



*G. J. Fisher*

# Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft

Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag

herausgegeben von

Peter Oberndorfer und Herbert Schambeck



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Universitäts-  
Bibliothek  
München

x U 20/55 10

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen  
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten.

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1980 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61  
Printed in Germany

ISBN 3 428 04612 9

# Inhaltsverzeichnis

## I. Zur verfassungsrechtlichen und -politischen Problematik heutiger Verwaltung

Erich Eyermann	
Demokratie — und „Partizipation“ des Staatsbürgers? .....	13
Joachim Kormann	
Rechtsstaat und Gesetzesstaat — Konsequenz oder Alternative? .....	23
Herbert Schambeck	
Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung in Österreich .....	41
Reinhold Zippelius	
Dekonzentration der staatlichen und gesellschaftlichen Funktionen. Ein altes und neues Thema .....	59
Peter Pernthaler	
Bundesstaatsreform als Voraussetzung einer wirksamen Verwaltungs- reform .....	69
Wolf-Rüdiger Schenke	
Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen .....	87
Hans-Ernst Folz	
Zur Anwendbarkeit grundrechtlicher Gewährleistungen der Men- schenrechtskonvention im Europäischen Gemeinschaftsrecht .....	127
Hans R. Klecatsky	
Plädoyer für eine verfassungsrechtliche Harmonisierung der Regio- nalstrukturen im Alpenraum .....	145
Erwin Melichar	
Die Entwicklung des Naturschutzrechtes in Österreich .....	155

## II. Die Verwaltung als handelnder Staat und ihre Kontrolle

Peter Oberndorfer	
Bürgernahe Verwaltung .....	183
Felix Ermacora	
Zum System der Kollegialverwaltung in Österreich .....	197
Horst Sendler	
Rechtswidrige Antragsablehnung und verschlechternde Rechtsänderung .....	209
Ferdinand Kopp	
Die Beteiligung des Bürgers an „Massenverfahren“ im Wirtschaftsrecht .....	231
Johannes Hengstschläger	
Die „übergangene Partei“ im Verwaltungsverfahren und im Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts .....	249
Manfred Zuleeg	
Die Zweistufenlehre. Ausgestaltung, Abwandlungen, Alternativen ..	275

## III. Verwaltung und Wirtschaft

Bernd-Christian Funk	
Das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts. Versuch einer systematischen Bestimmung .....	299
Peter Badura	
Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik .....	321
Carl Hermann Ule	
Gewerberecht oder Umweltschutzrecht? .....	349
Karl Wenger	
Die Wirtschaftsaufsicht als Rechtsinstitut des Wirtschaftsverwaltungsrechts .....	373

Martin Lendi

Die Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft — das atypische Beispiel der schweizerischen Landesversorgung ..... 391

Hugo J. Hahn

Bardepot und Währungsrecht ..... 413

Franz Zehetner

Die devisenrechtlichen Auskunftsbefugnisse der Oesterreichischen Nationalbank ..... 445

#### **IV. Selbstverwaltung und Verbandsverwaltung**

Klaus Stern

Zur Lage der kommunalen Selbstverwaltung ..... 473

Franz-Ludwig Knemeyer

Wirtschaftsförderung als kommunale Aufgabe ..... 493

Hans F. Zacher

Richterrecht für Verbände? Die richterrechtliche Ausprägung der Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland ..... 509

Rudolf Strasser

Zur fachlich bedingten (= qualifizierten) Mehrfach-Kollektivvertrags-Unterworfenheit eines Arbeitgebers ..... 537

Veröffentlichungen ..... 543

Verzeichnis der Herausgeber und Mitarbeiter ..... 547

# Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik

Von Peter Badura

## 1. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit im Bereich der Wirtschaftsordnung

Ludwig Fröhler entwickelt in der 1967 erschienenen Schrift „Die verfassungsrechtliche Grundlegung des sozialen Rechtsstaats in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Österreich“ für beide Verfassungsordnungen gemeinsam eine „praktikable Theorie des sozialen Rechtsstaates“. Die Geltung der sozialen Staatsaufgabe auch kraft des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes, das einer ausdrücklichen Bekundung des sozialstaatlichen Verfassungspostulats ermangelt, findet Fröhler in der Grundnorm des Art. 1 B-VG, in der die Republik Österreich dem staatsgestaltenden Prinzip der Demokratie unterworfen wird. Dies hebt zu Recht zwei wesentliche Linien der staatsrechtlichen Konstruktionszeichnung des demokratischen Verfassungsstaates ans Licht. Die demokratische Idee gewinnt nur als Staatsform verlässliche institutionelle Wirklichkeit, hat aber schon nach ihrer programmatischen Zielsetzung und jedenfalls in ihrer politisch-praktischen Wirkung eine „materielle“, nämlich egalitäre und soziale Stoßrichtung. Dieses substantielle Bewegungsprinzip der Demokratie erscheint verfassungsrechtlich in der sozialen Staatsaufgabe, gleichgültig ob das, wie im Grundgesetz, in einem besonderen Sozialstaatssatz ausgesprochen wird oder nicht. Das zweite Konstruktionselement des demokratischen Verfassungsstaates, das auch und gerade für die fortdauernde Verwirklichung des Sozialstaates kennzeichnend ist, ist die politische Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers. Diese in der Volkssouveränität begründete und verfassungsrechtlich den politischen Prozeß bestimmende Entscheidungsvollmacht der parlamentarischen Volksvertretung ist notwendig auch der Ausgangspunkt der Wirtschaftsverfassung, für die der Sozialstaatssatz ein Leitprinzip bildet.

Die Grundlage des Sozialstaates sieht Fröhler in der Gemeinschaftsbezogenheit des einzelnen, also einem verfassungsrechtlich gemäßigten Solidaritätsprinzip, und in der sozialen Verantwortung des Staates für die einzelnen, die in einem Verfassungsauftrag zu sozialordnender Tätigkeit wirksam wird. Damit wird die Betrachtung mit gutem Grund

nicht auf das normative Problem der Geltungsart des Sozialstaatsprinzips beschränkt.

In der Sozialstaatlichkeit und in dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsatz tritt die charakteristische Staatsaufgabe der demokratischen Industriegesellschaft zutage. Das soziale Staatsziel hat seinen staatsrechtlichen Angelpunkt in der politischen Demokratie, seinen gesellschaftlichen Bezugspunkt hat es in den Bedingungen, die das Industriezeitalter für die menschliche Arbeit, vor allem für die abhängige Arbeit, hervorgebracht hat. Wird die soziale Staatsaufgabe als Verfassungsrechtssatz mit normativem Geltungsanspruch festgelegt, also nicht nur als programmatische Ennunziation, verwandelt sich die dem Staat auferlegte Gewährleistung einer gerechten Verteilung der Lebensgüter und Daseinschancen und die damit der Gesellschaft abverlangte soziale Solidarität in ein juristisches Problem. Wo dem Richter das Recht zugesprochen ist, das Gesetz auf seine verfassungsrechtliche Richtigkeit zu überprüfen, hat dieses juristische Problem seinen Prüfstein in der Frage der Justiziabilität wirtschafts- und sozialpolitischer Entscheidungen des Gesetzgebers und damit in der Grenzziehung zwischen der Verantwortung des gesetzgebenden Parlaments hier, der Verantwortung des die Verfassung wahrenen Richters dort. Die Lösung des juristischen Problems besteht nicht darin, daß bestimmte Sachprogramme oder Wohlfahrtsmaximen mit Hilfe des geschmeidigen Wortes „sozial“ zu Verfassungsrechtssätzen erhoben und dem richterlichen Prüfungsrecht zugrunde gelegt werden. Sie findet sich vielmehr in der Doktrin von der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und in der sozialen Einbindung der wirtschaftlichen Freiheit zur Sicherung einer gerechten Wirtschafts- und Sozialordnung unter den sich verändernden Gegebenheiten, insbes. durch den Schutz der Arbeit und ihres Ertrages. Dies ist zunächst nicht mehr als ein Ausgangspunkt für die Tragweite und für das Maß des richterlichen Prüfungsrechts im Bereich der Wirtschaftsordnung. Es ist nicht gleichzusetzen mit der durchaus andersartigen Behauptung, die Verfassung habe den das Parlament beherrschenden Kräften dem Grundsatz nach freie Hand bei der Gestaltung und Umgestaltung der bestehenden Wirtschaftsordnung und der wirtschaftlichen Rechte und Freiheiten gegeben, die Verfassung sei wirtschaftspolitisch „offen“.

Nach der Auslegung, die das Grundgesetz in der durch breite Anerkennung getragenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat, ist die Verfassung der Bundesrepublik in dem Sinne „neutral“, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, den sozialstaatlichen Auftrag, die rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze und die grundrechtlichen Gewährleistun-



gen beachtet. Diese auf den ersten Blick triviale Formel — der wirtschaftspolitische Gesetzgeber handelt verfassungsmäßig, wenn er die Verfassung beachtet — hat ihr spezifisches Gewicht darin, daß sie Identifizierungen bestimmter Wirtschaftsvorstellungen oder einer bestimmten Wirtschaftspolitik mit dem verfassungsrechtlich Gebotenen verneint und den demokratisch und sozialstaatlich fundierten Kernpunkt unterstreicht, daß der Gesetzgeber nach seiner politischen Gestaltungsfreiheit, wenn auch gebunden an die Verfassung, über die wirtschaftspolitisch für richtig gehaltenen Maßnahmen und Gestaltungen befinden darf. Das Gericht bezeichnet damit zugleich die Grenze, die es für das ihm zukommende Prüfungsrecht gegenüber dem Gesetz der Verfassung entnimmt.

