

aus: Evangelisches Staatslexikon hrsg. von Roman Herzog / Hermann Kunst / Klaus Schlaich / Wilhelm Schneemelcher, Kreuz: Stuttgart, 3. Aufl.: 1987, Spalte 2806 - 2818.

Die Spaltenumbrüche entsprechen der Originalveröffentlichung; die Zeilenumbrüche stimmen teilweise nicht überein. Die farbigen Hervorhebungen wurden für die vorliegende online-Veröffentlichung hinzugefügt.

Rechtsstaat. I. Problemstellung der Geschichte.

a) Sowenig wie andere zentrale Begriffe von Staatslehre und Politik (→Demokratie I 1) bezeichnet der R. eine apriorisch vorgegebene „Wesenheit“. Es ist daher nach den politischen und sozioökonomischen Entstehungsbedingungen des R.begriffs und nach seiner konkreten polit. Funktion zu fragen, auch nach allfälligem Funktionswandel und Umständen, die diesen erklären. Vorweg ist festzuhalten, daß der R. eine **Begriffsbildung der deutschen Staatslehre des 19. Jhs. ist.** Dieser R. soll den Staat im Interesse der bürgerl. Gesellschaft unter obrigkeitstaatl. Bedingungen beschränken. **So unterscheidet sich der R. von vornherein von der britischen *Rule of Law*, die nicht nur als ein den Staat begrenzendes, diesen vielmehr auch konstituierendes (repräsentativstaatl. bzw. demokratisches) Prinzip gemeint ist.** Übersetzungen wie *Etat de Droit* im Französischen oder *Estado de Derecho* im Spanischen sind von der deutschen Staatslehre (insbes. über G. JELLINEK und C. SCHMITT) inspiriert und verbinden sich z. T. (etwa in Italien, Spanien und Lateinamerika) mit der Forderung nach (vor allem ökonomischen) **Rest-Freiheiten unter autoritären Regierungsformen.** Wer nach der historischen Ortung des R. und seiner genaueren politischen Funktion fragt, wird gegenüber einer inflationären Verwendung des R.begriffs, die diesen auch etwa auf PLATOS Gesetzesstaat (und damit auf die vom modernen Staat zu unterscheidende Polis) oder auf die mittelalterliche Ordnung und deren Theorie (etwa BRAC-TONS Lehre von der Bindung des Monarchen an das Gesetz) anwendet, zur Skepsis raten. Die Aussage, im R. würden Staat und Recht „zusammengebracht“, mag ansprechend klingen. Sie ist jedoch banal und wenig informativ, müßte man doch vorerst wissen, wie der jeweils vorausgesetzte Staat und das gemeinte Recht (positives Recht, Naturrecht, wenn ja, welches Naturrecht?) verstanden werden. Diese Kritik gilt auch der verbreiteten Gegenüberstellung von R. und (nationalsozialist.) „Unrechtsstaat“, einer Begriffsbildung, die dazu verführen kann, die sozialwissenschaftlich-historische Analyse des NS-Regimes (seiner Entstehungsbedingungen und Wirkungsweise) durch bloßen moralischen Protest zu „ersetzen“.

b) Wie gesagt, stellt der R. als Begriff und in der Sache eine Besonderheit des deutschen Staatsrechts dar. Das schließt es freilich nicht aus, daß sich auch anderswo politische Forderungen durchsetzen, die der deutschen R. idee teilweise entsprechen, wobei sie freilich in anderen Begründungszusammenhängen auftreten und mit anderen Namen (etwa „*limited government*“ oder „*liberaler → Konstitutionalismus*“) vorgestellt werden. Die Unterschiede zwischen der deutschen R.theorie und den in anderen Staaten mit ihr vergleichbaren Konzepten sind daher weder zu übersehen noch zu übertreiben. **Die Theorie des R. ist die spezifisch deutsche Variante innerhalb der bürgerl. Staatstheorie.** Da sich die heutige R.theorie oft gerade auch auf außerdeutsche Traditionslinien beruft, ist es angezeigt, auch diese knapp vorzustellen. Sie finden sich in den verschiedenen Zweigen der seit dem 17. Jh. entwickelten Staatstheorie, die vom Primat der bürgerlichen (kapitalistischen) Erwerbsgesellschaft ausgeht und den Staat im wesentlichen darauf beschränkt, diese zu schützen und ihre Entwicklung zu fördern. Wichtig sind insbesondere (1.) ein Funktionswandel im Verständnis der → Gewaltenteilung, die – ursprünglich eine Kampfpapare gegen die absolute Monarchie – mehr und mehr auch die Funktion übernehmen soll, gewählte repräsentative Versammlungen in Schach zu halten, um eine virtuelle systemtransformierende Gesetzgebung zu vereiteln, und (2.) die Entwicklung einer Doktrin, die dem positiven Recht ein bürgerl. Naturrecht vorordnet, das dem Gesetzgeber materiale Schranken setzen soll.

