



**Band 2:**

Detlef Georgia Schulze

Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien. Überlegungen zum Forschungsstand

**1. Auflage: Mai 2006**

**StaR ★ P**

**Neue Analysen zu Staat, Recht und Politik**

hrsg. von

Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf

Serie W: *working papers* des DFG-Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“

**Die HerausgeberInnen freuen sich über Vorschläge zur Aufnahme von Beiträgen in StaR ★ P.**

Die *Neuen Analysen zu Staat, Recht und Politik* erscheinen in drei Serien:

Einer gedruckten Serie A: Sammelbände und Monographien, deren erster Band im Herbst 2006 beim Verlag Westfälisches Dampfboot erscheinen wird.

Der hier vorliegenden Serie W: *working papers*, die auf dem Dokumentenserver der FU Berlin dauerhaft veröffentlicht wird.

Schließlich der Serie G: Graue Literatur. Diese Papiere präsentieren auf der homepage <http://userpage.fu-berlin.de/~dgsch/> des Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“ *work in progress*. Sie stehen dort nur zeitlich begrenzt zur Verfügung und werden zu einem späteren Zeitpunkt in überarbeiteter Form formell publiziert.

**Diese Veröffentlichung ist auf dem Dokumentenserver der Freien Universität mittels folgender Adresse <http://edocs.fu-berlin.de> kostenlos zugänglich:**

„Der Dokumenten- und Publikationsserver bietet allen Angehörigen der Freien Universität Berlin die organisatorischen und technischen Rahmenbedingungen zur elektronischen Bereitstellung wissenschaftlicher Dokumente von hoher Relevanz unter Einhaltung von Qualitätsstandards im Internet für Forschung und Lehre. Die elektronischen Dokumente erhalten dauerhafte Adressen und werden teilweise automatisch über nationale und internationale Bibliothekskataloge, Suchmaschinen sowie andere Nachweisinstrumente erschlossen. Der Dokumenten- und Publikationsserver bietet durch besondere Maßnahmen wie digitale Signaturen und Zeitstempel einen Schutz gegen Verfälschungen. Darüber hinaus wird eine Langzeitarchivierung der elektronischen Dokumente nach den Richtlinien Der Deutschen Bibliothek gewährleistet.“ (Dokumenten- und Publikationsserver der Freien Universität Berlin - Leitlinien -, im internet unter der Adresse: <http://edocs.fu-berlin.de/hilfe/Leitlinien.pdf>).

**Die Datei ist für beidseitiges Ausdrucken, d.h. mit gegenüberliegenden Seiten, formatiert und könnte nach dem Ausdrucken als Broschüre gebunden werden.**

Der vorliegende Band dokumentiert Zwischenergebnisse des Forschungsprojektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“. Der Haupttext repräsentiert mit punktuellen Aktualisierungen den Stand der Überlegungen vom Herbst 2004. Insbesondere die in Bd. 3 dieser *working papers* dokumentierte Debatte über den Stellenwert des geschichtswissenschaftlichen Sonderswegs-Konzeptes für eine Analyse der Rechtsstaats-Geschichte ist hier noch nicht berücksichtigt; biographische Hinweise zu verschiedenen Rechtsstaats-Theoretikern fungieren als Platzhalter für eine noch ausstehende sozial- und politikgeschichtliche Situtierung der Entwicklung des Rechtsstaats-Konzeptes. Anhang A ist ebenfalls im Herbst 2004 entstanden; Anhang B und C sind im Sommer 2005 entstanden und wurden für die Publikation leicht überarbeitet. – Das Projekt wird von der Deutschen Forschungsgemeinschaft finanziert.

**Schulze, Detlef Georgia:**

Detlef Georgia Schulze, *Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien*. Überlegungen zum Forschungsstand

(StaR ★ P – Neue Analysen zu Staat, Recht und Politik hrsg. von Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf Serie W: *working papers* des DFG-Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“. Bd. 2)

Freie Universität Berlin, FB Politik- und Sozialwissenschaften, Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft: Berlin, 2006<sup>1</sup>

ISBN: 3-929532-74-3, ab 01.01.2007: 978-3-929532-74-6

## Inhalt:

**Frieder Otto Wolf / Sabine Berghahn / Detlef Georgia Schulze**

**Geleitwort zur Reihe..... 7**

**Detlef Georgia Schulze**

**Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien. Überlegungen zum Forschungsstand ..... 17**

**I. Einleitung: Deutsche ‚Mäßigung‘ oder französische ‚Einseitigkeit‘? – Der Rechtsstaat als Kompromiß mit Obrigkeitsstaat ..... 18**

**1. Die britische rule of law ..... 20**

**2. Der französische État légal ..... 25**

**3. Der deutsch-spanische Rechtsstaat ..... 26**

**II. Der Rechtsstaat in Deutschland ..... 28**

**1. Die Entstehung des deutschen Rechtsstaats-Begriffs um die Wende zum 19. Jahrhundert..... 28**

a) Von Kant zu Hegel: Rechtsstaats-Begriff ohne Rechtsstaats-Wort? / Überordnung eines verselbständigten Vernunft- und Rechtsbegriffs über die empirischen Bestrebungen der Individuen ..... 28

b) Placidus: Rechtsstaats-Wort ohne Rechtsstaats-Begriff? / Die Schule der Rechts-Staats-Lehrer kritisiert übermäßige Policey-Funktionen ..... 33

c) Romantik und Wiener Kongreß: Der Rechtsstaat als der „organische, lebendige Staat“ und „Absicherung der ständischen Gesellschaft“ ..... 34

d) Welcker/Aretin/Rotteck: Südwestdeutschland auf halb-französischen Pfaden oder doch treu-deutsch? ..... 35

e) Begriffsprägung durch Robert von Mohl: Der „Rechtsstaat“ nimmt den „Polizeistaat“ in sich auf ..... 37

f) Zwischenresümee: Der Rechtsstaat als liberal-konservative Fusion von „Rechts-Idee“ und ‚Staats-Idee‘ ..... 41

**2. Zwei Wenden in einer: Vom 19. zum 20. Jahrhundert und vom ‚materiellen‘ Rechtsstaat zum formellen?..... 41**

a) 1848/49 – ein Einschnitt in der Geschichte des Rechtsstaats-Begriffs? ..... 42

b) Nach dem Scheitern der 1848er Revolution: Konservativ oder nationalliberal – is’ egal; Stahl oder Gneist – ein Geist ..... 44

c) Die Positivismus-Legende ..... 47

**3. Die Bedeutung des Rechtsstaats-Begriffs im Kampf gegen die Weimarer Verfassung ..... 51**

**4. Nationalsozialismus und Rechtsstaatlichkeit ..... 54**

a) Scheiterte die Weimarer Republik an ihrem Legalismus? ..... 54

b) 1933 – 1945: Der „deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers“ ..... 58

**5. 1945 ff.: Kontinuitäten materieller Rechtsstaatlichkeit ..... 62**

a) Verfassung statt Demokratie – Das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgericht ..... 62

b) Methodischer Anspruch und rechtsstaatliche Praxis ..... 64

c) Der politische Einsatz (verrechtlichender) Entpolitisierung: Stillegung gesellschaftlicher Konflikte ..... 66

d) Die rechtsstaatliche Transformation der Grundrechte – Beispiel 1: Das grundgesetzliche Folterverbot..... 68

e) Die rechtsstaatliche Transformation der Grundrechte – Beispiel 2: Das Abtreibungsurteil und die Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts .....	71
f) Die 1990er Jahre: Der Rechtsstaat als Konsens-Maschine .....	74
g) Das Schicksal der Meinungsäußerungsfreiheit im Rechtsstaat – oder: Wie liberal ist die „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung? .....	75
<b>III. Der Rechtsstaat in Spanien .....</b>	<b>83</b>
1. (Post)faschistische Konvergenzen .....	83
2. Die spanische Verfassung von 1978 .....	86
3. Verfassungsgerichte als souveräne „Hüter der Verfassung“ .....	88
<b>IV. Zitierte Literatur .....</b>	<b>127</b>

<b>Anhang A.: Der „Rechtsstaat“ in Wörterbüchern und Enzyklopädien .....</b>	<b>135</b>
1. Das „Staatslexikon“ von Welcker/Rotteck aus dem Jahre 1838: Das „objective Recht“ legt den politischen Prozeß still .....	135
2. Das „Deutsche Staatswörterbuch“ von Bluntschli und Brater aus dem Jahr 1864: Kritik am „abstrakten und formalen Liberalismus“ .....	136
3. Der „Brockhaus“ von 1895 .....	139
4. „Meyers Großes Konversations-Lexikon“ von 1909: „Rechtsstaat“ versus „Contrat social“ .....	139
5. Der „Brockhaus“ von 1933/34: Der „Rechtsstaat“ als Rückkehr ins Mittelalter .....	140
6. „Der Große Herder“ von 1955: Bindung des Staates an das „Naturrecht“ .....	143
7. Der „Brockhaus“ von 1956: Bindung des Staates an die „Rechtsidee“ .....	143
8. Das „Staatslexikon“ von 1961: Wie Rousseau den NS an die Macht brachte... ..	144
9. „Meyers Enzyklopädische Lexikon“ von 1977: Mit der „Demokratisierung des politischen Systems“ verliert der Gesetzgeber das in ihn gesetzte Vertrauen und muß durch ein Verfassungsgericht kontrolliert werden .....	146
10. 1988: Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon: Die von der Mehrheit beschlossenen Gesetze stehen nicht über „DEM Recht“ .....	148
11. 1994, 1996, 2000: Der Staat bleibt der „Rechtsidee“ unterworfen .....	148
12. Resümee .....	149

**Anhang B.: Anmerkungen zu:**

<b>Luis Aurelio González Prieto, El franquismo y el Estado de Derecho, in: Sistema, Nr. 187, Julio de 2005, 3 – 33 .....</b>	<b>150</b>
1. War der Franquismus zunächst grundsätzlich gegen DEN Rechtsstaat? .....	150
2. Kam es nach 1945 zu einem „substantiellen“ Positionswechsel? .....	152
3. Die Internationale Juristenkommission – eine Kronzeugin für G.P.s Ansicht? .....	157
4. Die inner-spanische, anti-franquistische Opposition – das radikale Gegenteil des franquistischen Rechtsstaats-Diskurses? .....	158

**Anhang C.:**

**Carl Schmitt als Vordenker von Legaz: Anti-Formalismus als Kontinuitätselement  
faschistischen und nicht-faschistischen anti-demokratischen Denkens ..... 160**

**1. Legaz und Schmitt: Der Staat ist nicht etwas rein Juristisches ..... 160**

**2. Die politische Funktion von Schmitts Verschmelzung von Soziologie und  
Rechtslehre / von Sein und Sollen: Die Rechtfertigung staatlicher Gesetzesbrüche  
als Rechtssetzung ..... 161**

**3. Für was ergreift Schmitt mit seiner Infragestellung der Legalordnung Partei? ..... 164**

**Hinweise zu den HerausgeberInnen ..... 169**



**Geleitwort zur Reihe:**

## **Analysen zu Staat, Recht und Politik**

„Staat“, „Recht“ und „Politik“ als Gegenstände einer epistemologischen Forschung, die weder in Abstraktionen ausweicht, noch in Datensammlungen versinkt, sondern historische Verhältnisse und politische Auseinandersetzungen wissenschaftlich und philosophisch durchdenkt, verstehen sich nicht von selbst. Eine grundsätzliche Vergewisserung darüber, wovon hier auf welche Weise geredet werden kann, ist die Aufgabe einer historisch aufgeklärten und in einem primären Sinne auch politisch argumentierenden Epistemologie.

In einer Zeit, in der über das Ende des Staates und das Ende der Politik diskutiert wird<sup>1</sup> und die BürgerInnen nicht als *pouvoir constituant* des Staates, sondern als Kunden von Dienstleistungsagenturen adressiert werden<sup>2</sup>, mag eine Reihe *Analysen zu Staat, Recht und Politik* der Rechtfertigung bedürfen. Erleben wir nicht gerade als eine Art „paradoxe[r] Wunscherfüllung“ (Wolf 1999, 128), daß der Neoliberalismus etwas tut, was weder der Arbeiterbewegung mit ihrem ambivalenten Verhältnis zum Staat noch den betont anti-etatistischen sog. Neuen sozialen Bewegungen gelungen ist: das Absterben des Staates und (staatlichen) Rechts zu einem historisch wirksamen Projekt zu machen – oder auch nur: die technokratische Utopie des alten Engels<sup>3</sup> beim Wort zu nehmen: die politik-freie Verwaltung von Sach(zwäng)en<sup>4</sup> als Abschaffung von Herrschaft auszugeben? Warum also noch Recht und Staat analysieren, wenn es doch nur noch MarktakteurInnen – KundInnen und AnbieterInnen – zu geben scheint?

„Staat“ und „Recht“ sind in der kontinentaleuropäischen Entwicklung seit der Aufklärung in Praxis und Theorie besonders profiliert entwickelt und thematisiert worden. Sie konstituieren die zentrale Dimension einer kontinentaleuropäischen Differenz gegenüber seit dem späten 18. Jahrhundert weltweit dominanten anglo-amerikanischen Entwicklungsmustern, die sich wissenschaftsgeschichtlich besonders in Gestalt der Traditionslinien der deutschen „Staatswissenschaften“ und der französischen „sciences humaines“ verdichtet hat. Auch nach dem bevorstehenden Ende dieser Entwicklungslinien in einer sich globalisierenden Entwicklung von politischer Praxis und ihren Wissensgrundlagen (im umfassenden Sinne einer ‚knowledge base‘) ist ihr besonderer Gehalt nicht erledigt: Insbesondere die Problematiken einer außerökonomischen Kohärenz von Gesellschaften (und damit das Verhältnis von Selbstorganisation und Herrschaft in deren Reproduktionsprozessen) so-

wie einer Analyse und Reflexion politischer Konstitutionsprozesse menschlicher Lebensverhältnisse lassen sich nicht dauerhaft durch den der mikroökonomischen Perspektive zugrundeliegenden methodologischen Individualismus beiseite schieben. Es kann überhaupt nicht plausibel gemacht werden, dass der neoliberale (Rest)-Staat wirklich nicht mehr darstellt als einen „neutralen Akteur“ mit „rein koordinierender Rolle“ im ‚Netzwerk‘ eines enthierarchisierten Verhältnisses von Staat und Gesellschaft (vgl. krit. Löffler 2005, 130, 124, s.a. 127 re. Sp.; Blumenthal 2005, 1176). Dies wird bereits an der unübersehbar wachsenden Bedeutung von Außenpolitik, Militär und Krieg deutlich erkennbar – bzw. an der wachsenden Inanspruchnahme der polizeilichen Repressionsgewalt und des Strafrechts bzw. des Strafvollzugssystems. Darüber hinaus wird es auch überall dort besonders deutlich, wo sich umkämpfte Identitäten in der gesellschaftspolitischen Praxis und ihrer wissenschaftlichen Reflexion Beachtung verschaffen – wo also der ‚substantziellen Identität‘ des etablierten Bürgers mit der ‚Staats-Ordnung‘ dissidente und alternative – nicht oder nicht nur ökonomisch begründete – Identifikationsansprüche entgegengehalten werden. Derartige Dissidenzen haben sich in den politischen Auseinandersetzungen um ‚Volk‘, ‚Rasse‘, ‚Geschlecht‘ und ‚Klasse‘ seit dem 19. Jahrhundert in Europa vielfältig herausgebildet.<sup>5</sup> Es kann auf die Dauer nicht gelingen, diese kontinentaleuropäischen Entwicklungslinien weiterhin vor allem ‚hinter sich zu lassen‘, d.h. vergessen und verdrängen zu wollen, wie dies von großen Teilen der westeuropäischen ‚Eliten‘ seit den 1950er Jahren praktiziert worden ist<sup>6</sup>. Stattdessen sollen daher diese Linien vielmehr als solche thematisiert und kritisch daraufhin analysiert werden, was aus ihnen für praktische und theoretische Perspektiven der neuen Globalität der Gegenwart gelernt werden kann.

Dieser Problemkomplex und dieses Vorhaben lässt sich relativ eingängig am Beispiel der Rechtstheorie erläutern: Rechtstheorie stellt ein doppeltes Problem dar – eines, das sie ist, und eines, das sie hat.

- In ihre Konstitution als Theorie *des Rechts* geht immer wieder der blinde Fleck eines ungeklärten Verhältnisses zur wirklichen Geschichte der Menschen ein: Ist dieser Gegenstand omnihistorisch zu fassen, ist das Recht ein in jeder Art von menschlichen Verhältnissen bestimmbarer Gegenstand<sup>7</sup> – einschließlich etwa Platons ‚Räuberbande‘ oder Freuds ‚Urhorde‘? Oder ‚gibt es‘ Rechtsverhältnisse nur in bestimmten historischen Epochen? Sind diese als Entwicklungsstufen zu begreifen, die – einmal erreicht – eine fortwährende Grundlage für die gesamte weitere Entwicklung bilden (wie dies eine liberale Vorstellung des Fortschritts nahe legte, der dann auch die meisten systemkritischen Bewegungen des 19. und 20. Jahrhunderts verhaftet geblieben sind)? Oder ist auch eine Zukunft zu denken, in der die Kategorie des Rechts historisch ‚überholt‘ wäre (wie dies die wenig verstandene Marxsche Initiative zum ‚Absterben‘ von Staat und Recht postuliert hat) – in der ‚das Recht‘ also nicht etwa bloß durch



katastrophische Rückfälle in eine vorrechtliche Barbarei abgelöst worden wäre? Gibt es also etwas an der marxistischen und feministischen Kritik an (Vater) Staat<sup>8</sup> (einschließlich der Kritik am Staatssozialismus), das durch den Neoliberalismus nicht erledigt, wenn auch schon nicht abgegolten ist? Haben ein bewegungsorientierter, linker und feministischer Anti-Etatismus neo-liberaler Staatsrelativierung zugearbeitet? Oder ist die neo-liberale Besetzung von Staatskritik vielmehr in dem Maße möglich geworden, wie sich soziale Bewegungen davon verabschiedet haben, ‚den Staat zu diskutieren‘ (vgl. Altvater/Kallscheuer 1978)?

