

Rechtsstaat und Strafrecht

Herausgegeben von
HENNING ROSENAU,
PHILIP KUNIG,
und ALI KEMAL YILDIZ

*Schriften zum
Ostasiatischen Strafrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht

herausgegeben von
Eric Hilgendorf, Genlin Liang

8



Rechtsstaat und Strafrecht

Anforderungen und Anfechtungen

Herausgegeben von

Henning Rosenau, Philip Kunig
und Ali Kemal Yıldız

Mohr Siebeck

Henning Rosenau ist Dekan der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und dort Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht.

Philip Kunig ist Professor für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Freien Universität Berlin sowie an der Türkisch-Deutschen Universität Istanbul.

Ali Kemal Yıldız ist Dekan der Juristischen Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität Istanbul und dort Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht.

ISBN 978-3-16-159756-5 / eISBN 978-3-16-159757-2
DOI 10.1628/978-3-16-159757-2

ISSN 2195-5018 / eISSN 2569-4464 (Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Dieser Band vereinigt Beiträge, welche auf der Tagung »Rechtsstaat und Strafrecht – Anforderung und Anfechtungen« im Oktober 2018 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg vorgetragen wurden. Die Türkisch-Deutsche Universität war Mitveranstalter der Tagung. Die Durchführung dieses Deutsch-Japanisch-Türkischen Rechtsdialogs wurde dankenswerter Weise möglich durch eine Förderung durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die Stiftung Rechtsstaat Sachsen-Anhalt e.V. und den Freundeskreis der Juristischen Fakultät e. V. an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Zugleich danken wir dem Lehrstuhlteam in Halle, insbesondere *Nancy Elze*, *Linda Pfleger*, *John Heidemann* und *Samuel Rehberger*, die uns bei der Drucklegung unterstützt haben.

Halle und Istanbul
im Oktober 2019

Henning Rosenau, Philip Kunig
und Ali Kemal Yıldız

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Henning Rosenau

Rechtsstaat und Strafrecht: Eine Einführung	1
---	---

Teil I

Grundlegung: Der Rechtsstaat – Begriff und Bedeutung

Markus Kotzur

Rechtsstaat als Sammelbegriff: Versuch der Konturierung und Kontextualisierung	9
---	---

Heinrich Menkhaus

Das japanische Rechtsstaatsverständnis	23
--	----

Berke Özenç

Aktuelle Probleme der Rechtsstaatlichkeit in der Türkei: Eine Analyse der nach dem Putschversuch geänderten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts	51
--	----

Teil II

Rechtsstaat und Strafrecht

1. Rechtsstaatliche Grenzen des Strafrechts: Die Relevanz der Rechtsgutstheorie für ein rechtsstaatliches Strafrecht im modernen Zeitalter

Matthias Mahlmann

Rechtsgüter: Stolpersteine des liberalen Verfassungsstaates?	67
--	----

Makoto Tadaki

Die Aktivierung der Gesetzgebung und die Möglichkeiten der Rechtsgutstheorie	85
---	----

Frank Saliger

Die Bedeutung der Rechtsgutstheorie für ein modernes rechtsstaatliches
Strafrecht in Deutschland 95

İzzet Özgenç

Das Grundprinzip des Rechtsstaates als ein Ideal 111

2. Feindstrafrecht: Anfechtung an den Rechtsstaat

Henning Rosenau und Carina Dorneck

Feindstrafrecht: Anfechtung an den Rechtsstaat 123

Hirokazu Kawaguchi

Das Feindstrafrecht in Japan: Der neueingeführte »feindstrafrechtliche«
Tatbestand der »Verschwörung« 137

3. Streit um die Todesstrafe

Jens Kersten

Die Todesstrafe ist abgeschafft: Art. 102 GG und die Diskussion
der Todesstrafe in Deutschland 151

Ali Kemal Yıldız

Der Streit um die Wiedereinführung der Todesstrafe in der Türkei 167

Shinichi Ishizuka

Nach den Hinrichtungen von Mitgliedern der AUM-Sekten:
Ist Japan ein Rechtsstaat? 175

Teil III

Rechtsstaat und Strafprozess

Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für den Rechtsstaat

Heiner Lück

»Es gibt noch Richter in Berlin.«: Der aufgeklärte Justizreformer
Friedrich II. gegen das Kammergericht Berlin 193

Katsuyoshi Kato

Richterliche Unabhängigkeit im modernen japanischen Strafprozess 215

Faruk Turhan

Richterliche Unabhängigkeit in der Türkei 227

Liane Wörner

Die Richterliche Unabhängigkeit im *modernen* Strafprozess
aus deutscher Sicht 245

Teil IV

Internationale Standards für ein rechtsstaatliches Strafrecht und Strafverfahren

Joachim Renzikowski

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
und ihre Bedeutung für ein rechtsstaatliches Strafverfahrensrecht 263

Yuki Nakamichi

Rechtsstaatsprinzip oder rechtsstaatliche Prinzipien?
Weg zur Universalisierung des rechtsstaatlichen Strafrechts
und Strafverfahrens 283

Jannik Funnemann und John Heidemann

Tagungsbericht zur Tagung »Rechtsstaat und Strafrecht –
Anforderungen und Anfechtungen« des Deutsch-Japanisch-
Türkischen Rechtssymposiums vom 11. bis 13. Oktober 2018
an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 293

Autoren- und Herausgeberverzeichnis 303

Sachregister 305

Rechtsstaat und Strafrecht

Eine Einführung

Henning Rosenau

Dieser Band versammelt die zentralen Beiträge einer Tagung zum Thema »Rechtsstaat und Strafrecht«, die im Herbst 2018 mit deutschen, japanischen und türkischen Kolleginnen und Kollegen in Halle an der Saale stattgefunden hat. Sie war die Auftaktveranstaltung einer Reihe von internationalen Tagungen, die die Bedeutung des Rechtsstaats in rechtsvergleichender Perspektive beleuchten sollen.

Das Konzept des Rechtsstaats sieht sich Angriffen ausgesetzt. Das gilt mit Blick auf die rechtspolitischen Entwicklungen etwa in Polen, Ungarn, Rumänien und der Türkei für Europa, erweist sich aber als ein globales Phänomen. Auch in Deutschland ist von einer Krise des Rechtsstaats die Rede.¹

Das führt zur Frage, ob sich dieses Konzept in einer Zeit der Umbrüche, die zwar die Völker und Nationen in einer globalisierten Welt näher- oder zusammenbringt, aber zugleich von Migrationsbewegungen und Terrorismus gekennzeichnet ist, überlebt hat. Dabei lassen sich Relevanz und Krise des Rechtsstaats in besonders einprägsamer Weise am Strafrecht exemplifizieren. Denn mit dem Strafrecht verfügt der Staat über Mittel und Instrumente, die wie keine anderen tief in die Rechte der einzelnen Bürger eingreifen. Mit dem strafrechtlichen Machtapparat kann der Staat nicht nur die soziale, sondern auch die biologische Existenz des Menschen vernichten. Nirgendwo sonst treffen in dieser Schärfe individuelle Freiheits- und Lebensinteressen auf kollektive Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit. Das Strafrecht und das Strafverfahren bilden damit die elementaren Prüfsteine für die Idee des Rechtsstaats. Der Staat muss sich bei der Frage, was straffähig und strafwürdig ist und was mit welchen Rechtsfolgen belegt werden kann, und auf welche Art und Weise ein solcher Strafanspruch formell umgesetzt werden darf, den Anforderungen des Rechtsstaats stellen. Zugleich sind gerade die damit einhergehenden Hinderungs- und

¹ *Di Fabio*, Der Rechtsstaat in der Krise, RP ONLINE vom 2.10.2015, <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/udo-di-fabio-der-rechtsstaat-in-der-krise-aid-1.5443048>, abgerufen am 29.7.2019.

Begrenzungsfunktionen des Rechtsstaats Anlass, sich von diesem Konzept ausdrücklich oder de facto lösen zu wollen.

