

KATHARINA SOBOTA

Das Prinzip Rechtsstaat

Jus Publicum

22

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 22



Das Prinzip Rechtsstaat

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte

von

Katharina Sobota

Mohr Siebeck

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sobota, Katharina:

Das Prinzip Rechtsstaat : verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte /
von Katharina Sobota. – Tübingen : Mohr Siebeck, 1977

(Jus publicum ; Bd. 22)

ISBN 3-16-146645-4

978-3-16-158110-6 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1997 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Times Antiqua belichtet, von der Druckerei Gulde in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Weissenstein in Pforzheim gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Vorbemerkungen

Schriften mit anspruchsvollen Titeln beginnen stets auf dieselbe Weise: mit Einschränkungen und Entschuldigungen. So soll auch hier zunächst erklärt werden, was diese Arbeit nicht behandeln wird und was sie nicht leisten kann.

Die erste Entschuldigung dieser Art ist an alle die zu richten, die dieses Buch in dem Glauben aufgeschlagen haben, ein Werk über das Phänomen Rechtsstaat in seiner normativen und faktischen Fülle, in philosophischer und historischer, politischer und sozialer Hinsicht in den Händen zu haben. Wenn auch sofort zugegeben wird, daß das Prinzip Rechtsstaat ohne diese Aspekte nur unzulänglich erfaßt werden kann, ist hier dem Plan gefolgt worden, aus der Menge der vielen denkbaren Ausschnitte des Themas lediglich den juristischen Teil zu bearbeiten.

Die zweite Entschuldigung betrifft ebenfalls eine thematische Einschränkung: Die Arbeit betrachtet nicht Rechtsstaatlichkeit in allen ihren normativen Aussagen, Voraussetzungen und Implikationen, sondern versteht sich lediglich als Versuch einer Begriffsbestimmung. Dabei sollen folgende Fragen beantwortet werden:

Was bedeutet Rechtsstaatlichkeit? Was ist das Prinzip des Rechtsstaats, und zwar nicht im Sinne einer universalen oder globalen Idee, sondern als Norm des Grundgesetzes? Wie ist das Prinzip Rechtsstaat für den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Gebrauch zu definieren, was sind die wesentlichen Elemente des Rechtsstaatsbegriffs, wie hat man sich eine konsistente Rechtsstaatsdogmatik vorzustellen?

Diese Fragen erscheinen insofern einer Bearbeitung wert, als der Begriff Rechtsstaat seit längerem als unklar empfunden wird.

Dieser Zustand ist immer wieder beklagt worden und kann nicht als ein rein akademisches Problem abgetan werden. Dagegen sprechen nicht nur Tragweite und Häufigkeit der Norm, sondern auch die Rücksicht auf viele dogmatische Folgeprobleme, wie z.B. der Umfang des Schutzes durch Art. 79 Abs. 3 GG, Fragen der Staatshaftung oder der Zuordnung und Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsgedankens.

Angesichts dieser offenen Fragen hat sich die vorliegende Untersuchung auf die Aufgabe beschränkt, den Rechtsbegriff Rechtsstaat zu klären und auf der Grundlage dieses Präzisierungsversuchs die Grundzüge einer Dogmatik des Rechtsstaats darzustellen. Zu diesem Zweck soll die Fülle der Gesichtspunkte, die Literatur und Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsbegriff anführen, auf einige strukturierende Gedanken zurückgeführt werden. Des

weiteren sollen die wesentlichen Merkmale des Prinzips Rechtsstaat zusammengestellt und die Beziehungen zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und den anderen grundgesetzlichen Hauptprinzipien geklärt werden.

Diese Zielsetzung hat es mit sich gebracht, daß im Rahmen der folgenden Untersuchung nur solche Gesichtspunkte Erwähnung gefunden haben, die für die letztlich angestrebte dogmatische Konstruktion unerläßlich schienen. Vieles, was in einer mehr enzyklopädisch angelegten Darstellung seinen Platz haben müßte – wichtige Anwendungsfälle oder Probleme, die den Umfang der einzelnen Rechtsstaats-Merkmale betreffen – wurde vernachlässigt. Wenn gegen diese thematische Konzentration eingewendet wird, daß sich ein Prinzip oft am besten in der Summe seiner Verwirklichungen offenbart, kann dem nicht widersprochen werden; allein der Umfang des Stoffes zwang zu einer Auswahl.

Die letzte Einschränkung betrifft den Umstand, daß das Material, aus dem die angestrebte Konstruktion erfolgte, nicht über das Gebiet des Öffentlichen Rechts hinausgeht. Wie der Untertitel ankündigt, wurde nur auf die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Aspekte eingegangen.

Mit dieser Entscheidung soll nicht in Frage gestellt werden, daß auch innerhalb anderer Rechtsgebiete bedeutende Beiträge zur Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips geleistet wurden. Vielmehr darf die Beschränkung auf das Öffentliche Recht lediglich als Folge der fachlichen Ausrichtung der Autorin und der Hoffnung gewertet werden, daß die Errungenschaften anderer Disziplinen, die für die elementaren Bestimmungen des Rechtsstaatsprinzips wesentlich sind, inzwischen im Verfassungsrecht, besonders der Grundrechtsdogmatik, Ausdruck gefunden haben.

Die vorliegende Schrift verdankt ihr Entstehen der Unterstützung vieler, von denen ich hier nur meine akademischen Lehrer nennen möchte.

Als erstes möchte ich Herrn Professor Dr. D. Litt. h.c. Peter Schneider danken. Seine mitreißende Begeisterung für das Thema Rechtsstaat hat die Wahl meines Habilitationsthemas bestimmt. Die vielen Gespräche, in denen er die Staatsrechts- und Rechtsstaatslehre in ihren großen Entwürfen und individuellen Figuren lebendig machte, haben mich beeindruckt. Der Einfluß seiner Lehre auf die vorliegende Schrift geht weit über die sichtbaren Verweise hinaus.

Besonders verpflichtet bin ich Herrn Professor Dr. Rolf Gröschner. In der ihm eigenen Mischung aus fürsorgendem Engagement und freiheitlichem Gewährenlassen hat er die vorliegende Arbeit betreut. Der Angelpunkt, um den sich die verwaltungsrechtlichen Elemente des „Prinzip Rechtsstaat“ bewegen, beruht auf der von ihm entwickelten Dogmatik.

In schöner Erinnerung bleibt auch, daß die vorliegende Schrift in der inspirierenden Atmosphäre der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena entstehen konnte. Geistige Lebhaftigkeit, Freude an vertieftem Wissen und rechtspraktischen Aufgaben, besonders aber auch das Interesse an den wissenschaftlichen Projekten der Kollegen schufen ein Klima, in dem ich die Arbeit an dieser Untersuchung als ein Privileg erfahren konnte. Allen Mitgliedern der Fakultät, namentlich ihrem damaligen Dekan Herrn Profes-

sor Dr. Peter Michael Huber und Herrn Professor Dr. Martin Morlok, dem nicht nur vielfältige Anregungen sondern auch die Erstellung des Zweitgutachtens zu verdanken sind, bin ich sehr verbunden.

Gedankt sei schließlich auch meinen akademischen Vorbildern aus der so heiteren wie lehrreichen Mainzer Zeit, besonders Herrn Professor Dr. Ottmar Ballweg und Herrn Professor Dr. Andreas Spira.

Jena, 1. Juli 1995

Katharina Sobota

„... im Glanze dieses Glückes“

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Siglen und Titelabkürzungen	XIII
Einleitung	1

1. Teil

Zum dogmatischen Bestand

I. Problemlage	19
1. Definitionsversuche	21
2. Elementereihung	24
II. Normen, die als Rechtsstaatselemente gelten	27
1. Verfassungsstaatlichkeit	27
2. Höchststrangigkeit der Verfassung	39
3. Verfassungsbindung	41
4. Verfassungsgerichtsbarkeit	44
5. Freiheitlichkeit	46
6. Rechtsgleichheit	59
7. Grundrechte	65
8. Gewaltenteilung	70
9. Gesetzlichkeit	77
10. Rechtsbindung	86
11. Gerechtigkeit	90
12. Gesetzesvorrang	104
13. Gesetzesvorbehalt	107
14. Ermächtigungsgrenzen nach Art. 80 Abs. 1 GG	131
15. Bestimmtheitsgebot	132
16. Kompetenzklarheit	139

17. Öffentlichkeit des Staatshandelns	140
18. Funktionsgerechte Organisation der öffentlichen Gewalt	143
19. Faires Verwaltungsverfahren	145
20. Rechtes Maß an Staatsaktivität	152
21. Rechtssicherheit	154
22. Allgemeine Justizgewährungspflicht	188
23. Gerichtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt	201
24. Staatshaftung	217
25. Verhältnismäßigkeit	234
III. Zusammenstellung der genannten Rechtsstaats Elemente	253

2. Teil

Dogmengeschichtliche Einblicke

Einleitung	263
I. Die kalte und die heiße Quelle	266
1. Frühliberalismus	266
2. Politische Romantik	275
3. Die alte Ordnung der Angemessenheit	283
4. Das heilige und das unheilige Reich	299
II. Robert von Mohl: Ein vernünftiger Mittelweg	306
1. Der Rechtsstaat als Ordnung der Vernunft	308
2. Der Rechtsstaat in der konstitutionellen Monarchie	310
3. Zu den Merkmalen des liberalen Rechtsstaats	313
III. Friedrich Julius Stahl: Das Labyrinth	319
1. Eine berühmte Definition	320
2. Der Bürger gehorcht dem Staat, der Staat der höheren Ordnung	323
3. Ein Schachtelbau sich relativierender Ordnungen	326
4. Die Ausgestaltung des Stahlschen Rechtsstaats	330
5. Differenzierung tut Not	334
IV. Otto Bähr: Der Gerichtsstaat	338
1. Ein Lehrstück	339
2. Das Recht ist souveräner als der Souverän	340

3. Ein formalistisches Modell?	341
4. Die Elemente des justiziellen Rechtsstaats	343
5. Rechtsmacht statt Volksherrschaft	346
6. Einheitshierarchie: Systembegriff und Staatsbegriff	348
7. Der Rechtsstaat: Von Juristen für Juristen?	351
8. Ein allzu idealistischer Gedanke	353
 V. Rudolf von Gneist: Engagement im Verwaltungsstaat	 354
1. Entfremdung vom Staate	357
2. Rechtsstaat und Selbstverwaltung	359
3. Selbstverwaltung ist Staatsverwaltung	363
4. Einheit über alles	366
5. Der Verwaltungsrechtsschutz	369
6. Zur Objektivität des Öffentlichen Rechts	373
7. Die Gesellschaft ist der Schaden des Staates	377
8. Der deutsche Sinn	385
9. Die Geschichte zwingt nicht	387
 Schlußbetrachtung	 389

3. Teil

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rekonstruktion des Rechtsstaatsprinzips

Einleitung	399
1. Entbehrlichkeit des Rechtsstaatsprinzips?	399
2. Zu „Oberbegriff“, „Prinzip“, „Hauptprinzip“ und „Element“ . .	411
3. Kriterien juristischer Konstruktion:	
Richtigkeit und Tauglichkeit	417
4. Ausgestaltung des Rechtsstaatsprinzips durch Spezifizierung . .	419
5. Pluralität der Hauptprinzipien des Grundgesetzes	422
6. Gegen eine hierarchische Struktur der Hauptprinzipien	430
7. Eigenständigkeit des Rechtsstaatsprinzips neben den anderen Hauptprinzipien	435
8. Spezifität des Rechtsstaatsprinzips neben dem Demokratieprinzip und den Grundrechten	444
9. Spezifität von rechtlichen und moralischen Normen	451

10. Binnenstruktur des Rechtsstaatsprinzips: Zu einigen untauglichen Kriterien	453
11. Binnenstruktur des Rechtsstaatsprinzips: Versuch einer Einteilung	461
12. Zu den einzelnen Rechtsstaatsmerkmalen	471
 Zusammenschau	 517
Zusammenfassung	526
Literatur	533
Personenregister	563
Sachregister	565

Verzeichnis der Siglen und Titelabkürzungen

[AltKomGG]	Kommentar für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, 2. Aufl., Neuwied 1989
[BK]	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg Stand 1988
[Der Rechtsstaat]	<i>Gneist, Rudolf von</i> , Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (1872), 3. Aufl., Nachdr. der 2. Aufl. von 1879, Darmstadt 1958
[EN]	<i>Aristoteles</i> , Nikomachische Ethik, Übers. u. Nachw. v. Franz Dirlmeier, Anm. v. Ernst A. Schmidt, Stuttgart 1969, bibliographisch erg. Aufl. 1983, Neudr. Ditzingen 1987
[HbdStR]	<i>Isensee, Josef / Kirchhof, Paul</i> (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 7 Bde., Heidelberg 1987–1992.
[HbVerfR]	<i>Benda, Ernst / Maihofer, Werner / Vogel, Hans Jochen</i> (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin / New York 1983
[Jarass / Pieroth]	<i>Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo</i> , Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, München 1992
[KpV]	<i>Kant, Immanuel</i> , Kritik der praktischen Vernunft, hg. v. Joachim Kopper, Stuttgart 1961, Neudr. Stuttgart 1989 (der Verweis auf die entsprechenden Seiten der 1. Aufl. von 1788 ist in eckigen Klammern beigegeben)
[Kreisordnung]	<i>Gneist, Rudolf von</i> , Die preußische Kreisordnung, Berlin 1870
[KrV]	<i>Kant, Immanuel</i> , Kritik der reinen Vernunft, hg. v. Ingeborg Heidemann, Stuttgart 1966, Neudr. Stuttgart 1982 (der Verweis auf die entsprechenden Seiten der 1. Aufl. von 1781 (A) bzw. der 2. Aufl. von 1787 (B) ist in eckigen Klammern beigegeben)
[MD]	<i>Maunz, Theodor / Dürig, Günter</i> , Grundgesetz, München, Stand 1993
[MS]	<i>Kant, Immanuel</i> , Die Metaphysik der Sitten, mit einer Einl. hg. v. Hans Ebeling, Stuttgart 1990 (der Verweis auf die entsprechenden Seiten der Akademie-Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1914, Bd. 6, ist in eckigen Klammern beigegeben)

- [*Pieroth / Schlink*] *Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard*, Grundrechte, Staatsrecht II, 9. Aufl., Heidelberg 1993
- [Pol.] *Aristoteles*, Politik, Schriften zur Staatstheorie, übers. u. hg. v. Franz F. Schwarz, Stuttgart 1989
- [Rechtsstaat] *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Rechtsstaat, HbdStR I, Heidelberg 1987, § 24, S. 987 ff., S. 988, 1003 f.
- [Rh.] *Aristoteles*, Rhetorik, übers. mit einer Bibl., Erl. u. einem Nachw. v. Franz G. Sieveke, 2. durchges. Aufl., München 1987
- [Staatsrecht I] *Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984, Bd. II, München 1980
- [*von Mangoldt / Klein*] *von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin / Frankfurt a.M. 1966
- [*von Mangoldt / Klein / Stark, GG*] *von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian*, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. München 1985
- [*von Münch / Kunig, GGK*] *von Münch, Ingo / Kunig, Philip*, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Bd. I, München 1992
- [*von Münch, GGK*] *von Münch, Ingo*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II und III, 2. Aufl., München 1983
- [*Löwe / Rosenberg*] *Rieß, Peter* (Hg.), *Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner* (Bgr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 24. Aufl., Berlin / New York 1988
- [*Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip*] *Kunig, Philip*, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986

Einleitung

Der Rechtsstaat wird nicht mehr gefeiert. Vorbei sind die Zeiten, da man ihn ersehnte, ihn für die „Vollendung“¹, die „Lösung“², die grundlegende „Idealvorstellung“ der deutschen Verfassungsentwicklung³ hielt. Vorbei sind die Jahre, während der er als Selbstverständlichkeit galt⁴, als „wahres und seltenes Tabu“⁵, als „anthropologische Notwendigkeit“⁶. Verbraucht ist das Engagement, mit dem man ihn verteidigte⁷, vergessen das Raffinement, mit dem man ihn bekämpfte⁸. Vergangen sind auch die „lebhaften“, das Rechtsstaatsideal durchdringenden Gefühle, von denen die Rechtslehre in den ersten Jahren der Bundesrepublik meinte, sie seien stärker als je zuvor⁹. Schon auf dem Höhepunkt dieser Bekenntnisse regte sich die erste Kritik¹⁰. Das „Pathos der Distanz“, nach

¹ Diese für die Zeit des Vor- und Frühkonstitutionalismus charakteristische Eloge stammt von *Carl Theodor Welcker*, Staatsverfassung, in: *Carl von Rotteck, Carl Welcker*, Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, Bd. 15, 1843, S. 21 ff., S. 33 ff. – Mit ähnlicher Emphase äußerte sich die Staatsrechtslehre der bundesdeutschen Nachkriegszeit: *Ulrich Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: *Forsthoff* (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 461 ff., 463.

² *Friedrich Julius Stahl*, Die Philosophie des Rechts, 2. Bd., Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Abth., Die Lehre vom Staat und die Principien des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 137 f.

³ *Scheuner* (Fn. 1), S. 463.

⁴ „Bis zum Ausgang des Weltkrieges war der Rechtsstaat in Europa eine Selbstverständlichkeit gewesen. Als Forderung war er auch dort kaum bestritten, wo er entweder gar nicht oder nicht voll anerkannt oder verwirklicht war“, *Hermann Heller*, Rechtsstaat und Demokratie, in: *Tohidipur* (Hg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, S. 159 ff., S. 159. Diese Gewißheit bestimmte auch die ersten Jahrzehnte nach dem 2. Weltkrieg, in denen der Rechtsstaat als re-etabliert galt.

⁵ *Walter Leisner*, Rechtsstaat – ein Widerspruch in sich?, JZ 1977, S. 537 ff., S. 537.

⁶ *Hans Ryffel*, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 416, zit. von *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., S. 767.

⁷ *Hermann Heller*, Rechtsstaat und Demokratie, S. 163 ff.

⁸ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 129 ff.

⁹ *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats (Fn. 1).

¹⁰ Aus den Reihen der Lehre: *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 57. Er bemerkte, daß sich die Entfernung – der „Luftraum“ – zwischen Gesetz und Individuum verringert habe. Gesetze könnten vielfach nicht mehr abstrakt aus unabhängiger Entfernung Regelungen treffen, sondern müßten immer stärker die Individualität des Adressaten, seine besonderen Bedürfnisse, berücksichtigen. Das Abstrakte werde zunehmend vom Konkreten abhängig.

Lerche Charakteristikum des rechtsstaatlichen Gesetzes und vielleicht des Rechtsstaats überhaupt¹¹, begann seine Überzeugungskraft zu verlieren¹². Aus der Begeisterung für die kühle¹³, unparteiliche Gesetzlichkeit wurde eine Abneigung gegen die Kälte unpersönlicher Vergesetzlichung. Von Gesetzeshaß, den *Hermann Heller* in den zwanziger Jahren konstatierte¹⁴, kann bis heute nicht die Rede sein; aber doch von Indifferenz und einem Gefühl der Entfremdung¹⁵. Zu diesem Klima¹⁶ trägt bei, daß ein Teil der Deutschen das Verhältnis von Recht und Staat bis zum Jahre 1990 nicht als Form der Volkssouveränität, sondern als ein Instrument zur Durchsetzung wohlfahrtlicher Staatszwecke erfahren hatte¹⁷;

¹¹ Zur Distanziertheit des Rechtsstaats siehe auch: *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee, Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts (HbStR), Bd. I, S. 987 ff., Rn. 25. f., S. 1001; *Michael Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: *VVDStRL* Heft 40 (1982), S. 63 ff., S. 65.

¹² *Lerche* (Fn. 10).

¹³ *Welcker* (Fn. 1), S. 33: Im Rechtsstaate träte „kältere Reflection“ an die Stelle des „warmen Gefühls“.

¹⁴ Der „Gesetzeshaß“, einst „Angelegenheit des Genies und einiger Literaten“, sei „heute zum Gemeingut des geistigen Mittelstandes geworden. Insbesondere seit dem Weltkrieg ist jedes Kriegsvereinsmitglied statutengemäß zu Geniereligion und antibourgeoiser Gesinnung jenseits von Gut und Böse verpflichtet. Jeder Innungsoberrmeister ist tief durchdrungen von der entpersönlichenden Wirkung der Konsumgenossenschaften und Warenhäuser. ... Der rationalistischen Diesseitserlösung durch Vergesetzlichung des Lebens, dem Gesetz ohne Individualität stellt er die Geniereligion der Individualität ohne Gesetz entgegen“; *Heller* (Fn. 7), S. 166.

¹⁵ *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 24, beschreibt, wie sich die Orientierungspräferenzen geändert haben: fort von den starren Normprogrammen und den institutionell vermittelten Handlungszusammenhängen (Pflichterfüllung, Beruf, usw.) hin zu Versuchen der selbstbezogenen, Identitätsbestimmung durch „Selbstentdeckung, Selbsterfahrung und -entfaltung“ auf eine „expressive, als persönlichkeitsnah empfundene Weise“.

¹⁶ Siehe z.B. *Ernst Benda*, Der Rechtsstaat in der Krise; *Sonnemann* (Hg.), Der mißhandelte Rechtsstaat in Erfahrung und Urteil bundesdeutscher Schriftsteller, Rechtsanwälte und Richter; *Walter Leisner*, Rechtsstaat – ein Widerspruch in sich?, *JZ* 1977, S. 537 ff.

