Ein Vortrag von **Dr. Adolf Arndt**, Mitglied des Deutschen Bundestages, der am 17. Oktober 1959 in Kassel öffentlich im Rahmen der 2. Bundestagung der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen gehalten wurde.

DAS NICHT ERFÜLLTE GRUNDGESETZ

Das Bonner Grundgesetz unterscheidet sich von allen früheren Verfassungen in Deutschland. Es will nicht nur als norma normans mittelbar wirken, sondern für jedermann unmittelbar auch als norma normata gelten. Es ist nicht allein Grundordnung, sondern legt sich ausdrücklich die Kraft bei, selber ein Gesetz zu sein, allerdings ein Gesetz besonderen Ranges und eigener Art. Dieses Neue bereitet beträchtliche Schwierigkeiten.

Eines dieser Probleme ist die Frage, welche Folgen es sowohl für Gesetze als auch für die darauf gestützten Verwaltungsakte und Gerichtsurteile hat, wenn ein Gesetz inhaltlich mit der Verfassung im Widerspruch steht. Bis in die Mitte der zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts gehörte es zu den staatsrechtlichen Dogmen, daß ein richterliches Prüfungsrecht ausgeschlossen, die Rechtsprechung also nicht befugt sei, ein Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit der Grundordnung hin zu beurteilen und es im Falle einer Unstimmigkeit als ungültig zu behandeln. Dieses Dogma hatte einen bestimmten geistesgeschichtlichen Hintergrund. Es gründete sich auf die Annahme, daß niemand so wie die gesetzgebenden Organe und niemand neben ihnen berufen sei, die von der Verfassung versprochenen Freiheiten zu verbürgen. Von dieser Vorstellung her glaubte man, daß einzig die Gesetze das allein angemessene Mittel darstellten, um die Verfassung zu verwirklichen, - ein Widerspruch zwischen Grundordnung und Gesetz somit denkunmöglich sei sowie die Übereinstimmung von Verfassung und Gesetz als eine Frage politischer Art ausschließlich und abschließend vom Gesetzgeber entschieden werden könne. Hier bereits zeigt sich das Merkwürdige - es wird ein Hauptthema meiner Ausführungen sein -, daß ein solcher Fundamentalsatz gar nicht aus dem Wortlaut der Verfassungsurkunden ablesbar oder ableitbar war, sondern eine Deutung hinzutreten mußte, die rechtlich nicht begründbare Ideologie der Unfehlbarkeit des Gesetzgebers bei Verwirklichung der Verfassung.

Die nur scheinbar rein rechtliche und vermeintlich nüchterne Lehre von der Unzuständigkeit des Richters, ein Gesetz zu überprüfen, ob es verfassungsgerecht sei, hatte eine seiner Wurzeln in Rousseaus Fiktion vom Gesellschaftsvertrag und in seiner Ideologie, daß ein Gesetz durch die Übereinstimmung aller in der Einheit ihres Willens konstituiert werde. Rousseau huldigte dem Glauben, das Verfahren bei Ermittlung dieses Einheitswillens verbürge die Entdeckung des allein Vernünftigen; wer überstimmt werde, habe sich eben geirrt. So schien die "Wirklichkeit" befähigt, das Richtige aus sich selbst zu erzeugen und sich ihre eigene Vernünftigkeit oder Gerechtigkeit zu bestätigen. Das Verfahren bei Erlaß eines Gesetzes wurde das Entscheidende, nicht sein Gehalt an Recht.

Als ohne jede Änderung im Wortlaut der Verfassungsurkunde, da die Weimarer Reichsverfassung die traditionelle Formel vom Unterworfensein des Richters unter das Gesetz übernommen hatte, das Reichsgericht vor rund einem Menschenalter begann, das richterliche Prüfungsrecht zu behaupten, ging es zunächst um die Jurisdiktion, ob der Gesetzesbeschluß seinem Verfahren nach ordnungsgemäß zustande gekommen sei. Um die Tragweite dieser Entwicklung zu kennzeichnen, will ich am Rande bemerken, daß nach einer neuerdings in der Verfassungslehre vertretenen Auffassung die Rechtsprechung erst durch das richterliche Prüfungsrecht zum Range einer der

Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt gleichgeordneten Gewalt aufsteigt.

Das Bonner Grundgesetz konstituierte das richterliche Prüfungsrecht, und zwar nicht nur hinsichtlich des gesetzgeberischen Verfahrens, sondern zur Entscheidung der Frage, ob ein Gesetz inhaltlich seinem rechtlichen Gehalt nach mit den Grundwertentscheidungen der Verfassung im Einklang stehe. Zwar vereinigt das Bonner Grundgesetz die Zuständigkeit, ein Gesetz als nichtig zu befinden, ausschließlich in der Hand des Bundesverfassungsgerichts; aber es bürdet jedwedem Gericht die Pflicht auf, um der Unverbrüchlichkeit der Verfassung willen alle Gesetze zu prüfen, ob sie verfassungsgerecht sind, und einem zeitlich nach dem Bonner Grundgesetz erlassenen, aber ihm widersprechenden Gesetz dadurch die Geltung versagen, daß ein Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts über dieses Gelten herbeigeführt wird.