I. Grundlegung: Der Rechtsstaat – Begriff und Bedeutung

Dabei ist zunächst notwendig, sich des Begriffs und Inhalts des Rechtsstaats zu vergewissern. Das ist eine keineswegs triviale Frage. Womöglich liegen gerade im unterschiedlichen Verständnis dessen, was den Rechtsstaat ausmacht, die globalen Missverständnisse begründet. Deutlich wird beispielsweise die Unklarheit daran, dass bis heute umstritten ist, ob die untergegangene DDR ein Unrechtsstaat oder doch nur ein Nicht-Rechtsstaat gewesen ist.² Eine bislang konsensfähige Definition fehlt.³ Man behilft sich damit, dass Basiselemente aufgezählt werden, die in ihrer Gesamtheit und im Zusammenwirken die Rechtsstaatlichkeit ausmachen.⁴ Genannt werden die effektive Gewährleistung der Menschen- und Bürgerrechte, die Gesetzmäßigkeit der Exekutive, die Kontrolle durch unabhängige Gerichte, die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns, um die wichtigsten Elemente zu nennen.⁵ Was aber wie in welcher Ausprägung vorhanden sein muss, bleibt einigermaßen undeutlich. Der Rechtsstaat ist ein Komplexbegriff, ein Sammelbegriff.⁶ Daher ist zunächst aus Sicht der drei beteiligten Rechtsordnungen eine Konturierung des Rechtsstaats vorzunehmen und zu versuchen. In rechtsvergleichender, funktioneller Methodik⁷ werden die hier gelegten Grundlagen dann anhand der nachfolgenden konkreten Problemkreise zusammengeführt, die in international notwendige und akzeptierbare Standards für das materielle Strafrecht wie das formelle Strafprozessrecht münden.

² Ausführlich zu dieser Debatte *Rosenau*, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, 2. Aufl., Baden-Baden 1998, S. 121ff. m.w.N. Aus neuerer Zeit s. nur *M. Vormbaum*, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Tübingen 2015, S. 10; *Beaucamp*, Warum die DDR kein Rechtsstaat war, JA 2015, 725 ff.

³ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986, S. 3.

⁴ v. *Münch*, Rechtsstaat versus Gerechtigkeit?, Der Staat 33 (1994), S. 169 f.

⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Lfg. 48, München November 2006, Art. 20 Rn. 23–30; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 142. Aktualisierung, Heidelberg Oktober 2009, Art. 20 Rn. 1732–1754.

⁶ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986, S. 15.

⁷ Dazu nur *Rosenau*, Plea Bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet, in: Paeffgen u. a. (Hrsg.), FS Puppe, Berlin 2011, S. 1597, 1603 ff. m. w. N.

II. Rechtsstaat und Strafrecht

1. Rechtsstaatliche Grenzen des Strafrechts: Die Relevanz der Rechtsgutstheorie

Einen ersten zentralen Streit der Strafrechtstheorie bildet die Frage, ob und welchen Schranken ein Rechtsstaat bei der Schaffung von Strafnormen unterliegt. Wo sind die Grenzen der Pönalisierung zu ziehen? Es handelt sich um ein für das Strafrecht existentielles Problem, das für die Strafrechtswissenschaft aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklungen stets aufs Neue zu stellen und zu beantworten ist. Vor allem aus dem Kreis der Staatsrechtslehre heraus wird das tradierte Konzept der strafrechtlichen Rechtsgutstheorie kritisiert.⁸ Mit diesem Ansatz hat insbesondere die deutsche Strafrechtswissenschaft versucht, dem Gesetzgeber Grenzlinien für strafwürdiges und strafbares Verhalten zu ziehen, hat es aber zugleich selbst aufgrund seiner Beliebigkeit auch immer wieder in Frage gestellt.⁹ Sie ist dabei intensiv in Japan und der Türkei rezipiert worden. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht diesem Ansatz in seiner »Inzest-Entscheidung« eine Abfuhr erteilt. Irgendwie geartete Anforderungen für den demokratisch legitimierten Gesetzgeber könne die strafrechtliche Rechtsgutstheorie nicht liefern. Nur in der Verfassung selbst finde dieser auch beim Strafrecht seine Grenzen.¹⁰ Diese verpflichtet den Gesetzgeber auf die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dieser »Grundsatz gebietet – bei Androhung der Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ... –, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient«, so das Bundesverfassungsgericht.¹¹ Freilich lässt sich einwenden, dass, um eine Strafe rechtfertigen zu können, etwas Schützenswertes, ein Schutzgut, letztlich damit doch ein irgendwie geartetes Rechtsgut vorhanden sein muss, zu dem dann die Sanktionsnorm ins Verhältnis gesetzt werden kann.¹²

2. Feindstrafrecht: Anfechtung an den Rechtsstaat?

Die Strafrechtswissenschaft hat sich an neuen theoretischen Grundlegungen versucht. Besonders wirkmächtig ist dabei das Konzept *Jakobs'* eines Feindstrafrechts geworden.¹³ Dieser will das *Bürgerstrafrecht*, für das die rechtsstaatlichen

⁸ S. nur *Appel*, *Verfassung und Strafe*, Berlin 1998.

⁹ Zur Debatte im Strafrecht s. nur *Jakobs*, *Rechtsgüterschutz?*, Paderborn 2012; *Engländer*, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutstheorie durch das Verfassungsrecht*, ZStW 127 (2015), 331, 624 ff.; *Kudlich*, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, a. a. O., 635, 646 ff.; *Stuckenberg*, *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?* ZStW 129 (2017), 350, 351 ff.; *Kubiciel*, *Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft*, JZ 2018, 171, 173.

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 241 f.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 239.

¹² *Schünemann*, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat (...)*, ZIS 2016, 654, 660 f.

¹³ Zuletzt *Jakobs*, *Zur Theorie des Feindstrafrechts*, in: *Rosenau/Kim* (Hrsg.), *Strafrechtstheorie und Strafgerichtigkeit*, Frankfurt am Main 2010, S. 167 ff.

Verbürgungen weiterhin Geltung hätten, vom *Feindstrafrecht* unterscheiden, welches dem Staat beim Einsatz eines Strafrechts freie Hand lasse. Denn dieses bekämpfe den Straftäter als reine Gefahrenquelle und exkludiere ihn aus der Gesellschaft, stelle ihn als aktuell »Unperson« kalt¹⁴ und wolle nichts anderes als zwingen.¹⁵ Der Feind habe sich aktiv und prinzipiell gegen die Rechtsordnung gestellt und sei nur ihr Gegner. Dieses Feindstrafrecht sei gebändigter Krieg, müsse aber in Zeiten des Terrorismus sein.¹⁶

Es verwundert nicht, dass gerade angesichts eines wachsenden gesellschaftlichen Sicherheitsbedürfnisses im Umfeld terroristischer Gefahren sowohl im sehr kriminalitätssensiblen Japan wie auch in der Türkei *Jakobs* intensiv rezipiert wurde.¹⁷ Gerade die Türkei scheint vor wie insbesondere nach dem Putsch ihr Strafrecht im Sinne eines Feindstrafrechts *Jakobs*'scher Prägung zu handhaben. Rechtsstaatliche Defizite, die bis zur Guantánamoisierung der Strafrechtspflege reichen, sind schwer auszuräumen. Insgesamt ist zu fragen, ob ein solches Konzept nicht zur Aufgabe des Rechtsstaats-Topos zwingt.

3. Streit um die Todesstrafe

Für den Bundesgerichtshof ist auch die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe nicht mit einem rechtsstaatlichen Verständnis vereinbar. Sie begegnet »aus heutiger Sicht (...) unüberwindlichen Bedenken.«¹⁸ Allerdings ist zu konstatieren, dass sich seit Geltung des 13. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁹ nur ein europäischer *ordre public* gebildet hat.²⁰ Weltweit ist zwar ein Trend zur Abschaffung der Todesstrafe zu verzeichnen, aber die alte Weisheit *Bockelmanns*, wonach das beste Argument gegen die Todesstrafe darin zu sehen ist, dass es kein vernünftiges Argument

¹⁴ *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar zum gleichnamigen Artikel von Winfried Hassemer, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 53.

¹⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88 f., 90.

¹⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 2006, 289, *-Fn., wobei *Jakobs* seinen zunächst affirmativen Ansatz relativiert hat, a. a. O., S. 290.