Zu 1.: Soweit es um den Schutz des Eigentums und der Eigentümerinteressen geht, soll der bürgerl. Staat durchaus stark sein. Hingegen ist er in dem Sinne in seiner Macht zu beschränken, daß ihm jede den Primat der bürgerl. Erwerbsgesellschaft in Frage stellende Wirksamkeit verwehrt bleibt. Darum bekennt sich die bürgerl. Theorie zum (zensitären) Repräsentativstaat (→ Repräsentation), der einer virtuellen „Tyrannei der Mehrheit“ (= Demokratie) von vornherein keine Chance läßt. Zentral ist insbesondere das Postulat der → Gewaltenteilung, die, im einzelnen unterschiedlich verstanden und ausgestaltet, innerhalb der liberalen Staatslehre stets als Institution zur Garantie der Beschränkung des Staates auf seine liberal-bürgerl. Funktion verstanden wird. In einer Übergangszeit von der feudalen zur bürgerl. Gesellschaft entwirft MONTESQUIEU seine Gewaltenteilungslehre als (zu einer Zeit progressives) Konzept eines politischen Gleichgewichts zwischen König, Adel und aufsteigendem Bürgertum. Seine Postulate (auch das → Zweikammersystem und das Vetorecht der Exekutive gegenüber von der Legislative verabschiedeten Gesetzen) werden in den Verfassungen der britischen Kolonien in Nordamerika und dann vor allem auch in der USA-Verfassung übernommen. Innerhalb einer nun rein bürgerl. Ordnung gilt Gewaltenteilung jetzt als System

von Gewichten und Gegengewichten (checks and balances), dem die Funktion zugeschrieben wird, das Gleichgewicht der bürgerl. Erwerbsgesellschaft aufrechtzuerhalten, unter Abwehr aller systemtranszendierenden Tendenzen. So soll – trotz des im Vergleich mit Europa „milderen“ (nach 1830 abgeschafften) Wahlzensus – die den Eigentümerinteressen abträgliche „Tyrannei der Mehrheit“ ausgeschlossen bleiben. Als „Krönung“ des gewaltenteiligen Systems der USA gilt als Kompetenz des Supreme Court, auch Unionsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen (→ Verfassungsgerichtsbarkeit). Bei allen Unterschieden im Ausbau der polit. Institutionen findet sich (trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit) ein vergleichbares Gleichgewichtsmodell auch im britischen Regierungssystem. Zwar spricht die brit. Theorie dem Parlament eine schrankenlose Souveränität zu, die jedoch in der Praxis dadurch erheblich relativiert wird, daß sie (nach der Formel „king in parliament“) nur in einem Zusammenwirken von König, Oberhaus und Unterhaus ausgeübt werden kann, woraus sich wechselseitige Kontrollen ergeben. Dieses „mixed government“ ist etwa nach THOMAS BURKE unerläßlich zum Schutz des Eigentums. Nach dem mit der vollen Entwicklung des Parlamentarismus (→ parlamentarischen Regierungssystem) eingetretenen Machtzuwachs der Kammern und insbes. seit Beginn der etappenweisen Abkehr vom Wahlzensus entwickelt die bürgerl. Theorie neue Konzepte zur Eindämmung der gesetzgeberischen Kompetenz des Parlaments. JOHN STUART MILL, der einerseits eine Ausdehnung des Wahlrechts (wenngleich mit Pluralwahlrecht der Besitzenden) befürwortet, relativiert andererseits die Funktion des Parlaments als Gesetzgebungsorgan, indem er ihm (neben dem Initiativrecht) mehr nur die Funktionen der politischen Kontrolle und der Legitimitätsbeschaffung auf Grund öffentl. Diskussion zubilligt. In der → Französischen Revolution vertritt SIEYES vorerst (unter Kritik aller Gleichgewichtstheorien) ein Modell der Gewaltenteilung mit Primat der Legislative als oberstem Organ. Die „Souveränität der Nation“, die „tun kann, was sie will“, hat jedoch – entgegen verbreiteten Fehldeutungen – nichts mit einem radikalen und nivellierenden „Demokratismus“ zu tun. Als schrankenlos gilt vielmehr die (mit der Nation identifiziert) bürgerl. Erwerbsgesellschaft, die sich kompromißlos aus allen Fesseln der überlieferten Herrschafts- und Sozialordnung befreien soll. „Souveränität der Nation“ bedeutet darum im Grunde nichts anderes als die „Souveränität“, d. h. die unbedingte Maßgeblichkeit der besitzbürgerl. Gesellschaft und ihrer Systemlogik. SIEYES' ursprüngliche Konzeption entspricht dem Siegesbewußtsein des Dritten Standes in der ersten Revolutionsphase. Nach der jakobinischen Herrschaft (deren 1793 verabschiedete Verfassung dem Primat einer – einzigen – gewählten Kammer, wie es SIEYES ursprünglich forderte,

entsprochen hätte), bekennt sich SIEYES zum Zweikammersystem und gehört dann zu den Wegbereitern der napoleonischen Militärdiktatur, die sogar die Kontrollrechte der gewählten Kammer radikal beschneidet. Mit der bourbonischen Restauration und unter der Julimonarchie kommen wiederum gewaltenteilige Gleichgewichtskonzepte zum Zug, die den Bestand der bürgerl. Gesellschaft garantieren sollen, wobei den Gefahren, die von der Legislative ausgehen könnten, u. a. wieder durch einen strengen Wahlzensus begegnet wird.

