

## Recht und Gerechtigkeit in einer pluralistischen Gesellschaft

Die offene pluralistische Gesellschaft ist durch Interessengegensätze und Machtkämpfe zahlreicher autonomer Gruppen geprägt. Daß dieses Gegeneinander nicht zu einem Krieg aller gegen alle wird, dafür sind bestimmte Regulative erforderlich. Ernst Fraenkel hat darauf hingewiesen, daß die politische Vielfalt der Gesellschaft, das Mit- und Gegeneinander der Gruppeninteressen nur dann nicht zur Anarchie führe, wenn die Notwendigkeit eines generell akzeptierten Wertkodex anerkannt wird, der neben verfassungsrechtlichen Verfahrensvorschriften auch ein Minimum an regulativen Ideen generellen Charakters enthalten muß<sup>1</sup>. In der Bundesrepublik Deutschland ist der pluralistischen Gesellschaft durch das Grundgesetz eine freiheitlich-demokratische Grundordnung gegeben worden. Kurt Sontheimer schreibt dazu<sup>2</sup>:

„Die im Grundgesetz geforderte Rechtsstaatlichkeit der demokratischen Ordnung verlangt institutionelle Formen, welche den Wildwuchs des gesellschaftlich-politischen Machtkampfes beschneiden und dem Leben der Gemeinschaft die notwendige Stabilität zu geben vermögen. Hier müssen die festen Maßstäbe des Rechts gelten, ohne die der Verlauf der Wirtschafts- und Sozialentwicklung unversehens ins Chaos führen würde. So gehört zum demokratischen Staat sowohl die in der Idee der Freiheit begründete Dynamik des Prozesses politischer Willensbildung in der grundsätzlich offenen und damit pluralistischen Gesellschaft wie andererseits die nach den Grundsätzen des Rechts arbeitenden, auf Dauer und Festigkeit angelegten Institutionen der Ordnung, wie sie in einer an feste Maßstäbe gebundenen staatlichen Verwaltung und einer unabhängigen Rechtspflege zum Ausdruck kommen.“

Dem Recht kommt somit in der pluralistischen Demokratie eine wichtige Integrationsfunktion zu, die gerade angesichts einer auch im geistig-ethischen Sinn pluralistischen Gesellschaft fundamentale Bedeutung gewinnt. Hinzu kommt noch ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt: Soll die gesellschaftliche Grundordnung den Forderungen gerecht werden, die sich aus dem Grundwert der Person einerseits und dem Eigenwert der Gesellschaft (Gemeinschaft) in ihren mannigfachen Erscheinungsformen andererseits ergeben, so hat das Recht eine Sphäre der Freiheit zu sichern, in welcher der Mensch als individuelle Persönlichkeit und selbstverantwortliches geistig-sittliches Wesen existieren und sich entfalten kann. Es muß gleichzeitig die Grenzen der Freiheitssphäre abstecken, wie sie für die Gewährleistung dieses Freiheitsraums für alle, aber auch der Notwendigkeiten der Gesellschaft als Gemeinschaft aller notwendig ist. Damit sind zwei wichtige Teilmomente des Gesamtphänomens des Rechts aufgezeigt. Diese Aufgaben kann das Recht jedoch nur erfüllen, wenn es kraft der ihm innewohnenden Autorität von



den gesellschaftlichen Kräften anerkannt wird und sich durchsetzen kann. Damit ist ein Problem angesprochen, das zu lebhafter Sorge Anlaß gibt.

### Autoritätsverlust des Rechts

Der Heidelberger Rechtsgelehrte Karl Doering hat im Jahr 1972 eine Studie über den Autoritätsverlust des Rechts in unserer pluralistischen Demokratie vorgelegt<sup>3</sup>. Er kommt darin zu dem Ergebnis, daß das, was die Autorität des Rechts genannt wird, in einem Abbau begriffen scheine, der so nachhaltig sei, daß man für den Bestand des Rechtsstaats Besorgnis hegen müsse – vorausgesetzt, man wünsche die Aufrechterhaltung des Rechtsstaats westlicher Prägung. Zum Nachweis dieses bedrohlichen Zustands führte er eine Reihe von konkreten Beispielen an: Von den Angriffen auf eine bestimmte Presse trotz deren Schutz durch Art. 5 Abs. 1 GG über die Vorgänge um die Amnestierung gewisser Straftaten, die im Zug politischer Demonstration begangen wurden<sup>4</sup>, Änderungen der Strafgesetze<sup>5</sup> u. a. bis hin zu der opportunistischen Handhabung des Art. 9 Abs. 2 GG, wonach Vereinigungen, die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten, verboten sind.

Die Gründe für das Phänomen des Abbaus der Autorität, so meint Doering, seien zahlreich. Vielleicht hätten 25 Jahre der pluralistischen Liberalisierung unmerklich, aber permanent das Verständnis für das Wesen des Rechts verändert. Die Normsetzung werde mehr und mehr nur noch begriffen als Interessenschutz von Gruppen und Personen. Minderheiten wollten die Mehrheitsentscheidungen nicht mehr akzeptieren. Dort, wo Individual- oder Gruppeninteressen sich nicht durchsetzten, werde die Entscheidung abgelehnt, negiert oder gar offen bekämpft. Die Inanspruchnahme extensiven Demonstrationsrechts, des Streikrechts für Beamte, das Recht auf Boykott des Andersdenkenden und anderes mehr seien Beispiele dafür. Im Grund gehe es darum, das Recht dann zu mißachten, wenn es den Interessen nicht entspreche.