¹⁷ Vgl. *Hyon*, Sicherheitsstrafrecht und Feindstrafrecht als strafrechtstheoretische Modelle in Deutschland und in Japan, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, Frankfurt am Main 2010, S. 183 ff.; zur Debatte in Deutschland s. nur *Sinn*, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, ZIS 2006, 107 ff. und *Saliger*, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, 756 ff.

¹⁸ BGH, Urteil vom 14.11.1995 – 1 StR 483/95, BGHSt 41, 317 325.

¹⁹ In Kraft seit dem 1.7.2003, in Deutschland erfolgte die Ratifikation am 5.7.2004, BGBl. II, 982.

²⁰ *Rosenau*, Die Todesstrafe als Gefahr der freiheitlichen Strafrechtsreformen? in: *Sinn* (Hrsg.), Menschenrechte und Strafrecht, Göttingen 2013, S. 37, 48.

für sie gibt,²¹ hat sich noch nicht weltweit durchgesetzt. In etwa einem Drittel aller Staaten, insbesondere sehr bevölkerungsreichen Staaten, wird diese Strafe noch verhängt und vollstreckt. Japan zählt zu diesem Kreis. Die Türkei hat zwar am 2.8.2002 die Todesstrafe für Friedenszeiten abgeschafft. Dabei ging es aber um die damals noch lebendige Idee, dem Land die Möglichkeit einer EU-Mitgliedschaft zu eröffnen. Mittlerweile wird nach dem Putsch in der Türkei von höchster staatlicher Stelle der Wiedereinführung der Todesstrafe das Wort geredet. Allerdings ist dieses Gerede mittlerweile verstummt. Gerade in Hinblick auf einzelne Staaten der USA und Japan etwa, die sich als Rechtsstaat verstehen, stellt sich in besonderer Schärfe die Frage, ob sich globale Grenzen eines den Menschenrechten verpflichteten, rechtsstaatlichen Strafens formulieren lassen. Schließen sich Rechtsstaat und Todesstrafe aus?

III. Rechtsstaat und Strafprozess: Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für den Rechtsstaat

Nicht von ungefähr sehen *Roxin* und *Schünemann* im Strafverfahrensrecht den Seismographen der Staatsverfassungen.²² Das Verfahren der Strafverfolgung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Geboten. Die Maximen des Strafprozesses werden entsprechend europarechtlich nicht nur im fair trial und den weiteren in Art. 6 EMRK genannten Ausprägungen verankert, sondern auch im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Für die Rechtsstaatlichkeit besonders relevant erweist sich gerade in der Türkei das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit. Dass diese Maxime auch auf deutschem Boden erst durchgesetzt werden musste, zeigt der historische Rückblick auf ein berühmtes Verfahren, in welchem der preußische König Friedrich II. eine fragwürdige Rolle spielte.

Dieser war dem Müller Arnold beigesprungen, der wegen verringerten Wasserzuflusses zu seiner Mühle die vereinbarten Pachtzinsen nicht zahlte, wozu er aber rechtskräftig verurteilt worden war. Gegen den ausdrücklichen Befehl Friedrich II. am 28.11.1779 wies das Kammergericht Berlin die weitere Klage des Müllers ab: der erzürnte Monarch ließ die beteiligten Richter verhaften und sprach gegen diese, weil sich zudem deren Kollegen des Kammergerichts quer stellten, selbst ein Urteil.²³ Die Standhaftigkeit der Richter gipfelte in den anerkennenden geflügelten Worten: »Es gibt noch Richter in Berlin«.

²¹ *Bockelmann*, Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe, in: Maurach (Hrsg.) Die Frage der Todesstrafe, Frankfurt am Main 1965, S. 133. Zu den weiteren Gegeneinwänden s. nur *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Lfg. 73, München Dezember 2014, Art. 102 Rn. 29.

²² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017, S. 9.

²³ *Haft*, Aus der Waagschale der Justitia, München (o. J.), S. 47 ff.

Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für die Wahrung eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist heute weitgehend anerkannt.²⁴ Es zeigt sich aber immer wieder, dass bestimmte Bedingungen für die Durchsetzung des Prinzips notwendig sind, soll es nicht schlicht umgangen werden. Besonders deutlich werden augenblicklich die Probleme in der Türkei, in der Richter Repressalien ausgesetzt sind, wenn sie bestimmten politischen Vorgaben zur Rechtsanwendung nicht Folge leisten. Aber auch in Japan fehlen so weitreichende Schranken wie die Unversetzbarkeit verplanter Richter wie in Deutschland. Dort gibt es alle zwei Jahre eine Rotation der Richterstellen. Was rechtsstaatlich noch hinzunehmen ist, leuchtet dieser Band aus.

IV. Internationale Standards für ein rechtsstaatliches Strafrecht und Strafverfahren

Die Ergebnisse der Debatten zur Relevanz des Rechtsstaats im materiellen und formellen Strafrecht werden rechtsvergleichend im Sinne der funktionalen Methodik bewertet und gebündelt. Dabei ist im modernen Mehrebenensystem des Rechts die internationale Dimension der rule of law einzubeziehen. Es wird geklärt, ob den globalen Anfechtungen ein globales Konzept des Rechtsstaats entgegengesetzt werden kann. Es lohnt sich der Versuch, dessen Elemente im Einzelnen in internationalen, völkerrechtlichen Verbürgungen auszubuchstabieren. Als Referenzboden kann dabei die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) dienen, die wichtige Elemente insbesondere in ihrem Art. 6 EMRK formuliert. Allerdings zeigen sich auch bei ihr die Grenzen völkerrechtlichen Einflusses. Denn trotz der Möglichkeit von Individualbeschwerden vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg hat die Geltung der EMRK die offenkundige Missachtung rechtsstaatlicher Grenzen in diversen Mitgliedstaaten nicht verhindern können.²⁵ Ein effektiver Durchsetzungsmechanismus rechtsstaatlicher Prämissen²⁶ ist das A und O der Wirksamkeit des Rechtsstaats im Strafrecht.

²⁴ Kühne, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg; Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 1 Einleitung; §§ 1–47, Berlin, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. J Rn. 12; ders., Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015, § 5 Rn. 109 ff.

²⁵ Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden, 2. Aufl. 2018, Art. 82 AEUV Rn. 5 ff.

²⁶ Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016, S. 48.

Teil I

Grundlegung: Der Rechtsstaat –
Begriff und Bedeutung

Rechtsstaat als Sammelbegriff

Versuch der Konturierung und Kontextualisierung

Markus Kotzur

I. Zur Einleitung: Von der Unverzichtbarkeit der Rechtsstaatsidee

Die Rechtsstaatsidee, noch dazu entwicklungsgeschichtlich informiert und kontextbewusst¹, auf eine griffige Formel zu bringen, ist ein schier unmögliches Unterfangen. Zu heterogen sind die Rechtskulturen, die sich der Herrschaft des Rechts unter ganz unterschiedlichen historischen, sozialen, politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen verschrieben haben.² Allein die Literatur zur Abgrenzung von »Rechtsstaat« und »rule of law« füllt manches Bibliotheksregal.³ Zu vielfältig sind aber auch die Teilelemente, aus denen sich die übergeordnete Rechtsstaatsidee formt und dank derer sich normative Konkretisierungen von Rechtsstaatlichkeit erst gewinnen lassen.⁴ Die Literatur beklagt sogar, dass die hypertrophe Ausdifferenzierung immer neuer Facetten das

¹ Auf die verständnisleitende Bedeutung des Kontexts verweist in seiner »Kontextthese« schon *Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, Königstein 1979, S. 44 ff.

² Zur Relevanz der jeweiligen dogmengeschichtlichen Kontexte und staatstheoretischen Vorverständnisse *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl., München 2018, Art. 20 Rn. 229; *Schulze-Fielitz*, Zur Geltung des Rechtsstaats: Zwischen Kulturangemessenheit und universellem Anspruch, in: *Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft* 5 (2011), S. 1 ff.; siehe auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 764 ff. Eine Möglichkeit zur – auch entwicklungsgeschichtlichen – Strukturierung mag sein, den Rechtsstaat in unterschiedlichen Stufen zu denken, so *Grimm*, Stufen der Rechtsstaatlichkeit, JZ 2009, S. 596 ff.