- Darüber hinaus muss sich Rechtstheorie immer wieder mit dem äußeren Umstand abfinden, dass die sie produzierenden Subjekte ein eigentümlich ‚schräges‘ Verhältnis zu ihr als besonderem Untersuchungsfeld einnehmen: Entweder – in Deutschland zumeist – handelt es sich um JuristInnen, welche zu ihrer eigenen doppelten Praxis als RechtsanwenderInnen und als RechtsdogmatikerInnen eine reflektierende Haltung einzunehmen versuchen, ohne in vollem Umfang über die für eine derartige Reflexionspraxis jeweils ausgebildeten philosophischen Instrumente zu verfügen. Oder aber es sind PhilosophInnen, welche diese Instrumente auf die materialen Felder des Rechts anzuwenden bemüht sind, ohne in vergleichbar vertiefter Weise in deren doppelte Praxis eingebunden (gewesen) zu sein. Daher hat Rechtstheorie strukturell das Problem entweder, philosophisch gesehen, ‚primitiv‘ zu bleiben oder sich, juristisch gesehen, mit ‚bloß ausgedachten‘ Problemen zu beschäftigen.<sup>9</sup>

Der Zusammenhang zwischen Rechtstheorie und Staatstheorie wird spätestens dort unauflöslich, wo der Bezug auf ‚das Recht‘ für Staatsverfassungen konstitutiv werden soll. Das Konzept des ‚Rechtsstaates‘ fungiert dem gemäß als eine Kernproblematik der kontinentaleuropäischen Linie des Staats-, Rechts- und Gesellschaftsdenkens.<sup>10</sup> In ähnlicher Weise, wie immer wieder versucht worden ist, die Spezifik von Rechtsverhältnissen – i.U. etwa zu bloß moralisch bestimmten Beziehungen – von der Art und Weise her zu denken, wie sie mit ihrer Verletzung bzw. Übertretung umgehen, ist der Begriff des ‚modernen Staates‘ – und seine Ausformung im Konzept des ‚Rechtsstaates‘ – auch immer wieder von Konstellationen seiner Bedrohung und Durchbrechung artikuliert worden: Der praktische und theoretische Umgang mit Situationen und Prozessen, welche einen ‚Ausnahmestand‘ bilden, wurde dabei zu einer Bewährungssituation der die ‚normale Praxis‘ leitenden Regeln. Dieses Verhältnis und seine Dynamik stehen seit der großen Französischen Revolution immer wieder im Zentrum kontinentaleuropäischer Debatten über Recht und Staat. Diese Auseinandersetzungen sind allerdings nicht zu begreifen, ohne den Gegensatz als solchen zur Kenntnis zu nehmen, der zwischen einer Distanznahme zu den Regeln dieser ‚Normalität‘ von Staat und Recht in der Perspektive einer souveränistischen Selbstermächtigung und -steigerung der Staatsmacht und einer Kritik der ausnahmslosen

Durchsetzung abstrakter Regelkomplexe des Privatrechts etwa in der Perspektive einer Verteidigung und Organisierung von Interessen strukturell unterlegener Menschengruppen besteht – verkürzt gesagt: zwischen einer Kritik des Rechts (oder vielleicht besser: des Juridischen) ‚von oben‘ und einer solchen ‚von unten‘.

Inzwischen ist klar, dass es keinen Weg zurück mehr gibt, durch den sich die deutschen und französischen Linien der Entwicklung der institutionalisierten Praxis und Reflexion von Recht einfach in ihren historisch vergangenen Gestalten erneuern lassen. Dies konnten vielleicht noch deren historische Protagonisten nach 1945 eine Zeit lang versuchen – wie dies noch Carl Schmitt, Forsthoff und Maunz in Deutschland und de Jouvenel und Aron in Frankreich unternommen haben. Danach wurde zunehmend klar, dass die Traditionen der ‚Staatswissenschaften‘<sup>11</sup> im Deutschen Reich und der klassischen Institutionenlehre der französischen III. Republik mit dieser Generation in eine historische Sackgasse geraten war. Eine tragfähige Alternative zum Vergessen und Verdrängen – wie es noch eine erste wirkliche Nachkriegsgeneration praktiziert hatte – kann daher nur darauf beruhen, dass diese Linien als solche in Erinnerung gerufen und kritisch durchgearbeitet werden.

Dazu soll die vorliegende Reihe *Analysen zu Staat, Recht und Politik* einen Beitrag leisten. Sie dokumentiert zunächst Texte, die im Rahmen des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien – Politisierung des Rechts und Entpolitisierung der Politik“ entstanden sind. Die Wahl des Projektes fiel dabei aus einem doppelten Grunde auf eine scheinbare konventionelle vergleichende Herangehensweise: Eine europäische oder gar globale Öffentlichkeit, die Arena der angesprochenen Debatten sein könnte, existiert bisher nicht; sie werden vielmehr bisher in ganz unterschiedlichen Arenen und unter unterschiedlichen Voraussetzungen immer noch in nationalstaatlich geprägten wissenschaftlichen Öffentlichkeiten geführt. Bewusst vergleichend angelegte Debatten können daher *zum einen* einen wirksamen Beitrag zur Herausbildung derartiger übergreifender Diskussionsnetzwerke leisten, auf deren Grundlage sich dann auch entsprechende wissenschaftliche Öffentlichkeiten herausbilden und stabilisieren können. Des weiteren sollten die sich langsam europäisierenden Debatten aber nicht in innerdeutsche Auseinandersetzungen eingeschlossen werden. Ein deutsch-spanischer Vergleich erschien daher als sinnvoller Beginn – zumal er als weitere Perspektive eine Ausweitung auf Lateinamerika (vgl. Anm. 10) nahe legt und damit perspektivisch zu einer Überwindung nicht nur deutscher, sondern auch eurozentristischer Verengungen beitragen kann.

Signifikanz und Reichweite des deutsch-spanischen Vergleichs sind dabei Gegenstand der Debatte, die in den *Analysen zu Staat, Recht und Politik* dokumentiert wird. Die *Analysen* sollen aber nicht auf diesen Zwei-Länder-Vergleich beschränkt bleiben: Wir freuen

uns über Vorschläge für Beiträge, die unsere Überzeugung, daß der Staat als Gegenstand der historischen (auch zeitgeschichtlichen!) Analyse und der epistemologischen Reflexion längst nicht erledigt ist, teilen oder über diese Annahme selbst in die Debatte eintreten wollen.

#### Literatur:

**Albers et al. 1983:** Detlev Albers et al., *Aktualisierung Marx'* (Argument-Sonderband AS 40), Argument: [West]berlin, 1983.

**Altvater/Kallscheuer 1978:** Elmar Altvater / Otto Kallscheuer (Hg.), *Den Staat diskutieren*. Kontroversen über eine These von Althusser, Ästhetik und Kommunikation: Berlin, 1978.

**Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984/89:** ders. / Helmut Ridder, [Kommentierung zu] Art. 20 Abs. 1 - 3 *III. Rechtsstaat*, in: Richard Bäumlin et al., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 1. Art. 1 - 20 (Reihe Alternativkommentare hrsg. von Rudolf Wassermann), Luchterhand: Neuwied/Darmstadt, 1984<sup>1</sup>, 1288 - 1337 bzw. 1989<sup>2</sup>, 1342 - 1389.

**Balibar 1985:** Etienne Balibar, Stichwort „*Dépérissement de l'État*“, in: Gérard Bensussan / Georges Labica (Hg.), *Dictionnaire Critique di Marxisme*, PUF: Paris, 1985<sup>2</sup> (dt. Übersetzung der ersten frz. Auflage: Argument: [West]berlin, 1983), 300 - 303.

**beiträge 1985:** *beiträge zur feministischen theorie und praxis*, Heft 13: Unser Staat?, 1985.

**Bensaïd 2002:** Daniel Bensaïd, *Die neue imperiale Unordnung*, in: *Sozialistische Hefte* Nr. 1, Feb. 2002, 17 - 22.

**Bensaïd 2002:** ders., *Die Welt verändern, ohne die Macht zu übernehmen?* Zur Kritik an John Holloway, in: *Sozialistische Hefte* Nr. 5, Juli 2003, 36 - 42.

**Berghahn 1999:** Sabine Berghahn, *Zukunft der Gleichstellungspolitik: Brauchen Frauen den Staat?*, in: Berghahn/Butterwegge/Kutscha 1999, 110 - 132.

**Berghahn/Butterwegge/Kutscha 1999:** dies. / Christoph Butterwegge / Martin Kutscha, (Hg.), *Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat?*, Nomos Verlag: Baden-Baden, 1999.

**Biester et al. 1992:** Elke Biester / Brigitte Geißel / Sabine Lang / Birgit Sauer / Petra Schaeffer / Brigitte Young (Hg.), *Staat aus feministischer Sicht*, Otto-Suhr-Institut: Berlin, 1992.

**Blumenthal 2005:** Julia von Blumenthal, *Governance – eine kritische Zwischenbilanz*, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2005, 1149 - 1180.

**Busch/Werkentin 1984:** Heiner Busch / Falco Werkentin, *Linke Bilder vom Leviathan*. Kurz vor Neunzehnhundertvierundachtzig, in: Bernd-Peter Lange / Anna Maria Stuby (Hg.), „1984“ (Argument-Sonderband AS 105), Argument: [West]berlin, 1984, 19 - 40.

**Dölling 1991:** Irene Dölling, *Über den Patriarchalismus staatssozialistischer Gesellschaften und die Geschlechterfrage im gesellschaftlichen Umbruch*. Beitrag zur Veranstaltung „Klassengesellschaft, Patriarchat, Individualisierung“ beim Frankfurter Soziologentag 1990, in: *UTOPIE kreativ* Heft 7, März 1991, 25 - 32.

**Eichhorn 1995:** Cornelia Eichhorn, *Verfassungspatriotinnen*. Die demokratietheoretische Wende im Feminismus, in: *Die Beute* 3/1995, 32 - 39.

**Eifferding 1994:** Wieland Eifferding, Stichwort „*Absterben des Staates*“, in: Haug 1994, Sp. 42 - 50.

**Engels 1876/94:** Friedrich Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft* [Anti-Dühring] (1876/94), in: Karl Marx / Friedrich Engels, *Werke*. Bd. 20, Dietz: Berlin/DDR 1986<sup>20</sup>, 3 - 303.

**Fröhlich 2005:** Manuel Fröhlich, *Lesarten der Souveränität*, in: *Neue Politische Literatur* 2005, 19 - 42.

**Haug 1994:** Wolfgang Fritz Haug, *Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus*. Bd. 1, Argument: Hamburg/Berlin, 1994.

**Hirsch 1983:** Joachim Hirsch, *Nach der „Staatsableitung“*. Bemerkungen zur Reformulierung einer materialistischen Staatstheorie, in: Albers et al. 1983, 158 - 169.

**Jäger 2005:** Christian Jäger, *Minoritäre Literatur – das Konzept der kleinen Literatur am Beispiel prager- und sudenteutscher Werke*, Deutscher Universitäts-Verlag: Wiesbaden, 2005.

**Jäger 1979:** Michael Jäger, *Von der Staatsableitung zur Theorie der Parteien – ein Terrainwechsel im Geiste Antonio Gramscis*, in: Arbeitskreis Westeuropäische Arbeiterbewegung (Hg.), *Eurokommunismus und marxistische Theorie der Politik* (Argument-Sonderband AS 44), Argument: [West]berlin, 1979, 45 - 64.

**Jäger 1994:** ders., Stichwort „*Ableitung*“, in: Haug 1994, Sp. 33 - 36.

**Jahr/Maihofer 1971:** Günther Jahr / Werner Maihofer, *Rechtstheorie*. Beiträge zur Grundlagendiskussion, Klostermann: Frankfurt am Main, 1971.

- Kitschelt 1977:** Herbert Kitschelt, „Rechtsstaatlichkeit“ – zur Theorie des Wandels rechtlicher Programmierung im Staat der bürgerlichen Gesellschaft, in: *Demokratie und Recht* 1977, 287 - 314.
- Kreisky 1993:** Eva Kreisky, *Der Staat ohne Geschlecht*. Ansätze feministischer Staatskritik und feministischer Staatserklärung, in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 1993, 23 - 35.
- Kreisky 1994:** dies., *Das ewig Männerbündische*. Zur Standardform von Staat und Politik, in: Claus Leggewie (Hg.), *Wozu Politikwissenschaft? Über das Neue in der Politik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1994, 191 - 208.
- Kreisky 1995/2000:** dies., *Der Stoff aus dem Staaten sind*. Zur männerbündischen Fundierung politischer Ordnung, in: Regina Becker-Schmidt / Gudrun-Axeli Knapp (Hg.), *Das Geschlechterverhältnis als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Campus: Frankfurt am Main / New York, 1995, 85 - 124 (wieder abgedruckt in: Kathrin Braun / Gesine Fuchs / Christiane Lemke / Katrin Töns [Hg.], *Feministische Perspektiven der Politikwissenschaft*, Oldenbourg: München/Wien, 2000, 144 - 181).
- Kreisky 1996:** dies., *Vom patriarchalen Sozialismus zur patriarchalen Demokratie*. Der politische Systemwechsel in Osteuropa aus Gender-Perspektive, in: dies., *Vom patriarchalen Sozialismus zur patriarchalen Demokratie*, Gesellschaftskritik: Wien, 1996, 7 - 22.
- Kreisky 1997:** dies., *Diskreter Maskulinismus*. Über geschlechtsneutralen Schein politischer Idole, politische Ideale und politischer Institutionen, in: dies. / Birgit Sauer, *Das geheime Glossar der Politikwissenschaften*, Campus: Frankfurt am Main / New York, 1997, 161 - 213.
- Kulawik/Sauer 1995:** Teresa Kulawik / Birgit Sauer, *Staatstätigkeit und Geschlechterverhältnisse*. Eine Einführung, in: dies. (Hg.), *Der halbierte Staat*. Grundlagen feministischer Politikwissenschaft, Campus: Frankfurt am Main / New York, 1995, 9 - 44.
- Labica 1994:** Georges Labica, Stichwort „Abbau des Staates“, in: Haug 1994, Sp. 1 - 6.
- Löffler 2005:** Marion Löffler, *Staatlichkeit als Konzept*. Innovationspotentiale feministischer Staatstheorie, in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2005, 119 - 132.
- Marx 1875:** Karl Marx, [*Kritik des Gothaer Programms* (1875)], in: ders. / Friedrich Engels, *Werke*. Bd. 19, Dietz: Berlin/DDR: Dietz, 1961<sup>1</sup>, 1982<sup>8</sup>, 11 - 32.
- Maus 2004:** Ingeborg Maus, *Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat*. Zur Kritik juridischer Demokratieverhinderung, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 7/2004, 835 - 850.
- Peterson 1988:** V. Spike Peterson, *An Archaeology of Domination*. Historicizing of Class and Gender in Early Western State Formation, Washington, 1988.
- Peterson 1992:** dies. (Hg.), *Gendered States*. Feminist (Re)Visions of International Relations Theory, Rienner: Boulder/London, 2002.
- Peterson 1994:** dies., *Gendered Nationalism*, in: *Peace Review* 1994, 77 - 83.
- Peterson 2000:** dies., *Sexing political identities / nationalism as heterosexism*, in: Sita Ranchod-Nilsson / Mary Ann Tétreault (Hg.), *Women, State, and Nationalism*, Routledge: London / New York, 2000, 54 - 80.
- Rudel 1981:** Gerd Rudel, *Die Entwicklung der marxistischen Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Campus: Frankfurt am Main / New York, 1981.
- Schaper-Rinkel 1999:** Petra Schaper-Rinkel, *Zur politischen Produktion von Sachzwängen*. Die europäische Informationsgesellschaft als regulativer Rahmen zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit, in: *Prokla* Heft 114, 1888, 29 - 53.
- Scharenberg/Schmidtke 2003:** Albert Scharenberg / Oliver Schmidtke (Hg.), *Das Ende der Politik?* Globalisierung und der Strukturwandel des Politischen, Westfälisches Dampfboot: Münster, 2003.
- Seemann 1996:** Birgit Seemann, *Feministische Staatstheorie*. Der Staat in der deutschen Frauen- und Patriarchatsforschung, Leske + Budrich: Opladen, 1996.
- Teschke 2005:** Benno Teschke, *Bürgerliche Revolution, Staatsbildung und die Abwesenheit des Internationalen*, in: *Prokla* Heft 141, 2005, 575 - 600 (überarbeitet aus: *Historical Materialism* 2/2005).
- Voswinkel 2004:** Stephan Voswinkel, *Kundenorientierung*, in: Ulrich Bröckling / Susanne Krasmann / Thomas Lemke (Hg.), *Glossar der Gegenwart*, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 2004, 145 - 151.
- Wolf 1970:** Frieder Otto Wolf, *Rechtstheorie als Protojuridik* (1970), in: *Jahr/Maihofer* 1971, 121 - 141.
- Wolf 1983:** ders., *Diesseits und jenseits der „Staats-Politik“*. Theoretische Fragen zur Aktualität des „Absterbens der Staates“, in: Albers et al. 1983, 171 - 190.
- Wolf 1999:** ders., *Das Wunder von Europa läßt noch auf sich warten*. Zu Lage und Perspektiven der europäischen Linken nach der neoliberalen Gegenreform, in: *Prokla* Heft 114, 1999, 117 - 143.

<sup>1</sup> Vgl. Bensaïd 2002; Fröhlich 2005, bes. 35 unten, 37 oben; Löffler 2005, bes. 120 f., Scharenberg/Schmidtke 2003.

<sup>2</sup> Vgl. Voswinkel 2004, 149 f.: „Die Ersetzung des ‚Bürgers‘ durch den ‚Kunden‘ der Verwaltung erscheint zwar für diejenigen, die sich in der Realität als Antragsteller einer obrigkeitlichen Rechtsverwaltung erleben, als attraktiver Fortschritt. Aber sie greift letztlich ein ins Herz der Souveränität. Nicht mehr der Bürger ist die Legitimationsbasis des demokratischen Staates, sondern der ‚Kunde‘ ist der neue Souverän. Zum Kunden aber wird man nicht durch Rechte, sondern durch Kauf-, durch Marktmacht.“

<sup>3</sup> Bei diesem hatte das Absterben des Staates freilich die Überwindung von Klassenherrschaft und Privateigentum zur Voraussetzung: „Sobald es keine Gesellschaftsklasse mehr in der Unterdrückung zu halten gibt, sobald mit der Klassenherrschaft und dem in der bisherigen Anarchie der Produktion begründeten Kampf ums Einzeldasein auch die daraus entspringenden Kollisionen und Exzesse beseitigt sind, gibt es nichts mehr zu reprimieren, das eine besondere Repressionsgewalt, einen Staat, nötig machte. Der erste Akt, worin der Staat wirklich als Repräsentant der ganzen Gesellschaft auftritt – die Besitzergreifung der Produktionsmittel im Namen der Gesellschaft – ist zugleich sein letzter selbständiger Akt als Staat. Das Eingreifen einer Staatsgewalt in gesellschaftliche Verhältnisse wird auf einem Gebiete nach dem andern überflüssig und schläft dann von selbst ein. An die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen. Der Staat wird nicht ‚abgeschafft‘, er stirbt ab. Hieran ist die Phrase vom ‚freien Volksstaat‘ zu messen, [...]; hieran ebenfalls die Forderung der sogenannten Anarchisten, der Staat solle von heute auf morgen abgeschafft werden.“ (Engels 1876/94, 262).

<sup>4</sup> Zur Kritik an Engels s. Balibar 1985, 302 bzw. 29 und die Nachweise bei Elfferding 1994, Sp. 47; daß vermeintliche Sachzwänge ihrerseits politisch produziert sind, zeigt Schaper-Rinkel 1999.