Diese Regeln sind dem Anschein nach einfach. Sie bergen jedoch eine Reihe berechtigter Fragen in sich, beispielsweise die nach dem Bestand des auf ein verfassungswidriges Gesetz gestützten Verwaltungsaktes. Nicht, daß diese berechtigten Fragen erkannt werden und zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß geben, ist beunruhigend; beunruhigend ist, daß berechtigte Fragen nicht erkannt werden. Eine solche Frage ist, ob denn nicht aus der Regelung im Bonner Grundgesetz zwingend folgt, daß ein ihm widerstreitendes Gesetz niemals Geltung erlangt haben kann und seine seit je gewesene Nichtigkeit vom Bundesverfassungsgericht für Vergangenheit und Zukunft lediglich festzustellen, also keineswegs erst zu bewirken ist. Statt dessen läßt sich in der Rechtsprechung, namentlich des Bundesfinanzhofs und einiger Oberlandesgerichte, aber in Ansätzen bis in die Sprache des Bundesverfassungsgerichts selber hinein, beobachten, daß diese Frage nicht bewußt wird, ja daß sie durch das Vorurteil vorweggenommen wird, nichts anderes sei denkbar, als daß wegen der Bindung des Richters an das Gesetz ein inhaltlich nicht verfassungsgerechtes Gesetz trotzdem zunächst gelte und allenfalls durch eine rechtsgestaltende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vielleicht rückwirkend aufgehoben werde. Soweit hierbei nicht erkannt ist, daß sich das Bonner Grundgesetz die Kraft beigelegt hat, selber ein Gesetz, unmittelbar für jedermann geltendes Gesetz, und zwar das stärkste Gesetz zu sein, könnte es als bloße Aufgabe der Auslegung des geschriebenen Rechts angesehen werden, daß solch ein Vorurteil, das Unterworfensein des Richters unter das Gesetz binde auch an das materiell verfassungswidrige Gesetz, seltsamerweise übersieht, wie damit die Bindung an das Verfassungsgesetz geleugnet wird. Was aber dieses Phänomen über den Rang einer rechtlichen Streitfrage um die Auslegung geschriebenen Rechts hinaushebt und diese Rechtsprechung politisch färbt, das ist die Einsicht, daß den Hintergrund eine Ideologie bildet und wir unversehens auf das politische Problem der Deutung einer nicht aus ihrem Wortlaut allein verständlichen Verfassung stoßen.

Es geht darum, ob die Macht die Vermutung des Rechts für sich hat.

Für den Positivismus konnte eine derartige Frage keinen Sinn haben. Auch für die liberale Ideologie des 19. Jahrhunderts, nur der Gesetzgeber verbürge die richtige Verwirklichung der Verfassung, konnte in solcher Frage keine Vernunft sein, ebensowenig dem ohrigkeitsstaatlichen Denken, dem das Gesetz als Befehl kraft des höchstens Staatswillens erschien, schließlich auch nicht der rousseauschen Doktrin, daß sich im Gesetz die volonté générale als der einzig wahre Wille aller offenbare. Aber sind denn jene Ideologien noch die unseren? Kann die Mehrheit in der parlamentarischen Demokratie für sich in Anspruch nehmen, daß ihr Wille nicht nur im Rahmen der Verfassung maßgeblich ist, sondern daß auch die Rechtmäßigkeit dieses Mehrheitswillens zu unterstellen und ihm die Kraft zuzubilligen sei, verbindlich die Verfassung auszulegen? Darf sich in der

parlamentarischen Demokratie der Mehrheitswille als Gemeinwille im Sinne des einzig wahren Willens aller verstehen?

Die Vorfrage dieser Fragen ist das Problem, ob und warum das Verständnis einer Verfassung und ihre Verwirklichung nicht aus ihr selbst heraus möglich sein kann und darf, sondern sie erst Sinn und Gelten im Zusammenhang mit einer Deutung gewinnt und wie der Maßstab dieser Deutung gefunden werden könnte. Die Gefahr, die sich hier vor uns erhebt, ist die, daß eine Verfassung ohne Antasten ihres Wortlauts bewußt oder unbewußt dadurch um ihre Wirkung gebracht werden kann, daß sie ideologisch unterwandert wird.

Ich bin der Überzeugung, daß die ideologische Unterwanderung des Bonner Grundgesetzes bereits einen bedrohlichen Grad erreichte.

Dies zu beweisen, gehe ich von der Erwägung aus, daß den einzelnen Gesetzen ein je sehr unterschiedliches Maß an Wirklichkeitsnähe innewohnt. Offenkundig ist dies bei Strafbestimmungen. Ob das Bestrafen eines Verhaltens der Wirklichkeit entspricht, entscheidet nicht für sich die Strafvorschrift, sondern hängt weit mehr vom Gelingen der Strafverfolgung ab. Ob ein Gesetz nicht nur im Sinne seiner Verbindlichkeit, sondern durch seinen Einfluß auf das gesellschaftliche Leben und somit seine geschichtsgestaltende Kraft gilt, dieses Gelten ist ein Vorgang, ein Geschehen, zu dessen Vollzug viele Kräfte mitwirken müssen, keineswegs allein die körperliche Zwangsgewalt, die für den Notfall dem Staate vorbehalten ist und die eine Durchsetzbarkeit sichern soll. In Wahrheit bedarf jedes Gesetz, um zu gelten, der Annahme seitens der gesellschaftlichen Kräfte, all derer, die es angeht, und das ist in einer Demokratie jedermann. Das klingt erschreckend anarchisch, bereitet jedoch nach der Erfahrung weniger Schwierigkeiten, als mancher befürchten könnte. So ist der Parlamentarismus ein Verfahren, das es erreichen soll, die gesellschaftlichen Kräfte so zu repräsentieren, daß jedermann ihren Willen sich zueignen kann, - allerdings nicht, weil er im Sinne Rousseaus der einzig wahre und unbedingt gerechte ist, sondern weil er als der maßgebliche anerkannt wird. In der Regel glückt dieser Vorgang unverzüglich und unbemerkt, weshalb die gesetzgebenden Organe mit dem Gesetzgeber identifiziert zu werden pflegen, obgleich in einer Demokratie nicht das Organ, sondern das seine Beschlüsse annehmende und freiwillig verwirklichende Volk der eigentliche Gesetzgeber ist. Dieser Vorgang der Annahme eines Gesetzes durch alle, die es angeht, glückt um so mehr kurzfristig und reibungslos, je mehr Wirklichkeit in einem Gesetze eingefangen ist, weil es den jeweils geschichtlichen Gegebenheiten und den künftigen Erfordernissen des mitmenschlichen Lebens gerecht wird. Die durch alle, die es angeht, zu vollziehende Annahme eines Gesetzes, ohne die kein Gesetz gilt, wird ein um so länger währender und schwierigerer Vorgang, je weniger in sich bestimmt eine gesetzgeberische Entscheidung und je geringer ihre Erzwingbarkeit ist.

