

## I. Erster Beratungsgegenstand:

### Ungeschriebenes Verfassungsrecht

1. Bericht von Professor Dr. Ernst v. Hippel, Köln

Das Thema dieses Referates, um dessen Erstattung der Vorstand unserer Vereinigung Herrn Voigt und mich gebeten hat, ist so umfangreich und zugleich nach Seiten des Grundsätzlichen wie auch der Einzelbehandlung schwierig, daß sich die Referenten zu einer gewissen Aufteilung entschlossen haben. Besteht doch nur so Hoffnung, daß wir den Wünschen wenigstens einigermaßen entsprechen können, welche von Seiten der mehr praktisch-empirisch wie der mehr grundsätzlich-theoretisch interessierten Kollegen an uns etwa gerichtet werden könnten. Und so ist beabsichtigt, daß von mir mehr die grundsätzliche Seite der hier sich stellenden Probleme behandelt werden soll, während Herr Voigt sein Augenmerk mehr auf die Einzelfragen richten wird. Damit ist natürlich nicht gemeint, daß jeder Referent die Ausführungen des andern, der eine als seine Grundlage, der andere als die Ausführung seiner Grundbetrachtung ohne weiteres ansieht oder sich in bezug auf den von ihm nicht behandelten Bereich jeder Stellungnahme enthält. Wohl aber wird so eine gewisse Arbeitsteilung angestrebt, die im Interesse der Gesamtbehandlung förderlich sein dürfte.

#### I

### Die Rechtsverfassung als Abbild der moralischen Weltverfassung

Im Jahre 1916 hat ein prominentes Mitglied der hiesigen Fakultät, Herr Smend, einen Beitrag in der Festschrift für Otto Mayer veröffentlicht unter dem Titel „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“. Erschütternd zeigt sich hier, wie sehr im Verlauf nur einer Generation sich die Voraussetzungen des öffentlichen Lebens in Deutschland geändert haben und zugleich in Frage gestellt worden sind. Denn während Herr Smend damals noch ausgehen konnte von einem Ordnungszustand, der sich zwar bereits in einer Krise befand, aber eine Ergänzung aus sich selbst heraus noch zu erlauben schien, muß heute die Frage nach ungeschriebenem Verfassungsrecht gleichsam absolut gestellt werden, da weder der Begriff der Verfassung

noch der des Rechts, ja, vielleicht nicht einmal der Begriff dessen, was als geschrieben oder ungeschrieben anzusehen ist, noch festzustehen scheint.

Damit ergibt sich heute zugleich die Notwendigkeit, grundsätzlich, ja radikal zu sprechen, auch auf die Gefahr hin, Anstoß oder Verwunderung zu erregen, da das, was als öffentliches Leben in Agonie liegt, durch kleine Mittel und halbe Maßnahmen offensichtlich nicht mehr gerettet werden kann. Dies aber gilt entsprechend auch für den juristischen Bereich, aus welchem die Prinzipien für die Gestaltung der Gemeinschaft ja schließlich erfließen müssen, will er sich seinerseits nicht nur als bloße Technik im Dienst der jeweils herrschenden Strömungen der Macht und Leidenschaft betrachten. Besteht doch unsere Aufgabe als Staatsrechtler, wenn anders wir irgend einen Anspruch auf grundsätzliche Bedeutung innerhalb des öffentlichen Lebens erheben wollen, jedenfalls auch darin, der Welt des Tages Richtlinien zu geben. Denn offenbar kann unter juristischem Gesichtspunkt das Recht nicht als eine Funktion der Politik betrachtet werden, vielmehr handelt es sich darum, die Politik zu einer Funktion des Rechts zu machen. Dies aber kann nur dann erreicht werden, wenn es gelingt, Kategorien des Rechts herauszuarbeiten, welche nicht relativ sind, d. h. jeden beliebigen Inhalt erlauben, sondern solche, die durch ihren Sinngehalt gegenüber dem öffentlichen Wesen einen im echten Sinne verbindlichen Charakter tragen, insofern ihre Verletzung zwar möglich bleibt, aber, gesehen unter dem Gesichtspunkt wahren menschlichen Miteinander-Lebens, töricht, wenn nicht gar ruchlos ist.

Diese grundsätzliche Aufgabe unseres Fachbereiches stellt sich so auch für den kleinen Ausschnitt dieses Referates, wobei ich mir nicht anmaße, hier mehr geben zu wollen als einen vielleicht brauchbaren Ausgang für die Diskussion wie für vertiefendes und verfeinerndes Nachdenken. Auch bitte ich mir eine gewisse apodiktische Form des Vortrages zu verzeihen, da nur so das Gemeinte in kurzer Zeit in hinlänglicher Klarheit und gleichsam in seiner Grundstruktur sich deutlich machen läßt.

Nun kann die Frage nach ungeschriebenem Verfassungsrecht, die also als eine grundsätzliche hier sich stellt, offenbar nur beantwortet werden, wenn zunächst über das Wesen von Verfassung überhaupt Klarheit besteht. Und zwar Klarheit nicht sowohl im Hinblick darauf, ob etwa diese oder jene Bestimmungen im Sinne der Dogmatik zum Verfassungsbereich zu rechnen sind oder auch nicht, als vielmehr darüber, was das Wesen von Verfassung an sich ausmacht. Denn jedes Suchen nach ungeschriebenem Verfassungsrecht wird sinnvollerweise in Richtung dessen erfolgen müssen, was als die Konstitutionsprinzipien von Verfassung überhaupt anzusehen ist. Insofern aber die Kon-

stitutionsprinzipien jeder konkreten Verfassung ihrerseits bedingt werden durch das, was sich als die Wurzel, das Urbild oder die Grundvorstellung von Verfassung überhaupt bezeichnen läßt, muß auf dieses Problem zunächst eingegangen werden.

Es ergibt hier nun eine Betrachtung der Wirklichkeit die vielleicht überraschende Tatsache, daß die Verfassung menschlicher Gemeinschaften ohne Hinblick auf die Verfassung der Welt als solcher, des Kosmos, sinnvoll nicht gedacht werden kann und, soviel ich sehe, auch nie vorgestellt worden ist. Müssen doch die universalen Grundlagen der Gesamtweltordnung in irgend einer Beziehung als Konstitutionsprinzipien in jeder partikularen Ordnung — und sei es die eines Ameisenstaates — notwendigerweise wiederkehren. Während aber diese Prinzipien sich im Ameisenstaat naturhaft und wie von selber auswirken, folgt aus der Freiheit des Menschen im Hinblick auf Böse und Gut, daß die Beziehung seiner Gemeinschaften auf den Kosmos nicht nur eine bloß naturhafte ist, sondern erst von ihm geschaffen werden muß. Denn da der Mensch nicht nur Durchgangspunkt allgemeiner Gesetze ist, sondern auch im Verhältnis zum Kosmos Subjekt und Person eben durch seine Freiheit, muß er die Verfassung seiner Gemeinschaft im Guten wie im Bösen selber zum Kosmos in Beziehung bringen, und er allein hat so die Möglichkeit, das Urbild zu verfehlen.

Liegt so das Urbild menschlicher Gemeinschaft in der vorausgesetzten und vorgestellten Ordnung des Kosmos als solchem, so besteht andererseits die Möglichkeit, bestätigt durch die Erfahrung, diese Grundverfassung der Welt und Urordnung des Seins als eine moralische oder als eine mechanische zu denken. Ohne daß dies im einzelnen hier näher ausgeführt werden kann, darf doch gesagt werden, daß dem Denken aller sinnverbundenen und insofern positiven Zeiten die Weltverfassung als eine moralische erscheint, d. h. als eine solche von sinnerfüllter und sinngebender Inhaltlichkeit. Es gilt dies sowohl für die Weisheit der indischen Veden wie für die des alten China, das in den kosmischen Urbildern und in dem Prinzip des Tao, Naturgesetz und moralisches Gesetz zugleich, die maßgeblichen Konstitutionsprinzipien auch für die Ordnung des Menschen fand. Und dieses Sinnverhältnis, welches ausgedrückt werden könnte in dem Satz „Was Oben besteht, gilt auch für Unten“, womit die Maßgeblichkeit des moralischen Weltgesetzes für den menschlichen Bereich ausgedrückt werden soll, findet sich gleichermaßen, wenn auch jeweils abgewandelt, in den positiven Zeiten des alten Ägypten, Mesopotamien, Persien und Israel, ja auch bei den Inkas, Tolteken und, wenn auch auf niederer Stufe, bei den Primitiven.

Während dabei in den frühen Kulturen, aber auch noch in der Antike, der Einklang der menschlichen Ordnung mit der kos-

mischen Urbildlichkeit durch Mysterienstätten, durch Seher, Propheten und in anderer Weise als ein unmittelbarer angestrebt ward, suchte diesen der Idealismus der griechischen Philosophie mehr mittelbar in Form der Ideenerkenntnis, in dem der freie Gedanke die kosmischen Urbilder in begrifflich-rationaler Aussagbarkeit, doch auch so verpflichtend wiederzugeben sich mühte. Und in der Theokratie des christlichen Mittelalters verband sich dann die Glaubensgewißheit der neuen Offenbarung, die ihrerseits an die Stelle der alten Mysterien trat, mit der logisch-moralischen Evidenz der großen antiken Denker. Zugleich zeigt hier etwa die dritte Bitte des Vaterunsers: „Dein Wille geschehe wie im Himmel also auch auf Erden“, daß auch nach christlicher Auffassung die wahre Ordnung der kosmisch-übersinnlichen Welt für die irdische Gemeinschaft maßgeblich ist und daß sie daher vom Menschen im Bereich seiner Freiheit verwirklicht werden soll.

Erweist sich so das Verfassungswesen einmal verbunden mit dem, was ich im Sinne des eben Gesagten zusammenfassend als die moralische Weltverfassung bezeichnen möchte, so findet sich andererseits früh schon und deutlich jedenfalls seit der Antike eine Gegenströmung, welcher die kosmische Weltverfassung als moralisch leer erscheint, und die hieraus für die politische Verfassung des menschlichen Bereichs die entsprechenden Folgerungen zieht. Diese Strömung fand in der Antike ihren Ansatz insbesondere in der Atomistik Demokrits, derzufolge blinde Notwendigkeit die Welt bewegt und der also die Weltverfassung als eine nur mechanische gilt. Und diese Grundvorstellung liegt dann, im einzelnen verschieden, zugrunde dem Staatsdenken der Sophistik, sie findet sich bei Epikur, bei Lucretius Carus, im Nominalismus des Mittelalters und sie bricht schließlich als philosophischer Empirismus, Sensualismus, Positivismus, Rationalismus und Materialismus in der Neuzeit wiederum hervor. Eine Tatsache, die auf dem Bereich der Staatsphilosophie und des Verfassungsdenkens durch Namen wie Bacon, Hobbes, die Encyclopädisten, Rousseau, Marx u. a. gekennzeichnet werden kann.

Allen diesen Standpunkten gemeinsam ist dabei eine Vorstellung von der Weltverfassung, welche in dieser grundsätzlich nur das Mechanisch-Mathematische als wirksam anerkennt, womit sie zugleich als moralisch leer und ohne objektive Sinnverbindlichkeit erlebt wird. Entsprechend erscheinen dann auch auf dem menschlichen Verfassungsbereich die Sinnfragen als subjektiv, womit von Rechts wegen nun Böse und Gut in gleicher Weise als mögliche Konstitutionsprinzipien des Verfassungsaufbaus gelten. Denn da die mechanische Weltverfassung objektive Sinnkriterien nicht enthält, muß Sinngebung im Verfassungsbereich nun zu einem Akt menschlichen Beliebens werden. Ja,

es erscheint so gesehen geradezu als ein Kriterium wissenschaftlichen Denkens, sich zwischen Böse und Gut „neutral“ zu verhalten, da die in der Weltverfassung vorausgesetzte Gleichgültigkeit gegenüber dem moralischen Bereich ein entsprechendes Verhalten auch im menschlichen Leben fordert.

Nun liegt aber die Krise des modernen Staatswesens und seine moralische Grundschwäche eben darin, daß man die im kopernikanischen Weltbild enthaltene Vorstellung der Weltverfassung als einer mechanischen in den juristischen Bereich hineintrag und ihr zugleich verfassungsgibende Kraft zuerkannte. Dabei geht es hier nicht um die naturwissenschaftliche Frage nach der Berechtigung und der Tragweite jener neuzeitlichen Grundvorstellungen von der Natur und den Bewegungsgesetzen der Himmelskörper. Wohl aber bedeutet es die notwendige Voraussetzung für die Gesundung des öffentlichen Lebens, zu begreifen, daß jenes Weltbild einer mechanischen Himmelsverfassung für den juristischen Bereich keinerlei unmittelbare Bedeutung besitzt und durch das Bild der moralischen Weltverfassung überhöht werden muß. Denn die mechanische Weltverfassung, entstanden durch die Emanzipation des Naturgesetzes von der moralischen Weltenordnung, gilt, wenn überhaupt, nur für den Bereich der physisch-dinglichen Welt und damit für den gleichsam untersten Teil der Weltenordnung. Dagegen besitzt dies naturalistische Weltbild keine unmittelbare Bedeutung für den juristischen Bereich, in dem es gerade um sinnvolle Lebensgestaltung und menschliche Freiheit geht.

Nun wurde jedoch das kopernikanische Weltbild aus einer bloßen Theorie über die Bewegung der Himmelskörper dem naturwissenschaftlichen Denken immer mehr zum Ausdruck der Verfassung des Kosmos überhaupt. Damit erhob sich auch für das Staatsdenken die Frage, ja, die Versuchung, sein Bild von Verfassung an dem, was hier als Urbild der kosmischen Gesamtverfassung sich zu ergeben schien, zu orientieren. Dieser Versuchung unter dem Eindruck der äußeren Erfolge der Naturwissenschaft erlegen zu sein, kann als die Grundsünde der modernen Jurisprudenz und zugleich als der Grundfehler neuzeitlichen Verfassungsdenkens bezeichnet werden. Denn wenn auch immer Reste von dem blieben, was das Mittelalter als moralische Weltenordnung verehrte und was auf dem profanen Bereich als Anerkennung objektiver Werte und natürlicher Rechte weiterlebt, so vollzog doch die Jurisprudenz als solche im „Rechtspositivismus“ ihren Anschluß an den Positivismus und Materialismus der Naturwissenschaften, womit folgerichtig, doch unversehens, der Mechanismus der vorgestellten Himmelsverfassung auch für sie maßgeblich ward.

Es kennzeichnet dabei den naturwissenschaftlichen wie entsprechend auch den juristischen Positivismus, daß er als Elemente der Wirklichkeit nur das Stofflich-Sinnenhafte und das dies in Form bringende Naturgesetz anerkennt. Und dieser gleichsam objektiven Seite des Seins korrespondieren auf seiten des Subjekts Sinnesempfindungen und rationales Vermögen. Damit aber fehlt dieser naturalistischen Weltauffassung die Mitte. Sie ist moralisch gesehen leer. Denn wenn auch der Deismus der klassischen Physik ursprünglich von der Ansicht ausging, daß in einer räumlich und zeitlich als unendlich gedachten Welt alle Kräfte und Spannungen in einer Art Harmonie ständen, worin man zugleich die Allgegenwart und Ewigkeit Gottes erlebte, so ist doch im Laufe des 19. Jahrhunderts auch dieser metaphysische Hintergrund verblaßt. Aber auch dort, wo er bestand oder etwa noch besteht, ändert dies nichts an der grundsätzlichen Tatsache, daß jene mechanische oder physikalische Weltauffassung, die sich aus dem kopernikanischen System entwickelte, unmittelbare Bedeutung nur für den Mechanismus der Welt und also gleichsam für ihr äußeres Skelett besitzt und für all das, was hier als Zahl Maß und Gewicht sich etwa feststellen läßt. Dagegen muß der juristische Bereich, in dem es um sinnvolle Lebensgestaltung und menschliche Freiheit geht, seinem Wesen nach notwendig auf Werte und also auf die moralische Weltverfassung bezogen sein.

Indem also die nur begrenzte Bedeutung dessen, was als die physikalische oder mechanische Weltverfassung sich bezeichnen läßt, durch eine Art Verdunkelung des geistig-moralischen Bewußtseins immer weniger gesehen ward, kam es dahin, daß die vom Gesamt des Kosmos zunächst emanzipierte und dann mit diesem gleichgesetzte mechanische Weltverfassung eine entsprechende Emanzipation der juristischen Verfassungen von der moralischen Weltverfassung zur Folge hatte. So wie im Kosmos Kraft, Stoff und Zufall zu herrschen schienen, wobei blinde Kraft zwar notwendig nach Kausalprinzipien, aber moralisch zufällig und damit sinnentleert den Weltenstoff zur Form gestalten sollte, ward die Verfassung auch der menschlichen Gemeinschaften juristisch vorgestellt. Die als wahre Wissenschaft sich gebende Forderung wertfreien Denkens, die nur ihren radikalsten Ausdruck im Überpositivismus der „Reinen Rechtslehre“ Kelsens gefunden hat, ist aber ihrem Wesen nach sinnwidrig für einen Bereich, der wie der des Rechts seinen Sinn, seine Würde, ja, selbst seine logische Möglichkeit eben aus Wertungen erhält und der auf dem Grundwert der Gerechtigkeit aufbaut.

Entsprechend mußte der mechanische Verfassungsbegriff, durch den Rechtspositivismus für seinen Bereich übernommen, zur rechtlich-moralischen Entleerung des juristischen Verfassungs-

begriffs führen<sup>1)</sup>. Liegt doch für den Rechtspositivismus eine verbindliche Gemeinschaftsordnung bereits dort vor, wo eine souveräne Macht gemäß ihrem Willen eine Verfassung aufstellt und machtmäßig durchsetzt, deren Anordnungen sich die „Gewaltunterworfenen“ zu fügen haben. Denn das hier sich aussprechende juristische Weltbild ist nur ein Abbild für den kosmischen Mechanismus, die vermeinte Weltverfassung der klassischen Physik, wobei dem Stoff oder der Masse in der Natur der als Masse oder „Material“ für juristische Anordnungen gedachte Mensch in der Rechtsverfassung seinerseits entspricht. Und wie die Weltverfassung als gestaltet erscheint durch die Urkraft eines blinden Urwillens, der in den Naturgesetzen etwas wie seinen berechenbaren Ausdruck findet, soll auch die Rechtsverfassung auf dem souveränen Grundwillen der sie tragenden politischen Macht beruhen. Damit aber erhält auch das Rechtsgesetz, durch das dieser souveräne Wille sich kundtut, die moralische Leerheit des bloßen Naturgesetzes, da seine Inhaltlichkeit eine beliebige und also moralisch gesehen zufällige ist. Zugleich erscheint nun als eigentliche Aufgabe des Juristen, diesen souveränen Grundwillen rational und gleichsam mathematisch zu erfassen. Damit aber entspricht der Jurist in dieser mechanisch gedachten und also moralisch zufälligen Rechtsverfassung dem Physiker und Techniker in seinem Verhältnis zur mechanischen Weltverfassung, d. h. er ist dazu da, den rechtlichen Mechanismus durch seinen Scharfsinn zu begreifen und anzuwenden, indem er sich ihm unterwirft und sich bemüht, ganz „objektiv“ zu sein, d. h. bloß Diener und Werkzeug dessen, was als ein Übermenschliches an Macht durch seine Ablösung vom moralischen Kosmos zugleich nun ein Untermenschliches ist.

Es hat sich also insgesamt das eigentümliche Phänomen der neuzeitlichen Bewußtseinsentwicklung ergeben, daß durch den Verlust eines universalen kosmischen Weltbildes, d. h. eines solchen, das sowohl den moralischen wie den mechanischen Kosmos umfaßt, die Weltverfassung zuletzt als eine nur mechanische begriffen wurde. Und indem sich die Jurisprudenz als Rechtspositivismus an der Naturwissenschaft und damit an der mechanischen Weltverfassung orientierte, übernahm sie für ihren Bereich, der doch als ein Sinn gebender, richtender und Sinn vermittelnder zunächst der moralischen Welt angehört, auch die physikalische Vorstellung von Verfassung. Dabei wird hier das Wort Moral nicht im subjektiven Sinne persönlicher Gewissenseinsicht, sondern im objektiven Sinne der für diese geltenden allgemeinen Verbindlichkeit verstanden. Verfassung erscheint so

---

<sup>1)</sup> Siehe dazu auch Josef Esser, Wertgrundlagen des Verfassungsrechts in „Zeitschrift für österreichisches Recht“, 1946, Nr. 2, S. 1 ff.

für den Rechtspositivismus als eine Ordnung von beliebiger Inhaltlichkeit, durch eine souveräne Macht auferlegt und durch Gesetze wirksam gemacht, die den verfassungsgebenden Grundwillen durch die ihm verbundene Macht staatlicher Organe wenigstens annähert so durchzusetzen suchen, wie in der mechanischen Weltverfassung der Wille des Kosmos als durch Naturgesetze und Naturprozesse realisiert erscheint. Ja man kann feststellen, daß in derselben Weise wie in den Naturwissenschaften sich der Ansatz des Systems vom Persönlichen eines freilich nur abstrakten Gottesbegriffs auf das Unpersönliche allgemeiner Gesetze verlagerte, auch in der Rechtswissenschaft die Auffassung vom persönlichen Herrscherwillen sich zu Machtprinzipien an sich und Gesetzen unbestimmten Ausganges verschob.

Ich weiß sehr wohl, daß gegen Feststellungen dieser Art sich heute noch starke Emotionen erheben, da sie den Einzelnen gleichsam in seiner juristischen Ehre anzutasten scheinen, indem sie ihn diesem Weltbild verbinden. Aber nicht um das Tun oder Nichttun des Einzelnen handelt es sich hier, der auch in einer verfehlten Grundordnung sich wie ein Mensch verhalten und also ihr widerstehen kann, sondern um die Tatsache der positivistischen Grundordnung selber. Daß diese aber in dem gekennzeichneten Sinne rechtleeren Denkens sich entwickelt hat, kann auch empirisch leicht gezeigt werden. Bedeutet doch etwa die Sowjetverfassung nichts weiter als einen radikalen Grenzfall des positivistischen Weltbildes, d. h. einen solchen, bei dem der Rechtsverfassung die physikalische Weltverfassung schrankenlos als Vorbild dient unter Abstoßung all dessen, was an traditionellen Werten der europäischen Positivismus etwa noch bewahrte. Aber auch die Verfassung des Dritten Reichs war in ihrer Art nichts anderes als ein Abbild der mechanischen Weltverfassung, deren moralische Leere und bloßer Zwangscharakter durch den Begriff des blinden, bedingungslosen und besinnungslosen Gehorsams adäquat zum Ausdruck kam.

Dabei wäre es irrig, die Verfassung des Dritten Reichs als einen Abfall von der herrschenden Rechtslehre und gleichsam als deren Verkehrung anzusehen, vielmehr ward sie durch diese juristisch wie politisch erst ermöglicht. Hat doch bereits lange vor dem Dritten Reich der Philosoph Leonard Nelson<sup>\*)</sup>, indem er eine Anzahl führender und in ihrer Art bedeutender Vertreter des Rechtspositivismus analysierte, konkret und unwiderleglich dargelegt, daß es sich hier um eine „Rechtswissenschaft ohne Recht“ handelt und also um eine solche, die keine Beziehung zur moralischen Weltverfassung hat, sondern die nur an dem Machtgedanken der mechanischen Naturordnung sich orientiert.

<sup>\*)</sup> Leonard Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917.

Man kann also insgesamt im Hinblick auf das bereits Gesagte zunächst feststellen, daß jenes Bild einer mechanischen Weltverfassung, das durch große Naturforscher wie etwa Häckel in seiner „natürlichen Schöpfungsgeschichte“ dem Bewußtsein weitester Kreise eingeprägt wurde und dessen suggestiver Kraft ein so großer Jurist wie Jhering in seiner Begründung des Rechtspositivismus erlag<sup>3)</sup>, heute wissenschaftlich nicht mehr haltbar ist, ja, daß es philosophisch gesehen bereits zur Halbbildung gehört. Denn das Gesamt der Welt besteht eben nicht nur aus der Horizontale des Sinnenseins und dem dieses erkennenden Vermögen, sondern nicht minder aus der Vertikalen des Geistig-Moralischen, von der aus das Äußere allein verbindlich geordnet, bewertet, zur Qualität gebracht, d. h. mit Gut und Böse, Recht und Unrecht verbunden und so auf die moralische Weltordnung als ein Urbildliches bezogen werden kann. Ja, es hat sich in überraschender Weise gezeigt, daß auch auf dem Bereich der Naturwissenschaften selber jener Positivismus, der auszog, Tatsachen zu finden, überall auf Sinnstrukturen der Welt gestoßen ist, so ungerne er dies auch heute noch anerkennt.

So erklärte erst jüngst der bedeutende Botaniker Wilhelm Troll in einem Vortrag über „Grundlagen des Naturverständnisses“<sup>4)</sup>:

„Trotz der vorwiegend nominalistischen Tendenzen, mit denen die Forschung an die Natur herangegangen ist, hat sich diese der empirischen Forschung in einem früher nicht einmal zu ahnenden Ausmaß als sinndurchwirkter Kosmos erwiesen. Von der Anerkennung dieser Tatsache und der aus ihr zu ziehenden Folgerungen wird das Schicksal der Naturwissenschaft abhängen, die zu bloßer Technik entarten müßte, falls es ihr nicht gelingen sollte, die Sinnentleerung rückgängig zu machen (C. F. v. Weizsäcker) und so den Nominalismus zugunsten einer realistischen Auffassung des natürlichen Reichs zu überwinden.“

Was aber so bereits für den Bereich der Naturordnung gilt, d. h. das Ungenügen der mechanischen Weltauffassung auch für diesen zeigt, gilt in erhöhtem Maße für die Rechtsverfassung, welche durch den Begriff des Rechts selber ja von vornherein auf die Vertikale der Werte und damit auf die moralische Weltverfassung verweist. Und wie sehr jene Gefahr, zum bloßen Techniker zu werden, die Troll bezüglich der Naturwissenschaft feststellt, im Rechtsbereich droht, zeigen alle jene Verfassungen, in denen das Bild der mechanischen Weltverfassung voll realisiert wurde, womit der Jurist eben zum Techniker der politischen

<sup>3)</sup> Siehe E. v. Hippel, Rudolf von Ihering als Begründer des Rechtspositivismus in „Neues Abendland“ 1951, S. 322 ff.

<sup>4)</sup> W. Troll in „Jahresbericht der Görres-Gesellschaft 1950/51“, S. 32.

Macht und zum Interpreten und Diener beliebiger Willensimpulse geworden ist<sup>5)</sup>. Zugleich bezeugen gerade diese Verfassungen, indem sie den Juristen nötigen, entweder Verbrechen zu begehen oder zum Märtyrer zu werden, daß die hier angeblich bestehende Rechtsverfassung zu Unrecht den Namen des Rechts trägt, da sie als nicht mehr der moralischen Weltordnung verbunden sich von vornherein im rechtsleeren Raum bewegt und damit ihre Emanzipation vom Ganzen des wahren Kosmos erkennen läßt.

