

Veröffentlichungen  
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

---

---

Heft 9

---

---

Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungs-  
rechts in den einzelnen Besatzungszonen

Berichte

von

**Erich Kaufmann**      **Martin Drath**  
**Hans Julius Wolff**   **Otto Gönnerwein**

Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer  
zu München am 20. und 21. Oktober 1950

Mit einem Auszug aus der Aussprache



Berlin 1952

**Walter de Gruyter & Co.**

vormals J. Göschen'sche Verlagsbuchhandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung  
Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

**Archiv-Nr. 24 89 52**

**Satz und Druck: Buchkunst, Berlin W 35**

## Inhalt:

	Seite
<b>I. Erster Beratungsgegenstand: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit</b>	
1. Bericht von Professor Dr. Dr. Erich Kaufmann, Bonn . . . . .	1
2. Mitbericht von Professor Dr. Martin Drath, Freie Universität Berlin . . . . .	17
2 a. Leitsätze hierzu . . . . .	112
3. Aussprache . . . . .	117
<b>II. Zweiter Beratungsgegenstand: Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den Besatzungszonen Deutschlands</b>	
1. Bericht von Prof. Dr. Hans J. Wolff, Münster i. W. . . . .	134
1 a. Leitsätze hierzu . . . . .	177
2. Mitbericht von Professor Dr. Otto Gönnerwein, Heidelberg . . . . .	181
2 a. Leitsätze hierzu . . . . .	197
3. Aussprache . . . . .	199
<b>III. Verzeichnis der Redner . . . . .</b>	<b>217</b>
<b>IV. Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer . . . . .</b>	<b>218</b>
<b>V. Satzung der Vereinigung . . . . .</b>	<b>223</b>



## I. Erster Beratungsgegenstand

### Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

#### 1. Bericht von Professor Dr. Erich Kaufmann, Bonn

Wenn ich Ihnen heute ein Referat über die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit halten soll, so kann ich Ihnen keine Gedanken vortragen, die ich nicht schon irgendwie am Rande meiner Publikationen in den letzten Jahrzehnten gebracht habe. Aber dies Referat ist mir eine erwünschte Gelegenheit, sie zusammenzufassen. Das Problem ist mir zuerst im Jahre 1919 lebendig geworden, als ein Staatsgerichtshof zur Aburteilung der Schuldfragen, die sich auf Kriegsausbruch und Kriegführung bezogen, eingesetzt werden sollte. In meiner Schrift: „Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof“ habe ich einen ersten Versuch gemacht, die Grenzen für jede Gerichtsbarkeit zu bestimmen. Die damaligen Gedanken und Formulierungen habe ich dann an der Hand vieler weiterer Erfahrungen und Problemstellungen immer wieder durchdacht. Ich will auch nicht unerwähnt lassen, daß meine Erfahrungen und Erwägungen nicht nur aus der staatsrechtlichen Sphäre stammen, sondern daß ich besonders viel wertvolle Anregungen aus der internationalen Theorie und Praxis empfangen habe. Denn die Frage, wo die Grenzen einer Gerichtsbarkeit über staatliche Angelegenheiten liegen, ist sowohl eine Frage des Staatsrechts wie des Völkerrechts. Ich betrachte es daher als eine glückliche deutsche Einrichtung, daß wir im Prinzip keine besonderen Professoren für Völkerrecht haben oder gar das Völkerrecht mit dem internationalen Privatrecht zusammenkoppeln. Meine Erfahrung hat mich gelehrt, daß auch derjenige, der sich überwiegend mit völkerrechtlichen Fragen zu beschäftigen hat, in engster Fühlung mit den staatsrechtlichen Problemen bleiben muß. Die Kenntnis der völkerrechtlichen Problematik und der völkerrechtlichen Praxis ist aber auch von außerordentlichem Wert für die Behandlung der entsprechenden verfassungsrechtlichen Fragen. Mein Ausgangspunkt von den Problemen des Verfassungsrechts war mir stets von besonderem Nutzen für meine theoretische und praktische Arbeit auf dem Gebiete des Völkerrechts.

Wenn ich von den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit sprechen will, so denke ich nicht an irgendein besonderes positives Recht, sondern an die Grenzen, die der Verfassungsgerichtsbarkeit schlechthin gezogen sind, an Grenzen, die für jede positive Rechtsordnung maßgebend sein müssen. Daher richten sich meine Gedanken nicht nur an den Richter, sondern vor allem auch an den Gesetzgeber. Sie richten sich jedoch insofern auch an den Richter, als es gilt ihm Mut zu machen, unkeusche Zumutungen von seiten des Gesetzgebers abzulehnen, ja gegebenenfalls ein Urteil zu verweigern, wenn der Gesetzgeber die Grenzen, die der Gerichtsbarkeit wesensmäßig gezogen sind, überschritten hat.

Grenzfragen sind stets von entscheidender Bedeutung. Ich möchte sagen, die Erkenntnis von Grenzen gehört zum Wesen des Menschen; denn der Mensch ist das einzige Wesen, das sich seiner Grenzen bewußt werden und so ein Bewußtsein dafür haben kann, daß es etwas jenseits seiner Grenzen gibt. Das „*transcende te ipsum*“ von Augustinus ist eine Mahnung und eine Forderung, die mit dem Wesen des Menschen gegeben ist. Viele Juristen sehen dies Problem nicht, weil sie dazu erzogen werden, jedes ihnen vorgelegte Gesetz anzuwenden. Die Frage nach dem inneren Werte des Rechts oder die Frage nach den Grenzen, die dem Recht seinem Wesen nach gezogen sind, stellt sich ihnen nur selten. Der rein positivistisch geschulte Jurist ist geneigt, sich ausschließlich im Käfig der Gesetzestexte, die ihm vorgelegt werden, zu bewegen, ohne sich der Gitter des Käfigs, die ihn von der Außenwelt trennen, bewußt zu werden. Der Gesetzgeber kann ihm aber Aufgaben stellen und Fragen zuweisen, die er nicht stellen oder zuweisen sollte. Er kommt gelegentlich in die Versuchung, delikate Fragen auf den Richter abzuschieben, und der rein positivistisch erzogene Richter ist bereit, das, was ihm in Gesetzesform dargeboten wird, einfach anzuwenden, zu verspeisen, was ihm zu verspeisen geboten wird. Je mehr der Jurist aber die ihm wesensmäßig gezogenen Grenzen sieht, um so mehr ist er erst wirklicher Jurist, ja wirklicher Mensch, dem die Erkenntnis seiner Grenzen als Aufgabe gestellt ist; und nur ein Mensch in diesem Sinne sollte Richter sein.

Nun, die Grenzen für das, was legitimerweise in den Rechtskreis fällt, sind einerseits enger als das, was der Gesetzgeber dem Richter gelegentlich vorlegt, andererseits aber auch wesentlich weiter, als vielfach angenommen wird. Es gibt eine Fülle von Sätzen des ungeschriebenen Rechts. Wenn es einerseits vorkommt, daß Richtern die Beantwortung von Fragen zugemutet wird, die vor ein anderes, oft höheres Forum gehören, so gibt es andererseits vielfach echte Rechtsfragen auch da, wo ein an

den Text der Gesetze gebundener Jurist glaubt, am Ende seines Lateins angelangt zu sein. Beide Gesichtspunkte werden wir bei unserer Betrachtung über die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Auge zu behalten haben.