³ Der »Rechtsstaat« ist gewiss eine spezifisch deutsche Wortprägung, siehe *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 764, unter Verweis auf *Michaelis*, Die Deutschen und ihr Rechtsstaat, Berlin 1980, S. 5. Die im Begriff angelegte Idee umfassender Rechtsbindung aller hoheitlichen Gewalt findet aber in der »Herrschaft des Rechts« ein terminologisches Gegenbild, das den englischen (»rule of law«) oder französischen (*prééminence de droit*) Sprachraum prägend durchzieht, dazu v. *Bogdandy*, Grundprinzipien, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 13 ff., 36; *Gerkrath*, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe – Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des communautés et de l'union européenne, 1997, S. 347; vgl. auch *Röben*, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007, S. 34.

⁴ Diese Konkretisierungen behandelt im Zusammenspiel von Rechtsstaats- und Demokratieangebot *Breuer*, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und des Demokratiegebots, in: Schmidt-

Rechtsstaatsprinzip entweder zur Leerformel denaturiere oder unter Ausnutzung der Grauzonen zwischen »hartem« Verfassungsrecht und »weicher« politischer Programmatik mit beliebigen Inhalten auflade.⁵ Ganz zu schweigen von den ihrerseits voraussetzungsvollen begrifflichen und konzeptionellen Varianten: Rechtsstaat, Rechtsstaatlichkeit, Rechtsstaatsidee, Rechtsstaatsprinzip und, ohne Staatsbezug, dafür mit besonders programmatischem Impuls »Herrschaft des Rechts«. Art. 2 EUV postuliert Rechtsstaatlichkeit gar als Wertgrundlage der Europäischen Union.⁶

Wenn der Rechtsstaat also nicht mehr ist als ein durch seine Geschichtlichkeit bedingter und in seinem Universalitätsanspruch überforderter Sammelbegriff⁷, böte seine Verabschiedung eine radikale Remedur. Frei vom Ballast einer ideengeschichtlich aufgeladenen, in der politischen Alltagsrhetorik indes oft banalisierten Terminologie, würde der Blick frei auf die vorgenannten, häufig im positiven Verfassungsrecht vorgezeichneten Teilelemente. Für nichts anderes als deren Summe steht doch der »affirmative Rekurs« (*Ph. Kunig*) auf Rechtsstaatlichkeit⁸: von der Gewaltenteilung⁹ über den Vertrauens-¹⁰ bis zum effektiven Rechtsschutz¹¹, vom Vorbehalt des Gesetzes¹² bis hin zur Haftung für staatlich verantwortetes Unrecht¹³ – und nicht zuletzt hin zu einem weiteren Großthema,

Assmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln 2003, S. 223 ff.

⁵ Nachweise bei *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 20, Rn. 32.

⁶ *Ullrich*, Rechtsstaat und Rechtsgemeinschaft im Europarecht, Baden-Baden 2011; *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden 2020, § 3 Rn. 13 mit weiteren Verweisen auf die Literatur.

⁷ *Hofmann*, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, *Der Staat* 34 (1995), S. 1 ff.

⁸ Diese Elemente entfaltet eindrucksvoll *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986; weiterhin *Buchwald*, Prinzipien des Rechtsstaats, Maastricht 1996; *Sarčević*, Der Rechtsstaat, Leipzig 1996; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 26; v. *Arnauld*, Rechtsstaat, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 21.

⁹ v. *Arnauld*, Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung. Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: ZParl. 32 (2001), S. 678 ff.; *Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 27; *Möllers*, Die drei Gewalten, Weilerswist 2008; *Cornils*, Gewaltenteilung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 20.

¹⁰ *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2000.

¹¹ *Maurer*, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 467 f.

¹² *Lerche*, Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Heidelberg 2009, § 62.

¹³ Etwa *Windhorst*, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., München 2019.

der Rechtssicherheit.¹⁴ Warum abstrakt von Rechtsstaat reden, wenn es ein universell-abstraktes Rechtsstaatsmodell ebenso wenig gibt wie eine überzeitliche Konstante von Rechtsstaatlichkeit? Nur, weil es der Üblichkeit entspricht und vom langen Atem der Tradition lebt? War das Grundgesetz gut beraten, auf den Rechtsstaatsbegriff in Art. 20 – jedenfalls *expressis verbis* – zu verzichten? Es gibt indes einen sehr triftigen Grund, am Rechtsstaat – und zwar von seinen immer neuen Gefährdungen her gedacht¹⁵ – festzuhalten. Er ist Chiffre für freiheitliche Herrschaftsorganisation. Hinter der Rechtsstaatsidee – und der Begriff Idee wird nunmehr sehr bewusst gebraucht – verbirgt sich der verfassungstheoretische Anspruch, politische wie gesellschaftliche Macht im Gemeinwesen nicht an Opportunitäts Gesichtspunkten oder dem schlichten »Können« zu orientieren, sondern nach Maßgabe von Recht und Gerechtigkeit auszuüben.¹⁶ In dieser Doppelperspektive, die naturrechtlichen Traditionen folgend das gesamte Staatshandeln auf das Ziel materieller Gerechtigkeit hin verpflichtet¹⁷ und, nach gängiger Formel, eine anspruchsvolle Herrschaft des Rechts, nicht lediglich schlichtes Herrschen durch Recht will, steht Rechtsstaatlichkeit für jene Freiheitsidee¹⁸, die für den modernen Verfassungsstaat und eine liberale Weltordnung gleichermaßen konstitutiv ist.

Gerade weil eine solche auf rechtlicher Bindung beruhende Freiheitsidee im Laufe und Wandel der Zeit immer neu herausgefordert ist – man denke aktuell an Ungarn und Polen, aber auch die mehr oder weniger große Ignoranz der *Trump*-Administration gegenüber einer regelbasierten Völkerrechtsordnung –, gilt es an ihr mit Emphase festzuhalten. Die *Zuschreibung* von Rechtsstaatlichkeit wirkt identitätsbestimmend für jede freiheitliche Form von Herrschaft, sei sie staatlich verfasst oder in den Raum jenseits des Staates aufgreifend. »Es mag«, um *A. von Arnould* zu zitieren,

»paradox klingen: Der Rechtsstaat ist auf den Staat nicht angewiesen. Anders als das Demokratieprinzip ist das nomokratische Prinzip nicht an vermeintlich (?) ontologische Größen wie das ›Volk‹ (oder eben auch den ›Staat‹) gebunden, sondern knüpft allein an das Vorhandensein institutionalisierter Macht an.«¹⁹

¹⁴ v. *Arnould*, Rechtssicherheit, Tübingen 2006.

¹⁵ *Denninger*, Grenzen und Gefährdungen des Rechtsstaats, in: *Rechtstheorie* 24 (1993), S. 7 ff.

¹⁶ *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962), in: ForsthoFF (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, S. 557 ff., 560 ff.; gleichsinnig *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl., München 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 1 unter Verweis auf *Hesses* Ansatz ebenso wie die spätere Literatur.

¹⁷ Wiederum *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl., München 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 50. Das Grundgesetz denkt mit seiner Bindung an »Gesetz und Recht« in Art. 20 Abs. 3 jedenfalls sehr bewusst über das positive Recht hinaus, dazu *Hoffmann*, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, Berlin 2003.

¹⁸ *Viroli*, *Die Idee der republikanischen Freiheit. Von Machiavelli bis heute*, Zürich 2002.

¹⁹ v. *Arnould*, *Rechtsstaat*, in: *Deppenheuer/Grabenwarther* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010, § 21 Rn. 13, Rn 58 ff. m. w. N.