¹⁷ *Matthias Heber*, Gedanken zum „Rechtsstaat“, *Recht und Staat*, 1990, S. 530 ff., S. 533. – *Heber* nennt eine Reihe von Gründen, nach denen die DDR zu keiner Zeit auch nur die rudimentären Merkmale eines demokratischen Rechtsstaates erfüllt hatte (S. 532 ff.). Von 1968 bis 1988 sei der Rechtsstaatsbegriff ohnehin aus der „offiziösen Wissenschaftssprache verbannt“ gewesen. Dann hätte das Politbüro, zur Verschleierung der Mißerfolge und unter internationalem Druck, zu einem „schizophrenen Schachzug“ gegriffen, und die Parole ausgegeben, nach der die DDR „ein sozialistischer Rechtsstaat“ sei, der „seinen Bürgern die grundlegenden Menschenrechte gewährt“. (Bericht des Politbüros an der 6. Tagung des ZK der SED, S. 66). Die SED habe sich damit einer „(Schutz/Ohnmachts-)Behauptung bedient, die wie eine güldene Glocke über ein marodes Gebilde“ gestülpt werden sollte (*Heber*, S. 532). Diese Umetikettierung sei für Politiker und Wissenschaftler völlig unerwartet gekommen und hätte sie zunächst „hilflos“ gemacht (S. 531 ff.). Dann reagierte man pflichtschuldig mit einer Publikationswelle. Die gewissermaßen verordnete Beschäftigung mit dem Rechtsstaat führte jedoch Ideen vor Augen, die, vor allem unter dem Eindruck der Proteststimmung im Volk, in der Endphase der DDR Impulse zu einer immer ernsthafteren Beschäftigung mit dem Thema gaben und das Rechtsstaatsverständnis einiger Wissenschaftler in einer Gegenposition zur Parteilinie gebracht hätte (S. 531 f.); siehe auch: *Klaus Sieveking*, Die Entwicklung des sozialistischen Rechtsstaatsbegriffs in der DDR, Berlin 1975; Autorenkollektiv (Hg.), Probleme demokratischer Rechtsstaatlichkeit und ihrer theoreti-

die Ordnung, in der sie sich danach wiederfanden, erlebten sie, so das bekannte Wort, als Kälteschock.

Die juristische Praxis, soweit sie in Routine ruht, hat sich von dieser Stimmung kaum beirren lassen. Sie ringt mit vielem, aber nicht um die Idee des Rechtsstaats. Sie praktiziert ihn: vielleicht nicht perfekt, vielleicht ohne Inbrunst und wahrscheinlich ohne ein genaues Begriffsverständnis – aber eben doch so weit konstruktiv, daß die Sache zumindest dem Namen und der Haltung nach Teil unserer Wirklichkeit bleibt. Zum Gesprächs- und Medienthema wird der Vollzug des Rechtsstaats freilich immer erst dann, wenn Fragwürdiges passiert: Rechtswidriges Handeln der Polizei¹⁸, rückwirkende Steuergesetze, Einbrüche in das Legalitätsprinzip¹⁹, die Verurteilung der sogenannten Mauerschützen²⁰, die Regelung offener Vermögensfragen²¹, die Einschränkungen des Rechts-

schen Reflexion; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Zum ersten Beratungsgegenstand „Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit“ der VDStRL in Gießen 1991, DVBl. 1991, S. 893 ff., S. 895; *Klaus Lüdersen*, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR.

¹⁸ *Ossip K. Flechtheim*, In dubio pro auctoritate?, in: Der mißhandelte Rechtsstaat, in: *Sonnenmann* (Hg.), Der mißhandelte Rechtsstaat in Erfahrung und Urteil bundesdeutscher Schriftsteller, Rechtsanwälte und Richter, S. 59 ff.: „Das Recht selbst [ist] immer noch allzu sehr Instrument eines Staates, der auch als demokratischer Rechtsstaat Militär- und Polizei-, Macht- und Gewaltstaat geblieben ist“ (S. 59). „Am wenigsten ist die Behörde, die selbst „hart“, rasch und wirkungsvoll durchgreifen will und soll, selbst in der Lage, gegen sich selbst vorzugehen, wenn sie es mit der Legalität nicht so genau genommen hat“ (S. 59 f.).

¹⁹ Zum Verfolgungsverzicht – Hamburger Hafenstraße (1987) und der Verkehrsblockade wegen „Rheinhausen“ (1988): *Josef Isensee*, Rechtsstaat und Rechtsbewußtsein, in: Juristische Gesellschaft Osnabrück-Emsland (Hg.), Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre, 1981, S. 173 ff., S. 186 f.; *Heinrich Böll*, Fußball mit dem Rechtsstaat, in: Der mißhandelte Rechtsstaat (Fn. 18), S. 158 (Strafprozeß gegen Fußballprominenz, die als „außerhalb der Rechtsbarkeit“ stehend behandelt wird).

²⁰ Besonders diskussionswürdig: BGHSt 39, 1 [15] („Zur Beurteilung vorsätzlicher Tötungshandlungen von Grenzsoldaten der DDR an der Berliner Mauer“).

²¹ Zum Fehlen einer sowjetischen Bedingung betreffend die „besatzungshoheitlichen Enteignungen“ (1945 bis 1949): *Albrecht Graf von Schlieffen*, Die Legende vom unvermeidbaren Opfer, Rheinischer Merkur, 14. April 1995, S. 4. Schon deshalb umstritten: das Ausgleichleistungsgesetz (27. 9. 1994, BGBl. I S. 2628), das den auf besatzungshoheitlicher Grundlage Enteigneten einen nur geringen Ausgleich einräumt, während die NS- und DDR-Enteigneten grundsätzlich ihre Immobilien zurückerhalten. Zum Gebot von Art. 3 GG in diesem Zusammenhang: BVerfGE 84, 90 [121, 130 f.]; *Graf Schlieffen*, Das Ende der Legende, in: *B. Sobotka / J. Strauss* (Hg.), Burgen, Schlösser, Gutshäuser in Sachsen, 1996, S. 501 ff.; *ders.*, Weiße und schwarze Bodenflächen in Ostdeutschland, FAZ 16. Februar 1996, S. 7; *Johannes Wasmuth*, Der Bodenreform II-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, VIZ 1996, S. 361 ff. Zur Gesamtdiskussion: *Christian Starck*, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL Heft 51 (1992), S. 9 ff.; *Wolfgang Graf Vitzthum*, Wiedergutmachungsregelung und Willkürverbot, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1994, S. 1 ff.; *Edzard Schmidt-Jortzig*, Rechtsstaatlich angemessener Ausgleich für die sog. „Alteigentümer 1945/49“, in: Verfassungsrecht im Wandel, FS Heymanns-Verlag, 1995, S. 207 ff.; *Sobota*, Besprechung der Zweiten Bodenreformentscheidung, BVerfG Beschl. v. 18. April 1996, LKV 1996/9, S. 324–326.

schutzes mit Art. 16 a GG²², die Geltung von europarechtlichem Administrativrecht²³. Diese mit den Erfolgsbedingungen der Medien zusammenhängende Negativauswahl in der Berichterstattung²⁴ verringert vermutlich das allgemeine Prestige des Rechtsstaats, nicht jedoch die Handlungsgewißheit der professionellen Praxis.

Anders die Theorie. Seit über zwanzig Jahren wird sie von Zweifeln heimgesucht²⁵. Wenn es auch übertrieben ist, daß in dieser Zeit eine neue „Tradition der Diffamierung“ des Rechtsstaates begründet wurde²⁶, so ist doch unverkennbar, daß das Prinzip, nach dem die Verfassungsrechtslehre in der frühen Nachkriegszeit große Hoffnungen in seine Tragfähigkeit gesetzt hatte²⁷, von den folgenden Generationen gemieden wurde. Die letzte restaurative Anstrengung, die von einer Bewegung um *Forsthoff* unternommen wurde²⁸, mißlang; danach schien das Thema verbraucht. Man sagte sich, der Rechtsstaat fülle bereits tausend Bände²⁹, und es erübrige sich, noch einen weiteren hinzuzufügen. Zwar litt niemand an der Kälte des Konzepts, aber die Gegenstimmung, der allgemeine Überdruß an abstrakt-objektivierender Normativität, begann auch die akademische Lehre zu ergreifen. In diesem Klima schienen andere Fragen wichtiger als der Ausbau der bereits ausgebildeten rechtsstaatlichen Maschinerie: man engagierte sich lieber für demokratische Partizipation und die Rechte des Individuums als für eine Staatsform, die das Bürgertum des letzten Jahrhunderts geschätzt hatte³⁰. In dieser Anfangsphase wurde der Rechtsstaat noch nicht kritisiert, aber ignoriert.

Begünstigt wurde diese Haltung durch die wachsende Popularität der Grundrechtsdogmatik. Mit ihrer Hilfe konnten unter allgemeiner Zustimmung viele Rechtsprobleme gelöst werden, die nach traditioneller Sicht der Regelung durch

²² Bodo Piero, Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 9. Aufl., Rn. 1079a ff., S. 260 f.

²³ Hans Heinrich Rupp, Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?, NJW 1993, S. 38 ff.; moderierend: Peter Michael Huber, Maastricht – ein Staatsstreich?

²⁴ Sobota, Legitimation durch Abweichung, in: Benkert, Gorsen (Hg.), Von Chaos und Ordnung der Seele, S. 107 ff., S. 109 f., m.w.N.

²⁵ Siehe Titel wie: Ernst Benda, Der Rechtsstaat in der Krise; Walter Leisner, Rechtsstaat – ein Widerspruch in sich?, JZ 1977, S. 537 ff.; Detlef Merten, Rechtsstaatsdämmerung, in: FS Samper, 1982, S. 35 ff.

²⁶ Merten (Fn. 25), S. 35 ff.

²⁷ Scheuner (Fn. 1), S. 463.

²⁸ Ernst Forsthoff, Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat, in: ders., Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950–1964, S. 176 ff., S. 177: „Deshalb tut die rechtsstaatliche Verfassung gut daran, und sie beweist damit ihre Brauchbarkeit unter den gegenwärtigen Verhältnissen, wenn sie sich ihrem Wesen entsprechend auf ihre Technizität, auf ihre eigentümliche Stilisierung der Herrschaftsmittel verläßt“; ders., Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: ebd. S. 27 ff. (erstmalig: VVDStRL Heft 12 (1954), S. 8 ff.), S. 50 f.

²⁹ Helmut K. J. Ridder, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?, Gutachten für den 40. DJT, Verhandlungen des 40. DJT öffentlich-rechtliche Abteilung, Bd. I, 1953, S. 91 ff., S. 115.

³⁰ So: Dieter Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, S. 308 ff.

das Rechtsstaatsprinzip hätten unterfallen müssen. Erwähnt seien nur die folgenden:

- Der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit*, den Rechtsprechung und Lehre früher nahezu einhellig als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ansahen, sollte nach mehrheitlicher Meinung nun aus den Grundrechten abgeleitet werden³¹.
- Wesentliche Teile des Normbestandes, den man bislang dem Gebot eines *rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens* zugerechnet hatte³², wurden als „status activus processualis“ zu grundrechtlich verbürgten subjektiven Individualrechten erklärt³³.
- Die sog. *unechte Rückwirkung* oder tatbestandliche Rückanknüpfung sollte nach Lehre und Rechtsprechung im wesentlichen über die Grundrechte gelöst werden³⁴.
- Das Kriterium der *Gerechtigkeit* sollte ebenfalls nicht mehr dem Rechtsstaatsprinzip, sondern den Grundrechten zusammen mit dem Sozialstaatsprinzip zugerechnet werden: diese würden „abschließend darüber Aufschluß geben, was das Grundgesetz unter materieller Gerechtigkeit versteht.“³⁵

Im Laufe der achtziger Jahre kam das Unbehagen am Rechtsstaatsprinzip ganz offen zum Ausdruck. Unumwunden sprach man aus, daß der Rechtsstaatsbegriff vage und als Rechtsnorm fragwürdig sei³⁶. Das Bundesverfassungsgericht stand zwar weiterhin zu seinen früheren Aussagen, nach denen die Rechtsstaatlichkeit zu den im Grundgesetz getroffenen „Grundentscheidungen“³⁷ zählte, ein ele-

³¹ Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip z.B.: BVerfGE 57, 250 [270]; heute dagegen: BVerfGE 65, 1 [44] (Volkszählung); früher auch schon einmal beides nebeneinander („... aus dem Rechtsstaatsprinzip, aber im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst“): BVerfGE 19, 342 [348]; *Pieroth/Schlink* (Fn. 22), Rn. 314, S. 71 f. So auch bereits *Günter Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR Bd. 81 (1956), S. 117 ff., 146 f.; s.a. *Friedrich E. Schnapp*, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS 1983, S. 850 ff., m.w.N.

³² BVerfGE 26, 66 [71]; 38, 105 [111]; 39, 238 [243]; 40, 95 [99]; 41, 246 [249]; 46, 202 [210]; 57, 250 [274 f.].

³³ Dazu: *Hans-Werner Laubinger*, Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VerwArch Bd. 73 (1982), S. 60 ff., S. 62 ff., S. 83 ff.

³⁴ *Hartmut Maurer*, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, HbdStR Bd. III, 1988, S. 211 ff., Rn. 23 ff., S. 226 f.; *Philip Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 391 f.; für die Grundrechte als Prüfungsmaßstab, aber das Rechtsstaatsprinzip nicht ganz ausschließend: BVerfGE 72, 175 [196]; 200 [241 f.].

³⁵ Grundgesetzliche Gerechtigkeit sei in erster Linie grundrechtliche Gerechtigkeit: *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 416, 335 ff.

³⁶ *Ridder*: Es ginge jetzt darum, der „Seifenblasenpracht des Rechtsstaats die Luft abzulasen“; Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, S. 144; lesenswert die Sammlung derartiger Urteile bei *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 3. Bereits zuvor: *Alfred Stohlmann*, Die Unbestimmtheit der Begriffe „Rechtsstaat“ und „freiheitlich demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

³⁷ BVerfGE 3, 225 [237]; 6, 32 [41].

mentares³⁸ Prinzip mit Verfassungsrang³⁹ sei und als Ganzes, aber auch in seinen fundamentalen Elementen „gewahrt bleiben“ müßte⁴⁰. Zitiert wurden aber vorwiegend die einschränkenden Aussagen des Gerichts: die Rechtsstaatsklausel sei ungeschriebenes Recht⁴¹ und enthielte Gebote oder Verbote, die nicht „in allen Einzelheiten eindeutig“ bestimmt seien; damit sei das Rechtsstaatsprinzip ein „Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf“⁴². War dies nicht so zu verstehen, daß das Rechtsstaatsprinzip in jedem Zusammenhang etwas anderes bedeuten konnte? Jedenfalls berief sich ein Teil der Lehre auf diese Formel und erklärte den Rechtsstaatsbegriff für unklar und instrumentalisierbar:

Der Rechtsstaatsbegriff lasse sich genauso für den Bürger wie für den Staat, genauso für die Freiheit wie für Sicherheit und Ordnung mobilisieren⁴³. Rechtsstaatlichkeit sei gegen den Sozialstaat ins Feld geführt worden und verstelle den Blick auf die neueren Legitimationsmuster des Grundgesetzes: Demokratie und Grundrechte. Ungezügelt generiere es Subprinzipien, deren Beziehung zum Hauptbegriff undeutlich blieben und nie problematisiert würden. Seine ungeschriebenen Bestandteile, wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes oder der Normenklarheit, würden oftmals ohne Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip verwendet⁴⁴. Der argumentative Einsatz des Begriffs durch die Rechtsprechung verstoße meist gegen die Regeln der Kunst⁴⁵. Wenn das Prinzip in einer Begründung erschiene, dann regelmäßig – gewissermaßen hilfsweise – neben einer kodifizierten Vorschrift oder „nachgeschoben“, im Anschluß an die eingehende, tragende Erörterung eines Subprinzips⁴⁶.

Den Gipfel der Ablehnung markiert die Arbeit *Kunigs*, der über das Rechtsstaatsprinzip wie das Kind über des Kaisers neue Kleider sprach und vorschlug, es ganz aus dem juristischen Wortschatz zu streichen. Mit den Grundrechten⁴⁷, Art. 19 Abs. 4 GG und einigen Normen des Staatsorganisationsrechts ständen – so lautete die Argumentation – genügend Vorschriften zur Verfügung, welche die Regelungsfunktion des Rechtsstaatsprinzips, und zwar präziser und konkre-

³⁸ BVerfGE 1, 14 [18], LS. 28; 20, 323 [331].

³⁹ BVerfGE 1, 14 [18], LS. 28; BVerfGE 7, 89 [92].

⁴⁰ BVerfGE 7, 89 [92 f.].

⁴¹ Das Rechtsstaatsprinzip zähle zu den „ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen“ BVerfGE 6, 32 [41].

⁴² BVerfGE 7, 89 [92 f.].

⁴³ Kritisch zu den Lehren, die dem Rechtsstaatsprinzip die Fähigkeit zusprechen, unterschiedliche, oft gegenläufige Aussagen in sich zu bergen (z.B. Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, Individualrechtsschutz versus Funktionsfähigkeit des Staatsganzen): *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 43.

⁴⁴ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 17, 140.

⁴⁵ Mit vielen Beispielen *Kunig*, ebd. S. 123 ff., 231 ff.

⁴⁶ *Kunig*, ebd. S. 140, 159 m.w.N. Siehe auch seine Feststellung (S. 138): „Keine dieser Abhandlungen argumentiert zentral mit einem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip; keine von ihnen erbringt den Nachweis, daß ein solches Prinzip existiert oder daß es seiner zur Problembewältigung bedürfe.“

⁴⁷ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, bes. S. 399 f.

ter, übernehmen könnten⁴⁸. Direktiven, die im Rechtsstaatsbegriff, aber nicht in diesen positivierten Einzelnormen enthalten sind, wurden als entbehrlich bezeichnet. Wenigstens in der positivistisch gestimmten Generation, welche die ideell inspirierte Staatsrechtslehre der frühen Jahre ablöste, fand dieser Vorschlag einigen Beifall⁴⁹.

Mit den Ereignissen des Jahres 1989 wurde es um diese Position allerdings still. Als bundesrepublikanische Selbstverständlichkeiten erschüttert wurden und es darum ging, ohne Rekurs auf eine ausgefeilte Gesetzes- und Verordnungslage Kriterien für Recht und Unrecht zu finden, griffen Verwaltung und Gesetzgeber allen theoretischen Zweifeln zum Trotz auf den Rechtsstaatsbegriff zurück⁵⁰. Die Staatsrechtslehre und die Rechtsphilosophie würdigten dies mit je einer Tagung⁵¹. Solange es nur um die Abgrenzung zu diktatorischen Verhältnissen ging, fühlte man sich noch auf sicherem Boden. Ein darüber hinausgehendes Rechtsstaatskonzept wurde jedoch nicht erarbeitet. Die Ungewißheit blieb. Der Vorschlag, das Prinzip abzuschaffen, wurde aber auch nach Abklingen der Vereinigungseuphorie nicht mehr aufgenommen.

Man war vorsichtig mit Rigorismen geworden. Der Prognose-Schock, der auch manchen Rechtslehrer im November 1989 ergriffen hatte, wirkte nach. Für einen Moment war die Unberechenbarkeit der politischen Bedingungen, damit auch der Grundlagen des Verfassungsrechts, vor Augen geführt worden. Die Umstürze, Wirren und Kriege in unmittelbarer Nachbarschaft drängten ins Bewußtsein, was beinahe vergessen worden war: daß sich Entwicklungen auch umkehren, Errungenschaften verlorengehen können, daß die favorisierten Staatskonzepte, Rechtskultur, ja Zivilisation überhaupt nur eine dünne Schutzschicht bildeten, die jederzeit wieder aufreißen konnte. Mit dieser Einsicht kam die Neigung, Ordnung immer ausschließlicher auf die Rechte des Individuums zu stützen, unmerklich in den Ruch eines Luxus, von dem man ahnte, daß es Bedingungen geben könnte,

⁴⁸ Ebd. S. 313 ff.

⁴⁹ Schnapp, in: Ingo von Münch, Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Bd. I, Art. 20, Rn. 21; s.a. die trotz gewichtiger Gegenargumente wohlwollende Besprechung von Peter Häberle zu Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, NJW 1982, S. 175 f., S. 176.

⁵⁰ Siehe vor allem Art. 12 Abs. 1, Art. 17 Satz 1, Art. 18 Satz 2, Art. 19 Satz 2 Einigungsvertrag und das Erste SED-Unrechtsbereinigungsgesetz vom 29. Oktober 1992 (1. SED-UnBerG), BGBl. 1992 I/1814 mit Regelbeispielen in Art. 1 § 1 Abs. 1 für Strafrechtsentscheidungen, die mit der „freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar“ seien. Erfaßt werden Verurteilungen, die der „politischen Verfolgung gedient“ haben sowie Entscheidungen, bei denen die Rechtsfolge „in einem groben Mißverhältnis zu der zugrunde liegenden Tat“ steht. Zur Nichtigkeit und Rechtsstaatswidrigkeit der Urteile der sogenannten Waldheimer Prozesse: Abs. 2. Siehe dazu auch die Amtliche Erläuterung (BT-Drs. 12/1608, S. 16) zu Art. 1 § 1 Abs. 1 (Anm. Nr. 1 und 13), zu Abs. 2 (Anm. 15). Zur „Wiedervereinigung Deutschlands als Herausforderung des Rechtsstaats“: Ulrich Karpen, Der Rechtsstaat des Grundgesetzes. Bewährung und Herausforderung nach der Wiedervereinigung Deutschlands, S. 11 f., 107 ff.