Ich will auf die viel erörterte Frage, was ein „Verfassungsstreit“ ist, nicht eingehen; das kann von den höheren Gesichtspunkten aus, von dem ich unser Problem aufrollen möchte, vom positiven Recht so oder so geschehen. Auch will ich mich nicht über das Problem der Rechtsprechung im Sinne einer bestimmten Rechtsordnung äußern, nachdem wir gerade eine interessante Arbeit von Friesenhahn hierüber erhalten haben. Ich will vielmehr, ganz unabhängig von jeder konkreten Rechtsordnung, von dem Satze ausgehen, daß grundsätzlich Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit jede Frage des Verfassungsrechts sein kann. Jede echte Verfassungsrechtsfrage kann gerichtlich entschieden werden, d. h. entschieden werden von Personen, die in dem Sinne unabhängig sind, daß sie total und exklusiv abhängig sind von Rechtsnormen. Völlige Unabhängigkeit gibt es in menschlichen Verhältnissen nicht. Unabhängig kann der Mensch nur von bestimmten Dingen sein; und das bedarf immer des Korrelats der Abhängigkeit von anderen.

Damit berühre ich, ohne es im einzelnen vertiefen zu wollen, die Frage der Zusammensetzung von Verfassungsgerichten. Natürlich müssen in den Verfassungsgerichten vor allem durchgebildete Juristen sitzen. Aber das schließt nicht aus, daß daneben auch besonders erfahrene Kenner des Verfassungslebens Platz finden. Der Jurist ist bei uns meist einseitig ausgebildet, einseitig nicht nur in der Methode seines Denkens, sondern auch im Hinblick auf die ihm vertrauten Lebensverhältnisse; dadurch schwebt er in der Gefahr, gegenüber ihm nicht vertrauten Lebensverhältnissen lebensfremd zu sein. Ich will diese Frage nur darum streifen, weil von ihrer Lösung die Gesundheit der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund und in den Ländern abhängt. Es wäre bedenklich, im wesentlichen am bürgerlichen und Strafrecht geschulte Juristen in die Verfassungsgerichte zu entsenden, weil ihnen die Lebensverhältnisse, die dem bürgerlichen und Strafrecht zugrundeliegen, aber nicht die des Verfassungslebens vertraut sind. Auf der anderen Seite aber wird es freilich schwer sein, unabhängige, d. h. ausschließlich vom Recht abhängige Personen zu finden, die dem Verfassungsleben nahe, aber dem Rechte fern stehen; bei ihnen können leicht Abhängigkeiten von politischen Faktoren, Parteien oder Ideologien, ja von politischen Opportunitäten eine Rolle spielen. Die Männer, die berufen sind, die Verfassungsgerichte des Bundes und der Länder zu besetzen, müssen sich

des Ernstes dieser Problematik und der darin liegenden Verantwortlichkeit voll bewußt sein und aus einem so geläuterten Bewußtsein handeln.

Die Abgrenzung der Rechtsstreitigkeiten von politischen Streitigkeiten ist ein dem Verfassungsrecht und dem Völkerrecht gemeinsames Problem; ja es ist insbesondere in der völkerrechtlichen Theorie und Praxis untersucht worden. Man kann diese Abgrenzung von der Seite des objektiven Rechts oder von der der subjektiven Rechte her vornehmen. Den ersten Weg ist das Statut des Haager Gerichtshofes gegangen, in dem Artikel 38 die verschiedenen Arten von Rechtsnormen aufzählt, die der Gerichtshof bei seinen Entscheidungen anzuwenden hat. Den zweiten Weg haben die Schiedsverträge von Locarno in ihrer bekannten und vielfach nachgeahmten Formel besprochen: „différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit“. Da subjektive Rechte jedoch auf objektiven Rechtssätzen beruhen, so verweist letztlich auch diese Formel auf die Anwendung und Auslegung von objektiven Rechtssätzen. Sie fügt dem nur den besonderen Gedanken hinzu, daß nur der klagen darf, der ein eigenes Recht geltend machen kann. Es hieße Eulen nach Athen tragen, wenn ich mich vor Ihnen über den Begriff des subjektiven Rechts verbreiten würde. Ich bin, sicher in Übereinstimmung mit vielen anwesenden Kollegen, für eine weite Auslegung, nach der ein subjektives Recht überall da vorliegt, wo den Individuen durch objektive Rechtssätze eine gesicherte Position geschaffen werden sollte. Wo die Grenze im einzelnen verläuft, kann generell und abstrakt nicht gesagt werden. Es ist Aufgabe der Gerichte, mit dem erforderlichen Takt und der erforderlichen Erfahrung eine Tradition aufzubauen und auf Grund dieser am Einzelfall geschulten Tradition neue Fälle zu entscheiden. Jeder Versuch, diese Formel näher zu umschreiben oder zu konkretisieren, kann nur zu Tautologien führen.

Damit haben wir die erste Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet: von ihr sind alle politischen Fragen ausgeschlossen. Ein viel gebrauchter, aber auch viel mißbrauchter und schillernder Begriff, den für unsere Zwecke zu klären mir wesentlich erscheint. Ich würde ganz banal sagen: politisch sind die Fragen, für deren Entscheidung keine Rechtsnormen bestehen. Das ist auch das Ergebnis, zu dem der Haager Gerichtshof gekommen ist, wenn er vor die Frage gestellt war, die Grenzen seiner Zuständigkeit zu bestimmen, wie z. B. in dem Zonenstreit zwischen Frankreich und der Schweiz. Insbesondere hat sich der amerikanische Richter Kellogg in seiner Concurring Opinion zu dem Urteil in dieser Angelegenheit ausführlich zu diesem Grenzproblem geäußert, mit dem Ergebnis,

daß für alles, was der freien Entscheidung der Staaten überlassen ist, eben darum keine Rechtsnormen bestehen und die Frage eine politische Frage ist. Unter diesen Gesichtspunkten hat der Gerichtshof den Kompromiß zwischen Frankreich und der Schweiz ausgelegt und sich darauf beschränkt, die Fragen zu entscheiden, die er für Rechtsfragen hielt. In der karelischen Angelegenheit hatte der Gerichtshof die Erstattung eines Rechtsgutachtens, um das der Völkerbund ihn ersucht hatte, abgelehnt, weil er auch bei der Erstattung von Rechtsgutachten ein Gerichtshof bleibe und an den prozeßrechtlichen Grundsatz „audiatur et altera pars“ gebunden sei. Es handelte sich um die Auslegung eines Vertrages zwischen Finnland und der Sowjet-Union, dessen Text vorlag; aber die Sowjet-Union war nicht erschienen. In der Angelegenheit der Zollunion zwischen Deutschland und Österreich hatte Anzilotti in seinem Sondervotum die Meinung vertreten, daß der Gerichtshof die Erstattung des Rechtsgutachtens ablehnen müßte, da die Frage, ob das Zollunionregime die Unabhängigkeit Österreichs gefährde, eine politische Frage sei. Die Kritik an der Entscheidung des Hofes ging im allgemeinen dahin, daß das Gericht den Fehler begangen habe, bei der politischen Natur der Frage eine Entscheidung zu fällen.