Genau deshalb sind ohne das *Narrativ* der Rechtsstaatlichkeit weiterführende Diskurse über eine regel- und institutionenbasierte politische Ordnungsbildung kaum vorstellbar – bis hin zur Rede von einer »international rule of law«²⁰ und mehr oder weniger erfolgreich erprobten »Rechtsstaatsdialogen«.²¹ Schließlich ist genau deshalb politischer Einheitsbildung das *Paradigma* der Rechtsstaatlichkeit weniger vor- als aufgegeben: die Bindung hoheitlicher Gewalt im Interesse individueller Freiheit.²²

II. Zur übergeordneten Rahmung: Von den Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit

Zuschreibung, Narrativ, Paradigma, Leitidee freiheitlicher Herrschaftsorganisation – wie sich deren zeitlich wandelbaren Zügen nähern?²³ Da Ideen oft weniger dem platonischen Ideenhimmel entspringen als vielmehr auf Wirklichkeitsbefunde reagieren, bietet sich eine Konstruktion von den existentiellen Bedürfnissen und den existentiellen Unrechtserfahrungen derjenigen an, die zu politischer Gemeinschaft finden wollen und in politischer Gemeinschaft leben müssen: den Individuen. Zu deren wohl existentiellsten Unrechtserfahrungen rechnet das Ausgeliefert-Sein gegenüber Willkür.²⁴ Sie entsteht überall dort, wo Herrschaft sich nicht – jedenfalls nicht innerweltlich – legitimieren muss, keine Grenzen kennt und sich jeder Kontrolle entzieht. Der Wirklichkeitsbezug hat noch eine zweite Seite: Ideen wollen Wirklichkeit steuern und verändern. Dieser

²⁰ Dazu findet sich mittlerweile ein breiter völkerrechtlicher Diskurs, siehe aus der Lit. etwa: Carter, *The Rule of Law and the State of Human Rights*, in: *Harvard Human Rights Law Journal*, 4 (1991), S. 1 ff.; Watts, *The International Rule of Law*, in: *German Yearbook of International Law* 36 (1993), S. 15 ff.; Thüerer, *Internationales »Rule of Law« – innerstaatliche Demokratie*, *SZIER* 5 (1995), S. 455 ff.; Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*. *International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, Heidelberg 1998; Hafner, *The Rule of Law and International Organizations*, in: *Weltinnenrecht: Liber Amicorum J. Delbrück*, Berlin 2005, S. 307 ff.; Wittiger, *Das Rechtsstaatsprinzip – vom nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der europäischen und der internationalen Gemeinschaft?*, *JöR* 57 (2009), S. 427 ff.; Chesterman, *Rule of Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of International Law*, online version abrufbar auf www.mpepil.com, Stand 2012; Nijman, *Non-state actors and the international rule of law*, *Amsterdam Center for International Law. Research Paper Series* (online verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1522520>, dort S. 7, zuletzt besucht am 14.05.2018).

²¹ Man denke etwa an den deutsch-chinesischen Rechtsstaatsdialog, dazu das *BMJV* unter www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/DeutschChinesischerRechtsstaatsdialog/DeutschChinesischerRechtsstaatsdialog_node.html (zuletzt besucht am 14.05.2019).

²² Voßkuhle, *Rechtsstaat unter Druck*, *Die Zeit* vom 27.09.2018, S. 6.

²³ Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, in: v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. FS zum Hundertjährigen Bestehen des DJT*, Bd. II, Heidelberg 1960, S. 229, 234.

²⁴ Aus der Literatur Schapp, *Freiheit, Moral und Recht*, 2. Aufl., Tübingen 2017.

Gestaltungsanspruch richtet den Blick auf die Funktionen. Die *Begründung*, *Begrenzung* und *Kontrolle* hoheitlicher Macht durch Recht und in rechtlich geordneten Verfahren bildet daher den Nukleus der Rechtsstaatlichkeit und zugleich ihre zentrale *Funktionentrias*.²⁵ Die »Herrschaft des Rechts« meint immer auch »Herrschaft durch Recht«, aber sie meint immer mehr als bloße »Herrschaft durch Recht«. Recht in diesem Sinne wirkt zugleich als Herrschaftsinstrument und bildet den Legitimationsmaßstab für Herrschaft. Der Aspekt der Herrschaftsbegründung bedarf dabei seinerseits der Begründung, da diese Funktion primär der Demokratie zugeschrieben wird.²⁶ Der demokratische Souverän realisiert seinen politischen Selbstbestimmungsanspruch aber durch die Setzung von Recht, zunächst Verfassungsrecht, und weiß sich in seinem Setzungsanspruch rechtlich limitiert, etwa durch die universellen Menschenrechte.²⁷ Wie jede Form der Souveränität ist auch die Volkssouveränität nur deshalb erträglich, weil sie letztlich rechtlich eingehegt wird.²⁸

Die zweite zentrale Dimension bzw. Funktion der Rechtsstaatlichkeit ist die der Anerkennung.²⁹ Das mag zunächst überraschen, weil die Anerkennung primär ein sozialphilosophischer, kein rechtlicher Grundbegriff ist.³⁰ Aber der vorliegende Konstruktionsversuch ist, wie eben skizziert, ein wirklichkeitsgeleiteter und kommt daher an der Erkenntnis nicht vorbei, dass politische und soziale Freiheit nur innerhalb vernünftiger Anerkennungsverhältnisse zu denken sind. Die Eine/der Eine ist in ihrem/seinem Freiheitsgebrauch und in ihrem/seinem sozialen Geltungsanspruch abhängig von der reziproken Anerkennung durch die Anderen.³¹ Es gehört zu den tagesaktuellen sozialwissenschaftlichen Befunden, dass die »sozial Abgehängten«, weil sie sich in ihren Ängsten und Bedürfnissen von der Politik nicht mehr ernst genommen, nicht mehr respektiert, nicht mehr anerkannt fühlen, (sich) radikalisieren und anfäl-

²⁵ Eine Trias, die den Verfassungsfunktionen als solchen entspricht, vgl. *Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, Tübingen 1953, S. 53 f.; *ders.*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 61 ff.; *Brunkhorst*, Einführung in die politische Ideengeschichte, München 2000, S. 253 ff.; *Kotzur*, Die Thematik des Verfassungsgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 12, 3. Aufl., Heidelberg 2016, § 216, Rn. 2 m. w. N.

²⁶ So kontrastiert etwa *Starck* in seinem gleichnamigen Beitrag (in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 33, insbes. Rn. 29 ff.) »Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee«. Demgegenüber begreift *Häberle* die pluralistische Demokratie bewusst als organisatorische Konsequenz der Menschenwürde (Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 22, Rn. 61 ff.).

²⁷ Dazu *Kotzur*, Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht, in: Dethloff/Nolte/Reinisch (Hrsg.), Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht: Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen, Bd. 49, Heidelberg 2018, S. 295 ff., S. 300 ff.

²⁸ Das macht das deutsche GG mit seiner Ewigkeitsklausel aus Art. 79 Abs. 3 GG explizit, dazu *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Art. 79, Rn. 9.

²⁹ Grundlegend *Honneth*, Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte, Berlin 2018.

³⁰ Greifbar etwa bei *Schmetkamp*, Respekt und Anerkennung, Münster 2012.

³¹ Wiederum *Honneth*, Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte, Berlin 2018.

lig für Populismen jeder Provenienz werden.³² Gewiss kann solche Anerkennung nur begrenzt normativ eingefordert werden, der Rechtsstaat aber will den dafür maßgeblichen normativen Rahmen setzen. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG tut das, indem er den Staat in den Dienst des Menschen stellt und jedem würdebegabten Individuum seine unhintergehbare Anerkennung durch die hoheitliche Gewalt zusichert.³³ Und Art. 1 Abs. 1 S. 2 sowie 1 Abs. 2 GG tun das, indem sie dem Staat grundrechtliche Schutzpflichten auferlegen,³⁴ die Grundrechte zur Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft³⁵ machen und so – Stichwort Dritt- oder Horizontalwirkung³⁶ – eine Gesellschaftsordnung ausprägen, in der der Eine dem Anderen ein Mindestmaß an Anerkennung nicht versagen darf. Die rechtsstaatspezifische Folge: Jeder hat einerseits ein Recht auf Rechte³⁷, andererseits ein Recht auf die Gewährleistung jener Mindestgrundlagen der menschlichen Existenz³⁸, ohne die effektiver Freiheitsgebrauch (einschließlich der Wahrnehmung der dazu notwendigen Rechte) gar nicht möglich wäre. Der auf Anerkennung hin orientierte Rechtsstaat ist immer auch ein sozialer Rechtsstaat.³⁹

Schließlich zu einer dritten zentralen Dimension der Rechtsstaatlichkeit, die sich auch als Konsequenz aus den ersten beiden Dimensionen darstellen lässt: die friedliche Schlichtung und die rechts- respektive regelbasierte Beilegung von Streitigkeiten.⁴⁰ Damit ist weit mehr gemeint als der effektive Rechtsschutz durch Gerichte. Nur wer sich (nicht zuletzt dank belastbarer prozeduraler In-

³² In diesem Kontext: Kotzur (Hrsg.), Wenn Argumente Scheitern. Aufklärung in Zeiten des Populismus, Münster 2018.