Diese zuerst und bis heute bestimmend in der Entscheidung zum Investitionshilfegesetz angenommene Richtlinie (BVerfGE 4, 7) ist im Mitbestimmungs-Urteil erneut unterstrichen worden (BVerfGE 50, 290). Dabei ist vor allem die individuelle und freiheitliche Schutzwirkung der einzelnen Grundrechte als maßgeblich betont und sind gegenüber dieser Schutzwirkung verselbständigte Ableitungen objektiver oder institutioneller Gewährleistungen verworfen worden. Die Entschiedenheit, mit der das Gericht jetzt die direktiven und objektiven Gehalte der Grundrechte als dienend gegenüber der individualrechtlichen Primärgewährleistung einstuft, ist bemerkenswert. Die gesetzgeberische Gestaltungsaufgabe könne nicht „im Wege einer Grundrechtsinterpretation weiter eingeschränkt werden, als die Einzelgrundrechte es gebieten“. Diese seien „nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt“ in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand hätten. Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien bestehe in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft, habe jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit wirtschaftsordnender Gesetze sei dementsprechend unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte „primär eine solche der Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers“. Das Gericht spricht dann von einem „Element relativer Offenheit der Verfassungsordnung“, die notwendig sei, um — unbeschadet dessen, was die Verfassung in allem Wandel unverändert gewährleisten wolle — einerseits dem geschichtlichen Wandel Rechnung zu tragen, der im besonderen Maße das wirtschaftliche Leben kennzeichne, andererseits die normierende Kraft der Verfassung nicht aufs Spiel zu setzen. Diese Gegenüberstellung erinnert an die abweichenden Meinungen, die den Urteilen zum Nds. Vorschaltgesetz und zu § 218 StGB beigegeben sind (BVerfGE 35, 79/148, 150 ff.; 39, 1/68, 69 ff.). Dort war der Grundsatz der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetz-

gebers dahin pointiert worden, daß dem gesetzgebenden Parlament bei der Verwirklichung der Grundrechte als „objektiver Wertentscheidungen“, als „wertentscheidender Grundsatznormen“ außerhalb einer Kernzone der Gewährleistung eine vorrangige Verantwortung zukomme und daß hier ein „Gebot richterlicher Selbstbeschränkung“ zur Geltung komme. Unter besonderer Bezugnahme auf das Facharzt-Urteil (BVerfGE 33, 125/159) wird gesagt, daß bei Grundrechtsbeschränkungen, die den „unantastbaren Kernbereich“ des Freiheitsrechts (hier des Art. 5 Abs. 3 GG) nicht berührten, „vor allem der durch das Volk unmittelbar legitimierte Gesetzgeber dazu berufen ist, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen nach dem Mehrheitsprinzip über die von der Verfassung offengelassenen Fragen zu entscheiden“.

Nicht neuartig ist in dieser Doktrin die auch sonst in der Praxis des Gerichts zu findende nachdrückliche Betonung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers<sup>1</sup>. Diese der richterlichen Praxis dienliche und der praktischen Vernunft des Richters entspringende Doktrin versetzt die staatsrechtliche Dogmatik jedoch in die schwierige Lage, daß eigentlich offen bleibt, ob die Frage, an welchem Grenzpfahl die verfassungsrechtliche Kontrolle des Gesetzgebers in eine Beschneidung seines politischen Mandats übergeht, aus der jeweils einschlägigen grundrechtlichen Gewährleistung oder aus einer bestimmten Definition des richterlichen Prüfungsrechts oder — in einem doch aufhellungsbedürftigen Mischungsverhältnis — aus beiden Rechtsgründen zu beantworten ist und weiter, welche Rolle dabei Art, Inhalt und Gewicht des zu prüfenden Gesetzes spielen.

Wie weit die Schutzzone jenes „unantastbaren Kernbereichs“ reicht und wo man es mit „von der Verfassung offengelassenen Fragen“ zu tun hat, ist eine Sache des Grundrechts und seiner Auslegung. Auch bestehen nicht einfach außerhalb jenes „unantastbaren Kernbereichs“ nur „von der Verfassung offengelassene Fragen“. Es scheint, daß diese Formeln im Gewande materiellrechtlicher Annahmen tatsächlich auf dem Hintergrund einer — für sich allein einleuchtenden — Annahme über die verfassungsrechtliche Stellung des Gesetzgebers die Reichweite des richterlichen Prüfungsrechts definieren wollen. Im Mitbestimmungs-Urteil tritt explizit eine bestimmte restriktive Hypothese über den Charakter der grundgesetzlichen Grundrechte hinzu, eine

<sup>1</sup> Siehe die Darstellung bei *H. Spanner*, Zur Verfassungskontrolle wirtschaftspolitischer Gesetze, DÖV 1972, 217, der besonders die Entscheidungen BVerfGE 12, 354/364; 17, 306/313 ff.; 25, 1/12 ff.; 30, 250 nennt und die von ihm gebilligte Rechtsprechung dahin resumiert, daß es nicht eine nach Rechtsgrundsätzen entscheidbare Aufgabe des BVerfG sei, unter widerstreitenden wirtschafts- und währungspolitischen Auffassungen eine der „Sachstruktur“ nach allein richtige und damit „objektive“ Auffassung zu ermitteln.

Hypothese, die den „geschichtlichen Wandel“ dem Gesetzgeber anheimgibt, nicht aber auch in einer Fortentwicklung des Grundrechtsschutzes über den „klassischen“ Ausgangspunkt hinaus zur Geltung bringen will.

## **2. Die Gesetzesunterworfenheit des Richters und das richterliche Prüfungsrecht**

Das richterliche Prüfungsrecht, d. h. die Befugnis und die Pflicht des Richters, Rechtsnormen und insbes. Gesetze, die für seine Entscheidung erheblich sind, auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung zu überprüfen und bei Verstoß gegen die Verfassung nicht anzuwenden, ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich statuiert, sondern nur — in der das richterliche Prüfungsrecht beschränkenden Vorschrift des Art. 100 Abs. 1 GG (BVerfGE 1, 184) — vorausgesetzt. In der Gestalt des Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren der konkreten Normenkontrolle fügt es sich in die durch dieses und durch andere Verfahren begründete Zuständigkeit und Befugnis des Bundesverfassungsgerichts ein, über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden. Diese besondere Konstellation der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Stellung des Bundesverfassungsgerichts als Gericht und Verfassungsorgan<sup>2</sup> dürfen die maßgebliche Zuordnung auch der gerichtlichen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zur richterlichen Tätigkeit und zur Ausübung von Rechtsprechung nicht verdecken. Das gilt ungeachtet der herausgehobenen und spezifischen Stellung des Bundesverfassungsgerichts auch für dieses Gericht und seine Tätigkeit. Denn Verfassungsgerichtsbarkeit soll gerade gerichtliche und justizförmige Entscheidung in Verfassungsstreitigkeiten sein; das Grundgesetz bringt dies schon äußerlich in der Einordnung der Regelungen über das Bundesverfassungsgericht in den Abschnitt über die Rechtsprechung zum Ausdruck<sup>3</sup>. Das, mit dem Abmaß des Art. 100 Abs. 1 GG, allen Gerichten zustehende richterliche Prüfungsrecht und die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts, über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden, stellen eine

---

<sup>2</sup> Für den hier interessierenden Zusammenhang siehe die Übersicht bei *Chr. Starck*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, S. 43/74 ff. Die dort gebrauchte Formulierung, die besondere Kompetenz des BVerfG, über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden, stelle es „funktionell in den Gesetzgebungsprozeß“ hinein, ist allerdings mißdeutbar, wie auch sonst in Äußerungen anderer Autoren zu findende und unterschiedlichen Argumentationszwecken dienende Formulierungen über den „materiellen“ Gesetzgebungscharakter der Normenkontrolle u. ä. — *K. Stern*, BonnKomm., Art. 100, Rdnr. 32 ff.

<sup>3</sup> Mit sehr scharfer Folgerichtigkeit wird dieser Ausgangspunkt bei *W. Seuffert*, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen, AöR 104, 1979, S. 169, durchgeführt.

verfassungsrechtlich zugelassene und angeordnete Durchbrechung des fundamentalen Grundsatzes dar, daß der Richter dem Gesetz unterworfen ist<sup>4</sup>.

Bindung und Freiheit des Richters gegenüber der seiner Entscheidungsfindung als Maßstab gesetzten Norm bestimmen sich nach der Stellung, die dem Richter durch die Verfassung zugewiesen ist, und der Aufgabe, die Gericht und Rechtsprechung nach der Verfassung zu erfüllen habe<sup>5</sup>. Die Antwort liegt allerdings in den einschlägigen Vorschriften des Verfassungsrechts, insbes. Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, nicht ohne weiteres bereit. Sie kann überzeugungskräftig nur gefunden werden, wenn die verfassungsrechtlichen Bestimmungen in einem Zusammenhang mit einer Theorie des Rechts und rechtstheoretischen Annahmen über die Eigenart der Rechtsprechung und das Amt des Richters gesehen werden<sup>6</sup>. Trotz ihrer gestaltenden Fähigkeit grenzt sich die richterliche Entscheidungsfindung einschließlich der Rechtsfortbildung als ein Anteil an der Rechtsbildung ab, der von der gesetzgeberischen Rechtsetzung als Bestandteil der politischen Willensbildung geschieden bleibt<sup>7</sup>. Der Legalitätszusammenhang des positiven Rechts und die methodischen Grundsätze der juristischen Argumentation und Begründung geben dem Richterspruch seine Rechtfertigung und seine Grenze. Andererseits ist die dem Richter aufgegebenen Gerechtigkeit der konkreten Entscheidung<sup>8</sup> durch das Gesetz nicht ablesbar vorgegeben; nicht das Gesetz selbst, wohl aber der Richterspruch kann den umgreifenden, nicht nur positiv bestimmten Zusammenhang des Rechts und der Gerechtigkeit umfassend für den Streitfall zur Geltung bringen. Gesetzgeber und Richter wirken in je besonderer und je irreduzibler Weise an der Entscheidung des Einzelfalles und der Rechtsbildung mit. Die Rechtsbildung kann wegen der Eigenart des Rechts als ab-

<sup>4</sup> Daß dem Art. 20 Abs. 3 GG nicht entgegensteht und daß die Gesetzesgebundenheit des Richters nicht einfach durch eine „Verfassungsunmittelbarkeit“ der Rechtsprechungstätigkeit relativiert ist, ist in dem Vortrag ‚Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts‘, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. X, 1973, S. 40, etwas näher erörtert. Auf diesen Beitrag sei auch für die im Text folgenden Ausführungen Bezug genommen.

<sup>5</sup> U. Scheuner, VVDStRL 34, 1976, S. 95.

<sup>6</sup> F. Schuppert, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973; ders., Richterrecht und Verfassung, Staat 15, 1976, S. 114; J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975.

<sup>7</sup> K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., 1978, S. 221 f. — In BVerfGE 34, 269/286 ff. und 49, 304/318, 322 wird die als solche zu den anerkannten Aufgaben und Befugnissen der Gerichte gerechnete richterliche Rechtsfortbildung dahin begrenzt gesehen, daß sie nicht das System der Rechtsordnung verlassen und nicht einen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung bringen dürfe.

<sup>8</sup> F. Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 1957, 701/705.

strakter Norm und wegen der selbständigen Funktion der Rechtsprechung nicht ausschließlich in der parlamentarischen Gesetzgebung konzentriert werden. Doch setzt alles das nicht den „allgemeinen Grundsatz der richterlichen Gesetzesbindung“ außer Kraft, der nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts seinerseits als Eckpfeiler im Gewaltenteilungssystem sowie als ein im Interesse der Rechtssicherheit notwendiges Gegenstück zur richterlichen Unabhängigkeit bezeichnet und ferner mit der stärkeren demokratischen Legitimation des aus dem politischen Willensbildungsprozeß hervorgegangenen Parliamentsgesetzes begründet wird<sup>9</sup>. Die Bindung des Richters an das Gesetz bedeutet, die verfassungsrechtlich vorgesehene Funktion des Gesetzes mit den Mitteln der juristischen Argumentation und Begründung bei der Findung einer gerechten Entscheidung zur Geltung zu bringen und so auch die richterlich nicht ersetzbare Aufgabe und Verantwortung der Legislative zu respektieren.