Der Begriff der politischen Frage wird aber auch in einem ganz anderen Sinn gebraucht. Es wird nämlich gesagt: politische Fragen unterscheiden sich von den juristischen durch die Intensität, mit der gestritten wird, oder dadurch, daß ein besonderes Schlaglicht auf einen Fall fällt; es könne daher jede Frage je nach der berühmten „konkreten Situation“ eine politische Frage werden. Das kann auch bei einem Strafprozeß, ja sogar bei einem Zivilprozeß der Fall sein, auch solche Prozesse können „politisch“ werden, einen politischen Beigeschmack oder Nachgeschmack haben, um einen Ausdruck des Präsidenten Dr. Simons aufzunehmen. In diesem Sinne haben Verfassungsstreitigkeiten stets einen politischen Beigeschmack oder Nachgeschmack. Aber das ist nicht der Sinn, in dem wir hier von politischen Fragen im Gegensatz zu Rechtsfragen sprechen. Für uns ist allein wesentlich, ob auf einen Streitfall Rechtsnormen oder Normen anderer Art anzuwenden sind, unabhängig von jedem politischen Beigeschmack oder Nachgeschmack. Denn es geht gerade darum, diesen Beigeschmack oder Nachgeschmack auszuschalten und nur das Recht zum Worte kommen zu lassen.

Daraus folgt etwas, was man sich nicht immer klar zu machen pflegt. Es kann eine Partei „Recht“ haben, aber politisch unrichtig gehandelt haben; und es kann umgekehrt eine Partei politisch richtig, aber juristisch unrichtig gehandelt haben. Die nach Rechtsnormen erfolgte Entscheidung eines Verfassungs-

gerichts besagt nichts über die politische Weisheit der bestrittenen Maßnahme. Das wird in der rauhen Wirklichkeit des politischen Kampfes oft miteinander vermengt. Es kommt nicht ganz selten vor, daß eine Partei versucht, das von ihr politisch Bekämpfte juristisch anzugreifen, und daß, wenn sie juristisch unrecht bekommt, sie das Gericht verdächtigt, parteiisch und aus politischer Befangenheit geurteilt zu haben, oder daß der Sieger in einem Rechtsstreit glaubt, daß damit auch etwas über die politische Weisheit dessen, was er getan hat, gesagt ist. Denn das Recht, auch das Verfassungsrecht, will in erster Linie Freiheit und Verantwortlichkeit. Es sanktioniert daher geradezu den Irrtum und das Fehlgreifen im Ziel und in den Mitteln. Nur ein kleiner und bescheidener Teil des staatlichen Lebens ist rechtlich normiert und rechtlich normierbar; die eigentlichen Verantwortlichkeiten nimmt das Recht den zu politischen Entscheidungen berufenen Organen nicht ab. Das Verfassungsrecht enthält überwiegend Ermächtigungsnormen und Verfahrensnormen, im Gegensatz zum Privatrecht, bei dem Verhaltensnormen überwiegen. Die Verhaltensnormen des Verfassungsrechts bezeichnen meist nur die Grenzen der Ermächtigungen zu freien Entscheidungen. Zur Erläuterung des hier Gemeinten möchte ich mit Ihnen den Aufbau dessen, was man die vollziehende Gewalt nennt, etwas näher betrachten.

Die vollziehende Gewalt ist im Staate des 19. und 20. Jahrhunderts in den meisten Staaten Europas dreifach gegliedert: Staatshaupt, Regierung, Verwaltung.

Zunächst das Staatshaupt: der Monarch oder der Staatspräsident. Seine Bedeutung beruht mehr auf auctoritas als auf potestas. Er soll nicht selbst regieren; aber er bleibt, wenn die Regierungen wechseln; er hat eine die Regierungen überdauernde Erfahrung und ein längeres Gedächtnis. Sein Rat und seine Mahnungen haben eine spezifische Funktion, die nur eine ein über den Regierungen stehendes und von ihr unabhängiges „pouvoir neutre“ erfüllen kann. Er ist, was auch im Text der Verfassung stehen mag, der oberste Regulator der staatlichen Willensbildung. Wenn alles normal verläuft, bleibt er im Hintergrunde, tritt aber hervor, wenn Hemmungen und Störungen im normalen Verlauf der staatlichen Willensbildung eintreten. Er ist ein selbständiger und politisch nicht verantwortlicher Faktor der staatlichen Willensbildung, der der Gegenzeichnung verantwortlicher Minister bedarf, ohne den aber gewisse letzte Entscheidungen nicht gefällt werden können, Entscheidungen, die den Staat als über den wechselnden Regierungen stehende Einheit nach außen und innen betreffen, und die eines die Regierungen überdauernden Ansehens bedürfen. Ihre Emanation

Staatshaupte verleiht ihnen einen Glanz und eine Autorität, die Regierungsakten nicht innewohnt.

Die Regierung hat die Aufgabe, in Verantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung und, von ihr getragen, der gesamten Staatstätigkeit eine bestimmte Richtung zu geben und für die Einhaltung dieser Linie durch die ihr unterstellten Instanzen zu sorgen. Ihr obliegt es, die Mannigfaltigkeit der Interessen und Bedürfnisse des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens zu erkennen und mit den eigenen Erkenntnissen und Zielen zur Einheit eines Programms zu verarbeiten, die für dessen Durchführung erforderlichen Impulse zu geben und so die allgemeine Richtung der Staatstätigkeit zu bestimmen und sie in lebendigen Gang zu halten. Ihre Zusammensetzung aus dem ihre Geschäfte leitenden, die Richtlinien bestimmenden, Gegensätze ausgleichenden und alles zusammenfassenden Chef und aus den Leitern der einzelnen Geschäftszweige, sowie ihre ständige Fühlung und Zusammenarbeit mit der Volksvertretung, ermöglichen ihr die integrierende, aktivierende und dirigierende Aufgabe, zu der sie berufen ist.

Für die dem Staatshaupt und der Regierung verfassungsmäßig erteilten Ermächtigungen gibt es grundsätzlich keine Rechtsnormen für den Inhalt ihrer Tätigkeit. Rechtsfragen können sich nur erheben über die Frage der Zuständigkeit, d. h. über die Frage, wer zu diesen rechtsnormfreien Entscheidungen ermächtigt ist, sowie über die Frage, ob sie die in den Grundrechten jeder staatlichen Tätigkeit gezogenen Grenzen überschritten haben.

Das dritte Glied der vollziehenden Gewalt ist die Verwaltung. In ihr differenziert und spezialisiert sich die einheitliche Staatstätigkeit wieder in ihre verschiedenen Zweige und öffentlichen Dienste, die der Staatsapparat in seinem hierarchischen Aufbau von der in der Regierung verankerten Spitze bis nach unten hin zu verrichten hat. Auch die Verwaltung ist in sich wieder dreifach gegliedert. Die oberste Schicht möchte ich die Ressortpolitik nennen. Als uns naheliegendes Beispiel darf ich die Universitätspolitik nennen; so die Frage, ob eine vierte Landesuniversität in Bayern gegründet werden soll oder nicht. Die Entscheidung dieser Frage ist nicht nur von größter allgemeiner Bedeutung, sondern berührt auch intensiv die Interessen der bestehenden Landesuniversität. Aber es ist eine Frage der Ressortpolitik, für die es nur eine politische Verantwortlichkeit vor den politischen Instanzen gibt und keine Rechtsfrage. Ein anderes Beispiel wäre etwa die Ressortpolitik der Verkehrsministerien. Ihre Eisenbahn-, Wasserstraßen-, Landstraßenpolitik; dazu kommen weiter etwa die Beschaffungsfragen,

welcher Typ von Lokomotiven bestellt werden soll und wo die Bestellungen unterzubringen sind.