Wohl den äußersten Pol einer solchen Entscheidung bildet die freiheitlich-demokratische Verfassung. Denn die sie ausmachenden, in den Grundrechten ausgedrückten Grundwerte liegen an der Grenze des Unbestimmbaren, und es kann von niemandem, der es nicht freiwillig werden will, erzwungen werden, Demokrat zu sein. Kein Gesetz ist deshalb so wenig selbsttätig wirksam, zunächst so wirklichkeitsfern und bedarf in solchem Ausmaß der Erfüllung durch jedermann, weil es alle angeht, wie ein demokratisches Verfassungsgesetz. Hier liegt einer der Gründe für die Beobachtung, warum die Wirklichkeit eines politischen Systems, die Realität des Regierens, in der Regel nicht aus dem Wortlaut der geschriebenen Verfassungsurkunde ablesbar ist. Sie kann nicht mehr bieten als das, was man die Legalstruktur genannt hat.

Es ist bekannt, daß der Legalstruktur die Sozialstruktur gegenübersteht und beide

Strukturarten in Widerspruch zueinander geraten können. Ist die Kluft zwischen Legalstruktur und Sozialstruktur zu groß, so wird die Legalstruktur unwahr, so zeigt insbesondere die Verfassungsurkunde ein bloßes Scheinbild. Ein solches Scheinbild bietet eine ihrem Buchstaben nach freiheitlich-demokratische Verfassungsurkunde, falls der zugehörige Sozialkörper von Abhängigkeiten überwuchert und seiner gesellschaftlichen Struktur nach unfreiheitlich ist. Dann könnte diese Verfassung ihre Aufgabe, Aufruf zur Freiheit zu sein, nicht erfüllen, sondern würde umgekehrt zu einer Täuschung, die als Fessel wirkt.

Es wäre ein Thema für sich, den bei uns bestehenden und im Kern von niemandem geleugneten Spannungen zwischen der freiheitlichen Legalstruktur unserer Rechtsverfassung und der durch ein hohes Maß von Abhängigkeiten gekennzeichneten Sozialstruktur nachzugehen, um darzulegen, inwieweit der Aufruf des Bonner Grundgesetzes zur Sozialstaatlichkeit noch unerfüllt blieb. Ich muß und kann mir diese Auseinandersetzung hier versagen, weil das Problem als solches erkannt ist, weil seine Entfaltung den Rahrnen sprengen und weil es im wesentlichen zu nichtrechtlichen, sondern mehr zu wirtschaftlichen und soziologischen Aussagen führen würde. Legalstruktur und Sozialstruktur wurden jetzt nur gegenübergestellt, um die Legalstruktur einzugrenzen.

Die Legalstruktur kann nicht nur dadurch unwirklich bleiben oder werden, daß ihr die Sozialstruktur zu wenig entspricht, sondern auch, weil sie, die Legalstruktur, selber nicht hinreichend verstanden und durch eine falsche Deutung entkräftet wird. Die Legalstruktur kann auch aus sich selber heraus der Unwirklichkeit anheimfallen, wenn ihr eins, was aus ihr nicht ablesbar ist, fehlt: die Rechtfertigung ihres Geltungsanspruchs, die Legitimität, der jenseits ihrer selbst liegende Grund, warum eigentlich sie uns verpflichtet. Die von mir als Ausgangspunkt und erstes Beispiel gewählte Rechtsprechung, ein Gesetz könne sozusagen seinem Begriffe nach niemals nichtig sein, ohne daß es erst ausdrücklich durch einen sichtbaren Staatsakt wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wieder vernichtet und ausgelöscht werde, - diese Rechtsprechung hat das Merkmal, insoweit die Verpflichtungskraft der Verfassung in Abrede zu stellen. Ihr liegt eine ganz bestimmte Vorstellung, eine Deutung dessen, was ein Gesetz sei und warum es so sei, zugrunde, und zwar mit der stillschweigenden Behauptung, daran könne auch die Verfassung nichts ändern, und wolle sie es ändern, so sei sie keine Verfassung, weil sie dann die unerläßliche Autorität des gesetzgebenden Organs aufhebe und die Rechtssicherheit zerstöre. Hinter dem Unvermögen, sich ein dem Verfahren nach richtig beschlossenes, trotzdem mit den Grundwerten der Verfassung unvereinbares und deshalb nichtiges Gesetz auch nur denken zu können, verbergen sich die Auffassung eines jeden Gesetzes als eines Befehls und die Voraussetzung, daß ein zur Gesetzgebung berufenes Organ um seiner selbst willen Glaubwürdigkeit und Gehorsam beanspruchen könne. Der Bürger könne nicht als frei darin gesehen werden, sich gegen ein Gesetz auf die Verfassung zu berufen, solange nicht der Staat durch ein dafür zuständiges Organ, etwa das Bundesverfassungsgericht, es ihm erlaubt.

Dringt man noch eine Schicht tiefer ein, so enthüllen sich dahinter drei mächtige Axiome: erstens, daß Ordnung ein Selbstwert sei und im Zweifel Vorrang habe vor Recht und Freiheit, zweitens, daß die Gewähr für die Ordnung oder auch die Freiheit in dem vom Bürger geschuldeten Vertrauen auf dem Gesetzgeber liege, und drittens, daß die Vertrauensschuld des Bürgers sich auf die Identität des Willens aller Bürger gründe, welchen Willen für den Bürger an seiner Statt das gesetzgebende Organ erkenne und fasse. In diesem Ordnungsdenken verknüpfen sich auf eigentümliche Weise alle drei von Max Weber entdeckten Arten der Legitimität: die durch die Verfahrensform ausgezeichnete

Legalität eines Staatsaktes soll ihn zur Entscheidung als bindender Befehl erheben; die vom personalen Vertrauen der Wählermehrheit getragene Parlamentsmehrheit soll traditionell das Privileg besitzen, befehlen zu dürfen; der Mehrheit soll das Charisma eignen, das Richtige und das Rechtmäßige zu treffen.