Für die Beurteilung der Anteile, die Gesetz und Richterspruch an der Rechtsbildung haben, dürfen schließlich die Wandlungen des Gesetzesbegriffs und der normativen Rechtsetzung nicht übergangen werden. Daß das Recht als Gesetz erscheint, war das Prinzip des bürgerlichen Verfassungsstaates und die Grundlage dafür, daß mit der Gleichsetzung von Recht und positivem Recht ein etatistischer Rechtsbegriff zur Herrschaft gelangte<sup>10</sup>. In dem Maße, in dem die Zentralisation der politischen Gewalt in der Hand des Staates durch die Demokratisierung des politischen Prozesses und durch die Autonomisierung einzelner Sozialbereiche verändert oder gar aufgelöst wird, müssen sich auch die geschichtliche Eigenart des Rechts und seine rechtsbildende Funktion ändern. Das kollektive Arbeitsrecht und neuerdings die kollektiven Pakte im Bereich des Sozialrechts sind nur Beispiele dafür, daß sich die moderne Rechtsbildung in nicht unbeträchtlichem Maße von dem einfachen zentralistischen Bild der Rechtserzeugung durch das Parlament und durch den Staat entfernt<sup>11</sup>. Anders als im bürgerlichen Verfassungsstaat soll das Plan- und Maßnahmerecht des Wohlfahrtsstaates soziale Sicherheit, wirtschaftliche Stabilität und Wirtschaftswachstum garantieren, gesellschaftlichen Fortschritt bewirken und selbst der Gesellschaftsplanung dienen. Dies führt unter neuen Bedingungen den Rationalismus der bürgerlichen Aufklärung fort: das Recht als Instrument der gesetzgebenden Vernunft, heute der Gesellschaft, d. h. der in Interessenwiderstreit und „Konsens“ sich auseinandersetzenen kollektiven Mächte, um soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen. Nicht zuletzt diese Gegebenheiten führen dahin, daß die Ver-

<sup>9</sup> BVerfGE 49, 304/318, unter Bezugnahme auf *Krey*, JZ 1978, 465.

<sup>10</sup> *P. Badura*, Das Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel, 1969.

<sup>11</sup> *P. Badura*, VVDStRL 34, 1976, S. 111.

fassung, wenn auch vielfach im Wege einer interpretatorischen Überanstrengung, an die Stelle der fehlenden kodifikatorischen Leistung des Gesetzgebers gerückt wird und damit das richterliche Prüfungsrecht und im besonderen die Verfassungsgerichtsbarkeit ein bisher unbekanntes Gewicht erlangt haben. Diese Verschiebung erklärt sich nicht nur aus dem Versäumnis des Gesetzgebers<sup>12</sup>, sondern ist eine strukturelle Erscheinung der heutigen Rechtsordnung.

Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, soweit Verfassungsmäßigkeit und Gültigkeit von Gesetzen Entscheidungsgegenstand sind, ist die Wahrung der Verfassung gegenüber der politischen Willensbildung und Rechtssetzung des gesetzgebenden Parlaments im Wege der Normenkontrolle<sup>13</sup>. Die politische Entscheidung ist Sache des Gesetzgebers kraft seiner verfassungsgebundenen Gestaltungsfreiheit, die von verfassungsrechtlichen Maßstäben abhängige Kontrolle des Gesetzes ist Sache des Verfassungsgerichts<sup>14</sup>. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechungsaufgabe, die Verselbständigung des richterlichen Prüfungsrechts in der Hand eines Gerichts und Verfassungsorgans, die normative Eigenart und Konsistenz der Verfassungsrechtssätze und in manchen Fällen die Art der Streitsache weisen dem Verfassungsgericht in höherem Maße eine gestaltende Aufgabe zu. Dies drückt sich in der besonderen Theorie der Verfassungsinterpretation aus. Die Basis dieser Theorie wie die Grenzbestimmung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis findet sich in der durch die Verfassung begründeten Rechtsprechungsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts<sup>15</sup>. Auch für die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle lassen sich demnach die je spezifischen Anteile des Gesetzgebers und des Richters an der Rechtsbildung, besonders an der Verfassungsfortbildung, abscheiden. Verfassungsgerichtsbarkeit ist nicht „funktionell“ Gesetzgebung<sup>16</sup>.

### **3. Das richterliche Prüfungsrecht unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung**

Das nach einer Zeit uneindeutiger Äußerungen von den Gerichten entschieden in Anspruch genommene richterliche Prüfungsrecht auch gegenüber Reichsgesetzen blieb in der wissenschaftlichen Debatte umstritten<sup>17</sup>. Die Auseinandersetzung betraf allein die Frage, ob jedes

<sup>12</sup> Worauf O. Bachof, *Der Richter als Gesetzgeber?*, in: Festschrift für die Tübinger Juristenfakultät, 1977, S. 177/179, abhebt.

<sup>13</sup> K. Hesse, S. 226. Siehe auch K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, S. 118 ff., 194 ff.

<sup>14</sup> O. Bachof, S. 178; K. Hesse, S. 29.

<sup>15</sup> Vgl. O. Bachof, S. 191.

<sup>16</sup> Entgegen Chr. Starck, S. 74.

Gericht über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen befinden dürfe, also über die Einhaltung der Reichsverfassung durch ein Reichsgesetz und über die Einhaltung der Landesverfassung durch ein Landesgesetz. Als durch die Reichsverfassung entschieden galten das Prüfungsrecht des Richters hinsichtlich der Übereinstimmung von Landesrecht mit Reichsrecht (Art. 13 WeimRVerf.) und das Prüfungsrecht des StGH auch gegenüber Reichsgesetzen (Art. 19 WeimRVerf.). Nicht zweifelhaft war auch, daß abgeleitetes Recht, insbes. Rechtsverordnungen, auf seine Gültigkeit zu überprüfen war. Schließlich bestand Einigkeit darüber, daß das richterliche Prüfungsrecht jedenfalls verfassungsgesetzlich angeordnet werden könnte. Eine derartige Rechtslage war in Bayern gegeben; § 72 Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern vom 14. August 1919 bestimmte, daß die mit der Rechtspflege betrauten Behörden bei ihren Entscheidungen prüfen, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reiches, dieser Verfassung oder einem anderen Verfassungsgesetz in Widerspruch steht<sup>18</sup>. Unter der Geltung der Reichsverfassung 1871 und der vorrevolutionären Landesverfassungen hatten die Gerichte ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen und Landesgesetzen nicht in Anspruch genommen; die Frage, ob ein Gesetz ohne Abänderung der Verfassung hätte erlassen werden dürfen, war nach der damaligen Gerichtspraxis der Nachprüfung durch den Richter entzogen<sup>19</sup>. Die Verneinung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Reichsgesetzen wurde — auf der Grundlage der Lehren von Laband und Anschütz — hauptsächlich darauf gestützt, daß die (kaiserliche) Ausfertigung des Gesetzes dessen Verfassungsmäßigkeit bindend bezeuge und

<sup>17</sup> E. von Hippel, Das richterliche Prüfungsrecht, HDStR II, 1932, S. 546/556 ff.; G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 70, Anm. 4 und 5, Art. 102, Anm. 3 ff.

<sup>18</sup> Soweit das Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts als ein allgemeiner Grundsatz verneint wurde, konnten Reichsgesetze nicht als Prüfungsgegenstand nach § 72 BayVerfUrk. in Betracht kommen. Vgl. G. Anschütz, Verw.-Arch. 30, 342/346 ff. (entgegen der besprochenen Schrift von H. Nawiascky, Bayer. Verfassungsrecht, 1923); J. Kratzer, Bayer. Verfassungsurkunde, 1925, § 72, Anm. 2; E. von Hippel, S. 559.

<sup>19</sup> RGZ 9, 232 (1883, betr. ein Landesgesetz); RGSt. 36, 417 (1903, betr. Landesgesetz); RGZ 77, 229 (1911, betr. Reichsgesetz); PrOVGE 63, 167 (1912, betr. Reichsgesetz); RG JW 1916, 596 (betr. Reichsgesetz). In RGZ 24, 1/3, wo die Verfassungsmäßigkeit einer Bundespräsidialverordnung von 1868 behandelt wurde, heißt es beiläufig, die Frage, ob ein richterliches Prüfungsrecht in Ansehung der Verfassungsmäßigkeit von Bundes- bzw. Reichsgesetzen bestehe, sei bis heute noch streitig, wenschon solche überwiegend bejaht werde. RGSt. 64, 197 prüft die Übereinstimmung eines Landesgesetzes mit Reichsrecht. Prüfung von Verordnungen: RGSt. 34, 121; RGZ 48, 84; RGZ 48, 195; RGSt. 35, 277. Eine besondere Rechtslage bestand in Preußen, wo Art. 106 Abs. 2 VerfUrk. bestimmte, daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen nicht den Behörden (sc. einschl. der Gerichte), sondern nur den Kammern zustehe (dazu RGSt. 36, 417).

daß, wie sich aus Art. 78 RV ergäbe, verfassungsrechtliche Bestimmungen keine stärkere Kraft hätten als die Bestimmungen irgendeines Reichsgesetzes<sup>20</sup>. An dieser Linie hielt Anschütz auch nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung fest, deren Vorschriften über die Ausfertigung (Art. 70) und über die Verfassungsänderung (Art. 76) er in Kontinuität zu dem früheren Verfassungszustand auslegte<sup>21</sup>. Die Verfassung stelle dem einfachen Gesetz gegenüber keine Norm höheren Ranges dar, der die rechtsanwendenden Instanzen mehr zu gehorchen hätten als dem Gesetz. Sie erscheine nicht als Ausdruck eines von der Legislative verschiedenen ihr übergeordneten staatlichen Organisationswillens, sondern sei und gelte als Akt der Legislative selbst. Der Verfassungssatz „Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden“ (Art. 76 Abs. 1 Satz 1 WeimRVerf., vorher Art. 78 Abs. 1 RV 1871) zeige, daß Verfassungsgesetz und Gesetz Willensäußerungen einer und derselben Gewalt, der gesetzgebenden Gewalt darstellten; der Gedanke einer besonderen von der gesetzgebenden Gewalt verschiedenen und ihr übergeordneten verfassungsgebenden Gewalt sei dem deutschen Staatsrecht fremd. „Die Verfassung steht nicht über der gesetzgebenden Gewalt, sondern zu ihrer Disposition.“

Zwei Entscheidungen des Reichsfinanzhofes aus dem Jahre 1921 treten in die verfassungsrechtliche Nachprüfung von Reichsgesetzen ein, ohne doch als eindeutige Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts gelten zu können. In beiden Entscheidungen wird die wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundnorm des Art. 151 WeimRVerf. als Prüfungsmaßstab behandelt. In RFHE 5, 333 wird vorsichtig formuliert: Wolle man auch das Recht und die Pflicht der Gerichte, die von ihnen anzuwendenden Reichsgesetze auf ihr ordnungsmäßiges Zustandekommen sowie auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen anerkennen, so könne eine solche Prüfung doch nicht zur Verneinung der verbindlichen Kraft der hier gegenständlichen Reichsgesetze — RAbgO und Gesetz über eine Kriegsabgabe vom Vermögenszuwachs, beide noch von der Nationalversammlung erlassen — führen. Denn Art. 151 WeimRVerf. enthalte „nur einen allgemeinen Leitsatz für Gesetzgebung und Verwaltung, dessen Beachtung zu prüfen außerhalb der richterlichen Aufgaben liegt“<sup>22</sup>. Die in RFHE 7, 97 erfolgte verfassungs-

<sup>20</sup> RG JW 1916, 596 mit Anm. L. Waldecker.