Betrachten wir die Lage heute, so müssen wir feststellen, daß keine Wende zum Besseren eingetreten ist. Im Gegenteil: Die Fronten haben sich zunehmend verhärtet. Bestimmte Rechtsnormen werden von gewissen Gruppen der pluralistischen Gesellschaft einfach nicht mehr zur Kenntnis genommen. Die Rechtsunsicherheit und die Respektlosigkeit gegenüber dem Recht haben noch zugenommen.

Bemerkenswert ist bei alledem, daß diejenigen, die sich mit allen Mitteln gegen die Rechtsordnung wenden, sich ihrerseits auf ihr „Recht“ berufen und behaupten, eben dieses Recht auf ihrer Seite zu haben. Das wirft sofort die Kompetenzfrage auf. Wer hat in der pluralistischen Demokratie die Befugnis, Recht zu setzen und anzuwenden? Hierbei muß auch vermerkt werden, daß eine völlige Trennung der Autorität des Rechts von der Autorität derer, die Recht setzen und Recht anwenden, nicht möglich erscheint.



## Recht durch staatliche Gesetze

Im modernen Staat ist zunächst dieser selbst die souveräne Instanz in Fragen der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung. Jedenfalls soweit es sich um das positive Recht handelt, ist das Recht Produkt der Gesetzgebung und der Rechtsprechung.

Das *Parlament* als die politische Repräsentanz des Volkes ist zwar in vielen seiner Vertreter durch die Teilinteressen von Gruppen der pluralistischen Gesellschaft bestimmt, aber seine Aufgabe ist es, Gesetze zu erlassen, die dem Interesse des Ganzen gerecht werden. Deshalb legt Art. 38 GG ausdrücklich fest, daß die Bundestagsabgeordneten als Vertreter des ganzen Volkes frei und unabhängig sind. In demokratischen Staaten kann das positive Recht letztendlich allein durch den Willen des Volkes begründet werden, der in einer repräsentativen Demokratie, wie die Bundesrepublik nahezu bis zur letzten Konsequenz verfaßt ist, durch den Willen des Parlaments dargestellt und durch dessen Mehrheitsentscheidung gefunden wird. Änderung und Verbesserung der Rechtsordnung hat daher in erster Linie durch den mehrheitlichen Willen des Parlaments zu erfolgen. Es sind, das soll nicht verkannt werden, voluntaristische Entscheidungen, die nach der Organisation unseres Rechtsstaats die Rechtsquellen darstellen. Soll einem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse oder, wie man heute sagt, dem gesellschaftlichen Fortschritt Rechnung getragen werden, so hat dies in erster Linie durch das Parlament zu geschehen, in dem die gesellschaftlichen Kräfte vertreten sind. Die staatlichen Gesetze sind es, denen neben ihrer normativen Funktion eine Änderungs- und Verbesserungsfunktion zukommt.

Die Funktionsfähigkeit dieses demokratisch-rechtsstaatlichen Mechanismus wird heute vielfach in Zweifel gezogen. Eine Vielzahl normativer Vorschriften regelt das Zusammenleben in unserem Staat. Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen ergehen fast wie am Fließband. Die Masse dieser Vorschriften erscheint erdrückend. Der einzelne Staatsbürger kann sie nicht mehr überschauen. Die Gesetze sind mehr und mehr undurchschaubar. Sie machen dem juristisch nicht vorgebildeten Laien rationale Entscheidungen bis hin zur Familiengründung, der Wahl des Berufs, der Wohnungsbeschaffung und der Altersvorsorge oft fast unmöglich. Es bedarf schon eines langwierigen Rechtsstudiums, um den Zugang zum Verständnis unserer Rechtsordnung zu eröffnen. Aber selbst der Jurist ist heute meist nur noch auf bestimmte Rechtsgebiete spezialisiert. Wen wundert es, wenn das Rechtsempfinden des einzelnen und vielleicht ganzer Gruppen dieser pluralistischen Gesellschaft sich nicht mehr in Übereinstimmung mit der positiven Rechtsordnung befindet?

Auf der anderen Seite versagt sich der Gesetzgeber oft, die wirklich drängenden Probleme des Zusammenlebens der Bürger zeitgerecht und den veränderten Verhältnissen entsprechend zu regeln. Diese Entwicklung hat schon vor geraumer Zeit begonnen. Als Beispiel möchte ich die Frage der Zuerkennung von Schmer-



zensgeld bei schwerer Persönlichkeitsrechtsverletzung anführen. Obwohl die aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts stammende Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs seit Jahrzehnten nicht mehr der modernen Entwicklung entsprach, sah sich der Gesetzgeber bis heute außerstande, eine Neuregelung herbeizuführen. Der Bundesgerichtshof mußte in die Bresche springen und in einer bis an die Grenzen richterlicher Kompetenz gehenden Rechtsprechung<sup>6</sup>, die das Bundesverfassungsgericht gebilligt hat<sup>7</sup>, für Lösungen sorgen, die dem heutigen Gerechtigkeitsempfinden entsprechen. Zahlreiche andere Beispiele ließen sich anführen. Wie lange hat es gedauert, bis endlich ein neues Staatshaftungsgesetz<sup>8</sup> zustande kam, dessen Verfassungsmäßigkeit jedoch umstritten ist.