### Wesensmomente des ungeschriebenen Verfassungsrechts

Es ergab sich bisher, daß die Rechtsverfassung mit der moralischen Weltenordnung oder Weltverfassung in einer notwendigen inneren Beziehung steht. Denn die menschliche Welt als eine solche der Freiheit und nicht sowohl gegeben wie aufgegeben, kann als eine Rechtswelt nur im Hinblick auf etwas gestaltet werden, was menschlichem Tun Sinn und Verbindlichkeit gibt. Eben dies aber ist die moralische Weltverfassung, an der sich die menschliche Verfassung daher notwendig orientieren muß.

Es ergab sich weiter, daß das bewußte und mehr noch unbewußte Bestreben des Rechtspositivismus, die juristische Verfassung im Hinblick auf den vorgestellten Weltenmechanismus zu gestalten, sich eben vom Rechtsboden aus nicht halten läßt. Denn das Recht als Grundidee und Grundwert menschlichen Seins gehört dem moralischen Kosmos an, so wenig dies die Geltung der Naturgesetze ausschließt. Indem dem Rechtspositivismus das Recht zur Tatsache, d. h. zum Produkt politischen Willens und politischer Macht ward, unterwarf sich die Jurisprudenz dem, was zu richten und zu ordnen gerade die Aufgabe des Rechts ist, und emanzipierte sich, ihren eigentlichen Sinn verkennend, vom Ganzen der wahren kosmischen Verfassung zugunsten eines Teils derselben, der mechanischen Weltverfassung, welche für sie zwar als Tatsache Bedeutung hat, aber rechtliche Qualitäten nicht verleiht.

Aus diesem Verhältnis des Rechts zur moralischen Weltenordnung ergibt sich nun zunächst der Begriff einer Rechtsverfassung an sich. Und zwar läßt sich sagen, daß eine Rechtsverfassung nicht in einem groben oder auch feineren Sinne als ein Prinzip der Verteilung politischer Macht angesehen werden darf, soll sich nicht Rechtsdenken in politische Soziologie und Anbetung der Macht unversehens verwandeln. Verfassung im rechtlichen Sinne kann vielmehr nichts anderes bedeuten als

<sup>5)</sup> Siehe Valentin Tomberg, *Degeneration und Regeneration der Rechtswissenschaft* 1946.

den Versuch einer sinnvollen Grundordnung für konkretes menschliches Zusammenleben in Raum und Zeit. Und wenn dieser Versuch auch nur dann als wirklich im äußeren Sinne angesehen werden kann, wenn er als praktische Grundlage des Gemeinschaftslebens in Kraft steht und also positiv ist, so erhält er rechtliche Bedeutung und also Verbindlichkeit doch nur dadurch, daß er der moralischen Weltverfassung entspricht<sup>6)</sup>. Eine Rechtsverfassung muß also grundsätzlich bestrebt sein, von der moralischen Weltverfassung in einer bestimmten Zeit und Lage soviel zu verwirklichen, als menschlich gesehen zumutbar ist, d. h. die Möglichkeiten einer bestimmten Gemeinschaft nicht überfordert.

Entsprechend bedeutet die im äußeren Sinne sichtbare und geschriebene Verfassung, auf welche der Rationalismus der Neuzeit und sein Glaube an das Papier einen so übermäßigen Wert legt — denn was man schwarz auf weiß besitzt, kann man getrost nach Hause tragen —, nur einen Teil der Rechtsverfassung überhaupt. Und zwar verhält sich der geschriebene Teil der Rechtsverfassung zu ihrem Ganzen grundsätzlich ebenso, wie der sichtbare Teil der Schöpfung zum Gesamt des Kosmos, aus dem heraus er allein begriffen werden kann. Recht entsteht eben nicht, wie der Positivismus meint, allein von unten her als bloße Satzung einer politischen Grundmacht, es kann aber auch nicht, wie es das rationale Naturrecht meint, aus allgemeinen Prinzipien und also wie von Oben her mit logischer Notwendigkeit bis in die konkrete Gestaltung hinein deduziert werden. Recht entsteht vielmehr aus einer Verbindung von Oben und Unten, wobei sich Oben gleichsam die Vorbilder und Anforderungen befinden, denen jedoch der Mensch aus moralischer Phantasie und insoweit selbst schöpferisch und frei in der verschiedensten Weise genügen kann.

Da das geschriebene Verfassungsrecht, insofern es sich überhaupt um eine Rechtsverfassung handelt, bereits eine juristisch verbindliche Entscheidung unter verschiedenen Möglichkeiten bedeutet, muß das positive ungeschriebene Verfassungsrecht in dem ihm zugehörigen geschriebenen seinen Ansatz finden. Nur kann es von Rechts wegen nicht egozentrisch gewonnen werden, d. h. im Hinblick auf Macht und Willen von beliebiger Inhaltlichkeit oder die bloße Subjektivität von Meinungen, sondern nur theozentrisch, d. h. also im Hinblick auf das, was an sich gilt und rechtens ist.

Auch die positive geschriebene Verfassung als eine Rechtsverfassung ist notwendig auf diese objektive Inhaltlichkeit der

---

<sup>6)</sup> Über Positivität und Verbindlichkeit siehe E. v. Hippel, Einführung in die Rechtstheorie, 3. Aufl., 1950.

moralischen Weltverfassung bezogen und kann auch in sich als eine verbindliche Ordnung nur im Hinblick auf die moralische Weltverfassung verstanden werden. Denn andernfalls wäre Verfassung nicht eine verbindliche Ordnung für menschliches Zusammenleben, sondern wirklich nur eine Zwangsordnung des Eigennutzes der jeweils Herrschenden.

Das geschriebene Verfassungsrecht als die sichtbare und lesbare Verfassung ist also nur ein Teil dessen, was als das Ganze einer Rechtsverfassung überhaupt anzusehen ist. Die positive und sichtbare Verfassung schwimmt gleichsam im Meer des Unsichtbaren, Ungeschriebenen, zu dem sie eben als Rechtsverfassung gehört. Denn das Recht wurzelt und gründet im übersinnlichen Bereich und wird im sinnlichen nur realisiert.

Hier liegt es nun nahe anzunehmen, daß die moralische Weltverfassung mit dem, was man als ungeschriebenes Verfassungsrecht bezeichnen könnte, einfach identisch sei. Dies gilt jedoch nur für einen Teil der ungeschriebenen Verfassung, nämlich demjenigen, welcher die überpositiven Werte und Konstitutionsprinzipien enthält, auf deren Beachtung der Charakter der Verfassung als einer Rechtsverfassung beruht.

Allerdings sind diese Prinzipien und Werte auch in der geschriebenen Verfassung, insofern sie eine Rechtsverfassung ist, mehr oder weniger enthalten. Trotzdem können sie verstanden und in ihrer Gänze gefunden werden nur im Hinblick auf die moralische Weltverfassung und aus dieser heraus, von der sie nicht abgetrennt werden dürfen, sollen sie nicht alsbald der Willkür und dem Subjektiven zur Beute fallen.

Auch die teilweise Immanenz der Ideen in der positiven Verfassung hebt deren Transzendenz an sich dieser gegenüber und also die Geltung der moralischen Weltverfassung nicht auf.

Nun gibt es jedoch außer den allgemeinen Prinzipien, welche das überpositive ungeschriebene Verfassungsrecht ausmachen, auch ein ungeschriebenes Verfassungsrecht im engeren Sinne, das man als positives ungeschriebenes Verfassungsrecht bezeichnen könnte. Dieses positive ungeschriebene Verfassungsrecht ist nicht identisch mit der moralischen Weltverfassung. Wohl aber kann es nur im Hinblick auf diese gefunden werden, indem nämlich das geschriebene Verfassungsrecht so ausgelegt, gestaltet und weitergebildet wird, daß es der moralischen Weltverfassung genügt.

Und zwar erhebt sich das Problem des positiven ungeschriebenen Verfassungsrechts zunächst dort, wo echte Lücken im Text der geschriebenen Verfassung bestehen, die ausgefüllt werden müssen, damit diese überhaupt anwendbar ist. Dies gilt etwa von der im Bonner Grundgesetz offen gebliebenen Frage, ob der Bundespräsident verpflichtet ist, jede Person zum Minister zu

ernennen, die ihm der Kanzler zur Ernennung vorschlägt, ob also die Ernennung nur ein Formalakt ist oder eine Ermessensentscheidung. Nicht grundsätzlich, sondern nur graduell verschieden hiervon ist aber das Problem der Gewinnung maßgeblichen Rechtssinnes überall dort, wo zwar dem Wortverstand nach eine Regelung vorliegt, die gebrauchten Begriffe aber wie etwa der der demokratischen Grundordnung, der Freiheit, der menschlichen Würde usw. vieldeutig sind. Denn auch hier ist die vorhandene Regelung weitgehend ungeschrieben und erst zu gewinnen, da das Gesagte zwar vielleicht bestimmte Möglichkeiten der Auffassung ausschließt, aus sich allein heraus aber nicht verstanden werden kann, sondern mehr nur eine Überschrift darstellt für die erst zu gewinnende und also ungeschriebene Inhaltlichkeit des nur angedeuteten Begriffsinnes.

Die moralische Weltverfassung ist also nicht das positive ungeschriebene Verfassungsrecht einer konkreten Verfassung, da sie endgültige und überzeitliche Ordnungskriterien enthält, welche in ihrer Totalität zu verwirklichen heute noch keine menschliche Gemeinschaft in der Lage wäre. Denn jede menschliche Gemeinschaft und ihre entsprechende Rechtsverfassung ist immer unvollkommen und befindet sich erst auf dem Wege zum Guten an sich, das in der moralischen Weltverfassung urständet. Doch kann das ungeschriebene Verfassungsrecht gefunden werden, indem das geschriebene im Hinblick auf die moralische Weltverfassung ausgelegt wird. Denn das positive ungeschriebene Verfassungsrecht, das als Korrelatbegriff seinerseits ja eine geschriebene oder doch positive Verfassungsordnung bereits voraussetzt, gehört selber der positiven Ordnung an. Es unterscheidet sich von der geschriebenen Verfassung grundsätzlich nur dadurch, daß es aus dem Übersinnlichen heraus ständig erst gewonnen werden muß, indem das sinnlich Vorhandene, aber für sich allein Unvollkommene und Unverständliche der geschriebenen Verfassung seine nähere Konkretisierung dadurch erhält, daß die Prinzipien der moralischen Weltverfassung zur Auslegung, Ausgestaltung und Konkretisierung des bereits Bestehenden verwandt werden.

Es liegt hierin zugleich ausgedrückt, daß der Mensch und also auch seine Gemeinschaft, sofern er bestrebt ist, dem Guten zu dienen — was eine Rechtsverfassung bereits ihrem Begriff nach zu tun beansprucht —, hinleben muß auf die moralische Zukunft, d. h. jenen Weg des Aufstiegs einschlagen muß, welcher die moralische Weltverfassung in immer größerem Umfang in das menschliche Leben einbezieht.

Auch liegt hierin der Wert des ungeschriebenen positiven Verfassungsrechts. Denn ohne die Möglichkeit, das geschriebene Verfassungsrecht eben durch das ungeschriebene ständig an der moralischen Weltenordnung neu zu orientieren, würde jede

geschriebene Verfassung bereits im Moment ihrer Fixierung veraltet, tot, wahrheitslos, starr und lebenshindernd sein.

Um das Gemeinte wenigstens an einem Beispiel zu erläutern, sei etwa angenommen, daß eine Verfassung den Begriff der „Demokratie“ in einem normativen und damit rechtsbedeutsamen Sinn verwendet, ohne ihn jedoch inhaltlich näher zu bestimmen. Es würde dann logisch die Möglichkeit bestehen, diesen Begriff im Sinne bolschewistischer Auslegungsmethoden mit der Tyrannis gleichzusetzen und ihm also einen entsprechenden Inhalt unter Beibehaltung des Begriffs Demokratie zu verleihen. Zugleich ließe sich gegen ein solches Verfahren vom Boden des philosophischen Nominalismus und Positivismus aus grundsätzlich nichts einwenden. Denn wenn die Allgemeinbegriffe keinen objektiven Inhalt haben, sondern bloße Zwecksetzungen sind, ist es erlaubt, dem Begriff Demokratie jeden gewünschten Inhalt zu geben und wird die Rechtsfrage nach der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens identisch mit der Machtfrage, ob es politisch möglich ist. Denn die mechanische Weltverfassung als moralisch leer gibt der Willkür Raum. Dagegen gilt vom Boden einer Rechtsverfassung aus, d. h. einer solchen, die das Gute grundsätzlich anstrebt, daß die moralische Weltverfassung es verbietet, den Begriff der Demokratie in diesem nominalistischen Sinne auszulegen. Denn der Begriff Demokratie enthält in sich seinem objektiven Sinngehalt nach, so vieldeutig im Umkreis er immer ist, jedenfalls als seinen Kern ein Moment der Freiheit, das irgendwie in unverfälschten Wahlen oder Abstimmungen zum Ausdruck kommen muß. Daher ist es im echten Sinne rechtswidrig, den Begriff Demokratie so auszulegen, daß eben die durch ihn gegebene Freiheit durch Verkehrung seines Sinnes aufgehoben wird.

Aus der moralischen Weltverfassung folgt also hier, daß es verboten ist, Verfassungsrecht lügenhaft auszulegen, weil die Idee der Wahrheit konstituierend für jede Rechtsverfassung ist und also auch nicht gestattet, daß ungeschriebenes Verfassungsrecht in wahrheitswidriger Weise gebildet wird.

Die praktische Bedeutung dieser Frage zeigt hinlänglich die gegenwärtige Lage der Menschheit. Erlaubt doch die Leugnung der moralischen Weltverfassung es heute weiten Teilen der Welt, jeden Begriff des Verfassungsrechts nach Willkür zu bilden und auszulegen. Die nominalistische Verkennung der Allgemeinbegriffe, einst ein Problem der Logik, ist damit auch im Leben Wirklichkeit geworden.

Hätte man weiter bereits in der Zeit der Weimarer Republik begriffen, daß positives Verfassungsrecht notwendig auf die moralische Weltverfassung bezogen ist, so wäre es nicht möglich

gewesen, auf legalem Wege die Demokratie in die Tyrannis des Dritten Reiches zu verwandeln. Dies konnte vielmehr allein dadurch geschehen, daß man die Verfassungsbegriffe nur im Hinblick auf ihre Form, nicht aber im Hinblick auf ihre inhaltliche Bezogenheit ernst nahm und so nicht sah, daß die moralische Weltverfassung auch den Mißbrauch von Verfassungsformen verbietet, und daß zugleich durch den Bezug auf sie die rechtlichen Grundbegriffe eine inhaltliche Qualität und Verbindlichkeit erhalten.

Es könnte gegenüber dem bereits Gesagten eingewendet werden, daß ungeschriebenes Verfassungsrecht doch offenbar Gewohnheitsrecht sei, von dem bisher nicht die Rede war. Aber ganz abgesehen davon, daß vom Gewohnheitsrecht auf staatlichem Gebiet in Deutschland nicht viel zu finden ist, zumal jene Praxis, welche zweimal bereits zur Katastrophe führte, nicht wohl als guter alter Rechtsbrauch neu empfohlen werden kann, gilt auch gegenüber dem Gewohnheitsrecht jenes Problem des ungeschriebenen Rechts, von dem ich hier sprach. Denn das Gewohnheitsrecht unterscheidet sich von dem geschriebenen positiven Recht nicht durch das, was man das stofflich-leibliche Dasein des Rechts im Sinne seines äußeren Inkraftstehens bezeichnen kann, sondern nur durch die Art, wie diese Tatsache sich manifestiert. Daher hat auch das Gewohnheitsrecht um sich jenes Unsichtbare, was sich als die Seele des Rechtlichen oder auch sein sinngebendes Prinzip eben im Hinblick auf die moralische Weltordnung bezeichnen läßt, und es kann ohne Berücksichtigung dieses ungeschriebenen und unsichtbaren Teils der Verfassung, in dem ihr Höheres und Überleibliches liegt, in rechtlich begründeter Weise nicht ausgelegt, ja nicht einmal gefunden werden. Ist es doch ein positivistischer Grundirrtum, anzunehmen, daß Gesetz, d. h. Satzung, und Gewohnheit für sich bereits Rechtsquellen darstellen.

Vielmehr findet das Recht seine wahren Quellen in der moralischen Weltverfassung und in der diese anerkennenden und zum Ausgang nehmenden Freiheit des Menschen.

Durch diese Grundvoraussetzung für Recht an sich erweist sich auch die positivistische Vorstellung als unhaltbar, daß es nämlich möglich und zulässig sei, das ungeschriebene Verfassungsrecht ohne Bezugnahme auf die moralische Weltordnung allein aus dem „Willen des Gesetzgebers“ zu gewinnen.

Hat doch der Wille des sogenannten Verfassungsgesetzgebers Bedeutung nur innerhalb des Ermessensbereichs, welchen die moralische Weltordnung gewährt und kann für sich allein nicht als rechtsbildendes Faktum betrachtet werden. Auch kommt hinzu, daß bereits das Faktum eines souveränen Rechtswillens, der als Bezugspunkt für die Auslegung der Verfassung verwendet

werden könnte, etwa im Bonner Grundgesetz gar nicht oder nur bedingt gefunden werden kann. Denn diese Verfassung, bei welcher die Besatzungsmächte Pate standen, die ausgearbeitet wurde durch ein recht zufälliges Gremium und hinter welcher nicht einmal die Form einer allgemeinen Volksabstimmung steht, hat auch empirisch keinen eigentlichen Willensträger, auf den sie als vermeinte Rechtsquelle zurückgeführt werden könnte. Daher können auch die verschiedenen Standpunkte und Ausführungen zur Beratung des Grundgesetzes, welche die Kommentare zu diesem so sorgfältig gesammelt haben, nicht als verbindliche Ergänzung des geschriebenen Verfassungsrechts und gleichsam als das ungeschriebene ohne weiteres angesehen werden, selbst wo sie etwa eine gewisse Einhelligkeit zeigen sollten. Vielmehr bedeuten diese Ausführungen im besonderen Sinne nur Material, dem Bedeutung insofern nur zukommt, als sich in ihm Rechtsgedanken zutreffend und daher als solche zu beachten aussprechen oder positive Zweckgesichtspunkte zum Ausdruck kommen, deren Berücksichtigung der Sinn der Verfassung offenbar verlangt.

Verbietet sich so der voluntaristische Ausgang von Rechts wegen, da nicht Wille und Macht Recht schaffen können, sondern nur das Recht recht geübtem Willen Verbindlichkeit zuerkennen kann, und fehlt darüber hinaus dem Bonner Grundgesetz es schon an dem bloßen Faktum jenes souveränen Rechtswillens, auf welchen der Positivismus abzustellen pflegt, so kommt hinzu noch ein anderes: nämlich die Bezugnahme des Bonner Grundgesetzes selber auf überpositive Rechtsprinzipien.

Indem Art. I des Grundgesetzes die staatliche Gewalt in den Dienst der Würde des Menschen stellt, indem weiter unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft bezeichnet werden, wird der Boden der positivistischen Rechtsauffassung verlassen und die moralische Weltverfassung an Stelle der mechanischen als überpositiver und verbindlicher Bezugspunkt der Verfassung anerkannt.

Es kann dabei hier nicht näher untersucht werden, inwieweit dieser grundsätzliche Standpunkt im einzelnen folgerichtig durchgeführt worden ist und wieweit damit jene positivistische Grundkonzeption, auf der die Weimarer Verfassung noch beruhte, wenigstens im Bereich der Bundesrepublik schon als voll überwunden angesehen werden kann. Denn an der Tatsache des Hinweises auf überpositive Grundsätze im Bonner Grundgesetz besteht kein Zweifel. Damit aber ist auch der voluntaristische Ausgang des Positivismus insoweit selbst unter dem Gesichtspunkt des positiven Rechts rechtswidrig und wird durch das Grundgesetz ein Realismus anerkannt, dessen Wesen nicht der Unglaube, sondern der Glaube an eine objektive moralische Weltordnung und also an eine moralische Weltverfassung aus-

macht. Und zugleich erscheint diese überpositive Ordnung und ungeschriebene Verfassung in der Verfassung als ein Inhaltliches, das als solches für das positive Recht verbindlich und dieses überhöhend ist.

Ehe dabei auf dies Inhaltliche eingegangen werden kann, was als ein Ungeschriebenes hinter der geschriebenen Verfassung steht, und ohne welches die geschriebene Verfassung weder im Rechtsinne verstanden und ausgelegt noch weitergebildet werden kann, muß noch auf einen Einwand eingegangen werden, der sich hier grundsätzlich erhebt. Man könnte nämlich meinen, etwa im Hinblick auf eine zukünftige Verfassung Deutschlands, daß jene offenen und Wertbegriffe, die gleichsam hinweisen auf das überpositive Recht, im Interesse der Eindeutigkeit ausgetilgt werden müßten. Auch liegt diese Vorstellung dem Positivismus nahe, für den die wertoffenen Rechtsbegriffe notwendig ein Ärgernis bedeuten, da seinem Grunddogma bloßer Erfahrung zufolge der Bereich des Werthhaften ein außerwissenschaftlicher und nur subjektiver ist.

Nun käme aber ein solches Bemühen, das etwa unter dem Vorzeichen der Klarheit und Eindeutigkeit sich erheben könnte, der Sache nach auf den Versuch hinaus, die positive Rechtsverfassung gegen die moralische Weltordnung gleichsam abzdichten und von ihr zu emanzipieren. Da aber die Emanzipation der Rechtsverfassung von der moralischen Weltverfassung sich gerade als der rechtliche Grundirrtum der Neuzeit ergab, darf sie auch nicht unter dem Vorzeichen vermeinter Klarheit angestrebt werden. Ja, man kann feststellen, daß weder die Rechtsprache noch selbst die Sprache des gewöhnlichen Lebens ein solches Verfahren erlaubt, die urteilen und werten und also nicht bloß Tatsachen und rationale Zusammenhänge kennen.

Ich komme damit zu der Frage nach dem, was als ein Inhaltliches und Sinnverleihendes hinter jeder geschriebenen Verfassung steht, die sich als eine rechtliche mit Grund betrachtet. Eine Frage, die man auch als eine solche nach den Ideen, Kategorien und Grundprinzipien der moralischen Weltverfassung bezeichnen kann, insofern sich diese auf den Rechtsbereich und damit auf das Gemeinschaftsleben bezieht.

Es liegt hier nun so, daß diese Inhaltlichkeit, welche der Positivismus als eine objektive leugnet, da ihm der Begriff des Rechts nur als leere Form wirklich ist, in Wahrheit eine so große und reiche ist, daß sie hier nur angedeutet und gleichsam exemplifiziert werden kann. Und nicht mehr als eine Verdeutlichung des grundsätzlich Gemeinten und bereits Gesagten zu sein, beanspruchen deshalb die folgenden Ausführungen.

Es ergibt sich hier als Grundwert und Grundidee des Rechts unübersehbar zunächst die **G e r e c h t i g k e i t**, ja dieses ist so evident,

daß auch der Positivismus es nicht einfach übersehen konnte. Ich erinnere hierzu die älteren Mitglieder unserer Vereinigung an jene Tagung in Münster vor rund einem Vierteljahrhundert, als bei der Auslegung eines positiven Artikels der Weimarer Verfassung, nämlich des Gleichheitsgrundsatzes, in einer man könnte sagen dramatischen Weise der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit und seiner Verpflichtungskraft auch für den Gesetzgeber plötzlich in den Bereich des nur positiven Rechts hereinbrach. Denn wenn auch jene Auslegung, welche durch Kollegen wie Triepel, Kaufmann, Holstein, Leibholz u. a. damals vertreten wurde, sich als Auslegung eines bestimmten Verfassungsartikels schwerlich halten ließ, dazu die ganze Diskussion durch Neufassung des Artikels hätte gegenstandslos gemacht werden können, so handelte es sich der Sache nach und insofern begründet ganz einfach darum, daß ein Grundwert der moralischen Weltverfassung, nämlich die Gerechtigkeit, im positivistischen Raum selber, seine allgemeine Beachtung fordernd, sich unüberhörbar geltend machte.

Indem nun die Gerechtigkeit jedenfalls auch verlangt, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werde, ergibt sich aus ihr zugleich ein Prinzip des ungeschriebenen Verfassungsrechts, ohne dessen Beachtung die Auslegung wie Weiterbildung des geschriebenen in rechtlicher Weise nicht möglich ist.

Doch bildet die Gerechtigkeit nicht, wie meist angenommen wird, den einzigen oder ausschlaggebenden Grundwert einer menschlichen Gemeinschaftsordnung, sondern sie bedeutet nur einen solchen neben anderen. Denn die Verfassung einer Gemeinschaft als Grundordnung des gesamten Lebens muß notwendig im Dienste aller Werte stehen, auf welchen das Leben als ein sinnvolles und wenigstens der Intention nach gutes beruht. Auch setzt der Begriff der Gerechtigkeit selber das Bestehen von Unterschieden und damit zugleich eine in sich sinnvoll gegliederte oder zu gliedernde Gemeinschaft voraus.

Als solche ungeschriebene Voraussetzung einer Rechtsverfassung von gleicher Verbindlichkeit wie das Gerechte sind hierbei das Gute, das Schöne, das Wahre und das Heilige anzusehen. Diese Grundideen der moralischen Weltverfassung, in denen sich das noch ungeschiedene Licht des Allguten wie in Strahlen bricht und besonders, bedeuten zugleich auch Grundideen der ungeschriebenen überpositiven Rechtsverfassung, die als solche auch von der geschriebenen zu beachten sind. Entsprechend wäre es von Rechts wegen etwa unzulässig, da ein Verstoß gegen den Wahrheitswert, Einrichtungen zu schaffen, die auf die bewußte Verbreitung der Lüge hinauslaufen, wie dies etwa das Propagandaministerium des Dritten Reiches tat.

Aber auch die Schönheit beispielsweise, welche dem Rechtsbereich am fernsten zu liegen scheint, hat unmittelbare Bedeutung für den Verfassungsbereich. Denn die Häßlichkeit des bürokratischen Aktenwesens des modernen Staates, die im blauen Aktendeckel etwas wie ihr Symbol findet, entzieht der Gemeinschaft die von Innen her bildenden Kräfte, das öffentliche Wesen mit Langerweile und Seelenöde verheerend. Es zeigt sich hier wirksam die Unmenschlichkeit der mechanischen Rechtsverfassung, welche feinere Seelen entmutigt, zurückstößt und vom öffentlichen Wesen fernhält, während das Grobe, Mechanische und nur Rationale gefördert und angezogen wird. Daß dabei diese bildlose Häßlichkeit des Staatswesens, die nur ein Ausdruck des Positivismus und damit der grauen Theorie und Praxis des Mephistopheles ist, keineswegs an sich zu bestehen braucht, zeigt ein Blick auf die so bild- und symbolkräftige Verfassung des mittelalterlichen Reichs. Ja, man kann sagen, daß eben diese bildlose Häßlichkeit des modernen Staatswesens die Ausbreitung des Nationalsozialismus begünstigt hat, da seine wenn auch oft geschmacklosen Symbole und Bräuche das im Menschen ansprachen, was die Dürre des modernen Staates wie ungetränkt ließ.