<sup>21</sup> G. Meyer / G. Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., Dritter Teil, 1919, S. 743 f.; G. Anschütz, Kommentar, Art. 70, Anm. 4, 5, Art. 76, Anm. 1. Siehe auch W. Jellinek, Verfassungswidrige Reichsgesetze, DJZ 1921, 754; ders., Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht, JW 1925, 454; F. Schack, Zur richterlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen im neuen Reichs- und preußischen Recht, AöR 41, 1921, S. 163.

<sup>22</sup> RFHE 5, 333/335.



rechtliche Prüfung des Gesetzes über die Zahlung der Zölle in Gold vom 21. Juli 1919 betraf ein vorkonstitutionelles Gesetz und beruhte auf Art. 178 Abs. 2 WeimRVerf. Art. 151 WeimRVerf. sei nicht unmittelbar auf praktische Fälle anwendbar. Aus der Fassung der Vorschrift ergäbe sich, daß sie „nur eine Richtschnur für die künftige Gesetzgebung“ darstellen solle. Da Art. 151 Abs. 1 S. 2 ausspreche, daß in den in Satz 1 bezeichneten Grenzen die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu „sichern“ sei, sollten also die „Grundsätze der Gerechtigkeit“ erst für die hiernach notwendigen ergänzenden Gesetze maßgebend sein<sup>23</sup>. In der Entscheidung des Großen Senats des Reichsver sorgungsgerichts vom 21. 10. 1924 wird ohne erkennbare Ausein- setzung mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechts ein Reichsgesetz wegen Verstoßes gegen die Garantie der wohlerworbenen Beamten- rechte (Art. 129 Abs. 1 S. 3 WeimRVerf.) für rechtsunwirksam gehalten<sup>24</sup>. Die unzweideutige Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts findet sich in dem Urteil des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 4. November 1925 (RGZ 111, 320); das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 wird auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft. Für die Frage, ob und inwieweit die Gerichte berechtigt und verpflichtet seien, die Rechtsgültigkeit eines an sich ordnungsmäßig verkündeten Reichs- gesetzes nachzuprüfen, sei auf die „allgemeinen Grundsätze“ zurückzu- gehen, „die aus dem Wesen der gesetzgebenden oder richterlichen Ge- walt und der von diesen Gewalten ausgehenden Betätigungen sowie aus ihrem gegenseitigen Verhältnis abzuleiten sind“. Die nur im Wege der verfassungsändernden Gesetzgebung außer Kraft zu setzenden Vorschriften der Reichsverfassung seien als den Reichsgesetzen vor- gehende Vorschriften für den Richter auch gegenüber einem späteren, ihnen widersprechenden Gesetz verbindlich. Der Richter habe also, da die Reichsverfassung nichts anderes bestimme, das Recht und die Pflicht, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen<sup>25</sup>. Das

<sup>23</sup> RFHE 7, 97/100.

<sup>24</sup> RVersorgG DJZ 1925, 332.

<sup>25</sup> Kurz zuvor hatte *G. Radbruch* (Richterliches Prüfungsrecht? Die Justiz 1, 1925/26, S. 12) „gegen die drohende Entscheidung des Reichsgerichts für das Prüfungsrecht“ ernsteste Bedenken geltend gemacht und von einem „verhängnisvollen Schritt“ gesprochen. Es würde sich oft um Fragen handeln, „deren Antwort auf den verschwimmenden Grenzen unserer für die richterliche Anwendung nicht geschaffenen Grundrechte liegen“. *C. Schmitt* sah es dann so, daß das Reichsgericht lediglich „ein nur akzessorisches“, in der Wirkung auf die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites beschränktes Prüfungsrecht in Anspruch genommen habe (Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Festschrift für das Reichsgericht, 1929, Bd. 1, S. 154/171). Man habe es nicht mit einer Einwirkung der Justiz auf die Legislative, sondern nur mit einer im Kreis der Normativität bleibenden Hemmung zu tun (*C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 196). — Aus der folgenden Rechtsprechung: RFH DJZ 1927, 232; HambOVG JW 1927, 1288; BayObLG DJZ 1931, 902.

Reichsgericht hat somit der Selbständigkeit und dem Vorrang der Verfassung im Verhältnis zur Gesetzgebung die ausschlaggebende Bedeutung für das nach „allgemeinen Grundsätzen“ bestehende richterliche Prüfungsrecht beigemessen. In dem Urteil des HambOVG vom 17. Januar 1927 heißt es dann lapidar: „Auch die Reichsverfassung ist ein Gesetz; sie ist das oberste Gesetz des Reiches. Wie der Richter zu prüfen hat, in welcher Weise die einzelnen Reichsgesetze in Einklang zu bringen sind, so hat er auch das Verhältnis der Reichsgesetze zur Reichsverfassung zu prüfen und bei etwaigen Widersprüchen der Reichsverfassung als dem obersten Gesetze die Anerkennung zu verschaffen. Diese Auffassung entspricht der einheitlichen Rechtsprechung der höchsten Gerichte. . . .“<sup>26</sup>.

Die Inanspruchnahme und Rechtfertigung des richterlichen Prüfungsrechts läßt sich somit auf den seit dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung zum Erfolg gelangten Gedanken zurückführen, daß dem Verfassungsgesetz ein selbständiger und für die Gesetzgebung bindender Geltungswille zukomme. Schon vor jener Entscheidung des Reichsgerichts waren verschiedene literarische Äußerungen entschieden auf den Boden getreten, daß mit der neuen Verfassung eine Änderung im Ausgangspunkt eingetreten ist<sup>27</sup>. Während Richard Thoma dafür votierte, daß im neuen Verfassungsrecht hinreichend starke und zuverlässige Bürgschaften dafür geschaffen seien, daß die mit höherer Weihe bekleideten Sätze der Verfassung weder auf Umwegen noch geradezu durch einfache Parlamentsmehrheiten über den Haufen geworfen würden<sup>28</sup>, ging Heinrich Triepels Urteil dahin, daß das richterliche Prüfungsrecht in der parlamentarischen Republik, wenn nicht der einzige, so doch der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber einem machthungrigen Parlamente sei<sup>29</sup>.

Auch die Gegner des richterlichen Prüfungsrechts wollten einer gesetzlichen oder verfassungsgesetzlichen Einführung des richterlichen Prüfungsrechts nicht widerraten, vorausgesetzt, daß die für die Rechtseinheit und die Rechtssicherheit befürchteten Gefahren durch eine Konzentration dieses Rechtes bei einem obersten Gericht, etwa beim StGH,

<sup>26</sup> HambOVG JW 1927, 1288. — Auf den Vorrang der Verfassung stellen auch ab *E. von Hippel*, S. 556 und *W. Simons*, Reichsverfassung und Rechtsprechung, ZgesStW 1926, S. 385/395, der noch besonders den Eid des Richters auf die Verfassung betont (ebd., S. 392).

<sup>27</sup> *Bühler*, Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? DJZ 1921, 580.

<sup>28</sup> *R. Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, Vortrag vom 14. 10. 1922 vor der ersten Konferenz der deutschen Staatsrechtslehrer, AöR 43, 1923, S. 267. Siehe auch *ders.*, Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1925, 573.

<sup>29</sup> *H. Triepel*, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 39, 1920, S. 456/537. Ähnlich *E. von Hippel*, S. 556.

hintangehalten werden würden<sup>30</sup>. Darin trafen sie sich auch mit Anhängern des richterlichen Prüfungsrechts<sup>31</sup>. Allerdings wurde bemerkt, daß mit der Weiterbildung zu einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit der „akzessorische“ Charakter des richterlichen Prüfungsrechts überschritten und eine neue Verfassungseinrichtung geschaffen werden würde<sup>32</sup>. An diesem Punkte tritt die Weimarer Auseinandersetzung mit der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsgerichtsbarkeit in eine engere Berührung.

Die verschiedenen Erwägungen und Vorschläge für eine Verselbständigung des richterlichen Prüfungsrechts in der Gestalt verfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten des Staatsgerichtshofes gingen in den erfolglos gebliebenen Entwurf des Reichsministers des Innern für ein Gesetz über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts ein<sup>33</sup>. Der Entwurf sah drei verschiedene Zuständigkeiten und Verfahren des Staatsgerichtshofes vor: 1. Mehr als ein Drittel der Mitglieder des Reichstags oder mehr als ein Drittel der im Reichsrat vertretenen Stimmen oder die Reichsregierung können die Entscheidung des StGH beantragen, wenn Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob eine nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes als Gesetz oder Verordnung verkündete Rechtsvorschrift des Reichsrechts mit der Reichsverfassung vereinbar oder unvereinbar und daher rechtsungültig ist. Die von der Reichsregierung ohne Begründung im Reichsgesetzblatt zu veröffentliche Entscheidung hat Gesetzeskraft<sup>34</sup>. 2. Hält das Reichsgericht oder ein anderes höchstes

<sup>30</sup> W. Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2, 1925, S. 8/40; R. Thoma, DJZ 1925, 573; G. Anschütz, Kommentar, Art. 70, Anm. 5.

<sup>31</sup> Simons, S. 399.

<sup>32</sup> C. Schmitt; ders., Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., 1931, bes. S. 36 ff. Bedenken wegen der möglichen Politisierung der Rechtsfrage erhebt auch E. von Hippel, S. 558. — Hierzu die Darstellungen von O. Engelhardt, Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, JöR 8, 1959, S. 101, und U. Scheuner, Die Überlieferung der dt. Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Festschrift für das BVerfG, 1976, I. Bd., S. 1/51 f.

<sup>33</sup> Reichstag III. Wahlperiode 1924/26 Drucks. Nr. 2855 (Dezember 1926), erneut eingebracht: Reichstag IV. Wahlperiode 1928 Drucks. Nr. 382 (Oktober 1928). Die Begründung gibt eine ausführliche Darstellung der Debatte über das richterliche Prüfungsrecht. In einer Anlage ist die Rechtslage in den USA, England, Frankreich, der Schweiz und Österreich übersichtsweise dargestellt. Wesentliche Anregung für den Entwurf waren die Beschlüsse des Kölner Juristentages von 1926.