Zu 2.: Die gewaltenteilige Argumentation wird in der bürgerlichen Theorie frühzeitig durch eine *naturrechtliche* ergänzt. Nach JOHN LOCKE bestehen die Rechtsinstitute der bürgerl. Gesellschaft (insbes. das Eigentum) schon kraft Naturrechts. Der Staat (als Instrument der bürgerl. Gesellschaft) hat sie bloß zu konkretisieren und zu schützen. Werden die naturrechtl. Individualinteressen gefährdet – zB durch einen „tyrannischen“ Gesetzgeber – greift nicht nur das bürgerliche → Widerstandsrecht Platz. Vielmehr hat auch die Exekutive kraft Notrechtskompetenz einzugreifen, um – auch ohne gesetzl. Grundlage und selbst gegen bestehende Gesetze! – die Eigentümerinteressen zu schützen. In Nordamerika wird diese Lehre – schon vor der Unionsgründung – unter der Bezeichnung des „*fundamental higher law*“ aufgenommen. Dem positiven Recht, auch dem Verfassungsrecht, wird ein individualistisch-liberal verstandenes → Naturrecht vorgeordnet, wobei es dann Sache des Supreme Court als Verfassungsgericht ist, das positive Recht „im Licht“ des fundamental higher law zu interpretieren und den Gesetzen, die diesem Maß nicht genügen, die Anwendung zu versagen. Damit wird das positive Recht relativiert, „verflüssigt“ und virtuell im jeweiligen Interesse der Systemlogik der bürgerl. Erwerbsgesellschaft – dem Kern des fundamental higher law – funktionalisiert. In der Praxis des USA-Supreme Court – die hier jedoch nicht als Ganzes beurteilt wird! – läßt sich dies vor allem anhand des „Substantive due process of law“ nachweisen. Die „due process of law“-Klausel der USA-Verfassung garantiert Grundsätze des geordneten Verfahrens. Indem der Supreme Court die Klausel zum „Substantive due process of law“-Prinzip erweitert, maßt er sich die Kompetenz an, die „Vernünftigkeit“ gesetzgeberischer Eingriffe in die Freiheitsrechte (insbesondere die Eigentums-, Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit) zu prüfen, womit – vor allem von etwa 1900 bis 1937 – selbst systemimmanente Reformen, bes. im Bereich des Wirtschafts- und Arbeitsrechts, blockiert werden. Auch die französische Theorie ordnet im 19. Jh. der Kompetenz des Gesetzgebers materiale Werte vor. BENJAMIN CONSTANT will die Volkssouveränität nur als beschränkte gelten lassen, die u. a. die Eigentums- und Unternehmerfreiheit unangetastet zu lassen hat. Sein Zeitgenosse ROYER COLLARD ersetzt den Begriff der Volks-

souveränität durch den Begriff der „Souveränität der (sc. besitzbürgerlich verstandenen) Vernunft“. Zur Zeit der franz. Julimonarchie will PELLEGRINO ROSSI den Gesetzgeber darauf beschränken, Gesetze zu „offenbaren“, statt sie zu „erfinden“, womit die Ordnung der besitzbürgerl. Erwerbsgesellschaft als alternativlos gegeben vorausgesetzt wird. Der sozioökonomische Status quo bzw. die „bürgerliche Vernunft“ nehmen hier eine dem Naturrecht analoge Funktion an. Doch läßt sich die Funktionalisierung des positiven Rechts und seiner Interpretation im Interesse der bürgerl. Erwerbsgesellschaft auch ohne Rekurs auf das Naturrecht verwirklichen, der im Verlaufe des 19. Jh. ohnehin zurückgeht, um soziologischen, v. a. sozialdarwinistischen und nicht selten auch (pseudo-)religiösen Begründungen der kapitalistischen Gesellschaft zu weichen. Jenseits aller naturrechtl. Begründungen entwickelt etwa A. V. DICEY gegen Ende des 19. Jhs. in England ein materiales Konzept der Rule of Law. Danach enthält dieses Prinzip nicht mehr nur (wie bis dahin) die Prinzipien der Legalität und der Rechtsgleichheit, sondern nun auch den Grundsatz, daß das Verfassungsrecht nicht Ursprung, sondern Folge der vorausbestehenden Individualrechte darstelle, eine These, die sozusagen einem Postulat der „Souveränität des Privatrechts“ der kapitalistischen Gesellschaft gleichkommt.