Es folgen weiter aus den Grundwerten und ihrer Anerkennung Konstitutionsmomente der Gemeinschaft, welche sowohl für die Aufstellung wie auch die Handhabung einer geschriebenen Verfassung als deren ungeschriebene Sinnvoraussetzungen unmittelbare Bedeutung haben. Ein solches Prinzip könnte etwa mit dem Satz ausgesprochen werden: das Niedere ist von Rechts wegen zu binden, das Höhere ist zu lösen. Damit ist gemeint, daß eine Rechtsverfassung so zu gestalten und auszulegen ist, daß sie das Gute im Menschen und in der Gemeinschaft freigibt, da dieses sich selber aus moralischer Phantasie gestalten kann, dagegen das Böse, Niedere und noch Unentwickelte bindet, damit es nicht sich und andern schadet. Denn wahre Freiheit entspricht einer Stufe der inneren Entwicklung. Sie darf daher auch von Rechts wegen nur insoweit vorausgesetzt, zuerkannt oder auch vorenthalten werden, wie dies die Sache verlangt.

Es entspricht weiter dem Wesen der moralischen Weltverfassung, daß eine Rechtsordnung nicht nur dem Groben, Stofflichen und Materiellen des Menschen dienen und dies fördern darf, sondern daß sie nicht minder auch dem Zarten, Feinen und Edlen seiner Natur zu dienen hat. Denn hinter einer Rechtsverfassung steht notwendig als auch durch die Gemeinschaft zu gestalten das wahre Bild des ganzen Menschen. Daher sind auch jene neuzeitlichen Verfassungsauslegungen und -gestaltungen unzulässig, welche im Hinblick auf die mechanische Weltverfassung nur das Leibliche und Begierdenhafte des Menschen anerkennen und fördern und

das Edlere wie einen Gewissensvorwurf bekämpfen. Wie wenig von selber sich dies heute noch versteht, zeigen Gegenwart und jüngste Vergangenheit zur Genüge.

Auch ist es bei einer Kollision von Interessen unzulässig, die geistigen den materiellen nachzusetzen oder den Standpunkt der Gewöhnlichkeit als Maßstab zu verwenden. Denn die Pflege des bloß Sinnhaften und Technisch-Zivilisatorischen, wozu die mechanische Weltverfassung drängt, untergräbt die Kultur, führt die heute bereits so deutliche Gefahr des Barbarischen herauf und macht die Gemeinschaft zu einer im höheren Sinne wertlosen.

Man könnte im Zusammenhang damit als weiteres Prinzip einer Rechtsverfassung den Satz aufstellen: das Mechanische muß im Dienst des Moralischen, das Außermenschliche im Dienst des Menschlichen stehen. Dies Prinzip entspricht dem wahren Verhältnis der moralischen zur mechanischen Weltverfassung, welches der Positivismus der Neuzeit auf den Kopf stellte. Und ohne seine Anerkennung ist es beispielsweise unmöglich, die Bürokratie zu dem zu machen, was sie an sich ist, nämlich zu einem Mittel im Dienst höherer Zwecke, während sie sich so weitgehend zum Herren des Menschen aufwirft, bestrebt, diesen für sich zum Objekt und Betätigungsfeld zu machen, wodurch seine Lage schon heute eine kaum noch erträgliche geworden ist.

Es gilt weiter als ein Prinzip des ungeschriebenen Rechts, daß die Unter- und Überordnung von Personen in der Gemeinschaft ihrer moralischen Qualität und sachlichen Eignung im Hinblick auf den ihnen zgedachten Aufgabenkreis entsprechen muß. Ohne Rücksicht hierauf ist eine sinnvolle Auslegung etwa der Beamten Gesetze nicht möglich. Zugleich verbietet dies Prinzip die nicht nur im politischen Bereich so geschätzte Praxis, nach dem Grundsatz des ungeeignetsten Mannes auszuwählen, d. h. ein Auswahlprinzip anzuwenden, bei dem nicht das wahre Interesse der Gemeinschaft und also das *bonum commune* die ausschlaggebende Rolle spielt, sondern das egoistische Interesse von Machthabenden, nicht gestört zu werden.

Es folgt weiter aus der moralischen Weltverfassung, daß es ein emanzipiertes Staatsinteresse von beliebiger Inhaltlichkeit von Rechts wegen nicht gibt noch geben kann. Denn der Staat ist nicht Selbstzweck, sondern nur eine Einrichtung im Dienst des menschlichen Miteinander. Entsprechend gilt die Verpflichtung zu moralischem Verhalten, welche als Rechtspflicht der Staat den Seinen auferlegt, für den Staat selber, d. h. für diejenigen Personen, welche Gemeinschaftsaufgaben wahrnehmen, nicht minder sondern in erhöhtem Maße. So ist der Staat etwa nicht befugt, Nahrungsmittelfälschungen vorzunehmen, welche er seinerseits verbietet oder in unredlicher Weise durch Währungsmanipulationen sich seinen Verpflichtungen zu ent-

ziehen. Der Satz Mark gleich Mark, nominelles Gehalt gleich nominellem Gehalt kennzeichnet hier das nominalistische Denken des Positivismus, der nur auf die Form hinsieht und dem in der Sache Genüge geschieht, wenn nur das leere Wort sich gleichbleibt. Auch ist es von Rechts wegen unzulässig, etwa im Wege einer Erbschaftssteuer, die in vernichtendem Maße die höheren Vermögen trifft, eine Umschichtung im Sozialen vorzunehmen, da hier der Begriff Steuer überdehnt wird und der Sache nach Enteignung bedeutet. Auch die unredlichen Praktiken im Steuerrecht, welche darauf hinauslaufen, daß nur Experten um die Notwendigkeit von Anträgen usw. wissen, ohne welche an sich geschuldete Rückzahlungen oder Ermäßigungen entfallen, seien hier erwähnt. Verdient doch der fiskalische Gesichtspunkt nur im Rahmen dessen Berücksichtigung, was als anständige Geschäftsgebarung und faires Verhalten von jedem Privaten verlangt wird. Gerade gegen diese Pflichten, die dem Staat als solchem aufliegen, hat im Wahn des Souveränitätsdogmas und der inhaltlichen Beliebigkeit des staatlichen Gebotes die Neuzeit ständig verstoßen, worauf nicht zuletzt die geringe innere Kraft und menschliche Achtung beruht, welche der Staat heute noch besitzt.

Es gehört weiter die Vorstellung zu den positivistischen Grundirrtümern und bedeutet eine Quelle ständiger Unruhe und Unsicherheit in der modernen Gemeinschaft, daß der Gesetzgeber souverän sei und daher alles regeln dürfe, und daß ständig Gesetze zu produzieren seine eigentliche Aufgabe bilde. Demgegenüber wäre festzustellen, daß die moralische Weltverfassung dem Gesetzgeber inhaltliche und aufgabenmäßige Begrenzungen auferlegt. Es ergibt sich dies rein positiv-rechtlich heute aus jenen Verfassungsbestimmungen, welche wie die Grundrechte so etwas wie Reservate für menschliche Freiheit und eigene Betätigung zu sichern suchen. Darüber hinaus aber gilt als Prinzip, daß der Gesetzgeber nur dort Gesetze erlassen darf, dann es aber auch soll, wo dies notwendig ist, d. h. durch das Gemeinwohl gefordert wird, und wo die getroffene Regelung erkennbar berechtigten Allgemeininteressen, nicht aber bloßen Parteiinteressen dient.

Indem der Positivismus sich an der mechanischen Weltverfassung orientierte ward es folgerichtig, den Menschen als „Gewaltunterworfenen“ zum Objekt ständiger Regelungen zu machen, da der Quell der Produktivität nun ebenso beim Staat zu liegen scheint wie die Summe der Macht. Betrachtet doch das mechanische Denken des Positivismus den Gesetzgebungsapparat wie einen Motor, ohne dessen ständiges Laufen alle Bewegung in der Gemeinschaft zum Stillstand kommt und also gleichsam der Tod eintritt. Demgegenüber wäre festzustellen, daß wohl bei einem Huhn das

Eierlegen als ein möglichst ununterbrochener Prozeß wünschbar sein mag und hier zugleich echte Produktivität bedeutet, dagegen alle Geschäftigkeit und aller Lärm heute nicht mehr darüber hinwegtäuschen können, daß die moderne Gesetzgebung weitgehend unproduktiv, lebensstörend und chaotisierend wirkt und durch ihr fast mechanisches Weiterlaufen die wahre Produktivität, die nur vom Menschen in Freiheit ausgeübt werden kann, untergräbt. Indem mit dem Souveränitätsdogma auch die Vorstellung aufgegeben wird, daß der Gesetzgeber gleichsam der Gott des Menschen sei statt sein Diener, würde auch die Verfassung an einem entscheidenden Punkte zur Rechtsverfassung werden.

Es folgt endlich aus der moralischen Weltverfassung und der notwendigen Verbindung menschlichen Verfassungsrechts mit ihr, daß der Bereich des öffentlichen Rechts nicht als ein solcher leerer Autorität und ohne Beziehung dieser Autorität auf etwas, was ihr Berechtigung verleiht, verstanden werden darf. Damit sind auch juristische Konstruktionen unbegründet, welche die größere Macht des Staates im Verhältnis zum Einzelnen zu ihrem Ausgang wählen oder eine schlechthinnige Unterworfenheit des Bürgers voraussetzen, was sich dann in juristischen Formeln wie dem „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“, „Gewaltverhältnissen“ und ähnlichen Mißgeburten eines rechtsleeren Denkens dogmatisch auswirkt. Denn die Besonderheit des öffentlichen Rechts beruht nicht auf einer leeren und beliebigen Autorität, die es als eine verbindliche nicht gibt und die eben durch solche Grundanschauungen und Konstruktionen als eine willkürliche in Deutschland entstehen konnte.

Vielmehr besteht die Besonderheit des öffentlichen Rechts und das, was man als seine Erhabenheit bezeichnen könnte, gerade darin, daß dieser Bereich seinem Wesen nach die Grundwerte und Grundprinzipien der Rechtsverfassung und damit zugleich die der moralischen Weltverfassung zu wahren und zu hüten hat. Allein in dieser Aufgabe und soweit sie geübt wird beruht moralisch die Überordnung des öffentlichen Bereichs und sein Recht wie seine Pflicht, private aber auch behördliche Willkür in ihre Grenzen zu verweisen. Und nur diese echte Überordnung, die aus der Verbindung mit und dem Eintreten für die Grundwerte der Gemeinschaft folgt, verleiht den staatlichen Anordnungen wahre Verbindlichkeit und begründete Autorität.

Die gebrachten Beispiele, welche sich leicht vermehren ließen, dürften genügen um klarzustellen, was unter ungeschriebenem Verfassungsrecht im Hinblick auf die moralische Weltverfassung hier verstanden wird. Insbesondere dürfte auch deutlich sein, daß es sich hier nicht um Formalbegriffe handelt, sondern um inhaltliche Bestimmtheiten, welche Anforderungen stellen.

Und zwar sind dies zuletzt die Anforderungen, welche sich aus der höheren Natur des Menschen und seinem wahren Lebenssinn ergeben. Kann doch die Gesamtheit der Ideen wie Gerechtigkeit, Wahrheit usw. mit den aus ihnen folgenden Prinzipien moralisch angesehen werden als die Gesamtheit der Momente, welche das eigentliche Wesen des Menschen und das seiner Gemeinschaft als ein Seinsollendes umschreiben.

Es sei zur Erhärtung des bereits Gesagten endlich noch darauf hingewiesen, daß allein aus dieser notwendigen Bezogenheit des geschriebenen Rechts auf die moralische Weltverfassung juristisch Probleme gelöst werden können, die auf dem Boden der positivistischen Rechtsdogmatik unlösbar sind.

Es gilt dies einmal hinsichtlich der Legitimität einer Verfassung als solcher, d. h. vereinfachend gesagt bezüglich der Frage, ob eine positive und also in Kraft stehende Verfassung juristisch verbindlich sei. Hier kann der Positivismus folgerichtig nur zu der Antwort kommen, daß jede Verfassung, die in Kraft steht, auch verbindlich ist und also eine Rechtsverfassung, da Recht und Macht ihm im entscheidenden Ansatz zusammenfallen. In Wahrheit aber ergibt sich aus dem Verhältnis der positiven Satzung zur moralischen Weltenordnung, daß jede Verfassung unverbindlich ist und also eine bloße Zwangsordnung ohne Rechtscharakter, welche in ihre Grundintentionen nicht dem Guten dient, sondern gleichsam im Aufruhr gegen dieses steht. Denn das Böse besitzt zwar Macht, aber keine Verbindlichkeit. Auch die juristische Behauptung der möglichen Unverbindlichkeit einzelner Verfassungssätze<sup>7)</sup> hat logisch die Anerkennung der moralischen Weltverfassung und deren Maßgeblichkeit zum Ansatz. Es gilt Entsprechendes bezüglich des bindenden Befehls, welchen der Positivismus folgerichtig anerkennen muß. Auch hier ist eine begründete Lösung nur durch die Bezugnahme auf die moralische Weltauffassung möglich. Und zwar ergibt sich so grundsätzlich, daß ein Befehl eben dort nicht bindend ist, wo das von ihm Verlangte die ungeschriebenen moralischen Voraussetzungen jeder Rechtsverfassung in unerträglicher Weise verletzt.

Allein aus der moralischen Weltverfassung ergibt sich auch die Möglichkeit, die Frage des Widerstandsrechts<sup>8)</sup> zu beantworten, welche selbst der Positivismus, dessen Ablehnung sie im Grunde bedeutet, vergeblich ganz zum Schweigen zu bringen versucht hat. Und zwar ist festzustellen, daß das Widerstandsrecht sich notwendig ergibt aus der moralischen Weltverfassung und damit aus der Grundpflicht, daß Gott mehr zu gehorchen ist als den Menschen. Und obwohl in Bonn die Frage des Widerstands-

<sup>7)</sup> Dazu Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951.

<sup>8)</sup> Näher E. v. Hippel, *Zum Problem des Widerstandes gegen rechtswidrige Machtausübung*, in „Die Kirche in der Welt“, 1951, S. 267ff.

rechts in den Beratungen nur angeschnitten, aber nicht durch geführt und eigentlich beantwortet wurde, bestätigt doch das Grundgesetz, wenn auch ungeschrieben, diese grundsätzliche Antwort. Denn indem es überpositive Rechtsprinzipien anerkennt, muß es auch die Verteidigung derselben folgerichtig gelten lassen, um nicht das praktisch zu negieren, was man als an sich geltend zugrunde legte.

Schließlich sei noch erwähnt, daß etwa auch die Frage nach der Einheit Deutschlands wie der Anspruch der Bundesrepublik, den Osten mit zu repräsentieren sich nicht positivistisch, sondern nur aus dem Ungeschriebenen der moralischen Weltverfassung begründet beantworten läßt<sup>9)</sup>.

### III

#### Anforderungen des ungeschriebenen Verfassungsrechts an den Staatsaufbau

Nun folgen aus dem ungeschriebenen Verfassungsrecht nicht nur Prinzipien und Bezugspunkte für die Handhabung, Auslegung und Weiterbildung einer geschriebenen und also bereits vorhandenen Verfassung, sondern auch Anforderungen an die Verfassungsgesetzgebung als solche. Anforderungen, die nicht nur einen politischen Charakter tragen oder bloß subjektiv sind und also persönliche Meinungen darstellen, sondern solche, die juristische Bedeutung im höheren Sinne dieses Begriffs besitzen. Wird doch durch sie insgesamt nichts weniger ausgesagt, als daß auch die Verfassungsgesetzgebung von Rechts wegen nicht einen Akt von beliebiger Inhaltlichkeit bedeuten kann, womit sie aus dem Bereich juristischer Betrachtung herausfiele, sondern daß sie ihrerseits gebunden ist an Rechtsprinzipien, im Verhältnis zu denen auch der Verfassungsgeber nur die Befugnis einer wenn auch weiten Ermessensfreiheit besitzt. Denn unter rechtlichem Gesichtspunkt kann es Politik von beliebiger Inhaltlichkeit als ein Verbindliches überhaupt nicht geben sondern nur Rechtspolitik, d. h. eine solche, welche sich innerhalb der Grenzen des rechtlich Erlaubten bewegt und darüber hinaus das von Rechts wegen Erforderliche zu realisieren sucht.

Damit ist nicht gesagt, daß die Verletzung dieser Prinzipien, welche sich aus der moralischen Weltverfassung ergeben, eine positive Verfassung ohne weiteres ganz oder teilweise unverbindlich macht, bzw. zu machen braucht. Wohl aber kann dies der Fall sein, dann nämlich, wenn die Mißachtung der moralischen Weltordnung durch die Verfassungsgesetzgebung im ganzen oder im einzelnen das Maß des Erträglichen überschreitet.

<sup>9)</sup> Vgl. dazu neuestens Frhr. v. d. Heydte, Deutschlands Rechtslage, in „Die Friedenswarte“, Basel 1951, S. 323 ff.

Aber auch von diesen äußersten Fällen abgesehen macht die Verletzung der Rechtsvoraussetzungen eine konkrete Verfassung jedenfalls fehlerhaft und änderungsbedürftig und bedeutet einen im echten Sinne rechtlichen Mangel. Reicht doch der Begriff einer nicht nur positivistischen Jurisprudenz hinauf bis zu den Konstitutionsprinzipien auch der Gesetzgebung. Eine Wahrheit, die durch die Kantsche Trennung von Legalität und Moralität sehr zum Unheil verschüttet worden ist. Konnte es doch nur so zu dem falschen Pflichtbegriff beliebiger Gebotsinhaltlichkeit kommen und damit zugleich zu jenem Niveauverlust der Jurisprudenz, der aus der Unterworfenheit unter beliebige Gebote sich notwendig ergibt.

Dabei unterscheidet sich der Fall einer erst zu schaffenden Verfassung von dem einer bereits positiv vorhandenen im Hinblick auf die moralische Weltverfassung dadurch, daß hier die Gebundenheit entfällt, welche eine bereits gegebene Verfassung als die Realisierung einer Möglichkeit unter vielen mit sich bringt. Denn die Bezugnahme der geschriebenen Verfassung auf die moralische Weltverfassung muß die bereits vorhandene Verfassung als Ausgangspunkt berücksichtigen, wodurch sich auch das positive ungeschriebene Verfassungsrecht eben aus jener Relation zwischen dem geschriebenen Recht und der moralischen Weltverfassung ergibt. Dagegen kommen dort, wo eine Regelung noch nicht vorliegt sondern erst zu treffen ist, die Grundwerte und Grundprinzipien der moralischen Weltverfassung unmittelbar in Frage, obwohl auch hier die Möglichkeit einer konkreten Situation zu berücksichtigen ist.

Erhebt man dabei die Frage, um welche Prinzipien dieses ungeschriebenen Rechts es sich hier handelt, so sieht man sich verwiesen auf das, was in der gewöhnlichen Terminologie als göttliches und natürliches Recht bezeichnet zu werden pflegt. Und wenn demgegenüber hier von moralischer Weltverfassung gesprochen wird, so bedeutet dies nicht eine Verkennung dieses göttlichen und natürlichen Rechts oder dessen Ablehnung der Sache nach. Wohl aber erschien es zweckmäßig, diese Worte, welche durch Abnutzung und teilweisen Mißbrauch vorbelastet sind, möglichst zu vermeiden. Dazu ergab sich der hier gebrauchte Begriff der moralischen Weltverfassung nicht nur aus der Themastellung des Referats, sondern er scheint mir auch dadurch sachlich begründet, weil er zum Ausdruck bringt, daß jene Sätze des überpositiven Rechts nicht gleichsam chaotisch und unverbunden nebeneinander stehen, sondern daß sie eine Einheit und ein Gesamt bilden, in dem die Vielfalt des Einzelnen wurzelt und das als moralische Weltverfassung hier bezeichnet wird.

Nun wurde über diese Grundwerte und Grundprinzipien schon gesprochen, da ja auf sie bereits verwiesen werden mußte auch dort, wo sich das BGG. als Bezugspunkt ergab. Und insoweit gilt bereits Gesagtes auch für das Problem der Verfassungsgebung. Daher möchte ich mich, um einen neuen Gesichtspunkt herauszustellen, beschränken auf die Frage, welche Anforderungen sich aus dem ungeschriebenen Recht etwa für den Aufbau einer konkreten Verfassung ergeben. Eine Frage, welche auch so sich präzisieren läßt: Gibt es so etwas wie ein Urbild von Verfassung überhaupt, von dem aus gesehen alle konkreten Verfassungen, wenn anders sie im höheren Sinne rechtmäßig sind, nur etwas wie Metamorphosen und nähere Konkretisierungen darstellen?

Es wird hier nun die Ansicht vertreten, daß es so etwas wie das Modell einer Urverfassung gibt und zwar nicht im statischen Sinne einer naturalistischen Technik, wohin die mechanische Weltverfassung drängt, sondern im moralischen Sinne echter Verbindlichkeit. Und zwar folgt diese Urverfassung aus der wahren Natur des Menschen, die auch für den Juristen notwendig Bedeutung besitzt, wenn anders Jurisprudenz mit Recht eine Tätigkeit zu sein beansprucht, die als solche im Dienst des Guten steht.

Im Hinblick auf dies Bild des wahren Menschen begründete Platon seine Verfassung des idealen Staates, d. h. eines solchen, welcher der Idee und in ihr der moralischen Weltverfassung genügt. Und es ergab sich ihm so die Notwendigkeit, daß die im echten Sinne Weisen, d. h. die für die Anforderungen der moralischen Weltvernunft selbstlos Empfänglichen, als Hüter der moralischen Weltenordnung die Vertreter des Fühlens und die Vertreter des nur sinnhaft sich bestimmenden Wollens von Rechts wegen leiten müssen.

Wenn nun auch das, was bei Platon als ständische Ordnung noch lebt und was in der Antike als Realität noch bestand, der heutigen persönlicheren Entwicklungsstufe nicht mehr entspricht, so ändert dies nichts an der Begründetheit der platonischen Grundkonzeption, daß nämlich im Menschen wie in der Gemeinschaft moralische, d. h. am Objektiven der kosmischen Ordnung orientierte Erkenntnis Richtungweisend sein muß. Denn wenn nicht diese höhere und selbstlose Erkenntnis mit dem, was sich durch sie an Ordnungsprinzipien ergibt, über das Fühlen bis zum Wollen und damit bis in den Bereich des Physischen und des Handelns heruntergebracht wird, wie sollen dann der Mensch und die Gemeinschaft fähig sein, als Abbild höherer Ordnungen eben jene Eigenschaften zu realisieren, auf denen das Leben als ein weisheitsvolles, mutvolles, zuchtvolles, gerechtes und liebevolles beruht?

Damit aber besteht auch von Rechts wegen die Notwendigkeit, jenem höheren Erkenntnisvermögen, das allein ständig den Mikrokosmos in Einklang mit dem Makrokosmos zu halten vermag, innerhalb des Verfassungsaufbaus selber Raum und Wirksamkeit zu verschaffen. Hierfür aber genügt die durch den Positivismus herbeigeführte Privatisierung und bloße Duldung der Vertreter des geistig-moralischen Bereichs nicht. Denn die leichtfertige Annahme, daß diese sich vielleicht irgendwie Gehör schaffen können bei den im äußeren Sinne Machthabenden ist, wie die Erfahrung zeigt, kein Ersatz für die im Rechtssinne notwendige Verbindung jeder Gemeinschaft mit der moralischen Weltverfassung, auf der selbst ihre äußere Existenz auf die Dauer beruht.

Es ist also erforderlich und eine objektive, nicht subjektive Anforderung an Verfassung schlechthin, daß die Vertreter, Wahrer und Hüter der kosmischen und also nicht nur subjektiv-egoistischen Intelligenz als sinngebendes Organ irgendwie in den Staatsaufbau eingeschaltet werden, damit Ideen und also allgemeine und verbindliche Grundsätze in der Gemeinschaft zur Wirksamkeit gebracht werden. Denn der Aufbau einer Rechtsverfassung muß offenbar so sein, daß den Anforderungen der moralischen Weltverfassung genügt werden kann und also dieser auch im Sinne des Organhaften entsprechen. Die Urverfassung als Ausdruck der wahren Ordnung des Menschen in sich selber verlangt, daß objektive Weisheit die Herrschaft in der Seele ausübt. Entsprechend aber gilt als Rechtsprinzip für die Gemeinschaft, daß eine Verfassung nur dann als Rechtsverfassung im eigentlichen Sinne angesehen werden kann, wenn in ihr Organe vorhanden sind, welche die Anforderungen der moralischen Weltverfassung in der Gemeinschaft in maßgeblicher Weise zum Ausdruck bringen können.

Wird diese Notwendigkeit nicht beachtet, so gerät die Gemeinschaft, wie die Erfahrungen der jüngsten Zeit in furchtbarer Weise bewahrt haben, in die Gewalt blinden Wollens, das sich der Erkenntnis nur noch als technisches Mittel für egoistische Ziele bedient. Wie jedoch das, was man als die höhere, da objektive und auf Ideen bezogene Erkenntnis bezeichnen kann, in der Gemeinschaft gleichsam organisatorisch zum Ausdruck gebracht wird, ist nicht mehr eine Frage rechtlicher Notwendigkeit, sondern moralischer Phantasie und jeweiliger Möglichkeit. Doch kann hier als auf ein Erfahrungsvorbild hingewiesen werden auf die Institution des Senats, in der wenn auch in rationaler Verdünnung seit den Zeiten des alten Rom ein Nachklang jenes Weisheitselements gelebt hat, dessen Hüter einst die Mysterienstätten waren.

Man wende hiergegen nicht ein, daß sich die Schwäche von Senaten gerade in der neueren Verfassungsgeschichte gezeigt habe.

Denn diese Schwäche war weitgehend die Folge einer immer mehr nur naturalistisch werdenden Weltauffassung und des ihr verbundenen Quantitätsprinzips, und sie kann in demselben Maße zurückgehen, wie die Unzulänglichkeit der mechanischen Weltverfassung für den Bereich des menschlichen Lebens eingesehen und überwunden wird. Denn wenn, wie der Naturalismus voraussetzt, alle Meinungen moralisch gleichwertig sind, muß ein Senat wie eine Beleidigung der souveränen Mehrheit erscheinen und als ein bloßes Hindernis in der Entfaltung des Willens der die Mehrheit repräsentierenden Volkskammer.