³³ Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 14. Aufl., Köln 2018, Art. 1, Rn. 7.

³⁴ Zu den Grundrechten (auch) als »Elementen objektiver Ordnung«: Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (Neudruck 1999), S. 137 ff.; zu den vom BVerfG entwickelten »Schutzpflichten« ders., ebd., S. 166 f., sowie Jaeckel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001; Szczekalla, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin 2002; Stachel, Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft, Berlin 2006.

³⁵ Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Art. 1, Rn. 35.
³⁶ Dazu Dürig, Grundrechte- und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), FS Nawiasky, München 1956, S. 157 ff., und BVerfGE 7, 198, ständige Rechtsprechung; mit Blick auf ganz aktuelle Digitalisierungssphänomene Schliesky, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2014.

³⁷ So die Menschenwürdekonzeption bei Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen 1997, S. 504 ff.; siehe auch Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. II, 3. Aufl., München 2004, § 22.

³⁸ Merold, Freiheit durch den Staat – eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums, Hamburg 2016.

³⁹ Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: ders./Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1994, § 17.

⁴⁰ Nur ergänzend sei angemerkt, wie stark die soziale Dimension hier jedenfalls mittelbar präsent ist, da alle Streitbeilegungsmechanismen auch auf das Deeskalationspotential sozialer Stabilität bauen. Zur rechtsstaatlichen Seite der Streitbeilegung insbesondere Uhle, Rechts-

frastrukturen) der Durchsetzbarkeit seiner Rechte sicher sein und deshalb rechtssprechenden Instanzen (ver-)trauen kann, unterwirft sich hoheitlicher Macht. Rechtsschutz- und Streitbeilegungsmechanismen bilden daher eine Legitimationsvoraussetzung für Hoheitsgewalt.⁴¹ Sie setzen, gerade durch den Grundrechtsschutz, dieser Gewalt konkrete Grenzen und ermöglichen ihre Kontrolle. Deshalb versteht der freiheitliche Verfassungsstaat heutiger Entwicklungsstufe sich vor allem als »Grundrechtsstaat«⁴², bedeutet für das Europa des Europarates und der Europäischen Union »Herrschaft des Rechts« primär »Herrschaft der Grundrechte.«⁴³ Im »Grundrechtsstaat« wird, wer seine Rechte einfordern kann, zugleich in seinen rechtlichen Ansprüchen und als wirkungsmächtiger Akteur der offenen Gesellschaft *anerkannt*.⁴⁴ Mit anderen Worten: *Regelbasierte Streitbeilegung* ermöglicht *anerkenntnisbasierte Interaktion* innerhalb einer sozialen Gemeinschaft.

Damit zu einem Zwischenfazit: Der Rechtsstaat steht einerseits im Dienste der Begründung, Begrenzung und Kontrolle hoheitlicher Macht.⁴⁵ Er steht andererseits im Dienste des Anerkennungsanspruchs des Individuums.⁴⁶ Beides realisiert er nicht zuletzt durch (partizipative) Verfahren der friedlichen Schlichtung und regelbasierten Beilegung von Streitigkeiten⁴⁷. Die der Streitbeilegung übergeordneten Dimensionen bzw. Funktionen verweisen zugleich auf die formelle und die materielle, die prozedurale und die substantielle, die institutionelle und die individuell-menschenrechtliche Seite des Rechtsstaats.⁴⁸ So

staatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, Heidelberg 2013, § 129.

⁴¹ Zum effektiven Rechtsschutz siehe *Michael/Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl., Baden-Baden 2017, Rn. 888 ff.

⁴² *Häberle*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, Heidelberg 2004, § 7, Rn. 31; *ders.* Europäische Verfassungslehre, 5. Aufl., Baden-Baden 2008, S. 330 ff.; *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998, S. 715 ff.; *Merten*, Das Prinzip der Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen, in: *ders./Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, Heidelberg 2006, § 27, Rn. 5 ff.; noch immer prägend für den Verfassungsstaat des deutschen Grundgesetzes *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (Neudruck 1999), Rn. 125 ff.

⁴³ *Limbach*, Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR, EuGRZ 2000, S. 417; siehe auch *Kugelman*, Grundrechte in Europa, Hamburg 1997.

⁴⁴ Grundlegend *Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975/78), in: *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl., Berlin 1998, S. 155 ff., 160 f.; wohl enger *Müller-Franken*, Demokratie als Wettbewerbsordnung, DVBl. 2009, S. 1072 ff., 1073.

⁴⁵ Oben Fn. 25.

⁴⁶ Oben Fn. 29, 31.

⁴⁷ Oben Fn. 40 bis 44.

⁴⁸ Zu diesen unterschiedlichen Dimensionen, vor allem zur Differenzierung von formellem und materiellem Rechtsstaat *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., München 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 46 ff.

wie binäre Strukturen häufig unterkomplex bleiben, wäre es indes verfehlt, diese Seiten voneinander geschieden, gar im Sinne von Gegensatzpaaren zu denken. Sie bedingen und ergänzen einander vielmehr komplementär. Die formelle Seite der Herrschaftsorganisation wäre sinnentleert, stünde sie nicht im Dienste materieller Ansprüche an Herrschaft. Verfahren sind kein Selbstzweck, Grundrechte lassen sich als Institutionen deuten und Institutionen stehen ihrerseits im Dienst grundrechtlicher Freiheit.⁴⁹

III. Zur normativen Verdichtung: Von den Konturen der Rechtsstaatlichkeit

Die Einzelprinzipien, als deren Inbegriff sich der Rechtsstaat präsentiert, haben ihrerseits jeweils formelle und materielle, prozedurale und substantielle, institutionelle und individuell-menschenrechtliche Seiten. Sie lassen sich – freilich nicht überschneidungsfrei – auf die drei übergeordneten Dimensionen hin ordnen. Das sei hier nur in Stichworten angedeutet:

Der Begründung, Begrenzung, und Kontrolle hoheitlicher Gewalt dient zunächst deren umfassende Grundrechts- und Verfassungsbindung. Das Grundgesetz hat sie in Art. 1 Abs. 3 sowie Art. 20 Abs. 3 GG ausbuchstabiert.⁵⁰ Hinzu tritt die Bindung von Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht. Der Bestimmtheitsgrundsatz⁵¹, die konkreten Anforderungen an Verordnungsermächtigungen⁵², der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵³, das Rückwirkungsverbot⁵⁴ und der Vertrauensschutz⁵⁵ formulieren qualitative Maßstäbe sowohl für die Bindung an Gesetz und Recht als auch die umfassende Grundrechtsbindung aller drei staatlichen Gewalten. Die Gewaltenteilung⁵⁶ ist zentrale Funktionsbedingung für Herrschaftsbegrenzung und Herrschaftskontrolle. Auch das Rollenprofil des Berufsbeamtentums gehört hierher.⁵⁷ Den Gefahren entgrenzter

⁴⁹ Zu dieser Multidimensionalität und zur institutionellen Seite heute schon klassisch Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff.

⁵⁰ Siehe Kunig, Art. 1, Rn. 50, und Schnapp, Art. 20, Rn. 59, jeweils in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2012.

⁵¹ Papier/Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997), S. 177 ff.

⁵² Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 40. Ed., München 2018, Art. 20, Rn. 6 ff.

⁵³ Ein früher Klassiker: Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961 (2. Aufl. 1999).

⁵⁴ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 85. EL, München 2018, Art. 20, Rn. 76 ff.