c) Die Anfänge der deutschen R.theorie werden oft auf KANT zurückgeführt, der den Staat als „Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen“ definiert. KANTS Begriff des allgemeinen Gesetzes ist auf dem Hintergrund einer individualistisch-liberalen Anthropologie und Rechtslehre zu sehen, die das Recht als Inbegriff der staatlich garantierten Verhaltensvorschriften innerhalb der bürgerl. Gesellschaft versteht. Seine Theorie der Gewaltenteilung vertritt den Vorrang der Legislative. Ihr gegenüber soll die Exekutive auf eine rein ausführende, die Judikative auf eine (die Exekutive) kontrollierende Funktion beschränkt sein. Doch kommt diesem (virtuell demokratischen) Konzept nach KANT selber kaum praktische Bedeutung zu, soll es doch dem Bürger verwehrt sein, in bezug auf die tatsächlich bestehende Gesetzgebungsgewalt „werkfähig zu vernünfteln“. Im Vormärz übernehmen einzelne Autoren im süddeutschen Raum liberal-repräsentativstaatl. Vorstellungen des französischen Konstitutionalismus, so etwa CARL TH. WELCKER, der den Rechtsstaat als „Staat der (sc. bürgerlichen) Vernunft“ bezeichnet. **Seine eigentl. Prägung erfährt der deutsche R.begriff jedoch mit dem Scheitern des deutschen politischen → Liberalismus als staatsgestaltende Kraft, der sich seit 1848 – auch aus Angst vor der beginnenden politischen Artikulation der Unterschichten – mit dem Obrigkeitsstaat arrangiert. Im Verfassungskompromiß des deutschen Bürgertums kommt der R. idee (anders als bei WELCKER) keine staatsbegründ-**

die Rechte und Pflichten abzugrenzen habe, „mit denen das von den leitenden Organen vertretene Staatsganze den einzelnen Gliedern gegenübersteht“ und das die Normen festlegen solle, „nach welchen sich die Ordnung innerhalb des Staatsorganismus bewegt“. Im übrigen betont er v. a. das **Legalitätsprinzip** und fordert die Kontrolle von Regierung und Verwaltung durch die Zivilgerichte auf Grund detaillierter G.e. **R. v. GNEIST** postuliert Verwaltungsgerichte und verbindet die R. idee insbes. mit der „Selbstverwaltung“, worunter er die ehrenamtl. Mitwirkung des **Besitzbürgertums** versteht (dem er im Unterschied zu den Unterschichten die Fähigkeit zutraut, als **Quelle des „Rechtsbewußtseins“** und des „Volksfriedens“ zu wirken).

O. MAYER definiert den R. als eine bes. „Art“, in der der Staat tätig wird, und vertritt das Prinzip des Vorrangs des G. insbes. gegenüber der Verwaltung (→Gesetzmäßigkeit der Verwaltung). „Der R. bedeutet tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung“ (auf Grund umfassender Gesetzgebung). Aber nicht völlige: außerhalb des Vorbehaltbereiches des G. (Eingriffe in Freiheit und Eigentum) wirkt sie „aus eigener Kraft, nicht auf Grund des G.“. Die Betrachtungsweise MAYERs wird gegen Ende des Jhs. die herrschende. So bezeichnet etwa R. THOMA das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als „nicht das Ganze, aber das Fundament des Vorstellungskomplexes, den uns Heutigen das Wort R. auslöst“. Allen erwähnten Autoren ist es gemeinsam, daß sie den überlieferten Obrigkeitsstaat, der keine Parlamentarisierung des polit. Systems zuläßt (und u. a. auch als verläßl. Bollwerk gegen systemtranszendierende Tendenzen der Sozialdemokratie wirkt), bejahen und bloß rechtsstaatlich formalisieren wollen. Im übrigen soll der in diesem Sinne gemäßigte Staat **durchaus die wirtschaftl. Entwicklung aktiv fördern** – auch in Übersee –, was vor allem in den vom G. nicht erfaßten Formen der Kooperation von Staatsbürokratie und Interessengruppen (→Verbände) geschieht.

Zur Zeit der **Weimarer Republik** zeichnet sich ein Funktionswandel des R. ab. Nach dem Wegfall der Monarchie und der von ihr u. a. geleisteten Garantie des sozioökonomischen Status quo **wendet sich die R.theorie nun vorab gegen die Demokratie**, die (in nachwirkender deutscher Obödienzgesinnung und in tiefgreifendem Mißtrauen gegen die „Massendemokratie“) weitgehend mit der drohenden „Tyrannei von unten“ gleichgesetzt wird. Immerhin ist das Bild nicht einheitlich. In H. KELSENS „Reiner Rechtslehre“, die aus der (rein normativ verstandenen) Rechtswissenschaft alle sozialwissenschaftl., politischen und psychologischen Fragestellungen aussondern will, gilt der R. als „Staat, dessen sämtl. Akte auf Grund der Rechtsordnung gesetzt werden“. KELSEN identifiziert Staat und Recht und macht geltend, daß die Wirksamkeit des Staates nur auf Grund der Rechtsordnung als staatl. verstanden werden könne. Der