<sup>34</sup> Wegen dieser Regelung stellte sich die Mehrheit des Reichsrates auf den Standpunkt, daß der Gesetzentwurf verfassungsändernd sei. Denn dem StGH sei dadurch die Befugnis übertragen, reichsgesetzliche Bestimmungen aufzuheben, also in Abweichung von Art. 68 Abs. 2 WeimRVerf., wonach das nur dem Gesetzesbeschluß des Reichstages als des Gesetzgebers zustehe, eine gesetzgeberische Befugnis zugewiesen. Dem hält die Reichsregierung entgegen, daß der StGH nicht die Befugnis erhalte, ein gültig erlassenes

Gericht oder ein Oberlandesgericht eine von ihm anzuwendende, nach Inkrafttreten der Reichsverfassung als Gesetz oder Verordnung verkündete Rechtsvorschrift des Reichsrechts für unvereinbar mit der Reichsverfassung und daher für rechtsungültig, so hat es das Verfahren auszusetzen und die Akten zur Entscheidung dieser Frage unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem StGH vorzulegen. Die Entscheidung des StGH hat Gesetzeskraft. Andere als die genannten Gerichte haben die Sache unter den gleichen Voraussetzungen dem höchsten ihnen übergeordneten Gericht (an Stelle des Reichsgerichts jedoch dem Oberlandesgericht) vorzulegen. Schließt sich dieses dem vorlegenden Gericht an, legt es die Sache dem StGH vor; andernfalls entscheidet es selbst. 3. Schon vor der Verkündung eines beschlossenen Gesetzes oder einer beschlossenen Verordnung können der Reichspräsident oder die Reichsregierung den StGH um die Erstattung eines Gutachtens darüber ersuchen, ob eine darin enthaltene Rechtsvorschrift des Reichsrechts mit der Reichsverfassung vereinbar oder unvereinbar und daher rechtsungültig sein würde.

#### 4. Verfassung und Gesetzgebung

Die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Aufgabe, in einem selbständigen Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden, scheint die sich anbietende institutionelle Folgerung aus der normativen Annahme zu sein, daß die Verfassung die dem Gesetz gegenüber höherrangige Grundnormierung der Rechtsgemeinschaft ist. Dabei ist vorausgesetzt, daß die Verfassung kodifikatorisch in einem der verfassunggebenden Gewalt zuzurechnenden Verfassungsgesetz niedergelegt ist. Verfassungsgerichtsbarkeit läßt sich dann als Rechtsprechung mit der besonderen Aufgabe verstehen, die Verfassung als Staatsfundamentalnorm und Grundlage des Verfassungslebens zu wahren und auch gegen die ihre verfassungsrechtliche Bindung mißachtende politische Entscheidung des Gesetzgebers durchzusetzen<sup>35</sup>. Die überlegene Autorität der Verfassung teilt sich so dem Verfassungsgericht mit, das durch seine Kontrolle über Parlament,

---

Gesetz aufzuheben, sondern zu entscheiden, ob ein Gesetz gültig erlassen sei. Die Begründung geht im übrigen davon aus, daß die Entscheidung des StGH im Falle einer Ungültigkeitserklärung feststelle, daß die fragliche Rechtsnorm von Anfang an nichtig gewesen sei. Der Ausdruck „mit Gesetzeskraft“ solle besagen, daß die Feststellungen mit allgemeiner Wirkung, nicht nur mit Wirkung im Einzelfall getroffen werde. „Das kann verfassungsrechtlich als Gesetzgebungsrecht nicht angesehen werden, auch wenn über die Richtigkeit einer Entscheidung im Einzelfalle Zweifel bestehen können.“

<sup>35</sup> U. Scheuner, Die Überlieferung der dt. Staatsgerichtsbarkeit, S. 50, 54; H. Spinner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951, S. 60.

Regierung, Verwaltung und Gerichte — vorbehaltlich einer Verfassungsänderung — die ausschlaggebende Position erlangt. Diese Schlüsselstellung hat zwar mangels einer Initiativbefugnis des Verfassungsgerichts nicht einmal durchgängig die Kraft einer Vetoposition; sie kann dieser aber praktisch sehr nahe kommen, wenn die Antragsrechte zur Anrufung des Gerichts, wie im Falle des BVerfG, sehr weit eröffnet sind. Diese Schlüsselstellung wird weiter zwar durch (verfassungs-)rechtliche Maßstäbe und durch rechtliche Verfahrensgegenstände definiert, doch die fortschreitende wohlfahrtsstaatliche Verrechtlichung des Soziallebens und die Juridifizierung der Verfassung und ihrer Auslegung unterwerfen weite Felder des politischen Prozesses der Jurisdiktion des Verfassungsgerichts.

Der Kampf um die New-Deal-Gesetzgebung Roosevelts ist das klassische Beispiel dafür, daß auch das nichtverselbständigte, akzessorische richterliche Prüfungsrecht in einen grundsätzlichen Konflikt des Richters mit der politischen Gewalt führen kann. Doch erreicht diese Spannungslage eine prinzipiell andere Dimension, wenn das richterliche Prüfungsrecht in der Hand eines Verfassungsgerichts zu der allgemeinen und selbständigen Befugnis ausgeformt ist, über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden. Die dem Gericht mit dieser Rechtsprechungsaufgabe zufallende staatsgestaltende Stellung verschafft ihm von Natur aus die Qualität eines „Verfassungsorgans“<sup>36</sup>. Das Gericht und Verfassungsorgan trifft der wesentliche Anteil an der Verantwortung für die Verfassungsentwicklung<sup>37</sup>, soweit diese vom Recht abhängt. Vor dieser — nach dem Grundgesetz positivrechtlich

<sup>36</sup> Die etwas zugespitzte These K. Vogels, jede Rechtsanwendungslehre finde ihre Basis notwendig im Verfassungsrecht, sie sei Verfassungsrecht (VVDStRL 34, 1976, S. 95), ist jedenfalls für die in ihrem Verhältnis zur Gesetzgebung zu bestimmenden Verfassungsgerichtsbarkeit im Recht. — Die in der Art der richterlichen Maßstäbe und der Streitsachen begründete Sonderstellung des BVerfG innerhalb der Rechtsprechung (M. Drath, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9, 1952, S. 17/93 ff.; G. Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 61) kommt in dem Ausdruck „Verfassungsorgan“ nur in einer rechtstechnischen Wendung zu Tage. In dem Statusbericht von G. Leibholz (JÖR 6, 1957, S. 120) und dann in der Statusdenkschrift des Bundesverfassungsgerichts (JÖR 6, 1957, S. 144) wird die den Status des Gerichts prägende und ihn von den anderen Gerichten trennende Aufgabe in der Formel von der richterlichen Entscheidung über „politische Rechtsstreitigkeiten“ eingefangen. „Unter politischen Rechtsstreitigkeiten sind dabei solche Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, bei denen über politisches Recht gestritten und das Politische selbst anhand der bestehenden Normen zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht wird“ (ebd., S. 145). H. Triepels (Staatsrecht und Politik, 1927; ders., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, S. 1 ff.). Fragestellung und Zweifel bleiben hier nur noch im Ausgangspunkt gegenwärtig. H. Spanner, Die richterliche Prüfung, S. 39 ff.

<sup>37</sup> U. Scheuner, Die Überlieferung der dt. Staatsgerichtsbarkeit, S. 62 unter Bezugnahme auf Rudolf Smend.

gegebenen — Konsequenz tritt ins Licht, daß hier nicht nur ein bloß analytischer Schluß aus dem normativen Ausgangssatz vorliegt, der im Verfassungsgesetz die dem Gesetz vorgehende höherrangige Norm erkennt<sup>38</sup>. Vielmehr ist die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit einer Kontrollkompetenz gegenüber dem Gesetzgeber eine eigene und notwendig verfassungsrechtliche Entscheidung, die nur unter bestimmten politischen Bedingungen erfolgreich sein und bleiben kann.

Die zuerst von Carl Schmitt und Ernst Forsthoff vorgetragene Kritik an der Institution der normprüfenden Verfassungsgerichtsbarkeit beruht auf der Entgegensetzung des politisch handelnden Gesetzgebers und des rechtsgebundenen, d. h. rechtsanwendenden Richters. Ein Streit sei richterlicher Kognition nur zugänglich, nur justiziabel, wenn eine generelle Norm als Entscheidungsmaßstab des Richters vorgegeben sei. Der Inhalt der richterlichen Entscheidung werde aus dem Inhalt des Gesetzes „abgeleitet“. Offenbar unmöglich aber sei es, den Inhalt politischer Gestaltungsakte wie Gesetzgebung und Regierung aus dem Inhalt der verfassungsgesetzlichen Bestimmungen abzuleiten, welche Gesetzgebung und Regierung „regeln“. „Es wäre . . . ein sehr mißverständener Begriff von Rechtsstaatlichkeit, für Gesetzgebung und Regierungsfunktionen den trügerischen Schein einer Justizförmigkeit zu organisieren<sup>39</sup>.“

Dieser Kritik muß für das recht gegeben werden, was sie angreift. Sie trifft eine bestimmte Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit und eine bestimmte Überanstrengung des Verfassungsrechts und der Verfassungsinterpretation, nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit schlechthin. Wird die Verfassung als umgreifende und wertsetzende Grundordnung der Rechtsgemeinschaft verstanden, die inhaltlich nur „konkretisiert“ oder „verwirklicht“ wird, auch in den politischen Entscheidungen des Gesetzgebers, soll durch das Verfassungsgericht das, was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeutig ist, unter Einbeziehung der zu ordnenden „Wirklichkeit“ bestimmt werden<sup>40</sup>, kann in der Tat der Maßstab des Richters so weitgehend in seine Disposition gelangen, daß das Gericht zu einer politischen Gewalt wird. Sieht man dabei das für geboten gehaltene topische Vorgehen als normativ gebunden an, wird allerdings der Satz „Es gibt keine von konkreten Problemen unabhängige Verfassungsinterpretation“ schwer zu verteidigen<sup>41</sup>. Denn dies ist die Situation einer Streitpartei und, auf anderem, unpar-

<sup>38</sup> Siehe C. Schmitt, Reichsgericht, S. 165, Anm. 39; ders., Hüter der Verfassung, S. 40 ff.

<sup>39</sup> C. Schmitt, Reichsgericht, S. 160 ff.

<sup>40</sup> Differenzierend K. Hesse, S. 25 ff. unter besonderer Bezugnahme auf Friedrich Müllers Interpretationslehre.

<sup>41</sup> K. Hesse, S. 27, 26.

teischem Boden, des Richters, nicht notwendig aber die Richtschnur der wissenschaftlichen Beurteilung; vor allem versinkt damit der normative, maßstabgebende Gehalt der Verfassungsnorm in der Kasuistik der Probleme und „Topoi“<sup>42</sup>. Tatsächlich ist diese — äußerlich praktisch erscheinende — Linie nicht der praktizierte methodische Kanon des Bundesverfassungsgerichts, das seine Entscheidungsregeln in eine fall-überhobene Kontinuität zu stellen sucht. Auch Hesse hält daran fest, daß Interpretation an etwas Gesetztes gebunden ist und daß die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit deshalb dort liegen, wo keine verbindliche Setzung der Verfassung vorhanden ist, wo die Möglichkeiten eines sinnvollen Verständnisses des Normtextes enden oder wo eine Lösung in eindeutigen Widerspruch zum Normtext treten würden<sup>43</sup>.