Dazu kranken in der Neuzeit die Senate daran, daß ihnen entweder eine veraltete Ständeordnung zugrunde lag oder ihre Mitglieder mehr oder weniger zufällig ausgewählt wurden und keinen Boden unter den Füßen hatten. Dagegen würde es sich heute darum handeln müssen, einen Senat aus dem geistigen Bereich selber heraus zu begründen, der, damit der Vertreter der Grundideen des Kulturbereichs und in ihm der moralischen Weltverfassung, dem Wahren, dem Gerechten, dem Schönen, dem Guten und dem Heiligen in der Gemeinschaft Ausdruck verleihen und Raum verschaffen könnte. Zwar mag bei dem gegenwärtigen Stand der Kultur des Westens dies immerhin als utopisch erscheinen. Doch ist der Mißstand der modernen Kultur eben durch den Positivismus und die Verbindung des Staates mit ihm gerade weitgehend herbeigeführt worden und kann daher durch Anerkennung der moralischen Weltverfassung und durch die Beziehung der Gemeinschaft auf sie auch wiederum behoben werden. Besteht doch kein sachlicher Anlaß, ständig als Gemeinschaftsform einen Staat beizubehalten, der als ein geistiger Emporkömmling sich aus den Brocken einer längst veralteten Wissenschaft gebildet hat. Vielmehr ist es nötig, eben diesen Staat und diese bloß diesseitige Wissenschaft zu beugen unter das, was als die moralische Weltverfassung beiden erst wahrhaft Sinn und Inhalt geben kann. Dies setzt allerdings voraus zu seiner Verwirklichung das „Opfer der Schlange“, von dem Goethe in seinem Märchen spricht, d. h. die freiwillige Unterordnung des nur in der Horizontale des Sinnenhaften sich bewegenden Denkens und auch politischen Gestaltens unter die Vertikale der moralischen Weltverfassung und der durch sie gekennzeichneten Grundwerte und objektiven Sinngehalte.

Auch widerspricht es ganz einfach der Wahrheit und ist also auch im juristischen Sinne ungerecht, wenn das moderne Staatswesen im Anschluß an die Sophistik auf der stillschweigenden Voraussetzung beruht, daß im politischen Bereich jede Meinung gleichwertig sei. Denn wenn auch diese Ansicht zu einer gewissen Toleranz geführt hat, so läuft sie doch im Endergebnis

notwendig auf die Herrschaft der Mehrheit oder auf eine Diktatur hinaus, welche diesen Mehrheitswillen gleichsam verschlingt und zu repräsentieren behauptet. Ein solcher Verfassungsaufbau aber ist im echten juristischen Sinne ungerecht, da er die Mündigen den Unmündigen, die Sehenden den Nichtsehenden, die Edlen den Unedlen unterwirft. Und so ist es nur folgerichtig, wenn etwa Diktaturen diejenigen zu Staatsfeinden stempeln, welche an mehr als an Gewalt glauben, oder wenn der Quantitätsstaat ihnen günstigenfalls eine durch Grundrechte mehr oder weniger kümmerlich umzäunte Privatexistenz erlaubt. Daher kann als ein weiteres Rechtsprinzip für den Staatsaufbau der Satz ausgesprochen werden: Die Gemeinschaft ist so zu ordnen, daß in ihr Reife und Mündigkeit gleichermaßen zum Ausdruck kommen. Denn Mündigkeit läßt zwar Mitwirkung als begründet, ja gefordert erscheinen, Reife aber muß dieser Mitwirkung Sinn und Grenzen setzen.

Es ermöglicht weiter die schlichte Wahrheitsliebe, einzusehen, daß die Konzentrierung aller politischen Befugnisse bei einem Parlament, das seinem ursprünglichen Sinn und Wesen nach nur ein Kontrollorgan war, die Einsichtsmöglichkeiten, die Fähigkeiten aber auch die moralische Substanz eines solchen Gremiums überfordert und ihm Lasten auferlegt, die es nicht tragen kann.

Es gilt dies insbesondere im Hinblick auf den Kulturbereich, der als ein seinem Wesen nach Sinngebender und Sinnvermittelnder nicht denen unterworfen werden darf, deren Aufgabe es grade sein sollte, erkannten Sinn zu verwirklichen.

Es gilt dies weiter auch im Hinblick auf den Wirtschaftsbe- reich, der seinem Wesen nach mit der ganzen Erde verbunden ist, da seine Aufgabe sich aus der Befriedigung der materiellen Bedürfnisse der Menschheit ergibt. Dafür aber muß aus der Kenntnis konkreter Lagen heraus, die sich oft ändern, unmittelbar und aus freier Initiative gehandelt werden können. Dies aber verbietet es, den Wirtschaftsbereich durch ein sachfremdes Gremium, wie es ein Parlament als zunächst politisches Organ ist, bevormunden zu lassen, denn was dabei im Endergebnis herauskommt, bezeugt heute die Erfahrung zur Genüge. Daß dabei auch der Wirtschaftsbereich seinerseits an die Prinzipien der moralischen Weltverfassung gebunden ist und nicht als von ihnen emanzipiert angesehen werden darf, versteht sich nach dem schon Gesagten von selber.

So ließe sich im Hinblick auf das eben Gesagte folgendes Rechtsprinzip formulieren: Ein Organ muß seinem Wesen nach geeignet sein, die Aufgabe zu erfüllen, die eine Verfassung ihm gibt, wobei aus seinem Vorhandensein und seiner Macht von Rechts wegen nicht auf seine Kompetenz und Eignung geschlossen werden kann.

Und weiter: Für lebensnotwendige und sachgegebene Gemeinschaftsaufgaben müssen Organe gebildet werden, die ihnen genügen können, nicht aber dürfen diese Aufgaben verkümmern, weil die vorhandenen Organe ungeeignet sind sie wahrzunehmen.

In diesem Zusammenhang offenbart sich auch ein weiterer Fehler des positivistischen Verfassungsdenkens, der sich aus seinem voluntaristischen Ansatz ergibt. Denn indem Recht als Ausdruck und Ausfluß souveränen Willens und souveräner Macht verstanden wird, erscheint es als logisch, alle Befugnisse zu zentralisieren. Ja, man kann feststellen, daß selbst der sogenannte Föderalismus diese Tendenz beibehalten hat, nur daß er an Stelle größerer Machthaber solche kleinerer Bereiche setzt, die dann mit jenen rivalisieren.

Nun liegt jedoch der Grundfehler dieser Konzeption in der Annahme, daß der Mensch nur oder zunächst ein Wollender sei, und daß diesem mehr oder weniger blinden Wollen im Interesse der Einheit und Ordnung alles andere unterworfen werden müsse. Daraus folgt dann das Prinzip der totalen Politisierung, d. h. der Sinngebung und Gestaltung der Gemeinschaft aus dem nur politisch-machtmäßigen Bereich heraus. Auch muß man leider feststellen, daß die moderne Demokratie in diesem Sinne kaum minder anstrebt, „total“ zu sein als der Führerstaat. Demgegenüber jedoch wäre festzustellen, daß dieses Organisationsschema ebenso wahrheitswidrig und lebenswidrig ist, wie es dem Gedanken des Rechts widerspricht. Denn Recht ist seinem Wesen nach eine Ordnung der Freiheit. Einer Freiheit, bedingt allerdings durch die gleiche Freiheit des andern, wie gebunden an die allgemeinen und besonderen Werte, die einer konkreten Gemeinschaft Sinn verleihen.

Daraus aber ergibt sich auch die Forderung der moralischen Weltverfassung an die Verfassungsgesetzgebung, daß diese den Einzelnen wie auch den Gemeinschaften soviel an Freiheit und Selbständigkeit lassen muß, als diese ihren Möglichkeiten nach in einer werthafter Weise realisieren können. Die entgegengesetzte Praxis, die heute weitgehend zu einer Entmündigung der Mündigen durch Parteiwesen und Bürokratie führt, ist nur die äußere Folge der Sinnblindheit des Positivismus, dem bloße Macht, leerer Wille und abstrakt-rationales und also nur technisches Denken als Konstitutionsprinzipien der Gemeinschaft gelten.

Es ergibt sich damit das Postulat der Anerkennung berechtigter Freiheitsbereiche. Die föderalistische Formel, daß Angelegenheiten, welche der kleinere Bereich sinnvoll ordnen kann, der größere nicht an sich ziehen darf, ist grundsätzlich berechtigt. Allerdings wird diese Formel heute vielfach etatistisch mißbraucht, um der Anordnungswut und dem Geltungsstreben von Macht-

habern zweiten Grades Raum zu schaffen. In Wahrheit aber handelt es sich hier um die Freiheit der echten Lebensbereiche, nicht aber um die Autonomie bürokratischer Amtssprengel.

Als Beispiele sachgegebener Selbstgestaltungsrechte seien genannt außer dem Bereich des Persönlichen jene naturgegebenen Gemeinschaften wie Ehe und Familie, wie weiter die Kirchen als religiös-moralische Gemeinschaften. Auch die Gemeinde wäre hier zu nennen, die freilich ihrerseits nach den Anforderungen der Rechtsverfassung gestaltet und nicht als bloßer Machtverband geordnet sein muß.

Darüber hinaus aber ist erforderlich, daß der Kulturbereich als Sinn gebender und der Wirtschaftsbereich als Güter schaffender grundsätzliche Autonomie besitzen. Denn die Stärke eines Staates beruht nicht auf Zentralisation und Schablone, sondern auf der Einheit in der Mannigfaltigkeit, d. h. auf dem sinnvollen und gesunden Zusammenwirken verschiedener Lebensbereiche. Dagegen krankt der politische Organismus heute nicht zuletzt daran, daß der Kulturbereich als der Sinn gebende und der Wirtschaftsbereich als der Güter schaffende politisiert werden durch die sachlich Unzuständigen und eben deshalb nur halb Interessierten.

Endlich möchte ich noch einen Gesichtspunkt der Verfassungsgestaltung herausstellen, der etwa so formuliert werden könnte: Eine Gemeinschaft muß so geordnet sein, daß sie gründet in der positiven Vergangenheit, hinsieht auf die moralische Zukunft und beides in der Gegenwart ständig verbindet.

Indem der Positivismus objektive Werte nicht anerkannte, ist er folgerichtig dazu gekommen, die Gemeinschaft auf den Sand bloßer Tagesmeinungen zu bauen. Ein Staat aber, der so nur in der Gegenwart lebt, wird notwendig ebenso zufällig und im eigentlichen Sinne grundlos und hinfällig, wie dies die Überzahl moderner Verfassungen heute ist. Demgegenüber ist jedoch festzustellen, daß jenes Bibelwort: Du sollst Vater und Mutter ehren, auf daß es dir wohl ergehe und du lange lebest auf Erden, auch für den politischen Bereich gilt und verlangt, die positive Vergangenheit zu bewahren. Indem die Neuzeit diese Ehrfurchtspflicht verletzte und sich für berechtigt hielt, im Wege bloß rationaler Kritik nach einseitigen Meinungen und Zweckgesichtspunkten ständig alles zu ändern, gelangte sie entsprechend nur zu kurzlebigen Bildungen und entzog auch der Verfassung jene Kraft, welche aus der Verbindung mit der moralischen Vergangenheit erfließt.

Und wie so die Erträge der wahren Vergangenheit zu pflegen sind und nicht durch bloße Einfälle beliebig geändert werden dürfen — was die antik-christliche Kultur des Abendlandes

zersetzte — muß eine Gemeinschaft auch bezogen sein auf die moralische Zukunft der Menschheit und also auf die moralische Weltverfassung, bestrebt, das jeweils höchste an Werten zu realisieren, was eine konkrete Lage erlaubt. Auch wären auf diese Weise das in echtem Sinne Konservative, d. h. Werte Bewahrende und das in echtem Sinne Fortschrittliche, d. h. Werte neu Realisierende, verbunden.

Es wäre an sich noch vieles zu sagen, doch könnte ich damit das grundsätzlich Gemeinte nur weiter erläutern und wer dies als ein zu Beachtendes nicht an Hand einiger Beispiele anerkennt, wird es auch nicht tun, wenn man ihm viele bringt. Denn die Anerkennung der moralischen Weltverfassung selber kann nur durch einen Akt freier moralischer Einsicht und innerer Ergriffenheit von dem, was mehr als bloße Meinung ist, erfolgen.

Und so stehe ich am Ende meiner Ausführungen, welche Ihnen zeigen sollten, daß der Begriff der ungeschriebenen Verfassung, ja der Verfassung überhaupt auf die moralische und objektive Weltordnung notwendig verweist, aus der sich auch die Grundwerte und Grundprinzipien des Staats aufbaue als eines rechtlichen und nicht bloß willkürlichen ergeben.

So wie das Zeitliche dem Ewigen untersteht und das Bedingte dem Unbedingten, kann auch die geschriebene Verfassung eine Rechtsverfassung nur sein, wenn sie hinsieht und bezogen ist auf das, was vor ihr war und nach ihr sein wird, da es an sich gilt.

Und so war es ein Zeichen zugleich der Demut wie der Einsicht, wenn in der griechischen Frühe die menschlichen Gesetze als bloße „Satzungen“ (θεσμοί) unterschieden wurden von den ewigen und „ungeschriebenen“ (ἀγραπτά) Ordnungen der Götter. An diese ewigen Ordnungen erinnerte Sophokles durch seine Antigone den Positivismus seiner Zeit als an die „ungeschriebenen und unerschütterlichen“ νόμοι,

„die nicht von heute nur und gestern, sondern immerdar lebendig sind, und niemand weiß, von wannen her.“

## Ungeschriebenes Verfassungsrecht

2. Mitbericht von Privatdozent Dr. Alfred Voigt, Heidelberg.

Das ungeschriebene Verfassungsrecht hat seit je seine Anhänger und seine Gegner gehabt. Im Jahre 1928 gab Hans Meinzolt in einem vielzitierten Aufsatz „Das Gewohnheitsrecht als Quelle des Staats- und Verwaltungsrechts“ (Bayer. Verw. Bl. 1928 S. 225 ff.) über den Stand der Frage genaue und umfassende Auskunft und stellte die These auf, eine derartige Rechtsquelle sei für das öffentliche Recht abzulehnen, da vor allem ein Bedürfnis dafür nicht vorhanden wäre; von den Mängeln allen Gewohnheitsrechts abgesehen, nämlich seiner Ungenauigkeit, mangelnden Publizität, Gefährdung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit — müsse an der grundsätzlichen Unabänderlichkeit der Verfassungen durch andere Rechtsquellen festgehalten werden, zumal die Mitwirkung des Volkes an der Rechtsschaffung durch die Verfassung genau umschrieben sei und auf andere Weise als auf dem verfassungsmäßigen Wege nicht stattfinden dürfe, wenn nicht andernfalls Willkür und Unsicherheit die Folgen seien.

Diese Äußerungen, zeitlich noch vor der Integrationstheorie Smends<sup>1)</sup> und vor Carl Schmitts Verfassungslehre<sup>2)</sup> liegend, enthalten unvermindert die gewichtigsten Bedenken auch wieder gegen das, was nunmehr vorgebracht wird.

Indes ist die Möglichkeit oder Unmöglichkeit ungeschriebenen Verfassungsrechts für die modernen Verfassungsgesetze gar nicht in complexu zu beantworten, weil die in der Verfassungsurkunde vereinigten Bestimmungen einen sehr verschiedenen Charakter tragen. Zwar ist eine jede Verfassung wie das GG ein ideelles Ganzes, nicht bloß eine Summe von Normen, sondern die Zusammenstellung ist planvoll, sie ist der Absicht einer möglichst sachlichen Vollständigkeit entsprungen. Herkömmlich ist eine Verfassung erst vollständig, wenn sie außer einem organisatorischen Teil auch Grundrechte enthält; herkömmlich betrachtet man als Merkmale eines Rechtsstaates die schriftliche Verfassung selbst, die Gewaltenteilung und Grundrechte. So ist jene allbekannte Zweiteilung in den meisten modernen Verfassungen üblich. Aber

<sup>1)</sup> Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928); entworfen bereits 1923 in „Die politische Gewalt im Verfassungsgaata und das Problem der Staatsform“, Festgabe für Wilhelm Kahl.

<sup>2)</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), vgl. insbes. S. 24 ff., 102 ff.

der Grad der juristischen Qualität ist in den beiden Teilen und innerhalb derselben verschieden. Die Kompetenzen der drei Gewalten lassen sich mit Exaktheit bestimmen nach gegenständlichen und mitunter zeitlichen, räumlichen Gesichtspunkten. Die Wortführer der politischen Strömungen und Interessen haben sich geeinigt, so und nicht anders bei den höchsten Staatsaufgaben verfahren zu wollen. Anders liegen die Dinge im Grundrechtsteil, hier geht regelmäßig die Absicht weit über das hinaus, was jedenfalls mit den Mitteln einer dort äußerst kursorisch vorgehenden Gesetzgebung überhaupt erreicht werden kann. Die zugrundeliegende Absicht, nämlich dem einzelnen Bürger im Staate ein menschenwürdiges Dasein zu garantieren, bedürfte eigentlich eines Gesetzbuches, das den Umfang des BGB bald erreichte und etwa in einer Zusammenstellung der einschlägigen Spezialgesetze bereits jetzt einige Bestandteile hätte.

Der Sinn des Grundrechtsteiles ist aber nicht nur der, jene spezialgesetzlichen Bestimmungen der erschwerten Abänderbarkeit zu unterwerfen, sondern ein Grundrechtsteil soll — und insofern befand sich Friedrich Naumann s. Zt. auf dem richtigen Wege<sup>3)</sup>, soll ein Bekenntnis zu denjenigen Grundsätzen darstellen, nach denen das Gemeinschaftsleben vernünftigerweise geordnet sein muß. Das Verhältnis Staat-Bürger, als ein gegenseitiges Verhältnis, erhält durch die Formulierung ausschließlich von Grundrechten des einzelnen allerdings ein einseitiges, zu optimistisches Aussehen, und sodann ist dieses Verhältnis derart diffizil, daß es mit den gebräuchlichen Generalklauseln, wie Würde, Gleichheit und den verschiedenen Freiheiten nur unvollkommen, d. h. juristisch vage charakterisiert ist.

Ähnlich steht es dann innerhalb derjenigen Partien der geschriebenen Verfassung, die man als die organisatorischen bezeichnet, mit allen Bestimmungen, welche die Institutionen als solche betreffen<sup>4)</sup>.

Die Verfassung ist ein Gesetz, aber ein Gesetz eigentümlicher Art, ein Gesetz, das mehr als jedes andere eine moralische Haltung herbeiführen will. Das wollen und können Gesetze als solche im allgemeinen nicht, für das Handelsgesetzbuch ist es gleichgültig, ob die Kaufleute vorteilhafte, unvorteilhafte oder mäßige Geschäfte abschließen, das Ehegesetz macht nicht den Versuch, die Eheleute zu einem harmonischen und pflichtbewußten Zusammenleben anzuhalten, die Verfassung dagegen hat solche pädagogischen Impulse, sie ist — wie man es in einer der ersten französischen Ver-

<sup>3)</sup> Vgl. Protokolle des Verfassungsausschusses der Weim. Nat.-Verf. S. 179ff. Versuch gemeinverständlicher Grundrechte des Abg. Friedrich Naumann mit ausführlicher Begründung . . . .

<sup>4)</sup> Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), S. 10ff.

fassungen ausgedrückt findet — „anvertraut der Treue der Gesetzgebenden Versammlung, der Verwaltungsorgane und der Richter, anvertraut der Wachsamkeit der Familienväter, der Frauen und Mütter, der Liebe, der der Jugend und der Seelenstärke aller Bürger“<sup>5)</sup>). Wäre dieser Erfolg einfach auf gesetzgeberischem Wege herbeizuführen, so könnte ein Verfassungstext sich mit einer allgemeinen Ermahnung begnügen. In Anbetracht dessen ist es auf dem Wege der Gesetzgebung wenigstens möglich, in einer lapidaren Sprache außer der Gewährung von Grundrechten diejenigen Symbole zu errichten, an denen eine patriotische Gesinnung erfahrungsgemäß sich zu bilden vermag: Die Flagge, die Staatsform, das Parlament, das Staatsoberhaupt, der Bund usw.

Das vordringliche Anliegen des organisatorischen Teils sind dann die Kompetenzen, sie sind in der Tat das juristisch Faßbare an den Institutionen außer ihrem Bestande selbst, und insofern unterscheidet sich dieser Teil von gewöhnlichen Gesetzen wenig, seine juristische Wirkung, die Rechtslogik ist prinzipiell ähnlich, die pädagogische Absicht gibt sich nur mittelbar kund. Umgekehrt im Grundrechtsteil: hier drängt die pädagogische Absicht zu unmittelbarem Ausdruck und die juristische Präzision hinkt hinterher. Mehr wird ein Menschenbild beschrieben, als daß Kompetenzen verteilt werden. Zwar sind die Freiheitsrechte äußerlich so formuliert, als seien sie genau so Kompetenzen wie eine Präsidentenwahl, eine Gesetzgebungsbefugnis, ein Verordnungsrecht oder sonst eine Bestimmung zur Ausbalanzierung der Staatsgewalten, tatsächlich aber liegen die Freiheitsrechte auf einer anderen Ebene, sie sind den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung desto einschneidender unterworfen, je allgemeiner sie formuliert sind. Und ebenso haben diejenigen Normen, welche die obersten Prinzipien und Einrichtungen des Staatsaufbaues betreffen, ihren eigentlichen Geltungsgrund in einer bereits vorhandenen staatsbejahenden Gesinnung der Gesamtheit.

Eine danach vorzunehmende Einteilung der Verfassungsnormen, wie sie hier wieder benötigt wird, ist der Allgemeinen Rechtslehre und Verfassungslehre nicht fremd<sup>6)</sup>, wie etwa folgende Begriffsbildungen beweisen:

Apriorische, substantielle, analytische Normen gegenüber synthetischen, konservierende gegenüber aktuellen, autonome gegenüber heteronomen, essentielle Normen gegenüber akzidentellen, Gesinnungsnormen gegenüber gesellschaftlichen, darstellende im Verhältnis zu anordnenden, Verfassung ist unterschieden worden von Verfassungsgesetz<sup>7)</sup>, Verfassung als Ergebnis der universal-

<sup>5)</sup> Französische Verfassung von 1795, Art. 377.

<sup>6)</sup> Vgl. die ausgezeichnete, zusammenfassende Darstellung durch Friedrich Darmstaedter, *Recht und Rechtsordnung* (1925).

<sup>7)</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), S. 11 ff., 25 f.

geschichtlichen Entwicklung<sup>9)</sup> gegenüber Verfassung als Ergebnis der Staatsfunktionen<sup>9)</sup>, auch Generalnormen im Gegensatz zu Funktionsnormen u. a. m.

Das hierbei durchweg verfolgte Prinzip der Dichotomie läßt zwar die mannigfachen Übergänge außer acht, es erfaßt nur die Extreme, aber es liefert doch die Ausgangspositionen jeder Dialektik. So wenig die gefundenen Einteilungen restlos zu befriedigen vermögen, da sie selber wiederum unscharf sind, so soll ja auch nicht das Ziel sein, daß man die einzelnen Sätze der geschriebenen Verfassung wie in zwei getrennte Kästchen verteile und jedes für sich betrachte, als Hilfsmittel der Hermeneutik ist jene Dichotomie immerhin von Wert.

Entweder beginnt eine Verfassungsnorm mit den Worten „es gibt, — es besteht“ — oder sie paßt in ein Satzschema: „der oder jener, diese oder jene Stelle ist hierzu oder dazu befugt“. So ist es für den modernen Staat eben wesentlich, daß es eine bestimmte Staatsform und ein Staatsgebiet, daß es drei verschiedene Staatsgewalten gibt und daß es Grundrechte gibt, der Macht des Gesetzgebers sind hier gewisse immanente Grenzen gesetzt; würde eine Verfassung plötzlich das Privateigentum gänzlich aufheben, Wahlen überhaupt für unzulässig erklären, eine Regierungsbildung unter Strafe stellen, so wäre nur ein unabsehbares Chaos die Folge. Dagegen ist für die Formen des Mißtrauensvotums, die Arten der Gesetzesinitiative, die Stellung des Kanzlers im Kabinett, die Dauer von Fristen zunächst nur wesentlich, daß dies alles überhaupt geregelt ist, das „wie“ der Regelung berührt den Gesamtzustand verhältnismäßig wenig. Infolgedessen liegt hier der Schwerpunkt wirklich überwiegend im positiven Gesetz, wie dort in der vorgegebenen allgemeinen Rechtsüberzeugung, im Rechtsgefühl, in der Billigkeit, in einer bereits vorhandenen, lebendigen, wirklichen Ordnung, die durch das geschriebene Recht nicht geschaffen — als vielmehr wesentlich nur exemplifiziert, aufgefunden, abgebildet werden kann<sup>10)</sup>. Das geschriebene Verfassungsrecht versucht also von zwei Seiten her — durch die Idealnorm und die Kompetenznorm — in jene Mitte des Politicums vorzudringen, in welchem die staatliche Existenz in der Einheit von moralischer Pflicht und Rechtsmacht ruht.

Setzt indes bei jenem eben bezeichneten Begriffspaar die Idealnorm zunächst die Annahme auch ungeschriebenen Verfassungsrechts bereits voraus, so kann infolge der zugegebenen, sachlichen

<sup>9)</sup> So im Sinne der Rickertschen Philosophie. Darmstaedter a. a. O. S. 64, 155.

<sup>9)</sup> Näheres bei Darmstaedter a. a. O. S. 72 ff.

<sup>10)</sup> Vgl. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 160/164 ff. Jetzt wieder Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen* (1951), S. 15, 16, 24.

Unschärfe der Dichotomie — es gibt Kompetenzen, die Grundrechte der Organe sind — die Bedeutung ungeschriebenen Verfassungsrechts auch für Kompetenznormen nicht von vorneherein verneint werden; es wird im weiteren zu zeigen sein, daß entsprechend der verschiedenen Gestalt, in der das geschriebene Verfassungsrecht sich von zwei Seiten her der undurchdringlichen Mitte des Politicums nähert, so auch das ungeschriebene Verfassungsrecht beide Male ein verschiedenes Aussehen hat.

Diese Differenzierung schließt aber nicht aus, von ungeschriebenem Verfassungsrecht als solchem zu sprechen und nach Merkmalen zu suchen, die jene Unterscheidung noch unberührt lassen.

Auffällig ist zunächst, daß für das ungeschriebene Verfassungsrecht die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht“, „Verfassungsgewohnheitsrecht“ wahlweise Verwendung fand<sup>11)</sup>, womit zugleich eine Charakterisierung vorgenommen wurde, die des Näheren zu betrachten ist.