Staat wird „ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird“, womit jeder Staat zum R. wird. Der Begriff des R. ist m. a. W. mit dem des Staates gleichbedeutend. KELSENS „Reine Rechtslehre“ will die Rechtswissenschaft dem Streit der Weltanschauungen entziehen. Bei aller methodischen Unzulänglichkeit der Reinen Rechtslehre, die die wechselseitige Bedingtheit und Bezogenheit von Recht und gesellschaftl. Wirklichkeit auszuklammern sucht, statt sie zu analysieren, ist nicht zu übersehen, daß sich KELSENS Rechtspositivismus mit dem Bekenntnis zum demokratischen Gesetzgebungsstaat mit weitgehender Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers verbindet. Gleiches gilt auch für den Rechtspositivismus GUSTAV RADBRUCHS, und beide, KELSEN und RADBRUCH, verteidigen die (in der Weimarer Republik von der politischen Rechten nicht nur wegen konkreter Mißstände kritisierte, sondern grundsätzlich diskreditierte) Parteiendemokratie. Eine einsame Sonderstellung in der R.theorie zur Zeit der Weimarer Republik nimmt HERMANN HELLER ein, der eine „materielle“ Theorie des „sozialen Rechtsstaates“ entwirft, die auch den sozialstaatl. Gehalt der WV zur Geltung zu bringen sucht. HELLER vertritt die Auffassung, daß der Untergang der Demokratie in der Diktatur nur dann aufgehalten werden könne, wenn der bürgerliche R. mit seinen ideellen, für die Demokratie unerläßlichen Grundrechten zum „sozialen“ R. weiterentwickelt werde. Dazu fordert er die (freilich nicht im einzelnen ausdefinierte) „rechtsstaatl. Vergesetzlichung der Wirtschaft“, die „nichts anderes als die Unterordnung der Lebensmittel unter die Lebenszwecke und damit die Voraussetzung bedeute für eine Erneuerung unserer Kultur“. HELLERS R.verständnis geht von der Überlegung aus, daß die Rechtssicherheit des bürgerlichen R. im Sinne der Sicherheit des Eigentums und der Verträge noch keine existenzielle Sicherheit des Menschen gegenüber unkontrollierter wirtschaftl. Macht und dynamischen Prozessen wirtschaftl. Entwicklung verbürgt, weshalb diese dem Primat der demokratischen und sozialen Politik unterzuordnen sei. Die unter Kritik der „formalistischen R.theorie“ des Positivismus zur Zeit der Weimarer Republik entwickelte „Materialisierung“ der R. idee bewegt sich indessen in der bei weitem überwiegenden Tendenz in einer HELLER entgegen gesetzten Richtung. Sie sucht dem in der WV dem Gesetzgeber verliehenen gesellschaftl. Veränderungspotential zu begegnen, den R. auf ein wirtschaftsliberales Verständnis festzuschreiben und der konsequenten Verwirklichung der sozialstaatl. Bestimmungen der WV die Legitimität und gar die Verfassungsmäßigkeit abzuspüren. Damit verbindet sich eine dezidiert antidemokratische Tendenz. CARL SCHMITT, der schon wegen seiner Wirkung hier an erster Stelle zu nennen ist, definiert den R. von einem grundlegenden Verteilungs- und einem Organisationsprinzip her: „Das Verteilungsprinzip – prinzi-