Unter dieser obersten Schicht der Verwaltung steht die organisatorische Arbeit, in der sie ihre eigentliche Tätigkeit entfaltet, in der frei zu „walten“ berufen ist. Ihr Verhältnis zum Recht ist hier ein besonderes. Natürlich wirkt sie nicht in einem rechtsfreien Raum; aber sie handelt zunächst einmal auf Grund des allgemeinen Amtsauftrages, die Geschäfte der einzelnen Dienstzweige aufzubauen und zu besorgen. Der Amtsauftrag ist meist nicht in Gesetzesform festgelegt, sondern ergibt sich aus der Natur der Sache und ist gewöhnlich nur in allgemeinen Anweisungen, Geschäftsverteilungsplänen, Ressortreglements usw. niedergelegt. Wie die Behörden z. B. die Polizei aufbauen und organisieren, ist von entscheidender Bedeutung, nicht nur für Ordnung und Sicherheit, sondern für das ganze Leben der Gesellschaft und der Individuen. Voraussehen, Planen, Beobachten, Berichten, Verhandeln, Ausgleichen, Raten, Fördern, Hemmen, Abwägen von Interessen, Regulieren des Tempos, festeres oder loserer Anspannen der gesetzlich zulässigen Forderungen, Kundendienst im weitesten Sinne, Geschäftsverteilung, Dienstaufsicht usw. sind spezifische Aufgaben der Verwaltung, bei deren Erfüllung es auf Takt, Umsicht, Erfahrung usw. ankommt. Solcherart sind die Normen, die das Verhalten der Verwaltungen regeln und ihrem Ermessen weitesten Spielraum lassen. Rechtsnormen kommen für diesen wesentlichen Teil der Verwaltung kaum in Betracht.

Erst bei der dritten Schicht der Verwaltung, bei den Verwaltungsakten, beginnen die Rechts- und justiziablen Fragen; erst diese unterste Stufe im Bereiche der Verwaltung ist rechtlich faßbar. Unsere Vorlesungen über Verwaltungsrecht — ich will keinem Kollegen zu nahe treten — sind im wesentlichen abgestellt auf Verwaltungsakte, als ob die Verwaltung nichts weiter zu tun hätte, als Verwaltungsakte zu erlassen, wie das Gericht Urteile fällt. Vom Recht der Verwaltung ist in unseren Vorlesungen vielfach nicht die Rede, und darum erwecken wir bei unseren Studenten vielfach ein falsches Bild. Es ist tief in unserer soziologischen, wirtschaftlichen und politischen Entwicklung begründet, daß die Aufgabe der Juristen bei der Fülle der im staatlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben zu erfüllenden Aufgaben eine sehr viel bescheidenere geworden ist, als sie im 19. Jahrhundert war. Das juristisch Nichtmeßbare spielt im heutigen überbelasteten Staat eine immer größere Rolle. Auf diese Tatsache habe ich bereits im Frühjahr in einem Vortrage in Hamburg gelegentlich der Völkerrechtstagung hingewiesen; wir Juristen sollten uns unserer geringeren Bedeu-

tung bewußt werden und bescheiden die Grenzen erkennen, die wir in fachlicher Hybris leicht übersehen.

Während die Regierung auf die oberste Leitung der durch Rechtsnormen nicht gebundenen Gesamtpolitik und auf die Zusammenfassung der Ressortpolitik ausgerichtet ist, ist die Verwaltung ihrem Wesen nach spezialisiert und differenziert nach den Gesichtspunkten der verschiedenen öffentlichen Dienstzweige. Aber die volle Konkretisierung und Spezialisierung und darum die rechtliche und aus gerichtliche Faßbarkeit liegt erst bei der untersten Stufe der Verwaltungstätigkeit, beim Verwaltungsakt, vor. Erst er kann durch gesetzliche Verhaltensnormen geregelt werden; aber auch, wo gesetzliche Bestimmungen fehlen, sind die Ermächtigungen so spezialisiert, daß es möglich ist, ein rechtliches Urteil zu fällen, ob z. B. ein *détournement de pouvoir* vorliegt, ob die Verwendung von Ermächtigungen zu sachfremden, d. h. von den speziellen Ermächtigungen nicht gedeckten Zwecken gebraucht worden ist. Ich brauche in diesem Kreise auf keine Beispiele hinzuweisen. Hier erst ist die Rationalisierung, die Technisierung und Spezialisierung so weit vorgetrieben, daß von rechtlich faßbarem Ermächtigungs- und Ermessensmißbrauch gesprochen werden kann. Natürlich gibt es mannigfaltige Differenzierungen in der Weite der Verwaltungsermächtigungen, die den Richter vor delikate Fragen der Differentialdiagnose stellen. Die Verwaltungsrechtssätze enthalten oft sogenannte „unbestimmte Begriffe“; und, wenn wir sagen, daß auch sie rechtlich nachprüfbar sind, so doch nur in dem Sinn, daß gewisse äußerste Grenzen bei ihrer konkreten Anwendung nicht überschritten werden dürfen; die unbestimmten Begriffe sind gewählt worden, um die Verwaltungsbehörden relativ rechtsnormfreie Entscheidungen zu ermöglichen. Wir denken dabei an Begriffe wie „Bedürfnis“, „öffentliches Interesse“, „öffentliche Ordnung“ und dergleichen mehr.

Also überall, wo nicht eine Spezialisierung der Ermächtigungen auf bestimmte technische Zwecke und eine gewisse Rationalität des staatlichen Handelns vorliegt, vielmehr eine Vielfalt von Interessen und Gesichtspunkten im Spiel ist und eine freie Abwägung dieser mannigfaltigen Interessen und Gesichtspunkte notwendig ist, hört die rechtliche und gerichtliche Prüfbarkeit auf. Hier fehlt es an der rationalen Einfachheit, die für die Evidenz gerichtlicher Entscheidungen notwendig ist. Ich finde diesen Gedanken sehr gut ausgedrückt in der *Joint Dissenting Opinion* von Basdevant, Winiarski, McNair und Read zu der Entscheidung des Haager Gerichtshofes vom 28. Mai 1948, bei der es sich um die Voraussetzungen für die Zulassung eines Staates

zur Mitgliedschaft in den Vereinigten Nationen handelte\*); da heißt es (Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances S. 85):

“The main function of a political organ is to examine questions in their political aspect, which means examining them from every point of view. It follows that the Members of such an organ who are responsible for forming its decisions must consider questions from every aspect . . .”