Die verfassungsrichterliche Rechtsbildung schließt eine verfassungsergänzende und verfassungsfortbildende Rechtsbildung ein. Die knappen, häufig mehr durch traditionelle Rücksichten oder den deklamatorischen Stil der politischen Sprache als durch die Erfordernisse rechtlicher Genauigkeit bestimmten Formulierungen der Grundrechte und die Fülle der ausdrücklichen oder implizierten Verfassungsprinzipien und -grundsätze gehören zu den Besonderheiten, die die Verfassungsinterpretation von der allgemeinen Auslegungslehre abheben. Die theoretisch unterscheidbaren Arbeitsweisen der eigentlichen Anwendung der lückenfüllenden Ergänzung und der eigentlichen Fortbildung des gesetzten Rechts gehen in der verfassungsgerichtlichen Praxis nicht selten ununterscheidbar ineinander über. Die Regelung über die verfassungsändernde Gesetzgebung (Art. 79 GG) stellt allerdings eine unzweideutige Grenzziehung für die verfassungsgerichtliche Verfassungsfortbildung dar und gibt es dem verfassungsändernden Gesetzgeber in die Hand, für wünschenswert oder notwendig gehaltene Anpassungen der Verfassung an neue Verhältnisse oder Bedürfnisse herbeizuführen. Die Verfassungsfortbildung durch das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich auf den Verfassungswandel, die funktionswahrende Geltungsfortbildung von Verfassungsnormen angesichts der sich verändernden Verhältnisse, besonders zur Aufrechterhaltung der Schutz- und Ordnungsziele der Grundrechte gegenüber neuen Freiheitsgefährdungen<sup>44</sup>.

Auch ein über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen befindendes Verfassungsgericht bleibt im Bereich der Rechtsprechungsaufgabe, wenn seine Tätigkeit als Kontrolle des verfassungsrechtlich nur gebun-

<sup>42</sup> Vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979, S. 494 ff.

<sup>43</sup> K. Hesse, S. 30. — Siehe G. Leibholz, S. 67, 75.

<sup>44</sup> Dazu W. Fiedler, Fortbildung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht? JZ 1979, 417.

denen (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG), aber in Ausübung selbständiger Initiative und politischer Gestaltungsfreiheit handelnden Gesetzgebers aufgefaßt wird. Eigenart und Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit werden in dem hier interessierenden Kompetenzbereich dadurch bestimmt, wie die Aufgabe der Gesetzgebung gesehen und das Verhältnis von Verfassungsrecht und Gesetzgebung gedeutet wird. Zwischen Verfassung und Gesetzgeber besteht nicht ein Ermächtigungszusammenhang derart wie etwa zwischen Parlament und rechtsetzender Exekutive<sup>45</sup>. Die politische Gewalt im demokratischen Verfassungsstaat kommt Parlament und Regierung zu, denen das Verfassungsrecht nicht die Verantwortung für die gerechte Sozialordnung abnimmt. Die Rechtsordnung wird durch den stets aktionsfähigen Körper der parlamentarischen Willensbildung gestaltet und garantiert. Die Verfassung verfügt über eine derart institutionalisierte Garantie nicht. Sie ist ihrerseits eine Garantie der gerechten Sozialordnung nur in rechtlicher, d. h. beschränkter Hinsicht, indem sie eine Anzahl von Einrichtungen und Grundsätzen des politischen Systems und von Richtlinien und Verfahren des politischen Prozesses als grundlegend festlegt und damit der Disposition der jeweiligen Inhaber der politischen Macht und der staatlichen Ämter entzieht<sup>46</sup>. Auch soweit die Verfassung staatliche Aufgaben und gesetzgeberische Pflichten vorschreibt, ohne dabei Art und Zeitmaß ihrer Erfüllung rechtlich faßbar zu normieren, beläßt sie die Entscheidungsvollmacht und Verantwortung bei Parlament und Regierung<sup>47</sup>. Gesetzgebung ist also nicht „Anwendung“ oder

<sup>45</sup> Erneut betont von K. Stern, Staatsrecht, Bd. I, 1977, S. 66 f.

<sup>46</sup> Zu diesen Gewährleistungen gehören auch die geschützten Rechte, Freiheiten und selbst Interessen, die der Verfassungsgeber der Verfügungsmacht der jeweiligen politischen Mehrheit entziehen will (zu dieser „Funktion“ des Verfassungsrechts K. Stern, S. 60 f., 63). Diese von Carl Schmitt seinem positiven Verfassungsbegriff etwas abschätzig konfrontierte Bedeutung von Verfassungsrechtssätzen muß von um so mehr Gewicht sein, wenn es richtig ist, daß der Staat alle statische Festigkeit zu verlieren und sich „in einen großen Umschaltprozeß“ zu verwandeln scheint, „in welchem irgendwelche — sichtbaren oder unsichtbaren — sozialen und wirtschaftlichen Mächte mit Hilfe parlamentarischer Mehrheiten den staatlichen Gesetzgebungs- und Gesetzesanwendungsapparat ihren Interessen dienstbar machen“ (C. Schmitt Reichsgericht, S. 157, 158). Die schützende Gewährleistung von für richtig erkannten Bedingungen gerechter Ordnung und sinnvoller Freiheit, aber auch die pluralistische „Verankerung“ legitimer Gruppeninteressen gehört zu einer erfolgreichen Verfassunggebung.

<sup>47</sup> Der hier eintretende Einfluß des Verfassungsgerichts auf den politischen Prozeß muß nicht zur „Teilhabe an der politischen Gewalt“ der gesetzgebenden Körperschaften (W. Rupp/von Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AÖR 102, 1977, S. 1/3; siehe demgegenüber dortselbst S. 18, 25) werden. — Die Fälle, in denen das BVerfG als Folge des Ausspruchs, daß ein Gesetz, insbes. wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz, mit der Verfassung unvereinbar (aber nicht nichtig) oder daß ein Gesetz „noch nicht verfassungswidrig“ sei, einen „Verfassungsauftrag für den Gesetzgeber“ (BVerfGE 39, 169/194) festgestellt hat, beruhen im Hauptpunkt



„Vollzug“ und nur in einem eingeschränkten Maß „Verwirklichung“ der Verfassung. Sie ist verfassungsrechtlich begrenzte, aber durch die politische Initiative bestimmte Entscheidung über die Ordnung der Gesellschaft.

In der Eigenart der Verfassungsnorm haben auch die verfahrensrechtlich formulierten Rechtsfiguren der „Kontrolldichte“ und des „judicial self-restraint“ ihren Rechtsgrund. Die „Dichte“ der gerichtlich wahrzunehmenden Kontrolle korrespondiert der „Dichte“ der als Kontrollmaßstab dienenden Verfassungsnorm. Dennoch ist die jeweils gültige Kontrolldichte nicht allein eine bloße Ableitung aus der Normdichte des Verfassungsrechts; denn die Verfassung stellt vielfach die ausreichende Maßstabsbestimmtheit gerade nicht zur Verfügung, so daß eine gestaltende Rechtsbildung zum Zuge kommen muß<sup>48</sup>. Diese Rechtsbildungsvollmacht, die also von der maßstabgebenden Verfassungsnorm abhängt, wird nach Art, Maß und Grenze durch die Rechtsprechungsaufgabe gesteuert<sup>49</sup>. Diese doppelte Verwurzelung primär in der praktizierten Verfassungsnorm und sekundär in der Rechtsprechungsaufgabe kennzeichnet auch den Grundsatz des judicial self-restraint, den sich das Bundesverfassungsgericht auferlegt. Er bedeutet „den Verzicht, ‚Politik zu treiben‘, d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er zielt

---

gerade auf der Respektierung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Der (materiell-rechtliche) Grund dafür liegt darin, daß die den Entscheidungsmaßstab bildenden Verfassungsrechtssätze für die zu beurteilende Rechts- und Sachlage die Pflicht des Gesetzgebers zu einer bestimmten Regelung nicht ergeben. Vgl. u. a. BVerfGE 37, 217/260 ff. (§ 4 Abs. 1 RuStAngG); 39, 169 (Witwenrente); 41, 399/425 f. (Wahlkampfkostenerstattung unabhängiger Bewerber); 48, 227/239 f. (Umlage nach dem Lohnfortzahlungsgesetz); H. Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 345; Chr. Pestalozza, ‚Noch verfassungsmäßige‘ und ‚bloß verfassungswidrige‘ Rechtslagen, in: Festschrift für das Bundesverfassungsgericht, 1976, I. Bd., S. 519; Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, BVerfGG, 1979, § 78, Rdnr. 12, 29 ff.

<sup>48</sup> P. Lerche, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Deutschland, in: Kolloquium für Hans Spanner, 1979, S. 104 f. gegen K. A. Bettermann, ebd., S. 100 f. — P. Lerche, S. 33 ff. beschreibt anschaulich das vordringende Gewicht der allgemeinen rechtsstaatlichen Erfordernisse der Verhältnismäßigkeit, Zumutbarkeit usw., deren grundrechtsnivellierenden Einfluß durch die normnähere Ausbildung von „Zwischenformeln“ entgegenzuwirken sei. Soweit deren Handhabung, wie überhaupt die Dosierung der Kontrolldichte an der „Beeinträchtigungsintensität“ orientiert wird (P. Lerche, S. 41), wird zu Recht das Regulativ aus dem Schutzgehalt des betroffenen Grundrechts gewonnen.

<sup>49</sup> Zu Recht hebt das Sondervotum Rupp-von Brünneck / Simon, BVerfGE 39, 1/68 ff. hervor, daß das Gericht nicht der Versuchung erliegen dürfe, selbst die Funktion des zu kontrollierenden Gesetzgebers zu übernehmen, und daß insbes. der Gedanke der „objektiven Wertentscheidung“ nicht zum Vehikel werden dürfe, „um spezifische gesetzgeberische Funktionen in der Gestaltung der Sozialordnung auf das Bundesverfassungsgericht zu verlagern“.

also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten“ (BVerfGE 36, 1/14 f.).