piell unbegrenzte Freiheit des Einzelnen, prinzipiell begrenzte Machtbefugnis des Staates – findet seinen Ausdruck in einer Reihe von sog. Grund- oder Freiheitsrechten; das Organisationsprinzip ist in der Lehre von der sog. Gewaltenteilung enthalten, d. h. der Unterscheidung von ... Legislative, Exekutive und Justiz.“ Während die ideellen Freiheitsrechte in SCHMITTS Lehre von der „identitären Demokratie“ (→Demokratie) völlig relativiert werden, soll das Verteilungsprinzip die grundsätzl. Vorordnung der Wirtschaft gegenüber der demokratischen Politik gewährleisten. Die Gewaltenteilung richtet sich vorab gegen die Legislative, die darauf beschränkt werden soll, allgemeine abstrakte G.e. zu erlassen, womit sozialgestaltende Maßnahmegesetze ausgeschlossen werden. Nicht der demokratische Gesetzgeber, sondern die Exekutive, in letzter Instanz die Diktatur sollen in der Krise den Bestand der Gesellschaft und des kapitalistischen Wirtschaftssystems garantieren. Daß gerade letzteres durch den R. geschützt sein soll, ergibt sich auch aus SCHMITTS Unterscheidung von *Verfassung und Verfassungsgesetz*, mit der die positivrechtl. Verfassung zum bloßen „Verfassungsgesetz“ herabgesetzt wird, dem die eigentl. Verfassung als einheitliche existentielle „Entscheidung“ vorausgeht, die für die Weimarer Republik als „Entscheidung für den bisherigen Status quo, d. h. für die Beibehaltung der bürgerl. Gesellschaftsordnung“ verstanden wird. Das führt, analog zur Funktion früherer Naturrechtsideologien, zu einer Relativierung des positiven Rechts. „Die Verfassung ist unantastbar, die Verfassungsgesetze dagegen können während des Ausnahmezustandes suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes durchbrochen werden.“ Dieselbe Unterscheidung gestattet es auch, das formelle Verfassungsrecht einseitig im Sinne der postulierten Grundentscheidung auszulegen und widerspenstige Verfassungsnormen in ihrem Gehalt wegzudeutieren. Damit wird das pos. Recht aufgelöst, im Sinne der jeweiligen Anforderungen der „Systemrationalität“ dynamisiert, wobei freilich darauf hinzuweisen ist, daß sich die Verdoppelung des Rechts in bloßes G. und diesem übergeordnete Entscheidungsgrundlagen (etwa in der Formel „Recht und Gesetz“) in der Weimarer Justiz schon vor SCHMITT vielfach durchgesetzt hat, auch von anderen Rechtslehrern unterstützt, von denen hier bloß noch ERICH KAUFMANN mit seinem „christlich“-institutionell verstandenen Naturrecht erwähnt sei, das in Ausübung des vom Reichsgericht angemaßten richterl. Prüfungsrechts gegenüber dem Reichs-Gesetzgeber zur Geltung gebracht werden soll. Nicht die (für den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat eintretenden) Rechtspositivisten, sondern die Vertreter des „materiellen R.“ sind es gewesen, die – soweit Rechtsdogmatik überhaupt dazu beiträgt, Geschichte zu machen – der *Rechtsideologie des →Nationalsozialismus* den Weg bereitet haben. 1932 bekennt sich

O. KOELLREUTTER zum „nationalen R.“, 1933 SCHMITT zum „nationalsozialistischen R.“, HEINRICH LANGE postuliert 1934 unter dem Buchtitel „Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat“ die Überordnung der nun im Sinne der NS-Ideologie vorausgesetzten „Rechtmäßigkeit“ über die „Gesetzesmäßigkeit“ staatl. Handelns. Auch wenn die Verwendung des R.begriffs in der Folge zurücktritt, bleibt die Kontinuität zu „materiellen“ R.theorien der Rechten bestehen: in der mehr und mehr radikalisierten Relativierung des pos. Rechts durch „das im Volk lebendige ungeschriebene Recht“, das in „unbegrenzter Auslegung“ aktualisiert wird. Freilich tritt nun an die Stelle der Gewaltenteilung die gewaltenteilende Diktatur. Aber auch dieser Unterschied relativiert sich etwas, wenn man die *antidemokratische* bzw. *antidemokratische* und insbes. *antisozialdemokratische* Funktion der Gewaltenteilungslehre der deutschen Rechten mitbedenkt. 1945 veröffentlicht WERNER KÄGI unter dem Titel „Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates“ einen (nachher in zahlreichen Schriften modifizierten) Beitrag zur R.theorie, der dann auch die Diskussion in der Bundesrep. Dtschld. nachhaltig beeinflussen wird. Trotz aller Polemik gegen die „Dynamik des Rechts“ und insbes. gegen den Dezisionismus SCHMITTS teilt KÄGI wichtige Positionen mit diesem, so das für den R. grundlegende „Verteilungsprinzip“. „Die Logik der Verf.“ und die „Logik der Demokratie“ werden als antagonistisch verstanden, die „Selbstherrlichkeit des Normativen“, ewige „Ordnung Werte“, die „Herrschaft des Rechts“ dem „Voluntarismus“ gegenüberstellt, der v. a. als Folge des *demokrat. Mehrheitsprinzips dinghaft gemacht wird*. Durchweg fehlt eine hist. Analyse der behandelten Theorien, was zB dadurch zum Ausdruck kommt, daß ausgerechnet STEYES als Vertreter eines exzessiven „Demokratismus“ vorgestellt wird.

II. Der R. im GG. 1. *Einleitung*. Der Begriff des R. wird im GG eher nur beiläufig verwendet. Art. 28 Abs. 1 hält fest, daß die Länderverfassungen „den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen R. im Sinne dieses GG entsprechen“ sollen, wobei dasselbe gewiß auch für die Bundesrepublik vorausgesetzt wird. Der Text selber schließt die Postulierung eines der Verf. vorausgehenden „Rechtsstaatsprinzips“ i. S. einer „Grundentscheidung“ oder einer übergeordneten „Wertordnung“ aus. Nach wie vor bleibt der Gehalt der Formel vom „demokratischen und sozialen R.“ umstritten. Der von HELLER entlehnte Begriff des „sozialen R.“ legt eine Interpretation nahe, nach der diese Formel „das Fernziel einer Umstrukturierung der gesamten Wirtschaftsgesellschaft in der Richtung“ einer demokratischen „Planwirtschaft im Interesse der Gesamtgesellschaft“ bezeichnet (W. ABENDROTH) bzw. eine solche Entwicklung mindestens nicht ausschließt, womit die Ausgestaltung der