⁵¹ VDSiRL in Gießen 1991, VVDStiRL Heft 51 (1992) mit Beiträgen zum gleichnamigen Beratungsgegenstand „Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit“ von Christian Starck, S. 9 ff., Wilfried Berg, S. 46 ff. und Bodo Pieroth, S. 91 ff. und die I.V.R.-Tagung in Mannheim zum Thema „Der Universalitätsanspruch des Rechtsstaates“ im September 1994.

unter denen man sich dies nicht mehr würde leisten können. Nicht minder fraglich wurde aber auch die Wiederkehr der anti-institutionalistischen Rechtskonzepte, mit denen man sich im postmodernen Überdruß wieder Recht als unmitttelbare, irrationale, nicht nachvollziehbare Gerechtigkeitserfahrung erschließen wollte⁵².

Wenn die Umbruchserfahrungen auch nicht jedem sogleich die Vorzüge objektiver Gesetzlichkeit nahebrachten, so schien es unter ihrem Eindruck doch für den Augenblick als nicht aussichtsreich, für die Abschaffung des Rechtsstaats einzutreten. Die Schweigespirale hatte ihre Richtung geändert⁵³.

Hinzu kam, daß sich eine der Hauptangriffsflächen der Kritiker verkleinert hatte: die Rechtsstaatsklausel, im Grundgesetz bislang nur in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 positiviert, wurde nun mit dem neuen Art. 23 ein weiteres Mal erwähnt⁵⁴. Im Einigungsvertrag (EV), der seit dem Beitritt als Bundesrecht fortgilt (Art. 45 Abs. 2 EV), war dem Rechtsstaatsprinzip sogar eine führende Rolle zugekommen. Es wurde in der Präambel angerufen⁵⁵ und zum Maßstab erhoben, wo es um die Rehabilitierung von Strafverfolgungsoptionen (Art. 17 Satz 1 EV) und die Fortgeltung gerichtlicher Entscheidungen (Art. 18 Satz 2 EV), Verwaltungsakte (Art. 19 Satz 2 EV) und der von der DDR geschlossenen Verträge ging (Art. 12 Abs. 1 EV).

Nimmt man alle diese Momente zusammen, wird man feststellen, daß sich mit dem Rechtsstaatsprinzip nach 1990 auch wieder positive Assoziationen verbinden. Diese Anzeichen sollten jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Gegenargumente noch immer nicht widerlegt worden sind. Politische Unterstützung kann ein Konzept zwar befördern, aber nicht für Reflexion jedoch noch keine Widerlegung von schlüssigen Gegenargumenten bedeutet. Der Umstand, daß das Adjektiv „rechtsstaatlich“ in der Vereinigungszeit zum normativen Fluchtpunkt wurde, hat jedenfalls nicht dazu beigetragen, daß einsichtiger wurde, was sich hinter diesem Begriff verbirgt.

Noch immer ist unklar,

- was der Rechtsstaat als dogmatisches Prinzip besagt,
- welche „Subprinzipien“ ihm zuzuordnen sind,
- was diese Unterbegriffe bedeuten und
- in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Unverändert geblieben ist die

⁵² Tonangebend: Jacques Derrida, Force of Law: The „Mystical Foundation of Authority“ (Force de Loi: Le „Fondement Mystique de l’Autorité“), in: Deconstruction and the Possibility of Justice, Cardozo Law Review, vol. 11, July/Aug. 1990, N. 5–6, S. 919 ff.; dazu: Sobota, Identity and Representation, International Journal for the Semiotic of Law, Vol. VII N. 20, (1994) S. 171 ff.

⁵³ Dazu Elisabeth Noelle-Neumann, Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut.

⁵⁴ Seit Ende 1992: Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG.

⁵⁵ In der Präambel des EV ist vom Wunsch der Menschen in beiden Teilen Deutschlands die Rede, „gemeinsam in Frieden und Freiheit in einem rechtsstaatlich geordneten, demokratischen und sozialen Bundesstaat zu leben“.

- Nachlässigkeit, mit der die Rechtsstaatsklausel in juristische Begründungen eingestreut wird, unverändert ist auch die
- Erosion, mit der angestammte Aufgaben dem Regelungsbereich des Rechtsstaatsprinzips entzogen werden und anderen Normsystemen, besonders der Grundrechte und des Demokratieprinzips, zugewiesen werden.

Ohne eine hinreichend präzise Dogmatik ist aber der Fortbestand des Rechtsstaatsprinzips gefährdet. Richter, Anwälte und Gutachter, die unter Entscheidungs- und Begründungszwang stehen⁵⁶, können auf Dauer keine Rechtsfigur verwenden, unter der sie sich nichts vorstellen können. Wird der Rechtsstaat als Topos von der juristischen Argumentation gemieden, verliert er aber das Medium, in dem und für das er existiert. Mehr als jedes andere Verfassungsprinzip ist die Rechtsstaatsklausel auf die Akzeptanz der professionellen Jurisprudenz angewiesen. Der Rechtsstaat existiert nicht von selbst, aus den normalen Gesinnungen, Gelüsten oder Rechtsgefühlen der Bürger heraus, sondern ist ein fachspezifisches Konstrukt, das sich gerade als Gegenwelt zu den Sehweisen des Alltags ausgebildet und bewährt hat.

Rechtsstaatlichkeit zeigt sich gerade in der Zurücknahme der spontanen Gefühle und Bedürfnisse⁵⁷, in der „Verweigerung des natürlichen Affekts“⁵⁸, des intuitiven Laienurteils. An die Stelle der süßen Rache, der Lynchjustiz, der jähren, unmäßigen, den Vergeltungsrausch befriedigenden Strafe tritt der Rechtsstaat mit seinen Disziplinierungen, dem gerichtlichen Verfahren, dem Dienstweg, den Formen und Förmelien. Er ist der große Verzögerer, Ernüchterer, Enttäuscher. Statt despotischen Plaisiers waltet das Gesetz mit gleichbleibender Kühle; Behörden erledigen, was sonst durch gewaltsame, herrliche Selbsthilfe erzwungen wurde oder als religiöse Pflicht und mit angenehmen Gefühlen, wie Solidarität und Befriedigung von Eitelkeit, ausgelebt werden konnte.

Wenn den Rechtsstaat je Emotionen begleiteten, dann waren dies höchst unalltägliche Empfindungen: Die Leidenschaft für das Leidenschaftslose. Dieses Paradox ist heute kaum noch zu vermitteln⁵⁹. Auch deshalb ist der Rechtsstaat et-

⁵⁶ Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, S. 108 ff., 113 ff.

⁵⁷ Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, in: *ders.*: Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat, S. 17 ff., S. 25: „Verhaltenheit zeichnet den Grundzug des Rechts. Ihn meint Erik Wolf, wenn er in seinem Buch über das griechische Rechtsdenken, dem Willen, den anderen in seinem Recht zu lassen, den ungestümen Willen, im eigenen Recht zu sein, entgegensetzt. Verhaltenheit setzt einen Akt der Distanznahme voraus, der Distanznahme vom elementaren Zug zur Macht und zur Mächtigkeit. In diesem Akt und nicht etwa im raumgreifenden Akt der Landnahme, wie Carl Schmitt meint, ist der Urakt des Rechtes zu sehen. In ihm geschieht Befreiung vom „Gesetz“ des Dranges. Durch ihn erwächst die Möglichkeit, Macht zu begrenzen“.

⁵⁸ Wort von Ottmar Ballweg.

⁵⁹ Im Angelsächsischen gibt es immerhin ein Spottwort, was dem Mob, der die Idee der Rechtlichkeit nur halb verstanden hat, in den Mund gelegt wird: „Give him a fair trial and hang him!“, zu dem hier einschlägigen Problem der Prozeßbeeinflussung durch öffentliche Schuldvorwegnahme: Theo Rasehorn, Der Rechtsstaat in der Zange, in: Der mißhandelte Rechtsstaat (Fn. 18), S. 121 ff., S. 121 mit diesem Zitat.

was Befremdliches. In ihm lebt ein Stück antiquierte Neuzeit. Er hält Distanz zur Alltagskultur⁶⁰. Er ist nicht für jedermann begreiflich⁶¹: unverkennbar entspringt er administrativem, juristischem und politischem Geist, steckt voll von bewußt angelegten Unanschaulichkeiten, Entrückungen und Gegenläufigkeiten. Deshalb ist es nahezu zwangsläufig, daß sich immer wieder Bürger zu Wort melden und ihrer Enttäuschung über ihn Ausdruck geben.

Aus der Sicht des juristischen Routinegeschäfts beruhen diese Enttäuschungen deshalb oft auf Mißverständnissen. Sie knüpfen an Umstände, die für den einzelnen im gegebenen Falle nachteilig, aufs Ganze gesehen aber für und nicht gegen den rechtsstaatlichen Zustand der Republik sprechen. So wird man es nicht als das Ende, sondern als eine Leistung rechtsstaatlicher Organisation betrachten müssen, wenn ein Gericht nicht mit letzter Konsequenz nach der Wahrheit sucht, sondern auf der Grundlage von papierenen, „formellen“ Gegebenheiten (Fristversäumnis, fehlende Beurkundung) entscheidet; wenn ein mutmaßlicher Straftäter wegen rein prozessualer Hindernisse oder einer mangelhaften Beweislage freigesprochen wird; wenn die Regierung nicht jede sinnvolle Maßnahme schlichtweg anordnen und durchsetzen kann; wenn Kriminelle nicht mit unbedingter Rigorosität verfolgt werden; wenn Gerichte oder Behörden kein Interesse für rechtsirrelevante biographische Details der Betroffenen zeigen. Grund für Protest und Bitterkeit sind damit häufig nachvollziehbare, aber jedenfalls unjuristische Annahmen über die Beziehung zwischen Gesetz und Recht, Gerechtigkeit und Rechtsdurchsetzung. Ein Staat, so muß der Fachmann dem Laien nicht selten vorhalten, bleibt auch dann Rechtsstaat, wenn nicht alles gerecht zugeht⁶²: wenn es einem nicht gelingt, zu seinem vermeintlichen Recht zu kommen und es durchzusetzen. Recht haben und Recht bekommen ist zweierlei, lautet die gewöhnliche Warnung.

⁶⁰ „Auf ihren Rechtsstaat sind die Deutschen stolz. Aber nicht alle haben ihn verstanden“, E. F. in der F.A.Z. vom 9. April 1994 in einer Glosse unter dem Titel „Gutgemeinte Willkür“. Zur Distanziertheit des Rechtsstaats siehe auch: *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, Rn. 25 f., S. 1001; *Michael Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL Heft 40 (1982), S. 63 ff., S. 65.

⁶¹ *Uwe Wesel*, Fast alles was Recht ist. Jura für Nichtjuristen, S. 61, versucht seinem Publikum das „Rechtsstaatsprinzip“ wie folgt zu vermitteln: „Der Rechtsstaat, das war die Parole der Liberalen im frühen 19. Jahrhundert. Ein Staat, der nicht tun kann, was er will. Er ist an das Recht gebunden. Das ging gegen die Regierung des Monarchen, deren Eingriffe in Rechte von Bürgern durch unabhängige Gerichte – Verwaltungsgerichte – überprüft werden sollten [Verwaltungsgerichte waren erst ein Thema der 2. Hälfte des 19. Jh.]. Die Majestät des Rechts trat neben die Majestät des Königs, der Justizpalast neben den des Monarchen. *Inzwischen ist alles komplizierter geworden* [Herv. K.S.]. Was ein Rechtsstaat ist, läßt sich schwer in einem Satz beschreiben. Artikel 20 Absatz 3 nennt wesentliche Elemente. Aber das ist nicht alles. Dazu ein Beispiel. Anfang der siebziger Jahre tröstete sich die *Frankfurter Allgemeine* in einem Kommentar zur Apartheid in Südafrika damit, daß wenigstens alles streng rechtsstaatlich vor sich gehe. Damit wurde dieser Begriff *ad absurdum* geführt. Denn er meint nicht nur die Rechtsform des Verfahrens, sondern auch den Inhalt, zu dem mindestens die Menschenrechte zählen. Also definiert Klaus Stern ...“, es folgt die Definition, s.u., I. Teil, Kap. I 1 a).

⁶² *Bärbel Bohley*: „Wir haben Gerechtigkeit erwartet und den Rechtsstaat bekommen“, zitiert von *Helmut Kohl*, Recht und Gerechtigkeit im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat, Ansprache des Bundeskanzlers auf dem Deutschen Juristentag in Hannover, Bulletin, hg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Nr. 99 (1992), S. 937 ff., S. 937.

Genausowenig wie auf das „natürliche Empfinden“ kann sich der Rechtsstaat auf seine Geschichte stützen. Historisch gesehen ist er – verstanden als dynamische Wechselbeziehung von Begriff und Praxis⁶³ – „vorläufig noch Episode“⁶⁴. Der Begriff gelangte erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts in die juristische Diskussion⁶⁵; er galt nie als sonderlich bestimmt⁶⁶, paßte sich mit wechselnden Inhalten den verschiedensten Regierungsformen an und wurde immer wieder totgesagt. Schon im Kaiserreich kommt er innerhalb der allgemeinen Staats- und Staatsrechtslehre in „Mißkredit und außer Gebrauch“⁶⁷. Bei *Jellinek* erscheint der Ausdruck nur noch als einer der möglichen Staatszwecke⁶⁸ oder Versuche, den idealen Staatstypus festzustellen⁶⁹; *Gumplowicz*⁷⁰ bedenkt das Rechtsstaatskonzept mit dem angeblich „amüsantesten „Nekrolog“⁷¹. In der Weimarer Staatsrechtslehre ist der Rechtsstaat kein Thema⁷², mit dem Nationalsozialismus

⁶³ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik [EN], Übers. u. Nachw. v. *Dirlmeier*, Anm. v. E. A. *Schmidt*, bibliographisch erg. Aufl. 1983, II 1, 1103 a 33–b 2, S. 35; *Dietrich Schindler*, Verfassungsrecht und soziale Struktur (1932), 5. Aufl., S. 2 ff., 16 ff.; *Hermann Heller*, Staatslehre (1934), 2. Aufl., S. 3 ff., S. 26, zum Verhältnis von Normalität und Normativität, S. 253 ff.: Die Jurisprudenz ist eine Normwissenschaft; sie soll keine Wirklichkeitszusammenhänge erklären, sondern sie „aus dem relativ eigengesetzlichen Normenzusammenhang dogmatisch ... schließen. Die juristische Dogmatik ist aber weder autark noch autonom; ihr Sinn und ihre Methode lassen sich nicht normimmanent, sondern nur ‚metajuristisch‘, nämlich politisch-historisch verstehen und erklären“, S. 263; *Peter Schneider*, Recht und Macht (Fn. 57), S. 45 ff.

⁶⁴ Diese Formulierung, allerdings bezogen auf die „Lebensform der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie“, stammt von *Helmut Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, S. 1.

⁶⁵ Siehe unten 2. Teil, Kap. I 1.

⁶⁶ Dazu nur die Kritik von *Rudolf von Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (1872), 3. Aufl., S. 268 und von *Richard Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft, JöR 1910, S. 196 ff., S. 199.

⁶⁷ Urteil von *Thoma* (Fn. 66) in bezug auf *Bluntschli*, *Seidel*, *Gareis*, *Rehm* und *Bornhak*. Im Verwaltungsrecht bezeichnen jedoch Autoren wie *Otto Mayer*, *Sarwey*, *Löning*, *Rosin*, *Preuß*, v. *Lehmeyer* und *Anschütz* die Kernideen weiterhin als rechtsstaatlich (dazu *Thoma* (Fn. 66)).

⁶⁸ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1900), 6. Nachdr. der 3. Aufl. 1959, S. 248 f., sieht im Rechtsstaat ein Konzept der Vergangenheit. Seine Grundlage sei in den einstigen Vertragstheorien zu sehen, die „logisch zu Ende gedacht, nicht staatsbegründend, sondern staatsauflösend“ seien (S. 217). Die auf Kant zurückgehende Lehre von der Rechtssouveränität, wonach die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung der einzige Staatszweck sei, beschreibt er als eine Position des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts, die nur historisch als „energischer Protest gegen Lehre und Praxis der Staatsomnipotenz zu verstehen“ sei, S. 247.

⁶⁹ Ebd. S. 35 f.: das Rechtsstaatsmodell wird mit den christlichen, naturrechtlichen und nationalen Konzepten auf eine Stufe gestellt.

⁷⁰ *Ludwig Gumplowicz*, Rechtsstaat und Socialismus. – Zurecht allerdings zählt ihn *Michael Stolleis* (Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 2. Bd. 1800–1914, S. 442, 444) zu den „Außenseitem“.

⁷¹ So *Thoma* (Fn. 66).

⁷² Bei *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., kommt der Ausdruck einmal vor (bei einem Rückblick auf die Mission *Gneists*), S. 241. Von *Gerhard Anschütz*, Deutsches Staatsrecht, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. der neubearb. 2. Aufl., Bd. IV, o.J., o.O., wird der Rechtsstaat überhaupt nicht erwähnt; siehe auch die knappe, rein verwaltungsrechtlich orientierte Bemerkung in *Georg Meyer*, *Gerhard Anschütz*, Lehrbuch des

bricht er als Praxis zusammen⁷³, auch wenn er in der ersten Zeit noch als Fassade dient⁷⁴. Die DDR will sich die meiste Zeit nicht als Rechtsstaat verstehen. Als im Jahre 1988 die Parole vom „sozialistischen Rechtsstaat“ ausgegeben wird, ist dies, wie schon mehrfach in der Geschichte des Begriffs, nur als Ablenkungstaktik gedacht⁷⁵.

Wenn der Rechtsstaat auch über eine längere Tradition verfügt als die Demokratie oder die Grundrechte in Deutschland, so kann er doch nur bedingt als gefestigt gelten. Keinesfalls steht er für eine Institution, die es seit unvordenklichen Zeiten gibt und aller Wahrscheinlichkeit nach auch immer geben wird. Der Rechtsstaat wurzelt nicht „im Urgund tausend Jahre deutscher Historie“⁷⁶. Er ist kein unerschütterliches Monument, das sich über alle Kritik erhebt, keine dinghafte Wesenheit, die von allen sprachlichen und institutionellen Prozessen abgelöst ist und nicht des Menschen, und schon gar nicht des Öffentlichen Rechts, für seine Fortexistenz bedarf.

Vor dem Irrtum, Rechtsinstitutionen für ewige, unumstößliche Dinge zu halten, hat bereits *Adam Müller* gewarnt. Das Recht sei keine Sache, die „Ein- für allemal schon da sey“, keine Maschine, die dann und wann einer Verbesserung oder Reparatur, demnach „gewisser Unterhaltskosten“ bedürfe, im übrigen aber automatisch funktioniere, „ohne weitere Zuthat des Herzens oder des Gemüthes“⁷⁷.

Der Bestand des Rechtsstaatsprinzips hängt allerdings nicht allein von der Verfassung unserer Herzen und Gemüter ab; nicht weniger entscheidend ist Sachverstand. Bezogen auf den Stand der gegenwärtigen Verfassungs- und Verwaltungsrechtsdogmatik stellt sich eine genau umrissene Aufgabe: Das Rechtsstaatsprinzip muß mit den begrifflich-systematischen Mitteln der Jurisprudenz wieder operationabel gemacht werden. Sein Inhalt ist zu bestimmen, Art und Struktur seiner Elemente sowie sein Verhältnis zu den anderen grundgesetzlichen Regelungsgruppen zu beschreiben. Dabei sind sowohl dogmatische Richtigkeit als auch juristische Tauglichkeit in einen sinnvollen Einklang zu bringen. Die vorliegende Schrift versucht einen Beitrag dazu zu leisten. Aus dieser Zielsetzung ergibt sich der folgende Arbeitsgang.

Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. (bearb. von *Anschütz*), 1919, S. 29, zum Rechtsstaat: „Einen Staat, in dem die Befugnisse der Verwaltung gesetzlich begrenzt sind und nur in Übereinstimmung mit den Gesetzen ausgeübt werden können, bezeichnet man als Rechtsstaat“ (wird dort durch Fußnoten ergänzt).

⁷³ Zur „Überwindung des Rechtsstaates im völkischen Totalstaat“ die Analyse von *Peter Schneider*, Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von *Carl Schmitt*, S. 211 ff.

⁷⁴ *Ernst Fraenkel*, Der Doppelstaat (1974, engl. 1941), S. 34 ff.

⁷⁵ Hier erwiesen sich die mit dem Begriff verbundenen Ideale jedoch als zu stark, um sich einfach benutzen zu lassen. Die Rechtsstaatsdiskussion wurde zum trojanischen Pferd, dazu oben: Fn. 17.

⁷⁶ Von „tausend Jahren“ spricht man immer wieder in Anschluß an *Gneist*, Der Rechtsstaat (dort z.B. S. 327).

⁷⁷ *Adam Müller*, Die Elemente der Staatskunst (1809), 3 Bde, S. 274.