Da die Ermächtigungen an die politischen Organe der Verfassung Ermächtigungen zu politisch verantwortlichem Handeln sind, d. h. daß sie berufen sind, die Fülle der Interessen und Gesichtspunkte zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen, kommt eine gerichtliche Nachprüfung ihrer Entscheidungen nicht in Betracht, es sei denn, daß es um die Frage der Zuständigkeit geht, d. h. um die Frage, welches der verfassungsmäßigen Organe mit der politischen Entscheidung betraut ist, oder um die Frage, ob spezielle Normen, insbesondere die Grundrechte, dem politischen Ermessen gebietend oder verbietend Schranken ziehen. Aber auch hierbei darf nicht vergessen werden, daß es sich um Ermächtigungen an politische Organe handelt, die bei der Abwägung der Vielfalt der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte eine gewisse Freiheit genießen müssen. Ich denke dabei auch an den Gesetzgeber. Sie wissen, daß ich bereits früher dafür eingetreten bin, daß auch der Gesetzgeber sich die gerichtliche Kontrolle über die Einhaltung der Grundrechte gefallen lassen muß. Die höchst delikaten Fragen, die sich ergeben können, lassen sich nicht durch eine abstrakte Formel lösen, sondern es wird eine sorgfältige Differentialdiagnose der Einzelfälle erforderlich sein. Ich denke dabei vor allem auch an die Überprüfung der Gesetze unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit vor dem Gesetz, d. h. letztlich unter den Gesichtspunkten der materiellen Gerechtigkeit. Zum Wesen des Rechts gehört, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Aber ich hatte auch in meinem viel kritisierten Münsterer Vortrage zum Ausdruck gebracht, daß es sich auch bei dieser Nachprüfung immer nur um die Frage der Einhaltung der äußersten Schranken der gesetzgeberischen Freiheit handeln kann, d. h. ob die Entscheidung des Gesetzgebers auf vernünftigen Erwägungen beruht, und die Differenzierungen, die er vornimmt, der Natur der Sache entsprechen und nicht willkürlich sind. Die Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten spricht von der „rule of reasonableness“.

---

\*) Für die Mehrheit des Gerichtshofes hatte sich die Frage nicht gestellt, da sie meinte, daß die Voraussetzungen für die Zulassung enumerativ und limitativ geregelt seien.

Nur politischer und juristischer Takt kann für Fragen dieser Art eine gesunde Tradition aufbauen. Es besteht keine Möglichkeit genereller und abstrakter Formulierungen. Auch die amerikanische Judikatur hat es abgelehnt, eine Definition der „political questions“ zu geben; nur durch am Einzelfall orientierte Entscheidungen kann eine sinnvolle und überzeugende Judikatur aufgebaut werden.

Ich bin überzeugt, daß, wenn die hier entwickelten Gesichtspunkte und Schranken beachtet werden, die Gefahr einer Juridifizierung der Politik und einer Politisierung der Justiz nicht besteht. Um der politischen Öffentlichkeit Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit überzeugend erkennbar zu machen, kommt es viel auf die Begründung der Urteile an. Die Seele der Urteile liegt, wie Max Huber in seiner Inauguralrede als Präsident des Haager Gerichtshofs gesagt hat, in ihrer Begründung. Ist sie überzeugend, so wird sie den Urteilen den politischen Beigeschmack und Nachgeschmack nehmen und die politischen Leidenschaften zu dämpfen vermögen.

Das Bonner Grundgesetz hat die Entscheidung über die Frage, ob eine Partei wegen Verstoßes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu verbieten sei, dem Bundesverfassungsgericht übertragen. Wenn es im Rahmen eines Gerichts bleiben will, wird es die politische Frage von der rechtlichen reinlich scheiden müssen. Damit meine ich folgendes. Man hat die subversiven Parteien mit einem großen im Meer treibenden Eisberg verglichen, von dem nur eine kleine Spitze über den Meeresspiegel hinausragt, während die eigentlich gefährliche Masse unter dem Meeresspiegel liegt. Die Fragen, ob es zweckmäßig ist, die Partei wegen ihrer offenkundigen Betätigung zu verbieten oder sie wegen ihrer unterirdischen Tätigkeit bestehen zu lassen und weiter zu beobachten, welche politischen Konsequenzen das Verbot im Rahmen der Gesamtlage hat, sind politische Fragen, für deren Entscheidung eine Fülle von Gesichtspunkten und eine Abwägung der verschiedensten Interessen maßgebend sind, für die es aber rechtliche Normen nicht gibt. Das Bundesverfassungsgericht wird daher den Standpunkt einzunehmen haben, daß es in dem Antrage der Regierung, die betreffende Partei zu verbieten, die politische Entscheidung über die genannten Fragen sieht, und nur die rechtliche Frage zu beantworten hat, ob die in dem Antrage liegende Entscheidung im Hinblick auf den Tatbestand innerlich begründet, vernünftig und nicht willkürlich ist. Dadurch würde, dem Wesen der Sache entsprechend, die politische Verantwortlichkeit allein bei der Regierung liegen und das Bundesverfassungsgericht nur die Verantwortlichkeit dafür tragen, daß diese

politische Entscheidung rechtlich begründet und nicht willkürlich war.

Ich habe bisher von den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in dem Sinne gesprochen, daß ich den im Verhältnis zur gesamten Staatstätigkeit bescheidenen Raum abgesteckt habe, auf den Verfassungsgerichten beschränkt bleiben müssen, wenn sie das hohe Gut ihrer spezifischen Autorität als Gerichte wahren wollen. Ich schulde Ihnen nunmehr noch wenigstens einen Überblick über das weite Feld, das Sie in diesem Raum zu bearbeiten haben. Das Verfassungsrecht stellt den Juristen, der mit der Verantwortlichkeit für seine Auslegung und Anwendung betraut ist, vor Aufgaben besonderer Art. Die Verfassungsurkunden sind keine Kodifikation des Verfassungsrechts von derselben Art wie die Kodifikationen des bürgerlichen Rechts. Dessen Begriffe und Sätze sind in einer Arbeit von mehr als 2000 Jahren von Wissenschaft und Praxis geprägt worden. Eine vergleichbare Vorarbeit fehlt für die „jüngere Schwester“ der rechtlichen Disziplinen. Die Lebensverhältnisse, die unser Verfassungsrecht normiert, sind modernen Ursprungs und sind dem Wechsel der Zeiten und örtlichen Verhältnisse in anderer Weise unterworfen als die Lebensverhältnisse, die den Gegenstand des Privatrechts, insbesondere des bürgerlichen Verkehrsrechts bilden. Dem Begriffsapparat, den der Verfassungsrechtler zu handhaben hat, fehlt daher die technische Vollendung in geschriebenen Verfassungstexten, wie sie in hohem Maße bei den bürgerlich-rechtlichen Kodifikationen erreicht ist. Das ungeschriebene Recht spielt daher eine wesentlich größere Rolle als im bürgerlichen Recht. Dies zu finden und zu entwickeln, macht die besonderen Schwierigkeiten, aber auch den besonderen Reiz des Verfassungsrechts aus.

Ich habe bereits erwähnt, daß das Verfassungsrecht vor allem Ermächtigungsnormen enthält. Für sie muß der Grundsatz gelten, daß jede Kompetenzzuweisung so auszulegen ist, daß sie alle Machtbefugnisse umfaßt, die für eine wirkungsvolle Durchführung der den betreffenden Organen anvertrauten Aufgabe erforderlich ist. Zuständigkeitsnormen sind nicht restriktiv auszulegen; sie bedürfen einer „broad interpretation“, wie sie der Supreme Court der Vereinigten Staaten seit seinem ersten großen Chief Justice Marshall geübt und so eine Erstarrung des amerikanischen Verfassungslebens verhindert hat. Das Verfassungsleben stellt oft Probleme, an die der Verfassungsgeber nicht gedacht hat und nicht denken konnte; nur eine elastische „broad interpretation“ kann diese Lagen meistern und einen Engpaß vermeiden. Es ist nicht nur ein Scherz und vielleicht nur etwas auf die Spitze getrieben ausgedrückt, wenn ich glaube, fordern zu sollen, daß erstens kein Mitglied des Parla-