<sup>5</sup> Vgl. Gilles Deleuzes Konzeption einer politischen Handlungsfähigkeit, die auf einem Minoritär-Werden beruht (vgl. Jäger 2005).

<sup>6</sup> Zur Fusion des deutschen und us-amerikanischen Weges nach 1945 vgl. Maus 2004, 844: „unbewußte deutsche Kontinuitäten der Verhinderung einer zumindest starken parlamentarischen Demokratie (bereits der übermächtige Reichspräsident der Weimarer Verfassung wurde zwecks Vermeidung eines englischen oder französischen ‚Parlamentsabsolutismus‘ favorisiert) [konvenierten] mit den Prinzipien der amerikanischen Unions-Verfassung [...], die nach 1945 eine hegemoniale Wirkung entfalteten.“

<sup>7</sup> Frieder Otto Wolf hatte in seiner Skizze einer ‚Rechtstheorie als Protojuridik‘ (1970) den Versuch unternommen, Rechtstheorie in einer derartigen rational-konstruktiven allgemeinen Theorie der gesellschaftlichen Praxis zu verankern. Die darin angelegten Erfordernisse eines geradezu heroischen Abstraktionsniveaus waren Anlaß, dieses Projekt aufzugeben. Allerdings bleibt die darin umrissene Problematik einer allgemeinen Theorie des Rechts in der Weise unausweichlich, dass untersucht werden muss, wie ganz allgemein in der Epoche der Herrschaft der kapitalistischen Produktionsweise die Formen von Recht und Staat als solche artikuliert werden können. Nur ist

dies erst als Resultat entsprechender konkreter Untersuchungen möglich und kann nicht vorab ‚vernünftig ausgedacht‘ werden.

<sup>8</sup> Kulawik/Sauer (1996, 15 f.) interpretieren die hohe Bedeutung des Autonomie-Postulats in der neuen bundesdeutschen Frauenbewegung als (nicht erstaunliche) Reaktion auf den besonders hermetischen Charakter deutscher Staatlichkeit (vgl. auch Kreisky 2000, 162; Seemann 1996, 98, 102, 104 f.); allerdings thematisiert auch die neuere angelsächsische Forschung, daß Staaten *gendered* sind (s. bspw. die Arbeiten von Peterson). Auch wird eine Kategorisierungs-Praxis in Frage gestellt werden können, die den Begriff „Staatstheorie“ den staats-affineren feministischen Ansätzen der 90er Jahre vorbehält (Kulawik/Sauer 1996, 22 f.), während die als „totalisierende und eschatologische Visionen“ (19) bezeichneten staatskritischen Ansätze der 70er und 80er Jahre (s. bspw. beiträge 1985; rückblickend: Seemann 1996, 64 - 76) anscheinend nicht unter den Begriff „Staatstheorie“ fallen. Vgl. krit. zur demokratietheoretischen Wende des bundesdeutschen Feminismus (OHNE die Position der *beiträge* fortzuschreiben): Eichhorn 1995.

<sup>9</sup> Der Gedanke, dieses strukturelle Problem dadurch anzugehen, dass sich Rechtstheorie an das zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften entfaltete Feld der Wissenschaftstheorie anschließt (vgl. etwa Jahr/Maihofer 1970, 10 ff.) bleibt weiterhin attraktiv. Allerdings überspringt er gleichsam die Besonderheiten, durch die sich die Jurisprudenz als Praxis und Theorie etwa von den Naturwissenschaften (auf die sich seit dem 17. Jahrhundert das Verständnis von ‚science‘ im angelsächsischen Raum reduziert hat) oder von den ‚Wissenschaften‘ (im deutschen Sinne) auf dem Felde von Geschichte, Kultur und Gesellschaft unterscheidet – und kann daher keine wirkliche Lösung bieten.

<sup>10</sup> Vgl. Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984/89, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 2: „Bildung wie ‚état de droit‘, ‚stato di diritto‘ u.ä. sind von deutschem Begriffstransfer beeinflusst (zunächst durch Georg Jellineks ‚Allgemeine Staatslehre‘, die im gesamten zeitgenössischen Kontinentaleuropa rezipiert wurde, als dann, insbesondere in Italien, Spanien und Lateinamerika, und zwar bis in die Gegenwart, durch Carl Schmitt vermittelt).“

<sup>11</sup> Es ist wohl keine allzu kühne Vermutung, auch in der deutschen ‚Staatsableitungsdebatte‘ der 1970er Jahre ein derartiges Fortwirken der ‚Staatswissenschaften‘ (in ihrer exemplarisch von Korsch und Paschukanis geleisteten marxistischen Übersetzung) zu erblicken. – „Die westdeutsche ‚Staatsableitungsdebatte‘ fand in den 1970er Jahren statt und wurde im wesentlichen um die Frage geführt, inwiefern der Rechtsstaat notwendige politische Form der kapitalistischen Warengesellschaft sei, sich also als Form der bürgerlichen Klassenherrschaft erweise.“ (Jäger 1994, Sp. 33). Vgl. des weiteren zur damaligen Debatte: Kitschelt 1977; Jäger 1979, 45 - 49, 59 - 64, rückblickend von einem Beteiligten: Hirsch 1983, bes. 158 f., 161, ausführlich, aber eher deskriptiv: Rudel 1981, 100 - 136 und FN 61 - 85 auf S. 149 - 153.







# Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien

## Überlegungen zum Forschungsstand

Wenn der UN-Generalsekretär die USA auf Englisch ermahnt, „Every nation that proclaims the rule of law at home must respect it abroad; and every nation that insists on it abroad must enforce it at home.“ (Annan 2004)<sup>1</sup>, dann wird dies von der deutschen Presse als Plädoyer für die „Herrschaft des Rechts“ ins Deutsche übersetzt<sup>2</sup>.

Und während die Europäische Grundrechtscharta auf Englisch die „rule of law“ zur Basis der Europäischen Union erklärt<sup>3</sup>, ist dies in der deutschen Fassung die „Rechtsstaatlichkeit“<sup>4</sup>.

Aber ist englisches „law“ und deutsches „Recht“ wirklich das Selbe? Ist ein „state governed by rule of law“ ein „Rechtsstaat“? Sind „rule of law“ und „Rechtsstaatlichkeit“ ein und dasselbe?

Von Wörterbüchern und Nachrichtenagenturen wird dies in der Regel, zwar nicht alternativlos, aber doch bedenkenlos bejaht. Hier wird demgegenüber darin erinnert, daß sich der deutsche Rechtsstaats-Diskurs zunächst in Abgrenzung von ‚westlichem‘ Individualismus und ‚exzessiver‘ Volkssouveränität konstituierte. Darüber hinaus werden – in einem vorläufigen und noch unvollständigen Durchgang durch die Literatur – Anhaltspunkte dafür präsentiert, daß sich an der grundsätzlichen Ausrichtung des Rechtsstaats-Diskurses – ungeachtet von Ereignissen wie sie mit den Jahreszahl 1848, 1933, 1945 und 1989 verbunden sind – wenig geändert hat.

Wenn dennoch „rule of law“ und „Rechtsstaatlichkeit“ heute Äquivalente sein sollen, dann kann dies also jedenfalls nicht einer „Westernisierung“ des deutschen Rechts- und Staatsverständnisses (so aber die These von Günther 2004), sondern allenfalls einer Germanisierung des Westens geschuldet sein. Ob es eine solche gibt, bedürfte gesonderter Untersuchung.

Hier sollen demgegenüber nur einleitend die grundlegenden, überkommenen Unterschiede zwischen der deutsche und der westlichen Konzeption aufgezeigt werden (I.), dann die deutsche Entwicklung etwas genauer beleuchtet werden (II.) und schließlich einige

Aspekte der Rezeption des deutschen Rechts(staats)-Verständnisses in Spanien angesprochen werden (III.).

Der Hauptteil (II.) folgt dabei weitgehend der Chronologie: Begonnen wird mit den Anfängen des Rechtsstaats-Diskurses um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert, als ein ‚Vernunftrecht‘ als Substitut parlamentarischer Gesetze fungierte, und der Konsolidierung des Konzeptes nach dem Scheitern der Revolution von 1848. Dann wird der Einsatz, der bei den Rechtsstaats-Debatten in der Weimarer Republik auf dem Spiel stand, und die Frage, ob der Nationalsozialismus wirklich ein „Unrechtsstaat“ war, behandelt. Schließlich geht es um das Selbstverständnis der Bundesrepublik als Rechtsstaat.

Schließlich stellen die Anhänge A. – C. ergänzendes Material zur deutschen und spanischen Entwicklung zur Verfügung.

## **I. EINLEITUNG: DEUTSCHE ‚MÄßIGUNG‘ ODER FRANZÖSISCHE ‚EINSEITIGKEIT‘? – DER RECHTSSTAAT ALS KOMPROMIß MIT OBRIGKEITSSTAAT**

In den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts schrieb Lorenz Stein:

„Man muß zunächst davon ausgehen, daß Wort und Begriff des ‚Rechtsstaates‘ spezifisch DEUTSCH sind. Beide kommen weder in einer nicht deutschen Literatur vor, noch sind sie in einer nicht deutschen Sprache correct wieder zu geben.“ (L. Stein 1864/69, 296 f. – Hv. i.O.)

Mehr als 100 Jahre später muß Richard Bäuml in dies nur wenig ergänzen: Auch er stellt fest, daß sich der deutsche Rechtsstaat von vornherein von der britischen *rule of law* unterscheidet<sup>5</sup>, aber er muß nunmehr hinzufügen: „Übersetzungen wie *État de Droit* im Französischen und *Estado de Derecho* im Spanischen sind von der deutschen Staatsrechtslehre (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.“<sup>6</sup>

Der folgende Text wird sich genau mit dieser Frage, d.h. mit der Frage nach dem Verhältnis von Rechtsstaat und „autoritären“ – oder sagen wir vorsichtiger: etatistisch-paternalistischen – Regierungsformen befassen\*.

Lorenz Stein hatte nicht nur den „spezifisch deutsch[en]“ Charakter des Rechtsstaats festgestellt, sondern auch schon Wichtiges zu der Frage gesagt, worin diese Spezifik des deutschen Rechtsstaats besteht: Es ist dies die prekäre Stellung des Gesetzes in Deutschland:

\* Nicht befassen kann sich der Text mit der anderen wichtigen Frage, ob und ggf. inwieweit, aus welchen Gründen und mit welchen Konsequenzen der *État de Droit* in Frankreich selbst in einen Verdrängungswettbewerb mit dem traditionellen französischen Konzept des *État légal* (s. dazu unten S. 25) getreten ist oder nur Verwendung der Begriff „*État de Droit*“ findet, um die (staats)rechtlichen Verhältnisse beim östlichen und südlichen Nachbarn zu beschreiben.

Die Idee des Rechtsstaats beinhalte nach Stein ein „System von Rechtsgrundsätzen und Rechtsmitteln, durch welche die Regierung zur Innehaltung des GESETZLICHEN RECHTS in ihren Verordnungen und concreten Thätigkeiten gezwungen werden soll. Ein solcher Begriff war für England durchaus überflüssig, da die Thatsache seines öffentlichen Rechts ohnehin jene Forderung erfüllte; für Frankreich ebenfalls, weil hier neben dem Begriff des Gesetzes die Grundsätze der Verantwortlichkeit und des Verfahrens sehr klar ausgesprochen waren, [...]. Allein für Deutschland, das ein halbes Jahrhundert hindurch keine Verfassung, keinen festen Begriff des Gesetzes, und also auch keinen Begriff der Regierung hatte, mußte man die Begränzung“ – N.B.: nicht Konstituierung (zu diesem Unterschied sie unten, S. 43) – „der letzteren [d.h.: Begrenzung der Regierung, d. Vf.In] in das Gebiet der Theorie“ – d.h.: außerhalb der geschriebenen Gesetze – „verlegen, da man sie in dem der Gesetzgebung vergeblich suchte.“ (Stein 1864/69, 298 – Hv. i.O.).

Die Regierung wurde also nicht parlamentarisch konstituiert; sie wurde auch nicht in ihrer Macht durch parlamentarische Gesetze, sondern durch Konstruktionen der Rechtstheoretiker begrenzt, so Steins Beschreibung des Rechtsstaats. – In einem Punkt hatte sich Stein allerdings geirrt, und dies ist auch der Grund, warum es erforderlich scheint, von dem ganzen Themenkomplex noch einmal ausführlich zu handeln. Stein hatte prognostiziert:

Das Wort „Rechtsstaat“ habe „seine große, bedeutsame Mission erfüllt, und wird jetzt“ – Stein dürfte sich auf den Erlaß der preußischen Verfassung von 1848/50 und der des Norddeutschen Bundes von 1867 beziehen – „verschwinden.“ (ebd.)

Dazu kam es freilich nicht. Statt dessen hat sich das RECHT des Rechtsstaats – im Maße der Demokratisierung des Gesetzgebers – VON EINEM SUBSTITUT ZU EINEM KONKURRENTEN DES GESETZES entwickelt.

„Die Not der frühen deutschen Rechtsstaatstheorie, die Souveränität des Rechts zu proklamieren, ohne die Souveränität des Parlaments zu besitzen, wird am Ende zur Tugend der autoritären Verhinderung vermeintlichen Parlamentsabsolutismus pervertiert.“ (Maus 1978a, 19 = b, 17).

Um diese Entwicklung vorläufig zu verstehen (und in einem späteren Schritt auch zu erklären), ist zunächst kurz auf die angelsächsische Konzeption der *rule of law* (s. dazu sogleich) sowie auf die französische Konzeption des *État légal* (s. dazu unten S. 25) einzugehen und dann ausführlicher die deutsche Entwicklung und die spanische Rezeption zu behandeln (S. 26 ff.).

Zur deutschen Entwicklung sei an dieser Stelle bereits so viel vorweggenommen: Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts spricht das Grundgesetz, „dem Parlament nicht einen allumfassenden Vorrang bei grundlegenden Entscheidungen zu“; vielmehr gebe der gewaltenteilende Rechtsstaat „[w]eitreichende – gerade auch politische – Entscheidungen [...] der Kompetenz anderer oberster Bundesorgane“ anheim (BVerfGE 49, 89; vgl. Wesel 1992, 73), wobei das Bundesverfassungsgericht nicht zuletzt an sich selbst gedacht haben dürfte (auch wenn dies vorliegend nicht die zu entscheidende Frage war<sup>7</sup>).

Es ist das Bundesverfassungsgericht, das das metaphysische Recht des Rechtsstaats, von dem Wernicke<sup>8</sup> im *Bonner Kommentar* zum Grundgesetz spricht, aus der Sphäre der vorgestellten rein „Theorie“ holt und für das Tagesgeschäft operationalisiert.

### **1. Die britische rule of law**

Demgü. geht das britische Konzept von der *supremacy of parliament* aus: Im Falle der *rule of law* ist das parlamentarische Gesetz die „repräsentativstaatliche bzw. demokratische“ Begründung oder Grundlage des Staates (Bäumlin 1987, Sp. 2806). Dieses Konzept, das der parlamentarischen Gesetzgebung eine konstituierende Funktion zuschreibt, bestimmt das britische Staatsverständnis. In der Praxis bedeutet es vor allem Parlamentsherrschaft (vgl. Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 2, 4; Ridder 1994, 35 f.).

„In den [...] Auseinandersetzungen zwischen König und Parlament erreichte das Parlament, daß der König die Gesetze des Parlaments anerkannte. Die Vorherrschaft des Parlaments nannte man deshalb: rule of law. [...]. Wegen seiner Vorherrschaft galt das Parlament als Träger der Souveränität.“ (Rollecke-MAK, 2002, Art. 20, RN 49).<sup>9</sup>

Das Parlament ist nach englischem Verständnis souverän, was einschließt, daß es das *case law* der Gerichte durch *statute law* (Gesetzgebung) ersetzen kann (Bernstorff 1996, 28; Blumenwitz 1994, 25). „Das Parlament hat kraft seiner Souveränität die Kompetenzkompetenz gegenüber den anderen Gewalten, einschl. der Rechtsprechung: Aufhebung von Urteilen“ etc. (Böckenförde 1978, 1886 f.). So bedeutet *rule of law* „Herrschaft des Volkes in Form der Souveränität des Parlaments“ (Maus 1978a, 19 = b, 17):

Dies bestimmt auch das britische Grundrechtsverständnis:

Charakteristisch für die *rule of law*-Konzeption „ist das Abstellen auf verfahrensrechtliche Regelungen, durch die das Handeln der staatlichen Organe bestimmt und begrenzt wurde. [...]. Die individuellen Freiheitsrechte werden [...] in enger Verbindung zum politischen Willenbildungsprozeß gesehen, so daß“ das, was der Brockhaus (1998, s.v. *Rechtsstaat*, S. 131) als die britische Variante von Rechtsstaatlichkeit ansieht, „der Parlamentsouveränität nachgeordnet ist.“

Ähnliches gilt für die USA:

„Einig ist sich die amerikanische Rule of Law mit der englischen in der Wertschätzung der traditionellen in die Obhut der Gerichte gegebenen Verfahrensgarantien zum Schutz des einzelnen, wie sie im Ausbau der Formel vom ‚due process of law‘ (ordnungsgemäßes Verfahren) zum Ausdruck kommt.“ (ebd.).

Da es in erster Linie um die Sicherung von VERFAHRENSRECHTEN, aber nicht um Sach-Entscheidungen an Stelle des Gesetzgebers geht, wirft die starke Stellung der angelsächsischen Gerichte – anders als im Rahmen einer ‚materiellen‘ (s. S. 21) Konzeption – keine

demokratiethoretischen Probleme auf. Die angelsächsischen Gerichte sichern ausschließlich allen BürgerInnen die Chance, in einem freien und gleichen VERFAHREN am politischen Entscheidungsprozeß teilzunehmen: Sie maßen sich weder an, an Stelle der BürgerInnen selbst zu entscheiden, was richtiger Freiheitsgebrauch und was fehlerhafter Freiheitsmißbrauch ist, noch beschränken sie die Befugnis, der BürgerInnen und der von diesen gewählten VertreterInnen in der Sache selbst zu entscheiden.<sup>10</sup>

Soweit sich die angloamerikanischen<sup>11</sup> Gerichte in ihrer Rechtsprechung auf „Vernunft“ berufen, so darf dies daher keinesfalls mit der ausufernden Wirkung und Funktion, die in der deutschen Praxis von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Konzepte wie „allgemeine Billigkeit oder gesunde[r] Menschenverstand oder Volksempfinden“ haben, verwechselt werden. Vielmehr handelt es sich im angloamerikanischen Fall weiterhin um die kunstgerecht zu ermittelnde Vernunft DES GESETZES (*of law*). (Blumenwitz 1994, 55 m.w.N.). Durch die Berufung auf die „artificial reason of the law‘ (,artificial‘ nicht = ,künstlich‘, sondern = ,kunstvoll‘)“ wird der „gesunde Menschenverstand“ NICHT ÜBER das Gesetz gestellt, sondern „sublimiert“ (Ridder 1953, 116, FN 54). Es handelt sich bei dieser Kunstgerechtigkeit also gerade um das, was von deutscher Seite häufig als bloßer Formalismus (für einen pejorativen Formalismus-Begriff vgl. bspw. Oberreuter 1998, 9) bezeichnet wird: das Festhalten am demokratischen Gesetz und dessen genaue, kunstgerechte Auslegung statt der Suche nach einem eigentlichen, höheren Recht.