In einer solchen Deutung der Verfassung ist weder für die Legitimität der Opposition ein rechter Raum da noch für das Prinzip, daß die Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Die ganze Axiomatik , ein scheußlicher Mischmasch aus der totalitären Doktrin Rousseaus und obrigkeitsstaatlichem Denken - wird bewußt oder unbewußt dem Bonner Grundgesetz unterschoben. Sie besteht aus Fiktionen. Sie erzeugt jenes zwielichtige Klima eines halbautoritären Staatswesens mit demokratischer Vollfassade; eine Periode, die nicht einmal restaurativ genannt werden sollte, weil auch Restauration einer Idee dient, wenn auch einer unzeitgemäßen, sondern, die mehr eine Episode des remake ist, weil man Ideologien aus der Rumpelkammer der Geschichte holt und aufputzt.

An die Illusionen, daß alle Bürger insgeheim einen identischen Willen oder daß eine Parlamentsmehrheit, weil sie Mehrheit ist, mit dem Charisma gesalbt sei, verfassungsgerecht zu handeln, und deshalb von jedermann Vertrauen fordern könne, - an diese Illusionen sollte doch im Ernst niemand mehr glauben. Trotzdem ist es der Überhang solcher Ideologien, der das Grundgesetz unerfüllt läßt, obwohl unsere Zeit sich verblendet glücklich preist, ideologiefrei zu seln.

Diese Kritik an der ideologischen Unterwanderung des Bonner Grundgesetzes erscheint hart. Sie bedarf auch nicht nur weiterer Beweise, sondern sie wäre auch einseitig ohne das Anerkenntnis, daß sich allerorts Kräfte regen, die dagegen aus einem Unbehagen am Regierungsstaat ankämpfen und um ein Neuverständnis der Legalstruktur und ihre Verwirklichung ringen. Trotzdem bleibt es ein beklemmender Zug der Gegenwart, daß kein Schritt zur Bewahrheitung des Bonner Grundgesetzes getan werden konnte, dem sich nicht offen oder versteckt ein starker Widerstand entgegenstellte: erinnert sei nur daran, daß es erst langer und heftiger Rechtsstreitigkeiten bedurfte, bis das Bundesarbeitsgericht dem Verfassungssatz der Lohngleichheit von Mann und Frau für gleiche Leistung oder das Bundesverfassungsgericht der familienrechtlichen Gleichheit der Geschlechter Geltung verschafften. Welcher Weg legislatorischer und forensischer Auseinandersetzungen mußte bewältigt werden bis zum grundsätzlichen Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts!

Nach wie vor spiegelt sich die ideologische Unterwanderung des Grundgesetzes in einer Reihe scheinbar für sich bestehender und allein genommen in ihrer Tragweite kaum durchschaubarer Erscheinungen, beispielsweise darin, daß das Richterrecht in die Beamtengesetzgebung eingegliedert wird, - daß bisher weder im Bund noch in den Ländern der Waffengebrauch der Vollzugsbeamten verfassungsgerecht geregelt wurde, weil er einer unmittelbaren Grundlage im Gesetz bedarf, aber bloß mit gesetzlicher Ermächtigung nur von der Exekutive erlassene Vorschriften oder gar Dienstanweisungen nicht genügen, - daß Finanzämter und Postämter Strafgerichtsbarkeit ausüben, obwohl die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Richtern anvertraut ist, - daß nach der finanzgerichtlichen Judikatur im Steuerveranlagungs- und ,vollstreckungsverfahren verfassungsrechtliche Einwände gegen die Gültigkeit eines Steuergesetzes grundsätzlich unbeachtlich sind, - daß die Finanzhehörden auf Grund der Abgabenordnung eine Gnadenbefugnis in Steuerstrafsachen in Anspruch nehmen, obgleich das Grundgesetz sie allein dem Bundespräsidenten oder seinen Beauftragten zuspricht oder die Landesverfassungen maßgeblich sein läßt.

In der Tageszeitung "Die Welt" vom 10. Juli 1959 war auf der Titelseite unter der Überschrift "Post in der Zone darf Geldstrafen verhängen" zu lesen:

> "Wie der Westberliner Untersuchungsausschuß Freiheitlicher Juristen... mitteilte, kann die Zonenpost jetzt jeden bestrafen, der Presseerzeugnisse befördert oder vertreibt, die nicht in der gültigen Postzeitungsliste enthalten sind. Damit hat zum ersten Male in Deutschland eine Postverwaltung Strafbefugnisse gegenüber dritten Personen erhalten."

Man ist versucht "Ahnungslose Engel!" auszurufen, da doch bei uns entgegen dem Grundgesetz nach wie vor Postämter, Finanzämter und Gemeindebehörden Strafgewalt ausüben.

Zu dieser keineswegs vollständigen Aufzählung, in der die Finanzgerichtsbarkeit nicht ohne inneren Grund durch besondere Verfassungsferne auffällt, kommen die vielfachen Bemühungen, Rechtsungleichheiten - z. B. mindere Rechte bei Verlust der Mutter als bei Verlust des Vaters nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts im Versorgungsrecht - trotz der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Rechtsgleichheit und Gleichberechtigung dennoch bestehen zu lassen.