Die Gleichung: Ungeschriebenes Recht = Gewohnheitsrecht ist im Bereiche des Privatrechts entwickelt worden und paßt in erster Linie für dieses. Gewohnheitsrecht setzt eine tatsächliche, im ganzen gleichförmige allgemeine Übung von gewisser Dauer in Vergangenheit und Gegenwart voraus, und es muß „der Rechtswille“ bestehen, der Wille nämlich, eine bindende Regel zu verwirklichen. Gefordert wird ferner das Merkmal einer — wenn nicht organisierten — so doch tatsächlich vorhandenen, „gewachsenen“, „natürlichen“ Gemeinschaft als Träger des Gewohnheitsrechts<sup>12)</sup>. Der romantische Volksbegriff, der bei dieser Definition nachwirkt, ist für das ungeschriebene Verfassungsrecht noch verwendbar hinsichtlich derjenigen Größen, mit denen vorzugsweise zu rechnen sein wird: Parlament, Regierung, Ministerialbürokratie, Staatsoberhaupt; denn die hier amtierenden Persönlichkeiten, aus einer komplizierten Selektion in die Einrichtungen gelangt, sind nicht nur Funktionäre eines geäußerten oder von ihnen vermuteten Gemeinwillens, sondern sie tragen als solche in und mit den Institutionen zur Verwirklichung des Staates bei und integrieren diesen und das Volksganze, zu dem sie ja gehören.

Es soll grundsätzlich auch nicht bezweifelt werden, daß ungeschriebenes Verfassungsrecht mit den gleichen Merkmalen wie Gewohnheitsrecht zustande kommen kann, aber die Möglichkeiten sind auszudehnen:

---

<sup>11)</sup> Hans Meinzolt, Das Gewohnheitsrecht als Quelle des Staats- und Verwaltungsrechts, im Bayer. Verw.-Bl. 76. Jahrg. (1928), S. 225ff. mit ausführlichen Nachweisen. Neuerdings v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz in Anm. 6 zu Art. 20; Bachof a. a. O. S. 44f.

<sup>12)</sup> Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Einl., Allg. Teil, 13. Aufl. (1931), S. 87, 105ff.

Eine tatsächliche und im ganzen gleichförmige Übung von gewisser Dauer. . . (Enneccerus)! Für das ungeschriebene Verfassungsrecht muß das Merkmal der „gewissen Dauer“ am fragwürdigsten erscheinen: Sie wird durch die Kurzlebigkeit der geschriebenen Verfassungen und der von ihnen geforderten wechselvollen Weltanschauungsdogmatiken gehemmt und wird sich darüber hinaus einfach unter dem Eindruck der noch schneller sich ablösenden politischen Erfordernisse oft nicht herausstellen können. Läßt man aber dieses Merkmal fallen, so ist davon die Tatsächlichkeit der Übung betroffen, denn bereits für sie, für einen allmählichen Übergang von einer bloßen Übung zu einem daraufhin behaupteten Recht kann die Zeit zu kurz sein. Dennoch zwingt die Befürchtung vor unkontrollierbarer Willkür noch nicht zu einer Ablehnung der Möglichkeit ungeschriebenen Verfassungsrechts: Denn bedeutsame Regulative stellen sich ein, das u. U. schlagartige Reagieren der anderen von den drei Staatsgewalten, die öffentliche Meinung, die Billigkeitsmaßstäbe, die in der „Natur der Sache“ liegen, auch das — zumal angesichts der Verfassungsgerichtsbarkeit gesteigerte Erfordernis des Beweises. Insofern kommt dann der Rechtswissenschaft eine regulierende Wirkung von unabschätzbarer Bedeutung zu<sup>13)</sup> — und dies vor allem, was die gewisse Gleichförmigkeit der Übung betrifft, ein Merkmal, an welchem festzuhalten ist und das im Gegensatz zur Tatsächlichkeit nicht die Einheit des Ortes mitumgreift, sondern aus der Rechtsvergleichung und historischen Erfahrung festgestellt werden kann.

Beim Merkmal des „Rechtswillens“ schließlich wäre die Parallele zum Gewohnheitsrecht einigermaßen zutreffend, einschließlich der dort zugegebenen Ausnahme eines Gewohnheitsrechts ohne Rechtsgewohnheit, daß nämlich bei revolutionären Umgestaltungen und elementaren Äußerungen des Volkswillens der unmittelbare Rechtsgeltungswille, die tatsächliche Durchsetzung desselben zur Rechtserzeugung genügt<sup>14)</sup>.

Betrachtet man nach diesen Ausweitungen die älteren wissenschaftlichen Äußerungen zum Problem des ungeschriebenen Verfassungsrechts, die Darlegungen von Georg Jellinek 1906<sup>15)</sup>, Heinrich Triepel 1908<sup>16)</sup> und diejenigen von Rudolf Smend 1916<sup>17)</sup> in der Festgabe für Otto Mayer, so ist aus ihnen zu

<sup>13)</sup> So jetzt aus allgemeineren Zusammenhängen Carl Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1949).

<sup>14)</sup> Enneccerus a. a. O. S. 87, 111.

<sup>15)</sup> Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906).

<sup>16)</sup> Heinrich Triepel, *Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung in Staatsrechtl. Abhandlungen*, Festgabe für Paul Laband (1908), Bd. II, S. 247—335.

<sup>17)</sup> Rudolf Smend, *Ungeschr. Verf.-Recht im monarchischen Bundesstaat* in Festgabe für Otto Mayer (1916), S. 245—270.

ersehen, wie die Herstellung und Durchbildung des konstitutionellen Staates sich nicht ohne Schwierigkeiten vollzog und wie die von der älteren Wissenschaft behandelten Fälle auch keineswegs nur punktueller Natur sind und etwa nicht bereits die politischen Grundentscheidungen der Verfassung betreffen. Allein der Zusammenbruch von 1918, das Ende des monarchischen Konstitutionalismus, ist doch für das Verfassungsrecht, das geschriebene und das ungeschriebene, von unverminderter Eindringlichkeit, da seitdem gerade politische Grundentscheidungen, an die einst die Bismarcksche Verfassung fest und sicher geknüpft war, zu ihrer Neugestalt sich nur unter unsäglichen Mühen und Kämpfen durchringen.<sup>18)</sup> Die Verfassungstheorie stellte einen sehr weiten Begriff der materiellen Verfassung auf, der schließlich nicht viel mehr als die konkrete Ordnung in ihrer Faktizität umgriff<sup>19)</sup> und die Maßstäbe des Rechts an schwankende Soziologismen preisgab; die geschriebenen Verfassungen versuchen seitdem die ihnen notwendig innewohnende gesetzliche Zwangskraft möglichst weit bereits auf die politischen, ideologischen Grundentscheidungen hin zu erstrecken — aus diesem Bestreben erklären sich gewisse Formulierungen, die man häufig nicht einmal mehr als Idealnormen wird bezeichnen dürfen, weil ihre normierende Wirkung zu gering ist.

In der Bismarckschen Reichsverfassung war von Zoll- und Handelswesen, von der Eisenbahn, von Post und Telegraphie, Marine, Schifffahrts- und Konsulatswesen ausführlich die Rede — das Bonner Grundgesetz beschwört die Würde des Menschen, die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Gleichberechtigung der Geschlechter, die „verfassungsmäßige Ordnung“, die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ usw. Alle diese Wendungen haben den Charakter von Ermahnungen, Wünschen — sie offenbaren die „Motivationsprinzipien“, um einen von Ernst Forsthoff 1931 für ähnliche Erscheinungen im Verwaltungsrecht gebrauchten Ausdruck zu verwenden<sup>20)</sup>. Eine klärende Parallele, wie diese Prinzipien anzusehen sind, bietet der Grundsatz von „Treu und Glauben“ im BGB: diese gelten dort nicht nur in den im BGB angezogenen Sachverhalten, sondern überhaupt und allgemein für alle Rechtsverhältnisse. Jene Klauseln der Verfassung sind entsprechend nichts anderes als Ermahnungen zu demokratischer Treue und demokratischem Glauben, Er-

<sup>18)</sup> Eindrucksvolle Darstellung bei Carl Schmitt, *Gefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches* (1934).

<sup>19)</sup> Mit Betonung immanenter Werthaftigkeit noch z. B. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftl. Denkens* (1934), S. 20ff; Karl Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens* (1938), S. 28ff.

<sup>20)</sup> Ernst Forsthoff, *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat* (1931), S. 12f.

mahnungen an die allgemeine Vernünftigkeit, denn alles, was vernünftig ist, ist auch demokratisch. Die Vernünftigkeit allein aber ist noch nicht subsumtionsfähig, und es gibt keine „menschliche Würde im Rechtssinne“. Auch stimmen jene Prinzipien nicht etwa nur oder wenigstens typisch in denjenigen Zusammenhängen, in denen sie im Verfassungstext auftreten, sondern sie stimmen durchweg — aber sie vermögen eben zur „Bindung an das Gesetz“ nichts beizutragen, und ihr ausdrückliches Erscheinen allein bedeutet noch keine Änderung positiven Rechts, als sei nun die Demokratie dadurch eine bessere als eine gewöhnliche geworden<sup>21)</sup>. Ebensowenig sind jene Formulierungen geeignet, die sog. Einfallstore ungeschriebenen Verfassungsrechts zu sein, da sie überhaupt Rechtsnormen weder zu konstituieren noch zu spezialisieren vermögen<sup>22)</sup>.

Das ungeschriebene Verfassungsrecht setzt das Vorhandensein einer geschriebenen Verfassung, genauer gesagt: die Ideal- und Kompetenznormen der geschriebenen Verfassung voraus, denn wenn eine solche fehlt, so ist das ungeschriebene Verfassungsrecht identisch mit dem Verfassungsrecht, und seine mangelnde Schriftlichkeit ist erst im Vergleich mit ausländischem schriftlichen Verfassungsrecht bemerkenswert, und davon soll nicht die Rede sein.

Soweit nach der geschriebenen Verfassung überhaupt Subsumtion stattfindet, ist für ungeschriebenes Verfassungsrecht kein Raum, sondern nur für Interpretation geschriebenen Rechts. Dabei mag auf Ungeschriebenes zurückgegriffen werden, es wird aber noch nicht das ungeschriebene Recht als eigene Rechtsquelle konstituiert, die *consuetudo iuxta* oder *secundum legem* ist nichts anderes als Anwendung geschriebenen Rechts unter der gebotenen vernünftigen Berücksichtigung der Umstände, die aber von dem schriftlichen Rechtsgebot noch erfaßt werden. Es handelt sich lediglich um ein selbstverständliches Moment des Rechtsverständnisses, wenn an das geschriebene Recht Beobachtungen aus der realen Wirklichkeit zu seiner Unterstützung herangetragen werden, und es interessiert nicht weiter, ob dann gewisse Erfahrungsgrundsätze sogar als Rechtssätze auch gelten würden, wenn der betreffende geschriebene Rechtssatz nicht vorhanden wäre, denn sie sind ja durch diesen gedeckt<sup>23)</sup>.

<sup>21)</sup> Bestritten. Vgl. z. B. Wilhelm Grewe, in *Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, Drei Gutachten* (1951), S. 42 und oft. Ulrich Scheuner ebenda S. 67, 72, 76

<sup>22)</sup> Anders Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen* S. 30ff.

<sup>23)</sup> Ernst Forsthoff, *Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, in *Schriften der Königsberger Gelehrten-Gesellschaft* (1940), S. 12, 29.

Das Vorhandensein ungeschriebenen Verfassungsrechts beweist sich vielmehr erst, wenn das positive Gesetz schweigt. Dabei ist Voraussetzung, daß der Zusammenhang der geschriebenen Verfassung ergibt, daß das Schweigen, die Lücke, nicht ihrerseits im Sinne einer Aussage zu werten ist, etwa einer Ablehnung einer bestimmten Frage — erst wenn diese Interpretation ergebnislos bleibt, ist nach ungeschriebenem Verfassungsrecht *praeter legem* zu suchen.

Nun ist allerdings dieses erst aus dem kanonischen, nicht aus dem römischen Recht stammende „*praeter*“ nicht ganz eindeutig und hat hier einen Spezialsinn, der schwer zu übersetzen ist: *praeter* deutet eine Mittellage zwischen *secundum* und *contra* an, also „über hinaus, aber doch im Rahmen des anderen, vom anderen nicht ausgeschlossen, sondern von ihm mit eingeschlossen, zu ihm hinzukommend“. Ein Recht „*praeter legem*“ ist ein Recht, das zwar aus der *lex* nicht unmittelbar, auch nicht durch Interpretation zu entnehmen ist, das aber in ihr enthalten wäre, wenn der Gesetzgeber das Problem bemerkt hätte oder sonst imstande gewesen wäre oder jetzt wäre, eine Entscheidung zu treffen. Das ungeschriebene Verfassungsrecht ist ein *ius praeter legem*, das mithin das geschriebene Verfassungsrecht ergänzt, ohne seinen Boden zu verlassen, insbesondere ohne sich mit gesetzlich getroffenen Regelungen in Widerspruch zu setzen. Auf diese Weise wird ungeschriebenes Verfassungsrecht am häufigsten aus der Analogie von Verfassungsbestimmungen in Erscheinung treten, wie dies sich gerade jetzt bei der Erörterung der Frage nach den ungeschriebenen Bundeskompetenzen gezeigt hat.

Artikel 30 des GG: „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt“, verdient hinsichtlich des letzten Wortes „zuläßt“ eine Erläuterung: Der Sinn des Substantivs „Regelung“ ist als Objekt zum Verbum „treffen“ oder zum Verbum „zulassen“ ein verschiedener. Das Grundgesetz trifft eine Regelung, indem es selber eine Kompetenz erteilt. Das Grundgesetz läßt eine Regelung zu, indem es aus seinen sonstigen Bestimmungen und aus seinem Gesamtzusammenhang gestattet, daß die Regelung gewisser Angelegenheiten durch den Bund vorgenommen wird. Dann kann ungeschriebenes Verfassungsrecht *praeter legem* eine Bundeszuständigkeit begründen<sup>24)</sup>.

Wenn ferner für den Fall der Gesetzgebungszuständigkeit Art. 70 Abs. 2 bestimmt: „Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemißt sich nach den Vorschriften

<sup>24)</sup> Ablehnend Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht (1951), S. 132f.

dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung“, so berührt die Frage der Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang mit einem aufgeführten Stoff das ungeschriebene Verfassungsrecht nicht, sondern betrifft die Interpretation geschriebenen Rechts. Aber ungeschriebenes Recht ist durch Art. 70 Abs. 2 keineswegs ausgeschlossen, denn der Bund bleibt zuständig zur Gesetzgebung über seine Verfassung, seine eigene Behördenorganisation und alles, was sich aus der Natur der Sache ergibt, soweit weder die einschlägigen Idealnormen noch der Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes, z. B. die Gliederung in Länder, dabei verletzt werden<sup>25)</sup>.

Wie überhaupt ungeschriebenes Verfassungsrecht praeter legem besonders im Bereich der Kompetenznormen zu entstehen vermag, dafür bietet unsere Rechtsentwicklung seit 1871 zahlreiche Beispiele, und zwar wären hier für die Verfassung des Kaiserreiches anzuführen<sup>26)</sup>: das Recht des Reiches, Thronfolge- und Regentschaftsfragen in den Ländern zu regeln (Fälle in Braunschweig und Lippe); das Recht der Adresse und das Interpellationsrecht des Altreichstages; das Recht des Altreichskanzlers, im Reichstage gehört zu werden nicht in seiner Eigenschaft als preußischer Bevollmächtigter im Bundesrat, sondern in Fragen der Reichspolitik; das Recht des Kaisers, den Bundesrat permanent zu lassen, obgleich die Verfassung von einer alljährlichen Berufung sprach; das Initiativrecht des Kaisers im Bundesrat; anerkannt ist ferner als Rechtssatz ungeschriebenen Verfassungsrechts seitdem die Treuepflicht der Länder zum Bunde mit den sich aus ihr ergebenden besonderen Pflichten und Kompetenzbeschränkungen der Länder. Dieser Grundsatz galt in der Weimarer Zeit weiter, so daß Art. 48 Abs. 1 Weim.R.V. auf die Fälle für anwendbar erklärt wurde, daß ein Land die auswärtige Politik des Reiches durchkreuzte oder Feinde des Reiches in einer Landesregierung Aufnahme fanden.

Im Rahmen der Weimarer Reichsverfassung waren unbestritten die Gesetzgebungszuständigkeit des Reiches aus der Natur der Sache, insbesondere über Behördenorganisation und Anstalten des Reichs, über Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (Umstände, welche den Parlamentarischen Rat jetzt dazu veranlaßten, den Zuständigkeitskatalog des GG sorgfältiger auszugestalten); das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten fußte teilweise auf einer weiten Auslegung von Art. 48 Abs. 2, teilweise, nämlich in der Ausdehnung auf wirtschaftliche Vorgänge auf ungeschriebenem Verfassungsrecht. Nicht dagegen — was noch erwähnt

<sup>25)</sup> So auch Wilhelm Grewe in Bundesrecht und Bundesgesetzgebung, Bericht über die Weinheimer Tagung . . . (1950), S. 30f., 39ff.; Maunz a. a. O. S. 133, in sehr abgewogenen Formulierungen.

<sup>26)</sup> Literatur vgl. oben Anm. 15—17.

sei — kam es zu solchen Rechtsbildungen bei der Übernahme des parlamentarischen Systems in die Reichsverfassung, etwa dergestalt, daß die Regierung bereits zurücktreten müsse, wenn ein neugewählter Reichstag eine Minderheit für die Regierungskoalition aufweise, und ebensowenig ist der Rücktritt der Regierung Stresemann 1923 nach einem abgelehnten Vertrauensvotum als Wirkung ungeschriebenen Verfassungsrechts aufgefaßt worden<sup>27)</sup>.

Diese soeben von 1871 an in den Hauptdaten gekennzeichnete Entwicklung des ungeschriebenen Verfassungsrechts hat sich unter dem Bonner Grundgesetz in den charakteristischen Merkmalen erhalten, die Diskussion über ungeschriebene Bundeszuständigkeiten bezeugt dies<sup>28)</sup>, und auch die Bundestreue der Länder als eine Pflicht aus ungeschriebenem Verfassungsrecht ist wieder bedeutungsvoll geworden, wie der Fall des hessischen Gesetzes über das Mitbestimmungsrecht zeigte<sup>29)</sup>.

Alle diese Beispiele betreffen Kompetenznormen, und stets ist die Möglichkeit ungeschriebenen Verfassungsrechts im Rahmen der geschriebenen Verfassung praeter legem zu bemerken. Was die Idealnomen anlangt, so scheidet — was zunächst die verfassungsmäßigen Einrichtungen, also vor allem die obersten Organe betrifft, die Bildung ungeschriebenen Verfassungsrechts hier an der Unmöglichkeit, daß durch eine Rechtsbildung praeter legem etwa nicht die Grundprinzipien der Verfassung durch Störung oder Beseitigung der Ausbalanzierung aufs empfindlichste getroffen würden. Dagegen wird man für die Grundrechte eine solche Rechtsbildung praeter legem zuzugeben haben, da der Grundrechtskatalog als exemplifikativ angesehen werden muß<sup>30)</sup>.

Das ungeschriebene Verfassungsrecht bildet somit zusammen mit der geschriebenen Verfassung das Verfassungsrecht und dient der sachgerechten Abhilfe kodifikatorischer Unzulänglichkeiten.

Das ungeschriebene Verfassungsrecht ist erkennbar aus der Fülle der verfassungsrechtlich wesentlichen politischen Erfahrungen, Anschauungen und Praktiken, die sich im Laufe der staatlichen und kulturellen Entwicklung bewährt haben und als billig und gerecht angesehen werden.

Aus der notwendigen Verknüpfung mit dem Inhalt der geschriebenen Verfassung ist dabei für die Anwendung ungeschrie-

<sup>27)</sup> Fritz Herber, *Unschrieb. Verfassungsrecht und die Stellung der Reichsregierung nach Neuwahl des Reichstages*, Diss. Jena (1933).

<sup>28)</sup> Vgl. oben Anm. 25 und Erich Küchenhoff in „*Deutsches Verwaltungsblatt*“ (1951), S. 585ff., 617ff.

<sup>29)</sup> Urteil des Hess. StGH vom 4. 8. 1950 a. E., *Staatsanzeiger Hessen* 1950, Beilage 7 zu Nr. 37.

<sup>30)</sup> Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I* (1950), S. 59.

benen Verfassungsrechts Voraussetzung, daß die vorhandenen politischen Verhältnisse durch die geschriebene Verfassung im großen und ganzen erfaßt werden, eine „intakte Verfassungslage“ besteht.

Diese Erwägungen führen zur Lösung der Frage, ob ungeschriebenes Verfassungsrecht contra legem sich auswirken könne: Die Berufung auf ungeschriebenes Verfassungsrecht ist in diesem Falle nicht statthaft<sup>31)</sup>. Bei Kompetenznormen bringt auch die sehr lange Nichtausübung einer verliehenen Kompetenz diese nicht zum Erlöschen, noch vermögen neue Kompetenzen zu erwachsen, wo ein vorhandener Katalog — wie immer grundsätzlich zu vermuten — enumerativ zu nehmen ist. Mag nun zwar das Bonner Grundgesetz den Ausnahmezustand unzureichend regeln, so muß dennoch verneint werden, daß das Staatsnotrecht deshalb dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zu entnehmen sei. Vielmehr läßt ein Vergleich der Art. 37, 81 und 91 erkennen, daß die Anwendung verfassungsmäßiger Notrechte auf jene geregelten Fälle beschränkt bleiben soll. Darüber hinaus hätte Berufung auf Staatsnotstand nur noch Argumente des Naturrechts, aber nicht mehr solche ungeschriebenen Verfassungsrechts für sich<sup>32)</sup>, es läge ein revolutionärer Akt vor, ungeachtet daß er zur Wiederherstellung der Verfassung unternommen sein könnte. Nur eine Ermächtigung der Legislative wäre ein verfassungsrechtliches Faktum.

Fehlt es an der intakten Verfassungslage etwa infolge eines Streiks der Parlamentarier oder einer Wahlbeteiligung von nur 15%, so bietet das ungeschriebene Verfassungsrecht ebensowenig Hilfe wie das geschriebene, sondern eine unmittelbar sich durchsetzende Autorität wird neues Verfassungsrecht, geschriebenes und ungeschriebenes oder nur das letzte erzeugen. Alle Versuche — vorzüglich im Bereich der Idealnorm — mit ungeschriebenem Verfassungsrecht contra legem zu argumentieren, sind in verfassungsrechtlichen Begriffen verhüllte Überlegungen rein naturrechtlicher Art.

Es ist daher der Möglichkeit zu widersprechen, daß geschriebenes Verfassungsrecht wegen entgegenstehenden ungeschriebenen Verfassungsrechts verfassungswidrig und ungültig sein könne<sup>33)</sup>. Zwar besteht die unverkennbare Gefahr von Unbequemlichkeiten, ja von Mißständen durch Verfassungsbestimmungen, welche der Gerechtigkeit nicht dienlich sind. Aber die Gültigkeit

<sup>31)</sup> So im Ergebnis ebenfalls Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht (1951), S. 43, 134.

<sup>32)</sup> Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung (1919), S. 302. Entgegen Ulrich Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner GG., in Festgabe für Erich Kaufmann (1950), S. 318—320.

<sup>33)</sup> Zu diesem Problem Otto Bachof a. a. O.

der geschriebenen Verfassung, die Bindung an das Gesetz sind selber und an sich Werte von solcher Qualität, daß in derartigen Konfliktslagen bei Versagen anderer Möglichkeiten, vor allem der Verfassungsänderung, abgewartet werden muß, bis das Maß der Mißstände so unerträglich geworden ist, daß die Verfassung als ganze infolge Wegfalls ihrer Legitimität darüber zu Fall komme<sup>34)</sup>. Das braucht nicht durch eine Revolution zu geschehen, es liegt in der Macht der Gesetzgebungsorgane, eine allgemeine Verfassungsreform, eine Totalrevision vorzunehmen, es steht in der Befugnis der Bürger, eine solche Maßnahme sachentsprechend vorzubereiten, wie z. B. in der Weimarer Zeit Erörterungen über die Reichsreform nicht nur unbeanstandet, sondern sogar offiziell unterstützt waren. Aber es gibt von vornherein kein Mittel gegen rechtstechnische Entgleisungen des Verfassungsgesetzgebers, kein Mittel gegen den Mißbrauch der dem Verfassungsgesetz eigentümlichen qualifizierten Rechtsmacht zur Durchsetzung momentaner, tagespolitischer Zwecke. Auch Unabänderlichkeitsklauseln, mögen sie noch so zweitrangigen Zielen dienen, überschreiten die Befugnis eines Verfassungsgesetzgebers nicht und sind in jedem Falle bindend<sup>35)</sup>.

Der Gesichtspunkt, daß das gegenwärtige Volk nicht für das zukünftige eine bindende Entscheidung zu treffen in der Lage sei, kann nicht ausschlaggebend sein — ist doch das zukünftige Volk schon allein durch die verfassungsmäßigen Institutionen und durch ihre natürliche Eigenständigkeit auf stärkste gebunden, und sind wir doch alle, auch und gerade im politischen Bereich, durch die überwältigende Mehrheit der Vielen, die nicht mehr leben, ungleich inniger gebunden als durch gegenwärtige Abstimmungsergebnisse, denen wir uns trotz Stimmungsmaßigkeit und Zufall unterwerfen müssen.

<sup>34)</sup> Im gleichen Sinne Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), S. 15/16 = Südd. Jur. Z. 1946, S. 107: „der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“.

<sup>35)</sup> Anders Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung (1931), S. 23 ff.

## Ungeschriebenes Verfassungsrecht

### 3. Aussprache

Scheuner-Bonn: Die beiden Herren Referenten haben es der Diskussion nicht leicht gemacht. Das Feld unserer heutigen Beratungen, das ungeschriebene Verfassungsrecht, ist ein wichtiges und teilweise höchst aktuelles Problem des Verfassungsrechts, auch des Rechts der Bundesrepublik. Es hat seine tieferen Grundlagen in der Rechts- und Staatstheorie. Die beiden Berichte, die wir gehört haben, haben sich in der Hauptsache mehr in theoretischen Vorfeld dieses Gegenstandes gehalten. Von Herrn v. Hippel haben wir heute morgen einen weitausgreifenden rechtsphilosophischen Vortrag über Probleme des Naturrechts und der moralischen Ordnung vernommen, in dem ich, um es offen auszusprechen, die nähere Beziehung zu unserem Thema teilweise vermißt habe. Herr Voigt hat uns ein Referat vom entgegengesetzten Standpunkt eines extremen Positivismus gehalten; auch er hat, wie mir scheint, nur einen Teil des Themenbereiches abgeschritten.

