seiner Rechtsprechung. Gerade in diesem ständigen „Gespräch“ liegt die besondere *Chance* des Richters, sie erst macht seine spezifische *Eignung* für die übertragene Aufgabe aus. Man hat oft und nicht ohne Grund beklagt, daß es in unseren Parlamenten nur schwer noch zu einem echten Gespräch komme, daß hier weithin nur noch abgestimmt werde über Fragen, deren Entscheidung praktisch schon außerhalb des Parlaments vorbestimmt sei. Dem *Richter* dagegen ist das Gespräch, auch heute noch, das tägliche Brot, ist das Hinhören und Zuhören – die schwierige Kunst des *Zuhörenkönnens!* –, das Aufsuchen und Abwägen verschiedener Ansichten und Argumente, alles dies, was neben der Gesetzeskunde einen guten Richter ausmacht, gleichsam zur zweiten Natur geworden. Denn ein Beruf prägt den, der ihn ausübt.

Das leitet bereits zu dem nächsten Bedenken über: zur befürchteten Gefahr einer *Politisierung* der Justiz. Darunter kann nun sehr Verschiedenes verstanden werden. Meint man damit, daß politische Fragen einer rechtlichen Beurteilung ihrer Natur nach nicht zugänglich seien, daß eine saubere Trennung von Rechts-

fragen und politischen Fragen überhaupt nicht möglich sei, daß bei der Entscheidung über politische Akte notwendig die politische Standortgebundenheit des Richtenden durchschlage und das Recht überwältige, so ist mir eine eingehende Auseinandersetzung mit solchen Auffassungen, so reizvoll sie wäre, heute nicht möglich. Sie kann an dieser Stelle aber auch wohl entbehrt werden. Denn es ist oft, am überzeugendsten wohl von *Wilhelm Wengler*¹ dargelegt worden, daß und warum weder der politische Charakter eines Aktes ein Rechtserkenntnis über den Akt ausschließt noch die politische Wirkung des Erkenntnisses es seines Rechtscharakters entkleidet. Dabei soll nicht verkannt werden, daß auch der Richter Vor-Urteilen seiner sozialen Herkunft, seines weltanschaulichen oder politischen Standpunktes verhaftet sein kann; daß ein letzter Rest von Subjektivität wohl bei keinem Menschen je ganz auszuschalten ist. Aber der erfahrene Richter weiß um die Gefahren der emotionalen und irrationalen Untergründe seiner Tätigkeit, und eben darum weiß er sie in aller Regel wohl auch zu bannen. Seine ganze Berufserziehung, der Zwang zur ständigen Auseinandersetzung mit anderen Meinungen, das ununterbrochene „Gespräch“, wie ich es vorhin nannte: das alles verbürgt ein zwar gewiß nicht absolutes, aber doch sehr hohes Maß an Objektivität. Bedürfte es dafür noch eines Beweises, so hat ihn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erbracht, die alle anfänglichen Spekulationen auf eine verschiedene parteipolitische Färbung seiner Senate zunichte gemacht hat.

¹ Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht (1956), S. 40ff.

Weiter hat man gemeint, daß die zahlreichen weitgespannten Wertbegriffe und sonstigen unbestimmten Begriffe unserer Verfassung – „Menschenwürde“, „freie Entfaltung der Persönlichkeit“, „Gleichheit“, „Rechtsstaat“, „Sozialstaat“ u. a. m. – einer hinreichend sicheren rechtlichen Interpretation gar nicht zugänglich seien, so daß ihre Auslegung notwendig, mangels eines justiziablen Maßstabes, ein reines politicum sei. Auch das wird den Juristen, der die Problematik unbestimmter Rechtsbegriffe kennt, kaum sehr beeindrucken. Es wäre darauf zu erwidern, daß es seit langem eine wichtige und im ganzen doch wohl mit Erfolg bewältigte Aufgabe des Richters ist, ähnliche unbestimmte Blankettbegriffe, die auf vorausgesetzte sittliche Normen und auf kulturelle Gehalte verweisen oder die auf wechselnde soziale oder ökonomische Bedingtheiten Bezug nehmen, erst durch eine konkretisierende und wertverwirklichende Rechtsprechung mit Leben und Inhalt zu erfüllen. Man sollte sich auch nicht durch den Hinweis auf ein ungenügend konsolidiertes Wertbewußtsein unserer Zeit¹ schrecken lassen. Gewiß mögen die Wertvorstellungen innerhalb der Bevölkerung in mancher Hinsicht auseinandergehen. Wir dürfen aber doch wohl der Zuversicht Ausdruck geben, daß wenigstens in den *Grundfragen* noch jenes Mindestmaß von Übereinstimmung aller (nach einer geläufigen Formel) „billig und gerecht Denkenden“ vorhanden ist, ohne welches jeder Versuch zur Schaffung einer integrierenden Rechts- und Staatsordnung von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre; die bloße Technizität des Rechts würde diesen

¹ *Forsthoff*, Die Öffentliche Verwaltung 1959, S. 41.