Solche Bemühungen sind jeweils durch ihre ideologische Methodik gekennzeichnet. Ein Beispiel bietet der Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 5. Mai 1959. Es geht darin um die verfassungsrechtlich noch anhängige Frage, ob seit 1955 nach Aufhebung des Besatzungsstatuts die Berücksichtigung des männlichen Nachkommens in der Erbfolge so, wie sie durch die Höfeordnung der britischen Besatzungsmacht angeordnet war, noch mit dem Gleichberechtigungssatz des Bonner Grundgesetzes vereinbar ist. Ich kann und will hier nicht untersuchen, ob es mit der Gleichberechtigung der Geschlechter verträglich ist, daß ein Bauernhof jeweils an den ältesten männlichen Erben fallen soll. Ich lasse es offen, ob man darüber streiten könnte. Denn das Bemerkenswerte in der Art, wie der BGH auch insoweit die Fortgeltung der Höfeordnung bejaht, ist gerade nicht eine Auslegung des Gleichheitssatzes, sondern die Behauptung seiner Unanwendbarkeit. Der BGH unternimmt gar nicht erst den vielleicht diskussionsfähigen Versuch, die Vereinbarkeit der männlichen Erbfolge mit der Gleichberechtigung der Geschlechter darzulegen, sondern er geht in aller Offenheit davon aus, daß die in der Höfeordnung getroffene Regelung eine "Zurücksetzung der Frau" bedeute und billigt diese Regelung nicht etwa wegen, sondern trotz der Gleichberechtigung. Der BGH versagt dem Verfassungssatz der Gleichberechtigung der Geschlechter die Geltungskraft, weil er hier nicht "vernünftig" sei, und leitet eine Unvernunft aus der "natürlichen Ordnung" ab, aus "der natürlichen bäuerlichen Lebensordnung", für die der Mann "der natürliche Repräsentant des Betriebes" sei. Das rein Ideologische einer solchen Argumentation wird daran deutlich, daß dem Maßstab der Verfassung ein irrationaler Maßstab der Vernünftigkeit und Natürlichkeit gegenübergestellt wird, und zwar ohne die Spur einer Erklärung, woher dieser Maßstab des Vernünftigen und Natürlichen denn genommen werde und woraus sich seine allgemeine Verbindlichkeit ergebe. In diesem Streit handelt es sich darum, ob etwa 30.000 Bauern ihren Hof verlassen müssen, weil sie nicht die wahren Erben sind. Sollte es dazu kommen, so wird nicht das Grundgesetz dafür verantwortlich zu machen sein, sondern daß die Verfassung von Nachlaß- und Grundbuchrichtern außer acht gelassen wurde.

Diese ideologische Unterwanderung des Grundgesetzes ist kein Einzelfall, sondern symptomatisch für eine allerorten und tagtäglich anzutreffende Geisteshaltung, die aus pragmatischem oder partiellem Gesichtswinkel jeweils die Verfassungsprinzipien nicht

gelten lassen will, weil sie im Konkreten sich als unpraktisch zeigten. So ist es die ständige Rede der Verwaltung, daß doch nicht von Verfassungs wegen Rechtens sein könne, was man für den Augenblick in einer bestimmten Frage als unpraktisch ansehen müsse. In Wahrheit ist diese Haltung nur scheinbar eine pragmatische und nur scheinbar darauf gerichtet, daß eine Auslegung des Rechts sinnvoll sein müsse. Was sich in Wirklichkeit dahinter verbirgt, ist ein verfassungsfremdes Prinzip des wertfreien Dezisionismus, der die Entscheidung im Einzelnen fällen will, ohne sie am Allgemeinen eines Grundwerts auszurichten.

Das hierdurch angestrebte Überspielen der Verfassung hat eine kennzeichnende Technik entwickelt. In den Begriffen Grundordnung, Grundwert und Grundrecht ist nicht zufällig vom Grund die Rede und nicht nur im Sinne des Fundamentalen, sondern auch im Sinne des Ursprungs, der causa principalis einer Regelung. Dieses Rechtsdenken vom Grunde her, das stets notwendig auf den Menschen zurückdeutet, wird nun durch eine Methode des Finalen ersetzt. So fragt der BGH in seinem Beschluß zur Höfeordnung nicht nach dem Grunde der Gleichberechtigung der Geschlechter und hält es ausdrücklich für unbeachtlich, ob die Männlichkeit des Geschlechts die causa dieses besonderen Erbrechts sei, sondern in finaler Denkweise nimmt der BGH die Zurücksetzung der Frau in Kauf, weil sie - wie er sagt - nicht wegen ihres Geschlechts, sondern zweckdienlich um des Hofes willen angeordnet sei. Mit dieser Technik, die meist unbemerkt das Einfallstor für Ideologien ist, läßt sich jedes Grundrecht auflösen.

So hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz entschieden: Daß die Schulgesetze von Rheinland-Pfalz ausschließlich solche Bewerber, die einer der beiden christlichen Kirchen angehören, zur Ausbildung als Lehrer an einer Pädagogischen Akademie zulassen, geschehe nicht etwa aus dem Grunde, weil Juden, Sektierer und Dissidenten nicht gleichberechtigt wären, und könne somit auch nicht den Gleichheitssatz verletzen, sondern bezwecke final die Eignung des Lehrers für eine der Sache nach bestimmte Schulart.

An diesen Beispielen zeigt sich sowohl, wie die Legalstruktur von ihrer Deutung abhängt, als auch der Verlust ihres Wertgehalts, sobald das Prinzipielle im Sinne des Ursprünglichen aus den Augen gelassen wird. Die Rechtsgleichheit, auch die Gleichberechtigung der Geschlechter, kann nicht mehr verstanden werden, wird sie nicht von ihrem Grunde der Menschenwürde und als Ausdruck der Freiheit begriffen. Gleichheit an sich in wertfreier Art als bloße Ordnungsdoktrin kann auch das autoritäre oder totalitäre Regime zulassen oder vorschreiben und sein Herrschafts-System dadurch sogar sehr praktisch machen, aber Gleichberechtigung als Ausdruck der Freiheit, in dieser Deutung und Wertung wird der Kontrapunkt hörbar, durch den eine freiheitliche Demokratie vom Grunde her anders ist als alle Ordnungen halb oder ganz unfreiheitlicher Art.