Wirtschaft jedenfalls offen bleibt. Diese Interpretation wird in der herrschenden Meinung und Praxis freilich nicht wegweisend. Das BVerfG bekennt sich schon in den Anfängen seiner Praxis zum „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild“ des R., um sich dann explizit auf die „Tradition des liberalen bürgerl. R.“ zu berufen bzw. den R. als „Grundentscheidung“ oder „leitendes Prinzip“ zu bezeichnen, womit tendenziell die SCHMITTSche Unterscheidung von „Verf.“ und „VerfG“ und damit der Dualismus von „Recht und G.“ wiederaufgenommen wird. Ähnlich wirkt in der Folge die Beschwörung der „freiheitl. und demokratischen Grundordnung“, die, statt „die Verfassung als einen elementaren Basiskompromiß der Vernunft“ zu begreifen, „auf dessen Grundlage und in dessen institutionellem Rahmen auch tiefgreifende politische Auseinandersetzungen friedlich ausgetragen werden können“ (DENNINGER), die These einer dem positiven Verrecht vorausgehenden *materiellen, in sich geschlossenen Überverf.* nahelegt. 1953 stellt E. FORSTHOFF den normativen Gehalt der sozialen Komponente des R. in Frage, um kompromißlos für den „R.“ zu optieren, der im Sinne der Verf.lehre SCHMITTS verstanden wird. In der Zeit des Wirtschaftswachstums verliert der Streit über die →Sozialstaatlichkeit indessen an Schärfe. Nach einem überparteilichen Konsens besteht nun die Aufgabe der Politik vor allem in der Förderung des Wirtschaftswachstums, dessen Erträge einen raschen Ausbau staatl. Sozialleistungen auf den verschiedensten Gebieten zunächst problemlos gestatten.

2. *Die einzelnen Elemente*. a) Zum R. gehört die →Gewaltenteilung, die den staatl. Aufbau gliedert und ein System von politischen und rechtl. Kontrollen schafft.

b) R. heißt →Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die durch eine umfassende →Verwaltungsgerichtsbarkeit garantiert wird. So ist der R. wesentlich Gesetzesstaat, wobei der Bereich des G. nicht auf die Fälle zu beschränken ist, wo der Staat in Freiheit und Eigentum eingreift, viel mehr grundsätzlich auch (wenigstens in den Grundzügen) das Organisationsrecht und sozialstaatl. Leistungen erfaßt. Damit sind weder (rechtl. eingegrenzte) Verordnungs Kompetenzen noch Ermessensspielräume der Exekutive bestritten, wie es auch Bereiche staatl. Politik gibt, die sich höchstens sehr beschränkt durchnormieren lassen (zB die Außenpolitik).

c) Das G. ist seinerseits an die →Verfassung gebunden, die vor allem in den Grundrechten materiale Wertmaßstäbe aufstellt und diesen auch den G.geber unterwirft. Der Vorrang der Verf. gegenüber dem G. wird in der Bundesrep. Dtschld. durch eine weit ausgestaltete →Verfassungsgerichtsbarkeit garantiert, der es freilich verwehrt bleiben müßte, sich unter Berufung auf das „Recht“ über das „Gesetz“ hinwegzusetzen.

d) Zentrale Bedeutung kommt den →Grundrechten zu, die im „demokratischen und sozialen R.“ jedoch nicht einseitig negativ, als Abwehr-

rechte gegen den Staat, i. S. der Freiheit vom Staat, verstanden werden dürfen. Die *ideellen Freiheitsrechte* gehören vielmehr zu den unerläßl. Konstitutionsbedingungen der Demokratie. Ohne →Pressefreiheit, →Meinungsäußerungs-, →Vereinigungs- und →Versammlungsfreiheit gibt es keine demokratische Partizipation des Bürgers am Gemeinwesen, die durch die Verf. gerade auch als kritische Partizipation geschützt wird. Sodann gilt es, den ehemals einseitig liberal verstandenen R. zum sozialen R. weiterzuentwickeln. Das Grundproblem besteht darin, die gesellschaftl. Bedingungen dafür zu verbessern oder erst zu schaffen, daß die freiheitl. Existenz, die der R. – zumal in den Grundrechten – zu sichern beansprucht, für die große Zahl der Menschen als wirkl. Chance Bestand hat. Ohne damit den berechtigten *Teilgedanken* der grenzziehenden Funktion der Grundrechte preiszugeben, gilt es m. a. W. zu erkennen, daß die dem R. entsprechende gesellschaftlich-politische Wirklichkeit nicht einfach Gegebenheit, sondern vielmehr gesellschaftspolitische Aufgabe ist. Diese schließt eine systemwandelnde Transformation der Wirtschafts- und Eigentumsordnung nicht aus, auch nicht nach dem GG, das neben der (in ihrer Bedeutung für den R. zuweilen überbetonten) Eigentumsgarantie und dem Schutz des Erbrechtes eine (freilich weithin sozusagen in Vergessenheit geratene) weitreichende Ermächtigung zu Sozialisierungsmaßnahmen enthält.