Oberreuter konstruiert eine Dreistufigkeit („Diktatur“ [= NS + Kommunismus] – ‚formeller Rechtsstaat‘ – ‚materieller‘ Rechtsstaat]:

„Diktaturen jeglicher Couleur pflegten ein instrumentelles Verhältnis zum Recht. NICHT EINMAL einer formalen Rechtsstaatsidee verpflichtet, besaßen sie ERST RECHT [sic!] keine Beziehung zu einer materiellen Rechtsstaatsidee.“ (Oberreuter 1998, 9 – Hv. d. Vf.In).

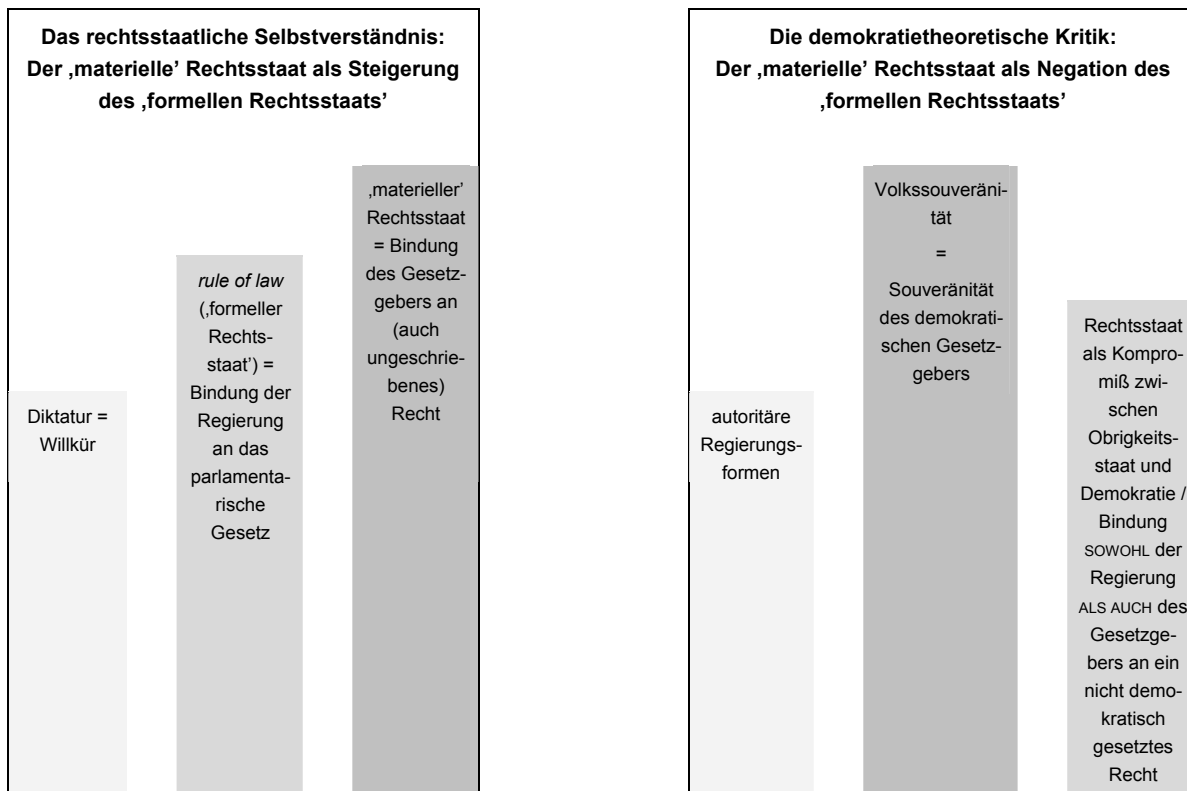
Als ‚bloß‘ formell wird die formelle Konzeption in diesem Kontext bezeichnet, weil sie die Bindung des Staates an das formelle, parlamentarische Gesetz bedeutet. Demgegenüber wird in der deutschen Konzeption dem förmlichen Gesetz ein ‚materielles‘ (= substanzhaftes, vom parlamentarischen Verfahren losgelöstes) Recht ÜBERgeordnet (vgl. Schaubild 1, S. 22).<sup>12</sup> Damit ist der ‚materielle‘ Rechtsstaat aber keine Steigerung, sondern eine Einschränkung des ‚formellen Rechtsstaats‘ und der Macht des demokratischen Gesetzgebers (Maus 1978a, 50 = b, 48 f.).

Gerechtfertigt wird dies wie folgt: „das Entstehen legislativen Unrechts“ habe „in unserem Jahrhundert“, d.h. im 20. Jahrhundert, „die Schwächen des formalen Rechtsstaatsbegriffs enthüllt“, so Scheuner (1979, 18).

Weiter unten (S. 54 ff.) wird von der These vom „legislativen Unrecht“ genauer zu handeln sein, denn im NS gab es kaum Legislation – und die eines demokratischen Gesetzgebers

schon gar nicht; und die Juristen waren kein Hort des Widerstandes, sondern eine Stütze des Systems. Dennoch lautet die vorherrschende Erklärung:

### Schaubild 1: Der Rechtsstaat – Steigerung oder Verletzung der demokratischen Gesetzesbindung?



angelehnt an: Oberreuter 1998, 9

angelehnt an: Bäumlin 1987, Sp. 2806, 2810 f.

„Der formale Rechtsstaat, der die Exekutive ans Gesetz band, ohne dieses selbst anderen als formellen Bedingungen zu unterwerfen, war machtlos gegenüber Unrecht in Gesetzesform gewesen. Der materielle Rechtsstaat traf daher auch Sicherungsvorkehrungen gegen die Legislative. Seine Materialität besteht im Einbau eines Qualitätsmaßstabes in den Gesetzesbegriff.“ (Grimm<sup>\*</sup> 1980, 704).

„Die Erfahrung der Weimarer Republik und vor allem der nationalsozialistischen Diktatur haben gezeigt, daß die Bindung der Staatstätigkeit an bestimmte Formen und Verfahren keine hinreichende Garantie für die Geltung und Durchsetzung des Rechts ist. Das Rechtsstaatsverständnis des Grundgesetzes [...] beschränkt sich [folglich, d. Vf.In] nicht auf formale Sicherungen, sondern enthält inhaltliche Aussagen über die Staatstätigkeit, die an oberste Rechtsgrundsätze gebunden wird.“ (Benda<sup>†</sup> 1985/89, 838).

<sup>\*</sup> Dieter Grimm wurde in 1937 in Kassel geboren und gehörte von 1987 bis 1999 auf Vorschlag der SPD dem Bundesverfassungsgericht an (Munzinger-Archiv 2003).

<sup>†</sup> Ernst Benda wurde 1925 in Berlin geboren; 1946 Beitritt zur CDU. War in den 60er Jahren zunächst im Rechtsausschuß des Bundestages, dann als Staatssekretär und schließlich Innenminister der Großen Koalition für die Notstandsgesetze zuständig. Von 1971 bis 1983 Präsident des Bundesverfassungsgerichts. Noch unter seinem Vorsitz erging das Volkszählungs-Urteil von 1983; später äußerte er Kritik an der von seiner Partei betriebenen Neureglung des § 116 AFG und verneinte einen verfassungsrechtlichen Anspruch aller Aussiedler auf Aufnahme in der BRD (Munzinger-Archiv 2003).

Auf der gleichen Gegenüberstellung von Form und Inhalt („Materialität“/Substanz) beruht die Unterscheidung zwischen dem materiellen Wahrheitsbegriff des deutschen und dem formellen Wahrheitsbegriffs des angloamerikanischen Strafprozesses (vgl. I. Müller 1977 m.w.N.).\*

Während das anglo-amerikanische Strafprozeßrecht davon ausgeht, daß sich die Wahrheit des Tatherganges allenfalls ermitteln läßt, wenn die formellen Rechte der Angeklagten strikt gewahrt werden (kontradiktorisches Verfahren oder Parteiprozeß mit ‚neutralem‘ Gericht) (523, 525),<sup>13</sup> werden in der deutschen Konzeption einseitig die Angeklagten als Partei begriffen, während dem GERICHT UND DER STAATSANWALTSCHAFT MEHR ODER MINDER GEMEINSAM die Wahrheitssuche anvertraut wird (523 f.)<sup>†</sup>, die dafür im Zweifelsfall die formellen Verfahrensrechte der Angeklagten hinten anstellen können (528 - 531). Selbst die Verteidigung befindet sich in einer prekären Situation, insofern RechtsanwältInnen als „Organ der RECHTSPFLEGE“ (§ 1 BRAO) definiert und damit hinsichtlich ihrer Möglichkeit, sich FÜR DIE ANGEKLAGTEN zu engagieren, beschränkt werden (s. dazu bspw. Ostendorf 1979, 252 m.w.N.). (vgl. zum Ganzen auch Dahrendorf 1963, 166 f.).

Hier wird allerdings im folgenden darauf verzichtet die Konzeption der *rule of law* als ‚formell-rechtsstaatlich‘ zu bezeichnen. Dies zum einen wegen der vorherrschenden (allerdings von Müller und Ostendorf – anders als von Oberreuter – nicht geteilten) Tendenz, die Feststellung einer formellen Konzeption mit dem Vorwurf des Defizitären zu verbinden, dem gegenüber eine ‚materielle‘ Konzeption als stärker anti-diktatorisch vorzuziehen sei. Denn diese Wertung ist jedenfalls von den anti-parlamentarischen Implikationen der ‚materiellen‘ Konzeption nicht gedeckt.

Zum anderen würde eine Bezeichnung der *rule of law* als (formell) RECHTSstaatlich ignorieren, daß sich der britische und amerikanische Parlamentarismus der deutschen Unterscheidung – und im Zweifelsfall: Entgegensetzung – von RECHT und Gesetz prinzipiell verweigert, indem er nur einen Begriff akzeptiert: *law*.<sup>14</sup> Eine solche Konzeption als ‚for-

---

\* Wenig zu tun hat die Unterscheidung von formellem und ‚materiellem‘ Rechtsstaat dagegen mit der Unterscheidung von formellem (StPO) und materiellem (StGB) Strafrecht, von formellem (ZPO) und materiellem (BGB) Zivilrecht etc. Denn in diesen Fällen handelt es sich auch bei dem sog. materiellen Recht um geschriebene Gesetze, während der „materielle Rechtsstaat“ gerade die Berufung auf ungeschriebenes Recht legitimieren soll. – Allenfalls ließe sich also sagen, daß die Unterscheidung von formellem und ‚materiellem‘ Rechtsstaat die Unterscheidung von formellem (StPO) und materiellem (StGB) Strafrecht etc. für ganz andere Zwecke aufgreift und ausbeutet, um sich den Anschein der Wohlbegründetheit zu geben.

† So wie die StPO – wie bereits in Endnote 13 gesehen – der Staatsanwaltschaft die Aufgabe zu weist, „nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln“, so weist sie auch dem Gericht die Aufgabe zu, „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme VON AMTS WEGEN auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind“ (§ 244 II StPO), also sich nicht nur auf die Würdigung des Vorbringens der beiden Seiten, Anklage und Verteidigung, zu beschränken. Aufgrund der im Prinzip gleichen Rollenzuweisung identifizieren sich die Gerichte in der Praxis tendenziell mit der Staatsanwaltschaft und nicht mit der Verteidigung (Müller 1977, 524 f. m.w.N.). – Die Verteidigung ist dagegen einerseits dadurch diskreditiert, daß sie als „Beistand“ (§ 137 StPO) des Angeklagten definiert wird, andererseits aber, soweit sie aus RechtsanwältInnen (und nicht aus HochschullehrerInnen oder, in Ausnahmefällen, aus anderen Personen besteht; § 138 StPO) dadurch eingeschränkt, daß sie als „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) definiert wird (s. dazu sogleich im Haupttext). Sinnfällig kommt jene Verdoppelung der Anklagebehörde darin zum Ausdruck, daß die Entscheidungen des BGH in Strafsachen (siehe Literaturverzeichnis) einträchtig von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft herausgegeben werden.

mell-rechtsstaatlich' zu bezeichnen, wäre eine *contradictio in adjecto*, denn der Rechtsstaat ist eben nicht der Gesetzesstaat, sondern lebt von der Entgegensetzung von höherem Recht und profanen Gesetz (vgl. Ridder 1977, 469 f.).

Es sind Verfassungsgerichte, die die institutionelle Materialisierung jenes höheren Rechts bewirken und der Parlamentsouveränität entgegenstehen:

„Vom englischen Justizstaat unterscheidet sich der Bonner Justizstaat dadurch, daß er bis zum Exzeß gesteigert ist, nämlich infolge der Einrichtung bzw. Zulassung von Verfassungsgerichten eine letztliche Suprematie des Parlaments unmöglich macht und somit allfällige heilchirurgische Eingriffe der demokratischen Volksvertretung verhindert.“ (Ridder 1953, 111 f.). „Der Effekt der demokratischen Bändigung des Justizstaats durch das supreme Parlament von Westminster wird heute nicht mehr wesentlich dadurch beeinträchtigt, daß die Entscheidungstätigkeit der englischen Common Law-Gerichte über die konkrete Fallentscheidung hinaus gleichzeitig auch Rechtsschöpfung, Normsetzung, ‚Gesetzgebung‘ sein kann. [...]. Der Suprematie des Parlaments war nicht eine widersprüchliche Suprematie der Justiz GEGENÜBERgestellt, sondern eine der Rechtsbewahrung dienende Richterherrschaft ZUGESellt. Diese mit ihren gesellschaftlichen und politischen Voraussetzungen übereinstimmende Balancierung der beiden Prinzipien in der lebenden Verfassung wird bereits durch die Einführung von Kabinettsystem und rein parlamentarischer Demokratie, die das entschiedene Übergewicht der volksouveränen Gewalten im politischen Kräftespiel anzeigen, gestört; und im Wohlfahrtsstaat beruft sich nunmehr der parlamentarische Gesetzgeber, der bislang in der Hauptsache nur zur Kodifizierung vorhandenen Richterrechts oder zur Ausmerzungen toten Geästs im Common Law ansetzte, jetzt aber das Wohlfahrtsverwaltungsrecht neu zu schaffen hat, mit aller Schärfe auf die vor Jahrhunderten in der politischen Bündnisklausel den Gerichten gegenüber gesicherte Suprematie. Jetzt trifft die Bemerkung von Marriot: ‚...the Judiciary ... though distinct from the Legislature, is in the last resort inferior to it‘ (zit. b. Heinrich B. Gerland: Die Beziehungen zwischen dem Parlament und den Gerichten in England, 1928, S. 35 Anm. 1), der im Gegensatz zu der Meinung Gerlands Einseitigkeit nur im Hinblick auf die PRAxis DER VERGANGENHEIT vorgeworfen werden kann, auch für die Praxis zu.“ (ebd., 112 f., FN 51 – Hv. i.O.).

Die Schaffung eines Verfassungsgerichts, das über dem Gesetzgeber steht, unterscheidet den Rechtsstaat nicht nur von der britischen *rule of law*, sondern auch von der amerikanischen. Denn vom us-amerikanischen *supreme court* unterscheidet sich das BVerfG dadurch, daß ersterer kein spezielles Verfassungsgericht, sondern die oberste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist und deshalb auch KEINE ABSTRAKTE Normen-, d.h.: Gesetzeskontrollbefugnis am Maßstab der Verfassung hat, sondern aus Anlaß konkreter Fälle ggf. auch über die Auslegung der Verfassung entscheidet.

„los juristas norteamericanos [...] desorientará [...] el hecho de que se pueda, en numerosos casos, acudir al Tribunal Constitucional sin que sea satisfecha previamente la famosa condición de la existencia de un ‚case and controversy‘, es decir, sin que un litigio concreto haya nacido efectivamente y motive la intervención de la jurisdicción: el contencioso abstracto originado por un recurso directo contra una ley les parecerá incompatible con la noción de jurisdicción, [...].“ (Favoreu 1997, 101).<sup>\*</sup> /

<sup>\*</sup> Mit Dank an Katja Stoppenbrink für die Aufklärung über die Bedeutung Favoreus in der französischen Verfassungsrechtswissenschaft sowie den Hinweis auf die FN 22 zitierte Constance Grewe. – Favoreu möchte die Unterschiede zwischen dem nordamerikanischen und dem europäischen Modell (speziell auf das deutsche geht er im vorliegenden Text nur vereinzelt ein) „relativieren“, wogegen wenig zu sagen ist, solange es nur um die Frage geht, ob Verfassungsgerichte – trotz ihrer Besonderheiten – noch der Rechtsprechung zugeordnet werden können (102) bzw. solange sie nicht den Platz der verfassungsgebenden Gewalt okkupieren, d.h. solange sie nicht das „letzte Wort“ haben (109). Genau dies scheint freilich im deutschen Fall fraglich zu sein (s. Ridder 1979, 134; Ridder 1977a, 518, FN 42; Ridder 1987, 120; Ridder 1996, 6 - 9 , 11 [unter Hinweis auf: Louis Favoreu, *Le modèle européen*



„die nordamerikanischen Juristen [...] werden [...] von der Tatsache irritiert, daß man [in europäischen Ländern mit Verfassungsgericht] in einer Vielzahl von Fällen das Verfassungsgericht anrufen kann, ohne daß die [in den USA] allseits bekannte Bedingung eines vorherigen streitigen Verfahrens [vor den ordentlichen Gerichten] erfüllt ist, das heißt: ohne daß es einen konkreten Streitfall gibt, der das Eingreifen der Justiz notwendig macht: Ein abstrakter Normenkontrollantrag oder eine Verfassungsbeschwerde direkt gegen ein Gesetz erscheint ihnen als unvereinbar mit dem Begriff der Justiz.“ (eigene Übersetzung).

Aber schon die Befugnis des US-*supreme courts*, die Verfassung auszulegen, bedeutet ggü. dem britischen Modell eine Gewichtsverschiebung vom Parlament zur Justiz, sie wird – verglichen mit dem bundesdeutschen Exzeß – aber teilweise dadurch kompensiert, daß das Besetzungsverfahren für den *supreme court* ein ungleich politisierteres und öffentliches ist als das für das Bundesverfassungsgericht.

## **2. Der französische État légal**

Ähnliches wie für die *rule of law* gilt für den französischen *État légal*\*:

„In Frankreich liegt unter dem Einfluß von Rousseau der Akzent stärker auf Theorien der Herrschaft durch Gesetze der demokratischen Mehrheit.“ (Schultze-Fietz-Dreier, 1998, Art. 20, RN 7).