Am Rande sei vermerkt, wie der Mangel an Sinn für die Wirklichkeit der Verfassung sich bis in sprachliche Nachlässigkeiten hinein äußert, da man fast alle Tage wie in einem Regierungsstaat lesen kann, die Bundesregierung habe ein Gesetz beschlossen, verabschiedet oder sogar erlassen, ohne daß jeweils, meist etwas verschämt, hinzugefügt wird, dieses Gesetz bedürfe noch, wie manche Zeitung sagt, der "Bestätigung" durch den Bundestag.

Symptomatisch ist auch die Art, wie zuweilen ein in der Rechtsprechung erwirkter Sieg des Verfassungsrechts in der Öffentlichkeit aufgenommen wird. Dann werden - wie bei der Gleichberechtigung der Geschlechter - der "allzu generelle Wortlaut" der Verfassung, seine "sture Anwendung", der "Perfektionismus" und eine "krankhafte Übersteigerung" der

Rechtsmittel, womit besonders auf die Verfassungsbeschwerde gezielt wird, beklagt.

Mit dem Stichwort Perfektionismus beginnt das böse Kapitel, daß dem Überhang alter Ideologien neue hinzugefügt werden. Die Verwirklichung soll als das Perfekte, die demokratische Teilhabe des Volkes an seiner Staatsgewalt soll als das Plebiszitäre, die Rechtsgleichheit als das Egalitäre diskreditiert werden, und es kommen Schlagworte auf wie die, das Gewissen lasse sich nicht organisieren oder den überforderten Gerichten würden politische Fragen zur Entscheidung zugeschoben. Als ob es nicht ein Ursprung aller neuzeitlichen Verfassungsurkunden wäre, den Schutz des Gewissens institutionell zu organisieren! Als ob der politische Charakter eines Aktes ein Rechtserkenntnis über seine verfassungsgesetzliche Zulässigkeit und über die Zuständigkeit seiner Urheber ausschlösse!

Hier rührt sich ein Unwille gegen die Verfassung, die zwar laut gepriesen wird, weil es modisch ist, daß jedermann sich Demokrat nennt, aber mit dem inneren Vorbehalt, daß sich Demokratie nicht definieren lasse - auch eine der neuen Ideologien -, und die Verfassung nur die der Politik zu überlassende politische Formel der Nation biete, nicht jedoch den prüfbaren Rechtsgedanken eines Volkes. Es lauern nicht nur im Hinterhalt Kräfte, die böswillig und bewußt darauf warten, daß die Demokratie am Ende wieder einmal nichts leiste, gefährlicher könnten ihr vermeintliche Freunde werden, die gutwillig, aber sich nicht bewußt sind, aus welchen geschichtlichen Wurzeln die Sorge vor der Unsicherheit stammt, die man vom unmittelbaren Gelten der Verfassung befürchtet und die dazu führt, Demokratie mit Rechtsstaat im Sinne des Gesetzesstaates oder mit einem durch periodische Wahlen installierten Regierungsstaate zu verwechseln. Daß ein von der Freiheitlichkeit der demokratischen Verfassung sowie der Allgemeinheit und Deutungsbedürftigkeit ihrer Grundwertentscheidungen nicht gestilltes Verlangen nach Rechtssicherheit, genauer gesagt nach berechenbarer Gesetzlichkeit vorherrscht und sich dagegen wehrt, die Autorität oder Hoheit der Ämter in Frage stellen zu lassen, sollte nicht moralisierend damit erklärt werden, der Durchschnittsdeutsche sei verwaltungsfromm und gesetzesuntertänig. Soweit es einen Volkscharakter gibt, ist er vom Leiden an seiner Geschichte geprägt. Die Ansätze zur demokratischen Selbstbestimmung im Sinne eines erwachenden Bewußtseins der politischen Eigenverantwortung waren in Deutschland einst nicht geringer als im angelsächsischen Bereich. Aber nicht nur ließ sich in Nationalstaaten der Schritt von der Gemeindefreiheit zur Staatsfreiheit leichter tun, weil die Mystik der übernationalen und sakralen Reichsidee nicht entgegenstand, sondern als "verspätete Nation" wurde in Europa allein Deutschland von der Katastrophe des Dreißigjährigen Krieges heimgesucht, der ja um das Problem ging, welcher Staat der Deutschen und wie kann er möglich sein, sondern Deutschland ist auch in unserem Kulturbereich der einzige Großstaat, der nach der Glaubensspaltung die Volkseinheit trotz der Zweiheit der Konfessionen zu bewahren hatte, von denen keine eine bloße Minderheit sein wollte, sondern die beide dominant bleiben sollten. Aus der Eigenheit dieser staatspolitischen Aufgabe und den unvergessenen Schrecken des Dreißigjährigen Krieges erklärt es sich in besonderem Maße, daß Ordnung um ihrer selbst willen zu einem übergroßen Bedürfnis wurde.

Diese Überbetonung der äußeren Ordnung als eines vermeintlichen Selbstwertes war und ist in Deutschland zugleich eine Kompensation des unausgefüllten Hohlraums an innerer Freiheit oder Ungebundenheit, die sich im Gefolge der Glaubensspaltung einstellten. Es besteht ein Zusammenhang zwischen dem grenzenlosen Wuchern philosophischer Spekulationen und der ängstlichen Enge eines wertindifferenten, juristischen Positivismus, der zu der Formel versteinerte, Gesetz sei Gesetz und Befehl sei Befehl. Diese Entwertung des Rechtsgedankens zum schieren Ordnungsbegriff lähmte die Fähigkeit,

das Wertwidrige oder Unwerte eines totalitären Herrschaftssystems hinreichend und rechtzeitig zu erkennen.