Vorgehen

I. Teil: Bestandsaufnahme. Der erste Teil der Arbeit skizziert die Wege und Irrwege gegenwärtiger Rechtsstaatsdogmatik. Dabei wird versucht, die unterschiedlichen Merkmale, die dem Rechtsstaatsprinzip von Rechtsprechung und Literatur als sogenannte Elemente zugedacht werden, zusammenzustellen (Liste der Rechtsstaatsmerkmale) und diese auf ihre dogmatische Validität hin zu untersuchen.

Da nur selten festzustellen ist, ob die Literatur einem Rechtsstaatsmerkmal den Rang eines Elements (d.h. unverzichtbarer Bestandteil) oder nur eines Anwendungsfalls zubilligt, erstreckt sich diese Übersicht auch auf solche Rechtsstaatsmerkmale, die offenkundig keine Elemente sein können, aber ausdrücklich so oder ähnlich bezeichnet werden oder einen wichtigen Gesichtspunkt des Verfassungs- und Verwaltungsrechts betreffen. Die Liste, in der die herausgehobenen Merkmale am Ende zusammengestellt werden, kann zwar keine Vollständigkeit beanspruchen, zeigt aber doch die Richtungen auf, in die sich das große Anwendungsgebiet des Rechtsstaatsprinzips derzeit erstreckt.

Angesichts der Vielzahl der Gesichtspunkte, die von der Literatur als Rechtsstaatsmerkmale betrachtet werden, konzentrieren sich die weiteren Überlegungen vor allem darauf, den Rechtsstoff übersichtlicher zu gestalten. Der Anfangsschritt hierzu wird bereits in diesem ersten, darstellenden Teil unternommen: Die erwähnten dogmatischen Konstruktionen sollen sogleich auf ihre innere Stimmigkeit überprüft werden. Wenn Rechtsaussagen schon für sich genommen – unabhängig von der begrifflichen Fassung des Rechtsstaatsprinzips – nicht überzeugen, wird man sie bereits nach diesem ersten Gedankengang beiseite lassen. Deshalb enthält der erste Teil neben den deskriptiven auch analytische und evaluative Passagen, die für das Gesamtkonzept, aus dem die Begriffsbestimmung letztlich zu gewinnen ist, das Fundament legen. Ausgeklammert werden alle Fragen, die das Verhältnis des jeweils behaupteten Rechtsstaatsmerkmals zum Prinzip betreffen. Dieses Problem wird im dritten Teil der Arbeit behandelt.

II. Teil: Rückblick. Die Zusammenstellung im ersten Teil wird vor Augen führen, daß die meisten dogmatischen Probleme mit dem Rechtsstaatsprinzip aus der nahezu grotesken inhaltlichen Überfrachtung des Begriffs resultieren. Ziel ist es deshalb, den normativen Gehalt von Rechtsstaatlichkeit sinnvoll strafend zu reorganisieren. Dies muß nicht unbedingt eine inhaltliche Reduktion bedeuten; Übersicht kann auch durch die Qualität einer Einteilung, die Wahl der Gliederungsart und Gliederungstiefe, hergestellt werden.

Hierfür benötigt man starke, sinnfällige Kriterien. Diese dürfen nicht aus dem Kreis der zu ordnenden Elemente, aber auch nicht aus der abgründigen Tiefe der gesamten abendländischen Philosophie geschöpft werden. Vielmehr sollten sie das Besondere („Spezifische“) von Rechtsstaatlichkeit ansprechen. Deswegen scheint es angebracht, nicht zu den Wurzeln von Recht und Gerechtigkeit, sondern zu den Anfängen der Rechtsstaatsidee zurückzugehen und sich mit einigen

Gedanken der Väter der Rechtsstaatsidee vertraut zu machen. Im zweiten Teil werden deshalb exemplarisch die Überlegungen einiger Autoren – u.a. *Mohl*, *Stahl*, *Bähr* und *Gneist* – in ihrem sachlichen und historischen Zusammenhang dargestellt, um an Hand dieser Schlüsseltexte tragende Gliederungsgesichtspunkte zu finden. Ziel ist dabei nicht eine historisierende Rekonstruktion des Rechtsstaats, sondern die heuristische Nutzung vergangener Konstruktionskunst, wobei sich die Einsicht in die Historizität bestimmter Rechtsstandpunkte, besonders wenn sich ihre verfassungsrechtliche Basis gewandelt hat, zu einer Aussonderung überlebter Theorieteile führen wird.

III. Teil: Rekonstruktion. Im letzten Teil der Untersuchung sollen die Kriterien einer gestrafften, auf die Kernaussagen des Grundgesetzes zugeschnittenen Rechtsstaatsdogmatik entwickelt und die vorgefundenen Rechtsstaatsmerkmale in diese Ordnung eingepaßt werden. In diesem Rahmen wird dargelegt, warum das Rechtsstaatsprinzip in der Architektur des Grundgesetzes unentbehrlich ist, welche Stellung es dort, insbesondere im Verhältnis zu den anderen Fundamentalnormen (Hauptprinzipien) einnimmt, und wie man sich die Elemente des von ihm gebildeten Systems – nicht zuletzt mit Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG – vorzustellen hat.

Das Rechtsstaatskonzept, das auf diese Weise entworfen wird, bezieht seine Stimmigkeit nicht nur aus der Systematisierung einer vorgegebenen Menge von Merkmalen, sondern auch aus einer umfassenden Inhaltsbestimmung des Rechtsstaatsprinzips, gesehen als ein interdependenter Teil der grundgesetzlichen Ordnung. Dabei wurde die Idee *Lerches* aufgegriffen, die „produzierende Kraft“ der Rechtsstaatsklausel für eine zeitentsprechende Sinnauffüllung zu nutzen⁷⁸.

Zweifelloos hätte man das Rechtsstaatsprinzip auch allein mit rein methodischen Kriterien präziser als bisher gestalten können. Dies wäre jedoch eine letztlich kosmetische Bemühung geblieben – ist doch offenkundig, daß die Verwirrung um den Rechtsstaatsbegriff nicht in einem methodischen Unvermögen der Juristenschaft liegt – dann wäre die hier versuchte Systematisierung schon längst geleistet worden –, sondern in einigen Unsicherheiten über den Gehalt der Verfassung von 1949. Noch immer stützt sich das Öffentliche Recht auf einen Begriffsapparat, der für das Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie entwickelt wurde⁷⁹. Die Brüche bleiben solange verborgen, wie problemlos auf Grund aktueller Gesetzeslage entschieden werden kann; treten jedoch Zweifel auf und werden Normen entscheidend, die – wie das Rechtsstaatsprinzip – die ganze Entfernung von der hochabstrakten Verfassungsordnung bis zur Anwendung im Rahmen des besonderen Verwaltungsrechts durchmessen müssen, zeigen sich die Frakturen⁸⁰.

⁷⁸ *Peter Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, S. 57. Siehe auch die Diskussionsbeiträge von *Peter Häberle* und *Wolfgang Hoffmann-Riem* in VVDStRL Heft 51 (1992), S. 117 ff. und S. 122 ff.

⁷⁹ *Dietrich Jesch*, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, 2. Aufl., S. 6.

⁸⁰ Damit ist nicht der unwichtigste Grund für die Glanzlosigkeit heutiger Rechtsstaatsdogmatik angesprochen: sie entstammt einer allgemeinen Grundlagenunsicherheit.

Das inhaltliche Programm, mit dem ein konsistenter Transfer vom Verfassungszum Verwaltungsrecht gewährleistet werden kann, trennt sich deshalb von einigen Selbstverständlichkeiten, mit denen – meist unbewußt – Frontstellungen des vergangenen Jahrhunderts perpetuiert werden⁸¹. Mit dem deutschen Grundgesetz liegt ein normatives Modell vor, das diese Antinomien zugunsten einer etwas subtileren Spannungslage überwunden hat. Desgleichen haben sich die Aufgaben, die der Staat heute im Vergleich zu konstitutionalistischen Zeiten bewältigen muß, in Art und Fülle derart geändert, daß nicht nur in der Grundrechtsdogmatik, sondern auch im Verwaltungsrecht das alte, im Eingriffsmodell befangene Sphären-Denken modifiziert werden muß.

Hierzu zählt die längst überfällige Überwindung einiger Begriffsgegensätze des 19. Jahrhunderts. Besonders hinderlich scheinen die überkommenen Vorstellungen, nach denen zwischen dem „Staat“ (der Krone) und der „Gesellschaft“ (dem Raum des Rechts) eine Trennlinie verläuft. Im konstruktiven Teil dieser Kritik soll das zentrale Postulat des Prinzips Rechtsstaat entfaltet werden: daß auf dem Boden des Grundgesetzes Staatlichkeit nur in Gestalt von Rechtlichkeit denkbar ist. In Anschluß an die alteuropäische Rechtstradition wird der rechtsstaatliche Staat als ein Herrschaftsverband betrachtet, der sich „nicht über, sondern zwischen das Recht stellt“ (Rechtskonstituiertheit des Staates, Rechtssouveränität statt Staatssouveränität)⁸². Das Grundgesetz formuliert diesen Gedanken mit allen Geboten, welche die staatliche Gewalt unauflöslich an das Recht der Verfassung binden, Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 3, Art. 1 Abs. 3, Art. 79 Abs. 3 GG⁸³.

Verfolgt man das Postulat der Rechtskonstituiertheit des Staates mit aller Konsequenz, erhält man ein konzises System. Der einzige Nachteil dieser Dogmatik besteht darin, daß einige Rechtsstaats Elemente und eines der Gliederungskriterien auf Grund von Lehren formuliert werden müssen, die heute teilweise noch als Extremstandpunkt gelten⁸⁴. Nicht zuletzt deshalb versuchen die folgenden Darlegungen mit besonderer Intensität zu zeigen, daß die favorisierten neuen Ansätze die Mitte – und nicht die Peripherie – des grundgesetzlichen Systems bilden, sich ergebnisgerecht formulieren lassen und durchaus auch, wo es angebracht ist, das Interesse an einer Verringerung von Verrechtlichung (Deregulierung) befriedigen können⁸⁵.

⁸¹ In dieser Vorstellungswelt stehen auf der einen Seite Begriffe wie Staat, Macht, Gut der Krone, Kompetenz der Verwaltung und auf der anderen Seite: Bürger, Gesellschaft, Rechte, Status, geschützter Raum, Kompetenz des Gesetzgebers; im einzelnen dazu unten 1. Teil, Kap. II 1. und 9.

⁸² „Rechtsstaat ist ein Staat, der sich selbst nicht über, sondern zwischen das Recht stellt“, *Otto von Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Tübinger Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Z.f.d.ges. Staatswissensch.), Bd. 30 (1874), S. 153 ff., S. 184; *Hugo Krabbe*, Die moderne Staats-Idee, 2. Aufl., S. 1, 7 ff.

⁸³ Folglich kann, wie *Rolf Gröschner* mit Verweis auf Art. 1 Abs. 3 GG sagt, die staatliche Regelungsbefugnis nicht Ausdruck „urphänomenaler Souveränität“ sein, sondern gilt als immer schon in das Verfassungsrechtsverhältnis eingebunden: *Gröschner*, Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, S. 88 ff. (Zit. S. 91).

⁸⁴ Hervorzuheben: die Deutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips im Sinne des sogenannten Totalverhalts und die Rechtsverhältnisdogmatik.

⁸⁵ So bereits für das Wirtschaftsverwaltungsrecht: *Gröschner* (Fn. 83).

Bei der Formulierung der meisten Elemente wird jedoch versucht, die Einpassung in das vorgeschlagene System mit Behutsamkeit und in Anerkennung des gegenwärtigen Meinungsstandes vorzunehmen. Soweit sich die Elemente in ihrer herkömmlichen Gestalt in die Systematik des geplanten Gesamtzusammenhangs einfügten, wurden sie in ihrer gewohnten Gestalt übernommen.

Die drei Teile der Arbeit – Bestandsaufnahme, dogmengeschichtliche Einblicke und Rekonstruktion – bauen aufeinander auf, können aber auch getrennt voneinander gelesen werden. Einerseits bilden sie einen durchgehenden Argumentationsgang, andererseits stellen sie jeder für sich das Gesamtproblem dar: der Grundgedanke – Recht als Prinzip staatlicher Verfassung – wird aus drei unterschiedlichen Richtungen beleuchtet und in einer jeweils eigenen Form dargestellt.

Während der erste Teil eher dogmatisch-enzyklopädisch angelegt ist, also nach den grundlegenden ersten Kapiteln auch zu vielen Einzelproblemen Stellung nimmt, bemüht sich der dritte Teil um einen fortlaufenden, in einem einzigen Konzept mündenden Gedankengang. Dies gilt insbesondere mit Blick auf das 12. Kapitel, das wegen seiner katalogartigen Fassung zu einer punktuellen Lektüre einlädt, aber sinnvollerweise in der Konsequenz des zuvor Entwickelten gesehen werden sollte. Für den Mittelteil der Arbeit schließlich wurde eine offene, topische Form gewählt, da diese Darstellungsweise am geeignetsten scheint, das Verständnis des Stoffes durch neue, nicht allein theoriegeborene Impulse zu vertiefen.

Mit der Verschiedenheit der drei Ansätze gehen nicht nur perspektivische, sondern auch stilistische Differenzen einher; letztere werden in einer unterschiedlichen Methodik des Gliederns und Titulierens sichtbar. Auf der anderen Seite führt die triologische Darstellung zu einigen thematischen Überschneidungen, die immer dann wahrgenommen werden, wenn deutlich wird, daß alle drei Ansätze zu denselben Grundgedanken führen. Diese leitmotivische Wiederkehr wurde jedoch gerne in Kauf genommen, macht sie doch auf eines der wichtigsten Ergebnisse dieser Untersuchung aufmerksam: Der Rechtsstaatsbegriff steht für ein Prinzip, das trotz aller grundgesetzlichen Spezifität auf eine allgemeinere Idee verweist; diese Idee ist mit den großen Strängen des alten wie neuen europäischen Verfassungsdenkens verwoben und bekommt dank dieser Einbindung einen über das Förmliche hinausweisenden Gehalt.

1. Teil

Zum dogmatischen Bestand

I. Problemlage

Das Rechtsstaatsprinzip ist unhandlich geworden. Schon *Rudolf von Gneist*, der erst ein knappes Jahrhundert Wortgeschichte übersehen konnte, meinte, daß es nicht leicht sei, zum Rechtsstaat auch nur „zwei in den Hauptpunkten übereinstimmende Auffassungen zu finden“¹. Nach einem weiteren Jahrhundert haben sich Bedeutungsvielfalt und Anwendungsunsicherheit derart gesteigert, daß man mit guten Gründen erwägt, den Begriff aus dem Katalog der Rechtsnormen zu streichen². Selbst Gegner einer solchen Radikalmaßnahme räumen ein, daß der Rechtsstaat in seiner Eigenschaft als dogmatisches Prinzip kaum noch zu fassen ist: Eine ungeschriebene, aber vielbeschriebene Norm, die Bestandteil einer kodifizierten Verfassung, aber auch der rechtlichen und politischen Wirklichkeit sein sollte, die im Grundgesetz zweimal in Erscheinung tritt³, aber eben nicht an der entscheidenden Stelle und nicht in einem Kontext, durch den die wesentlichen Aussagen, die ihm von der Dogmatik zugedacht sind, textlich bestätigt werden könnten. Trotz dieser Unsicherheiten gilt das Rechtsstaatsprinzip als grundgesetzlicher Fundamentalsatz⁴ und Generator zahlloser Subprinzipien. Der Abstraktionsgrad und die Fähigkeit, höchst kontroverse Gefühle zu binden⁵, mag bei einer Idee dieses Ranges unumgänglich sein. Eine Besonderheit stellt jedoch dar, daß der Begriff unter den unterschiedlichsten Herrschaftsformen Anerkennung fand: von der absoluten Monarchie über verschiedene Varianten des Konstitutionalismus und der Demokratie bis zu den beiden deutschen Diktaturen dieses Jahrhunderts. Deshalb hat die Lehre, dem jeweiligen Geist der Zeit folgend, dem Begriff im Laufe von zwei Jahrhunderten die unterschiedlichsten Deutungen zugesprochen und ihn im wiederholten Wechsel gepriesen, geleugnet oder in schlichter Routine vollzogen.

Auch Wortlaut und näherer Kontext der Formel bieten keinen Halt. Der Staat, so der Genitiv in der ersten Hälfte der Wortkomposition, soll ein Staat „des

¹ *Rudolf von Gneist*, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (1872), 3. Aufl., S. 268. Siehe auch *Alessandro Baratta*, *Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffs*, FS Aubin, S. 1 ff.

² Habilitationsschrift von *Philip Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*.

³ Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und seit Ende 1992 in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG.

⁴ Nach dem Bundesverfassungsgericht zählt das Rechtsstaatsprinzip zu den „ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen“, BVerfGE 6, 32 [41].

⁵ Dazu oben in der Einleitung, insbs. Fn. 36.

Rechts“ sein. Der Staat soll dem Recht zugehören, ein Teil, ein Aspekt oder eine Funktion von ihm sein. Wie die Beziehung Staat/Recht genau gedacht ist, kann dem Ausdruck nicht entnommen werden. Diese Unklarheit folgt aus der sprachlichen Verkürzung – Preis für rhetorische Griffigkeit –, aber auch aus der Abstraktheit und metaphorischen Tiefe der Genitivkomposition, die alle möglichen Deutungen zuläßt.

Gehört der Staat zum Recht, ist er ein Teil des Recht, so wie die Landesverwaltung zum Land oder der Wegesrand zum Weg gehört? Oder ist der Rechtsstaat ein Staat des Rechts, weil er zum Recht steht, das Recht verficht, so wie ein Glaubensmann seinen Glauben oder ein Gesinnungsfreund seine Gesinnung? Soll man Rechtsstaat so verstehen, daß der Staat dem Recht untergeordnet ist, oder soll umgekehrt dem Staat das Recht – attributiv, kennzeichnend – zukommen, also der Rechtsstaat im Sinne von „rechtlicher Staat“ zu begreifen sein? So muß man jedenfalls verwandte Worte wie Bundesstaat oder Einheitsstaat begreifen, die sicher nicht so zu verstehen sind, daß der Staat dem „Bund“ oder der „Einheit“ im Sinne eines Teiles angehören soll⁶. Aber nicht nur die inhaltliche Vieldeutigkeit der Genitivkonstruktion wird zum Problem. Manchen behelligen auch sprachästhetische Ambiguitäten: Alle Genitiv-Kombinationen mit dem Ausdruck „Recht(s)-“ werden als störend empfunden, weil man das Bindungs-s „nicht weglassen und es eigentlich auch nicht stehen lassen“ könne⁷.

Eine weitere Eigenheit ist die erstaunliche Resorptionskraft des Begriffes. In den Zeiten, in denen er Prestige genießt, wird er mit den jeweils aktuellen Idealen in Verbindung gebracht – dem Gesetz, der Freiheit, der Menschenwürde – und in diesem Geist mit zeittypischen Anwendungsschemata angereichert. Dabei löscht die neue Sinnbesetzung fast nie die bisherige aus, sondern legt sich als weitere Schicht darüber. So bleiben alte Bedeutungen neben den neuen bestehen. Die Extension des Begriffs erweitert sich mit jedem Wechsel des Zeitgeistes; seine Grenzen werden immer unübersichtlicher und seine Bestandteile immer disparater.

Will man das vorläufige Ende dieser Entwicklung positiv benennen, so kann man mit *Herzog* von einem „außergewöhnlich vielseitigen“ Rechtsprinzip sprechen⁸. Wer wie *Kunig* kritisch gestimmt ist, wird freilich auf die Unbestimmtheit, Floskelhaftigkeit und innere Widersprüchlichkeit des Begriffs hinweisen⁹.

⁶ Die Bedeutungsvielfalt von Wortzusammensetzungen mit einem Genitiv wird vollends deutlich, wenn man an einen Begriff wie „Meinungsfreiheit“ denkt, bei dem weder die Lesart denkbar ist, daß die Freiheit ein Teil der Meinung ist, noch, daß Meinung die Freiheit im Sinne von „meinungsmäßiger Freiheit“ charakterisiert. Hier kann der Genitiv nur als „(Freiheit) auf (Meinung)“ aufgefaßt werden.

⁷ *Carl Schmitt*, Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951, 1991, S. 129 (Eintrag vom 18. 4. 48). Einleitend heißt es: „Im übrigen stören mich persönlich viele Wortzusammensetzungen mit dem Genitiv des deutschen Wortes Recht; wie Rechtsdenken, Rechtsraub“. Interessanterweise erwähnt hier der Autor, der angeblich die glänzenste Apotheose auf den Rechtsstaat verfaßte, gerade diesen Begriff nicht; „Rechtsraub“ ist oder scheint ihm präsenter als der „Rechtsstaat“.

⁸ *Roman Herzog*, Art. 20, VII., Rn. 3 (1980), in: *Maunz, Dürig, Grundgesetz* [MD].

⁹ Siehe die farbige Sammlung von absprechenden Metaphern bei *Kunig*, Das Rechtsstaats-

Selbst in der Rechtsprechung, die mit dem Rechtsstaatsprinzip routinemäßig zu- recht kommt, finden sich ablehnende Urteile. Dem Bundesgerichtshof unterließ beispielsweise jüngst eine Formulierung, die in etwa besagt, daß das Rechtsstaatsprinzip so vage und widerspruchsvoll sei, daß, wo es zur Anwendung komme, keine Gleichbehandlung zu erwarten sei.