Es handelt sich also auch hier um das Primat der parlamentarischen Gesetzgebung; nicht um die Vorherrschaft eines höheren Rechts.<sup>15</sup> Carl Schmitt schreibt dazu mit einer Mischung aus Verabscheuung und Bewunderung (mit Bewunderung für die Stärke des französischen Staates und Verabscheuung dafür, daß sich diese Stärke im von Schmitt diskutierten Kontext gegen *rechts* richtete: gegen den von der *Organisation d'Armée Secrète* [OAS] praktizierten bewaffneten Widerstand gegen die [von der Französischen Regierung nicht mehr strikt ausgeschlossene] Entkolonialisierung Algeriens):

„Die französische Republik ist ein Regime der Herrschaft des Gesetzes; das ist ihr Fundament, das sie durch den Gegensatz von Recht und Gesetz und durch die Unterscheidung des Rechts als einer höheren Instanz nicht zerstören lassen darf. Weder die Justiz noch die Armee steht über dem Gesetz. Es gibt eine republikanische Legalität, und das eben ist in der Republik die einzige Form der Legitimität. Alles andere ist für den echten Republikaner ein republikfeindlicher Sophismus.“ (Schmitt 1963, 85).

Die Unterscheidung zwischen parlamentarischem Gesetz einerseits und einem metaphysischem Recht (s. dazu schon Endnote 8) andererseits als einer höheren Instanz ist dagegen das herausstechende Merkmal der Staatsauffassung im Rechtsstaat (s. dazu noch einmal Schmitt [1963, 86] wie hier unten auf S. 66 zitiert). –

---

*de la cour constitutionnelle*, in : *Les régimes politiques européens en perspective* <Les Cahiers Français, No. 268>, S. 9 <18 f.>] zu § 31 BVerfGG) –

\* Der *État légal* ist gerade nicht der *État de Droit*, nicht der ‚rechtliche‘ oder ‚rechtmäßige‘ Staat, auch nicht der Staat des Rechts, sondern der gesetzliche (gesetzmäßige) Staat.

### **3. Der deutsch-spanische Rechtsstaat**

HISTORISCH ist der Rechtsstaat ein Kompromiß aus VORGEFUNDENEN – sei es feudalen oder sonstigen (von Bäumlin angesprochenen, s.o. bei Endnote 6) autoritären – Regierungsformen UND parlamentarischen Regierungsformen. Er hat zwar „eine freiheitliche, aber nicht unbedingt demokratische Tendenzen.“ (Böckenförde 1969, 148).<sup>16</sup>

Rudolf von Gneist (1879, 26) hatte daher in seiner Schrift über den „Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte“ am Ende des 19. Jahrhunderts den Rechtsstaat als ein Produkt des Übergangsstadiums aus der ständischen in die staatsbürgerliche Gesellschaftsordnung charakterisiert. Er ist eine – wie Bäumlin es ausdrückt – „Defensivveranstaltung“ des schwachen deutschen Bürgertums des 19. Jahrhunderts (Bäumlin 1987, Sp. 2811).

So wurde sich in Deutschland von der ‚offensiven‘, „glänzenden Einseitigkeit“ der „Nachbarn im Westen“ (s. Französische Revolution) abgegrenzt und für Deutschland der *Geist der Mäßigung und Gerechtigkeit* (Gneist 1879, 7) beansprucht.

„Der Rechtsstaat war also nicht die politische Form des sich selbst regierenden Volkes, er war nicht die rechtliche Erscheinungsform der Demokratie, sondern die rechtliche Form eines überwiegend von den Interessen der Monarchie und der sie tragenden Schichten bestimmten Kompromisses – er war die rechtliche Form der konstitutionellen Monarchie“ (Preuß 1973, 11);

und dies nicht erst bei Gneist, sondern – wie wir gleich sehen werden – auch schon am Anfang des 19. Jahrhunderts.<sup>17</sup>

Mit diesen wenigen Hinweisen erschließen sich bereits die historischen Ursachen für den Erfolg des Rechtsstaats-Konzeptes in Deutschland und Spanien: Es handelt sich um das, was verkürzt (wie das spanische und das italienische<sup>18</sup> Beispiel, auf andere Weise auch der Kompromiß des britischen Parlamentarismus mit einer machtlosen Monarchie, zeigen) „deutscher Sonderweg“<sup>19</sup> genannt wird, dessen Ende jüngst von Winkler (2000/2 und 2000/4; vgl. bspw. Geiss 2001; Jaraus 2001) verkündet wurde. Besser läßt sich dies vielleicht mit Gramscis Konzept der „passiven Revolution“ analysieren (da es – anders als der Sonderwegs-Begriff – keinen ‚Normalweg‘ als Antonym impliziert) (so schon – mit anders akzentuierter Begründung: Ladeur 1980a, 18 f., 23 - 29).

„Gramsci unterläßt es nicht, verschiedentlich darauf hinzuweisen, daß das Risorgimento als ‚Modell‘ der Herausbildung eines einheitlichen Nationalstaates ein passiver Übergang sei, der gleichzeitig in widersprüchlicher Form Elemente der (bürgerlichen) ‚Revolution‘ und Elemente der ‚Restauration‘ (Kompromisse mit den ehemals herrschenden Schichten, keine revolutionäre Volksbewegung) enthält. [...] In dem Maße, wie sich die revolutionäre Erneuerung und der Fortschritt ‚ohne Volksinitiative‘ und ohne aktives hegemoniales Eingreifen der Massen, ja selbst gegen bestimmte Formen sporadischer Aufstände vollzieht, kann man von einem PASSIVEN und konservativen historischen Prozeß sprechen. [...] Die Revolution ist passiv, wenn der Staat an die Stelle einer führenden Klasse tritt, wenn die HERRSCHAFT (Zwang) gegenüber dem FÜHRUNGSMOMENT (Hegemonie als Organisation der Konsensbildung) überwiegt. [...] ‚Wäre dann der Faschismus nicht genau die Form ‚passiver Revolution‘, wie sie dem 20. Jahrhundert eigen ist?‘ [...] ‚Eine passive Revolution läge dann vor, wenn durch den [...]“

EINGRIFF DES STAATES und über die korporative Organisation in der Wirtschaft des Landes in verstärktem Maße das Element des >Produktionsplan< mehr oder weniger weitgehend eingeführt worden wäre.' [Gramsci, *Quaderni del Carcere*, Bd. II, 1089, 122]. Gewiß erfahren Profit und Führungskraft der traditionellen, herrschenden und führenden Klassen keine Veränderung, weil die ‚Revolution‘ passiv bleibt und die Produktivkräfte sich unter ihrer Leitung weiterentwickeln“ (Buci-Glucksmann 1977, 21, 27 – alle Hv. bei Buci-Glucksmann).

Der Unterschied zwischen Westeuropa einerseits und Süd- und Mitteleuropa andererseits läßt sich danach wie folgt charakterisieren: Während es in ALLEN hier interessierenden Ländern zu einem Übergang von der Dominanz der feudalen zu einer Dominanz der kapitalistischen Produktionsweise kam, war dieser Dominanzwechsel (aus angebbaren Gründen) ausschließlich ‚im Westen‘ mit revolutionären politischen Brüchen verbunden, während er sich in Süd- und Mitteleuropa in kompromißhaften Formen vollzogen hat, die die Kontinuität des Staatsapparates wahrten:

Die Niederlande wurden im Rahmen einer frühbürgerlichen Revolution bereits 1581 von Spanien unabhängig.<sup>20</sup> England erlebte dann zu Anfang des 17. Jahrhunderts unter Cromwell ebenfalls eine frühbürgerliche Revolution und ließ 1689 mit der *Bill of Rights*\* schließlich die gesetzgebende Gewalt von der Krone auf das Parlament übergehen (Bernstorff 1996, 29). Und Frankreich hatte seine große Revolution 1789 und postulierte in Art. 25 der Verfassung von 1793: „La souveraineté réside dans le peuple; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable.“ „Die SOUVERÄNITÄT liegt beim Volk; sie ist einheitlich und UNTEILBAR; unverjährbar und unveräußerlich.“<sup>21, 22</sup>

Demgegenüber scheiterte in Deutschland der erst 1848 unternommene Revolutionsversuch genauso, wie sich in Spanien (s. Vilar 1947/1997, 81 - 159)<sup>23</sup> im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert parlamentarische Regierungsformen immer nur kurze Zeit halten konnten<sup>24</sup>.

Rechtsstaat und GewaltENTEILUNG – statt Unteilbarkeit der Volkssouveränität – waren die Konzepte, in denen sich der Kompromiß mit der Aristokratie artikulierte. Die Ideen der Französischen Revolution wurden sowohl als mit dem deutschen<sup>25</sup> als auch mit dem spanischen<sup>26</sup> Wesen unvereinbar zurückgewiesen – was insofern einen rationalen, materialistischen Kern hat, als aufgrund der vorhergehenden geschichtlichen Entwicklung die gesellschaftliche Verankerung jener Ideen in Spanien und Deutschland gering war.

Das heißt: Die These vom „deutschen Sonderweg“ ist also nicht subjektivistisch – oder wie Ladeur (1980a, 66) sagt: ‚moralistisch‘ – als These vom ‚Verrat‘ des deutschen Bür-

---

\* Charakteristisch für den Unterschied zwischen der deutsch-spanischen sowie der britisch-französischen Konzeption ist, daß „right“ und „rights“ im Englischen immer nur ein einzelnes oder einzelne Rechte (*Bill of Rights* – Plural, nicht Kollektivsingular), aber niemals eine Gesamtheit von juristischen Vorschriften (oder gar DIE Gesamtheit ALLER juristischen Vorschriften) bezeichnet. Letzteres ist auf Englisch schlicht „The Law“, nicht „The Right“. So kann es dort niemals zu einem Konflikt zwischen DEM „LAW“ (Kollektivsingular) und DEN „LAWS“ (Plural) kommen. Denn DAS „LAW“ ist nichts anderes als die Summe DER „laws“, wohingegen die deutsche und spanische Begrifflichkeit ermöglicht, ‚DAS Recht‘ und DIE Gesetze gegeneinander auszuspielen. – Auch das „Strafrecht“ bspw. ist auf Englisch nicht das „criminal right“, sondern das „criminal law“; und das entsprechende gilt für die anderen Rechtsgebiete. – Zum frz. Begriff *droit* s. bereits Endnote 15.

gertums an einer (geschichtsteleologisch verstandenen) historischen Mission DES Bürgertums zu verstehen. „Die Annahme, das Bürgertum habe die Revolution [von 1848] verraten, [...], ist unbegründet.“ Der Bruch mit dem Feudalismus ist vielmehr aus „angebbaren, historischen, vor allem ökonomischen Gründen nicht zustande[ge]kommen“. (ebd.). Denn die politische Schwäche des deutschen Bürgertums steht selbst wiederum im Zusammenhang mit der ökonomischen Unterentwicklung Deutschlands (25).

Nach dieser einleitenden Darstellung des Unterschieds zwischen *rule of law* / *État légal* einerseits und *Rechtsstaat* / *Estado de Derecho* andererseits und knappen Hinweisen zu dem allgemein-geschichtlichen Kontext dieses rechtshistorischen Unterschieds läßt sich die Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland und Spanien wie folgt nachzeichnen:<sup>27</sup>

## **II. DER RECHTSSTAAT IN DEUTSCHLAND**

„Wo immer widersprüchliche Interessen sich in der deutschen Gesellschaft begegnen, gibt es eine Neigung zur Suche nach autoritativen und inhaltlichen statt experimenteller und formaler Lösungen. [...] Auf diese Weise wird Konflikt nicht geregelt, sondern ‚gelöst‘.“

**Ralf Dahrendorf**

### **1. Die Entstehung des deutschen Rechtsstaats-Begriffs um die Wende zum 19. Jahrhundert**

#### ***a) Von Kant zu Hegel: Rechtsstaats-Begriff ohne Rechtsstaats-Wort? / Überordnung eines verselbständigten Vernunft- und Rechtsbegriffs über die empirischen Bestrebungen der Individuen***

Vielen sehen in Kants Definition des Staates als „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“<sup>28</sup> aus dem Jahr 1797 eine Vorwegnahme des Rechtsstaats, der ALS WORT bei Kant aber noch keine Erwähnung findet. Und in der Tat findet sich bereits dort (oder sollen wir schreiben: „noch dort“?) eine Bezugnahme auf nicht-statutarisches, d.h. überpositives bzw. Naturrecht.<sup>29</sup>

Zur gleichen Zeit ist ‚im Westen‘ der antike und mittelalterliche Naturrechts-Diskurs längst überwunden. Das, was landläufig (rationales) „Naturrecht“ genannt wird, ist keine Naturrechtslehre, sondern die Lehre von einem Naturzustand, der durch positive Gesetzgebung / Gesellschaftsvertrag, ÜBERWUNDEN werden muß. Schon Hobbes erklärte den Staat aus der Einsicht, „daß der Einzelne sich nur schützen kann, wenn sich alle aus dem Naturzustand herausbegeben und der staatlichen Zwangsgewalt unterwerfen“; d.h. der „Krieg aller gegen alle“ von der Herrschaft des Gesetzes abgelöst wird. Nach ihm war es Hume,

der die Verbindlichkeit der Regeln und auch die Legitimation von Regierungen allein daraus ableitete, daß sie sich allgemeiner Zustimmung erfreuen. (Hügli 1984, Sp. 586, 588) – und nicht mehr daraus, daß sie der Natur oder dem Wesen des Menschen oder Gottes entsprechen. Demgegenüber bedeute Kants Berufung auf nicht-statutarisches Recht eine „Kritik der neuzeitlichen Vertragstheorien (Hobbes, Locke, Rousseau)“ und eine Erneuerung der „ursprüngliche[n] klassische[n] Einheit von Politik und Ethik (Platon, Aristoteles)“ – freilich unter „neuzeitlichen Voraussetzungen“, wie Nusser (1997, 255) meint.

Das dabei postulierte ideale, nicht-statutarisches Recht wird von Kant „jeder wirklichen Vereinigung“ von Menschen, d.h. jeder Gesellschaft, unabhängig von deren tatsächlichen Gesetzen zur „Richtschnur“ gemacht.

„Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. So fern diese als Gesetze A PRIORI notwendig, d.i. aus Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst folgend (nicht statutarisch) sind, ist seine Form die Form eines Staats überhaupt, d.i. der Staat in der Idee, wie er nach reinen Rechtsprinzipien sein soll, welche jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinen Wesen (also im Inneren) zur Richtschnur (norma) dient.“ (Kant 1797/98, Erster Teil, § 45 = a, 313, Zeile 11-14 = b, 27050, unter Hinweis auf c, 431 – Hv. d. Vf.In).

Zuvor schon nahm Kant in der gleichen Schrift eine Einteilung des Rechts „in das Naturrecht, das auf lauter Prinzipien a priori beruht, und das positive (statutarische) Recht, was aus dem Willen eines Gesetzgebers hervorgeht“, vor (ebd., Einl. i.d. Rechtslehre. Einteilung d. Rechtslehre B. = b, 26919 unter Hinweis auf: c, 345). – Wenn dies also der Rechtsstaat ist (und wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, spricht in der Tat einiges dafür, darin den Prototyp des Rechtsstaats zu sehen), dann ist der Rechtsstaat nicht der Staat, der von dem souveränen Volk ‚verfaßt‘ (konstituiert) wird, sondern der Staat, der den „reinen [...P]rinzipien“ des Philosophen folgt.

Damit gilt bereits für Kant, was Ladeur (1980, 52) noch bei Mohl feststellen wird:

„die rechtliche Ordnung [ist in dieser Konstruktion, d. Vf.In] von menschlicher Willkür unabhängig“.

Kant schreibt unter „Heil des Staates“ sei der „Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien [...], als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht.“ (Kant 1797/98, Erster Teil, § 49, = b, 27059 unter Hinweis auf c, 437) zu verstehen, und Roellecke (in: MAK, 2002, Art. 20, RN 51) ‚übersetzt‘ dies als der „Rechtsstaat“ sei ein „Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien [...], als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht.“ Die Philosophen-Vernunft steht über der Verfassung.

Obwohl Ingeborg Maus (1978) Kant einen „demokratische[n] Ansatz“ (a, 16 = b, 14)<sup>30</sup> bescheinigt, stellt auch sie schon in dessen Konzeption etwas Spezifisches, das die weitere Entwicklung des deutschen Rechtsstaats-Begriffs prägen wird, fest:

„Sie [Kants Konzeption] enthält ein Moment der Askese, das dem deutschen Rechtsstaats-Begriff – im Gegensatz zur englische rule of law-Doktrin [die der Freisetzung der „pursuit of happiness“ diene; a, 19 = b, 17] – eigentümlich bleibt. Dem vernünftigen demokratischen Staat als *res publica noumenon* [...] entspricht auf der Seite der Individuen der *homo noumenon*, das vernünftige Wesen, das im Gegensatz zum *homo phaenomenon* das Ergebnis eines Abstraktionsprozesses ist, in dem es alle empirischen Beweggründe und subjektiven Zwecke hinter sich läßt.“ (a, 17 = b, 15).

Damit wird bereits in der kantische Konzeption – anders als in der *rule of law*-Doktrin – den „divergierende[n] empirische[n] Bestrebungen“ ein „verselbständigter Vernunft- oder Rechtsbegriff [...] vorgeordnet“ (a, 19 = b, 17).<sup>31</sup>

Damit erweist sich Kants Paternalismus-Kritik (eine Regierung, die die „Bürger als Kinder“ behandle, sei die am meisten despotische unter allen“ (Kant 1797/98, Erster Teil, § 49 = b, 27057 unter Hinweis auf: c, 435) als halbherzig. Kant substituiert die Regierung durch den Philosophen als Vormund der BürgerInnen, die nicht IHREN INTERESSEN, sondern SEINER VERNUNFT zu folgen haben. Sein Begriff der „Mündigkeit“ erweist sich als das begrenzte „Emanzipationsbedürfnis von Bürgern, die in eine VORFINDLICHE herrschende Klasse aufsteigen wollen“.

„Mündigkeit‘ als moralische nicht als politische Kategorie bildet die ‚natürliche‘ Reifung der Individuen in der Familie auf einer gesellschaftlichen Bezugsebene ab, [...]. Kants berühmtes Wort von der Aufklärung als der Befreiung des Menschen aus seiner ‚SELBSTVERSCHULDETEN‘ Unmündigkeit erhält durch seinen begrifflichen Kontext eine eindeutig individualistisch-moralische Konnotation.“ (Ladeur 1980a, 47 – erste Hv. d. Vf.In; zweite i.O.).

Insofern Kant von „selbstverschuldeter“ Unmündigkeit spricht, nimmt er mit dem Wortteil „selbst“ eine Individualisierung“ und dem Wortteil „verschuldet“ eine Moralisierung vor.