Warum werden heute so viele Rechtsstreitigkeiten anhängig gemacht? Warum sind die Gerichte aller Instanzen so sehr überlastet? Doch hauptsächlich deshalb, weil das Parlament nicht jene einfachen und klaren Gesetze zustande bringt, die für ein geordnetes Zusammenleben der Bürger in einer pluralistischen Gesellschaft notwendig sind. Der Deutsche Anwaltsverein und der Deutsche Richterbund haben mit harten Worten die Überproduktion und den Dilettantismus in der Gesetzgebung beklagt. Auch der 53. Deutsche Juristentag 1980 in Berlin hat sich mit dem Problem der Gesetzesflut und des Gesetzesperfektionismus befaßt.

### Recht durch Rechtsprechung

Werfen wir einen Blick auf die Rechtsanwendung. Der im Rechtsstaatsprinzip enthaltene Grundsatz der Gewaltenteilung verlangt, daß die Normgebung dem Parlament vorbehalten bleibt, dem Richter hingegen – ich sehe einmal von dem Sonderfall der Normenkontrolle ab – die Entscheidung des Einzelfalls. Der Richter muß grundsätzlich die Prärogative der Gesetzgebung für die Rechtsetzung anerkennen.

Hier wird nun ein neuralgischer Punkt der richterlichen Aufgabengrenzung in heutiger Sicht berührt. Das Grundgesetz und die Prozeßordnungen haben den Richtern in der Bundesrepublik Kompetenzen in einem bisher nicht gekannten Ausmaß übertragen. Die Unabhängigkeit des Richters ist gewährleistet, damit er bei seiner Entscheidung das Gesetz frei von jedweden fremden Einflüssen anwenden kann. Dennoch behält die Bindung des Richters an das Gesetz ihre fundamentale Bedeutung auch in der pluralistischen Demokratie. Die Montesquieusche Formel von dem Richter als dem „Menschen, der die Worte des Gesetzes ausspricht“, beherrschte lange Zeit das Selbstverständnis des Richters. Diese Formel von der strengen Gesetzesbindung des Richters gilt allerdings nicht mehr. Heute hat der Richter das geschriebene Gesetz, bevor er es anwendet, auf seine Übereinstimmung mit den übergeordneten Bestimmungen und Grundprinzipien der Verfassung zu prüfen.



Darin liegt eine grundsätzliche Neuorientierung des Verhältnisses vom Richter zum Gesetz, die sich seit der Weimarer Zeit vollzogen hat. Sie hat in Art. 20 Abs. 3 GG ihren Ausdruck gefunden, wonach die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist. Es wäre aber falsch, von einer Entfesselung der Dritten Gewalt zu sprechen. Die Bindung des Richters ist nur komplexer geworden. Er ist bei der Auslegung und Anwendung der verfassungsmäßigen Gesetze zwar freier gestellt, aber an die Grundprinzipien und Wertvorstellungen der Verfassung gebunden und nicht befugt, eigene Wertvorstellungen an deren Stelle zu setzen. Freilich sind hierbei die Grenzen flüchtig, wie der heftige Streit um die Schranken der richterlichen Rechtsfortbildung zeigt.

Unbedenklich ist die Rechtsfindung des Richters auf der Grundlage der in der juristischen Methodenlehre anerkannten Auslegungskriterien<sup>9</sup>. Zulässig ist ferner die Rechtsfortbildung durch Lückenfüllung dann, wenn ein Gesetz für einen bestimmten Sachverhalt keine Regelung trifft; hier hat der Richter eine Lösung zu suchen, die sich nach Möglichkeit an die Gesetzessystematik anlehnt und inhaltlich an den Regelungsabsichten des Gesetzgebers für das betreffende Rechtsgebiet, der Gesamtrechtsordnung, dem Wertsystem der Verfassung sowie den „fundamentalen allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ ausrichtet. Unzulässig wird hingegen die, wie K. Larenz es bezeichnet<sup>10</sup>, „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“, die sich nicht nur über Wortlaut und Sinn der einzelnen Gesetzesnormen hinwegsetzt, sondern ihre Rechtfertigung auch nicht in der geltenden Gesamtrechtsordnung findet und auch durch Verfassungsprinzipien nicht gedeckt wird. Ich muß allerdings einräumen, daß eine definitive, für jeden Fall gültige Abgrenzung kaum zu finden ist.

Hier erscheinen einige Worte angebracht zu dem, was man gemeinhin mit dem Schlagwort „politische Justiz“ zu umschreiben wähnt.

### Politische Justiz

Die in einer pluralistischen Gesellschaft natürlich auch unterschiedlichen Auffassungen der Richter in politischen Dingen und über soziale Fragen sollen und dürfen nicht bestimmend für die Rechtsfindung sein. Der Richter muß selbstverständlich die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse kennen, wenn er eine lebensnahe und sachgerechte Entscheidung finden will. Er muß sich dabei auch bewußt sein, daß er mannigfachen Einflüssen unterliegt, die sein Vorverständnis (J. Esser) und seine Bewußtseinslage bestimmen. Seit Max Weber hat sich der Zweifel verstärkt, ob wertfreie Erkenntnis überhaupt möglich ist. Der Richter, der meint, er könne ein völlig wertfreies Recht sprechen, verfällt einer Illusion. Er ist Emotionen und Affekten ebenso ausgesetzt wie jeder andere Mensch. Davor schützt ihn weder seine innere noch seine äußere Unabhängigkeit.