Wörtlich hatte das Gericht geäußert, daß „bei der zugleich Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsprinzips und der in ihm angelegten Gegenläufigkeiten *unterschiedslose* verfahrensrechtliche Sanktionen für etwaige Verletzungen grundsätzlich *fernliegen*“¹⁰. Die Ungenauigkeit des Rechtsstaatsprinzips erscheint hier also geradezu als Ursache für Ungleichbehandlung. Gemeint hatten die Richter freilich etwas ganz anderes¹¹.

Ein besonderer Gegenstand der Kritik ist auch der Umstand, daß der Rechtsstaatsbegriff inzwischen gänzlich unterschiedliche Bereiche des Verfassungsrechts anspricht. Er erstreckt sich quer durch verschiedene normlogische Ebenen und generiert mit stetem Zuwachs eine Vielzahl heterogener Unterprinzipien¹². So ist aus einer beschreibbaren Idee eine Summationsformel geworden, der es an einer eigenen, über die wechselnde Reihung bestimmter Elemente hinausgehenden Substanz mangelt. Aber selbst eine Auflistung dieser Elemente ist nicht einfach, da jeder Autor andere Merkmale in seine als wesensbestimmend erachtete Liste aufnimmt. Schließlich bestehen über die Art der Elemente und ihren Zusammenhang „nur divergierende Auffassungen“¹³.

1. Definitionsversuche

Angesichts dieser diffusen Gesamtgestalt scheint eine Definition kaum möglich.

a) Eine der wenigen Schriften, in denen dieses Wagnis unternommen wurde, ist Sterns „Staatsrecht“. Zu Beginn einer großangelegten Darlegung zum Rechtsstaatsprinzip entschließt er sich zu der folgenden Formulierung:

prinzip, S. 3, 43, 251. Hierzu zählt das bekannte Bild vom „Äther des Rechtsstaatsprinzips“, das die Verfassung durchdringe, (S. 251). Nennenswert auch das Wort von *Günter Püttner*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL Heft 32 (1974), S. 200 ff., S. 203, der die Rechtsstaatsformel eine „Zauberkiste“ nennt.

¹⁰ BGHSt 39, 260 [273] (Landesverrat durch DDR-Geheimdienstmitarbeiter), mit Verweis auf BGHSt 32, 345 [350 f.]. Hervorh. K.S.

¹¹ Das Gericht hatte die Frage aufgeworfen, ob man ein allgemeines Strafverfolgungsverbot aus dem Grundsatz des „fairen Verfahrens“ herleiten könnte. Eine solche Deduktion wurde mit der Begründung abgelehnt, aus dem Fairneß-Grundsatz könne keine allgemeine Regelung hergeleitet, sondern immer nur unter Berücksichtigung der Schwere des jeweiligen Unrechts und der individuellen Schuld des Angeklagten entschieden werden, BGHSt 39, 260 [272]. Die Erwähnung der „Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsprinzips“ diene in diesem Zusammenhang vermutlich nur dazu, auch diese Norm als Quelle einer generellen Regelung auszuschließen.

¹² Herzog (Fn. 8).

¹³ *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Rn. 183.

„Rechtsstaatlichkeit bedeutet Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit“¹⁴.

Obwohl dieser Erklärungsversuch auf vorsichtigen Applaus gestoßen ist – nach *Herzog* trifft diese Erklärung ihren Gegenstand „wahrscheinlich weitaus am besten“¹⁵ –, sieht sich *Stern* in der Neuauflage seines Werks bereits zu einer Änderung veranlaßt:

„Rechtsstaatlichkeit bedeutet, daß die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist“¹⁶.

Der Unterschied zwischen den beiden Versionen dokumentiert, vor welchen Hindernissen steht, wer die ausufernde Rechtsstaatsdogmatik in ein paar Zeilen zusammenfassen möchte. Bezeichnend ist, daß die zweite Definition *Sterns* in allen geänderten Punkten zu einer Erweiterung des Begriffes führte.

(1) Zum einen hat die Definition in der Neufassung ihren abschließenden Charakter verloren. Rechtsstaatlichkeit „bedeutet“ nun nicht mehr etwas substantivisch Bestimmtes („... bedeutet Ausübung staatlicher Macht...“), sondern, etwas offener, „bedeutet, ... daß [die Ausübung staatlicher Macht nur unter bestimmten Bedingungen] ... zulässig ist“. Mit dieser Wendung wird nicht mehr beansprucht, eine Beschreibung des ganzen Phänomens zu bieten. Statt dessen wird ein Aspekt davon erläutert: was in einem Rechtsstaat zulässig ist. Aus dem Verb „bedeutet“ im Sinne von „ist gleich“ wurde ein „bedeutet“ im Sinne von „bedingt, daß ...“¹⁷.

(2) Die zweite Änderung vergrößert den Katalog der Zielvorstellungen; zu den Werten Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ist die Menschenwürde hinzugekommen.

(3) Schließlich wird der Gedanke der Verfassungsbindung, der in der ersten Version eher beiläufig gestreift wurde, nun als eigenständiger und unbedingter Aspekt in den Mittelpunkt gestellt („... nur auf der Grundlage der Verfassung“ soll der Staat Macht ausüben). Während die erste Definition alles Gewicht auf das Erfordernis legte, die Machtausübung müsse „auf der Grundlage von Gesetzen“ erfolgen, so daß man geradezu den Eindruck gewinnen konnte, daß sich Rechtsstaatlichkeit in Gesetzesstaatlichkeit erschöpfen solle, ist es nach der neuen Version zumindest nicht ausgeschlossen, daß auch eine andere als eine gesetzesbegründete Machtausübung als Ausdruck von Rechtsstaatlichkeit in Betracht kommt. Erzielt wird diese Weiterung durch die Vieldeutigkeit, mit der das Wörtchen

¹⁴ *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 1. Aufl., S. 615 f.

¹⁵ *Herzog* (Fn. 8).

¹⁶ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., [Staatsrecht I], S. 781.

¹⁷ Durch diese Milderung verschwindet außerdem die stilistisch unglückliche Gleichsetzung von „Rechtsstaatlichkeit“ und „Ausübung staatlicher Macht“; sie wurde durch eine Formulierung ersetzt, in der sich das Gewicht von der Staatsmacht auf die Begrenzung dieser Macht verschiebt.

„und“ den Gedanken der Verfassungsbindung und den des Gesetzesvorbehalts verknüpft: Das „und“ kann einmal, einengend, als ein „und zwar“ gelesen werden (zulässig ist dann die Ausübung von Staatsgewalt, wenn sie auf der Verfassung und – zugleich – einem Gesetz gründet). Zum anderen kann man es aber auch, ausweitend, als „aber auch“ verstehen. Im zweiten Fall würde die neue Definition im Gegensatz zu der Ausgangsfassung auch Maßnahmen als typisch rechtsstaatlich ansehen, die zwar nicht aufgrund eines Gesetzes, aber doch „auf der Grundlage der Verfassung“¹⁸ erlassen werden. Immerhin besteht zwischen beiden Varianten ein bedeutsamer Unterschied: auf der einen Seite ein nomokratisches System mit striktem Gesetzesvorbehalt und auf der anderen eine Staatsmacht, die nicht notwendig an die Gesetzesform gebunden ist, sondern ihre Legitimation auch allein unmittelbar aus der Verfassung und der Verfolgung bestimmter guter Absichten beziehen kann. So spiegelt das Definiens die genannte Vielseitigkeit des Definiendum wider.

b) Wie die nicht minder fragmentarischen Erklärungsversuche anderer Autoren zeigen, muß die Quelle der Definitionsschwierigkeiten nicht im Deskriptionsvermögen der Lehre, sondern im Gegenstand selbst gesucht werden. Dieser scheint ein Dilemma vorzugeben: Entweder man löst die Aufgabe mit einer Aufzählung unterschiedlicher Einzelpunkte, wobei das Gemeinsame aus dem Blick gerät, oder man findet ein paar gemeißelte Worte, die dann aber so allgemein sind, daß man keine Brücke mehr zu den Einzelaspekten schlagen kann¹⁹. Kennzeichnend für dieses Problem ist der Vorschlag von *Scheuner*, der nebeneinander eine lange und eine kurze Version anbietet. Die lange Version lautet:

„Der Rechtsstaat ist nicht nur der Staat einer gesetzmäßigen Verwaltung oder der umfassenden Gerichtskontrolle, nicht nur der Grundsatz der Rechtssicherheit und Vollzugsbindung. In einem materialen Sinn verstanden meint er ein auf der Achtung personaler Freiheit und auf dem Prinzip einer zu ihrem Schutze gemäßigten und fest geordneten Staatsmacht aufgebautes Gemeinwesen, dessen vom Volke ausgehende Rechtsordnung alles Staatshandeln an diese Grundlagen und an das Streben nach einer gerechten und gleichmäßigen Gestaltung der menschlichen Beziehungen bindet.“

So eindrucksvoll diese Beschreibung den Geist und die Vielgestaltigkeit des Rechtsstaatsgedankens trifft, so sehr leidet sie an der etwas künstlich wirkenden Verknüpfung heterogener Momente. Anstelle der erwarteten Leitlinie stößt der Leser auf ein dichtes Konglomerat, bei dem jedes der vielen Bestandteile auf nicht weniger als einen Grundgedanken der Rechtstradition westlicher Demokratien verweist. Während der erste Satz alle juristischen Errungenschaften des 19. Jahrhunderts aufzählt, bezieht sich der zweite mit dem Freiheitsbegriff auf die Grundidee der Aufklärer des 18. Jahrhunderts, außerdem auf den aristotelischen Begriff des Maßes und den des Gemeinwesens, den man bis in die römi-

¹⁸ Eine weitere Bedingung ist natürlich dann die richtige Zielsetzung („Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit“).

¹⁹ Beispielsweise: „To sum it up, the democratic Rechtsstaat presupposes a constitution based on democracy and fundamental rights, but in addition to this constitutional demand, also requires an active and independent civil society“. S. 459 ff., bes. S. 461, *Kaarlo Tuori*, Four Models of the Rechtsstaat, in: FS Garzón Valdés, S. 451 ff.

sche Antike zurückverfolgen kann. Beschwört werden außerdem die Ideen der Gerechtigkeit und der Demokratie, weiterhin ist die Rede von Bürgerschutz und fester Staatsordnung. Das abschließende Wort gilt, diesmal im Sinne eines anti-etatistischen, dialogischen Rechtsverständnisses, den „zwischenmenschlichen Beziehungen“. Gehalten wird das ganze von den Deckeln einer strapazierten Grammatik; behalten kann es der Leser nicht.

Die Kurzfassung dagegen ist griffig und klar:

„Der Rechtsstaat verkörpert in sich den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung.“²⁰.

Dies ist zumindest der Form nach eine taugliche Definition. Der Inhalt scheint allerdings nicht konsensfähig gewesen zu sein. Ein einflußreicher Kommentator wie *Herzog* hat sich lieber *Sterns* Erklärungsversuch angeschlossen²¹, der weniger auf rechtsphilosophische Systeme als auf eine aktuellere, mehr juristisch klingende Begrifflichkeit verweist.

2. Elementereihung

Angesichts der geschilderten Definitionsschwierigkeiten erstaunt es nicht, daß fast alle Autoren, die sich auf das Rechtsstaatsprinzip einlassen, nach einer mehr oder minder kurzen Einleitung zu einer additiven Darstellung übergehen und sogenannte fundamentale Merkmale oder Elemente des Prinzips auflisten. Mit diesem Ansatz folgen sie einem Postulat des Bundesverfassungsgerichts, das bereits in einer frühen Entscheidung die Existenz und Verbindlichkeit fundamentaler Rechtsstaatselemente behauptet²². Dabei besteht allerdings Einigkeit, daß diese „durchaus unterschiedlich gedeutet“ werden können²³. Ermunterung zur Divergenz kommt auch von Seiten des Gerichts selbst, das, ohne die Geltung des Rechtsstaatlichkeitsgebots „im ganzen“ und die Existenz von dessen Elementen in Zweifel zu ziehen, meint, die Rechtsstaatsklausel enthalte keine „in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang“; Rechtsstaatlichkeit sei ein „Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten“ bedürfe²⁴. Wenn die zweite Aussage (die Rechtsstaatsklausel sei konkretisierungsbedürftig) auch etwas an sich Selbstverständliches beschreibt²⁵, wirkt sie doch im Verein mit der ersten (die vom

²⁰ *Ulrich Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: *Forsthoff* (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 461 ff., S. 490 f.

²¹ Siehe Fn. 8.

²² BVerfGE 7, 89 [92 f.]; 53, 115 [127]; 65, 283 [290].

²³ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 183, S. 77.

²⁴ BVerfGE 7, 89 [92 f.]; 11, 64 [72]; 35, 41 [47 f.]; 65, 283 [290]; 74, 129 [152].

²⁵ Da jeder abstrakte Rechtssatz im Anwendungsfall konkretisiert werden muß, lassen sich informative Aussagen allenfalls über den (graduell zu bestimmenden) Umfang der Normdichte

Rechtsstaatsbegriff umfaßten Gebote und Verbote seien nicht eindeutig bestimmt) wie der Verzicht auf die Erarbeitung eines spezifizierenden Normprogramms.

Aus diesem Grund kommt den Bemühungen des Schrifttums, die vom Bundesverfassungsgericht angesprochenen Elemente zu präzisieren, besondere Bedeutung zu. Eine begriffliche Rekonstruktion, wie sie hier beabsichtigt ist, wird, auch wenn sie die schlichte Katalogisierung einzelner Bestandteile überschreiten sollte, nicht ohne eine eingehende Auseinandersetzung mit den bisherigen, mehr oder weniger dogmatisch verfestigten Inhaltsbestimmungen durch die rechtsstaatliche Elementelehre auskommen. Nicht die reine Theorie kann Grundlage der angestrebten Begrifflichkeit werden, sondern nur diejenige Formation, die sich in der gegenwärtigen Dogmatik im Wechselspiel von Praxis, Ideenhorizont und Institutionalisierung zeigt.

Da die Elementelehre also als das Kernstück der herrschenden Rechtsstaatsdoktrin auf akademischem wie juridischem Feld anzusehen ist, soll im folgenden beschrieben werden, was Lehre und Rechtsprechung zu diesen sogenannten Bestandteilen des Rechtsstaatsprinzips rechnen. Dabei sollen das Vorstellungsbild und die Terminologie von Rechtsprechung und Lehre zunächst wiedergegeben, mit Blick auf die anschließenden Systematisierungsversuche im III. Teil der Arbeit aber bereits erläutert und diskutiert werden. Aus diesem Grund ist kein neutrales Register zu erwarten. Die Originalität, die aus fast jedem verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Beitrag zum vorliegenden Thema spricht, führt zu einer – für die vorliegenden synoptischen Zwecke – unhandlichen Vielgestaltigkeit.

So stellt jeder Autor die von ihm ermittelten Rechtsstaatsmerkmale in einer anderen Zusammenstellung vor, entschließt sich zu einer eigenen Gewichtung, normlogischen Zuordnung und Reihenfolge. Eine Bestandsaufnahme, die nicht unübersichtlicher als die gängigen Einzeldarstellungen sein will, muß diese Literatur deshalb bereits in der deskriptiven Phase gestaltenden Eingriffen unterwerfen. Besonders gravierend wirkt sich dabei aus, daß der vorgefundene Stoff bereits auf der Ebene der Begriffsbildung vereinheitlicht werden muß. Kreisen mehrere Bezeichnungen um den gleichen Punkt (wie z.B. „Publizitätsprinzip“, „Öffentlichkeit staatlichen Handelns“ und „Verkündungspflicht“), wird man sich im Sinne einer effektiven Wissensorganisation für einen von ihnen entscheiden müssen. Desgleichen kommt man nicht umhin, Begriffe umzuformulieren, bei denen der Element-Charakter nur aus dem Kontext der jeweiligen Darstellung deutlich wird. Beispielsweise kann man ein Merkmal namens „Ermessen“ oder „Verweisungen“²⁶, auch wenn dies in Darstellungen zum Rechtsstaat titelgebend ist, nicht in die Elementen-Liste aufnehmen; hier muß ausgesprochen werden, um welches Erfordernis es sich in dem genannten Problembereich handelt.

anstellen. Daß Leitprinzipien (Staatsfundamentalnormen), insbesondere wenn sie nur in geringem Umfang dogmatisch spezifiziert sind, einen höheren Konkretisierungsaufwand erfordern als andere Vorschriften, bedarf ebenfalls keiner besonderen Feststellung.

²⁶ Gemeint ist das Bestimmtheitsgebot bei Verweisungen durch den Gesetzgeber.

Ein besonders weitgehender Eingriff liegt in der Entscheidung für eine bestimmte Reihenfolge. Die neutralste Form der Anordnung wäre sicherlich die alphabetische gewesen. Zugunsten der Lesbarkeit wurde jedoch eine andere Systematisierung gewählt. Bei einer bloßen Auflistung nach dem Alphabet hätte man sich außerdem um alle bisherigen Strukturierungsleistungen der Literatur gebracht. Natürlich hat jeder Verfasser versucht, die von ihm ermittelten Merkmale in eine plausible Ordnung zu überführen. Wenn die Gliederungsstränge dabei auch oft nur kurz bleiben und der rote Faden am Ende der Darlegung manches Mal unter der Anhäufung von Anwendungsfällen verlorengeht, soll dieser Ordnungsgewinn doch nicht unterschlagen werden.

Als beste Lösung erschien es deshalb, sich an einem bekannten Lehrtext zu orientieren. Dabei fiel die Wahl auf den Abschnitt zum „Rechtsstaat“ in *Sterns Staatsrecht*, der für die aktuelleren, konstruktiven Arbeiten zum Rechtsstaat paradigmatisch sein dürfte.

Angemerkt sei noch, daß sich die Entscheidung für die *Sternsche* Reihenfolge nicht auf die Gestaltung seiner Gliederungsebenen erstreckt hat. Dies ist schon darin begründet, daß *Stern* etlichen Gliederungspunkten kein Rechtsstaats-element, sondern einen Exkurs (z.B. zur Geschichte der Enteignungsentschädigung) zugeordnet hat. Im übrigen weicht *Stern* in der Gewichtung, die durch die Gliederung zum Ausdruck kommt, in einigen Fällen erheblich vom Standard der übrigen Literatur ab²⁷.

Da hinsichtlich der Akzentuierung und der Binnenstruktur innerhalb der einzelnen Elementkomplexe besonders viele Diskrepanzen zwischen den einzelnen Autoren auftreten, ist im folgenden nach Möglichkeit auf eine Tiefengliederung verzichtet worden. Mit jedem Gesichtspunkt in *Sterns* Text, der mehrheitlich als Rechtsstaats-element anerkannt ist, wird also in der Regel auch ein neuer Gliederungsabschnitt begonnen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß Elemente, die von anderen Verfassern erwähnt werden, aber nicht – oder nicht so – in *Sterns* Darstellung vorkommen, an den als sachlich möglichst passend empfundenen Stellen eingefügt wurden. Dabei sind, ebenso wie bei den Ausführungen *Sterns*, keineswegs nur Aussagen berücksichtigt worden, mit denen explizit ein fundamentales Element des Rechtsstaats beschrieben wurde. Angesichts der schwankenden Terminologie, der oft unerkennbaren Grenzziehung zwischen „wesentlichen“ Elementen, daraus entwickelten Unterbegriffen, weniger wichtigen Merkmalen, Spezifikationen, Folgerungen und bloßen Anwendungen ist insgesamt auf eine Abstufung der angeführten Merkmale verzichtet worden. Aufgenommen wurde jede mit Allgemeinheitsanspruch vorgetragene Aussage mit Normcharakter, die explizit oder implizit so dargestellt wird, als sei sie aus der Rechtsstaatsidee hergeleitet oder offenkundig mit ihr vorauszusetzen.

²⁷ Das „Gebot zur Klarheit und Bestimmtheit“, das *Stern* selbst als eine „der wichtigsten Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips an das Gesetz“ bezeichnet, erscheint bei ihm beispielsweise erst als Gliederungspunkt 4. f) b) nach Punkt 4. e) („faïres und die Rechte der Bürger wahren des Verwaltungsverfahren“), Staatsrecht I, S. 829.

Auf diese Weise ist ein Katalog zustande gekommen²⁸, dessen Umfang für manchen Kritiker bereits Argument genug für eine Abschaffung des juristischen Topos Rechtsstaat sein dürfte. Andererseits verschafft nur der umfassende Überblick ausreichendes Material, um auch die gesuchten neuen Gesichtspunkte zu gewinnen, ohne die eine Strukturierung des normativen Volumens nicht zu erhoffen ist.

II. Normen, die als Rechtsstaatselemente gelten

1. Verfassungsstaatlichkeit

Der Rechtsstaat ist ein verfaßter Staat. Die Verfassung organisiert die politische Macht und lenkt sie in normierte Bahnen. Sie gibt einem Gemeinwesen „Maß und Form“²⁹, indem sie dessen Bestand und Entwicklung in Grundzügen rechtlich regelt³⁰.

a) Die Verfassungs idee, wie sie für das Rechtsstaatsprinzip maßgeblich ist, hat zwei verschiedene Wurzeln: zum einen die Kodifikationsbestrebungen, die im Namen der Vernunft und auf Initiative aufklärerisch gesonnener Monarchen das Recht in ein überschaubares, abstraktes Gleichmaß bringen wollten, zum anderen die viel ältere Idee der vertraglichen Herrschaftsbindung. Diese zeigte sich in einer polygonalen Gegenseitigkeitsbeziehung, deren Rechtsinhalt durch Gewohnheiten und eine zeitübergreifende Sammlung verschiedener Verpflichtungserklärungen festgehalten war³¹.