Der Fragenkreis des ungeschriebenen Verfassungsrechts kann entweder von einer rechtsphilosophischen oder von einer soziologischen Grundlage aus in Angriff genommen werden. Es geht dabei um das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit auf der einen, von gesetztem Recht und höheren Geboten des Rechts und der Sittlichkeit auf der anderen Seite. Die Verfassung als normative Ordnung steht in einer ständigen Spannung zu der politischen Realität. Sie ist in ihrer Kraft und in ihrem Bestande gebunden an jene ungeschriebenen geistigen und politischen Voraussetzungen, die Dietrich Schindler als *Ambiance* bezeichnet hat. Das ist eine erste Feststellung nach der soziologischen Seite hin. Darüber hinaus sind die notwendigerweise unvollständigen Normen der Verfassung von einem Kranze von Regeln des Herkommens, von Konventionen des politischen Verhaltens und Verfahrens umgeben, die im Laufe der Zeit zu verbindlichem ungeschriebenen Recht erstarken können. Umgekehrt können auch positive Gebote der Verfassung ihre rechtliche Geltung verlieren. Endlich aber spielt ungeschriebenes Verfassungsrecht eine erhebliche Rolle dort, wo aus dem Gesamtsystem der Verfassung, aus sachlichen oder funktionellen Zusammenhängen ungeschriebene Kompetenzen einzelner Organe oder des Bundes gegenüber den Ländern ab-

geleitet werden. In diesem Bereich geht es also im Ganzen um die Frage, wieweit sich Verfassungsrecht auch praeter und contra legem bilden kann, und wieweit das geschriebene Gesetz überhaupt auf den ungeschriebenen Grundlagen der politischen und sozialen Ordnung aufgebaut ist.

Daneben führt die rechtsphilosophische Untersuchung unseres Themas dazu, danach zu fragen, ob das positive Recht der Verfassung unter den Geboten und Schranken einer höheren naturrechtlichen Ordnung steht. Diesen grundsätzlichen Fragenbereich möchte ich hier nicht erörtern, nachdem er schon in so großer Ausführlichkeit heute morgen zur Sprache gekommen ist. Ich möchte mich dagegen mit einigen Bedenken befassen, die ich gegen die Thesen des zweiten Referates empfunden habe. Herr Voigt hat gegenüber der Bildung ungeschriebenen Verfassungsrechts einen kritischen Standpunkt von einer streng positivistischen Haltung aus eingenommen. Seine Stellungnahme erscheint mir freilich allzusehr von allgemeinen rechtstheoretischen Erwägungen bestimmt und zu wenig den Blick auf die einer soziologischen Betrachtung der Wirklichkeit sich bietenden Erscheinungen gerichtet. Jede Verfassung bedeutet den Versuch, das Bild einer bestimmten, ideal vorgestellten Ordnung für die Zukunft zur Norm des politischen Lebens zu erheben. Sie gibt aber niemals dies Bild in allen Einzelheiten, sondern sie bedarf immer der ergänzenden Ausgestaltung durch die Verfassungsentwicklung. So hatte etwa die Weimarer Verfassung ein parlamentarisches System mit klar gezeichneten Zügen festgelegt, daneben aber eine starke Stellung des Reichspräsidenten geschaffen, die weit weniger sicher von Anfang an umrissen war, und daher in starkem Maße der Gestaltung durch die Zukunft überlassen blieb. Daraus hat sich dann, unter gewiß ungewöhnlichen Verhältnissen, eine Verfassungsumbildung entwickeln können, die aus dem parlamentarischen Regime schließlich in eine von der Vorherrschaft des Präsidenten bestimmte Regierungsweise hinüberführte und damit im Wege ungeschriebener Wandlung die Grundlagen der Verfassung weitgehend veränderte. Auch das Grundgesetz enthält solche offenen Fragen, die erst die kommende Entwicklung beantworten wird. Ob es wirklich gelungen ist, die Stellung der Bundesregierung erheblich zu stärken, welchen Einfluß die Länder über den Bundesrat auf den Bund zu üben vermögen, das sind Fragen, die das geschriebene Recht nicht eindeutig beantwortet. Mit Nachdruck möchte ich jedenfalls gegenüber Herrn Voigt betonen, daß ich an der Möglichkeit einer Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht auch praeter und contra legem festhalte. Das Recht ist eine lebendige geistige Funktion der Gemeinschaft, es wird von ihrem Rechtsbewußtsein getragen und gestaltet. Der Verfassungsgeber ist nicht in der Lage, die Bildung

von Gewohnheitsrecht zu untersagen. Noch weit weniger ist es möglich, daß der Verfassungsgeber oder der Gesetzgeber die Anwendung naturrechtlicher Grundsätze verhindern kann. Wenn man als Positivist das Naturrecht leugnet, dann braucht man es nicht zu verbieten. Bekennt man sich dagegen zu einer materialen Grundlage des Rechts, so ist sie dem positiven Zugriff entzogen. Hier geht es um letzte Schranken des rechtlichen Gewissens, auf die sich, wie uns die jüngste Vergangenheit gelehrt hat, im äußersten Fall unabhängig von jedem formell legalen Gebot der einzelne muß berufen können und die er sogar verpflichtet sein kann, dem unrechtmäßigen Gebote des gesetzlichen Machthabers voranzustellen. Herr Voigt hat darauf verwiesen, das Verfassungsrecht könne gewisse Bestandteile der Verfassung für unabänderlich erklären. Er hat weiter gemeint, an der positiven Regelung der Verfassung müsse, auch wenn die Wirklichkeit sich anders entwickle, unter allen Umständen festgehalten werden, bis diese rechtliche Regelung in sich zusammenbräche. Mich erfüllen diese Äußerungen mit schweren Bedenken. Sie scheinen mir die Aufgabe der Staatsrechtslehre zu verkennen. Gewiß ist es der Sinn der Heraushebung unabänderlicher Grundlagen einer Verfassung, wie wir sie heute im Grundgesetz finden, einen „legalen“ Umsturz der demokratischen Ordnung zu verhüten und es ist nicht Aufgabe der Interpretation, diese Grundentscheidung zu umgehen. Wohl aber ist es der Sinn staatsrechtlicher Arbeit, die Verfassungsordnung lebendig und wirksam zu erhalten und es nicht dahin kommen zu lassen, daß der Bestand des Ganzen infolge einer starren Interpretation, wie sie Herr Voigt vorschreiben möchte, durch Abweisung jeder Anpassung an die Fortentwicklung der politischen Kräfte, gefährdet wird und schließlich zusammenbricht. Der Verfassungsgeber kann nicht beanspruchen, durch seine positive Ordnung die Einzelheiten der Entwicklung bis in ferne Zeiten beherrschen zu wollen.

Das ausländische Verfassungsrecht liefert uns genügend Beispiele für eine Anerkennung ungeschriebenen Verfassungsrechtes, auch *praeter* und *contra legem*. Aus dem Bereich des ungeschriebenen Rechts der Kompetenzen mag erwähnt werden, daß der britische König nach älterem Recht — das freilich wie alles britische Verfassungsrecht auch seinerseits ungeschrieben ist — einem Gesetze die Zustimmung verweigern darf. Dieses Vetorecht ist indes seit 1705 nicht mehr ausgeübt worden, und man ist heute einig, daß es auch nicht mehr ohne Bruch der Verfassungstradition ausgeübt werden kann. Ein Fall der Überwindung geschriebenen Verfassungsrechtes durch ungeschriebene Gewohnheit mag dem neueren französischen Recht entnommen werden. Die Verfassung von 1946 schreibt vor, daß über einen Vertrauensantrag der Regierung nicht vor 24 Stunden abgestimmt werden darf. Im

Jahre 1948 aber hat der Ministerpräsident Bidault durch eine Erklärung das Schicksal der Regierung mit der Annahme eines bestimmten Gesetzes verknüpft und ist, als die alsbald nachfolgende Abstimmung negativ auslief, zurückgetreten. Hier hat sich eine lange Parlamentstradition in Frankreich als stärker erwiesen als der Versuch, sie durch geschriebenes Recht beiseitezusetzen. Wie sehr die Frage nach dem ungeschriebenen Verfassungsrecht tatsächlich ein brennendes Problem der Praxis ist, kann endlich der lebhaften Diskussion entnommen werden, die heute in der Bundesrepublik um das Problem der ungeschriebenen Kompetenzen des Bundes geführt wird.

Bilfinger-Heidelberg: Es wurde erwähnt, daß der Kollege Smend die Frage des ungeschriebenen Verfassungsrechts (unter dem Gesichtspunkt insbesondere der Bundestreue) schon im Jahre 1916 behandelt hat. Ich gedenke dabei der Tatsache, daß Smend es gewesen ist, dessen eben erwähnte Schrift mich während meiner Tätigkeit im Staatsministerium meines Heimatlandes auf das Problem des ungeschriebenen Verfassungsrechts hingeführt hat; es wurde damals im Ministerium die sogenannte Elsaß-Lothringen-Frage behandelt. Bemerkenswert hierbei ist, daß Laband in einer zu der genannten Frage abgegebenen Äußerung jedenfalls im Ergebnis von seinem strengen Positivismus abgewichen ist. — Es taucht hier auch das „Lückenproblem“ auf und dabei ergibt sich die Frage, soweit überhaupt echte „Lücken“ in der Verfassung vorhanden sind, auf welchem Rechtsboden können sie ausgefüllt werden? Das wäre allerdings Sache einer längeren Debatte. Soviel möchte ich aber sagen, ich glaube nicht, daß man hier mit „Gewohnheitsrecht“ kommen darf, denn das sind Fragen, die auf einer höheren Sphäre des Rechts liegen. So ist auch vieles, was heute gesprochen worden ist, nicht eigentlich zum Problem der Verfassungsauslegung gehörig, aber wir müssen uns ja auch damit befassen. — Für meine Person muß ich jedenfalls sagen, daß ich von den Vorrednern, besonders aber von den beiden Herren Referenten, viel gelernt und manche Anregung empfangen habe.

Schätzel-Bonn: Ich darf an das anknüpfen, was Herr Kollege Scheuner gesagt hat. Herr v. Hippel hat ein großes System von Fragen aufgebaut, über das man Tage lang diskutieren könnte. Ich meine aber, wir sollten uns in der Diskussion auf Wünsche und Anregungen beschränken, die uns auf den Nägeln brennen (Beifall). Bei aller Anerkennung für die Bemühungen des Herrn Referenten ist es doch so, daß die Versammlung gern einiges über das geltende Verfassungsrecht, insbesondere das Bonner Grundgesetz hören möchte, und das ist, meine ich, bisher etwas zu kurz gekommen. Gestatten Sie mir deshalb, daß ich hierzu noch einiges beibringe.

Jede Verfassung zerfällt, wie wir wissen, in zwei Teile, sie enthält einen Grundrechtsteil und daneben einen rein organisatorischen Teil, der sich mit dem Aufbau des Staates und den Zuständigkeitsregelungen befaßt. Der Grundrechtsteil des Bonner Grundgesetzes bekennt sich zum Naturrecht, wie aus der Präambel ersichtlich ist und wie man aus der Institutsgarantie des Artikels 19 und der Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte im Art. 1 erkennt. Man wollte also nur gewisse vorstaatliche Normen aufgreifen und in Worte kleiden. Es hätte bei ihnen nach der Auffassung des Gesetzgebers einer ausdrücklichen Kodifizierung nicht bedurft, um ihnen den Charakter von Rechtsnormen zu verleihen. Deshalb ist es ohne weiteres möglich, auf diese vorstaatlichen Normen zurückzugreifen, um Lücken auszufüllen oder Auslegungszweifel zu beseitigen. Insoweit gibt es also ein ungeschriebenes Verfassungsrecht. Ein Vergleich mit gleichartigen Regelungen in Nachbarländern wird in Fällen dieser Art auch Hinweise geben. Allerdings ist eins zu beachten. In diese Grundrechte sind vielfach Bestimmungen eingeschmuggelt worden, die keinen Grundrechtscharakter haben und daher eigentlich nichts darin zu suchen haben. Der Grund dafür liegt darin, daß die Verfassung und insbesondere der Grundrechtsteil einen erhöhten Schutz gegen Abänderung bieten. Daher lag die Versuchung nahe, in die Verfassung und den Grundrechtsteil andersartige Bestimmungen hineinzubringen, denen man auf diese Weise den erhöhten Schutz erschwerter Abänderbarkeit verschaffen wollte. Bei Bestimmungen dieser Art wäre natürlich ein Rückgriff auf naturrechtliches Gedankengut nicht möglich.

Bei dem zweiten, dem organisationsrechtlichen Teil der Bonner Verfassung liegt es anders. Die Konstruktion eines Staates ist mehr oder weniger Zweckmäßigkeitsfrage und läßt sich naturrechtlich nicht begründen. Aber hier greift ein anderer Gesichtspunkt ein. Wir kennen im Verfassungsrecht verschiedene Verfassungstypen, die sich in ähnlichen Formen in einer Mehrzahl von Staaten finden und von der Wissenschaft als besondere Staatsformen anerkannt und beschrieben werden. So gibt es z. B. den Typ des parlamentarischen Staates, wie er in England, den nordischen Staaten und Holland besteht, ohne daß er verfassungsmäßig fixiert wäre. Der Haager Internationale Gerichtshof hat daher im Memelstreit 1932 solche Regeln des parlamentarischen Staates anwenden können, obgleich sie in der Memeler Verfassung selbst nicht enthalten waren. Aus diesen allgemeinen Regeln eines bestimmten Verfassungstyps werden sich daher bei Lücken der geschriebenen Verfassung Ergänzungen finden lassen.

Zu den ungeschriebenen Verfassungssätzen scheint mir auch der zu gehören, daß sich neues Verfassungsrecht praeter und contra

legem bildet. Herr Scheuner hat hierzu eine Reihe von Beispielen gebracht, ich darf diese um einige vermehren. Im französischen Verfassungsrecht der dritten Republik hat sich schon sehr früh, soviel ich weiß in den 70er Jahren, entgegen dem geschriebenen Gesetz der Grundsatz herausgebildet, daß der Präsident der Republik nicht das Recht der Auflösung der Kammer hatte. Die französische Staatsrechtslehre um 1900 spricht daher dem Präsidenten dieses Recht ab. Ein weiterer Fall ist der des Artikels 48 der Weimarer Reichsverfassung. Obgleich die Weimarer Nationalversammlung es ausdrücklich abgelehnt hatte, dem Präsidenten ein Notverordnungsrecht zu geben, hat sich später, als die Gesetzgebung des Reichstags ins Stocken geriet, ein solches Notverordnungsrecht gewohnheitsrechtlich entwickelt, das sowohl vom Reichsgericht wie auch von der Doktrin nicht beanstandet wurde. Ein anderer bedeutsamer Fall dieser Art hat sich bei den Vereinten Nationen ereignet. Obgleich Artikel 27 der Satzung vorschreibt, daß zur Annahme eines Beschlusses im Sicherheitsrat ein vote affirmatif sämtlicher fünf Großmächte erforderlich sei, ist tatsächlich die Praxis entstanden, Stimmhaltungen nicht mitzuzählen. Die Frage der Gültigkeit der Maßnahmen der UNO in Korea hängt von der Beantwortung dieser Frage ab. Sowjetrußland beruft sich auf die ursprüngliche Fassung des Art. 27 des Statuts und bestreitet daher die Gültigkeit der gegen Nordkorea gefaßten Beschlüsse; die Vereinigten Staaten vertreten dagegen den Standpunkt, daß dieser Artikel durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht bereits abgeändert sei. Das Bonner Grundgesetz kennt kein Mißtrauensvotum gegen einzelne Minister. Trotzdem sind solche Mißtrauensvoten gegen die Minister Schäffer und Erhard bereits eingebracht und eingehend diskutiert worden.

Es sind dies nur einige Fälle, die für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes contra legem angeführt werden können. Es sei dabei daran erinnert, daß zum Teil in der staatsrechtlichen Theorie der Grundsatz vertreten wird, daß kein Gesetzgeber das Recht habe, seinem Gesetze Unabänderlichkeit beizulegen. Mit besonderer Schärfe ist dies z. B. von dem dritten amerikanischen Präsidenten Jefferson betont worden, der ausdrücklich erklärt hat, daß keine Generation berechtigt sei, eine künftige Generation gesetzmäßig zu binden.

Hugelmann-Göttingen: Ich muß bekennen, daß ich ein besonderes Interesse an den Ausführungen des Vormittags genommen habe, und ich bin in Verlegenheit, da ich hierzu etwas bemerken möchte, obwohl gesagt worden ist, daß darüber nicht diskutiert werden solle. Nun, ich hoffe, Sie gestatten mir dennoch, einige Bemerkungen anzuknüpfen an das, was von dem Kollegen v. Hippel heute morgen in so anregender Weise referiert worden ist.

Es ist versucht worden, ein metajuristisches Verfassungssystem zu entwickeln, das hinter allen positivistischen Regelungen, selbst hinter Gewohnheitsrecht steht, über allen staatlichen Regelungen, über allen geschriebenen Verfassungen, aber auch über allen ungeschriebenen, soweit sie auf Gewohnheitsrecht beruhen. Das waren alles hochinteressante Gedanken, denen ich im allgemeinen beitreten kann. Bedenken muß ich jedoch anmelden gegen eine Reihe von Konkretisierungen, die da versucht wurden. Ich meine, wenn wir hinter den Verfassungen noch etwas Metajuristisches suchen, an dem alles positive Verfassungsrecht sein Maß findet, dann müssen doch diese Regeln so sein, daß man nicht wieder auf etwas anderes zurückgreifen muß. Nun hörten wir: eine Verfassung muß berechnete Freiheitsbereiche achten, oder aber sie muß wenigstens die positive Vergangenheit bewahren. Da frage ich: was ist positiv? Was sind berechnete Freiheitsbereiche? Wir haben darüber noch nichts gehört. Da scheint mir der Rekurs auf die metajuristischen Regeln wieder inhaltsleer zu werden. Ich habe in dieser Richtung erhebliche Bedenken.

Dann ist das zweite, was über Demokratie ausgeführt wurde. Ich bin mir darüber nicht ganz klar geworden, aber es schien mir, als ob zum Wesen der Demokratie auch gerade Freiheit, grundsätzliche Freiheit gerechnet wurde; und da weiß ich nicht, ob nun ausgerechnet das zum Wesen der Demokratie gehört. Mir scheint das viel näher dem Gedankenkreis des Liberalismus zu liegen. Demokratie ist Mehrheitsentscheidung, Mehrheit kann aber diese Freiheit auch niedertrampeln, nicht anders als eine Minderheit oder ein einzelner es tun kann. Weiter schien der Herr Berichterstatter von der Demokratie Überdurchschnittliches zu erwarten. Ist es nicht vielmehr wesentlich für die Demokratie, daß sie den anständigen Durchschnitt und das Gewöhnliche zur Norm macht? Ist es nicht gerade so, daß nur eine echte Elite etwas über dem Durchschnitt, über dem Gewöhnlichen zur Norm machen kann? Wir dürfen heute natürlich eine Eliteverfassung nicht versuchen. Wir haben mit solchen Versuchen schon zweimal Schiffbruch erlitten, das zweitemal geradezu in grotesker Weise. Wir müssen jetzt also demokratisch regieren, aber wir müssen es mit nüchternem Wissen tun, daß zunächst das Durchschnittliche, das Gewöhnliche der Maßstab unserer Politik wird. Das ist unausweichlich, wenigstens für eine noch junge Demokratie.

Dann bin ich über noch einen Begriff nicht ganz im klaren. Es ist von einer notwendigen Beziehung einer Verfassung, wenn sie das sein will, zum Guten gesprochen worden. Wir haben aber auch gehört, daß das Wesen der Freiheit des Menschen darin liegt, sich für gut oder böse zu entscheiden. Er kann sich also auch für das Böse in der Verfassung entscheiden, und das ganze

Verhalten der Staatsbürger kann dazu führen, daß die Verfassung schlecht wird. Wir können also Worte wie: die Verfassung kann oder muß nur so oder so gestaltet werden, nicht als richtig gelten lassen. Wenn ein Mensch wirklich die Freiheit hat, sich für gut oder böse zu entscheiden, dann wird er den sittlichen Anforderungen nicht immer und in jedem Falle Genüge leisten. Ich frage deshalb: hat also die Verfassung, wenn sie sich nicht für das Gute entschieden hat, überhaupt nicht mehr eine Bedeutung als Verfassung?

Und noch eine letzte Sache, auf die ich hinweisen und bezüglich deren ich schwere Bedenken anmelden muß. Sie betrifft die Behauptung, daß die Politik schlechthin eine Funktion des Rechts sei. Ich meine, das geht in idealisierender Weise am Wesen der Politik vorbei. Politik wird vielleicht in Rechtsschranken eingefangen und daran gehindert werden können, diese Schranken zu überschreiten. Aber ich möchte unterstreichen, daß das politische Handeln nicht eine Funktion des Rechts schlechthin ist. Es gibt eine Menge Sachen, die der Politiker tun muß und die er im Rahmen des Rechts tun kann, die aber doch keine Verwirklichung der Rechtsfunktion als solcher darstellen.

Verzeihen Sie, meine Herren, diese Bemerkungen, aber Bedenken sind mir in erster Linie in bezug auf diese rechtsphilosophischen Fragen gekommen.

von der Heydte-Mainz: Gestatten Sie vorab, daß ich zur Klärung des Begriffes des ungeschriebenen Verfassungsrechts einen Vorschlag mache. Der Ausdruck ist äquivok. Es gibt, wenn ich die Dinge recht sehe, nicht eine, sondern drei Erscheinungsformen ungeschriebenen Verfassungsrechts. Da ist einmal die Norm des Naturrechts, die über der geschriebenen Verfassung steht und in deren Licht die geschriebene Verfassung auszulegen ist. Daneben stehen — von dieser überpositiven Norm zu scheiden — ungeschriebene Verfassungsrechtssätze, die aus dem System heraus entwickelt werden, um Lücken auszufüllen; so z. B. auf dem Gebiet der Gesetzgebungszuständigkeiten diejenigen Kompetenzen, die man schon in Weimar „aus der Natur der Sache“ heraus abzuleiten versucht hat. Eine dritte Erscheinungsform ungeschriebenen Verfassungsrechts endlich sehe ich in den Normen, die sich auf dem Wege des stillen Verfassungswandels durch eine „broad interpretation“ der geschriebenen Verfassung entwickeln und gewöhnlich politische Erscheinungen erfassen und rechtlich fundieren, die der Verfassungsgesetzgeber selbst entweder nicht gesehen oder deren rechtliche Fundierung er nicht gewollt hat.

Zu den Normen ungeschriebenen Verfassungsrechts der ersten und der zweiten von mir genannten Art gehört auch die Norm, die das Verhältnis der einzelnen geschriebenen Verfassungs-

bestimmungen zueinander bestimmt. In jeder Verfassung gibt es einen wertmäßigen Unterschied zwischen den einzelnen Artikeln, und die Norm, die diese Rangordnung der einzelnen Verfassungsartikel festlegt, ist meist eine Norm ungeschriebenen Verfassungsrechts. Eine Änderung dieser Norm ungeschriebenen Verfassungsrechts kann den ganzen Charakter und Sinngehalt einer geschriebenen Verfassung ändern.

Ich darf hier auf die Praxis des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs verweisen, der sich in den Entscheidungen der letzten Jahre häufig zu diesen ersten beiden Formen ungeschriebenen Verfassungsrechts bekannt und vor allem den verschiedenen Rang der einzelnen Verfassungsbestimmungen immer wieder betont. So hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof vor einem Jahr in einem bemerkenswerten Urteil festgestellt, daß es in der Bayerischen Verfassung Verfassungsbestimmungen von solch hervorragender, gewissermaßen grundnormartiger Bedeutung gäbe, daß sie eben Ausdruck überstaatlichen Rechts seien und daß geschriebene Verfassungsbestimmungen, die solchen Grundnormen widersprechen, verfassungswidrig und damit nichtig seien.

Wenn man jede dieser drei Erscheinungsformen ungeschriebenen Verfassungsrechts für sich betrachtet und jede einer besonderen Würdigung unterzieht, kommt man, wie ich glaube, weiter in der Erkenntnis der Existenz und des Wesens des ungeschriebenen Verfassungsrechts; es mag ein Fehler der beiden Referate gewesen sein, daß sie die verschiedenen Erscheinungsformen ungeschriebenen Verfassungsrechts nicht klar unterschieden und, wenn ich recht verstanden habe, nur von den beiden ersten von mir genannten Formen gesprochen haben.

Nawiasky-München-St. Gallen: Ich bedauere, daß am heutigen Verhandlungstag infolge des ersten Referats, das in der Hauptsache eine zweistündige moraltheologische Vorlesung war, so wenig Zeit für eine eigentliche staatsrechtliche Aussprache geblieben ist. Demgegenüber hat das Korreferat von Herrn Voigt den Positivismus in einer sehr ansprechenden Form vertreten. Ich möchte mich in aller Form zu einem richtig aufgefaßten Positivismus bekennen. Wodurch unterscheidet sich denn das geltende Recht von bloßen Gesetzesprojekten als dadurch, daß es in irgendeiner Weise gesetzt, anders ausgedrückt positiviert ist? Ich muß mich auch gegen das in der Diskussion vertretene Recht zur Revolution aussprechen. Revolution bedeutet nach meiner Auffassung Vernichtung des Rechts, und ein Recht auf Vernichtung des Rechts erscheint mir widersinnig. Eine Revolution kann unter Umständen aus moralischen oder politischen Gründen gerechtfertigt sein. Aber die Revolutionäre sollten den Mut haben, zu bekennen, daß sie sich aus von ihnen als höherwertig erachteten moralischen oder poli-

tischen Motiven gegen das als minderwertig angesehen und darum untragbare positive Recht erhoben haben.

Andererseits scheint mir aber Herr Voigt den Begriff des ungeschriebenen Verfassungsrechts viel zu eng gefaßt zu haben. Meines Erachtens gibt es drei Fälle von ungeschriebenem Verfassungsrecht. Einmal handelt es sich um Länder ohne geschriebene Verfassung: Hauptbeispiel England. Auch die deutschen Länder nach 1945 hatten zunächst keine geschriebenen Verfassungen. Zweitens gibt es Länder, bei denen nur ein Teil des Verfassungsrechts geschrieben ist: bei diesen muß man ungeschriebenes Verfassungsrecht zur Ergänzung heranziehen. Besonders wichtig ist aber drittens der Sachverhalt, daß es überhaupt kein Recht gibt, das man allein aus dem geschriebenen Wortlaut heraus verstehen und anwenden kann: man muß vielmehr in jedem Fall fragen, was hinter diesem Wortlaut steckt. Damit verhält es sich folgendermaßen.

In meiner „Allgemeinen Rechtslehre“ habe ich dargelegt, daß jeder geschriebene Rechtssatz der Interpretation bedarf, um seine wahre Tragweite festzustellen. Häufig aber genügen nicht die üblichen Auslegungsarten wie Wortinterpretation, Sinnesinterpretation, systematische Interpretation usw., sondern man muß auf die vorrechtliche Grundidee, von der die rechtsetzenden Faktoren ausgegangen sind und von der sie sich bewußt oder unbewußt leiten ließen, zurückgehen. Besonders oft muß man auf diese unausgesprochenen Grundvorstellungen bei der Auslegung von Verfassungsnormen rekurrieren. Dabei kann man nicht, wie Herr Voigt gemeint hat, einzelne Sachgebiete, etwa die Kompetenznormen, ausscheiden. Denn auch diese bedürfen der Auslegung, um ihre Bedeutung richtig zu bestimmen. So erweist sich, daß hinter den geschriebenen Rechtssätzen in jedem Fall ungeschriebene stehen, die erst im Wege der Auslegung ermittelt werden können. Hierbei handelt es sich um den wichtigsten Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts.