Aller dieser „Vorbelastungen“ muß sich der Richter bewußt sein. Für seine richterliche Entscheidung dürfen sie jedoch nicht ausschlaggebend sein. Dies setzt freilich strenge Selbstkritik und Selbstdisziplin voraus. Rechtliche Vorkehrungen helfen dabei wenig, da es sich um innere Vorgänge handelt. Es wird damit jedoch auch nichts Übermenschliches vom Richter verlangt, wie die Erfahrung zeigt. Jeder Richter weiß, daß sogar die Gefahr der Überkompensation besteht. Jedenfalls ist bisher trotz einiger Bemühungen nicht der Beweis erbracht worden, daß die richterliche Entscheidungsbildung durch die Herkunft oder die weltanschauliche Haltung des Richters determiniert sei.

Der Richter ist und bleibt an das Gesetz gebunden. Ich halte daher auch den Begriff des „politischen Richters“ und den Ruf nach „politischen Entscheidungen“ für nicht ungefährlich. Der Richter soll und darf dem politischen Leben nicht aus dem Weg gehen. Es besteht aber die Gefahr, daß diese Begriffe das Wesen der richterlichen Aufgabe verdecken. Der Richter darf in und mit seinen Entscheidungen keine eigene Politik treiben. Er würde damit die Grundlagen des demokratischen Staatswesens gefährden; denn die politische Entscheidung ist die Prärogative des Parlaments und der Regierung. Nur Recht und Gesetz dürfen die Richtschnur richterlichen Handelns sein.

Es ist daher in hohem Maß bedenklich, wenn immer wieder von Fällen berichtet werden muß, in denen erstinstanzliche Gerichte unter Berufung auf ihre rechtspolitische Überzeugung bewußt sich von der Bindung an die vorhandenen Gesetze lösen. Ich darf als Beispiel hier jenes bekanntgewordene Urteil des Amtsgerichts Stuttgart anführen<sup>11</sup>, mit dem dieses die Klage einer Elektrizitätsgesellschaft auf Zahlung der Stromkosten zurückwies, weil den Beklagten wegen des geplanten Baues von Atomkraftwerken ein „Zurückbehaltungsrecht“ zustehe, jedenfalls so lange, bis über die Anfechtung der Teilgenehmigung für den geplanten Bau entschieden sei (sic!). Nun kann man zwar darauf hinweisen, daß es zu allen Zeiten Fehlurteile gegeben hat und geben wird. Das Bedenkliche scheint mir hier aber zu sein, daß der Fehler in einer bewußten Mißachtung des Gesetzes liegt, der nicht immer von den Obergerichten korrigiert werden kann.

### Die Frage nach dem richtigen Recht

Das Gesetzesrecht kommt durch Mehrheitsentscheidung des Parlaments zustande; auch den Entscheidungen der Gerichte liegen, soweit es sich um Kollegialgerichte handelt, also alle oberen und obersten Gerichte, die für Rechtsfindung und Rechtsfortbildung maßgeblich sind, oft Mehrheitsentscheidungen zugrunde, was in der Verfassungsgerichtsbarkeit nach Einführung des Sondervotums und der Bekanntgabemöglichkeit des Abstimmungsergebnisses auch nach außen hervortritt. Das, was wir das positive Recht nennen, entspringt somit



dezisionistischen Entscheidungen staatlicher Organe. Das muß sofort die Frage provozieren – und die Frage wird in der pluralistischen Gesellschaft von vielen Gruppen erhoben –: Können die obersten Träger der Staatsgewalt eine Zwangsordnung mit beliebigem Inhalt setzen? Ist das das richtige Recht, was die parlamentarische Gesetzgebungsmaschine am Fließband produziert und die überlasteten und überanstrengten Richter in zahllosen Überstunden hervorbringen?

Diese Frage nach dem richtigen Recht ist uralte. Es kann hier nicht auf die geschichtliche Entwicklung der Idee des richtigen Rechts näher eingegangen werden<sup>12</sup>. Die Rechtsphilosophie hat schon immer die Frage nach dem richtigen Recht als eine zentrale Frage angesehen. Dazu ist zunächst zu sagen:

Die Organisation des Rechtswesens nach dem Grundgesetz sieht Regulative vor, die den Gesetzgeber und die Gerichte hinsichtlich der von ihnen erlassenen Rechtssätze und Rechtserkenntnisse einer Kontrolle unterwerfen. Ich nenne hier die drei wichtigsten Wege: 1. die Normenkontrolle, 2. das in Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz und 3. die Verfassungsbeschwerde.

1. *Die Normenkontrolle.* Jeder Richter hat eine Norm, die für die von ihm zu treffende Entscheidung erheblich ist, auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen, bevor er sie anwendet. Handelt es sich um eine untergesetzliche oder – was heute immer seltener der Fall sein wird – eine vorkonstitutionelle Rechtsnorm, so hat er selbst darüber zu entscheiden, ob diese Norm verfassungsgemäß ist oder nicht. Kommt er bei einem formellen Gesetz zu der Überzeugung, daß es gegen das Grundgesetz verstößt, so darf er allerdings nicht selbst darüber entscheiden, sondern muß das Verfahren aussetzen und die Sache dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung der Rechtsfrage vorlegen, ob die Norm mit der Verfassung vereinbar ist. Dieses Entscheidungsmonopol ist im Grundgesetz zum Schutz des Gesetzgebers und zur Wahrung der Rechtseinheit verankert worden. Die Normenkontrolle ist ein Institut, das verhindern soll, daß gegenüber dem Staatsbürger verfassungswidrige und damit in einem bestimmten Sinn, auf den noch einzugehen sein wird, unrichtige Gesetze angewendet werden.