### **5. Verfassungsgerichtliche Kontrolle wirtschaftspolitischer Gesetzgebung**

Ein kennzeichnender Bereich, in dem die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hervortritt und die Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit auffällig sichtbar wird, ist die wirtschaftspolitische Gesetzgebung. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts gibt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, daß sich hier eine der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsvollmacht immanente, besondere methodische Doktrin für die Kontrolle der Wirtschaftspolitik zur Geltung bringen würde<sup>50</sup>. Was in diesem Sektor der Gerichtspraxis als richterliche „Zurückhaltung“ erscheint, erklärt sich aus der Konsistenz der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes und ist eigentlich nur die prozedural gefaßte Kehrseite der Grundannahme von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes. Dies gilt jedenfalls für die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, auf die das Gericht angewiesen ist. Eine Kritik an dieser Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, insbes. an der wenig intensiven Prüfung der wirtschaftspolitischen Ziele, denen sich der Gesetzgeber verschreibt, und die Aufforderung, hier zu einer eingehenderen Kontrolle vorzuschreiten<sup>51</sup>, muß deshalb ohne Überzeugungskraft bleiben, wenn nicht aus der Verfassung justiziable Maßstäbe aufgewiesen werden können<sup>52</sup>, die jene geforderte engmaschigere Prüfung zulassen. Soweit diese Maßstäbe bestehen, muß das Gericht sie auch anwenden und durchsetzen. Denn die Verfassung enthält keinen wirtschaftspolitischen Vorbehalt zugunsten des Gesetzgebers, der das Bundesverfassungsgericht daran hindern würde oder es dem Gericht erlauben würde, die wirtschaftspolitische Gesetzgebung als solche in irgendwie gemindertem Maße anhand der verfassungsrechtlichen Erfordernisse zu überprüfen.

Mangels verfassungsrechtlich greifbarer Weisung ergibt der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, daß das gesetzgebende Parlament das allein berufene Organ der Wirtschaftspolitik ist und daß es ihm zukommt, die als Zielsetzungen eines Gesetzes in Betracht

<sup>50</sup> Dies könnte den Überlegungen *H. Spanners*, a.a.O., entnommen werden. Dazu *P. Lerche*, S. 24/28 ff.

<sup>51</sup> Siehe *Th. Würtenberger*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 424 ff.

<sup>52</sup> Einen Versuch in dieser Richtung unternimmt *R. Schmidt*, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S. 154 ff., für die Justiziabilität des Art. 109 Abs. 2 GG („gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht“).

kommenden Belange zum Rang eines öffentlichen Interesses zu erheben, insoweit also eine wertende und auswählende Entscheidung zu treffen. In dieser Hinsicht kann das Gesetz nur zensiert werden, wenn es „offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar“ ist, also einen selbständigen Verfassungsverstoß bewirkt<sup>53</sup>. Eine Zone dichter Kontrolle wird jedoch sogleich erreicht, wenn es um die zur Zielverwirklichung eingesetzten Wege und Mittel geht und diese wirtschaftliche Rechte und Freiheiten oder sonstige Garantien tangieren. Abgesehen von dem etwa betroffenen Schutzbereich des Grundrechts kommt dann vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in ganzer Breite zum Tragen, ein Grundsatz, der gegenüber der Zielfindung selbst nur das bereits erwähnte allgemeine Rechtfertigungsgebot mobilisieren kann. Die wirtschaftlichen Freiheiten berührende Gesetze müssen nach rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbes. wegen des Gebots der willkürfreien Sachgerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG), ein sinnvolles öffentliches Interesse verfolgen, dessen Festlegung aber Sache der politischen Verantwortlichkeit des Parlaments ist. Eine zweite Zone verfassungsgerichtlicher Kontrolle wirtschaftspolitischer Gesetzgebung, die nicht durch die Doktrin der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes bestimmt wird, ist die Beurteilung der faktischen Einschätzungen des Gesetzgebers über Gegebenheiten, zu erwartende Geschehensabläufe und anzunehmende Auswirkungen eines Gesetzes<sup>54</sup>. Die hier dem Bundesverfassungsgericht obliegende Aufklärungspflicht wird häufig durch das dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zugerechnete Kriterium der „Geeignetheit“ oder „Zwecktauglichkeit“ gesteuert. In dem Maß der Anspannung dieses Kriteriums kommt die Abscheidung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechungsaufgabe von der politischen Verantwortung des Gesetzgebers zur Geltung.

Neben dem Sozialstaatssatz und etwa aus Grundrechten oder aus Kompetenzvorschriften (z. B. Art. 74 Nr. 16 GG) zu entnehmenden Direktiven über die staatlichen Aufgaben<sup>55</sup> stellen die seit der Grundgesetz-Novelle von 1967 ausdrücklich — wenn auch nur für die Haushaltswirtschaft — genannten „Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ (Art. 109 Abs. 2, siehe auch Art. 109 Abs. 4 GG) eine

---

<sup>53</sup> BVerfGE 13, 97/107. Dazu P. Badura, AöR 92, 1967, S. 382/386; Chr. Pestalozza, S. 541 f.

<sup>54</sup> F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für das Bundesverfassungsgericht, 1976, I. Bd., S. 458; R. Breuer, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Staat 16, 1977, S. 21 ff.; P. Lerche, S. 30 ff.

<sup>55</sup> U. Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 325.

Richtlinie dar, an die wirtschaftspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers gebunden sind<sup>56</sup>. In dieser Vorschrift würde das Bundesverfassungsgericht einen Prüfungsmaßstab finden, wengleich einen Maßstab von erheblicher Allgemeinheit und mit einem nicht ohne weiteres faßbaren Verweisungsgehalt auf wirtschaftliche Tatbestände und wirtschaftswissenschaftliche Annahmen. Der Inhalt dieser Norm als verfassungsrechtlicher Maßstab und zuvor als Richtlinie der wirtschaftspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers ist es nicht, Kriterien für die allgemein oder im Einzelfall juristisch feststellbare „Richtigkeit“ dieser Entscheidung vorzuschreiben. Wenn man das in § 1 StabG umschriebene Zielbündel für die Auslegung des Art. 109 GG zu Hilfe nimmt, kann die aufgegebenen Wahrung der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nur bedeuten, daß bei der gesetzgeberischen Entscheidung diese Ziele zu berücksichtigen sind und daß bei ihrer Verfolgung der nach Sachlage mögliche, „angemessene“ Ausgleich anzustreben ist. Es handelt sich also um ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Abwägungsgebot konjunkturpolitischer Ausrichtung. Nicht etwa wird damit die Maximierung der Einzelziele gefordert; diese könnte ganz im Gegenteil gerade eine Verletzung der Richtlinie sein, mit der dem Gesetzgeber, den die Verantwortung für das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht trifft, eine freie Wahl der Ziele und eine freie Gewichtung und Ausgleichung der Ziele verwehrt wird. Maßstab ist die Norm, durch die konjunkturpolitische Aufgabe und Abwägungsgebot festgelegt sind, und sind nicht die einzelnen Zielsetzungen für sich. Die erfaßten wirtschaftspolitischen Entscheidungen (oder Unterlassungen) sind dadurch insofern justiziabel, als es nicht der politischen Beurteilung von Parlament und Regierung überlassen ist, abschließend darüber zu befinden, worin der rechtlich bindende Gehalt der „Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ besteht und welche rechtlichen Anforderungen daraus für die Entscheidungssituation hervorgehen. Soweit die Bindung reicht, kann nicht gelten, daß dem Bundesverfassungsgericht die Nachprüfung der „Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung“ etwa in Übertragung der Regelung in § 70 Abs. 4 Satz 2 GWB oder ähnlicher Bestimmungen (Art. 33 Abs. 1 EGKSV, § 2 Abs. 2 Satz 2 InvZulG) entzogen wäre.

Die Frage, ob die faktischen Einschätzungen des Gesetzgebers über die Gegebenheiten, die zu erwartenden Geschehensabläufe und die anzunehmenden Auswirkungen eines Gesetzes hinreichen, um den Kriterien der Geeignetheit, des Übermaßverbotes oder sonstigen normativen Anforderungen zu genügen, kann nicht nur bei wirtschafts-

<sup>56</sup> Hierzu und zum Folgenden: P. Badura, Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 367/376 ff., und die dortigen Nachweise.

politischen Gesetzen auftreten. Das Maß der Justiziabilität und damit der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung ist nicht davon abhängig, ob es sich um ein wirtschaftspolitisches Gesetz handelt, sondern wird zuerst dadurch bestimmt, welche Rechte, Freiheiten und Garantien der Verfassung durch das Gesetz berührt werden. Aus der Rechtsprechungsaufgabe des Verfassungsgerichts ist abzuleiten, daß bei der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes die zugrunde liegende faktische Einschätzung des Gesetzgebers soweit von der richterlichen Prüfung erfaßt werden muß, wie die einschlägigen Verfassungsnormen eine Kontrolle zulassen und damit gebieten; denn deren Wahrung und Durchsetzung ist die Aufgabe des Verfassungsgerichts. Diesem Leitgedanken ist der weitere Gesichtspunkt untergeordnet, daß die Eigenart richterlicher Kognition und die politische Verantwortung des Gesetzgebers je nach der Komplexität der Sache die Anforderungen begrenzen, die an die Ermittlung und Würdigung von Tatsachen und zukünftigen Geschehensverläufen durch das Gericht zu stellen sind.

Die Frage nach der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit von Prognosen des Gesetzgebers formuliert das Problem unter dem engeren Blickwinkel der Ungewißheit zukünftiger Verläufe. Im Mitbestimmungs-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht seine bisherige Praxis zu dieser Frage etwas schematisiert<sup>57</sup>. Ausgehend von einer Skizzierung eines Gesetzes wird einerseits gesagt, daß die Grundlagen des Wahrscheinlichkeitsurteils, das jede Prognose enthalte, einer Beurteilung der Sachlage einer möglichen „Ungewißheit“ über die Auswirkungen nicht entzogen seien, wird aber andererseits sogleich von einer „Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“ gesprochen. Für die Kontrolle dieser Einschätzungsprärogative kämen je nach den für sie wesentlichen Faktoren — im besonderen die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter — „differenzierte Maßstäbe“ des Gerichts in Betracht. Diese reichten von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle. Die hinzugefügten Beispiele zeigen, daß wirtschaftspolitische Gesetze jeder dieser drei Kontrollstufen unterliegen können. Für die Stufe der Evidenzkontrolle wird auf BVerfGE 36, 1/17 (Grundvertrag), 37, 1/20 (Stabilisierungsfonds) und 40, 196/223 (Güterkraftverkehrsgesetz) verwiesen. Im Grundvertrags-Urteil wird betont, daß bei der Entscheidung darüber, welche Wege die zum politischen Handeln berufenen Organe zur Herbeiführung der Wiedervereinigung als politisch richtig und

---

<sup>57</sup> BVerfGE 50, 190/290/332 f. Dazu *H.-J. Papier*, ZGR 1979, S. 444/449 ff.

zweckmäßig ansähen, ein breiter Raum politischen Ermessens besonders für die Gesetzgebungsorgane bestehe. Das Bundesverfassungsgericht könne dem Gesetzgeber erst entgegenreten, wenn er die Grenzen dieses Ermessens eindeutig überschreite, wenn seine Maßnahme also rechtlich oder tatsächlich einer Wiedervereinigung in Freiheit offensichtlich entgegenstehe (hierzu werden BVerfGE 5, 85/126 ff.; 12, 45/51 f. zitiert). In dem Beschluß über den Stabilisierungsfonds für Wein wird an der im Mitbestimmungs-Urteil zitierten Stelle erörtert, ob die beanstandete Regelung eine zulässige (verhältnismäßige) Regelung der Berufsausübung darstelle. In diesem Zusammenhang heißt es, der Gesetzgeber habe bei der Entscheidung, ob er eine bestimmte Aufgabe in Anspruch nehmen wolle und wie sie verwirklicht werden solle, einen weiten Regelungsspielraum. Dieser werde nur dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam seien, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben könnten (es folgt eine Verweisung auf BVerfGE 30, 292/317). Die Bezugnahme auf BVerfGE 40, 196 schließlich ist nicht ganz eindeutig; denn auf der genannten Seite endet die Prüfung der Geeignetheit der beanstandeten gesetzlichen Regelung und beginnt die Prüfung der Erforderlichkeit der von dem Gesetz gewählten Mittel und in beiden Zusammenhängen werden wiederum andere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zitiert, die das Mitbestimmungs-Urteil, wenn auch zum Teil mit variierenden Seitenangaben, der Stufe der Vertretbarkeitskontrolle zuordnet, nämlich BVerfGE 25, 1 (Mühlengesetz), 30, 250 (Absicherungsgesetz) und 39, 210 (Mühlenstrukturgesetz).