„Die ‚selbstverschuldete‘ Unmündigkeit läßt eine antithetische Fixierung bürgerlicher ideologischer und politischer Emanzipation auf den Adel als Urheber einer ‚widernatürlichen‘ Unterdrückung ursprünglicher Freiheit und Gleichheit nicht ohne kompromißhafte Einschränkung zu. Sie legt vielmehr eine widersprüchlich stationäre Entwicklung von Aufklärung nahe, eine Konzeption, die – ganz in der Logik der familialen Metapher – Klarheit nur in der Wendung gegen die immer noch ‚Unmündigen‘ (= Unselbständigen = Besitzlosen) besaß, [...]“ (Ladeur 1980a, 47; Ladeur verweist dazu auf: J. Schlumbohm, *Freiheitsbegriff und Emanzipation*, Göttingen, 1973, 33).

Indem dem Begriff der Mündigkeit eine POLITISCHE Stoßrichtung gegen bestehende Feudalordnung fehlt, wird der bestehende Staatsapparat legitimiert und die Philosophie empfielt sich als mediäre Instanz zwischen Staatsoberhaupt und Volk:

„Der Ursprung der obersten Gewalt ist für das Volk, das unter derselben steht, in praktischer Absicht UNERFORSCHLICH: d.i. der Unterthan SOLL NICHT über diesen Ursprung [...] werktätig VERNÜNFTELN.“ Das Volk „kann und darf [...] nicht anders urtheilen, als das gegenwärtige Staatsoberhaupt“ (Kant 1797/98, Allgemeinen Anmerkung von den rechtlichen Auswirkungen ...; A. = a, 318, Zeile 19-23, 25-27 = b, 27060 unter Hinweis auf c, 437), dieses Staatsoberhaupt und nicht das Volk erweist sich damit als der Souverän.

Von Nusser (1997, 259 f.) interpretiert dies wie folgt:

„Auf dem Hintergrund der noch frischen Erinnerung an den Terror der Französischen Revolution muss [?!, d. Vf.In] Kant das ‚werkttätige Vernünfteln des Volkes‘ scharf ablehnen. Wie er im Streit der Fakultäten (Königsberg 1798) darlegt, gibt es eine Vermittlung zwischen Souverän und Volk durch die Gelehrten, vorausgesetzt, dass diese sich in ihrer Kritik allein auf den Adressatenkreis des gebildeten Publikums beziehen und im Volk keine von der Regierung nicht kontrollierte politische Bewegung hervorrufen.“

Ähnliches (wie Kants Überordnung der Vernunft über die empirischen Bestrebungen der Individuen) hat Dahrendorf (1963) unter Bezugnahme auf die Hegelsche Staatskonzeption kritisiert: In dieser Traditionslinie werde der Staat in Deutschland immer wieder als „[ü]ber den Interessen und Konflikten der bürgerlichen Gesellschaft“ schwebende „letzte, erhabene, unparteiische Autorität“ (176) vorgestellt, und die verbeamteten Juristen wirkten als „institutionelle Interpreten der substantiellen Sittlichkeit“ (177).

Dabei geht Hegel aber noch weiter als Kant: Kant unterscheidet immerhin zwischen Sittlichkeit und Gesetzlichkeit, setzt dabei aber die Bindung des Gesetzgebers an Kants Verständnis von Sittlichkeit voraus. Die Sittlichkeit verfehlen kann bei Kant nur das INDIVIDUUM (mit partikularen Interessen)<sup>32</sup>, das das Gesetz nicht befolgt, oder es befolgt, ohne die Sittlichkeit des Gesetzes einzusehen.<sup>\*</sup> Vom Gesetzgeber ist dagegen vorausgesetzt, daß er im Rahmen der Sittlichkeit handelt. Dies heißt freilich NICHT – wie wir bereits gesehen haben –, daß für Kant die Gesetze die Sittlichkeit definieren. (Nur ist zu Kants Zeit die für die spätere Rechtsstaats-Diskussion wichtige Befürchtung, ein demokratisch gewählter Gesetzgeber könne aus vermeintlich oder tatsächlich sozialistischen oder an-

\* Die bloße Übereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz, unabhängig von der ‚Triebfeder‘ der Handlung, bezeichnet Kant als LEGALITÄT. Wird das Gesetz dagegen (nicht aus eigennützigen Motiven oder Zwang) befolgt, (sondern) aus Überzeugung von der Allgemeingültigkeit des Gesetzes, so wird die Handlung als Ausdruck der Moralität (Sittlichkeit) des handelnden Subjekts wertgeschätzt: „Sofern sie [die Gesetze] nur auf bloße äußere Handlungen und deren Gesetzmäßigkeit gehen, heißen sie JURIDISCH; fordern sie aber auch, daß sie (die Gesetze) selbst die Bestimmungsgründe der Handlungen sein sollen, so sind sie ETHISCH, und alsdann sagt man: die Übereinstimmung mit den ersteren ist die LEGALITÄT, die mit den zweiten die MORALITÄT der Handlung.“ (Kant 1797/98, Einl. I. = a, 218 - 221, hier: 220, Zeile 12-16 = b, 26879 unter Hinweis auf c, 318). D.h.: Juridische und ethische Gesetze unterscheiden sich nach Kant nicht durch ihren Inhalt, sondern durch unterschiedliche Adressaten: Juridische Gesetze adressieren die „äußere[n]“ Handlungen, während die ethischen Gesetze den ‚inneren‘ Willen bzw. die innere HandlungSMOTIVATION adressieren. Die Gebotsinhalte ähneln sich aber noch mehr als ein Ei dem anderen: „su origen y fin es el mismo“ (Doltra 2004, 443) / „deren Ursprung und Zweck ist identisch“ (eigene Übersetzung). –

Die Möglichkeit, daß die Sittlichkeit auf Seiten des illegal handelnden Subjektes liegen könnte, wird dabei ausgeblendet. Dies ist wiederum nur die Kehrseite davon, daß Kant <trotz seiner Erwähnung des „positive[n] (statutarische[n]) Recht[s], was aus dem Willen eines Gesetzgebers hervorgeht“ (s. oben S. 29)> über keinen demokratischen Gesetzesbegriff verfügt (vgl. Endnote 32), der die Gesetze als Produkte kontingenter Gesetzgebungsprozesse denkt, sondern Kant auch dann, wenn er „Gesetz“ schreibt, oft sein philosophisches Vernunft-Recht meint, weshalb er anscheinend auch keine Bedenken hat, für juristische und moralische Normen ein und dasselbe Wort „Gesetz“ zu verwenden. – Andererseits nimmt er diese Identifizierung der Gesetze mit seinem Vernunft-Recht nicht durchgängig vor. Wenn es gilt die höhere Weihe des Rechts herauszustellen, so geraten durchaus auch die profanen Gesetze als Kontrastmittel ins Blickfeld: So lehnt er es ausdrücklich ab, das Recht mit dem zu identifizieren, „was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen“ (Einl. Rechtslehre, § B = b, 26906 unter Hinweis auf c, 336).

deren als partikular angesehenen Motiven handeln, noch nicht virulent. Insofern lassen sich die Ausführungen von Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 14 zu „Rudolf“ (scil.: Robert) von Mohl für die frühe deutsche Rechtsstaatstheorie verallgemeinern:

„Die Beschränkung des Gesetzgebers, zu deren Begründung später der ‚materielle Rechtsstaat‘ beschworen wird, kann für Mohl allerdings noch kein aktuelles Problem sein. Massenherrschaft [ist] als virtuelle Gefahr für die liberale Eigentümergeellschaft an sich erkannt, aber angesichts des bestehenden Wahlrechts nicht aktuell, [...].“

Diese fehlende Virulenz ändert aber nichts daran, daß Kant sein Verständnis von Sittlichkeit dem Gesetz VORORDNET.<sup>33</sup> Kant unterscheidet nur hinsichtlich der unterschiedlichen Art von Verbindlichkeit zwischen moralischen und rechtlichen Pflichten:

Kant hütet sich davor, „eine Abhängigkeit der Rechtspflichten von den Tugendpflichten oder [eine Abhängigkeit, d. Vf.In] der Verbindlichkeit des Rechts von ethischer Verbindlichkeit“ zu behaupten (Ružička 1984, Sp. 607).

Der liberale Effekt dieser Weigerung liegt darin, daß die schlichte Befolgung des Gesetzes (unabhängig von der dahinter stehenden moralischen oder unmoralischen Motivation; unabhängig davon, ob sie „aus Zwang oder Einsicht“ erfolgt) vor Strafe schützt.

„Eine Handlung ist bereits dann legal, wenn das Gesetz erfüllt wird, auch wenn diese Erfüllung nur aus Angst vor Strafe geschieht.“ (Nusser 1997, 256).

Dies ändert aber nichts daran, daß es nach Kant „auch moralische Gründe dafür gibt, einer äußeren [d.h. juristischen, d. Vf.In] Gesetzgebung in den Handlungen zu entsprechen“; d.h., daß es für Kant nur EINE gemeinsame „Triebfeder“ für Legalität und Moralität gibt; daß Kant eine „gemeinsame Fundierung von Recht und Ethik im Sittengesetz“ vornimmt. (Ružička 1984, Sp. 607).

Nach Kant „podemos considerar legítimo deducir de la Razón pura tanto una doctrina del derecho como una doctrina moral, ya que ambos han de basarse en la razón.“ (Doltra 2004, 443). /

Nach Kant „können wir als legitim ansehen, aus der Reinen Vernunft sowohl eine Rechtslehre als auch eine Sittenlehre abzuleiten, da beide auf der Vernunft basieren.“ (eigene Übersetzung).

Gesetzliche Pflichten sind zwar RECHTLICH verbindlich, weil sie Rechtspflichten sind (und nicht, weil sie moralisch sind), und moralische Pflichten sind moralisch verbindlich, eben weil sie moralische Pflichten sind. Das ändert aber nichts daran, daß sie beide den glei-



chen Inhalt haben (s. dazu FN \* auf S. 31)<sup>\*</sup>; daß Kant voraussetzt, daß der Gesetzgeber dem Sittengesetz folgt / zu folgen hat; daß er – wie wir oben gesehen haben – von der Existenz „reine[r] Rechtsprinzipien“ ausgeht, „welche jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinen Wesen [... d.h. Staat / civitas] zur Richtschnur (norma) dient.“

Die bei Kant, wenn auch nur schwach, immerhin vorhandene Unterscheidung von Recht und Moral, wird dann bei Hegel einer Synthese zugeführt: „Er betrachtet die Gesellschaft nicht nur als Rechtsgemeinschaft, sondern auch als sittliche Gemeinschaft. Legalität schafft nicht allein eine rechtliche Freiheitssphäre für das Individuum, sondern muß gleichzeitig auch einen Ausdruck der in einem Volk lebendigen objektiven Sittlichkeit sein.“ (Würtenberger 1985, 2). –

Soviel zu Kant und Hegel; die folgende Darstellung bis zur nächsten Jahrhundertwende stützt sich stark auf Unruhs (1983) Bericht über „Anfang und Entwicklung von rechtsstaatlichen Grundsätzen im deutschen Schrifttum“.

### ***b) Placidus: Rechtsstaats-Wort ohne Rechtsstaats-Begriff? / Die Schule der Rechtsstaats-Lehrer kritisiert übermäßige Policey-Funktionen***

Die Verbindung „Recht-Staat“ taucht – als Bestandteil der DREifach zusammengesetzten Form „Rechts-Staats-Lehrer“ – wohl zum ersten Mal 1798 bei Johann Wilhelm Placidus (Johann Wilhelm Petersen) auf<sup>34</sup>. Der uns interessierende Begriff steht in einer Passage, in der Placidus sich gegen übermäßige „Policey“-Funktion (im damaligen Sinne) wendet: Keinesfalls besitze der Staat den Zweck, „Glückseeligkeit zu erhalten“<sup>†</sup>. Einer solchen Funktionszuweisung könne die „kritische oder die Schule der RECHTS-STAAATS-LEHRER“, zu der er sich wohl selbst zählt, nicht zustimmen. In einer Fußnote zu diesem Begriff heißt es: „Wie verschieden diese von den Staats-Rechts-Lehrern sind, braucht doch keiner Erinnerung?“ (zit. n. Unruh 1983, 252; Hv. bei Placidus). – Nach der Darstellung von Unruh bleibt unklar, ob Placidus hier nur die POSITION der von ihm Rechts-Staats-Lehrer genannten als bekannt voraussetzt oder auch bereits die BEGRIFFE „Rechts-Staat“ und „Rechts-Staats-Lehrer“ für bekannt hält. Eventuell handelt es sich um eine von Placidus selbst geprägte, polemische *ad hoc*-Umdrehung von „Staats-Rechts-Lehrer“ – um einen (NEUEN) NAMEN FÜR die von ihm in Bezug genommenen und als BEKANNT vorausgesetzten POSITIONEN zu finden.<sup>35</sup>

<sup>\*</sup> Was bei den Rechtspflichten hinzukommt, ist ihre Erzwingbarkeit: „Auch im Recht gibt es eine ethische Pflicht, aber es zeichnet sich gegenüber die Ethik dadurch aus, dass es erzwingen werden kann.“ (Nusser 1997, 256). Eine („äußere“) Handlung gilt Kant als erzwingbar; das (innere) Handlungsmotiv dagegen nicht. – Das ändert aber nichts daran, daß das, was die juristischen Gesetze (vgl. FN \* auf S. 31) erzwingen, nach Kant ethisch ist / sein soll – und die Definitionsmacht über das Ethische liegt nicht beim juristischen Gesetzgeber, sondern bei dem Philosophen, der ethische Gesetze postuliert.

<sup>†</sup> Daß es nicht Aufgabe des STAATES sei, diese Glückseeligkeit „zu ERHALTEN“ impliziert nicht notwendigerweise, ein kantianisches asketisches Gebot für die Individuen, EIGENES Glücksstreben der „Vernunft“ unterzuordnen.

Placidus war Anti-Monarchist und wollte die Vollziehende Gewalt (aber anscheinend nicht die Gesetzgebende Gewalt) einem Ephorat\* unterstellen – auch wenn er die Möglichkeit eines naturrechtswidrigen Gesetzesrechts anspricht (Unruh 1983, 251 f., 253). Placidus hatte Rechtswissenschaft studiert, weitere juristische Schriften sind aber nicht bekannt (statt dessen eine von ihm anonym publizierte „Geschichte der deutschen National-Neigung zum Trunke“ von 1782. Er war mit Friedrich Schiller befreundet sowie als Hofbibliothekar und Prof. für Diplomatie und Heraldik tätig [ebd., 252, FN 2; DBE 2001, s.v. *Petersen*]).

Im Verhältnis zu Kant können wir also eine gewisse Umkehrung feststellen: Während bei Kant das Wort „Rechtsstaat“ noch nicht auftaucht, aber in rechtsstaatlicher Manier das Vernunft-Recht bereits über die Gesetze gestellt wird, verwendet Placidus (als Bestandteil eines längeren Wortes) den Ausdruck „Rechts-Staat“, hebt sich aber von der späteren, sogleich darzustellenden Diskussion, die sich durch eine Affinität zur konstitutionellen Monarchie auszeichnet, dadurch ab, daß er anti-monarchistisch für einen „wahren Gemein Staat mit einer wechselnden Stellvertreterregierung“ (zit. n. Unruh 1983, 252) plädierte. Auch finden wir bei Placidus weder Kants (s. oben S. 30) noch Welckers (s. unten S. 36) Askese (zumindest wird eine solche von Unruh nicht erwähnt) noch Mohls Policeystaats-Sympathien (s. unten S. 38).

### **c) Romantik und Wiener Kongreß: Der Rechtsstaat als der „organische, lebendige Staat“ und „Absicherung der ständischen Gesellschaft“**

Als ZWEIFACH zusammengesetztes Kompositum taucht das Wort „Rechtsstaat“ dann erstmals<sup>36</sup> 1809 bei dem Romantiker Adam Müller auf, für den der „Rechtsstaat“ zugleich der „organische, lebendige Staat“ ist: Den UNorganischen Staaten fehle dagegen „das eigentliche Kennzeichen des Lebens, das, was dem Staate Dauer und wahre Haltung gibt, die große Spur der wachsenden Rechts-Idee“.<sup>37</sup> Die „monarchistische Einheit“ war ihm ein positiver Begriff (Unruh 1983, 270).

Laut DBE sind in der Schrift Müllers *Elemente der Staatskunst* die „Grundgedanken der politischen Romantik“ dargelegt: „Gegen die moderne Vertragstheorie setzte er [Müller] die Idee des organisch gewachsenen, Tradition und Gegenwart verbindenden monarchistischen Ständestaats; gegen die moderne Wirtschaftstheorie des (von Müller zeitlebens angefeindeten) Adam Smith propagierte er den Gedanken einer strengen sozialen Bindung des Eigentums.“ Müller (1779 Berlin – 1829 Wien) lehnte die Hardenbergschen Re-

---

\* Im antiken Sparta existierte ein Gremium aus 5 Ephoren (< EPHORAN = beaufsichtigen), die das Recht hatten, den König vor Gericht zu stellen (MS Encarta 1998, s.v. Ephoren). Die Idee, ein solches Gremium einzurichten, wurde VOR Placidus bereits von Althusius (*Politica methodice digesta*, 1603) sowie Placidus' Zeitgenossen J.G. Fichte (*Grundlagen des Naturrechts*, 1796) wieder aufgegriffen (Unruh 1983, 253).

formen in Preußen ab und wurde 1815 in den Stab Metternichs aufgenommen (DBE 2001, s.v. Müller).

Die *Enciclopedia Universal* erwähnt Adam Müller als Ideengeber für das *Sindicato Vertical*, der franquistischen Zwangs-Einheitsorganisation von Unternehmen und Beschäftigten. Dort heißt es unter der Überschrift „Origen“ (Ursprung, Entstehung):

„El Sindicalismo Vertical es una institución propia de las doctrinas corporativistas, de gran importancia en Europa a principios de siglo. Éstas, en suma, defienden la vigencia de los sistemas políticos previos a la Revolución Industrial, donde, según la explicación de Durkheim, no existían conflictos jerárquicos (de clase) sino que cada parte de la sociedad funcionaba como un órgano con respecto a ésta. Desde el declive de la organización estamental hubo diversos intentos de fundamentar su reconstrucción. En Alemania, Adam Müller fue el adalid del corporativismo, y sus teorías fueron puestas en práctica por Metternich. Posteriormente, el testigo del corporativismo fue recogido por la doctrina social de la Iglesia Católica, en el cambio de siglo, que con encíclicas como ‚Rerum Novarum‘ (1891) inspiró la constitución de sindicatos cristianos para hacer frente a los sindicatos socialistas o de clase.“ (Enci. Univ. 2001/2, s.v. *Sindicato Vertical*).

Im Zusammenhang mit dem Freiherrn von Stein und dem Wiener Kongreß findet bei Unruh (1983, 271) des weiteren – ohne eindeutige Quellenangabe und präzise Datierung<sup>38</sup> – die Formel von der „rechtsstaatliche[n] Absicherung der ständischen Gesellschaft“ Erwähnung.

Damit sind bei Müller und im Kontext des Wiener Kongresses bereits wichtige Aspekte angesprochen, die den Rechtsstaats-Begriff in den nächsten Jahren prägen werden: Die Legitimation des Staates unter Berufung auf die „Rechts-Idee“ an und für sich und eine Affinität zur statt ein Bruch mit der „ständischen Gesellschaft“.