⁵⁵ Blanke (Fn. 10).

⁵⁶ Horn, Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung, AöR 127 (2002), S. 427 ff.

⁵⁷ von der Weiden, Das deutsche Berufsbeamtentum – ein alter Zopf oder wertvoller denn je?, in: Thüringer VBl. 2018, S. 121 ff.; Werres, Der Funktionsvorbehalt für das Berufsbeamtentum: Deutungen und Entwicklungen des Art. 33 Absatz 4 GG, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 2017, S. 109 ff.

Herrschaft will nicht zuletzt die Staatshaftung wehren⁵⁸, indem sie Träger hoheitlicher Gewalt nicht aus der Verantwortung für Unrecht entlässt. Inwieweit eine Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung⁵⁹ gefordert werden kann, weil Begründungs-, Begrenzungs-, und Kontrollfunktion ein Mindestmaß an Kohärenz implizieren, bleibt schon aus praktischen Gründen umstritten.

Für die Anerkennungsdimension steht zuvörderst die Menschenwürdegarantie⁶⁰, aus der sich letztlich die grundrechtliche Sicherung des Individuums ableitet. Die Dimension regelbasierter Streitbeilegung findet Konkretisierung durch die Garantie effektiven Rechtsschutzes,⁶¹ die Justizgewähr,⁶² die Unabhängigkeit der Gerichte,⁶³ das Recht auf den gesetzlichen Richter⁶⁴ oder den Anspruch auf rechtliches Gehör.⁶⁵ Diese Auflistung kann schon deshalb keine Vollständigkeit für sich beanspruchen, weil die Konkretisierungen von Rechtsstaatlichkeit historisch kontingent sind und neue Herausforderungen von Freiheit neue Antworten regelbasierter Freiheitssicherung verlangen. Zugespitzt formuliert: Das Rechtsstaatsprinzip beruht zwar auf – seiner Funktionslogik geschuldet – unabdingbaren und insoweit überzeitlichen Kernelementen, muss aber ein offenes Prinzip bleiben. Es muss sich offenhalten, auf neue Unrechtserfahrungen adäquat zu reagieren. Eine voreilige Flucht in den Ausnahmezustand bietet angesichts solcher Dynamik sicher keine adäquate Lösung.⁶⁶ Die *Selbstbehauptung* Rechtsstaats⁶⁷ wird gewiss nicht durch die Aufgabe seiner Prämissen gelingen.

⁵⁸ Oben Fn. 13.

⁵⁹ Monographisch aufbereitet etwa von *Dietrich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz. Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht, Berlin 2014.

⁶⁰ *Häberle* (oben Fn. 26).

⁶¹ Art. 19 Abs. 4 GG. Siehe hierzu *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Art. 19, Rn. 11, 113 ff.

⁶² Das Bundesverfassungsgericht leitet diesen Justizgewährleistungsanspruch unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip ab, vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 85. EL, München 2018, Art. 20, Rn. 133.

⁶³ Art. 97 Abs. 1 GG. Siehe dazu *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl., München 2018, Art. 97, Rn. 4 ff.

⁶⁴ Art. 101 Abs. 1 S. 2. Hierzu *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 40. Ed., München 2018, Art. 101, Rn. 15 f.

⁶⁵ Art. 103 Abs. 1 GG. Siehe auch *Radtke/Hagemeier*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 40. Ed., München 2018, Art. 103, Rn. 1–5.

⁶⁶ Klassisch *Schmitt*, Politische Theologie, vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin 1922 (3. Aufl. 1979); in klassischer Auseinandersetzung damit *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., Berlin 1958, S. 119 ff., 194; *Schneider*, Ausnahmezustand und Norm, Stuttgart 1957; *Hesse*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes, JZ 1960, S. 105 ff.; heute *Agamben*, L'Etat d'exception, Paris 2003; *Harms*, Verfassungsrecht in Umbruchsituationen, Baden-Baden 1999, S. 125 ff.; *García-Salmones*, The Ethos of the Rule of Law in International Legal Discourse: Portrait of an Outsider, in: International Community Law Review 10 (2008), S. 29 ff., 33. Zahlreiche weitere Nachweise aus der kaum zu überblickenden Lit. bei *Kotzur*, Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand, AVR 42 (2004), S. 353 ff., 356 ff.

⁶⁷ In Anspielung an *Depenheuer*, Die Selbstbehauptung des Rechtsstaats, Paderborn 2007.

IV. Zur (lebensweltlichen) Einordnung: Von den Kontexten der Rechtsstaatlichkeit

Diese Offenheit verweist auf die lebensweltlichen Kontexte von Rechtsstaatlichkeit. Der stärkste Veränderungsdruck entsteht dabei durch die Globalisierung und die Pluralisierung wirkungsmächtiger Akteure, die sie mit sich bringt.⁶⁸ Wird vormals rein staatlich radizierte Hoheitsgewalt heute sowohl in überstaatlichen Kooperationszusammenhängen als auch durch nichtstaatliche Akteure ausgeübt, bleibt auch die Begründung, Begrenzung und Kontrolle von hoheitlicher Macht nicht mehr auf den Staat begrenzt.⁶⁹ Wer auch immer hoheitliche oder hoheitsähnliche Macht ausübt, bedarf rechtlicher Einhegung bei dieser Machtausübung: die supranationale Europäische Union genauso wie eine klassische internationale Organisation, ein transnationales Unternehmen genauso wie zwischenstaatliche Zusammenschlüsse. Die durch faktische Verflechtungs- und Entgrenzungsprozesse bedingten Funktionseinbußen und Steuerungsverluste des Nationalstaates verlangen nach einer regelbasierten staatenübergreifenden Auffangordnung.⁷⁰ Die Rechtsstaatsfunktionen sind zu internationalisieren.⁷¹ Das gilt erst recht, wenn globalisierungstypische neue Gefährdungslagen wie der internationale Terrorismus im staatlichen wie im überstaatlichen Recht manchen Paradigmenwechsel bewirken und Risikoprävention zum prägenden Leitmotiv politischer Ordnungsbildung machen.⁷² Damit einher geht eine prekäre Renaissance der Legitimationsfigur des »state of emergency« von *Carl Schmitt* bis *Giorgio Agamben*.⁷³ Zwischen rechtlich gebändigten Notstandsregelungen und einem freiheitsfeindlichen Ausnahmezustand *Schmittscher* Provenienz ist sorgfältig zu differenzieren.⁷⁴ Punktuelle Notstandsmaßnahmen können mit der

⁶⁸ Zu globalisierungsbedingten Wandlungsprozessen v. *Bogdandy*, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), S. 853 ff.

⁶⁹ Darauf sucht nicht zuletzt die völkerrechtliche Konstitutionalisierungsdebatte adäquate Antworten zu gebeten, aus der umfänglichen Literatur nur *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre, Berlin/Heidelberg 2012.

⁷⁰ Ein Theorievorschlag, auch er der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsdebatte entlehnt: *Peters*, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, Leiden Journal of International Law 19 (2006), S. 579 ff.; *Klabbers/Peters/Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009.

⁷¹ Von einer »global rule of law« war schon die Rede, siehe nochmals *Chesterman*, Rule of Law, in: Max Planck Encyclopedia of International Law (online version abrufbar auf www.mpepil.com), Stand 2012.

⁷² Im Hinblick auf diese Debatte, die sowohl im nationalen als auch europäischen Recht intensiv geführt wird, *Kotzur*, Grundfragen einer europäischen Sicherheitspolitik, Europarecht (EuR), Beiheft 3, 2009, S. 7 ff.

⁷³ *Miethke*, Giorgio Agambens Homo-Sacer-Projekt im Völkerrechtsschrifttum. Eine völkerrechtsphilosophische Untersuchung, nach rezeptionstheoretischen Grundlagen abgehandelt, Berlin 2017.