2. *Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz.* Art. 19 Abs. 4 GG gewährt – wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgesprochen hat<sup>13</sup> – dem einzelnen ein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Das bedeutet, daß jedermann, falls er von der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten verletzt worden ist, der Zugang zu den staatlichen Gerichten offen sein muß. Den sogenannten justizfreien Hoheitsakt gibt es heute grundsätzlich nicht mehr. Zwar gewährleistet dieses Grundrecht nicht das Recht auf einen Instanzenzug, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat<sup>14</sup>. Aber immerhin ist der Bürger insofern vor der Anwendung unrichtigen Rechts geschützt, als ihm immer der Weg zum Richter, und zwar, wenn kein anderer Rechtsweg eröffnet ist, subsidiär zum Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit eröffnet wird. In der Regel stehen ihm nach unserer Gerichtsorganisation



zwei oder gar drei Instanzen offen, was viele als etwas Überflüssiges ansehen und unserem Staat die Qualifizierung als „Rechtswegestaat“ eingebracht hat.

3. *Die Verfassungsbeschwerde.* Schließlich kann jedermann, der sich in seinen Grundrechten oder ihnen gleichgestellten Rechten verletzt fühlt, unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar das Bundesverfassungsgericht anrufen und dort Schutz gegen verfassungswidrige Beeinträchtigung suchen. Die Verfassungsbeschwerde ist ebenfalls im Grundgesetz verankert (Art. 93 Abs. Nr. 4 a, b). Von ihr wurde und wird vielfältig Gebrauch gemacht. Es sind zur Zeit immerhin mehr als 3000 Verfassungsbeschwerden, die jährlich beim Bundesverfassungsgericht eingehen.

### Die Prüfungsmaßstäbe

Es stellt sich weiter die Frage, nach welchen Prüfungsmaßstäben die Kontrollinstanzen ihre Überprüfungskompetenz auszuüben haben.

Hier ist zunächst festzuhalten, daß die Rechtsmittelgerichte je nach der Art des gegebenen Rechtsmittels die angegriffenen Entscheidungen entweder in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Berufungsinstanz) oder nur auf richtige Rechtsanwendung (Revisionsinstanz) überprüfen. In beiden Fällen findet jedenfalls eine umfassende rechtliche Nachprüfung statt. Es ist die besondere Aufgabe der obersten Bundesgerichte, hier die Einheit des Rechts zu wahren und dieses in dem oben umschriebenen Rahmen fortzubilden.

Anders verhält es sich bei der Normenkontrolle und bei der Verfassungsbeschwerde; hier ist Prüfungsmaßstab im Rahmen der jeweiligen Verfahrensregeln allein die Verfassung (das Grundgesetz). Das Bundesverfassungsgericht hat vor allem in Verfassungsbeschwerdeverfahren immer wieder mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß es nicht seine Aufgabe ist, nachzuprüfen, ob in den angegriffenen Entscheidungen das sogenannte einfache Recht richtig angewendet worden ist. Das Gericht spricht sich in ständiger Rechtsprechung die Kompetenz ab, ein Gesetz unter dem Gesichtspunkt der „allgemeinen Gerechtigkeit“ nachzuprüfen; seine Nachprüfungsbefugnis sei vielmehr darauf beschränkt, wie es sich in einer hier maßgeblichen Entscheidung ausgedrückt hat, ob „spezifisches Verfassungsrecht“ verletzt worden sei<sup>15</sup>. Es ist hier – immer gesehen im Blick auf die Findung des richtigen Rechts – eine gewisse Lücke da, die bei verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht abgedeckt ist. Dieses durch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht abgedeckte Feld ist jedoch bei näherer Prüfung wesentlich kleiner, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Versteht man das „richtige“ Recht als das dem Gerechtigkeitsgedanken entsprechende Recht, so ist gerade die Einhaltung der Verfassung, insbesondere die Achtung der Grundrechte, eine wesentliche Garantie eines „richtigen“ Rechts.



Die in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG als oberster Wert der Verfassung garantierte Menschenwürde hat gerechtigkeitsbestimmende Bedeutung. In dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe<sup>16</sup> wird dies wie folgt ausgedrückt: „Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, auf dem höchste Anforderungen an die Gerechtigkeit gestellt werden, bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne.“ Insbesondere aber hat der Gerechtigkeitsgedanke bei der Umschreibung des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG die Funktion einer Bestimmung der Wesentlichkeit von Gleichheiten und Ungleichheiten. Nach dem Sprachgebrauch des Gerichts ist es für die Anwendung des Gleichheitssatzes entscheidend, „ob für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam sind, daß der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muß“<sup>17</sup>. Gerechtigkeit macht ferner das Wesen des Rechtsstaatsprinzips aus<sup>18</sup>. Sie wird vom Bundesverfassungsgericht auch als „ein Teil des Rechtsstaates“<sup>19</sup> oder als „im Rechtsstaatsprinzip beinhaltet“ bezeichnet<sup>20</sup>. Aus Art. 1 Abs. 1 GG, der das Muttergrundrecht aller übrigen Grundrechte<sup>21</sup> enthält, und über Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich eine grundsätzliche Verbindung der Gerechtigkeit zu den übrigen Grundrechten, was besonders manifest wird, wenn aus dem Grundgesetz Teilhabeansprüche abgeleitet werden sollen<sup>22</sup>.