mentarischen Rates in das Verfassungsgericht kommt und daß zweitens die Materialien des Parlamentarischen Rates, wenn nicht verbrannt, so doch in einem verschlossenen Schrank gehalten und nur zu rein historischer Arbeit herangezogen werden (Beifall). Auch die von bestem Willen beseelten Verfassungsgesetzgeber in Bonn waren Menschen und als solche dem Irrtum unterworfen und konnten nur beschränkte und zeitgebundene Einsichten haben. Was daher dieser oder jener Abgeordnete zu dieser oder jener Frage gedacht und gesagt hat, ist historisch interessant, wenn auch nicht entscheidend; aber was alle Abgeordneten bei ihrer Abstimmung, auf die es letztlich ankommt, gedacht oder nicht gedacht haben, ist nicht festzustellen. Wie dem aber auch sei, es gibt eine Fülle von Problemen, es wird in der Zukunft noch mehr geben, an die keiner gedacht hat und die keiner in allen Konsequenzen übersehen konnte. Wenn man an die Kommentare, die bereits alle diese Materialien vor uns ausbreiten, denkt, dann fürchte ich, daß man dem „Willen des Gesetzes“, der nicht identisch ist mit dem Willen dieser oder jener Gesetzgeber, nicht gerecht wird. Der Wille des Gesetzes, oder vielleicht richtiger, der Sinn des Gesetzes ist eine ideelle Größe, die mit dem psychologischen Willen der Parlamentarier nichts zu tun hat. Nur dadurch konnte der Verfassung der Vereinigten Staaten ein 175jähriges Dasein beschieden sein, daß die Weisheit einer „broad interpretation“ sich mit einer Kenntnis der wechselnden Bedürfnisse des Verfassungslebens paarte.

Damit berühre ich die Lehre von den „implied powers“, die die Judikatur des Supreme Court entwickelt hat. Wir Deutsche verdanken ihre Kenntnis der schönen Arbeit von Triepel über „Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung“, eine Arbeit, die heute in besonderem Maße des Lesens und Studiums würdig ist. In der Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten im Oktober 1949 ist in den interessanten Vorträgen und Diskussionsreden das Problem der „implied powers“ eingehend behandelt worden. Ich darf diesen wertvollen Beitrag zur Auslegung des Grundgesetzes bei Ihnen als bekannt voraussetzen. Als Ergebnis der Tagung wurde festgestellt, daß es „ungeschriebene Bundeskompetenzen“ gibt: einerseits Zuständigkeiten, die sich aus dem Wesen und der verfassungsmäßigen Organisation des Bundes ergeben, „natürliche Bundesaufgaben“ und andererseits Zuständigkeiten aus dem notwendigen Sachzusammenhang mit ausdrücklich verliehenen Zuständigkeiten.

Bei dem fragmentarischen Charakter der Verfassungsurkunden erheben sich weitere Rechtsfragen, für deren Beantwortung ein geschriebener Rechtssatz nicht zur Verfügung steht, so daß

auf ungeschriebenes Recht zurückgegriffen werden muß. Ich denke z. B. an die Frage der Inkompatibilität der Mitgliedschaft in Bundestag und Bundesrat, bekanntlich ein altes Problem des deutschen Bundesstaatsrechts, das eine wertvolle Untersuchung nach dem Bonner Grundgesetz durch K. J. Partsch und W. Genzer im Archiv des öffentlichen Rechts gefunden hat. Ich denke sodann an die Frage der Organisationsgewalt, wer über die Fahnen, Wappen und Siegel des Bundes, über die Nationalhymne, über die Einrichtung und den Aufbau der Bundesministerien zu bestimmen hat. Wir werden endlich unter Umständen in einiger Zeit vor der Frage des Militärwesens und der militärischen Dienstpflicht stehen. Ergeben sich aus der Natur der Sache oder des sachlichen Zusammenhanges hierfür von dem Grundgesetz vorausgesetzte oder implizierte Rechtsätze über eine „natürliche Bundesaufgabe“ und eine der Natur der Sache entsprechende Kompetenzverteilung?

Ich darf in diesem Zusammenhange eine weitere grundsätzliche Frage nicht unerwähnt lassen. Alle Verfassungen, und so auch das Bonner Grundgesetz, sind zugeschnitten auf das normale Funktionieren aller Organe. Was ist aber Rechtens, wenn einmal das eine oder andere dieser Organe nicht funktionsfähig ist? Hört dann jede rechtliche Beurteilung auf oder gibt es auch hierfür ungeschriebene Normen, die sich aus der Natur der Sache, aus dem Wesen der Stellung des Parlamentes oder des Präsidenten oder der Regierung ergeben? Ich habe diese Frage einmal im Jahre 1931 gestellt. Gibt es da nicht auch ein dem organischen Leben analoges Rechtsgesetz, nach dem ein funktionsfähiges Organ sich in die Funktionen eines funktionsunfähig gewordenen Organs substituiert? Besteht in solchen Lagen ein im Naturrecht begründetes Notrecht, ja eine Notpflicht verantwortlicher funktionsfähiger Organe? Ein weiteres Beispiel: es gibt für alle Verfassungen eine ungeschriebene, aber als selbstverständlich vorausgesetzte Norm, die bestimmten Organen die Pflicht zur Zusammenarbeit und damit die Pflicht zu Kompromissen auferlegt. Wir kennen das Problem aus der Periode der konstitutionellen Monarchie; in Preußen hatte es seinerzeit zu dem bekannten Verfassungskonflikt geführt. Das Bonner Grundgesetz hat die damalige Konfliktfrage durch detaillierte Vorschriften geregelt; wenn Bismarck das Bonner Grundgesetz gehabt hätte, wäre es zu dem Konflikt nicht gekommen. Ähnliche Fragen können sich auch nach dem Bonner Grundgesetz stellen, z. B. in dem Verhältnis zwischen dem Bundespräsidenten, dem das Grundgesetz gewisse Entscheidungen vorbehält, ihn aber zugleich an die Gegenzeichnung des Bundeskanzlers bindet. Dem Bundespräsidenten obliegt die Ernennung und Entlassung der Bundesminister, während der

Bundeskanzler hierfür ein Vorschlagsrecht hat. Hinter dieser geschriebenen Norm steht die ungeschriebene, die es beiden zur Pflicht macht, sich zu einigen und loyal zusammenzuarbeiten, indem jeder die sachlichen Erwägungen des anderen würdigen und nicht kompromißlos auf dem eigenen Standpunkt verharren soll. Diese ungeschriebene Pflicht zur Einigung kann auch für den Bundeskanzler von großer Bedeutung sein, indem sie ihm die Möglichkeit gibt, bei der Kabinettsbildung gegenüber unberechtigten Forderungen der Parteien zu sagen: diese oder jene Person kann ich dem Bundespräsidenten nicht vorschlagen, der sagt sicher Nein. Die Frage freilich, wer von beiden staatlichen Faktoren im Einzelfall Recht hat, ist keine Rechtsfrage, da für sie keine Rechtsnormen bestehen. Das mit einem solchen Konflikt etwa befaßte Bundesgericht müßte sich darauf beschränken, auf die ungeschriebene Rechtsnorm zu verweisen, die beiden die Pflicht zu verständnisvoller Zusammenarbeit auferlegt.