Versuch nicht zum Erfolge führen können. Gerade die Verfassungsrechtsprechung und der ihr entspringende Zwang zur öffentlichen Diskussion über die maßgeblichen Werte kann Entscheidendes zur Entstehung und Konsolidierung eines allgemeinen Wertbewußtseins beitragen!

Gewichtiger ist dagegen etwas anderes, was man gleichfalls mit dem Stichwort „Politisierung der Justiz“ anspricht: Die Tatsache, daß dem Richter Entscheidungen von politischer Tragweite anvertraut sind, kann einen starken Anreiz für die politischen Kräftegruppen bilden, auf die Personalpolitik der Gerichte und vor allem des Verfassungsgerichts Einfluß zu nehmen, die Stellenbesetzung nicht mehr nach der Qualität, sondern nach der politischen Gesinnung und der (wirklichen oder vermeintlichen) politischen Willfährigkeit der Bewerber zu handhaben. *Diese Gefahr ist in der Tat nicht gering zu achten.* Aber sie läßt sich durch geeignete Maßnahmen, durch institutionelle Sicherungen der Stellung der Richter und vor allem durch eine sachgerechte Ausgestaltung des Wahl- oder Berufungsverfahrens wenn auch vielleicht nie ganz, so doch bis auf einen erträglichen Restbestand ausschalten. Ohne das hier im einzelnen ausführen zu können, scheint mir, daß in dieser Hinsicht noch *nicht* alles getan ist, was getan werden könnte und sollte. Das gilt auch und besonders für die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Von inhaltlichen Mängeln abgesehen, muß ein *schweres* Bedenken gegen die derzeitige Regelung darin gesehen werden, daß Zusammensetzung, Amtsdauer und Wahlmodus dieses Gerichts nicht verfassungsrechtlich verankert sind, sondern nur auf einfachem Gesetz beruhen. Sie können daher auch durch einfaches Gesetz,

mithin durch einfache Bundestagsmehrheit (und das heißt: durch die jeweilige Regierungsmehrheit) jederzeit geändert werden. Insbesondere kann also auch das derzeitige, zum Kompromiß zwingende und eine parteipolitisch einseitige Besetzung verhindernde Erfordernis einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit in den Wahlgremien durch einfaches Gesetz beseitigt werden. Die Unterlassung einer verfassungsrechtlichen Festlegung dieser und anderer Sicherungen ist ein schweres Versäumnis, das dringend nach einer Änderung ruft. Daß hier tatsächlich ernste Gefahren bestehen, haben die Jahre 1955/56 gezeigt, als nur mit Mühe Bestrebungen abgewendet werden konnten, den Wahlmodus dahin zu ändern, daß künftig die einfache (= Regierungs-) Mehrheit praktisch allein über eine Richterwahl hätte entscheiden können¹. Es ist andererseits ein ermutigendes Zeichen für die Kraft des demokratischen Gedankens und für die wachsende Einsicht in demokratische Spielregeln, daß damals auch aus Kreisen der Regierungsmehrheit schwere Bedenken gegen eine solche Regelung erhoben wurden, und daß vor allem die Öffentlichkeit sehr wachsam und mit einer sonst kaum gewohnten Heftigkeit auf dieses Unternehmen reagiert hat: in mancher Hinsicht eine Parallele zu dem Druck der öffentlichen Meinung, der im Jahre 1937 den Versuch Roosevelts hatte scheitern lassen, sich das Oberste Bundesgericht der Vereinigten Staaten durch eine Änderung seiner Zusammensetzung gefügig zu machen.

Jener Vorgang zeigt zugleich, daß das Bundesverfassungsgericht einer breiteren Öffentlichkeit keineswegs gleichgültig ist, wie denn überhaupt die Recht-

¹ Vgl. dazu *Gross*, Deutsches Verwaltungsblatt 1955, S. 459 und 1956, S. 440ff.

sprechung sich heute allgemein einer Aufmerksamkeit – ich weiß nicht, ob ich sagen soll: „erfreuen“ darf, jedenfalls aber ihr sich ausgesetzt sieht, die nicht zu allen Zeiten selbstverständlich war. Trotz mancher heftigen Kritik an einzelnen richterlichen Erkenntnissen wird man feststellen dürfen, daß den Gerichten heute ein beträchtliches Maß an Vertrauen entgegengebracht wird. Gerade die heftige Reaktion der Öffentlichkeit auf manche – wirklichen oder vermeintlichen – Fehlentscheidungen scheint die hohen Erwartungen, die man in den Richter setzt, eher zu bestätigen als zu widerlegen; Mißgriffe anderer Staatsorgane nimmt man offenbar weniger schwer. Es wäre freilich verfehlt und eine schwer verzeihliche Hybris, wollten die Richter das Verdienst an dieser Wertung ihrer Arbeit nur sich selbst zuschreiben. Weit eher scheint mir diese Wertung auf der wachsenden Erkenntnis für die gesteigerte Bedeutung der richterlichen *Funktion*, gerade auch als Gegengewicht und Element möglicher Korrektur gegenüber Gesetzgebung und Verwaltung, zu beruhen. Oft will es sogar scheinen, als setze man *zu hohe* Erwartungen in die Möglichkeiten des Richters; als glaube man, von ihm allein hänge das billige und gerechte Ergebnis seines Spruchs ab; als könne der Richter die Strenge des Gesetzes biegen und beiseite schieben. So ist es nicht! Denn auch heute noch ist der Richter *an das Gesetz gebunden*. Gewiß nicht „nur“ an das Gesetz – denn niemals faßt das Gesetz die ganze Fülle des Lebens –, aber doch *auch* und *in erster Linie* an das Gesetz. Er mag es durch eine verständige Auslegung glätten, ihm manche Härte nehmen, es veränderten Anschauungen und veränderten Verhältnissen in begrenztem Umfange anpassen können: *Gegen* das Gesetz