Das Messen einer Norm an der Verfassung bedeutet daher gleichzeitig in wesentlichen Punkten eine Überprüfung dahingehend, ob sie „richtiges“, d. h. dem Gerechtigkeitsgedanken entsprechendes Recht enthält. Damit wird aber eine weitere, in einer pluralistischen Gesellschaft sehr erhebliche Schwierigkeit ins Blickfeld gerückt.

### Grundrechtskatalog als objektive Wertordnung?

Das Bundesverfassungsgericht hat namentlich in seiner älteren Rechtsprechung den Grundrechtskatalog als ein Wertsystem (objektive Wertordnung) aufgefaßt<sup>23</sup>. Alles Recht sei auf den Mittelpunkt dieses Wertsystems, die „innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltende menschliche Persönlichkeit und ihre Würde“ bezogen. Das Verfassungsgericht ist hierwegen heftig angegriffen worden. Es wurde ihm vorgeworfen, es huldige „einer Tyrannei der Werte“. Die werthafte Integration des Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, verdränge, wie Forsthoff es ausgedrückt hat<sup>24</sup>, das juristisch-rationale Verständnis des Rechts. Unter Berufung auf das Wertsystem des Grundgesetzes werde das positive Gesetz aufgelöst. Mitte der sechziger Jahre ist dann eine auch parteipolitisch geführte heftige Diskussion über die Grundwerte ausgebrochen. Ich kann hierauf und auf den hochinteressanten rechtsphilosophischen Hintergrund nicht näher eingehen<sup>25</sup>. Ich möchte mich vielmehr auf folgende Bemerkungen beschränken:



Es mag durchaus zutreffend sein, daß es eine unbedingte Allgemeingültigkeit von Wertungen nicht gibt<sup>26</sup>. Es ist aber andererseits ein Gemeinplatz, daß es zum täglichen Aufgabenbereich des Juristen gehört, Wertungen, Würdigungen vorzunehmen. Natürlich gewährleisten die Grundrechte des Grundgesetzes gemeinhin keine bestimmten Werthaltungen oder weltanschaulichen Überzeugungen, etwa einen bestimmten Glauben oder ein wie immer auch geartetes religiöses Bekenntnis. Sie eröffnen vielmehr, wie es Bundeskanzler Helmut Schmidt vor der Katholischen Akademie in Hamburg formuliert hat<sup>27</sup>, gerade „die Freiheit, Auffassungen, Überzeugungen, Glauben zu haben, dafür einzutreten und dementsprechend zu handeln“. Insofern ist das Grundgesetz sicherlich wertneutral und die Gesellschaft eine „offene Gesellschaft“ im Sinn des Philosophen Karl Popper.

Es darf aber bei alledem nicht übersehen werden, daß das Grundgesetz in ganz bestimmten, und zwar gerade für das gesamte gesellschaftliche Leben fundamentalen Punkten eben nicht wertneutral ist. Der Mensch und seine Würde sind unverletzlich und werden absolut geschützt. Das gleiche gilt von weiteren Grundprinzipien und Grundrechten des Grundgesetzes, die für eine freiheitliche Demokratie konstitutiv sind. Bei aller Pluralität, welche die Verfassung gewährleistet, muß auch in der pluralistischen Gesellschaft ein Konsens darüber bestehen, daß diese Konstitutionsprinzipien des demokratischen Rechtsstaates unantastbar und unverletzlich sind.

### Die Notwendigkeit eines Grundkonsenses in der pluralistischen Demokratie

Auch die pluralistische Konkurrenztheorie übersieht nicht, daß kein Staat bestehen kann, wenn in ihm nicht ein gewisser Gemeinwille seiner Bürger lebendig ist<sup>28</sup>. „Die Monarchie beruht auf dem, was der König nicht anordnen, die Demokratie auf dem, worüber man nicht abstimmen kann, sondern worin sich die Bürger ohne Abstimmung einig sind.“<sup>29</sup> Dabei soll nicht verkannt werden, daß es weite Gebiete der sozialen Ordnung gibt, über deren Regelung durch Mehrheitsabstimmung entschieden werden muß, weil sich die Bürger über ihre Ausgestaltung nicht einig sind.

Zu den Essentialia einer pluralistischen Demokratie gehört aber neben diesem kontroversen Sektor auch ein Grundbereich, in dem es einen Konsens aller geben muß, wenn es nicht zur Desintegration des Staates kommen soll. Besteht nicht eine wirksame generelle Anerkennung bestimmter Grundprinzipien und Grundwerte (sog. Konstitutionsprinzipien unserer Verfassungsordnung) bei einer breiten Bevölkerungsschicht der pluralistischen Gesellschaft, dann werden die im Pluralismus stets latent vorhandenen auflösenden Tendenzen zu einer konkreten Gefahr für die Autorität und Effektivität des Rechts im demokratischen Staat.

Es mehren sich Anzeichen dafür, daß unter den politisch wirksamen Kräften



unserer pluralistischen Gesellschaft keine Übereinstimmung über die tragenden Fundamente unseres Staates mehr bestehen könnte. Auf welche gemeinsamen Bezugspunkte sind die miteinander konkurrierenden und sich gegenseitig bekämpfenden Gruppen unserer Gesellschaft ausgerichtet? Der gegenwärtige Zustand unserer Gesellschaft läßt deutlich Hinweise darauf erkennen, daß ein wertbildender und werterhaltender Konsens in grundsätzlichen Fragen des gesellschaftlichen Lebens nur sehr schwer noch herzustellen ist. Nicht nur, daß die Konfrontation zwischen Regierung und Opposition sich zusehends verschärft; auch in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens ist eine zunehmende Verunsicherung festzustellen.