Ich darf auch nicht unterlassen, Sie noch auf einen letzten Komplex ungeschriebener Rechtsnormen hinzuweisen. Es gibt gewisse oberste Rechtsprinzipien, an die auch das staatliche Leben gebunden ist. In der völkerrechtlichen Theorie und Praxis bezeichnet man sie als „*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*“. Solche Rechtsprinzipien gibt es auch für das Verfassungsrecht. Auch der Staat ist bei allen seinen Handlungen an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden. Dazu kommen die Normen der Verfahrensgerechtigkeit, deren Bedeutung vielfach noch nicht voll erkannt ist. Auch fließen aus dem Prinzip, daß unser Staat Rechtsstaat sein will und sein soll, eine Fülle von ungeschriebenen Normen, über deren Einhaltung zu wachen eine der vornehmsten Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit ist. Es darf endlich nicht vergessen werden, daß auch die Individuen und Gesellschaft gewährten Freiheitsrechte rechtliche, vielfach ungeschriebene Schranken haben, die sich teils aus besonderen Gewaltverhältnissen, teils aus dem auch für sie geltenden Verbot des Mißbrauchs ergeben.

Ich habe Ihre Geduld wohl bereits übermäßig in Anspruch genommen, bitte Sie jedoch, mir zu gestatten, zum Schlusse noch kurz auf eine letzte Frage von besonderem Ernst eingehen zu dürfen. Eine Grenze für jede Gerichtsbarkeit muß auch da vorliegen, wo es um moralische Fragen geht. Es wäre die schlimmste Überschreitung der Grenzen, die jeder Gerichtsbarkeit gezogen sind, wenn Fragen, die ihrem Wesen nach vor das *forum internum* gehören, vor ein *forum externum* gezogen werden. Nur zwei Hinweise: manche Urteile der Nürnberger Militärgerichte und manche Denazifizierungsentscheidungen. Hier

geht es um eine der bedeutendsten Fragen, vor die wir heute überhaupt gestellt sind. Denn wenn die höheren Normenarten vor ein Forum gezogen werden, das für die niedere Normenart des Rechts — womit ich deren Bedeutung in keiner Weise unterschätze — geschaffen ist, so werden damit die höheren Normen- und Schuldarten ihrer Höhe und Würde entkleidet. Auch hier geht es um Fragen, bei denen eine Fülle von verschiedenen Gesichtspunkten zu erwägen ist, die sich daher der juristischen Spezialisierung und Rationalisierung entziehen, bei denen der einzelne in der tragischen Situation steht, sie nicht ohne Schuld lösen zu können, freilich eine Schuld, die keine rechtliche ist\*). Und doch handelt es sich letztlich auch hier um eine Rechtsfrage. Denn wenn der Grundsatz von dem Wert und der Würde der menschlichen Persönlichkeit einen Sinn hat, so jedenfalls auch den, daß der Mensch bei diesen Fragen einen Rechtsanspruch darauf hat, in der Sphäre der moralischen und theologischen Schuld nicht vor ein menschliches Gericht gezogen zu werden.

Ich bin am Ende meiner Ausführungen und hoffe und erwarte von der Diskussion mannigfache Korrekturen, Ergänzungen und Belehrungen.

---

**\*) A n m e r k u n g :** Der Rat der Evangelischen Kirchen in Deutschland hat sich in einem Schreiben an die Regierungen vom 6. Dezember 1950 um die Frage der Grenzen menschlicher Gerichtsbarkeit bemüht und ist dabei zu folgender Formel gekommen:

„Die Gerichte wurden vielfach vor Tatbestände gestellt, die untrennbare Bestandteile eines politischen und militärischen Gesamtgeschehens darstellten, in das der einzelne verstrickt war. Es bedeutete eine unlösbare Aufgabe, die äußerst verwickelten Zusammenhänge eines ganzen Abschnittes moderner Geschichte in der Form eines Gerichtsverfahrens zu erfassen und zu beurteilen. Mußten nicht hierbei die Grenzen menschlicher Gerichtsbarkeit überschritten werden?“

---

# Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

2. Mitbericht von Professor Dr. Martin Drath,  
Freie Universität Berlin.

Die umfangreiche Materie, die unser Thema zu behandeln hat, kann nicht in einem Vortrag erschöpft werden. Ich habe daher von der Freiheit der Auswahl Gebrauch machen müssen, kann heute auch nur das Wichtigste vortragen und muß im übrigen auf den gedruckten Bericht verweisen. Die Leitsätze in Ihren Händen und einige Bemerkungen zur Überleitung an den Stellen, an denen ich den Bericht kürze, sollen den roten Faden bieten. Auch der gedruckte Bericht kann aber eine dringend nötige monographische Bearbeitung unserer heutigen V. nicht ersetzen.

Die V. hat schon im Jahre 1928 auf der Tagesordnung einer Versammlung unserer Vereinigung gestanden<sup>1)</sup>. Damals handelte es sich um „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“. Wenn man mit den damaligen Referenten Triepel und Kelsen davon ausgeht, daß „Staatsgerichtsbarkeit“ und „Verfassungsgerichtsbarkeit“ Synonyma sind<sup>2)</sup>, so möchte man aus dem Unterschied der Themenstellung entnehmen, daß heute über das Wesen der V. Klarheit besteht. Diese Annahme erscheint mir jedoch zu optimistisch. Es ist wohl so:

Die Themenstellung von 1928 war leicht erklärlich: Die Begründung zahlreicher Zuständigkeiten der Staatsgerichtshöfe und ähnlicher hoher Gerichte<sup>3)</sup> nach der Enumerationsmethode erforderte damals eine einheitliche Erfassung. Schon deshalb war es wichtig, nach Entwicklung und Wesen der V. zu fragen. Dies um so mehr, als die V. damals sehr bedeutungsvolle Funktionen neu erhalten hatte<sup>4)</sup>. Ferner war vor allem der wichtige Begriff „Verfassungsstreitigkeiten“ zu untersuchen, der in Art. 19 WRV vorausgesetzt, tatsächlich aber — wie die Recht-

---

<sup>1)</sup> Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, mit den Referaten von Triepel und Kelsen.

<sup>2)</sup> A. a. O. S. 4 u. 30. Dabei ziehe ich mit Triepel und Kelsen die Bezeichnung „Verfassungsgerichtsbarkeit“ vor, weil sie auf das Wesen dieser Gerichtsbarkeit hinweist.

<sup>3)</sup> Vor allem des RG und des RFH in den Fällen des Art. 13 WRV, des Wahlprüfungsgerichts in den Fällen des Art. 31 WRV.

<sup>4)</sup> Über ihre Entwicklung vgl. bes. das Referat von Triepel sowie später Stolzmann im A. ö. R. N. F. Bd. 16 S. 355 ff.; ihre hohe Bedeutung war neu.

sprechung und ihre Kritik gezeigt haben — keineswegs so klar war; man konnte erwarten, daß er auch aus Wesen und Entwicklung der ganzen V. weiter geklärt werden könnte. Das waren Gründe genug für die damalige Themenstellung. Tatsächlich aber scheint, wie die spätere Behandlung der V. durch Friesenhahn zeigt, der überzeugende Nachweis der wesensmäßigen Einheit der Aufgaben der Verfassungsgerichte nicht gelungen zu sein<sup>5)</sup>, während allerdings der Begriff der „Verfassungsstreitigkeiten“ wenigstens grundsätzlich befriedigend über Art. 76 aRV hinaus fortentwickelt wurde<sup>6)</sup>.