Nachdem sich Amerika und Frankreich als erste Nationen eine Verfassung des modernen, abstrakten Typs gegeben hatten, wurde diese Idee auch in den deutschen Ländern populär. Im Laufe der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erreichte das emanzipierte Bürgertum sein Ziel, den absoluten Machtanspruch der Krone einzudämmen und in ein konstitutionelles System zu überführen³². Dieser Kampf wurde von Beginn an, besonders im Südwesten Deutschlands, unter dem eben aufgekommenen Leitbegriff des Rechtsstaats geführt³³. Seitdem ist der Rechtsstaatsbegriff mit dem der Verfassungsstaatlichkeit verbunden³⁴. In

²⁸ s. u. Abschnitt III: „Zusammenstellung der genannten Rechtsstaatselemente“.

²⁹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 193, S. 80.

³⁰ Peter Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee, Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts [HbdtStR], Bd. VII, S. 33 ff., Rn. 1, S. 34.

³¹ Diese Form der Normativität bezeichnet Günter Barudio als „Kumulierte Verfassung“ (Das Zeitalter des Absolutismus und der Aufklärung. 1848–1779, S. 27 passim).

³² „Nicht die Macht des Fürsten, sondern rechtlich geordnete Staatsmacht sollte herrschen“, Stern, Staatsrecht I, S. 787.

³³ Dazu unten 2. Teil, Kap. I 1.

³⁴ Von der Verfassung als Krönung des Rechtsstaats spricht Herbert Krüger, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS Smend, S. 151 ff.

Preußen war der Rechtsstaatsbegriff schon in vorkonstitutioneller Zeit anerkanntes Staatsrechtsdogma³⁵.

b) Nach einer unbestrittenen, aber auch nur vereinzelt geäußerten Meinung muß der Inhalt einer rechtsstaatlichen Verfassung urkundlich festgehalten werden. Daraus ergibt sich die Forderung nach der

– Schriftlichkeit der Verfassung³⁶.

Diese Auffassung ist insofern nicht unproblematisch, als ausgerechnet das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz nicht mit der vielleicht wünschenswerten Ausdrücklichkeit niedergelegt ist, so daß seine Geltung, insbesondere seine Verortung in Art. 20 Abs. 2 oder 3 GG und seine Änderungsfestigkeit gemäß Art. 79 Abs. 3 GG interpretativ erschlossen werden muß. Unterstellt, daß gesetzliche Aussagen, die sich nicht bereits durch eine wörtliche Auslegung ermitteln lassen, nicht als schriftlich angesehen werden³⁷, könnte damit die Frage aufgeworfen werden, ob das Rechtsstaatsprinzip nach seinen eigenen Kriterien überhaupt Bestandteil der grundgesetzlichen Ordnung ist.

c) Wenn Verfassungsstaatlichkeit als Rechtsstaatsselement angesprochen wird, ist kein inhaltlich vollkommen neutrales Regelwerk gemeint. Vor der Tradition der ideengeladenen Kämpfe um Konstitutionen und deren Verwirklichung werden notwendigerweise Themen sichtbar, von denen man (wenn nicht ausdrücklich, so doch selbstverständlich) erwartet, daß sie von einer Verfassung behandelt werden³⁸. Hierzu gehören wenigstens zwei Fragenkreise: Wie soll der Hoheitsträger (Krone, Staat, Volk) seine Macht ausüben, und auf welche Weise sollen gewisse Beziehungen zwischen ihm und den übrigen Verfassungsadressaten (Untertanen, Bürger) beschaffen sein.

Mit diesen Regelungsgegenständen werden, gleichgültig, welche Antwort das Verfassungsgesetz gibt, wenigstens einige Sektoren hoheitlicher Gewaltausübung dem Recht unterstellt und die Existenz bestimmter, rechtlich beschreibbarer Beziehungen zwischen dem Hoheitsträger und den Hoheitsunterworfenen

³⁵ Maßgeblich war dort das Wirken des *Friedrich Julius Stahl* (dazu unten, 2. Teil, Kap. III), dessen Rechtsphilosophie mit der berühmten Rechtsstaatsdefinition in den dreißiger Jahren erschien (1. Aufl. unter dem Titel: *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 1830–1837, später: *Die Philosophie des Rechts*). Die Definition findet sich im 2. Bd., *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 2. Abth., *Die Lehre vom Staat und die Principien des deutschen Staatsrechts*, 6. Aufl., S. 137 f.

³⁶ Die wohl herrschende Meinung behauptet allerdings nicht explizit, daß Schriftlichkeit eine unerläßliche Bedingung für Verfassungs- und damit Rechtsstaatlichkeit sei, vgl. *Herzog*, in: MD, Art. 20, VII., Rn. 54; *Albert Bleckmann*, GYIL Bd. 20 (1977), 1978, S. 406 ff., S. 408, der die Notwendigkeit der schriftlichen Verfassung im Hinblick auf BVerfGE 37, 271 [285] (Solange I) betont.

³⁷ In einer frühen Entscheidung zählt das Bundesverfassungsgericht das Rechtsstaatsprinzip zu den „ungeschriebenen“ Verfassungsgrundsätzen, BVerfGE 6, 32 [41].

³⁸ BVerfGE 1, 14 [61]: „Jeder verfassungsgebenden Versammlung ist außerdem eigentümlich, daß ihr Auftrag gegenständlich beschränkt ist“.

angenommen. Damit impliziert das Rechtsstaats Element Verfassung die Idee der

- rechtlichen Regulierung hoheitlichen Handelns,

einen, wie auch immer gestalteten, nur partiellen

- Primat des Rechts vor der Macht³⁹

und die Denkbarkeit eines

- Rechtsverhältnisses zwischen Hoheitsträger und Hoheitsunterworfenen⁴⁰.

In der Literatur werden im Bemühen, dem *Pouvoir constituant* Grenzen zu setzen, von Autoren wie *Böckenförde* oder *Starck*⁴¹ weitere Vorgaben erwogen, die zugleich als inhaltliche Voraussetzungen des Verfassungsbegriffs verstanden werden können. Da diese Überlegungen nicht als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips vorgestellt werden, aber durchgängig Gesichtspunkte ansprechen, die im folgenden als „Elemente“ von Rechtsstaatlichkeit behandelt werden sollen, wird vorliegend auf eine nähere Darstellung verzichtet.

d) Mit der Rechtsqualität sowohl der hoheitlichen Machtausübung als auch der Verhältnisse zwischen Hoheitsträger und Hoheitsunterworfenen wird eine öffentlichrechtliche Ordnung geschaffen. Diese Ordnung schließt Möglichkeiten hoheitlicher Gewaltausübung wie auch Widerstand gegen hoheitlich ausgeübte Gewalt aus. Mit Blick auf den ersten Gesichtspunkt kann man diese Eigenschaft des Rechtsstaats als eine Limitierung von Hoheitsgewalt verstehen. Autoren, die sich auf die Organisationsform Staat konzentrieren, charakterisieren den Rechtsstaat entsprechend als eine

- Limitierung von Staatsmacht⁴².

Diese Sehweise, die *Hesse* in den sechziger Jahren noch als „durchweg vorherrschend“ erschien⁴³, ist in blendender Weise von *C. Schmitt* formuliert worden.

³⁹ *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: *M. Tohidipur* (Hg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, S. 290 ff.

⁴⁰ „Verfassungen begründen stets ein Dauerrechtsverhältnis“, *Hans-Peter Schneider*, Die verfassungsgebende Gewalt, in: HbdStR VII, S. 3 ff., Rn. 31, S. 19. Die Frage nach dem Grundverhältnis zwischen Staat und Bürger – Subjektion mit partieller Rechtsförmigkeit oder ein umfassendes allgemeines Rechtsverhältnis – ist damit noch nicht beantwortet.

⁴¹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbe-griiff des Verfassungsrechts, S. 18 ff.; *Christian Starck*, Kommentierung der Präambel, in: *H. v. Mangoldt, Klein, Starck*, Das Bonner Grundgesetz [v. *Mangoldt / Klein / Stark*, GG], Bd. I, 3. Aufl., Präambel, Rn. 9; siehe auch: *H.-P. Schneider* (Fn. 40), Rn. 29 ff., S. 18 ff.

⁴² „Den gemeinsamen Kern bildet die Idee der Selbstbeschränkung der Staatsmacht durch das Recht“, *Baratta* (Fn. 1), S. 7.

⁴³ *Hesse* benennt als Anhänger der Schmittschen These vom fundamentalen „Verteilungs-prinzip“ des Rechtsstaats *Werner Kagi*, *Friedrich Klein* (Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZgStW, Bd. 106 (1950), S. 390 ff., 402) und *Richard Bäuml* (Die rechtsstaatliche Demokratie, S. 50), Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, S. 311, Anm. 49. In neuerer

Demnach soll dem Rechtsstaat ein fundamentales Prinzip zugrundeliegen, nach dem die Freiheitssphäre des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnis des Staates, in diese Sphäre einzugreifen, aber prinzipiell begrenzt sei⁴⁴. Mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis dieses „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips“ wird eine Polarität zwischen Staat und Freiheit, Staat und rechtsgeschützter Gesellschaft, Staat und Recht suggeriert. Mit diesen als „Prinzipien“ ausgegebenen Entgegensetzungen wird das komplexe Verhältnis gegenseitiger Bedingtheiten, die den modernen Verfassungsstaat ausmachen, auf eine Scheinalternative (*Hesse*)⁴⁵ verkürzt, die sich polemisch nutzen läßt: Rechtlichkeit kann nun als eine Form der Staatsverhinderung präsentiert werden⁴⁶. Der Rechtsstaat erscheint als Anti-Staat, als bürgerlich-subtiles Mittel, das im Kampf gegen den Machtstaat Staatsohnmacht zur Folge hat.

Hintergrund dieser Sehweise ist ein Bild, nach dem der Staat zunächst als machtvolle politische Einheit in einem Raum jenseits aller Rechtlichkeit wie eine Bestie in ihrer natürlichen Wildheit existiert, dann aber, domestiziert, seiner scharfen Sinne – zwischen Freund und Feind zu unterscheiden – beraubt, in einem bürgerlichen, jeglicher Größe entbehrenden Zeitalter mit Hilfe des Konstruktes Rechtsstaat in Fesseln gelegt wird. In diesem Szenario führt jede Verrechtlichung zu einer Verminderung staatlicher Macht und einer Vermehrung bürgerlicher Freiheit: Die Freiheit als Ruin des Staates. Carl Schmitt findet in diesem Zusammenhang die bestechende Formulierung, Freiheit konstituiere nichts⁴⁷.

In der heutigen Grundrechtsdogmatik lebt die Antinomie zwischen Staat und Recht noch immer, wenn auch ohne die *Schmittschen* Überzeichnungen, fort.

Gröschner weist darauf hin, daß in der Grundrechtslehre noch immer angenommen wird, es gäbe einen Staat jenseits allen Rechts, dem – vorrechtliche – Unterwerfungsmacht gegenüber dem Bürger zustünde. Der Bürger steht nach diesem Modell dem Staat gegenüber und ist mit einer ebenfalls vorrechtlichen Freiheit ausgestattet⁴⁸. Die vorrechtliche Freiheit des Bürgers begründet nach der Lehre *Jellineks* den sogenannten Status. Der Status ist folglich selbst kein

Zeit: *Ulrich Karpen*, Der Rechtsstaat des Grundgesetzes. Bewährung und Herausforderung nach der Wiedervereinigung Deutschlands.

⁴⁴ *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126 ff.

⁴⁵ *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, S. 307.

⁴⁶ „Eine Verfassung, die nichts als diese bürgerlich-rechtsstaatlichen Sicherungen enthielte, wäre undenkbar; denn der Staat selbst, die politische Einheit, also das zu Kontrollierende muß vorhanden sein oder gleichzeitig organisiert werden“, *C. Schmitt* (Fn. 44), S. 41. Entsprechend erhält der Begriff „Rechtsstaat“ seine Bedeutung aus einer Reihe von Gegensätzen: Rechtsstaat / Machtstaat; *liberté du citoyen* / *gloire de l'état*; Polizei- und Wohlfahrtsstaat / der Staat, der sich auf die Rechtsgarantie beschränkt, ebd. S. 130. Siehe auch S. 200, wo *Schmitt* die „beiden Prinzipien“ des Rechtsstaats als ein bloßes System von Schranken und Kontrollen darstellt: sie konstituierten keinen Staat, sondern seien lediglich ein Garantie der bürgerlichen Freiheit und eine „Relativierung staatlicher Macht“.

⁴⁷ *C. Schmitt* (Fn. 44), S. 200 (wiedergegeben als ein Wort *Mazzinis*).

⁴⁸ *Rolf Gröschner*, Das Überwachungsrechtsverhältnis, S. 87 ff.

Recht, sondern nur Anknüpfungspunkt für Rechte⁴⁹. Die Leistung des Status besteht darin, „Freiheit vor gesetzeswidrigem Zwang“⁵⁰ zu gewähren. Dies aber setzt die Unterwerfung unter die gesetzliche Normierungsgewalt des Staates voraus. Der Status negativus, mit dem das gesetzeswidrige Staatshandeln abgewehrt werden kann, ist ohne den Status subiectionis, die Unterwerfung unter die staatliche Rechtsetzungsmacht, nicht denkbar⁵¹. Deshalb, so bemerkt *Gröschner*, kann für *Jellinek* die grundlegende Beziehung zwischen Bürger und Staat kein Rechtsverhältnis, sondern muß ein Unterwerfungsverhältnis sein⁵².

Ein Staatsverständnis, in dem Recht und Staat bzw. Bürger und Staat als prinzipielle Antinomien vorausgesetzt werden⁵³, ist aber weder empirisch noch normativ auf dem Boden des Grundgesetzes vertretbar.

aa) Zum einen entbehrt der Ansatz der historischen Grundlage. Der moderne Staat, der sich immer weniger über tradierte Rollenverständnisse oder religiöse und ethische Sinnsysteme organisieren konnte, fand im Recht ein Handlungssystem, das ihm eine verlässliche Formation erlaubte⁵⁴. Diese Entwicklung verlief in mehreren Schüben; sie begann mit dem Verlust der Glaubenseinheit, steigerte sich im Deutschland des 19. Jahrhunderts, als das Charisma der Krone verblaßte, und gipfelte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, als auch die letzten außerrechtlichen Ordnungsquellen ihre Bindungswirkung eingebüßt hatten. Im Gegensatz zu allen anderen Ordnungsmustern hatte das Recht seit jeher den Vorzug, gesinnungsmäßig neutral und rational kalkulierbar zu sein. Es ließ sich an die sich stetig beschleunigende technisch-ökonomische Entwicklung anpassen, planmäßig ausbauen und durch die Verwalter der Ordnung selbst gestalten⁵⁵. Mit den Worten *Luhmanns*: Das Recht stabilisierte sich durch ein explizites, selbsterarbeitetes Entscheidungsprogramm⁵⁶. Diese „außerordentlich seltene, voraussetzungsvolle Leistung“ brachte nicht nur den Staat und das Recht in eine unauflösliche Wechselbeziehung, sondern verknüpfte auch Staat und Recht mit

⁴⁹ *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 83 f. Dazu *Gröschner* (Fn. 48), S. 88.

⁵⁰ *Jellinek* (Fn. 49), S. 103.

⁵¹ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 281; *Gröschner* (Fn. 48), S. 87 f.

⁵² *Gröschner* (Fn. 48), S. 88. *Gröschner* sieht mit *Wilhelm Henke*, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, S. 621 ff., S. 624, die Beziehung zwischen Staat und Bürger als ein allgemeines (Verfassungs-)Rechtsverhältnis (S. 86 ff., 110 ff., 213 ff.). Diese Ansicht wird auf Art. 1 Abs. 3 GG gestützt. Mit Blick auf diese positivrechtliche Grundlage muß *Gröschner* deshalb *Robert Alexy* widersprechen, der sich dem Geist der *Jellinekschen* Status-theorie verpflichtet fühlt und deshalb meint, daß „der Inhalt des negativen Status ... zur Disposition des Gesetzgebers“ stünde (*Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., S. 19, 244).

⁵³ Dazu: *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit.

⁵⁴ *Herbert Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, 1970, S. 1, stellt daher der Rechtsstaatskonzeption, in der das Recht nur als Mittel der Herrschaft eingesetzt wird, ein Modell gegenüber, in dem das Recht das Maß der Herrschaft ist.

⁵⁵ *Niklas Luhmann*, Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaats, in: *Tohidipur* (Hg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, S. 101 ff., S. 104 ff.

⁵⁶ *Luhmann* (Fn. 55), S. 106 f.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, S. 38 ff., 187 f., 552 ff.

der Gesellschaft. Ohne die Akzeptanz von Verhaltensformen, die teilweise bereits rechtsförmig sind oder sich in Rechtsförmigkeit transformieren lassen, kann das Recht, das dem Staat die Struktur geben muß, nicht wirksam werden⁵⁷. Das Formprinzip „Staat“ hat sich damit im beschriebenen Zeitraum nicht als Widerpart, sondern *in Gestalt* von Rechtlichkeit entwickelt – sei es über vertraglich oder gesetzlich gesicherte Befugnisse, Regeln oder Institutionalisierungen⁵⁸.

bb) Der normative Aspekt ergänzt den empirischen: Das Grundgesetz postuliert an keiner Stelle „den Staat“ als vorrechtliche oder gar dem Recht entgegengesetzte Entität⁵⁹. Staatlichkeit wird vielmehr allein als das Zusammenspiel von einigen *durch das Recht geschaffenen* Organen und Formen hoheitlicher Herrschaftsausübung thematisiert. Ohne die insofern wichtigsten Vorschriften, Art. 20 Abs. 2 und 3 GG für die drei Gewalten und Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 GG für Bund und Länder, käme das Gebilde „Staat“ aus dem Text des Grundgesetzes überhaupt nicht in Sicht.

Charakteristischerweise ist an entscheidender Stelle auch nie vom „Staat“, sondern vom „Bund“ und den „Ländern“, der „Gesetzgebung“, „vollziehenden Gewalt“ und „Rechtsprechung“ die Rede⁶⁰. Wenn Art. 20 Abs. 1 GG von der „Bundesrepublik Deutschland“ spricht, ist dies aus dem Kontext als Akt der Benennung und der (wiederum rechtlichen) Inhaltsbestimmung zu verstehen. Das Wort „Staat“ kommt bezeichnenderweise erst vor, als es darum geht, in untechnischer Weise den Anspruchsgegner in Amtshaftungsfällen namhaft zu machen (Art. 34 Satz 1 GG). Außerdem erscheint es als Teil rechtlich vielfach bestimmter Komposita wie im demokratischen und sozialen Bundesstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) oder im republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Wenige Male wird der Ausdruck immerhin als Ad-

⁵⁷ „Besonders die Erfahrungen der Entwicklungsländer haben unübersehbar deutlich gemacht, daß die Proklamation von Verfassungen und die Ausarbeitung von Gesetzen nach bewährten Vorbildern allein nicht genügt, daß es nicht allein auf die richtigen Prinzipien und rechtsstaatlichen Werte ankommt, ja daß nicht einmal eine langfristige Erziehung eines Beamtenkörpers zu rechtstreuer Gesinnung Erfolg verspricht, wenn nicht weitere gesellschaftliche Voraussetzungen erfüllt sind, die von der Art der Familienstruktur über die Formen der Preisfestlegung beim Kauf bis zu den typischen Verfahren der Interessenartikulation und -generalisierung in politischen Zusammenhängen reichen. Wo es an diesen Voraussetzungen fehlt, bleibt das juristische Regelwerk Symbol einer gewollten Modernität, Form und Fassade, während sich die Wirklichkeit des Handelns nach anderen, elementaren und vorwiegend partikularen Verhaltenserwartungen richtet“, *Luhmann* (Fn. 55), S. 106 f.; dazu anschaulich: *Joao Mauricio Adeodato*, Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder, *Rechtstheorie*, Bd. 22 (1991), S. 108 ff., 120 ff.

⁵⁸ „Entgegen der heute noch vorherrschenden Lehrmeinungen der „Deutschen Staatslehre“ hat sich der moderne Staat nicht nach Maßgabe eines Dualismus ... entwickelt, sondern im Geist einer fundamentalen Vertrags-Trichotomie zwischen Fürst, Rat und Ständen“, *Günter Barudio*, *Politik als Kultur. Ein Lexikon von Abendland bis Zukunft*, Stichwort „Drittwesen“, S. 69.

⁵⁹ Gegen den Ausdruck Staat als Substantiv im Singular in juristischem Kontext auch *Gröschner*, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, S. 90, 92, 95.