Wer die Vorgänge der letzten Jahre aufmerksam verfolgt hat, der kann nur erschrocken sein über den Grad der Zerstörung unserer gemeinsamen Wertfundamente und muß sich ernstlich fragen, wie in Zukunft noch eine gemeinsame Basis in den elementaren Grundüberzeugungen, die alle Staatsbürger miteinander verbinden sollen, gefunden werden kann. Wird aber der Konsens zerstört, auf den das Recht um seiner Autorität und Effektivität willen angewiesen ist, ein Konsens über Wertvorstellungen, die auch dem Staat vorgegeben sind und zum Bereich des Unabstimmbaren gehören, dann wird auch die demokratische Grundordnung selbst in Frage gestellt.

Ist es daher vielleicht im Sinn einer pluralistischen Ethik für das Recht ehrlicher, wenn wir eingestehen, daß es diesen fundamentalen Konsens in der Bundesrepublik heute nicht mehr gibt? Ich möchte diese Frage mit einem eindeutigen Nein beantworten. Noch ist die Substanz der Grundwerte, die das Verhalten der übergroßen Mehrheit unserer Bevölkerung entsprechend der abendländischen Rechtstradition bestimmt, weithin stabil. Noch gelten die Grundwerte der Menschenwürde und der Freiheit der menschlichen Persönlichkeit als verbindliche Sozialregulative und sind im Rechtsbewußtsein des einzelnen Bürgers verankert. Der „Gewißheitsverlust“ ist keineswegs so dramatisch, wie er oft hingestellt wird.

Nach Auffassung des Politologen Richard Löwenthal können folgende Grundwerte als in der Bundesrepublik weiterhin „intakt“ angenommen werden: der Glaube an die Vernunft im Sinn des Glaubens an eine rationale Ordnung der Welt; die Bejahung der Einzigartigkeit der menschlichen Person und damit der Menschenrechte des einzelnen; die Anerkennung des bindenden Charakters freiwillig eingegangener – nicht nur blutsgebener – Gemeinschaften; die Notwendigkeit einer Rechtsordnung zur Grenzziehung zwischen Individuum und Gemeinschaft; eine Auffassung der Arbeit als Sinnerfüllung des Lebens und nicht nur als notwendiges Übel; die unbedingte Verpflichtung auf friedliche Mittel und Wege der Verfolgung politischer Ziele<sup>30</sup>.

Ist aber ein solchermaßen fundiertes Wertsystem in der Bundesrepublik Deutschland noch vorhanden und weitgehend unstrittig, dann ist es unsere Aufgabe, dieses Fundament zu erhalten, etwaige Risse zu kitten und die Entwer-



tung dieser Grundwerte im Recht aufzufangen. Letztlich steht dahinter die alte Frage, wie man in einer pluralistischen Gesellschaft eine verbindliche Wertordnung – wenigstens in den Grundfragen – aufrechterhalten kann. Es muß ein Grundkonsens bestehen bleiben, auf dessen Basis erst Interessengegensätze und Meinungsverschiedenheiten ausgetragen werden können. Die rechtlichen Grundvorstellungen dürfen nicht zur Diskussion stehen; sie müssen vielmehr gepflegt werden. Dabei mag sich herausstellen, daß vieles nur verschüttet ist, was längst verloren schien.

### Aufgabe der Rechtsprechung

Eine wichtige Aufgabe fällt dabei der Rechtsprechung zu. Die Auslegung von Rechtsnormen, insbesondere wenn ihr Sinngehalt umstritten ist, ist die selbstverständliche Aufgabe jeder Art von Rechtsprechung. Darin liegt ein wertendes und auch rechtsschöpferisches Element beschlossen, das in dem vorbezeichneten Rahmen zum Wesen der Rechtsprechung gehört. Unsere Verfassung enthält in ihren grundlegenden Bestimmungen vielfach Rechtsgrundsätze, die zwar aktuelles objektives Recht schaffen, also keine bloßen Programmansätze darstellen, jedoch der näheren Konkretisierung bedürfen, z. B. Menschenwürde, Gleichheitsgrundsatz, Rechtsstaatsprinzip.

Hier ist dem Richter, insbesondere dem Verfassungsrichter, die verantwortungsvolle und schwere Aufgabe gestellt, aus dem Geist der Verfassung und den in der Gesellschaft herrschenden Rechtsvorstellungen heraus diese Rechtsgrundsätze zu konkretisieren und zu interpretieren. Hier beginnt der Kampf um das Menschenbild des Grundgesetzes. Welches Bild vom Menschen kann und soll in unserer pluralistischen Gesellschaft dem Recht Maß und Richtschnur sein? Welches sind seine Wesensmerkmale? Hier stellt sich unweigerlich – und daran scheint mir kein Weg vorbeizuführen – die Frage nach der ethischen und moralischen Verankerung des Rechts. Aber auch hier scheint mir – im Gegensatz zu vielfachen Tendenzen in der Rechtswissenschaft – noch immer ein breiter Konsens über die ethischen und moralischen Grundlagen des Rechts zu bestehen.