Herrfahrdt-Marburg: Herr v. Hippel hat als grundsätzliche Möglichkeiten ein moralisch begründetes und ein mechanisch-positivistisches Weltbild gegenübergestellt. M. E. sind wir damit noch nicht zu letzten Entscheidungen vorgedrungen; sondern hinter beiden Möglichkeiten stehen, meist unterbewußt und schwer definierbar, letzte Wertungen, die an die Grenzen unseres Erkenntnisvermögens stoßen und mit vieldeutigen Ausdrücken, wie „Gemeinwohl“, bezeichnet zu werden pflegen. Je nach Zeitverhältnissen kann bald eine auf Gerechtigkeit gerichtete moralische Ordnung, bald eine an Rechtssicherheit orientierte positivistische Ordnung bevorzugt werden. Unmittelbar aus letzten Werten lassen sich aber konkrete juristische Tagesfragen nicht entscheiden.

Demgemäß kann auch das Verhältnis zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Verfassungsrecht ein verschiedenes sein. Unsere gegenwärtigen deutschen Verfassungen enthalten zum großen Teil unausgetragene, mehrdeutige Formelkompromisse, die die beabsichtigte juristische Entscheidung nicht bringen. Dann kann nur ungeschriebenes Recht die Lücken ausfüllen.

Ich bedauere, daß so grundlegende Fragen, wie sie Herr v. Hippel hier aufgeworfen hat, in unserer gegenwärtigen politischen Praxis zu kurz kommen. Obwohl viele unserer Kollegen bei der Bundesregierung tätig sind, werden sie meist durch juristische Kleinarbeit so in Anspruch genommen, daß die metajuristischen Probleme auf weite Sicht ungeklärt bleiben. Das Grundgesetz wird als juristisch auszulegende feste Grundlage benutzt. Wir würden es besser nur als ein vorläufig über uns schwebendes Notdach ohne feste Stützen ansehen, oder auch als einen Rettungsring, den uns die westlichen Demokratien zugeworfen haben und an den wir uns klammern, um nicht wieder in Diktatur zu versinken. Aufgabe der Wissenschaft wäre es, über die Tagespolitik hinaus den Aufbau einer neuen Ordnung vorzubereiten.

von Mangoldt-Kiel: Ich darf vielleicht an dieser Stelle aus meiner Kenntnis der Dinge als Mitglied des Parlamentarischen Rats noch einiges zu den Problemen beitragen. Besonders insoweit, als in den Referaten des heutigen Tages und auch in der Diskussion auf den „Willen des Gesetzgebers“ abgestellt worden ist, halte ich mich in einem gewissen Umfange dafür berufen.

Dem sei jedoch zur Klärung der Positionen folgendes vorangeschickt: Bei aller Anerkennung der Bedeutung dieses Willens des Gesetzgebers für die Auslegung des Grundgesetzes scheint mir doch häufig etwas zu viel damit gespielt zu werden, scheinen mir nicht selten unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers aus den Bestimmungen des Grundgesetzes Inhalte herausgelesen zu werden, an die der Verfassungsgeber wirklich nicht gedacht hat. Nun hat Herr von Hippel, wenn ich ihn richtig verstanden habe, gemeint, für das Grundgesetz dürfe diesem Willen des Gesetzgebers überhaupt keine allzu große Bedeutung zugemessen werden, weil nämlich der Gesetzgeber einmal zu stark unter dem Einfluß der Besatzungsmacht gestanden habe und weil auf der anderen Seite seine Legitimation überhaupt eine zweifelhafte gewesen sei. Dem möchte ich widersprechen. Zunächst möchte ich meinen, daß doch nicht übersehen werden darf, daß das Grundgesetz immerhin insoweit einen Fortschritt darstellt, als hier erstmalig Deutsche zu einer neuen Grundordnung haben beitragen können. Und diese Deutschen haben sich nach besten Kräften bemüht — darauf hinzuweisen, fühle ich mich verpflichtet —, die Einflüsse von außen, soweit es eben ging, auszuschalten. Vom

historischen Standpunkt aus wird man vielleicht einst sagen: „Ihr hättet dem Besetzungseinfluß noch mehr widerstehen sollen!“ Man sollte doch aber nicht vergessen, vor welcher schweren politischen Entscheidung man damals stand und wieviel im einzelnen doch trotz der Schwierigkeit der Situation und trotz der mit auf den Weg gegebenen Richtlinien der Alliierten erreicht worden ist. Im übrigen hat Herr v. Hippel selbst auch bei der Auslegung den Willen des Gesetzgebers herangezogen, so etwa bei seinen Ausführungen zu Art. 1 Abs. 1 u. 2 und zur Frage des Widerstandsrechts.

Seine Ausführungen zur Bedeutung der moralischen Weltordnung für das ungeschriebene Verfassungsrecht andererseits geben Anlaß zu der Frage, wie der Gesetzgeber überhaupt zu den philosophischen Grundlagen stand. Ich darf in diesem Zusammenhang auf eine Schwierigkeit hinweisen, nämlich darauf, daß die Ausschüsse des Parlamentarischen Rats, auf die die erste Arbeit am Grundgesetz aufgeteilt war, nach recht verschiedenen Gesichtspunkten vorgegangen sind. Wie sich das für die Ausschüsse für Organisationsfragen und für die Zuständigkeit von Bund und Ländern schon aus der Materie ergibt, haben bei den meisten Ausschüssen technische Gesichtspunkte mehr im Vordergrund gestanden. Im Grundsatzausschuß ist das Problem aber durchaus erkannt worden, und das ist — wie Herr v. Hippel bereits ausgeführt hat — auch in den Abs. 1 u. 2 des Art. 1 klar zum Ausdruck gekommen. Unter diesen Umständen wird man, soweit die gestellte Frage Bedeutung hat, bei der Auslegung, besonders bei der Bezugnahme auf die Materialien und den Willen des Gesetzgebers, sehr vorsichtig vorgehen müssen. Insbesondere ist dabei — jedenfalls so wie sich das Bild in meiner Erinnerung zeichnet — zu berücksichtigen, daß das Arbeitsergebnis des Grundsatzausschusses zweimal ernstlich gefährdet war, und zwar einmal bei der I. Lesung im Hauptausschuß durch die Vorschläge des Allgemeinen Redaktionsausschusses, der bei seiner fast völligen Umformulierung der Grundrechte die Dinge sehr viel rationalistischer sah. Durch die vorbildliche Zusammenarbeit der Mitglieder des Grundsatzausschusses im Hauptausschuß hat sich hier aber zunächst verhindern lassen, daß an den Ergebnissen der bisherigen Beratungen etwas geändert wurde. Nur über die Art. 6 u. 7 hat sich der Grundsatzausschuß nicht einig werden können. Noch heute steht mir die Sitzung vom 3. 12. 1948 deutlich vor Augen, in der zum Schlusse nur festgestellt werden konnte, daß hinsichtlich dieser beiden Artikel sich die Ansichten zweier gleichstarker Gruppen unversöhnlich gegenüberstanden. Zum zweitenmal war der ganze Grundrechtsteil in seinem Gehalte gefährdet, als er in Anlehnung an den gekürzten Grundgesetzentwurf der SPD vom 20. April 1949 in interfraktionellen Beratungen so weitgehende Änderungen durchgemacht hatte, daß er

kaum mehr wiederzuerkennen war. Ich habe damals als Mitglied des letzten Allgemeinen Redaktionsausschusses versucht zu retten, was noch zu retten war. Denn es schien mir nicht zu verantworten, daß in dieser Weise über die langen und sehr sorgfältigen Arbeiten des Grundsatzausschusses einfach hinweggegangen wurde. Alles, was damals durch diese übereilten Schritte an Mängeln hineingekommen ist, hat sich natürlich aber nicht ausgleichen lassen. Das ließ die politische Situation nicht zu. Immerhin haben sich trotz schwerster Auseinandersetzungen — selbst in meiner eigenen Fraktion — die Grundrechte, insbesondere die Eingangsformel des Art. 1, die damals so gut wie verschwunden war, in ihrer ursprünglichen Form weitgehend wiederherstellen lassen.

Trotz der danach vorliegenden inneren Uneinheitlichkeit der verschiedenen Teile des Grundgesetzes wird man bei der Auslegung doch von einer Einheit des Ganzen ausgehen müssen. Dadurch erhalten die Grundsätze der beiden ersten Abschnitte eine gewisse Bedeutung auch für die übrigen Teile des Grundgesetzes. Alles in allem läßt das Ausgeführte erkennen, daß dem ungeschriebenen Verfassungsrecht im Rahmen des Grundgesetzes eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt, daß man insbesondere wegen der Lücken, die auf die z. Z. seiner Entstehung noch eingeschränkte Souveränität zurückzuführen sind, ohne ein solches überhaupt nicht auskommen kann. Gewisse Fragen waren bei der Verabschiedung des Grundgesetzes noch so „heißes Eisen“, daß sie überhaupt nicht behandelt werden konnten. Außer diesen durch den provisorischen Charakter des Grundgesetzes bedingten Lücken ergaben sich weitere durch den dargelegten Mangel an innerer Einheitlichkeit.

Zur Frage des Widerstandsrechts nur eine kurze Bemerkung: Es ist im Grundsatzausschuß eingehend erörtert worden. Von einer Formulierung wurde aber abgesehen. Auf der einen Seite waren wir der Auffassung, daß „Männerstolz vor Königsthronen“ heute keine sehr häufige Erscheinung ist; auf der anderen Seite wollten wir unsere Hand auch nicht zur Hochzüchtung eines gewissen Querulantentums geben.

Schließlich noch als ein Beitrag zum Problem des ungeschriebenen Verfassungsrechts ein paar Worte zu der sehr schwer zu lösenden Frage, ob die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten für die Länder auch innerhalb ihres autonomen Gesetzgebungsbereichs besteht. Die Art. 83 ff. geben zwar dem Bunde den Ländern gegenüber ein Aufsichtsrecht über deren Maßnahmen in Ausführung der Bundesgesetze. Sie beziehen sich ihrem Wortlaut nach aber nicht auf den autonomen Gesetzgebungsbereich der Länder. Eine gewisse Hilfe gewährt hier zwar Art. 28. Sie reicht jedoch nicht aus. Daher wird es nötig, sich auf einen Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts zu stützen. Dieser ergibt sich auch un-

mittelbar aus den Grundsätzen des bundesstaatlichen Aufbaus. Die betreffende Pflicht folgt im Bundesstaat ganz allgemein aus der Natur der Sache. Sie gehört demnach zu den verfassungsmäßigen Pflichten, die hinsichtlich ihrer Erfüllung den Vorschriften der Art. 83ff. unterliegen. Ich möchte daher einen entsprechenden Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts annehmen.

Wolgast-Nürnberg: Sub specie des ungeschriebenen Verfassungsrechts erscheint mir ein Problem von akuter Bedeutung. Zwei oder drei drängende, für unsere politische Existenz unumgehbare Fragen können vom Text des GG aus m. E. nicht gelöst werden, die Fragen der auswärtigen Gewalt: Montanunion und Remilitarisierung, sowie der inneren Gewalt: Einfluß außerparlamentarischer Gruppen auf die staatliche Willensbildung. Zum letzteren Punkt hat sich Forsthoff in einem unbekannt gebliebenen Aufsatz „Die deutsche Staatskrise und das Grundgesetz“ fesselnd geäußert („Zeitwende“, 21. Jahrg., Nr. 5, S. 321—332); dazu kritisch demnächst die sehr gute, auf umfangreiche Materialstudien gegründete Dissertation (Nürnberg) „Einflüsse außerparlamentarischer Organisationen auf das Grundgesetz“ von Eberhard Roemer. Liegen die Dinge in der Richtung des ungeschriebenen Verfassungsrechts?

Daß diese und möglicherweise noch andere Probleme vom GG aus nicht gelöst werden können, erklärt sich aus der politischen Situation der Entstehung desselben und aus einigen Gegebenheiten darin. In das GG wurde nicht alles normal dazu Geschriebene geschrieben und blieb daher schon aus diesem Grunde ungeschrieben. Man zählte auf Einstweiligkeit des GG. Mag diese Einstellung einem — im ganzen wohl bedauerlichen — Perfektionismus gewichen sein, die „Väter von Bonn“ waren sich über die Begrenztheit ihres Tuns im klaren. Rücksicht auf die Ostzone hat bewirkt, daß man keine Bestimmungen in das GG hineinnehmen wollte, die eine Wiedervereinigung beider Teile Deutschlands unmöglich machen würden. Rücksicht auf die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer wirkte aus der Erwägung, die beiden Gruppen würden Einigung inter se suchen; infolgedessen sollte der Willenseinigung zwischen beiden nicht vorgegriffen werden. Die Entscheidungen etwa über das Investitionsgesetz und die Mitbestimmung sind wirklich durch Zusammenspiel von Faktoren zustande gekommen, die die geschriebene Verfassung nicht kennt.

Zur Frage der Remilitarisierung weist das GG in seinem radikal-antimilitaristischen Geist einen ungeschriebenen Satz auf, der es unmöglich macht, die Remilitarisierung vom Boden des GG aus durchzuführen. Das Parlament ist unzuständig dafür, über die Remilitarisierung abzustimmen. Ebenso liegt es im Ergebnis un-

die Montanunion. In beiden Fällen handelt es sich um so an das Elementare unseres GG greifende und in dessen Geist nicht vorgesehene Dinge, daß kraft des sich darin aussprechenden ungeschriebenen Satzes es einer Volksbefragung bedürfte. Daß eine solche im GG nicht vorgesehen ist, bedeutet eine Schwierigkeit für sich.

Schließlich ein Zug wohl aller neueren Verfassungen und so auch unseres GG. Die Verfassungen sind gemacht nach den Bildern der traditionellen Verfassungslehre. Wie diese nur die inneren Staatsrechtsdinge lehrt, nicht auch den Staat in seinen auswärtigen Verhältnissen (ob Zentral-, Ring-, Küsten-, See- oder Landmacht usw.), so verstoßen die nach ihr entworfenen Verfassungen gegen die Wahrheit, die Ranke an der Wirklichkeit abgelesen hat: daß die innere Struktur der europäischen Staaten zum großen Teil Anpassung sei an die Kämpfe dieser Staaten um Existenz und Lebensraum. Bismarcks Reichsverfassung mit dem gesamten Bau des Mitteleuropas des Reichsgründers läßt, wie es ein Schüler von mir in seiner Dissertation ausführt, solche Anpassung an die „auswärtigen“ Verhältnisse noch deutlich erkennen: im Kern das konzentrisch-monarchisch verfaßte Preußen von äußerster Festigkeit; um dasselbe, schon loser, doch noch von staatshafter Festigkeit das Bundesverhältnis „Deutsches Reich“; weiter der Ring des Zwei- und später des Dreibundvertrages (1879, 1882); daran angeschlossen Rumänien (1883); alles dies supplierend von 1887 der Separatvertrag Deutsches Reich—Italien, der Separatvertrag Österreich—Ungarn—Italien, die Englische Entente: Großbritannien—Italien—Österreich—Ungarn, die Spanische Entente: Spanien—Italien—Österreich—Ungarn—Deutschland, der Orientalische Dreibund: Großbritannien—Italien—Österreich—Ungarn und der Rückversicherungsvertrag mit Rußland; auch das Bündnis Österreich—Ungarns mit Serbien von 1881 wird zu dem Bau zu rechnen sein. Alles dies stellte, von außen her bis ins innerste Preußen und umgekehrt, in Anpassung an die „auswärtigen“ Verhältnisse — auch in den Verfassungsnormen — ein System, ein Staatensystem, dar, d. h. ein nach einer allgemeinen Regel geordnetes Ganzes aus Teilen in einem zugeordneten Raum und daher mit einer Raumstruktur als einer Aufbaugliederung im Raum. Daß und wie die staats- und völkerrechtlichen Normen dem entsprachen und wie sie das System des Lebens ausdrückten, darzulegen, könnte eine fesselnde Studie abgeben. Das regulative Prinzip des Ganzen bestand in der Festigkeit des Kerns und dessen Hegemonie im Reich mit der Idee eines Ringes um das unruhige Frankreich als politischer *raison d'être*. Der erste Weltkrieg hat den Außenbau zwar vernichtet, jedoch die Deutschen von den Bismarckschen Grundfesten nicht heruntergestoßen. Davon hat noch Weimar gelebt. Bismarck konnte den Bau entwerfen, weil er ein Bild des Gesamt-

staatensystems oder besser wohl: des Staatengesamt-systems besaß. Heute fehlt es an einem entsprechenden Bilde. Darum und insofern ist das Bonner Gebäude ideelos, d. h. ohne durchdachte Abstellung auf eine Idee der Weltgesamtverhältnisse, die sich als normative Idee für seine innere Struktur zur Anpassung an das Auswärtige hätte auswirken können. Anders steht es um das Schweizer Staatsrecht. Hier ist das Bild der Lagerung des Landes im Auswärtigen desselben dermaßen in das Staatsethos eingegangen, daß der Satz der Neutralität als Verfassungssatz gelehrt wird, obwohl er in einem völkerrechtlichen Instrument steht. Nichts Wichtigeres gäbe es daher für eine deutsche Staats- oder Völkerrechtslehrervereinigung als die Frage des neuen Staatensystems der Erde als Thema für ihre Verhandlungen. Dies Bild zeichnet sich bereits ab. Nach einem solchen Bilde wäre das G.G. für Fragen wie diejenigen der Montanunion und der Remilitarisierung zu verstehen, und dies heißt doch wohl: auszulegen; s. Wolgast, Das neue Staatensystem seit 1945, in „Der Rotarier“ 1952, III, S. 66 ff.

Weber-Göttingen: Als es sich vor geraumer Zeit im Vorstand unserer Vereinigung darum handelte, die Themen für die diesjährige Tagung festzulegen, hatte ich gegen den Gegenstand „Ungeschriebenes Verfassungsrecht“ von vornherein einen starken Soupçon. Ich muß gestehen, daß sich dieses Mißbehagen beim Anhören der Referate vollauf bestätigt hat. Wir haben gesehen, daß in den beiden Referaten das Wort „Ungeschriebenes Verfassungsrecht“ zum Anlaß einer Reihe von Paraphrasen gemacht wurde, die mit der gemeinten Sache selbst wenig zu tun haben. Das hängt damit zusammen, daß die Formel „Ungeschriebenes Verfassungsrecht“ für unsere Gegenwartssituation keine verständliche und fruchtbare Fragestellung mehr bezeichnet. Wollte man trotzdem unter diesem Stichwort eine in sich geschlossene und eindrucksvolle Leistung bieten, so mußte man, wie es Herr Kollege v. Hippel tat, dazu kommen, über ein ganz anderes Thema zu sprechen, oder man mußte, wie Herr Kollege Voigt, sich in der Ausweglosigkeit der Fragestellung festfahren.

Die Wendung „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ stammt bezeichnenderweise aus den letzten Phasen des Bismarckreiches. Damals stand man dem Faktum gegenüber, daß das festgefügte und relativ stabile Verfassungssystem dieses Reiches unter dem Einfluß noch langsam fortschreitender politischer und sozialer Strukturveränderungen sich einigen Verfassungswandlungen und der Ausbildung ergänzenden Verfassungsrechts öffnete. Angesichts der Begrenztheit dieser Um- und Neubildungen und der Tatsache, daß das System des geschriebenen Verfassungsrechts im ganzen noch unerschüttert war, konnte man die neuen Erscheinungen unter der Vorstellung des „ungeschriebenen Ver-

fassungsrechts“ zu erfassen suchen und ihnen damit einen durchaus adäquaten Ausdruck verleihen. Es handelt sich um das Problem des Verhältnisses von Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit, das damals noch in durchaus undramatischer Form sichtbar wurde und demgemäß mit den begrenzten Mitteln einer Erörterung über „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ darstellbar war.

Die Spannung von Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit ist auch für uns heute eine drängende Aufgabe; sie ist sogar die tägliche Not und Sorge unseres Berufes als Staatsrechtswissenschaftler geworden. Aber mit der Formel „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ können wir sie nicht mehr meistern. Wir arbeiten mit Verfassungen, von denen sich nicht nur im Laufe ihrer Geltung die Verfassungswirklichkeit entfernt hat, sondern die, weil sie ihrer Konzeption nach in der Zeit um die Mitte des 19. Jahrhunderts wurzeln, schon bei ihrer Inkraftsetzung der realen politischen Kräftegruppierung und der Gegenwartsproblematik weithin nicht entsprechen. Die Herren Herrfahrt und Wolgast haben das schon angedeutet. Unsere heutigen geschriebenen Verfassungen stehen inmitten weltpolitischer Ordnungszusammenhänge, die auf sie einwirken, und sie finden ein innenpolitisches Kräftefeld vor, mit dem sie nicht fertig werden. Sie haben innerhalb dieses ganzen Kräftesystems nur begrenzte Aktionsmöglichkeiten. Freilich sind sie nicht gänzlich wirkungslos, aber sie tragen zu dem Gesamtbild doch nur einige Züge bei. Das Problem also, dem frühere Generationen für ihre Zeit noch mit der Vorstellung von „ungeschriebenem Verfassungsrecht“ beikommen konnten, hat sich für uns unerhört kompliziert und zugespitzt und uns in den unlöslich scheinenden Widerstreit zwischen geschriebener Verfassung, selbständigen innenpolitischen Kräftebildungen und Fremdbestimmung durch weltpolitische Zusammenhänge gestürzt. Diese spannungsvolle Lage bezeichnet das Feld, auf dem die Staatsrechtswissenschaft ihre Gegenwartsaufgaben anzugreifen und zu bewältigen hat. Ich selbst habe dazu soeben einen literarischen Beitrag vorgelegt, auf den ich verweisen kann. Jedenfalls aber möchte ich in dieser Diskussion meine Einstellung zu den hier erörterten Fragen nicht verschweigen.

Krüger-Hamburg: Die beiden Referate, die wir gehört haben, leiden meiner Auffassung daran, daß sie nicht eine genaue Umschreibung des Gegenstandes gegeben haben, mit dem sie sich auseinandersetzten. Zum mindesten hätte bestimmt werden müssen, was „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ nicht ist. Herr Weber hat soeben meine Meinung, wo der Ort des Problems des „ungeschriebenen“ Verfassungsrechts liegt, vollständig ge-

troffen, als er von dem Auseinanderklaffen von Verfassungsgesetz und Verfassungswirklichkeit gesprochen hat. Ich darf versuchen, in dieser Richtung einige Bemerkungen zu machen.

Ich beginne mit dem Referat von Herrn von Hippel. Herr von Hippel hat den Wertkosmos unmittelbar identifiziert mit dem ungeschriebenen Verfassungsrecht. Damit geht man aber am Wesen der Sache vorüber. Denn das ungeschriebene Verfassungsrecht ist nun einmal positives Recht und gerade kein Naturrecht. Im übrigen unterschreibe ich auch die Kritik des Herrn von Hippel am Positivismus nicht. Denn ich betrachte es nicht als ein Symptom der Gesundheit eines Staates, wenn man von einem Naturrecht aus von vornherein jeden Akt der Gesetzgebung und der Gesetzesvollziehung in Frage stellt, aus dem ständigen Verdacht heraus, es könne ein tyrannischer Gesetzgeber am Werk sein. Es ist daher bezeichnend, daß die Rechtsprechung sich von einer derartigen Auffassung bisher kaum hat beeinflussen lassen.

Herr Voigt ist hier als Überpositivist gekennzeichnet worden. Es wäre wohl richtiger, ihn einen zu engen Positivisten zu nennen. Man sollte im Verfassungsrecht mehr sehen als nur das, was mit Händen ergriffen werden kann. Sowohl der naturrechtliche Ausgangspunkt des Herrn von Hippel wie der wohl allzu positive Positivismus des Herrn Voigt weisen immer wieder darauf hin, daß bei der Behandlung des Problems des ungeschriebenen Verfassungsrechts zunächst einmal eine Bestandaufnahme und Differenzierung des positiven Stoffes unternommen werden muß. Insbesondere hätte in diesem Zusammenhang als erstes die Grenze zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Verfassungsrecht gezogen werden müssen, damit man sieht, was noch zur Interpretation des positiven Rechts gehört und was schon ungeschriebenes Verfassungsrecht ist (Zuruf: sehr richtig!). Mit der Positivierung der Verfassung in einem Verfassungsgesetz sind vorausgesetzt eine Reihe von sozialen und psychologischen Gegebenheiten, die als solche Bestandteile der Verfassung und nicht nur Auslegungsmittel für die Verfassung sind. Zu diesen positivierten Gegebenheiten gehört vor allem auch die von Herrn Wolgast mit Recht genannte außenpolitische Lage. Bezeichnend für diesen Zusammenhang von geschriebenem und ungeschriebenem Verfassungsrecht ist es, daß das Grundgesetz nicht nur in seinem positiven Normbestand stellenweise etwas antiquiert erscheint, sondern besonders, daß auch die sozialen und psychologischen Situationen, die es voraussetzt, an vielen Stellen nicht mehr vorhanden sind. Damit stellt sich ein neues Problem: Wie ist eine Verfassung zu beurteilen, deren vorausgesetzte und positivierte Vorgegebenheiten nicht mehr bestehen, während auf der anderen Seite womöglich neue Lagen entstanden sind, von denen die Verfassung als reine Norm nichts weiß. In derartigen Fällen wird das Problem

der Verfassungswandlung akut. Es scheint mir nicht die geringste der Aufgaben der Staatsrechtswissenschaft zu sein, die Wandlungen der sozialen und psychologischen Grundlagen der geltenden Verfassung zu beobachten und zugleich Interpretationsmethoden zu entwickeln, die eine ständige Fortbildung des geschriebenen Rechts aus diesen Grundlagen möglich machen. Mit einer solchen Leistung der Theorie wäre vor allem auch der Praxis der Rechtsprechung gedient, die auf diese Weise bei aller Bindung an das positive Recht doch den Erfordernissen der Wirklichkeit Rechnung tragen könnte.