⁷⁴ Vgl. dazu *Kotzur*, Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?, AVR 42 (2004), S. 353 ff.

grund- und menschenrechtlichen Bindung aller hoheitlichen Gewalt und damit den Mindestanforderungen der »rule of law« im Einklang stehen, ein perpetuierter Ausnahmezustand wäre indes das Ende der Freiheit.⁷⁵

In engem Zusammenhang mit dem Globalisierungskontext steht eine fortschreitende Ausdifferenzierung, ja Fragmentierung und Hybridisierung des Rechts. Die Gefahr einer diffusen Amalgamierung rechtlicher Standards in hierarchieaverser Indifferenz und rechtspluralistischer Beliebigkeit ist nicht ganz von der Hand zu weisen.⁷⁶ Um nur zwei Beispiele zu benennen: Wie lässt sich »soft law« rechtsstaatlich deuten, wenn seine Setzung gerade die rechtsstaats-typischen förmlichen Verfahren nicht kennt?⁷⁷ Wie lässt sich religiöses Recht rechtsstaatlich auffangen, wo es gerade unter keinem innerweltlichen Legitimationsdruck steht?⁷⁸ Und doch wäre es naiv, die Pluralität normativer Steuerungssysteme zu negieren und von einem Rechtssetzungsmonopol des Staates auszugehen, das es so heute nicht mehr gibt. Es stellt sich vielmehr die doppelte Frage, wieviel Rechtspluralismus der Rechtsstaat zulassen und wie Rechtsstaatlichkeit in rechtspluralistischer Ausdifferenzierung ihrer Funktionentrias von Begründung, Begrenzung und Kontrolle hoheitlicher Macht gerecht werden kann.⁷⁹

Damit angesprochen ist zugleich ein dritter Kontext: die sich wandelnden Wirklichkeitsbedingungen demokratischer Herrschaftsorganisation, gerne auf Schlagworte wie »Post Democracy«⁸⁰ oder »Post-Parlamentarismus«⁸¹ gebracht. Begriffsprägend wirkt vor allem der britische Politologe *C. Crouch*, der »nachdemokratische« Zeiten befürchtet, in denen demokratische Institutionen zwar noch formal intakt, aufgrund gravierender Funktionseinbußen und Machtverlagerung auf die (transnationalen) Exekutiven, mitunter sogar private Akteure, indes nur noch mehr oder weniger leere Hülsen sind.⁸² Diese Sorge vor einer

⁷⁵ Dazu bereits oben Fn. 66.

⁷⁶ Siehe z. B. *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärfenrelation, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), FS W. Blomeyer, Berlin 2004, S. 637 ff.

⁷⁷ *Knauff*, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, Tübingen 2010.

⁷⁸ Nur ein Beispiel: *Kadivar*, Gottes Recht und Menschenrechte. Eine Kritik am historischen Islam, Freiburg 2017.

⁷⁹ *Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Basler Schriften zur Europäischen Integration Nr. 21, 1996, S. 4 ff.; siehe auch *Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, 65 MLR 2002, S. 317 ff.; *Maduro*, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: Walker (ed.), Sovereignty in Transition, London 2001, S. 21 ff.

⁸⁰ *Crouch*, Postdemokratie, Berlin 2008.

⁸¹ *Andersen/Burns*, The European Union and the Erosion of Parliamentary Democracy: A study of post-Parliamentary Governance, in: Andersen/Eliassen (Hrsg.), The European Union: How democratic is it? New York 1996, S. 227 ff.

⁸² *Crouch*, Postdemokratie, Berlin 2008; dazu etwa *Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), S. 191 ff., 193; *Kajewski*, Wahrheit und Demokratie: eine Zeitdiagnose der Postdemokratie, Baden-Baden 2014.

»verselbständigten Macht der Exekutivgewalt« – eine Formulierung übrigens, die *K. Marx* einst mit Blick auf den Bonapartismus gebrauchte⁸³ – hat eine eindeutig rechtsstaatliche Seite. Sie betrifft nämlich nicht nur Erosionen demokratischer Rückbindung, sondern auch rechtsstaatlicher Einhegung. Mit der Figur des Parlamentsvorbehalts, in der das legitimatorische Prä des demokratisch gewählten Gesetzgebers und der Vorrang des Gesetzes zusammenfinden, bringt das deutsche Bundesverfassungsgericht diesen Wirkungszusammenhang auf einen treffenden Punkt.⁸⁴ Die strukturadäquate Pluralisierung von Legitimationsinstrumenten gehört daher genauso zu den wesentlichen Zukunftsaufgaben des Rechtsstaats wie die Sicherung effektiver Partizipationsmöglichkeiten in polyarchischen Ordnungsstrukturen.⁸⁵

Die drei Referenzfelder der Globalisierung, der Hybridisierung von Recht und der sich wandelnden Wirklichkeitsbedingungen demokratischer Herrschaftsorganisation bilden freilich nur einen Ausschnitt. Viele weitere Kontexte wären hinzuzufügen, man denke nur an die Staatsstrukturprinzipien, in die Art. 20 GG den so gedachten, nicht explizit so genannten Rechtsstaat einordnet.⁸⁶ Man denke an die weiten Felder von Wirtschaft und Politik und man denke nicht zuletzt an die kulturellen Tiefenschichten, die keine kulturwissenschaftlich sensibilisierte Verfassungslehre ignorieren darf.⁸⁷ Es sei dennoch bei diesen drei exemplarisch ausgewählten Kontexten belassen, weil sie die Zukunftsaufgaben des demokratischen Rechtsstaats in ihren wesentlichen Facetten beschreiben, viele der anderen Kontexte implizit mitdenken, vor allem aber explizieren, was als *cantus firmus* des Beitrags schon längst mitklang: die gemeinsamen Wurzeln, das Verwoben und Aufeinander-Angewiesen-Sein von rechtsstaatlicher und demokratischer Freiheit.⁸⁸

V. Zum Schluss: Vom Gebotensein der Rechtsstaatlichkeit

Das leitet zur abschließenden Quintessenz über. Der Rechtsstaat ist gewiss ein offener Sammelbegriff. Er ist aber mehr noch ein *Bündelungsbegriff*, der all seine relevanten Teilelemente und Teilprinzipien an die Idee der Freiheit

⁸³ Dazu *Winkler*, *Geschichte des Westens: Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 2. Aufl., München 2010, S. 644.

⁸⁴ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 14. Aufl., Köln 2018, Art. 20, Rn. 69.

⁸⁵ *Dahl*, *On Democracy*, New Haven 1998, S. 93 ff.; *Nolte*, *Von der repräsentativen zur multiplen Demokratie*, *Aus Parlament und Zeitgeschichte* 2011/1–2, S. 5 ff.

⁸⁶ Für eine Gesamtschau *Sommermann*, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997.

⁸⁷ *Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1998; *ders./Kotzur*, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden 2016; *Mankowski*, *Rechtskultur*, Tübingen 2016.

⁸⁸ Oben Fn. 26.

durch regelbasierte, rechtsgestützte Herrschaftsorganisation rückbindet. Es geht ihm um die eindeutige Absage an absolute Macht⁸⁹; er weiß, inspiriert von seinen klassischen Vordenkern wie *Immanuel Kant*, *Robert v. Mohl* oder *Johann Christoph Freiherr von Aretin*⁹⁰, dass die umfassende Rechtsbindung aller hoheitlichen Gewalt Lebensbedingung, anders formuliert »anthropologische Notwendigkeit«⁹¹ einer freiheitlichen Gesellschaft und einer in Freiheit geordneten politischen Gemeinschaft ist. Deshalb ist Rechtsstaatlichkeit in einer Zeit grassierender Populismen und zunehmender Attraktivität des Autoritären nicht nur Thema, sondern Gebot der Stunde. Für den Rechtsstaat und für alle, die in Verantwortung für die Herrschaft des Rechts stehen, gilt gleichermaßen: Wer den Anfängen nicht wehrt, dessen Ende hat schon begonnen.

⁸⁹ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 765.

⁹⁰ Zur einordnenden Auseinandersetzung mit diesen Klassikern *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 769 f.; allgemein über die Bedeutung von Klassikertexten *Häberle*, Klassikertexte im Verfassungsleben, Berlin 1981; *Kotzur*, Die Wirkungsweise von Klassikertexten im Völkerrecht, in: JöR 49 (2001), S. 329 ff.

⁹¹ *Ryffel*, Grundprobleme der Staats- und Rechtsphilosophie, München 1969, S. 416.