Aber der Untergang der Weimarer Republik, die Greuel der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft, das unmittelbare Angrenzen an die unheimliche Macht des sowjetischen Totalitarismus und das Bestehen noch faschistischer oder ins Autoritäre gewandelter Staaten im Rücken haben das Bedürfnis nach Ordnung als einem angeblich an sich erstrebenswerten Selbstwert neuerlich genährt. Dieser Ordnungstrieb drängt dazu, in der Abwehr geschlossene Einheiten zu festigen, die Verantwortlichkeit durch Personifizierungen zu übertragen und sich vor einer Verfassung zu scheuen, deren Sinn es ist, Kontraste zu bilden, dadurch Bewußtsein zu wecken, weil Freiheit politisch mit Bewußtheit beginnt, und dadurch zur Eigenverantwortung aufzurufen. Die überkommene Ideologie, das Gesetz als Befehl einer Autorität zu deuten, dem der Gehorsam des Bürgers als des Normadressaten entspreche, findet keinen Halt an einer Verfassung, die nicht imperativ, sondern evokativ ist und in qualifiziertem Maße, um wirklich zu werden, der Annahme durch eigenverantwortliches Selbertun bedarf. Hierin liegt ein wesentliches Motiv für die Abneigung, mit der eigenen Gesetzeskraft der Verfassung Ernst zu machen.

Das Zurückscheuen davor zeigt sich in dem Bemühen, dem Gewaltenteilungsprinzip eine seinem Sinn geradezu entgegengesetzte Deutung zu geben. Während die Trennung der Staatsorgane dem Ziel dienen soll, durch die Kontrastwirkung ihres Profilierens die Macht in der Unterschiedlichkeit der Staatsaufgaben bewußt zu machen und die Machtkontrolle zu ermöglichen, wandelt man heute die Gewaltenteilung in eine Doktrin der Nichteinmischung mit dem Ziel, eine unkontrollierte und unkontrollierbare Eigenständigkeit jeder Organmacht daraus abzuleiten. Darum wird ja paradoxerweise das der Verfassungswirklichkeit dienende richterliche Prüfungsrecht als angebliche Verletzung der Gewaltenteilung und als Übergriff ins Politische beargwöhnt oder auszuüben abgelehnt. Von diesem Ansatz aus wird der entscheidende Schritt zum Autoritären mit einem Manipulieren des Begriffs der Repräsentation gemacht. Der Gedanke der Repräsentanz ist in einer Demokratie nicht nur erfahrungsgemäß, sondern rechtsnotwendig mit der Erscheinung der politischen Parteien verbunden. Es war nur folgerichtig, daß Rousseau von seiner totalitären Mystifikation aus, in Wahrheit wolle jedermann dasselbe, sowohl die Repräsentanz als auch die politischen Parteien ablehnte, weil ein Ausdruck der angeblichen volonté générale (wie er im 4. Kapitel des II. Buches des Contrat Social betonte) nur klar zu erhalten sei dadurch, daß es im Staate keine société partielle gebe. Mystifiziert man den Willen einer politischen Partei, wie es im Gutachten der Parteienrechtskommission aufklingt, als einseitige Ausprägung des immer nur gesuchten gemeinsamen Staatswillens, so kann in einem Parlament nicht mehr das vergegenwärtigt werden, was die Freiheitlichkeit einer in ihrem Denken und Wollen vielfältigen Gesellschaft ausmacht: die Gleichberechtigung, einander ungleich zu sein, also gerade nicht konform oder uniform, sondern sich im Mannigfachen zu entfalten.

Die Repräsentanz durch ein Parlament wird erst im Zusammenfassen aus seiner Teilung in regierende Mehrheit und opponierende Minderheit möglich und wahrhaftig. Auch die Repräsentanz ist also ein Mittel, durch Bewußtwerden frei zu machen, indem der Kontrast aus der für den jeweiligen Regierungswillen maßgeblichen Mehrheitsgruppe und der ihr entgegenstehenden, opponierenden Minderheitsgruppe gleichrangig einsehbar gestaltet wird. Ebnet man dagegen diesen Kontrast ideologisch ein, indem man die Mehrheit mit dem Ganzen identifiziert oder das von der Mehrheit politisch getragene Kabinett, die Bundesregierung, in der Weise verselbständigt, daß sie als Erscheinung des Staatsganzen der vereinheitlichten Gesamtheit des Bundestages gegenübertritt, so wird die Bundesregierung zum Ausdruck eines fiktiven Gemeinwillens und wandelt sich trotz ihres

formaldemokratischen Entstehens ins Autoritäre. Denn autoritär regieren heißt, einen eigenständigen Anspruch auf Vertrauen kraft Amtes erheben, - in der Formel von Sieyès: das Recht auf Macht von oben, die Pflicht zum Vertrauen von unten.

Ein autoritäres Regime ist dadurch gekennzeichnet, daß es aus der Fülle der Vertrauensmöglichkeiten - ohne die kein Staat leben kann - eine besondere Art auswählt und allein gelten läßt: das einseitige Vertrauen, das ein Abhängigkeitsverhältnis begründet. Bei diesem einseitigen Abhängigkeitsverhältnis wird nicht freies Vertrauen wechselseitig durch Leistung und den Nachweis der Rechtmäßigkeit erworben, sondern das Autoritäre rechnet damit, daß dem sich unterordnend Anvertrauenden die Minderung seines Selbstvertrauens weniger bedrohlich erscheint als die Gefahr, eine Eigenverantwortung wagen zu sollen. Diese unselige Ideologie liegt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. 7. 1959 zugrunde, daß die politischen Führer der Mehrheit, weil sie in der Bundesregierung verselbständigt seien und als ein Ganzes für sich dem Bundestag insgesamt gegenüberstünden, also daß die politischen Führer der Mehrheit im Parlament unbeschränkhar reden dürften, während die von ihnen geleitete Mehrheit eine Redebegrenzung für die Minderheit festsetzen könne. Eine so verselbständigte Bundesregierung wäre keine demokratische mehr; ein politisches System mit dieser Diskriminierung der Opposition wäre kein demokratisches mehr.