Bachof-Heidelberg-Stuttgart: Entgegen einer hier offenbar weit verbreiteten Ansicht bin ich der Meinung, daß das Verhältnis des positiven Gesetzesrechts zum vor- und überstaatlichen Recht sehr wohl zum Thema „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ gehört. Freilich stellt es nur eine Seite des Themas dar, und deshalb ist es zu bedauern, daß die zahlreichen weiteren sich daraus ergebenden Fragestellungen in den Referaten kaum berührt wurden. — Was nun die Frage des Verhältnisses des überstaatlichen Rechts zum geschriebenen Recht betrifft, so sollten wir uns, stärker als bisher geschehen, darauf besinnen, daß ja das Grundgesetz selbst zu dieser Frage Stellung nimmt und seine Auffassung hierüber besonders in der Präambel und im Art. 1 deutlich zu erkennen gibt. Der Grundgesetzgeber geht darin doch offensichtlich — und die Materialien unterstreichen das noch — von dem Bestehen überstaatlichen Rechts aus. Die Konkretisierung dieses Rechts in Einzelnormen ist daher nur eine Anerkennung, sie hat deklaratorische und nicht konstitutive Bedeutung. Geht man hiervon aus, so ist allerdings der Schluß zwingend, daß solche Einzelnormen, die das überpositive Recht erkennbar verfehlen, der rechtlichen Verbindlichkeit ermangeln. Ich verkenne nicht, daß der Parl. Rat mit dem Rückgriff auf das überstaatliche Recht ein außerordentliches Wagnis eingegangen ist; ein umso größeres Wagnis, als er sich über die diesem Recht letztlich zugrundeliegenden und sich vielfach überschneidenden Vorstellungen religiöser, sittlicher, humanitärer und rationalistischer Natur wohl kaum restlos im klaren war. Wir können uns aber diesem Wagnis, das das Grundgesetz selbst fordert, nicht entziehen. Auch glaube ich — ich habe mich damit ja eben erst in einer Veröffentlichung<sup>1)</sup> auseinandergesetzt und darf darauf Bezug nehmen —, daß es Grundsätze gibt, die allen jenen Vorstellungen gemeinsam sind und daher eine hinreichende Bestimmbarkeit des übergesetzlichen Rechts ermöglichen, und die auch ohne schriftlichen Niederschlag zur „Verfassung“ gehören.

<sup>1)</sup> Verfassungswidrige Verfassungsnormen? (Recht und Staat 163/164. I. C. B. Mohr, Tübingen 1951).

Dazu zählt sicher das jeder wirklichen „Rechts“-Ordnung immanente Willkürverbot; dazu gehören aber wohl auch die zentralen Gebote des von der Rechtsgemeinschaft anerkannten, nach Zeit und Ort freilich möglicherweise verschiedenen Sittengesetzes.

Zu der Äußerung von Herrn Nawiasky, es gäbe kein „Recht zur Revolution“, weil es kein „Recht zur Vernichtung des Rechts“ geben könne, möchte ich mir hier nur eine kurze Bemerkung gestatten: Das kann doch wohl nur richtig sein, wenn man von einem streng positivistischen Standpunkt ausgeht, mithin Recht und Gesetz (allenfalls noch mit Einschluß des Gewohnheitsrechts) gleichsetzt und die Bezogenheit des geschriebenen Rechts auf vor- oder überstaatliches Recht ablehnt. Das ist aber nach meiner Auffassung unrichtig, es ist auch nicht die dem GG zugrundeliegende Konzeption. Erkennt man mit dem GG die Existenz übergesetzlichen Rechts an, so kann sich dem kein Gesetzgeber, also auch kein Verfassungsgesetzgeber, entziehen.

Spanner-Graz: Gestatten Sie mir, daß ich zur Frage des ungeschriebenen Verfassungsrechts noch eine kurze Bemerkung hinzufüge. Sie bezieht sich auf den evidenten Zusammenhang des Problems zu der Einrichtung der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts überhaupt, zur Verfassungsgerichtsbarkeit aber im besonderen. Ich darf hinzufügen, daß wir in Österreich, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit schon in der Bundesverfassung von 1920 verankert ist und wo der Verfassungsgerichtshof seit der Wiederaufnahme seiner Tätigkeit im Jahre 1946 schon wieder auf 5 Jahre seiner Tätigkeit zurückblicken kann, in diesem Punkt über eine gewisse Erfahrung verfügen. Ich kann nach der bisherigen Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes berichten, daß sich diese von den Gedanken eines ungeschriebenen Verfassungsrechts nicht hat beeinflussen lassen. Es läßt sich feststellen, daß dort, wo der Rückgriff auf ungeschriebenes Verfassungsrecht von seiten der Partei, des Beschwerdeführers, unternommen wurde, dies im allgemeinen deshalb stattfand, weil der Betreffende mit der gegebenen positiven Rechtslage nicht einverstanden war, also in Wahrheit eine Korrektur der Gesetzgebung, bzw. der Verfassungsgesetzgebung verlangte. Solche Fälle haben sich aber in sehr mäßigen Grenzen gehalten. Soweit der österreichische Verfassungsgerichtshof überhaupt solchen Gedanken gefolgt ist, hat er sich, soweit es sich um eine Kritik an Verfassungsgesetzen handelte, damit begnügt, eine Anregung an den Verfassungsgesetzgeber zu richten, er ist dagegen nicht der Gefahr erlegen, etwa selbst Verfassungsgesetzgeber werden zu wollen. Die Tätigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit kann nur darin bestehen, das Recht richtig anzuwenden,

auch etwa tatsächlich vorhandenes ungeschriebenes Verfassungsrecht, sofern dies in einem Staat der Fall ist, hingegen nicht darin, Entscheidungen zu treffen, die der Verfassungsgesetzgeber treffen muß.

Klein-Münster: Ich meine feststellen zu können, daß weder in den beiden Referaten noch auch in der bisherigen Diskussion mit genügender Klarheit die Frage behandelt worden ist, wo nun eigentlich die Grenze zwischen ungeschriebenem Verfassungsrecht und Interpretation verläuft. Ich glaube, hier liegt ein Kernproblem und ein Ausgangspunkt der ganzen Frage des ungeschriebenen Verfassungsrechts. Herr von Hippel sprach an einer Stelle vom positiven ungeschriebenen Verfassungsrecht, das dort praktisch würde, wo Lücken in der geschriebenen Verfassung auszufüllen seien. Ich darf hier zwei Beispiele zur Erwägung stellen. Zunächst die Frage, ob der Bundespräsident nach dem Grundgesetz ein Wahlrecht bei der Ernennung von Ministern hat oder ob er vielmehr an den Vorschlag des Bundeskanzlers gebunden ist (Artikel 64 Absatz 1 des Grundgesetzes). Handelt es sich hier um das Ausfüllen einer echten Lücke in der Verfassung? Ist das ein Fall von Anwendung positiven ungeschriebenen Verfassungsrechts? Oder geht es hier ganz einfach um bloße Gesetzesauslegung?

Und nun eine zweite Frage, bei der ich gegenüber der Formulierung des Herrn Referenten Bedenken anmelden möchte. Er hat davon gesprochen, daß ein Steuergesetz, das extrem hohe Steuersätze auferlegt, gegen ungeschriebenes Verfassungsrecht verstoße. Das erscheint mir bedenklich. Zwar kann man von einem Steuergesetz, das, wirtschaftlich gesehen, eine zu hohe und daher untragbare Steuerauferlegung vorsieht, sagen, daß es gegen die guten Sitten verstößt, nämlich von dem Standpunkt aus, daß auch vom Steuergesetzgeber ein anständiges Verhalten gefordert werden darf und muß. Ich frage aber, was das mit der Anwendung ungeschriebenen Verfassungsrechts zu tun hat. Allerdings ist damit ein gewichtiges Problem aufgeworfen: die Frage der Rechtsgültigkeit von Steuergesetzen unter dem Blickpunkt der Enteignung.

Jellinek-Heidelberg: Ich habe mich an dieser Stelle für die Aussprache vorgemerkt, aber der Zufall will es, daß sich kein Herr mehr zum Wort gemeldet hat. Es fällt mir daher zugleich die Aufgabe zu, eine gewisse Zusammenfassung von dem zu geben, was wir bisher gehört haben, bevor ich den Herren Berichterstatter das Schlußwort erteile.

Ich meine, das Ergebnis dieses ersten Tages, die Berichte wie auch die Diskussion, nicht so bedenklich ansehen zu müssen,

wie Herr Kollege Weber. Es ist doch eine ganze Reihe fruchtbarer Gedanken vorgetragen worden.

Wenn wir über Verfassungsfragen sprechen, so ist es uns geläufig, daß wir zwei Seiten einer geltenden Verfassung sehen und bewerten müssen. Da ist nämlich einerseits die tatsächliche Verfassung, ihre historische und soziologische Seite, und andererseits ihre normative Seite; beide stehen in einem bestimmten Verhältnis zueinander. Mit Recht würde heute einem Staatsrechtslehrer ein Vorwurf gemacht werden, wenn er bei der, verständlicherweise zuerst einmal normativen, Betrachtungsweise die tatsächliche, historisch-soziologische Seite der Verfassung nicht genügend berücksichtigte, wenn er also z. B. beim Satz der Verfassung, daß der Abgeordnete nach seinem Gewissen abstimmt und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden ist, nicht auch zugleich auf den Fraktionszwang hinwies, oder wenn ein Staatsrechtslehrer des Kaiserreichs den Bundesrat als ein periodisch tagendes Kollegium bezeichnet hätte in einer Zeit, da der Bundesrat schon längst ein ständig tagendes Kollegium geworden war.

Nicht möchte ich auf die weitschichtige Frage eingehen, ob nicht alles, was man als einen Satz des ungeschriebenen, geltenden Verfassungsrechts hinstellt, durch Auslegung der geschriebenen Verfassung gewonnen wird, wenn auch vielleicht durch eine sehr hochwertige Auslegung. Nur soviel sei bemerkt, daß ich nicht glaube, man könne alles mit der Auslegung erfassen, wie Herr Nawiasky meint.

Wenn wir nun an die Frage des ungeschriebenen Verfassungsrechts in der normativen Schau herangehen, so meine ich, daß wir vier Gruppen von ungeschriebenen Sätzen unterscheiden können. Dies hat auch wohl die Diskussion im großen und ganzen ergeben.

Da ist einmal die Frage der Rangordnung der einzelnen geschriebenen Verfassungsbestimmungen zueinander. Darüber steht natürlich nichts in der Verfassung selbst, aber man sieht schon bei den Versuchen, auf diese kritische Weise an die Verfassung heranzukommen, daß man den Drang hat, einen Wertunterschied zu machen zwischen einzelnen Bestimmungen der geschriebenen Verfassung. So liegt es auf der Hand, daß etwa Art. 19 des Grundgesetzes höherwertig ist als Art. 131. Diese Rangordnung oder Wertskala im einzelnen festzulegen und im Konfliktsfalle eine Lösung herbeizuführen, halte ich für die erste Aufgabe dessen, der ungeschriebenes Verfassungsrecht anwendet.

Ein zweiter Anwendungsfall ergibt sich aus der Tatsache, daß man dem Machthaber gewisse ungeschriebene Schranken für sein Tun setzen muß. Als Beispiel kann man den Art. 76 der Weimarer Verfassung erwähnen, dem, wie wir heute wissen, die

ungeschriebene Schranke innewohnte, daß selbst auf dem Wege über das mit verfassungsändernder Mehrheit angenommene Ermächtigungsgesetz die Grundlagen der Verfassung nicht aus den Angeln hätten gehoben werden dürfen. Das Bonner Grundgesetz hat diese Gefahr in der Bestimmung des Art. 79 Abs. 3 einzufangen versucht und damit diese Schranke zum Bestandteil des geschriebenen Verfassungsrechts gemacht. Aber es gibt auch heute noch Fälle dieser Art, so das von Herrn Bachof erwähnte Willkürverbot, so den Grundsatz der den Ländern obliegenden Bundestreue. Die verschiedentlich erwähnte Abhandlung von Smend aus dem Jahre 1916, die kürzlich in einer Verhandlung des Hessischen Staatsgerichtshofes lebhaft erörtert wurde — Herrn Smend müssen im Sommer 1950 die Ohren geklungen haben —, bewegt sich auf dem Gebiete der Einschränkung der Machthaber durch Bestimmungen des ungeschriebenen Verfassungsrechts.

Der dritte, entgegengesetzte Fall des Wirksamwerdens ungeschriebenen Verfassungsrechts ist die Erweiterung der Befugnisse der staatlichen Organe, wenn man nämlich merkt, daß die Verfassung nicht genügend Spielraum läßt für das als notwendig Anzusehende, wenn also ein Artikel der Verfassung, z. B. auf dem Gebiete der Gesetzgebungskompetenz, nicht ausreicht, um ein Bedürfnis zu befriedigen. Hierher gehört etwa die Frage der Zulässigkeit einer Remilitarisierung Deutschlands. Die Wiederaufrüstung ist zwar im Grundgesetz nicht vorgesehen, man kann aber auch nicht, wie Herr Wolgast meint, behaupten, daß es die Remilitarisierung verboten habe. Insbesondere hätte es keinen Sinn, den ehrlichen Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 zu schützen, wenn es überhaupt keinen Kriegsdienst mehr geben dürfte. Näheres hierüber habe ich in einem in Kürze in der „Öffentlichen Verwaltung“ erscheinenden Aufsatz ausgeführt. Weiter gehört der Fall des äußersten Staatsnotstandes hierher. Es gibt im Verfassungsleben Fälle, in denen man überhaupt nicht mehr weiterkommt, da man vergessen hat, irgendwo ein Ventil anzubringen, wenn etwa die Wahlperiode des gegenwärtigen Bundestages ablaufe, ohne daß das für die Wahl des zweiten Bundestages unerläßliche Wahlgesetz verabschiedet worden wäre; denn das Wahlgesetz vom 15. Juni 1949 galt nur für die Wahl zum ersten Deutschen Bundestag.

Endlich, viertens, das weite Feld der im Grundgesetz vorkommenden Rechtsbegriffe, die einer näheren Erläuterung bedürfen. Nach Art. 19 Abs. 4 steht jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen. Nun, was ist Rechtsweg? Was ist ein Gericht? Wer ist „in seinen Rechten“ verletzt? Alle diese Begriffe können von der Rechtsprechung in weitem Umfang nur aus ungeschriebenen Sätzen näher bestimmt

werden, aus den Ausstrahlungen gewisser oberster Grundsätze, aus der gesamten historischen und sozialen Verfassungslage. So sind, wie ich glaube, die Verwaltungsgerichte den richtigen Weg gegangen, wenn sie, von dem sozialen Geiste des Grundgesetzes ausgehend, entschieden haben, daß der Fürsorgeberechtigte heute kein Almosenempfänger mehr ist, sondern der Träger eines echten, subjektiven Rechtes auf Gewährung der gesetzlichen Fürsorgeleistungen.

Das also wäre ein Versuch, das Gehörte in eine Art von System zusammenzufassen, wobei ich mir der Unvollständigkeit des Versuches wohl bewußt bin. Ich darf aber erklären, daß ich für meine Person von der Aussprache wie auch von den tiefschürfenden und weitgespannten Berichten eine Reihe wertvoller Anregungen empfangen habe. Besonders hat Herr von Hippel in seinem, in jeder Beziehung ungewöhnlichen, Vortrag sehr viel gebracht und daher jedem, der Ohren hat, das Gewissen bei der Behandlung verfassungsrechtlicher Fragen geschärft. Wir können uns von der schriftlichen Fassung des Vortrags noch großen Gewinn und weitgehende Wirkungen versprechen.

Und nun erteile ich, da keine weiteren Wortmeldungen vorliegen, den beiden Berichterstatlern, zunächst Herrn von Hippel, das Schlußwort.

von Hippel-Köln (Schlußwort)<sup>1)</sup>. Die Ausführungen der Herren Diskussionsredner haben z. T. beanstandet, daß der von mir zugrunde gelegte Begriff des ungeschriebenen Verfassungsrechts den eigentlich von ihnen erwarteten Inhalt des Themas nicht träge. So sprach etwa Herr Scheuner von einem „weit ausgreifenden rechtsphilosophischen Vortrag“, Herr Naviasky von einer „moraltheologischen Vorlesung“ und endlich Herr Weber gar von einer „Reihe von Paraphrasen“, die mit der gemeinten Sache „wenig zu tun hatten“.

So leid es mir nun tut, die Erwartungen dieser oder anderer Kollegen enttäuscht zu haben, die ihnen näher liegende Gedanken wünschten, kann ich darum doch in der Sache ihnen nicht recht geben. Der Begriff des ungeschriebenen Verfassungsrechts, welcher ja nicht ein rechtsdogmatischer im engeren Sinne ist, kann gleichsam in verschiedenen Ebenen verstanden werden, wie dies zunächst Herr von der Heydte feststellte und wie dies zusammenfassend Herr Jellinek noch einmal schön herausarbeitete. Es war hier nun mein Bestreben, wie ich dies gleich am Anfang meines Referates hervorhob, diesen Begriff grundsätzlich zu behandeln, da nur so überhaupt sich ein geschlossenes Ganzes geben ließ und nicht bloß

<sup>1)</sup> Da ein Stenogramm des Schlußwortes nicht vorlag, mußte dies neu gefaßt werden und entspricht also nur im Grundsätzlichen, nicht im Einzelnen dem seinerzeit Gesagten.

eine Sammlung einzelner Fälle. Zugleich ist für jeden, der sich von den Einzeldingen zu lösen versteht, einsichtig, daß eine grundsätzliche Behandlung weiter reicht und insofern wichtiger ist als die Behandlung der etwa Herrn Schätzel „auf den Nägeln brennenden“ Tagesfragen. Hängt doch die sinnvolle und begründete Lösung aller Einzelfragen ihrerseits von den Grundlagen ab, wie denn bereits Konfuzius die Richtigstellung der Begriffe für die erste Aufgabe aller echten Staatskunst ansah.

Es verkennt daher auch das Wesen des juristischen Bereichs, wenn das, was für diesen grundlegend ist, als „nur“ moralisch, „nur“ philosophisch oder endlich für theologisch angesehen wird. Ganz abgesehen davon, daß ich die im eigentlichen Sinne theologischen Fragen absichtlich außerhalb der Betrachtung ließ. Es gibt vielmehr, was erst der Rechtspositivismus vergessen ließ, Schichten des rechtlichen Aufbaus und dementsprechend Probleme der höheren und niederen Jurisprudenz, d. h. solche von grundsätzlichem wie von peripherischem Charakter. Und mein Bemühen war hier eben dem Grundsätzlichen zugewendet.

Die Notwendigkeit einer solchen Betrachtung wird dabei implicite auch von den Herren Opponenten anerkannt. So muß nach Herrn Scheuner das hier behandelte Thema entweder von einer „rechtsphilosophischen“ oder von einer „soziologischen“ Grundlage aus in Angriff genommen werden. Da aber eine soziologische Behandlung keinesfalls eine juristische ist, für welche sie nur Material liefern kann wie etwa Kriminalstatistiken oder dergl., erledigt sich sein Einwand in sich selber. Und wenn etwa Herr Naviasky sich zunächst etwas grimmig zu einem „richtig aufgefaßten Positivismus“ bekannte, so sah er sich doch andererseits genötigt, eine „vorrechtliche Grundidee“ heranzuziehen und also einen idealistischen Standpunkt einzunehmen.

Im übrigen wurde mit Recht von Herrn Bachof darauf hingewiesen, daß ja das Grundgesetz selber auf überpositive Normen verweist. Damit aber ist es auch im positivrechtlichen Raum der bloßen Dogmatik heute unzulässig, eben jene höhere Stufe des Rechts und der Jurisprudenz aus der Betrachtung auszuschließen, wie dies vom Boden der Weimarer Verfassung aus noch möglich war. Auch geht es nicht an, wie Herr Klein meinte, die „Fragen zu vereinfachen“, indem man auf „bloße Gesetzesauslegung“ oder auf die „guten Sitten“ verweist. Denn die Gesetzesauslegung hängt, wenn man von dem sekundären Fall bloß logischer Schlußfiguren absieht, zuletzt an Grundwerten. Und daß diese als Teile des ungeschriebenen Verfassungsrechts grundsätzlich auch den Gesetzgeber binden, der also nur im moralischen Sinne Ermessensfreiheit besitzt, nicht aber in dem der Willkür, wurde von mir ausdrücklich festgestellt.

Es sind dann eine Anzahl von Einzelfragen gestellt und Bedenken laut geworden, deren genauere Behandlung hier nicht möglich ist. So war es ein einfaches Mißverständnis, wenn Herr Krüger annahm, daß ich das ungeschriebene Verfassungsrecht unmittelbar mit dem Wertkosmos identifiziert habe. Ich muß hier schon auf den Text des Referates selbst verweisen. Ebenso lag es mir fern, wie Herr v. Mangoldt anzunehmen scheint, etwa die Arbeit des Parlamentarischen Rates herabsetzen zu wollen, an der er so selbstlos beteiligt war. Ich wollte vielmehr nur anmerken, daß der Begriff vom „Willen des Gesetzgebers“ rein empirisch gesehen heute weit problematischer ist wie etwa in den Anfängen des Positivismus. Auch schätze ich Herrn Herrfahrdt menschlich zu hoch, um ernsthaft annehmen zu können, daß er eine positivistische Ordnung von beliebiger Inhaltlichkeit „je nach Zeitverhältnissen“ einer gerechten und also rechtlichen vorziehen werde.

Endlich stellte Herr Hugelmann in seiner humanen Art einige Fragen, von denen die erste auf die anzugebende Inhaltlichkeit bestimmter Begriffe — positiv? berechnete Freiheitsbereiche? — hinausläuft. Hier wird jedoch übersehen, daß sich Ideen nicht wie äußere Tatsachen oder mathematische Bezüge darlegen oder beweisen lassen, vielmehr ihren genauen Umfang und Inhalt erst am Einzelfall offenbaren. Ich verweise etwa auf den Begriff der guten Sitten, der juristisch so bedeutsam ist, ohne darum von vornherein mehr als umschrieben werden zu können. Und doch hängt er an etwas, was eingesehen werden kann, nämlich an der höheren Natur und dem moralischen Sein des Menschen.

Wenn weiter Herr Hugelmann meinte, daß die Mehrheit die von mir mit dem Begriff der Demokratie verbundene Freiheit auch „niedertrampeln“ könne, so ist dies leider nur zu wahr. Doch bezeichnete die Antike mit Recht eine Staatsform, welche der Mehrheit alles erlaubt, nicht als Demokratie, sondern als Ochlokratie, also Pöbelherrschaft. Zur wahren Demokratie gehört vielmehr Reife und Mündigkeit und also Qualität und Quantität. So wird man schwerlich die Zustände in einer Familie mit Grund als „demokratisch“ bezeichnen können, in welcher die Kinder die Eltern nach dem Mehrheitsprinzip niederstimmen. Ein solches Verfahren widerspricht vielmehr dem Grundprinzip vernünftiger Lebensordnung, wie dies die positivistische Quantitätsdemokratie ebenfalls tut. Auch entspricht es wohl der Möglichkeit des Menschen, wie Herr Hugelmann mit Recht bemerkt, „sich für gut oder böse zu entscheiden“. Aber das, was im natürlichen Sinne möglich ist, nämlich sich für das Böse zu entscheiden, ist juristisch eben unzulässig, wie rein empirisch die Strafgesetzbücher aller Länder bezeugen und wie dies im Wesen des Rechts als einer wer-

tenden Ordnung liegt, die an der moralischen Weltverfassung sich zu orientieren hat, nicht aber bösen Willen zum Ausgang nehmen darf.

Es bleibt mir noch, den Herrn Kollegen für die Geduld zu danken, mit der sie meinen Ausführungen gefolgt sind. Und insbesondere danke ich Herrn Jellinek von Herzen für seine so freundlichen und verständnisvollen Worte wie für die kluge Güte, mit der er diese Verhandlungen geleitet hat.

Voigt-Heidelberg (Schlußwort): Im Schlußwort will ich nicht die Verteidigung dessen aufnehmen, was den Inhalt des Korreferates betraf, sondern nur in ein paar Sätzen hinweisen, worauf es mir ankam.

Auszugehen war von dem augenblicklich trostlosen und für die nächste Zukunft auch noch nicht allzu aussichtsvollen Zustande unserer politischen Verhältnisse. Dabei setzt die Beschäftigung mit dem Verfassungsrecht eigentlich voraus, daß der Staat sich wenigstens hinlänglicher Souveränität erfreue und daher ein gesunder Nationalstolz sich auf die staatlichen Einrichtungen zu erstrecken vermag. Ohne das ist unsere Wissenschaft vom Verfassungsrecht entweder Hofgelehrsamkeit oder nur einer von den vielen Wissenszweigen, die zur allgemeinen Bildung beitragen. Das letzte ist nicht wenig, und das erste ist nicht durchaus tadelnswert, es wäre dann nur eben jene selbständige und eigenartige Verknüpfung mit dem Politicum aufgegeben, die bisher das Verfassungsrecht auszeichnete.

Auf unsere Nachkriegsjahre hin gesagt, hat es an klugen und ehrenwerten Männern nicht gefehlt, welche die Demokratie und ihre Einrichtungen außerordentlich verherrlichten, allein es scheint, daß der Beitrag des Juristen weiterhin vor allem ein spezieller sein darf. Angesichts zumal allgemeiner Prinzipien, welche unserer eigenen historischen Erfahrung und peinlichen Gewissensentscheidung nach noch nicht als sonderlich bewährt anzusehen sind, wird man es für verständlich halten, daß der Verfassungsjurist beim Anblick der erhabenen Höhen sich der noch so schmalen und notdürftigen Stelle versichert, auf der er mit Hilfe seines besonderen Rüstzeuges zu stehen vermag — und das ist eben zunächst einmal die geschriebene Verfassung. So glaube ich, daß — wenn nicht überhaupt und allgemein — so doch gewiß und notwendig im Falle der erst noch ganz anfänglichen Entwicklung unseres Staates vor allem das geschriebene Verfassungsrecht sorgsamster Pflege bedarf und über das ungeschriebene zunächst von der Grundlage des geschriebenen her Aussagen zu machen sind. Es ist nicht ausgeschlossen und ist eine Hoffnung, daß später einmal im ungeschriebenen Verfassungsrecht eine größere Bewegungsfreiheit für die Argumentation möglich ist,

sofern nämlich aus der erreichten gewissen Sicherheit und Stabilität des Politischen die Verständigung über den Inhalt der Verfassung erleichtert und eine größere Einmütigkeit tätigen Bürgersinnes erwachsen ist, wie wir dergleichen nicht ohne Neid bei anderen Völkern wirksam sehen.

Jellinek-Heidelberg: Obgleich es ungewöhnlich ist, daß nach dem Schlußwort der Verhandlungsleiter noch einmal das Wort ergreift, möchte ich es dieses Mal doch tun, um zu bitten, die im Laufe der Diskussion erhobenen Angriffe nicht zu tragisch zu nehmen. *Polemos pater panton* — der Kampf ist der Vater aller Dinge, und nur durch Angriff und Verteidigung kommen wir der Wahrheit näher.

Übrigens sollten wir einmal auf die Tagesordnung unserer Vereinigung die Frage setzen: Was ist Positivismus? mit der Unterfrage: Ist die Bezeichnung „Positivist“ eine Beleidigung?