⁶⁰ Siehe dazu auch *Gröschner*, ebd. S. 214.

ktiv verwendet: staatliche Befugnisse, staatliche Aufgaben. Die „staatliche Gewalt“, auf die sich Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG bezieht, meint den Adressaten einer Verpflichtung. Die „Staatsgewalt“ in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG schließlich wird ebenfalls nicht als etwas Substantielles, gar Vorrechtliches oder Nichtrechtliches präsentiert, sondern eher als eine ideelle Konstruktion, mit deren Hilfe, ähnlich wie bei der juristischen Sekunde, die Volksmacht in eine durch drei rechtskonstituierte Organe ausgeübte Gewalt transformiert werden soll. Da damit „der Staat“ nicht ein einziges Mal als eigenständiges Rechtssubjekt angesprochen wird⁶¹ – selbst im Außenverhältnis heißt es „der Bund“ (Art. 59 Abs. 1 Satz 1, Art. 32 Abs. 1 GG) –, kann man ihn aus juristischer Sicht unmöglich als etwas Vorrechtliches, lediglich durch das Recht Limitiertes begreifen. Unzweifelhaft ist schließlich, daß das Grundgesetz die von ihm konstituierten Facetten von Staatlichkeit immer nur als *Formationen in rechtlicher Bindung* konzipiert. Durch Art. 20 Abs. 3 GG sind die Gewalten, welche die Volksmacht ausüben, an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden. Dies verstärkt Art. 1 Abs. 3 GG, indem er die Gebundenheit dieser Gewalten durch die Grundrechte ausspricht. Schließlich begründet Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu schützen.

Für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger bedeutet dies, daß im Grundverhältnis der einzelne nicht schlicht herrschaftsunterworfen sein kann. Seine Beziehung zu Hoheitsträgern beschränkt sich nicht darauf, kraft seines Status gesetzeswidrige Eingriffe abzuwehren und einige gesetzlich konzidierte Teilhabe- und Mitwirkungsrechte wahrzunehmen. Es mag einzelne Konstellationen geben, die sich auf diese Weise begreifen lassen, und es mag auch der Befindlichkeit des postmodernen Bourgeois entsprechen, der Staatlichkeit entweder als Service oder als Zumutung erlebt; die Konzeption des Grundgesetzes sieht jedoch anders aus. Die Verfassung von 1949 hat dezidiert den Antagonismus Staat versus rechtsbewehrte Gesellschaft zugunsten einer rechtsförmigen, differenzierten Gesamtorganisation abgelöst, bei der das Volk Träger aller staatlichen Gewalt ist (Phase I), diese durch rechtlich konstituierte Organe ausübt (Phase II und III) und sich so letztlich über den Umweg der Gesetzgebung, Vollziehung und das Korrektiv der Rechtsprechung selbst ordnet (Phase IV).

Eine lesenswerte Widerlegung der Konzepte, die Staat und Gesellschaft trennen und anstelle der Rechtsbeziehungen Gewaltverhältnisse erkennen, findet sich in *Schachtschneiders* Werk „Res publica res populi“. Selbst wenn man nicht mit *Schachtschneider* in der Philosophie *Kants* den alleinigen Schlüssel zum Grundgesetz sieht, wird man seinem Einwand Beachtung schenken müssen, daß „Ordnung“ nicht notwendigerweise „Herrschaft“ bedeutet⁶². In der Lehrbuch-

⁶¹ Die Ausnahme in Art. 34 Abs. 1 GG (Haftungsüberleitung) ist nicht wörtlich zu nehmen; die Ansprüche sind selbstverständlich nicht gegen „den Staat“, sondern gegen den Bund oder ein Land zu richten.

⁶² *Karl Albrecht Schachtschneider*, *Res publica res populi*. Grundlegung einer allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 14 ff., 71 ff., 135 ff., 139 ff.

literatur spricht sich besonder *Faber* konsequent gegen die Beharrlichkeit des antiquierten Dualismus aus⁶³.

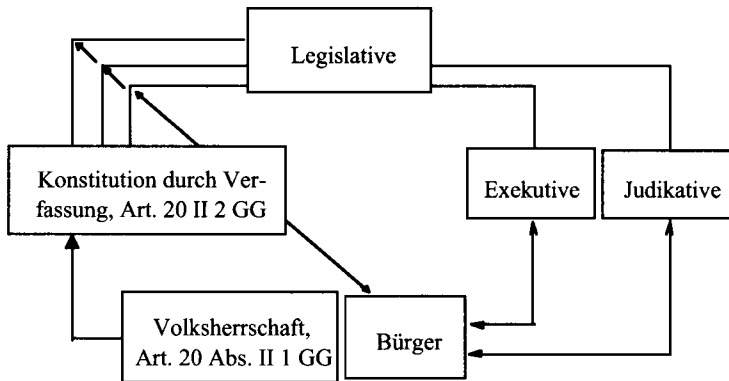


Schaubild 1: Vernetzung von Volk und staatlicher Gewalt

Die vielfältige Grundbeziehung zwischen Bürger, Volk und Staatsgewalten wurde hier bewußt in ein Schaubild umgesetzt, um der seit Generationen eingepägten Zweiwelten-Metapher (oben der Staat, unten der Bürger; hier die Gesellschaft, dort der Staat; innen – impermeabel – der Staat, außen das Recht) ein Gegenbild zu bieten. Dieses zeigt nicht nur, daß tatsächlich „alles komplizierter geworden“ ist⁶⁴, sondern auch, daß nach Maßgabe des Grundgesetzes kein Ansatzpunkt für eine der gewohnten Zweiteilungen erfindlich ist. Das Volk ist nicht reine „Gesellschaft“, noch geht es identitär im Staat auf, sondern es ist auch Staatsorgan, jedenfalls manchmal und teilweise, wenn es gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wählt und abstimmt oder sich gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG als Partei organisiert. Der Bürger wiederum ist als Teil des Volkes ebenfalls Teil eines (aspektweisen) Staatsorgans; zudem ist er etwa Schöffe, Bürgermeister, Mitglied eines Rundfunkrates, abstimmungsberechtigtes Mitglied von verschiedenen Körperschaften des Öffentlichen Rechts. Schließlich verbinden ihn mit den Ausübenden der Staatsgewalt verschiedene Rechtsverhältnisse⁶⁵: allge-

⁶³ Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 5 I, S. 29 ff.

⁶⁴ Uwe Wesel, Fast alles was Recht ist. Jura für Nichtjuristen, 1991, S. 61, siehe auch das Zitat in der Einleitung, Fn. 61.

⁶⁵ Zum Verwaltungsrechtsverhältnis siehe: Henke (Fn. 52); ders., Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL Heft 28 (1970), S. 149 ff., S. 156 ff.; Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL Heft 30 (1972), S. 193 ff., bes. S. 234; Peter Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. 18, 1979, S. 60 ff.; Norbert Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung: Grundlegung der Rechtsverhältnisstheorie; Görg Haverkate, Verfassungslehre, S. 47 ff.; Hartmut Bauer, Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, S. 261 ff., 273, 304 ff.

meine und besondere, Verwaltungs-, Prozeßrechts- und Verfassungsrechtsverhältnisse⁶⁶.

Mit dem Verzicht auf die alte Zweiteilung wird zwar eine einfache Orientierung zugunsten einer komplizierteren aufgegeben, auf klare Grenzziehungen aber trotzdem nicht verzichtet. Wenn auch alle Ordnung Ausdruck der Volkssouveränität ist und – im Zeichen säkularer, positiver Gesetzlichkeit – nicht von außen an die Gesellschaft herangetragen werden kann, fällt diese Konstruktion doch nicht als ein Insichgeschäft zusammen. Dank der subtilen Architektur des Grundgesetzes werden die einzelnen Segmente des verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Zirkels im Sinne rechtsstaatlicher Differenz voneinander getrennt gehalten⁶⁷. Diese Separierung – zwischen Repräsentierten und Repräsentanten, Bund und Ländern, den drei Gewalten und den unterschiedlichen Trägern öffentlicher Gewalt innerhalb dieser Untergliederungen – fingiert mit Hilfe der rechtlichen Begrifflichkeit und der dadurch geschaffenen Institutionen Differenzen innerhalb der basalen Einheit „Volksherrschaft“.

Auf diese Weise entsteht ein gegliederter Legitimationskreislauf, wonach rechtliche Entscheidungen und Regelungen ihren Weg vom Volk zum Gesetzgeber, vom Gesetzgeber zur vollziehenden Gewalt und von der Vollziehung zurück zum Volk gehen. Nach dem Willen des Grundgesetzes wird die Einsinnigkeit dieses Hauptstroms jedoch durch verschiedene Quer- und Rückflüsse modifiziert. Erwähnt seien neben den Verfassungs- und Verwaltungsrechtsverhältnissen nur das Institut der Petition gemäß Art. 17, 45 c GG, die Volksvertretungen und die Selbstverwaltungsrechte auf kommunaler Ebene gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG und die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG, die mit der Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle eine Brücke vom individuellen Rechtsschutzverfahren in die Domäne des Gesetzgebers schlägt.

⁶⁶ Verfassungsrechtsverhältnisse sind „grundgesetzlich bestimmte allgemeine Rechtsverhältnisse zwischen allen Trägern staatlicher Gewalt und allen Grundrechtsträgern“, *Gröschner* (Fn. 48), S. 215. Im Verfassungsrechtsverhältnis werden die Grundrechte und die staatlichen Befugnisse, wie insbesondere die, Gesetze zu erlassen, „auf eine Ebene“ gestellt (ebd. S. 89, S. 112). Den Begriff des Verfassungsrechtsverhältnisses verwendet auch BVerfGE 13, 34 [72] (dazu: *Gröschner*, ebd. S. 89 f.). – Verfassungsrechtsverhältnisse sind zugleich „allgemeine Rechtsverhältnisse“, weil sie nicht durch besondere Rechtspositionen und besondere Rechtskorrelationen bestimmt sind, sondern „durch Verfassungspositionen, die in dem Sinne allgemein sind, daß die Beziehung zu den Adressaten der jeweiligen Gegenposition noch unbestimmt ist“, *Gröschner*, ebd. S. 89 f., „Besondere“ Rechtsverhältnisse bestehen – wie schon der Name sagt – aus besonderen, meist einfachgesetzlich bestimmten Beziehungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem bzw. zwischen den durch sie geltend gemachten Rechten und Pflichten“. In einem konkreten wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fall ergäbe dies folgendes Überwachungsrechtsverhältnis: der überwachungsbehördlichen Regelungsbefugnis entspräche eine unternehmerische (Duldungs-)Pflicht, während das Recht des Unternehmers – z.B. auf Erteilung einer Erlaubnis – mit der Pflicht der Behörde – die Erlaubnis zu erteilen – korrelierte, *Gröschner*, ebd. S. 89, 147.

⁶⁷ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, in: *Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann* (Hg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, S. 407 ff., S. 421.

cc) Mit diesen Überlegungen müssen die dualistischen Konzepte, welche die liberal-etatistischen Modelle des vergangenen Jahrhunderts perpetuieren, als nicht mehr verfassungskonform qualifiziert werden.

Dies gilt in besonderem Maße für einen Staatsbegriff *Schmittscher* Prägung; mit dieser Denkweise löst man sich nicht nur vom gegenwärtigen Verfassungsrecht, sondern entschließt sich auch für einen Mythos, in dem die Einheit über die Pluralität, das Größere über das Kleinere und die Organisation über die Individuen triumphiert⁶⁸.

Fragwürdig ist aber auch die häufig wiederholte Auffassung *Forsthoffs*, demzufolge es ersichtlich sei, daß der Rechtsstaat auf der Autonomie einer vom Staat getrennten, der Struktur nach bürgerlichen Gesellschaft beruhe⁶⁹ und Gewährleistungen der rechtsstaatlichen Verfassung gemäß einer Logik, die aus dem Gesetzesbegriff folge, „in erster Linie Ausgrenzungen“ seien, wie angeblich eben alle klassischen Grundrechte Ausgrenzungen sind: „die Aufrichtung von Bereichen, vor denen die Staatsgewalt halt macht“⁷⁰. Eine Rechtsstaatsdoktrin, die auf solchen Annahmen gründet, bleibt der vordemokratischen Vorstellungswelt des späten 19. Jahrhunderts verhaftet. Konsequenterweise behauptet *Forsthoff* deshalb auch, daß die „Blütezeit“ des deutschen Rechtsstaates die Zeit zwischen der Reichsgründung und dem ersten Weltkrieg gewesen sei: in dieser klassischen Epoche „war der bürgerliche Rechtsstaat wirklich in Geltung, war der Gesetzgeber wirklich Gesetzgeber, die Justiz wirklich Rechtspflege und die Verwaltung wirklich Verwaltung“⁷¹.

Soviel Pathos ist meist Indiz für einen Mangel an Argumenten. So belehrt auch hier ein Blick in die Literatur, daß es eine haltlose Fiktion der Nachwelt ist, die Glanzzeit der Rechtsstaatsidee ausgerechnet in das zweite Kaiserreich zu verlegen. In dieser „klassischen Epoche“ war der Stern des Rechtsstaats bereits gesunken. Die Idee wurde nur noch „formal“, auf der Ebene des Verwaltungs-

⁶⁸ „Die Bedeutung der rechtsstaatlichen Ordnung erschöpft sich nicht, wie das überkommene Verständnis annimmt, in der Sicherung von Grundsätzen des Rechts und der bloßen Beschränkung staatlicher Gewalt zugunsten der Freiheit des Einzelnen. Das Rechtsstaatsprinzip setzt im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes nicht eine vorhandene politische Einheit und unumschränkte Gewalt voraus, die es nur nachträglich mit Schranken zu umgeben gilt; die demokratische Ordnung normiert vielmehr auch die rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes, Prinzipien und Verfahrensregeln, in denen die Grundlagen rechtlicher Gesamtordnung geschaffen werden, in deren Aktualisierung politische Einheit hervorgebracht und gefestigt wird, in deren Verwirklichung das durch die Verfassung konstituierte Staatswesen konkret-geschichtliche Gestalt gewinnt“, *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 186, S. 78.

⁶⁹ *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: *ders.*, Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950–1964, S. 27 ff., S. 34; s.a.: *ders.*, Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, in: ebd. S. 213 ff., S. 217.

⁷⁰ *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 37 f.

⁷¹ *Forsthoff*, Der moderne Staat und die Tugend, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 13 ff., S. 19. Diese Passage enthält auch ausdrücklich die – meist nur implizierte – Gleichsetzung von der ‚klassischen Epoche des Rechtspositivismus‘ und ‚wirklicher‘ Rechtsstaatlichkeit.

rechts exekutiert; in der Staats- und Verfassungsrechtsdiskussion kam der Begriff nicht mehr vor – er wurde richtiggehend gemieden⁷².

Der letzte große, aber zunächst folgenlose Impuls zu einem umfassenden Rechtsstaatskonzept stammte von *Gierke*, der durch seinen genossenschaftlichen Ansatz⁷³ und die Beschäftigung mit *Althusius*⁷⁴ zu einem Rechtsstaatsmodell gelangte, das explizit die Spaltung zwischen Recht und Staat bzw. Staat und Gesellschaft überwand. Ausgehend von der gewohnten Bildhaftigkeit des Oben und Unten, entwickelt er sein Gegenmodell:

„Rechtsstaat ist ein Staat, der sich selbst nicht über, sondern zwischen das Recht stellt“⁷⁵, so daß „Recht und Staat mit einander erwachsen, für einander bestimmt und in einander gebunden seien“⁷⁶.

Krabbe, der sich ebenfalls auf *Althusius* bezog⁷⁷, hat die Lehre von der Rechtsouveränität später noch deutlicher konturiert:

„Der Staat soll sich nicht nur dem Recht unterordnen, er *ist* nichts weiter als die Autorität des Rechtes“. Deshalb sei „nur noch eine herrschende Macht“ denkbar: „nämlich die Macht des Rechtes“. Dabei wehrt sich *Krabbe* gegen das Bild von dem durch das Recht gefesselten Staat: Der Staat würde nicht vom Recht bezwungen, sondern sei „von der Autorität des Rechtes erfüllt“⁷⁸. Unter dem Schlagwort Rechtsstaat würden drei Phasen ablaufen: Zunächst die Beschränkung der Obrigkeitsgewalt, dann deren Ersetzung und schließlich, als notwendige Konsequenz aus dem Begriff, der „Ausschluss jeder ursprünglichen Obrigkeitsgewalt“⁷⁹.

⁷² Dazu s.o.: Einleitung und s.u.: 2. Teil, Kap. III und IV; Nachweise bei *Richard Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR 1910, S. 196 ff., S. 199.

⁷³ *Otto von Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde. (1868–1913), Bd. II, S. 828 zur Rechtsstaatlichkeit.

⁷⁴ Bei *Althusius*, *Politica methodice digesta* (1610), befinden sich Ansätze einer Lehre von der Rechtssouveränität: Recht und Obrigkeitsgewalt werden nicht als Gegenspieler aufgefaßt, sondern die Rechtsgewalt als ein Stück Gemeinschaftsordnung gesehen: *Gierke*, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 5. Aufl., S. 317 ff.

⁷⁵ *Gierke*, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, ZgStW, Bd. 30 (1874), S. 153 ff. und 265 ff., S. 184.

⁷⁶ *Gierke*, *Johannes Althusius*, S. 317 ff.

⁷⁷ *Hugo Krabbe*, *Die moderne Staats-Idee*, 2. Aufl.: Wenn sich *Althusius* besser über die Rolle seines Gesellschaftsvertrages klar gewesen wäre, könnte man ihn als Vater der Lehre von der Rechtssouveränität bezeichnen, S. 20, s.a. S. 18 ff., 39 ff., 43.

⁷⁸ *Krabbe* (Fn. 77), S. 2.

⁷⁹ Ebd., S. 8, 43. – Die Verbindung von Staat und Recht zum Rechtsstaat erinnert von Ferne an das Lehrgebäude *Kelsens*. Während *Kelsen* aber aus rein normativer Perspektive und einem extremen Trennungdenken (Sollen / Sein) zu einem materiell-rechtlich beliebigen System gelangt (dazu unten 11., a) (2)), führt das historisch-soziologisch gestützte Modell *Krabbes* (z.B. S. 12, 48 f.), das Obrigkeitsgewalt nur noch in der Form der Rechtlichkeit zulassen will, zu einem werthaltigen Entwurf.

In der neueren Literatur hat vor allem *Hesse* diese Vorstellung mit einigen Formulierungen zum Ausdruck gebracht. Auch er beschreibt das Verhältnis von Recht und staatlicher Gewalt als eine unauflösliche Wechselbeziehung: Der Staat sei auf die formende Kraft des Rechts angewiesen, genauso wie das Recht des Staates zu seiner Verwirklichung bedarf⁸⁰. Die rechtsstaatliche Konstitution konstituiert auch⁸¹. Auch *Schmidt-Aßmann* wendet sich gegen die Reduktion des Rechtsstaatsprinzips auf seine limitierenden Wirkungen: Die eigentliche Leistung besteht in der Gestaltung und Ausgestaltung von Staatlichkeit⁸². In der von *Hesse* vorgeschlagenen Terminologie kann dieser Gedanke als

- rechtliche Konstitution der Staatsgewalt

zu den wesentlichen Rechtsstaatselementen gezählt werden.

e) Ein Teil der Lehre gelangt bei der Behandlung des Ordnungsaspektes des Rechtsstaatsmerkmals Verfassungsstaatlichkeit nicht zu dem beschriebenen Wechselverhältnis zwischen beschränkender und freiheitlicher Wirkung, sondern bleibt bei der limitierenden Funktion der Gewißheitserzeugung stehen. So ist der Verfassungsstaat nach *E. R. Huber*⁸³, der auch von *Stern*⁸⁴ zitiert wird, ein Staat, dessen „politisches Dasein und Sosein sich in einer rechtlichen Ordnung vollzieht“, wobei diese Ordnung u.a. dadurch bestimmt sei, daß sie „die Einheit und Aktionsfähigkeit des Staatsganzen“ sichere⁸⁵. In dieser Konzeption werden also auch die

- Einheit des Staates

und die

- Handlungsfähigkeit des Staates

als Aspekte des Merkmals Verfassungsstaatlichkeit angesehen⁸⁶.

⁸⁰ *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, S. 293.

⁸¹ Ebd. S. 292, 305 ff.; *Badura*, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung, HbdStR VII, S. 165 ff., Rn 1 ff., bes. Rn 4, S. 166 ff..

⁸² *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat [Rechtsstaat], HbdStR I, § 24, S. 987 ff., S. 988, 1003 f.

⁸³ Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. VI., 1981, S. 82 f.

⁸⁴ Staatsrecht I, S. 787.

⁸⁵ Weitere Leistungen dieser Ordnung seien, die Funktionen der Staatsgewalt gegeneinander abzugrenzen und den „Staatsbürgern das Recht der Teilhabe an der Bildung des Staatswillens“ einzuräumen.

⁸⁶ So auch *Hesse*, siehe oben, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 186, S. 78.

2. Höchststrangigkeit der Verfassung

a) Während das Prinzip der Verfassungsstaatlichkeit verlangt, daß überhaupt eine Verfassung in Geltung steht, soll mit dem Grundsatz der Höchststrangigkeit⁸⁷ in bewußter Abkehr von der Weimarer Reichsverfassung⁸⁸ die normative Präponderanz des Grundgesetzes garantiert werden⁸⁹. Hergeleitet wird der Verfassungsvorrang aus Art. 20 Abs. 3 GG⁹⁰. Da diese Vorschrift die Gesetzgebung an die Verfassung bindet, postuliert sie den Vorrang des Grundgesetzes vor den Akten des Gesetzgebers, also vor allem dem einfachen Gesetz⁹¹.