Für die Entscheidung über das Mitbestimmungs-Gesetz läßt das Gericht es offen, ob es sich auf eine bloße Evidenzkontrolle hätte beschränken müssen. Denn das Gesetz halte auch einer Vertretbarkeitskontrolle stand. Die noch weiterreichende Forderung, daß die Auswirkungen des Gesetzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit übersehbar sein müßten, könne bei der gegebenen Sachlage nicht gefordert werden, zumal Rechtsgüter wie das des Lebens oder der Freiheit der Person nicht auf dem Spiele stünden. Der — in dem Urteil zum Zuge gekommene — Maßstab der Vertretbarkeit verlange, „daß der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat. Er muß die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden. Es handelt sich also eher um Anforderungen des Verfahrens. Wird diesen Genüge getan, so erfüllen sie jedoch die Voraussetzung inhaltlicher Vertretbarkeit; sie konstituieren insoweit die Ein-

schätzungsprärogative des Gesetzgebers, die das Bundesverfassungsgericht bei seiner Prüfung zu beachten hat“<sup>58</sup>.

Das Gericht läßt bei der Skizze seiner rudimentären Theorie der Prognosekontrolle durchblicken, daß das zusammengestellte und in ein nicht näher begründetes Raster eingeordnete Entscheidungsmaterial — „wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen“ — recht heterogen ist. Dem Betrachter muß vor allem auffallen, daß die Doktrin von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes (siehe den

<sup>58</sup> BVerfGE 50, 290/333 f. — Die zuvor als Beispiele der Vertretbarkeitskontrolle zitierten Entscheidungen ergeben folgendes. In BVerfGE 25, 1/12 f. wird im Rahmen der Prüfung einer objektiven Zulassungsvoraussetzung zu Lasten der freien Berufswahl gesagt, daß bei der hier gebotenen Abwägung grundsätzlich von der Beurteilung der Verhältnisse auszugehen sei, die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Gesetzes möglich war. Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung müßten in Kauf genommen werden, da der Gesetzgeber auch zur Abwehr künftiger Gefahren im Rahmen des Möglichen verpflichtet sei, der zunächst zu erwartende Geschehensablauf aus den verschiedensten Gründen aber auch unvorhersehbare Wendungen nehmen könne (Hinweis auf BVerfGE 16, 147/181 ff.; 18, 315/332). Eine aufgrund einer Fehlprognose ergriffene Maßnahme könne nicht schon deshalb als verfassungswidrig angesehen werden. Dem Gesetzgeber sei lediglich aufgegeben, sie nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung dieser entsprechend aufzuheben oder zu ändern. Die Ausführungen auf der außerdem noch zitierten S. 17 gelangen für das geprüfte Gesetz zu dem Schluß, daß die Vorstellungen des Gesetzgebers über die im Falle seiner Untätigkeit mögliche gefahrbringende Entwicklung nicht in dem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischen Erfahrungen widersprächen, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben könnten. Dem Vorgehen des Gesetzgebers bei der rechtzeitigen Vorbeugung gegen künftige, nicht auszuschließende Gefahrenlagen dürften die Gerichte nicht ihre eigenen — ebensowenig strikt beweisbaren — Überzeugungen über den voraussichtlichen Verlauf einer wirtschaftlichen Entwicklung entgegensetzen. „Sie können die mit solchen Maßnahmen verbundenen Grundrechtsbeschränkungen nur daraufhin prüfen, ob sie noch in einem angemessenen Verhältnis zur Größe der Gefahr und zu der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts stehen.“ In BVerfGE 30, 250/263 geht es um die Zwecktauglichkeit eines Gesetzes. Die Überlegungen von BVerfGE 25, 1/12 f. werden aufgenommen und dahin zusammengefaßt, daß die Frage nach der Zwecktauglichkeit eines Gesetzes nur danach beurteilt werden könne, „ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, daß die Maßnahmen zur Erreichung des gesetzten Zieles geeignet waren, ob also seine Prognose bei der Beurteilung wirtschaftspolitischer Zusammenhänge sachgerecht und vertretbar war“. Unter Bezugnahme auf die bisher entwickelten Grundsätze, nach der die Frage, ob eine Maßnahme zwecktauglich sei, stets sehr einschränkend behandelt worden sei — BVerfGE 16, 147/181 („objektiv untauglich“), 17, 306/317 („objektiv ungeeignet“), 19, 119/126 f. („schlechthin ungeeignet“) —, wird unterstrichen, daß die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur sehr selten und nur in ganz besonders gelagerten Fällen werde festgestellt werden können. BVerfGE 39, 210/225 f. schließlich verknüpft im Rahmen der Behandlung einer Berufsausübungsregelung den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Beurteilungs- und Handlungsspielraum des Gesetzgebers mit dem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei der Einschätzung und Prävention von Gefahren im Sinne von BVerfGE 25, 1/12 f., 17. Ein Hinweis auf die in BVerfGE 40, 196/223 zitierte Stelle BVerfGE 39, 210/230, die sich mit der Frage der objektiven Zweckuntauglichkeit befaßt, ist im Mitbestimmungs-Urteil unterblieben.

Hinweis auf BVerfGE 39, 210/225 f.), die Begrenztheit des Maßstabes der Zwecktauglichkeit, die Anerkennung einer Gefahrenvorsorgebefugnis des Gesetzgebers und die Zuerkennung einer Einschätzungsprärogative hinsichtlich notwendiger Prognosen zu einem dogmatisch schwer auflösbaren, deutlich topischen Knäuel verbunden sind, noch dazu angesichts eines zu prüfenden Gesetzes, daß anders als die meisten der früher behandelten Gesetze nicht einen abzirkelbaren „Eingriff“, sondern „wesentliche Veränderungen auf dem Gebiet der Wirtschaftsordnung“ bewirkt. Der dann zur Geltung gebrachte Maßstab der Vertretbarkeit selbst ist völlig einleuchtend, auch wenn die Charakterisierung als „Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“ dem Mißverständnis Nahrung geben könnte, daß das Gericht hier aus besonderen Gründen vor einem nicht überprüfbaren Spielraum des Beliebens zurückweichen müßte. Tatsächlich ist die Anforderung der Vertretbarkeit der legislativen Einschätzung nur ein Element der Aufgabe des Gesetzgebers im Angesicht der ungewissen Zukunft. Der an die Verfassung gebundene und insoweit gerichtlich zu kontrollierende Gesetzgeber ermittelt, beurteilt und bewertet hier weder aufgrund seiner wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit noch aufgrund eines sonst ihm durch die Verfassung zuerkannten besonderen „Spielraums“.

Der Schlüsselpunkt des Mitbestimmungs-Urteils ist, daß nach Ansicht des Senats der Anteilseignerseite auch nach Einführung der erweiterten Mitbestimmung ein „leichtes Übergewicht“ zukommt. Das Gericht macht dabei einen Unterschied zwischen den Wirkungen, welche die Vorschriften des Mitbestimmungs-Gesetzes „rechtlich“ oder „in einer dem Gesetz zuzurechnenden Weise“ begründen, und der nur im Wege der „Prognose“ zugänglichen Frage, „wie sich das Mitbestimmungsgesetz in seinem dargelegten rechtlichen Inhalt in der Zukunft auswirken wird“. Für das Ergebnis der Analyse des Gesetzes dahin, daß die dadurch eingeführte Mitbestimmung „unterhalb der Parität“ bleibe, dürfte es weniger auf die schon früher bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung wirtschaftspolitischer Gesetze beobachtete Beschränkung der Prognosekontrolle auf eine Vertretbarkeit angekommen sein, als vielmehr auf die sehr restriktive Abmessung derjenigen Wirkungen des Gesetzes, die als dem Gesetz „zurechenbar“ betrachtet wurden. Der Senat rechnet den „Einigungszwang“ im Aufsichtsrat, der nach Auffassung der Beschwerdeführer wenn nicht der Intention des Gesetzes, so doch jedenfalls seinen greifbar zu erwartenden Wirkungen entspricht, nicht „der Lösung“ zu, „die das Mitbestimmungsgesetz für den Konfliktfall vorsieht“<sup>59</sup>. Die Anteilseigner könnten sich im Aufsichtsrat aufgrund ihres durch das Gesetz gewährten leichten Übergewichts

---

<sup>59</sup> BVerfGE 50, 290/330.



„letztlich durchsetzen“. Wenn aber die Anteilseignerseite von dem ihr durch das Gesetz eingeräumten Übergewicht, von ihrem „gesetzlich gewährleisteten“ Übergewicht keinen Gebrauch mache, lasse sich der einer „Parität“ nahekommende Einfluß der Arbeitnehmer „nicht der rechtlichen Normierung zurechnen; er wird also nicht durch diese begründet“, es könne das also nicht bedeuten, daß das Gesetz der Anteilseignerseite in Wahrheit kein Übergewicht verleihe.

Deutlicher als das Mitbestimmungs-Urteil legt der Kalkar-Beschluß<sup>60</sup> offen, daß die verfassungsgerichtliche Kontrollbefugnis gegenüber Gesetzen, denen Einschätzungen über ungewisse zukünftige Geschehensabläufe zugrunde liegen, letztlich durch das Vorhandensein und den Regelungsinhalt der einschlägigen verfassungsrechtlichen Maßstäbe bestimmt wird. Erst die Zukunft werde erweisen, ob die Entscheidung für die Anwendung der Brütertechnik mehr zum Nutzen oder zum Schaden gereichen werde. In dieser, notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liege es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. „Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.“

---

<sup>60</sup> BVerfGE 49, 89/131 und Leitsatz 4.