#### **d) Welcker/Aretin/Rotteck: Südwestdeutschland auf halb-französischen Pfaden oder doch treu-deutsch?**

Den südwestdeutschen Autoren Welcker und Rotteck wird von unterschiedlicher Seite eine Nähe zum französischen Konstitutionalismus bescheinigt.<sup>39</sup> Ähnliches gilt für Aretin<sup>40</sup>, dessen *Staatsrecht* von Rotteck (s. unten) fortgesetzt wurde. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß dieser Konstitutionalismus im (nicht nur in Preußen, auch) in (Südwest)deutschland abweichenden politischen Kontext anders ‚funktionierte‘ als in Frankreich:

„Im vormärzlichen Deutschland wird d[...a]s Verhältnis von Gesetz und Verordnung nicht durch einen bürgerlichen hegemonischen, ja nicht einmal durch einen einheitlichen ideologischen Erfahrungshorizont zusammengehalten, [...]. Daher ist auch die Bedeutung der restaurativen französischen Charte von 1814 für Frankreich eine ganz andere als für die süddeutschen Staaten, deren Verfassungen sie im allgemeinen als Vorbild gedient hat. Trotz ihrer scheinbar eigenständigen monarchischen Legitimität hatte sie durch den historischen Kontext den Charakter einer zwar restaurativen, aber bürgerlichen Verfassung erhalten, während im süddeutschen Konstitutionalismus gerade diese eigenständige monarchische Legitimität eher die Unentwickeltheit der Widersprüche reflektiert, die in Frankreich zur bürgerlichen Revolution und zu einer ebenso bürgerlichen Restauration geführt haben.“ (Ladeur 1980a, 29). – Dabei sollen die letzten beiden Halbsätze wohl besagen: Weil den süddeutschen Verfassungen

– anders als der Charte keine Revolution vorausging – kam die eigenständige monarchische Legitimität dort viel stärker zum Tragen.

Wie dem auch sei, die nächste Verwendung des Begriffs „Rechtsstaats“ findet sich 1813 beim Juristen Carl Theodor Welcker<sup>41</sup>, wobei aus der Darstellung von Unruh nicht hervorgeht, ob Welcker die vorhergehenden Verwendungsweisen des Wortes (Placidus, Müller) rezipiert hat. Welcker war später Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung, wo er zunächst dem „liberal-konservativen rechten Zentrum (Kasino-Partei)“ und dann der „neuen Gruppierung des ‚Pariser Hofes‘ angehörte (DBE 2001, s.v. *Welcker*); er war der Antragsteller des Beschlusses, dem preußischen König die deutsche Kaiserkrone anzutragen (Brockhaus 2003, s.v. *Welcker*).

Welcker postuliert einerseits, daß das Recht dem (Rechts)staate, dessen Anfänge er in der Zeit der Reformation ausmacht (Mühleisen 1997, 530), vorausgehe: „Es [das Recht] muß [...] notwendig dem Rechtsstaate vorausgehen, weil er nur darauf eine rechtliche Existenz gründen kann“ (zit. n. Unruh 1983, 272). Andererseits ist – anhand der Darstellung bei Unruh – nicht ganz klar, ob dies inhaltlich zu verstehen ist (d.h. ob Welcker ein Wunsch-Recht dem staatlichen Gesetzgeber übergeordnet) oder prozedural in dem Sinne, daß nur solche Gesetze, die auf der „Einwilligung aller“ beruhen (zit. n. ebd., 273), als Recht anerkannt werden; von Schulze-Fielitz-Dreier (1998, Art. 20 GG, RN 13) wird Welcker für einen ‚materiellen‘ Rechtsstaats-Begriff in Anspruch genommen. Für diese Ansicht spricht, daß sich Welcker nicht nur gegen die Alleinherrschaft (= absolute Monarchie?) wendet, sondern auch vor dem „Pöbeldispotismus“ warnt, dem „ja ganze Classen von Bürgern zum Opfer werden können“ (zit. n. Unruh 1983, 273). Hier werden anscheinend vorstaatliche Rechte angenommen, die verletzt werden, wenn Bürger einer ‚despotischen‘ Volksgesetzgebung zum Opfer fallen. In die gleiche Richtung deutet, daß Mühleisen (1997, 530) Welckers Position wie folgt darstellt: Die Vernunft sei ihm „höchstes Gesetz, Recht nur, was sie gebietet“, und der Umstand, daß Welcker in seinen *Letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe* ... den Versuch einer Begründung eines „OBJEKTIVEN Vernunftrechts und Rechtsstaats“ (zit. n. ebd. – Hv. d. Vf.In) unternimmt.

Auch wenn Welcker den Rechtsstaat zugleich als eine „Erziehungsanstalt“ sieht, die wohl „das Unerläßlichst für wahre Tugend und Freyheit der Bürger“ sei (zit. n. Unruh 1983, 273), und er in einem späteren Text die kantische Gegenüberstellung von Vernunftrecht und egoistischen Bestrebungen fortsetzt (Maus 1978a, 19 = b, 17) und sich dabei von dem ‚Materialismus‘ des Engländers Bentham abgrenzt<sup>42</sup>, so akzeptiert er Freiheitsbeschränkungen doch nur, wenn „alle Bürger die durch die Polizeygesetze überhaupt entstandene Beschränkung der Freiheit lieber wollen als die Gefahr der Verletzung“ ihrer Sicherheit (zit. n. Unruh 1983, 274). Und Bäumlín (1987, 2810) bescheinigt Welckers Rechtsstaats-Konzeption – anders als der deutschen Rechtsstaats-Konzeption nach

1848/49 – noch (ähnlich wie die *rule of law*) staatskonstituierend, also den Obrigkeitsstaat nicht bloß nachträglich begrenzend gewesen zu sein, was aber nicht genauer erläutert wird und dazu im Widerspruch steht, daß Welcker nicht von einem Gesellschaftsvertrag zwischen den Individuen ausgeht, sondern die Verfassung als „Vertrag zwischen Volk und Regierung“ ansieht (Mühleisen 1997, 528), was impliziert, daß die Regierung dem Verfassungsvertrag vorgängig ist.

1823 identifiziert Johann Christopf von Aretin<sup>43</sup> den „Rechtsstaat“ mit der konstitutionellen Monarchie, da nur diese das Problem zu lösen vermag, „wie die nothwendige Gewalt der Regierung mit der möglichsten Freiheit der Staatsbürger zu vereinen“ sei (zit. n. Unruh 1983, 251). Die Konstitution (Verfassung) dieser konstitutionellen Monarchie muß dabei nach Aretin nicht einmal eine Volksvertretung vorsehen. Erst 1838 setzt Karl von Rotteck in seiner Neubearbeitung des Werkes von Aretin hinzu, daß es „zur Herstellung eines wahren Rechtszustandes unumgänglich notwendig ist, daß das Volk mittels frei gewählter Repräsentanten die Regierungs-Gewalt kontrolliere, beschränke oder [!, d. Vf.In] sich mit ihr in das Geschäft, der Ausdruck des wahren Gesamtwillens zu seyn, theile [!, d. Vf.In]“ (zit. n. ebd., 251, FN 1). Ein Gesetzgebungsmonopol der Volksvertretung, geschweige denn eine republikanische Staatsform, oder auch nur eine Monarchie mit parlamentarischer Regierungsbildung ist also auch hier (vorerst) nicht vorgesehen, sondern allenfalls perspektivisch denkbar, soweit die Philosophen ihr paternalistisches Erziehungswerk am Volk erfolgreich vollziehen (vgl. oben S. 31 schon die Konzepte Kants):

„Gefahren für das Gemeinwesen und die Freiheit liegen [nach Rotteck] nicht nur im Machtmißbrauch einer vom Volke abgelösten Regierung, sondern ebenso in der Inkompetenz des Volkes und seiner politischen Vertreter. Beide gilt es durch institutionelle Mechanismen, durch den Dualismus von Krone und Parlament, zu vermeiden. [... Dies] ist aber nicht das letzte Wort. Während man stets vom Machtmißbrauch der Regierung ausgehen kann, ist die Inkompetenz des Volkes und seiner Vertreter eine beeinflussbare Größe. In dem Maße, wie durch Erziehung das Volk zu höherer Reife gelangt, wird der Dualismus entbehrlich, die Volkssouveränität unmittelbar realisierbar.“ (Göhler 1997a, 414).

Diese Verbindung von Rechtsstaat und konstitutioneller Monarchie wird im ganzen weiteren 19. Jahrhundert von keinem der Autoren, die in heutigen Standardwerken als Ahnherrn des Rechtsstaats genannt werden, infragegestellt, und auch später geht der Rechtsstaat im dominierenden Diskurs keine Verbindung mit der Demokratie ein, sondern fungiert weiterhin als deren Begrenzung und Gegengewicht.

#### **e) Begriffsprägung durch Robert von Mohl: Der „Rechtsstaat“ nimmt den „Polizeistaat“ in sich auf**

Als begriffsprägend für den Rechtsstaat wird dann üblicherweise Robert von Mohl mit seinem *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* (1. Teil: Das Verfassungsrecht, 1829) angesehen.<sup>44</sup> Mohl (1799 - 1875) gehörte 1848/49 dem linken Zentrum der Frankfurter

Nationalversammlung an (DBE 2001, s.v. *Mohl*; Scheuner 1979, 12), was ihn nicht hinderte, dort als „entschiedener Gegner der radikalen Linken“ (Scheuner 1979, 6) zu agieren; zugleich war er Reichsjustizminister (DBE 2001, s.v. *Mohl*; Scheuner 1979, 12). 1874/75 war er Mitglied des Reichstages (DBE 2001, s.v. *Mohl*), wo er sich – wenn auch zögernd – der Nationalliberalen Fraktion anschloß (Scheuner 1979, 2).

Mohl ist es – im Gegensatz zu Welckers (vgl. auch Scheuner 1979, 17 mit FN 63) zwar nicht demokratischer, aber immerhin freiheits-orientierter Konzeption, die Unruh (1983, 274) als „wenig ausgewogen“ erscheint, – unter dem Namen „Rechtsstaat“ um eine Integration von „Rechts- und Polizei-Staat“ zu tun, und so sollte der Rechtsstaat (laut Mohl) auch besser genannt werden (zit. n. Unruh 1983, 275). Praktisch bleibt es bei einer Beibehaltung des Rechtsstaats-Begriffs, der den Polizeistaat in sich aufnimmt (diese Integration von „Rechts- und Polizei-Staat“ führt bei Mohl zur Befürwortung eines erheblichen Staatsinterventionismus; s. dazu sogleich auf S. 40).

Diesen Rechtsstaat sieht er wohl im Königreich Württemberg des frühen 19. Jh.s als verwirklicht an<sup>45</sup>, und so ist für ihn der Rechtsstaat (auch wenn er dessen Verbindung mit Demokratie und Aristokratie ebenfalls für möglich hält [Unruh 1983, 275]) doch „namentlich [...] die Einherrschaft mit Volksvertretung“ (ebd., 276; vgl. Maus 1978a, 24 = b, 22; Ladeur 1980a, 52), also die konstitutionelle Monarchie, wobei ihm auch die Existenz eines – „dem konkreten württembergischen Verfassungszustand entlehnten“ (ebd. a, 70, FN 70 = b, 69, FN 70) – Staatsgerichtshofs als wichtig erscheint (ebd., 277; vgl. Scheuner 1979, 9). Später bekräftigt er in seiner *Encyklopädie der Staatswissenschaften* (1872<sup>2</sup>, 342 f.), daß es **UN**begründet sei anzunehmen, „daß die Volksherrschaft allein des Menschen würdig sei. Des vernünftigen Menschen würdig ist es, die besten Mittel für seine Zwecke zu wählen und nötigenfalls selbst auf eine Freiheit zu verzichten, wenn dies die Bedingung des wichtigeren Vortheils ist“ (zit. n. Unruh 1983, 279).

Daß nunmehr Schluß mit jeder auch nur ansatzweisen Frankophilie ist, hatte er bereits in seinem *Staatsrecht* klargestellt,<sup>46</sup> wo er der Hoffnung Ausdruck verlieh, daß

„die richtige Ansicht nach und nach bei dem jüngeren Geschlecht durchdringen und die dürre, beschränkte französische Rechtsphilosophie aus den Staatswissenschaften vertreiben“ werde (zit. n. Unruh 1983, 274, FN 52).

Er bescheinigt Welcker u.a. dafür „die Bahn gebrochen“ zu haben, was zumindest insofern wahr ist, als Welcker den „Rechtsstaat“ als „Staat der Vernunft“ definierte<sup>47</sup>, und so – wie wir oben bereits sahen – die kantianische Tradition der Überordnung des Vernunft-Rechts über die Gesetze fortsetzte. – Auch vom Individualismus grenzt sich Mohl ab und behauptet statt dessen eine „prästabilierte Harmonie zwischen Einzel- und Gesamtzwecken“ (Maus 1978a, 26 = b, 24) und sieht den Staat als „einheitlichen Organismus des Gesamt-Volkslebens“<sup>48</sup>. Er ordnet „die gesellschaftlichen Ordnungen als durch Gemeinsam-

keiten gebildete Lebenskreise zwischen Individuum und dem umfassenden Organismus des STAATES in dessen ALLE KREISE DES VOLKS ZUSAMMENFASSENDE HÖHERE EINHEIT ein“ (Scheuner 1979, 16 - Hv. d. Vf.In).

Mohls Integration von Rechts- und Polizeistaat schließt – gemäß dem damaligen weiten Polizei-Begriff – einen gewissen staatlichen Interventionismus ZUR DURCHSETZUNG UND AUFRECHTERHALTUNG DER KAPITALISTISCHEN PRODUKTIONSWEISE („Erbauung von Landstraßen und Kanälen in gewerbereichen Gegenden“<sup>49</sup>) bei gleichzeitigen Zwangsmaßnahmen (Arbeitshäuser, Eheverbote, Zwangsauswanderung etc.) gegen die ‚Klasse der Proletarier und Dürftigen‘ ein (s. Maus 1978a, 27 f. = b, 25 f.; vgl. Scheuner 1979, 19). Diese materielle (hier hatte es dann sogar Sinn, den Begriff ohne Anführungszeichen zu verwenden) Klassen-*bias* ist NICHT NUR eine POLITISCHE Vorliebe des Autors Mohl, SONDERN (im Gegensatz zur parlamentarischen Regierungsbildung; s. unten S. 39) DEFINIENS SEINES RECHTSSTAATS-BEGRIFFS. Da Mohls Rechtsstaats-Begriff also nicht (nur), durch die Garantie bestimmter Verfahrensrechte, sondern inhaltlich definiert ist, macht die herrschende Lehre bei ihm zurecht einen „materiellen staatsrechtlichen Begriff“ (Schulze-Fielitz-Dreier, 1998, Art. 20 GG, RN 12) des Rechtsstaats aus. Ähnlich spricht Scheuner (1979, 8) von Mohls „Konzeption des Rechtsstaats als einer materiellen“; vom „materialen Rechtsstaatsgedanken“ (14) sowie vom „materialen Gedanken des Rechtsstaates“ (16) bei Mohl und einer „Abstellung auf [den] Zweck des Handelns des Staates“ (18). Und bei Böckenförde heißt es:

„Es ist für diesen frühen Rechtsstaatsbegriff charakteristisch, daß er sich nicht auf die Alternative materieller oder formeller Rechtsstaat reduzieren läßt.“ (Böckenförde 1969, 69).

Auf Seiten der KritikerInnen der herrschenden Lehre fällt die Einschätzung, bei Ingeborg Maus (1978a, 19 = b, 17), etwas vorsichtiger aus: Bei Mohl existiere der „spezifische deutsche substantialisierte Rechtsbegriff noch in gleichsam verborgenen Momenten“.

Dieser ‚materielle‘ Rechtsstaats-Begriff hatte in Anbetracht der seinerzeitigen Zusammensetzung des Parlaments noch keine Konsequenzen in der politischen und justiziellen Praxis (s. schon das oben, S. 32 angeführte Bäumlín/Ridder-Zitat): „das Vertrauen in die an der Gesetzgebung beteiligte Volksvertretung [ist] aufgrund ihrer Zusammensetzung noch ungebrochen“ [Maus 1978a, 23 = b, 21]). So richtete sich die „Juridifizierung der Politik“ bei Mohl zunächst nur gegen die Exekutive (a, 24 = b, 22). Dennoch ist es bezeichnend für die deutsche Entwicklung, daß Mohl die Lösung nicht in einer parlamentarischen Kontrolle und Verantwortung der Regierung sucht (auch, wenn er dies kurzzeitig erwägt und später wieder verwirft<sup>50</sup> – jedenfalls ist sie nicht Definiens seines Rechtsstaats-Begriffs, sondern akzidentiell Merkmal, das hinzukommen kann oder auch nicht<sup>51</sup>). Vielmehr sieht er die Lösung in der Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit (a, 23 = b, 21),

während der nach der Französischen Revolution geschaffene Staatsrat gerade KEINE Vorstufe von VerwaltungsGERICHTSbarkeit war, sondern gerade der ABWEHR von Übergriffen der Justiz auf die Politik diente (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 12). (Entsprechend stellt Blankenburg [1980, 94] im deutsch-us-amerikanischen Vergleich [im Anschluß an Scharpf 1970] fest, daß die starke Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland nur ein schwaches Substitut einer politisch-parlamentarischen Kontrolle der Verwaltung sei: Die „richterliche Nachprüfung von Verwaltungsentscheidung“ stellt „gegenüber einer sich politisch legitimierenden Verwaltung eher eine Verringerung der Kontrollmöglichkeiten dar“ [94].)

Blieb auch der Gesetzgeber von Mohls Juridifizierung der Politik zunächst unbehelligt, so war nach Scheuner (1979, 3) Mohls Befürwortung des Staatsinterventionismus dagegen umso folgenreicher:

„Ohne die Vorarbeit liberaler Denker wie Robert von Mohl und auch Lorenz von Stein, natürlich auch nicht ohne die Entstehung der sozialistischen Bewegung wäre die Sozialpolitik des Bismarckschen Reiches nicht denkbar.“ Denn Mohl habe „niemals die Zurückdrängung des Staats aus einer gestaltenden Rolle im gesellschaftlichen Leben geteilt, die der herrschenden [?! – wo? in Deutschland?, d. Vf.In] liberalen Anschauung entsprach und auch die frühe sozialistische Gedankenwelt kennzeichnete.“ (1).

„Mohl entwickelte einen Begriff des Rechtsstaats, [...] d[er] dem Staat eine weite gestaltende [...] Tätigkeit beließ. [...] Er leite den Rechtsstaat aus einer Bestimmung des Staatszweckes ab; [...]“ (17). „Sein Staat sollte ein aktiver, handelnder sein, er sollte das Volksleben tätig in seinen Bezügen und Interessen fördern, nur dort sich zurückhalten, wo die Kräfte DES BÜRGERTUMS selbständig zur Erreichung der gesetzten Ziele ausreichten.“ (19). „Aus der Polizeiwissenschaft wird [bei Mohl] eine Verwaltungslehre, die unverkennbare Züge einer kräftigen Staatsgesinnung enthält. [...] seine Bedeutung [liegt] in der Abweisung liberaler Staatsfremdheit.“ (30).