Nach *Herzog* handelt es sich dabei um „etwas Selbstverständliches“, gar eine „Banalität“, der lediglich eine Klarstellungsfunktion beigemessen werden könne. Es sei offensichtlich, daß dem Grundgesetz an mehreren Stellen das Bild einer Normenpyramide vorschwebe, also einer Hierarchie, an deren Spitze – oberhalb der einfachen förmlichen Gesetze – die Verfassung stünde⁹². Hierzu kann bemerkt werden, daß jeder Versuch, eine dogmatische Konzeption vor Überflüssigem zu bewahren, begrüßenswert ist. Da jedoch Rechtsnormen auch für Situationen formuliert werden, die den Rahmen des Selbstverständlichen sprengen, und es zumindest bei der Verfassungsinterpretation nicht ganz ungewöhnlich ist, daß in fehlerhafter Weise das Grundgesetz vom einfachen Gesetz her interpretiert wird („Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“)⁹³, sollte der Gedanke des Verfassungsvorrangs doch innerhalb der rechtsstaatlichen Elementelehre Erwähnung finden.

b) Das Grundgesetz verwendet anstelle der Ausdrücke Höchststrangigkeit oder Verfassungsvorrang, die aus einer normlogischen Perspektive resultieren, lediglich das Verb „binden“. Insoweit ist es textnäher, von der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung zu sprechen. Das Thema Verfassungsbindung

⁸⁷ *Ernst Benda*, Der soziale Rechtsstaat, in: *ders., Maihofer, Vogel* (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland [HbVerfR], Bd. I, 2. Aufl., S. 719 ff., § 17 Rn. 18, S. 728.

⁸⁸ siehe z.B. *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reiches, 14. Aufl., Art. 76 Anm. 1; RGZ 139, 177 ff.

⁸⁹ *Stern*, Staatsrecht I, S. 788; *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, S. 987 ff., S. 1002.

⁹⁰ Bei *Schnapp*, Rn. 39 zu Art. 20, in: v. *Münch, Kunig*, Grundgesetz-Kommentar [v. *Münch / Kunig*, GKG], Bd. I, 4. Aufl., findet sich z.B. die Formulierung: „Der Vorrang des Gesetzes (negative Gesetzmäßigkeit der Verwaltung), der – anders als in der WRV – den Vorrang der Verfassung einschließt ...“.

⁹¹ *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff.; *Christoph Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, S. 32 f.; *Jörn Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 155; *Edouard Georges Campiche*, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 17; *Egon Schunck*, *Hans de Clerck*, Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder, 14. Aufl., 1993, S. 228.

⁹² *Herzog*, in: MD, Art. 20, VI., Rn. 3.

⁹³ Zu diesem Satz *Otto Mayers*: *Walter Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, 1964.

weist jedoch noch weitere, über die Vorrang-Anordnung hinausgehende Facetten auf.

In diesem Zusammenhang fällt auf, daß das Gebot der Verfassungsbindung von *Stern* in seiner Elementeaufstellung nicht gesondert angesprochen wird. Im Kontext der hier referierten Ausführungen hat er sich auf den Aspekt der Höchststrangigkeit beschränkt⁹⁴. Der Ausdruck Verfassungsbindung taucht weder als Titel noch im regulären Text auf. Trotzdem scheint der Verfasser innerhalb der Behandlung des (engeren) Konzepts des Verfassungsvorrangs zum weiteren Sujet der Verfassungsbindung überzugehen. Sichtbar wird dies vor allem in der Aussage, mit der Höchststrangigkeit des Grundgesetzes sei die „Allmacht des Gesetzgebers gebrochen“ und dieser gezwungen worden, sich bei jedem Schritt „vor der Verfassung und ihren unverzichtbaren Postulaten“⁹⁵ zu rechtfertigen.

Abgesehen davon, daß mit diesen bildreichen Wendungen die verschiedenen Nuancen des Gebots der Verfassungsbindung eher anklingen als behandelt werden, stellt sich die Frage, ob man dieses nicht unwichtige Problem wirklich unter dem Topos der „Höchststrangigkeit der Verfassung“ abhandeln sollte oder nicht besser den Verfassungsvorrang als Teil des Bindungskonzepts betrachtet.

c) Damit würde auch ein weiteres, auf den ersten Blick lediglich terminologisches Problem gelöst, das mit dem Zweifel zum Ausdruck kommt, ob der Ausdruck „Höchststrangigkeit“ überhaupt der verfassungsmäßigen deutschen Normordnung gerecht wird. Von zwei Seiten sind Einwendungen zu erwarten.

(1) Die Lehre, die von der Existenz einer überpositiven Gerechtigkeit ausgeht, könnte für bestimmte Ausnahmefälle, in denen nach ihrer Vorstellung positives Recht außer Kraft träte, auch der Verfassung ihre Geltung und damit ihre Höchststrangigkeit streitig machen⁹⁶.

(2) Die Vertreter einer Lehre, die das öffentliche Recht als Ausdruck von Rechtsverhältnissen sehen, könnten daran Anstoß nehmen, daß der objektiven Norm anstelle der beteiligten Subjekte in den konkreten Lebensverhältnissen der oberste Rang eingeräumt wird. In jedem Fall dürfte angesichts der vielfältigen rechtlichen Wechselwirkungen, die immer mehr Aufmerksamkeit finden – etwa zwischen Begriff und Praxis, Norm und Normanwendung⁹⁷ –, die Behauptung, irgend etwas sei das „Höchste“, nur angebracht sein, wenn es dafür eine normtextliche Rechtfertigung gibt.

⁹⁴ Ein eigenes Kapitel wurde diesem Punkt allerdings auch nicht gewidmet; der Begriff erscheint lediglich im Text als hervorgehobener Unterpunkt.

⁹⁵ BVerfGE 39, 1 [59], 1. Urteil des BVerfG zum § 218 StGB.

⁹⁶ Ob diese Rangordnung auch eine Bindung an überpositives Recht einschließt, ist freilich umstritten; dafür: z.B. *Andreas Hamann jun.*, in: *Hamann, Lenz*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Art. 20, Anm. 9 a) bb); *Hans Spanner*, Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, S. 640 ff., S. 642, BVerfGE 9, 338 [349], 34, 269 [286]; a. A.: *Hans D. Jarass*, in: *ders., Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Jarass / Pieroth], 3. Auflage, Art. 20, Rn. 23; diese Frage soll unter den Gliederungspunkten Rechtsbindung und Gerechtigkeit (Kap. II 9 und 10) erörtert werden.

⁹⁷ *Dietrich Schindler*, Verfassungsrecht und soziale Struktur (1932), 5. Aufl., S. 2 ff., 16 ff.; *Hermann Heller*, Staatslehre (1934), 2. Aufl., S. 253 ff.; *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, 5. Aufl., S. 26 passim, S. 226.

3. Verfassungsbindung

Mit dem Gesichtspunkt der Verfassungsbindung wird das objektiv-rechtliche Thema der Verbindlichkeit des Grundgesetzes thematisiert. Darin ist eingeschlossen die Frage nach der Intensität der grundgesetzlichen Bindungswirkung, vor allem bezogen auf die Möglichkeit, sich ihrer durch eine Änderung des Verfassungsgesetzes zu entledigen⁹⁸.

a) Die grundlegende Verbindlichkeit, die Art. 20 Abs. 3 GG für den Gesetzgeber, aber schlüssigerweise auch für die beiden anderen Gewalten anordnet, ist bereits unter dem Stichwort Höchststrangigkeit behandelt worden. Art. 20 Abs. 3 GG wird durch Art. 1 Abs. 3 GG ergänzt, der klarstellt, daß die Grundrechte genauso rechtsverbindlich („unmittelbar geltendes Recht“) sind wie andere Verfassungsnormen auch. Diese Feststellung hat in Hinblick auf die vorverfassungsmäßige Dogmatik, die den Grundrechten lediglich die Qualität von Programmsätzen zugebilligt hatte, ihre Berechtigung. Dasselbe gilt im Fall der in Art. 1 Abs. 1 GG statuierten Verpflichtung. Mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG wird eine echte subjektive, wenn auch nur allgemeine Pflichtigkeit für die staatliche Gewalt begründet⁹⁹.

b) Von der

- Rechtsverbindlichkeit der Verfassung

ist die Frage der Abänderbarkeit zu unterscheiden. Um zu verhindern, daß sich der Gesetzgeber in seiner Eigenschaft als Verfassungsgeber den genannten Bindungen entledigt, versucht das Grundgesetz durch die

- Änderungssperre des Art. 79 Abs. 3 GG

die durch Art. 1 und Art. 20 GG geschaffene Rechtslage auf Dauer zu sichern. Damit ist es ausgeschlossen, daß sich die Staatsgewalt auf legalem Wege ihrer grundrechtlichen Bindungen entledigt. Dasselbe gilt für die in Art. 79 Abs. 3 GG genannten föderalen Elemente und die in Art. 20 GG „niedergelegten Grundsätze“, die ebenfalls der Disposition des Pouvoir constitué entzogen sind. Änderungssperren mit lediglich partieller Wirksamkeit sind die Formvorschriften für die Änderung des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 1 und 2 GG).

Keine Frage der Verbindlichkeit oder Änderungsfestigkeit, obwohl manchmal an dieser Stelle erwähnt, sind die Beschränkungen des Gesetzgebers in Art. 19 GG (Verbot von Einzelfallgesetzen und Zitiergebot gemäß Abs. 1 und die sogenannte Wesensgehaltsgarantie

⁹⁸ Von der objektiv-rechtlich zu erfassenden Bindung an eine Norm ist die rechtliche Bindung innerhalb eines Rechtsverhältnisses zu unterscheiden, die subjektive Rechte und Pflichten begründet.

⁹⁹ Zum Unterschied zwischen einem allgemeinen und einem besonderen Rechtsverhältnis: s.o. Fn. 66.

gemäß Abs. 2¹⁰⁰). Hierbei handelt es sich lediglich um einengende Bestimmungen der Gestaltungskompetenz des einfachen Gesetzgebers; diese sind zwar aufschlußreich unter dem Aspekt der Wertigkeit des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes, leisten aber keinen eigenen Beitrag zum Thema Verfassungsbindung.

c) Nach allgemeiner Auffassung lassen sich die Normen des Grundgesetzes nach Art und Maß ihrer normativen Verbindlichkeit in mehrere Gruppen aufteilen. Dabei wird herkömmlicherweise, wenn auch mit großen begrifflichen Schwankungen, zwischen den obersten Verfassungsgrundsätzen (Staatsstruktur- und -zielbestimmungen), Gesetzgebungsaufträgen (Verfassungsbefehle) und echten Rechtszuweisungen (Gewährleistungen) unterschieden¹⁰¹. Von dieser Einteilung soll abhängen, in welchem Ausmaß ein Interpret berechtigt ist, aus dem Wortlaut auf detaillierte Rechtsfolgen zu schließen¹⁰². Abgesehen davon, daß es schwerfällt, aus diesem Umstand ein elementares rechtsstaatliches Gebot zu formulieren, scheint es auch nicht angebracht, diesen Komplex überhaupt unter den Bindungsbegriff zu fassen. Sinnvoller wäre es, den ohnehin überfrachteten Bindungsbegriff nur auf (1) die intersubjektive Rechtsbindung, die (2) objektivrechtliche Rechtsverbindlichkeit von Normen und (3) die Änderungsfestigkeit zu beziehen. Der hier angesprochene Unterschied von „Art und Maß der normativen Verbindlichkeit“ sollte besser mit dem Ausdruck Regelungsdichte bezeichnet werden. Die Differenz zwischen einem grundrechtlichen Abwehrrecht und einer Staatszielbestimmung liegt unter anderem darin, daß letztere keinen Tatbestand aufweist – bindend sind beide gleichermaßen.

d) Durch die besondere grundgesetzliche Kombination von Änderungsfestigkeit (Art. 79 Abs. 3 GG) und Rechtsverbindlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) wird die Allmacht des Parlamentes, und damit letztlich auch die Souveränität des Volkes, relativiert. Das Demokratieprinzip erscheint trotz des Gewichts, das ihm das Grundgesetz zumißt, nicht absolut oder an erster Stelle. Vielmehr werden ihm materiale und formale¹⁰³ Rechtssätze, insbesondere die Grundrechte, als ein

¹⁰⁰ Art. 19 Abs. 2 GG wird heute überwiegend als deklaratorisch begriffen. Eine den Wesenskern tangierende Grundrechtsbeeinträchtigung verbiete sich bereits angesichts des Verhältnismäßigkeitsprinzips; mit dieser relationierenden Betrachtungsweise, bei *Hesse* im Zuge seiner Lehre von der praktischen Konkordanz, versucht die Lehre die inzwischen unmoderne Vorstellung von einem unantastbaren, gar absoluten „Wesen“ der Grundrechte zu entkommen, *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 332, S. 140 ff.; *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., insbes. S. 234; *Jarass*, in: *Jarass / Pieroth* (Fn. 96), Art. 19 Rn. 6 f.

¹⁰¹ *Badura*, Arten der Verfassungsrechtssätze (Fn. 30), Rn. 9, S. 38.

¹⁰² Nach *Badura*, ebd. Rn. 8, schließt die normative Verbindlichkeit aller grundgesetzlichen Normen nicht aus, „daß den Verfassungsrechtssätzen ein mehr oder minder hohes Maß an Ausgestaltungs- und Detaillierungsbedürftigkeit eigentümlich ist“. Es hänge von Art und Inhalt der Norm wie auch den tatsächlichen Umständen ab, wie eng oder weit (wie „dicht“) die Bindung sei. „Die Verfassungsauslegung ist nicht berechtigt, die verfassungsrechtlich gewollte „Offenheit“, z.B. im Fall der Wirtschafts- und Arbeitsordnung, interpretativ einzuengen und damit Art und Maß der rechtlichen Bindung der Staatsgewalt zu verändern“.

¹⁰³ Zu den formalen Vorschriften, die dem *Pouvoir constitué* als unabänderlich vorgegeben sind, zählt Art. 79 Abs. 3 GG selbst; *Pieroth*, in: *Jarass / Pieroth*, Art. 79, Rn. 10; *Hesse*, Grund-

zumindest gleichrangiger, wenn nicht sogar übergeordneter Normenkomplex zugeordnet.

Verfassungsbindung als Rechtsstaatsbestandteil würde also einen bestimmten Regelungsbereich – die tragenden Prinzipien des bundesrepublikanischen Grundgesetzes – über das Prinzip der Volkssouveränität setzen.

Damit schlösse die Rechtsstaatsklausel eine Fundierung der Rechtsordnung nach streng gesellschaftsvertraglichen oder republikanischen Vorstellungen aus. Beide Konzeptionen sehen nämlich das Recht als eine Folge menschlicher Willensbildung bzw. gemeinschaftlich-menschlichen Zusammenwirkens an: Der Mensch, nicht ein Gott oder ein Ideenreich gelten als Quelle des Rechts¹⁰⁴. Eine Konstruktion, die wie das Grundgesetz von einer rechtlichen Grundbindung des – ansonsten als souverän gedachten – Volkes ausgeht, paßt nicht ganz in dieses Herleitungsschema. Sie muß voraussetzen, daß es ein Recht gibt, das sich auf etwas anderes als die demokratische Willensbildung stützt.

Eine derartige Prämisse kann nur schwer ohne naturrechtlichen Hintergrund gedacht werden. Angesichts der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG, die das Grundgesetz einleitet, wäre das auf diese Weise implizierte Naturrecht wohl am ehesten dem modernen Vernunftrecht in der Tradition eines aufgeklärten Humanismus zuzurechnen. Dagegen könnte sprechen, daß die *invocatio dei* in der Präambel auf eine monotheistische Legitimation hinweist. Schließlich wäre eine dritte Variante möglich: Man könnte sich einen überpositiven Horizont vorstellen, der lediglich mit irgendeiner – weitgehend unbestimmten – ideellen Anthropologie aufgeladen ist. Grundlage einer solchen überpositiven Vorstellungswelt wäre weniger ein durchdachtes rechtsphilosophisches System als der tiefe Wunsch nach einer guten und gerechten Ordnung, die den inneren Frieden bewahren hilft und das extreme Unrecht, das unter totalitärer Herrschaft erlebt wurde, um jeden Preis verhindert. Mit diesem Wunschgefühl werden zugleich einige Normen als gewissermaßen unstrittiger, unmittelbar einleuchtender Minimalbestand bejaht. Hierzu zählt, ohne daß es einer ausdrücklichen Formulierung bedürfte, die Achtung vor dem Wert der menschlichen Person und den rudimentären Regeln einer gewalt- und willkürfreien Ordnung des menschlichen Zusammenlebens. In diesem Zusammenhang wird vermutlich der Proportionalitätsgedanke anerkannt (Reziprozität, goldene Regel, „jedem das Seine“) und eine gefühlsmäßige Einsicht in Normen vorherrschen, die vor Machtmißbrauch und totalitärer Schreckensherrschaft zu schützen versprechen.

Da erfahrungsgemäß Legalität kein unfehlbarer Schutz vor Illegitimität ist, wird die Dimension, in der diese Prinzipien als existent gedacht werden könnten, außerhalb des positiven Rechts zu verorten sein. Wo genau, lassen Grundgesetz und Lehre offen¹⁰⁵. Diese

züge des Verfassungsrechts, Rn. 707; *Helmut Ridder*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, 2. Aufl. [AltKGG], Art. 79, Rn. 10; a. A.: *Brun-Otto Bryde*, in: I. v. *Münch* (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. [v. *Münch*, GKG], Art. 79, Rn. 27.

¹⁰⁴ Zu den verschiedenen herleitenden Darstellungs- bzw. Legitimationsformen: *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Aufl., S. 122 ff.; s.a. *Wilhelm Henke*, *Die Republik*, HbdStR I, S. 863 ff., Rn. 14 ff., S. 871 ff.; *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 37 ff.

¹⁰⁵ So jedenfalls die Staatsrechtslehre in ihrer weit überwiegenden, agnostischen Mehrheit;

Vagheit kann durch die affektive Plausibilität der Geltungsbehauptung kompensiert werden. Nach einer rechtsphilosophischen Begründung wird erst gerufen, wenn die Notwendigkeit transpositiver Orientierung nicht mehr unmittelbar einleuchtet¹⁰⁶.

Die Verfassungsbindung des Gesetzgebers, wie sie Art. 20 Abs. 3 mit Art. 79 Abs. 3 GG ausspricht, muß also nicht notwendig ein Bekenntnis zu einem der dogmatisch ausgeprägten Naturrechtssysteme und einen Widerspruch zum Republikprinzip bedeuten. Andererseits eröffnet es einen Vorstellungsraum, in dem die Geltung einiger fundamentaler Rechtsnormen von der Aktivität der Bürger und ihrer Legislativorgane unabhängig ist. Damit besagt ein Rechtsstaatsprinzip, dem die oben beschriebene Verfassungsbindung zugerechnet wird, daß das

- Volk in seiner Souveränität zugunsten einiger Fundamentalrechtsnormen eingeschränkt ist und
- diesen Rechtsnormen unabhängig von Mehrheitsentscheidungen Geltung zukommt.

4. Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Verfassungsgerichtsbarkeit, vom Grundgesetz mit den Art. 92, 2. Halbsatz, Art. 93 und Art 94 GG vorgesehen, zählt zu den Einrichtungen, denen die Literatur den Titel „Krönung des Rechtsstaats“ beigelegt hat¹⁰⁷. Zum Teil wird auch nur die Verfassungsbeschwerde und die Normenkontrolle zu den Elementen der Rechtsstaatlichkeit gerechnet¹⁰⁸. Überwiegend wird jedoch das Verfassungsgericht als gesamte Einrichtung zum Rechtsstaatsmerkmal erklärt, sieht man doch in ihm den Gipfel einer Entwicklung, im Laufe derer die Errungenschaften der Verfassung – wie schon durch die Postulate ihres Vorrangs und ihrer Verbindlichkeit – immer nachhaltiger gesichert wurden¹⁰⁹.

andere lediglich vereinzelte, meist christlich orientierte Fundierungsversuche, noch in der Erschütterung über die Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus, z. B. *Hans Peters*, Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, S. 12; *Bernhard Rehfeldt*, Die Wurzeln des Rechts; *Ernst von Hippel*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, VVDStRL Heft 10 (1952), S. 1 ff.; siehe auch: BVerfGE 3, 225 [232] „Die ausnahmslose Geltung des [...] Grundsatzes, daß der ursprüngliche Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde aber einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist.“.

¹⁰⁶ Bezeichnend die zunehmende Kritik an den „metaphysischen Relikten“ im Grundgesetz in Zeiten des sicheren Wohlstandes wie in den 80er Jahren; mit den existentiell umwälzenden Ereignissen und dem Wachsen der Krisenstimmung ist die Akzeptanz überpositiven Rechts – auch ohne sonderliche theoretische Begründung – gestiegen; vgl. *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 18 ff., 39 ff., 63 ff., 201.

¹⁰⁷ *Stern*, Staatsrecht I, S. 788 m.w.N.; *Josef Wintrich*, *Hans Lechner*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Bettermann, Nipperdey, U. Scheuner* (Hg.), Die Grundrechte Bd. III/2, S. 649 ff.

¹⁰⁸ *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats, S. 500.

¹⁰⁹ *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, S. 1002.