3. *Offene Fragen. Ausblick*. Nach der vor gut hundert Jahren von SIMON KAISER vertretenen Auffassung wäre der Begriff des R. in der Demokratie obsolet. In der Tat gehören die Merkmale, die dem R. zugeschrieben werden (Gewaltenteilung, Legalitätsprinzip, Grundrechte), zu den Grundvoraussetzungen jeder Demokratie, die ihren Namen verdient. Die Verwendung und die Popularität von Begriffen entscheidet sich indessen nicht nur nach wissenschaftl., sondern weithin auch nach politischen Motiven. So ist der Begriff des R., wie Erfahrung lehrt, vor allem immer dann hervorgehoben und gegen die Demokratie ausgespielt worden, wenn es darum ging, die kapitalistische Eigentums- und Wirtschaftsordnung gegen „demokratische Exzesse“ zu schützen. Das ist hinzunehmen und auch nicht weiter schädlich, solange dem positiven Verrecht nicht ein „höheres Recht“ oder in analoger Funktion verwendete Größen (etwa die „Natur der Sache“ im Sinne der „Systemlogik“ oder der „Sachgesetzlichkeiten“ bzw. „zwänge“ der gegebenen Wirtschaftsordnung) vorgeordnet und zur eigentlich maßgebenden Deduktionsbasis erhoben werden. *Zu schweren Bedenken gibt hingegen ein Bedeutungswandel des R.begriffs* Anlaß, der etwa seit 1975 aufgekommen ist, freilich vorerst mehr in der politischen Auseinandersetzung und weniger in der wissenschaftl. Diskussion, ein Begriffswandel, der die R. idee nicht mehr, wie bis dahin, gegen den Staat, sondern nun gegen Private wendet, nicht nur gegen

Terroristen, sondern auch etwa gegen Teilnehmer von Demonstrationen, an denen es zu Sachbeschädigungen kommt, sowie gegen an Geländebesetzungen Beteiligte. Von der These ausgehend, wer den R. zuverlässig schützen wolle, müsse bereit sein, „bis an die Grenze dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat erlaubt wird“ (HELMUT SCHMIDT), wird dann im Namen des R. (!) mehr und mehr eine Verstärkung des polizeilichen Repressions- und Überwachungsinstrumentariums gefordert. Damit wird der Begriff des R. in sein Gegenteil verkehrt: „nicht mehr Schutzschild des Einzelnen in seiner Rolle als Störer oder Rechtsbrecher gegen unbegrenzte staatliche Prävention und Repression, sondern Legitimierung extensiver Sicherheitsmaßnahmen“ (F. ENDEMANN). Oder ist dieser Begriffswandel vielleicht doch nur konsequent? Er wäre es, wenn der eigentliche Kern des R. wirklich im Schutz des sozioökonomischen Status quo bestehen sollte. Der Begriff des R. bleibt jedenfalls im Meinungsstreit. Wissenschaft kann diesen nur beschränkt beeinflussen.

O. BAEHR, Der R. 1864 - FR. J. STAHL, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christl. Weltanschauung, 1878 - O. MAYER, Dt. Verwaltungsrecht, 1924 - H. KELSEN, Allg. Staatslehre, 1925 - C. SCHMITT, Verf.lehre, 1928 - W. KÄGI, Die Verf. als rechtl. Grundordnung des Staates, 1945 - U. SCHEUNER, Begriff und Entwicklung des R., in: Macht und Recht, hg. v. H. DOMBOIS und E. WILKENS, 1956 - K. HESSE, Der R. im Verf.system des GG, in: Staatsverf. und KO. Festg. f. R. Smend, 1962 - E. FORSTHOFF (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968 - D. MERTEN, R. und Gewaltmonopol, 1975 - I. MAUS, Bürgerl. Rechtstheorie u. Faschismus, 1976 - E. DENNINGER (Hg.), Freiheitl. demokrat. Grundordnung, 2 Bde., 1977 - R. WEBER-FAS, R. und Grundgesetz, Pfullingen 1977 - M. TOHIDIPUR, Der bürgerliche R., 2 Bde., 1978 - A. BARATTA, Zur Entw. des R.begriffs, in: Liber Amicorum, Festschr. f. C. H. Aubin, Kehl a. R./Straßburg 1979 - F. NEUMANN, Die Herrschaft des Gesetzes, 1980 - M. HIRSCH/D. MAJER/J. MENICK, Recht, Verwaltung u. Justiz im Nationalsozialismus, 1984.

Richard Baumlin

(online-Quelle:
<http://de.indymedia.org/2007/08/192487.shtml> [pdf-Datei unter „Ergänzungen“];
<http://die-deutschen.blogspot.com/2007/09/blog-post.html> [html-Version])