<sup>5)</sup> Nach Friesenhahn (Hb. d. d. St.R. Bd. II S. 526) gibt es keinen „einheitlichen Begriff von Staatsgerichtsbarkeit“; dies sei vielmehr eine „Sammelbezeichnung für verschiedene Arten von Rechtsprechung, die allerdings diese Zusammenfassung dadurch rechtfertigen, daß sie die ‚höchsten‘ Stufen der Rechtsprechung innerhalb des Staates darstellen“. Danach wäre es also nur der Rang, der die Zusammenfassung rechtfertigte, aber eine Zusammenfassung unter einer „Sammelbezeichnung“, nicht in einem das Wesen ausdrückenden Begriff. Dann erhebt sich aber die Frage, weshalb die Zusammenfassung an höchster Stufe der Rechtsprechung erfolgt ist! Diese Frage erhebt sich heute doppelt, da das damals schon von Friesenhahn getadelte vermeintliche System der Systemlosigkeit noch erheblich ausgebaut worden ist. Da ich eine grundsätzliche wesensmäßige Einheit aller Zuständigkeiten der Verfassungsgerichte annehme und zu weigen Löffel, verwende ich den Begriff „Verfassungsgerichtsbarkeit“ im umfassenden Sinn, während Friesenhahn ihn auf die „Verfassungsstreitigkeiten“ beschränkt.

<sup>6)</sup> Der Begriff „Verfassungsstreitigkeiten“ war unter der aRV mehr für die konkrete Verfassungslage als grundsätzlich geklärt (vgl. vor allem die von Friesenhahn a.a.O. S. 528 Anm. 18 angeführte Literatur, Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit S. 113 ff., bes. S. 115 f. und Triepel, Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, Festschr. f. Laband S. 329). Überwiegend wurde angenommen, daß Verfassungsstreitigkeiten nur zwischen Volksvertretung und Regierung bestehen könnten. Der Begriffsumfang stand im Vordergrund, nicht der Begriffsinhalt. In dieser Weise verstanden, konnte der Begriff „Verfassungsstreitigkeit“ auf Verfassungen mit parlamentarischer Abhängigkeit der Regierungen nicht übertragen werden, weil solche Streitigkeiten so gut wie ganz entfielen, andere aber neu oder stärker als früher auftauchten. Hierauf haben schon der Reichsstaatsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 12. 7. 21 St 5/21 (Lammers-Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich . . . Bd. I S. 363) und später Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 115 sowie Triepel a.a.O. S. 20 f. hingewiesen. Tatsächlich sind in den ersten vier Bänden der Sammlung von Lammers-Simons nur fünf Entscheidungen über Streitigkeiten zwischen Volksvertretung und Regierung enthalten. Drei davon betreffen die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzesbeschlüssen des Parlaments (vom 12. 7. 21 St 4/21 Bd. I S. 379 ff., vom 14. 6. 22 St 6/21 Bd. IV S. 288 ff. und vom 5. 3. 26 Bd. III S. 357 ff.); die vierte Entscheidung betrifft das Verhältnis einer geschäftsführenden Regierung zum neu gewählten Parlament (vom 20. 6. 27 Nr. 3 Bd. III S. 306 ff.), die fünfte die Auflösung des Parlaments nach Ablehnung eines Vertrauensantrags der Regierung (vom 21. 4. 25 Bd. III S. 364 ff.). Alle diese Entscheidungen zeigen gewiß „neuralgische Punkte“ des Verhältnisses zwischen Volksvertretung und Regierung auch bei parlamentarischer Abhängigkeit. Neuralgische Punkte ergeben sich aus der verschiedenen Ausgestaltung der parlamentarischen Abhängigkeit und selbst bei ausgeprägter Abhängigkeit aus mancherlei einzelnen Befugnissen der Regierung gegenüber dem Parlament und umgekehrt, z. B. aus dem Auflösungsrecht, dem Einspruchsrecht gegen Gesetzesbeschlüsse, dem Verordnungsrecht, der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzesbeschlüssen anlässlich der Ausfertigung usw. Gerade die deutschen Konstruktionen eines in vielfältigen Formen ausgestalteten Gegenspielertums zwischen Regierung und Volksvertretung schaffen Konfliktsmöglichkeiten dieser beiden Organe. Praktisch konnten übrigens unter der WRV auch hinter den Entscheidungen des RG oder des RFH nach Art. 13 WRV Differenzen zwischen Volksvertretung und Regierung eines Landes stehen. Trotzdem erscheint mir das oben angegebene Bild überzeugend: Ein echtes, gewachsenes Gegenspielertum existierte bei parlamentarischer Abhängigkeit der Regierungen nicht mehr. Insofern liegt am Ende der Monarchien mit seiner Veränderung der Regierungsposition ein grundsätzlicher Einschnitt als beim Übergang vom Ständestaat zur konstitutionellen Monarchie.

Wie steht es nun mit unserem heutigen Thema? Zunächst sind die Zuständigkeiten der Verfassungsgerichte heute so erweitert, daß man fragen muß, ob und wo die Aufgaben, die einer besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit zukommen, überschritten worden sind; ich behandle diese Frage der Sachgebiete der V. im I. Abschnitt des Referats. Dann sind allgemeine Grenzprobleme materiell-rechtlicher und verfahrens-rechtlicher Art zu erörtern (Abschnitt II). Schließlich ist (Abschnitt III) nach der Einhaltung der Grenzen echter Gerichtsbarkeit und damit nach dem Wesen der V. als Gerichtsbarkeit zu fragen.

Die Themenstellung für heute scheint mir also darauf zu beruhen, daß die Begrenzung der V. nach diesen drei Seiten ein dringliches Anliegen geworden ist. Dabei werden sich selbstverständlich die Grenzen auch aus dem Wesen, aber auch das Wesen aus den Grenzen der V. ergeben<sup>7)</sup>. Nur liegt es im Thema begründet, daß heute die Grenzen im Vordergrund stehen und daß wir zum Wesen nur aus diesem Zusammenhang heraus etwas zu sagen haben werden.

---

<sup>7)</sup> Daher hat auch auf der Tagung von 1928 die Frage der Grenzen zur Bestimmung des Wesens der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rolle gespielt.

## I.

Angesichts der eingangs erwähnten Kritik von Friesenhahn an den Zuständigkeiten der Verfassungsgerichte<sup>1)</sup> unter der WRV fragen wir also zuerst, ob die heutigen, noch erweiterten Zuständigkeiten im Rahmen der Aufgaben liegen, die einer besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit zukommen, ob sie diesen Rahmen überschreiten und ob sie ihn ausfüllen. Diese Frage erhebt sich ja gegenüber jeder Enumerationsmethode und kann deshalb auch heute nicht umgangen werden. Die Antwort setzt Klarheit über das Wesen der V. voraus.

Die V. i. f. S., d. h. die Institution besonderer Verfassungsgerichte mit ihren Zuständigkeiten ist zur Ergänzung der anderen Gerichtsbarkeiten geschaffen worden. Solche Ergänzungen entstehen nicht zufällig, sondern weil neue, besondere Aufgaben gesetzt oder zur Lösung alter Aufgaben neue, besondere Mittel gewählt werden. Wenn man Zuständigkeiten für verschiedene Sachgebiete enumerativ konzentriert, so gehören sie doch zusammen, weil nach den herrschenden Auffassungen und der maßgeblichen Entscheidung des Gesetzgebers entweder eine einheitliche Aufgabe vorliegt oder aber sich wenigstens ein ein-

---

<sup>1)</sup> Ich gebrauche diesen Begriff übereinstimmend mit Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschr. f. Thoma, S. 34 Anm. 1, einheitlich für alle Staats- und Verfassungsgerichtshöfe.