Die Grundrechte, wie z. B. die Unantastbarkeit der menschlichen Würde, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit und der besondere Schutz von Ehe und Familie, sind von hohem moralischem Wert. Noch immer gilt z. B. die Lebenslänglichkeit der Ehe als die Regel und die Scheidung als die Ausnahme. Noch gilt die sogenannte Bequemlichkeitsabtreibung als ein schweres moralisches Vergehen. Das aus dem christlichen Verständnis des Menschen als eines Geschöpfes Gottes erwachsene, in der abendländischen Rechtstradition überlieferte Menschenbild ist als oberster Maßstab allen Rechts im Grundgesetz verankert.



Dabei müssen wir uns damit abfinden, daß es den Irdischen nicht vergönnt ist, in den letzten Fragen des Rechts die absolut richtige Antwort zu finden. Darum braucht noch nicht „Gewalt“ ihren „ehernen Degen“ in die Waage der Gerechtigkeit zu legen<sup>31</sup>. Es gibt friedliche Mittel, um die weltanschaulichen Gegensätze, die Wertungskonflikte und Interessenunterschiede in einer pluralistischen Gesellschaft auszugleichen. Unsere demokratisch-rechtsstaatliche Verfassung bietet allen Gruppen geeignete Mittel hierfür an, sofern der unentbehrliche Grundkonsens aller gesellschaftlich relevanten Kräfte gegeben ist. Ist dieser Konsens gesichert, dann wird dem Recht in der pluralistischen Gesellschaft auch der Stellenwert zukommen, dessen es bedarf, um seine wichtigste Funktion zu erfüllen: einen auf friedliche Gemeinschaft zielenden Zustand der Gesellschaft bei gleichzeitiger Gewährleistung der größtmöglichen persönlichen Freiheit des einzelnen zu sichern.

#### ANMERKUNGEN

- <sup>1</sup> Vgl. E. Fraenkel, Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung, in: E. Fraenkel, K. Sontheimer, B. Cruck, Beiträge zur Theorie der pluralistischen Demokratie (Bonn <sup>2</sup>1969) 3 ff., 14.
- <sup>2</sup> K. Sontheimer, Staatsidee und staatliche Wirklichkeit heute, ebd. 17 (23 f.). Vgl. auch K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für R. Smend (Tübingen 1962).
- <sup>3</sup> K. Doehring, Der Autoritätsverlust des Rechts, in: Festschrift für E. Forsthoff, hrsg. v. R. Schnur (München 1972) 103 ff.
- <sup>4</sup> Straffreiheitsgesetz v. 20. 7. 1970: BGBl, 509.
- <sup>5</sup> Drittes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 20. 5. 1970: BGB I, 505.
- <sup>6</sup> BGHZ 26, 349; BGHZ 35, 363; BGHZ 39, 124; st. Rspr.
- <sup>7</sup> BVerfGE 34, 269 (Soraya). <sup>8</sup> Vom 26. 6. 1981: BGBl. I, 553.
- <sup>9</sup> Vgl. hierzu neuerdings H.-M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen (Heidelberg 1981).
- <sup>10</sup> K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Berlin <sup>4</sup>1979) 402 ff. <sup>11</sup> Abgedr. in NJW 1979, 2047 ff.
- <sup>12</sup> Vgl. K. Engisch, Auf der Suche nach Gerechtigkeit (München 1971) 189 ff.
- <sup>13</sup> BVerfGE 35, 382 m. w. N.; 40, 272 (275); st. Rspr.
- <sup>14</sup> BVerfGE 9, 223 (230); 11, 232 (233); st. Rspr.
- <sup>15</sup> BVerfGE 18, 85; st. Rspr. <sup>16</sup> BVerfGE 45, 187 (228).
- <sup>17</sup> So schon BVerfGE 1, 264 Leitsatz 3; st. Rspr. <sup>18</sup> BVerfGE 21, 362 (372); 23, 12 (24).
- <sup>19</sup> BVerfGE 3, 225 (227); st. Rspr. <sup>20</sup> BVerfGE 7, 89 (92); 7, 194 (196).
- <sup>21</sup> BVerfGE 6, 32 (36); 45, 187 (228). <sup>22</sup> BVerfGE 33, 303; 35, 79. <sup>23</sup> BVerfGE 21, 362 (372).
- <sup>24</sup> Vgl. E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Rechtsstaat im Wandel (München <sup>2</sup>1976) 130 ff. (134 f.). <sup>25</sup> Vgl. Engisch, a. a. O. (Anm. 12) 246.
- <sup>26</sup> Vgl. V. Kraft, Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre (1951) 221; R. Zippelius, Über die Wahrheit von Werturteilen, in: Festgabe für Theodor Maunz (München 1971) 506 ff.
- <sup>27</sup> Vgl. die Referate von Helmut Schmidt, Helmut Kohl und Werner Maihofer sowie die anschließende Diskussion, in: Grundwerte in Staat und Gesellschaft, hrsg. v. G. Gorschenek (München 1978).
- <sup>28</sup> Vgl. E. Fraenkel, Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung, a. a. O. (Anm. 1) 13; vgl. auch I. Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, in: NJW 1977, 545.
- <sup>29</sup> H. Buchheim, Totalitäre Herrschaft (München 1962) 61.
- <sup>30</sup> Vgl. hierzu U. Thayen, Grenzzlinien der Regierbarkeit 1974–1979, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament) B 20/79, 25 (26 f.). <sup>31</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 12) 284.