Die ideologische Durchtränkung einer Legalstruktur erweist sich nicht als eine müßige und unfruchtbare Spekulation, sondern kann in aller Realität dazu führen, die Legalstruktur zu pervertieren und zu entwirklichen. Verkümmert oder entfällt der Kontrast zwischen einer Mehrheitsregierung, die Parteiregierung der Mehrheit ist, einerseits und der ihr mit politisch gleichem Range gegenüberstehenden Opposition, andererseits, so wird dem Bestreben, sich unbewußt in der Regierungsspitze personifiziert zu sehen, Raum gegeben, so gewinnt die Exekutive das Übergewicht und kann sich die Dominanz der bewußten Vorstellungsinhalte im sozialen Zusammenleben der Menschen nicht so aktualisieren und entwickeln, wie es eine Demokratie auszeichnen soll.

Kennzeichnend für das unaufhörliche Bestreben nach einer Entdemokratisierung der Grundrechte sind nicht zuletzt die Versuche, die Meinungsfreiheit als Grundwert herabzumindern und durch eine scheinbar "privatrechtliche" Regelung die Kompetenz der Länder zur Pressegesetzgebung auszuhöhlen.

Rechtsstaatlich im Sinne bloßer Gesetzlichkeit kann auch ein autoritäres oder halbautoritäres Regiment sein. Es kann auch für kürzere oder längere Zeit mehr oder minder die Freiheitsrechte als private Abwehrrechte gegen den Staat gewähren, wie die Geschichte lehrt, allerdings nicht, sobald die Spannung zwischen der Legalstruktur und der Sozialstruktur zu groß wird. Aber sozialstaatliche Kraft kann ein politisches System, das ins Autoritäre verfällt, nicht entfalten. Das sozialstaatliche Prinzip kann nur dadurch Leben gewinnen, daß die Politik und das Recht der Nation aus dem partnerschaftlichen und kritischen Gegeneinander von Regierungsmehrheit und Oppositionsminderheit mit gleichem Range hervorgehen.

Wird die Freiheit - als Freiheit aus Widerspruch - konformistisch eingeschläfert, so tritt eine Verklärung der Gegebenheiten als das falsche Bewußtsein vom Frieden ein, der unzulässig durch Druck seitens der Kräfte gestört wird, die eine andere Politik oder einen gerechteren Ort in der Sozialstruktur erstreben. Die Folge ist das Entstehen der Ideologie einer Friedenspflicht in Permanenz dergestalt, daß aus einer einmal vereinbarten Friedenspflicht der sozialen Kräfte in einem Tarifvertrag der Schluß zu ziehen sei, die ständige Erhaltung dieses Friedens sei gewollt. Dann wird nicht mehr bewußt, daß die

staatlich-politische und die soziale Dynamik oder Integration auf Druck und Gegendruck beruhen, und das Bilden eines eigenen Willens, der kollektive Bewußtseinsinhalte aktualisiert, scheint ein einseitiger und friedensstörender Druck. Die Grundrechte werden reprivatisiert, indem ihnen bloß noch die Aufgabe belassen wird, den persönlichen Bereich abzuschirmen, während ihnen in der Demokratie ebenso die öffentliche Bedeutung zukommt, gemeinschaftsbildende und staatsschaffende Befugnisse, Rechte auf Wertteilhabe, zu sein.

Mit diesen Ausführungen wollte ich einen Beitrag zu der Erkenntnis leisten, daß die Legalstruktur, deren Sinn nicht unmittelbar aus ihr selber ablesbar ist, erst durch ihre Deutung wirklich werden kann und ständig in Gefahr ist, entwirklicht zu werden, sobald sich um sie Ideologien im Sinne einer Fälschung oder Trübung des Bewußtseins ranken, die nicht legitim sind und die den Willen zur Freiheit ersticken. Ist es das Wesen des Demokratischen, die bewußten Vorstellungsinhalte im gesellschaftlichen Zusammensein der Menschen zur Herrschaft zu bringen, dann erfordert Demokratie, dem Einzelnen zur Bewußtheit zu verhelfen und dadurch den Grad seines Freiseins zu erhöhen. Demokratie, so verstanden, läßt sich durch kein noch so hohes Maß an Geordnetsein im Staate anordnen und weder durch Rechtssicherheit noch durch eine Mißdeutung der Gesetzlichkeit in Befehl und Gehorsam bewahren. Ihrem Wesen nach ist die demokratische Verfassung evokativ und bleibt deshalb unerfüllt, solange ihr nicht die Bereitschaft antwortet, die Eigenverantwortung für die politische Zukunft selbständig und bewußt mitzuübernehmen. Diese Antwort wird von jedermann, aber nicht im Verstande eines Gehorsams, sondern im Sinne des Berufenseins geschuldet, auch von der Richterschaft die erst durch das Wagnis eines Rechtswert-Denkens diesem Rufe gerecht werden wird. Dieses Rechtswert-Denken ist nicht illusionärer Art, sondern ist ein auf den wirklichen Menschen bezogenes Wirklichkeitsdenken. Es erkennt den Menschen als freiheitsfähig dadurch, daß er durch sein eigenes Handeln etwas in die Wirklichkeit rufen kann, was es zuvor so noch nicht gegeben hat.

Die ideologischen Unterwanderungen des Grundgesetzes bezwecken samt und sonders, bewußt oder unbewußt diese Freiheitsfähigkeit des Menschen aus Angst vor ihm zu leugnen. Darin liegt der Grund, weshalb man die Verfassung so als eine Art von politischer Lyrik oder eine Sammlung programmatischer Phrasen entkräften will, aber sich scheut oder sogar widerstrebt, sie ernst zu nehmen. Das Bonner Grundgesetz harrt noch seiner Erfüllung. Erst von der Erfüllung seiner Wertentscheidungen her wird das Bonner Grundgesetz die volle Strahlkraft gewinnen, durch die es uns auf das ganze Deutschland hinweisen will.