entscheiden kann er *nicht*, es sei eben denn, das Gesetz stehe im Widerspruch zur Verfassung. Aber diese Fälle sind selten, und selbst dann bleibt der Richter „an das Gesetz gebunden“; denn auch die Verfassung ist „Gesetz“ im Sinne solcher Bindung, der Richter folgt dann lediglich im Widerstreit zwischen Gesetzen verschiedenen Ranges dem höherrangigen Gesetz. Die nur entfernte Möglichkeit, daß der Richter auch einer *Verfassungsnorm* die Gefolgschaft verweigern könnte (und dann allerdings auch müßte!), weil sie zu den der Verfassung vorausliegenden grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in Widerspruch stünde, dürfen wir heute beiseite lassen¹.

VIII

Ich habe versucht, Ihnen die Bedeutung unserer Gerichtsbarkeit als einer zur Wahrung der Verfassung, ihres Wertsystems und ihrer politischen Ordnung berufenen Kraft zu schildern. Auch habe ich versucht, das Für und Wider einer solchen Richtermacht aufzuzeigen. Daß das Für nach meiner Sicht überwiegt, wird deutlich geworden sein. Gegner solcher Richtermacht mögen sagen, daß ich den Einwendungen und Bedenken nicht genügend Rechnung getragen, sie nur unvollständig dargestellt und widerlegt habe. Das mag sein: Die Beschränkung auf eine Auswahl war unvermeidlich; auch *für* die vom Grundgesetz getroffene

¹ Dazu meine Schrift „Verfassungswidrige Verfassungsnormen?“ (1951). Ablehnend *Apelt*, Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 1 ff., dazu meine Entgegnung ebendort S. 242/414.

Entscheidung ließe sich noch manches vorbringen, was hier weggelassen werden mußte.

Entscheidender als alle theoretischen Erwägungen aber scheint mir zu sein, daß die bisherigen Erfahrungen die Richtigkeit des eingeschlagenen Wegs doch wohl bestätigt haben. Die Arbeit der Gerichte und zumal des Bundesverfassungsgerichts hat – so meine ich – wesentlich dazu beigetragen, den erschütterten Glauben an die Souveränität des Rechts, an die Möglichkeit einer Herrschaft des Rechts, wiederherzustellen und zu festigen; den Glauben an ein Recht, dem nicht nur der Bürger, sondern auch der Staat unterworfen ist: *Recht als Maß der Macht*. Mag man an mancher Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und anderer Gerichte, die dieses Maß gemessen haben, begründete Kritik üben können – ich selbst habe, wie meine juristischen Hörer wissen, nicht mit solcher Kritik gespart –, so hat die Verfassungsrechtsprechung, aufs Ganze gesehen, doch gezeigt, daß ein richterliches Messen staatlicher Macht am Recht möglich ist; und sie hat auch gezeigt, daß ein solches Messen möglich ist, ohne dabei die legitimen Funktionen von Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung wesentlich zu beeinträchtigen.

Sicher ist die gegenwärtige Regelung noch nicht die *optimale* Lösung; an ihrer Verbesserung zu arbeiten muß das Bestreben aller sein, denen der Rechtsstaat etwas bedeutet. Auch mag man sagen können, daß die Verfassungsrechtsprechung – wie übrigens unsere Verfassungsordnung insgesamt – bisher noch keiner entscheidenden Belastung ausgesetzt gewesen sei und daher ihre letzte Bewährungsprobe noch nicht bestanden habe. Immerhin waren die Belastungen doch auch wie-

der nicht ganz gering. Das gilt besonders für das Bundesverfassungsgericht, und hier wieder im besonderen Maße für die ersten Jahre seines Bestehens. Das Gericht war verschiedentlich heftigsten, oft geradezu maßlosen Angriffen ausgesetzt, nicht nur durch Interessengruppen, deren Erwartungen es durch seine Rechtsprechung enttäuscht hatte, sondern auch im Forum des Parlaments, von seiten maßgeblicher Regierungsglieder sowie anderer Politiker. Seine Autorität und sein Ansehen sind dadurch nicht geringer, sondern eher größer geworden. Das darf uns ermutigen, den eingeschlagenen Weg fortzusetzen und die Entscheidung des Grundgesetzes für die Richtermacht zu bejahen – im vollen Bewußtsein des Wagnisses, das letztlich jeder echten Entscheidung innewohnt.

195331e

46