Scheuner (1979, 19) schreibt Mohl trotz alldiesem Etatismus eine „Abkehr von der älteren patriarchalischen Gestaltung des gesamten Volkslebens durch den aufgeklärten Fürstenstaat“ zu. All das, was Scheuner beschreibt PLUS Nicht-Insistieren auf eine parlamentarische Regierungsbildung PLUS Ablehnung des allgemeinen Wahlrechts ist aber Paternalismus. Es geht allemal nicht um die Selbstbestimmung der ‚Klasse der Proletarier und Dürftigen‘ (s. oben S. 39), aber auch das Verhältnis zwischen Staat und (Voll)-Bürgern wird als ein Verhältnis der väterlichen (oder wäre es passend, „der elterlichen“ zu schreiben?) Hilfe konzipiert: Polizei (im damalige weiten Sinne) trage bei Mohl einen „unterstützenden, helfenden Charakter“; Mohl habe die „helfende Rolle des Staates betont“ und die ‚Lehren von Adam Smith in machen Punkten kritisiert‘ (Scheuner 1979, 19, 23). Die „Sorge vor der Herrschaft der Masse“ und das „Eintreten für die Herrschaft der Befähigten“ trat bei Mohl „besonders stark hervor“ (Scheuner 1979, 25 unter Hinweis auf Mohl, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, 1872<sup>2</sup>, 238 ff.). Ist das nicht „patriarchalische Gestaltung des gesamten Volkslebens durch den aufgeklärten Fürstenstaat“?!



### **f) Zwischenresümee: Der Rechtsstaat als liberal-konservative Fusion von ‚Rechts-Idee‘ und ‚Staats-Idee‘**

Der vorherrschenden Ansicht, daß bereits der frühe deutsche Rechtsstaats-Begriff ‚materiell‘ geprägt ist, ist also durchaus zuzustimmen. Ob diese Feststellung mit einer affirmativen Bewertung verbunden wird, wird aber vom politischen Standpunkt des jeweiligen Betrachters / der jeweiligen Betrachterin abhängen. Es zeichnen sich jedenfalls schon jetzt folgende Kontinuitätslinien ab:

- dem deutschen Idealismus gemäß, die Hypostasierung einer Idee: paradoxerweise (?) bei dem ‚liberalen‘ Kant des „Staat[es] in der Idee“ (s. oben S. 29) und bei dem konservativen Müller der „Rechts-Idee“ (s. oben S. 34) (zur „Anrufung einer dem individuellen Willen vorausgesetzten Staats- und Rechtsidee“ vgl. auch Ladeur 1980a, 47 f., 49).
- eine weitere Kontinuitätslinie von Müllers „organische[m], lebendige[m] Staat“ (s. oben S. 34) zu Mohls Staat als „Organismus“ (s. oben S. 38)

sowie

- vom Fehlen einer scharfen „Frontstellung [des deutschen Naturrechtsdenkens] zum Staat“ (s. Endnote 5 a.E.) über Kants schon erwähnten „Staat in der Idee“ bis hin zu Mohls „kräftige[r] Staatsgesinnung“ (s. oben S. 40), die sich bspw. in Schmitts Diktum, „das Recht ist unser Lebenselement. [...] dem Staat [sind wir] verpflichtet“ (s. unten S. 59) und der rechtsstaatlichen Sorge des Bundesverfassungsgerichtes um die ‚Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege‘ (s. unten S. 69) fortsetzen wird.
- von Welckers Ablehnung des „Pöbeldispotismus“ (s. oben S. 36) zu Mohls Ablehnung des allgemeinen Wahlrechts (s. Endnote 51).
- und schließlich eine Abgrenzung vom Westen: von Welckers Ablehnung des ‚Materialismus‘ des Engländers Bentham (s. oben S. 36) über Müllers (s. oben S. 34) und Mohls (s. oben S. 40) (selbstverständlich nicht sozialistische) Ablehnung der liberalen Wirtschaftstheorie des Adam Smith bis hin zu Mohls Ablehnung der „dürre[n], beschränkte[n] französische Rechtsphilosophie“ (s. oben S. 38).

### **2. Zwei Wenden in einer: Vom 19. zum 20. Jahrhundert und vom ‚materiellen‘ Rechtsstaat zum formellen?**

Weitaus kritischer – auch bereits in analytischer Hinsicht – ist allerdings die Geschichte von Verfall und Wiederaufstieg des ‚materiellen‘ Rechtsstaats-Begriffs, den uns die herrschende Lehre für die Folgezeit erzählt, zu betrachten. So heißt es bei Scheuner (1979, 18):

„Im Anschluß an Stahl, aber auch an Bähr und Gneist, entstand ein Rechtsstaats-Begriff, der die formalen Elemente, die Gesetzesbindung und den individuellen Rechtsschutz in den Vordergrund rückte und aus dem Staat ein Systems formaler Legalität machte.“

Schon zehn Jahre zuvor schrieb Böckenförde:

„Der Rechtsstaatsbegriff in dieser [materielle Elemente einschließenden] Ausprägung hat das politische Denken des Bürgertums und ebenso das konstitutionelle Leben in der Vormärzzeit und noch darüber hinaus nachhaltig bestimmt. Die weitere Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs im 19. Jh. steht indessen im Zeichen der Reduktion auf einen sog. formellen Rechtsstaatsbegriff.“ (Böckenförde 1969, 150; dies relativierend wird von Böckenförde [1992, Sp. 335] allerdings nunmehr erkannt, daß der formelle Rechtsstaats-Begriff „in den letzten Jahren [der Weimarer Republik] zunehmend der Kritik ausgesetzt“ war).

Von Schultze-Fielitz-Dreier (1998, Art. 20 GG, RN 13) wird diese vorherrschende Auffassung zu der nicht näher erläuterten und mit einer falschen Berufung auf Bäumlin/Ridder abgestützten These zugespitzt, daß gerade die Formalisierung im Gegensatz zur Demokratie stehe\*:

„Dieses inhaltliche Verständnis vom Rechtsstaat wurde in der weiteren Diskussion tendenziell zugunsten von eher formellen Prinzipien modifiziert, die den Rechtsstaatsbegriff in einen Gegensatz zur Demokratie gebracht haben.“

Vom Brockhaus wird diese Version der Geschichte wie folgt kanonisiert:

„Negativ fiel [...] die Formalisierung und die damit einhergehende Verengung des Rechtsstaats-Verständnisses ins Gewicht, [...]“ „Da die Verfassung [der Weimarer Republik] nicht über der Legislative, sondern zu deren Disposition stand, galt die Maxime, dass der selbstherrliche Gesetzgeber bei Beachtung der erforderlichen Mehrheiten jedes Vorhaben ohne Unterschied des Inhalts und der politischen Tragweite beschließen konnte, auch die Aufhebung der Verfassung selbst.“ Schließlich habe das „nationalsozialistische Regime [...] den Rechtsstaat in Deutschland“ zerstört; nach dem NS sei der Staat dann durch das GG „unter den Primat des Rechts und der sittlichen Idee der Gerechtigkeit gestellt“ worden. „Die Entscheidung für den Rechtsstaat als elementares Verfassungsprinzip ergibt sich aus der Gesamtschau der Normen“ des Grundgesetzes. (Brockhaus 1998, s.v. *Rechtsstaat*, S. 132).

Prüfen wir also die Fakten.

### **a) 1848/49 – ein Einschnitt in der Geschichte des Rechtsstaats-Begriffs?**

Nach Ansicht von Bäumlin (1987, Sp. 2810) erfährt der deutsche Rechtsstaats-Begriff „[s]eine eigentliche Prägung [...] mit dem Scheitern des deutschen politischen Liberalismus als staatsgestaltende Kraft“. Nach dem Mißlingen der Revolution von 1848 arrangiert

---

\* Bäumlin/Ridder-AK-GG (1984, Art. 20 Abs. 1-3 III) zeigen aber an der angegebenen Stelle (RN 15 ff.) vielmehr, daß es gerade die ‚materiellen‘ Elemente des Rechtsstaats-Begriffs sind, die diesen im Gegensatz zum ‚Volksstaat‘ (J. v. Stahl) (RN 16) bringen, die in der Weimarer Republik als ‚Gegenbewegungen‘ gegen ‚parlamentarisch-demokratische Gesetzgebungsbedingungen‘ fungieren (RN 21) und den nationalsozialistischen Rechtsstaats-Begriff charakterisieren (RN 24, 25). In RN 18, 21 wird lediglich gesagt, daß es bis Mitte der 20er Jahre des 20. Jh.s an einer ‚THEORIE des ‚materiellen‘ Rechtsstaats‘ (Hv. d. Vf.In) fehlte, aber nicht, daß deren Gegenstand (noch nicht oder nicht mehr) gegeben gewesen sei.

sich der deutsche Liberalismus – auch aus Angst vor der beginnenden Artikulation der Unterschichten – mit dem Obrigkeitsstaat (ebd.). Folglich begründet der deutsche Rechtsstaat – anders als die britische *rule of law* (s. oben S. 20) und anders auch als die französische Konzeption – keine neue bürgerlich dominierte Staatsform:

Die „rechtsstaatliche Trennung von Staat und Gesellschaft, wie sie noch das Verfassungsdenken des Bismarck-Reiches bestimmte, ist keineswegs gleichbedeutend mit dem Verzicht auf die Repräsentanz des Bürgertums in den Staatsapparaten selbst, vielmehr besteht ihr entscheidendes Charakteristikum darin, daß die Existenz des Staates und die Eigenständigkeit seiner Legitimation – im Gegensatz zu den französischen Vertragstheorien – nicht in der Neubegründung eines bürgerlichen Staates aufgehoben wird.“ „Die bürgerlich-individualistischen Ursprungs- und Vertragsideologien, die den Staat im Willen der Individuen als einen bürgerlichen NEU zu konstituieren beanspruchten, fanden eine ungünstige Basis in Deutschland.“ (Ladeur 1980a, 64, 44 – Hv. i.O.).

Der bestehende Obrigkeitsstaat wird also in Deutschland nicht durch eine Neugründung (Revolution) abgelöst, sondern „durch den Rechtsstaat bloß nachträglich begrenzt“ (Bäumlin 1987, Sp. 2811; vgl. auch Ladeur 1980a, 41: „negatorische Abwehr“, nicht „dominierend“).<sup>52</sup>

Ähnlich hatte Bäumlin schon 1984 zusammen mit Ridder formuliert:

„Die weitere Entwicklung des deutschen Rechtsstaatsgedankens wird durch das Scheitern des politischen Liberalismus als staatsgestaltende Kraft bestimmt. [...]. Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie bestätigt das monarchische Prinzip, wonach die durch den Monarchen dargestellte Staatsgewalt vor der Verfassung besteht, die, als oktroyierte Verfassung, die Staatsgewalt nicht konstituiert, sondern nur beschränkt, [...]. In diesem Sinne, als Beschränkung der im Verhältnis zur Verfassung präexistenten Staatsgewalt verstanden, wird der Rechtsstaat zur Restforderung resignierter (und/oder ‚realistischer‘?) Liberaler, die mit ihren ursprünglich weitergehenden politischen Forderungen gescheitert sind (für ihre Restforderung später aber auch beträchtliche Erfolge verbuchen und sich als ‚nationalliberale‘ Parlamentsfraktion unentbehrlich machen können).“ (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 15).

Auch MacCormick (1984, 66) vertritt die These: „Eine gründliche Analyse des Unterschieds zwischen den Theorien der *rule of law* und denen des Rechtsstaats müßte dem Scheitern der Revolution 1848 [...] besondere Aufmerksamkeit schenken.“ (Den Unterschied sieht MacCormick dabei darin, daß es in DEUTSCHLAND darum ging, „verbrieftete Rechte“ der Bürger GEGEN den Staat [einschließlich des PARLAMENTS] zu konstruieren, während die Bürger in ENGLAND ihre Interessen gerade durch die SOUVERÄNITÄT DES von ihnen gewählten PARLAMENTS gesichert sahen.)<sup>53</sup>

Und ähnlich formuliert auch der Brockhaus:

„Die weitere Entwicklung des Rechtsstaats wird durch den historischen Kompromiß nach dem Scheitern der Revolution von 1848/49 bestimmt, der zwischen dem nun politisch resignierenden Bürgertum und einem Staat zustande kam, der zwar dem liberalen Bürgertum die Konstitution und eine begrenzte Mitwirkung an der Politik in den Parlamenten zugestehen mußte, aber seine Machtfülle im wesentlichen behielt.“ (Brockhaus 1998, s.v. *Rechtsstaat*, S. 131).

In Anbetracht dessen, daß die Ideen Kants und die bis dahin mit dem Wort Rechtsstaat – zumindest bei Müller, Aretin und Mohl; bei Welcker und Rotteck nur geringfügig anders – verbundenen Ideen nicht gerade ungestüm waren, bleibt bei allen diesen Formulierungen unklar, auf welche Forderungen sich das Resignieren denn wohl bezogen haben mag bzw., warum in Bezug auf den Rechtsstaats-BEGRIFF 1848/49 einen Einschnitt darstellen soll.

Wenn Bäumlín formuliert, der Rechtsstaats-Begriff habe „[s]eine eigentliche Prägung [...] mit dem Scheitern des deutschen politischen Liberalismus als staatsgestaltende Kraft“, d.h. nach 1849, erfahren, so wird dies wohl besser so zu reformulieren sein: Mit dem Scheitern der 1848er Revolution, in der DemokratInnen und RepublikanerInnen marginal blieben, steht fest, daß die Geschichte in den folgenden Jahren den Weg gehen wird, der in dem Rechtsstaats-Konzept als Programm vor-formuliert worden war. Die erhebliche Kontinuität für die Zeit vor und nach 1848 betont auch Ladeur (1980a, 53):

„Das liberale Bürgertum war vor und nach 1848 bereit, den autoritären monarchischen Staat zu akzeptieren, wenn er die Grenze des ‚Rechtsstaats‘ [...] achtet.“

***b) Nach dem Scheitern der 1848er Revolution: Konservativ oder nationalliberal – is’ egal; Stahl oder Gneist – ein Geist***

So ist denn nach 1848 der ‚materielle‘ Rechtsstaats-Begriff des liberalen Robert von Mohl bei dem konservativen Julius von Stahl in besten Händen:

„Mohls liberaler Ausgangspunkt [...] hatte Konsequenzen, wie sie nur im Kontext konservativer Staatstheorien geläufig sind. Erst recht ist, was speziell die Konzeption des Rechtsstaatsprinzips betrifft, die große Affinität der genuin konservativen Theorie Friedrich Julius Stahls zu der Mohls augenfällig.“ (Maus 1978a, 29 f. = b, 27 f.)

Denn jedenfalls eines ist an den obigen Formulierungen klar und nicht zu bestreiten: Der überkommene Obrigkeitsstaat wird durch den Rechtsstaat nicht infragegestellt, sondern nur begrenzt; SPÄTESTENS nach 1849 arrangieren sich in Deutschland Liberalismus und Obrigkeitsstaat. So ist es kein Wunder, daß Mohls „Rechts- und Polizei-Staat“ und Welckers Ablehnung des „Pöbeldispotismus“ dem Konservativen Stahl keine Distanzierung vom Rechtsstaats-Begriff abverlangen.

Der Obrigkeitsstaat, der, wie dargestellt, vom Rechtsstaat assimiliert wird (oder diesen assimiliert), ist nach der Auffassung von Julius Stahl der „naturgemäße Anfang“, der zwar nach und nach überwunden werden muß, ohne allerdings zur „absoluten Verirrung“ eines Volksstaates führen zu sollen:

Der Rechtsstaat steht „im Gegensatz vor Allem zum patriarchalischen, zum patrimonialen, zum bloßen Polizey-Staate [...], er steht nicht minder aber auch im Gegensatze zum Volkstaate (Rousseau, Robespierre), [...], in welchem das Volk die vollständige und positive politische

Tugend von Staatswegen jedem Bürger zumuthet und seiner eigenen sittlichen Würdigung gegenüber keine rechtliche Schranke anerkennt“ (Stahl 1856, 138; zur Abgrenzung Stahls von der Frz. Revolution s. auch: Preuß 1993b, 192 - 194).

Folglich ist das Recht „der Beruf des Volkes nur“, soweit es „Gottes Weltordnung“ (Stahl 1854, 196) wahr – wozu auch die Anerkennung des Privateigentums, die Anerkennung dessen, „was der Nächste durch Gottes Fügung empfangen“ hat (374), gehören soll.

Nach dieser sittlich-religiösen Fundierung des Rechts(staats)begriffs durch Stahl ist eine formelle Deutung seiner berühmten Definition des Rechtsstaats als einen solchen, der „die Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmt[t]“, und sein Abstellen auf „Art und Charakter“, mit der der Staat seine Ziele durchsetzt, (137 f.) nicht möglich. Stahl geht es nicht nur um die RechtsFÖRMIGKEIT der Bestimmung der „Sphäre [d]er Bürger“, sondern die „sittliche Würdigung“ ist diesem Rechts(staats)-Begriff immanent.<sup>54</sup>

„Wenn [...] Stahl [...] fordert, daß das Recht in ‚seiner wahren Bedeutung‘ mit den inhaltlichen Geboten von Moral und Sittlichkeit zusammenfalle, das Recht die ‚Lebensordnung des Volkes zur Erhaltung von Gottes Weltordnung‘ und die Rechtspflege die Realisierung der Idee der Gerechtigkeit seien, so erfährt das Rechtsstaatsprinzip selbst eine materiale Aufwertung.“ (Maus 1978a, 31 = b, 29; für eine ausführliche Diskussion von Stahl s. ebd., a, 30 - 36 = b, 28 - 34 [bes. a, 34 f. = b, 32 f.] sowie a, 41 = b, 39 bei FN 171 zur Argumentationsfigur der „Natur der Sache“ bei Stahl).

Böckenförde (1969, 151) sieht – auf einer Linie mit seiner These von der Formalisierung des Rechtsstaats-Begriffs im ausgehenden 19. Jh. (s. oben S. 42) – in Stahls Rechtsstaats-Definition ein „mäßiges und insofern, wenn man will, ‚unpolitisches‘ FORMELEMEN- T“ (Hv. d. Vf.In). Dessen durchaus politischer (oder ‚materieller‘ oder sittlicher) Sinn liegt aber (nicht nur in der Überwindung des alten Polizey-Staates, sondern – wie wir gesehen haben – auch) in der Abwehr des „Volksstaates“, eines Staates, in dem der vom Volk gewählte Gesetzgeber keiner „rechtliche[n] Schranke“ unterliegt. Wir haben es also auch bei Stahl mit einem ‚materiellen‘ Rechtsstaats-Begriff zu tun, der einen „Qualitätsmaßstab“ (s. oben S. 22) in den Rechts-Begriff einbaut.

Soweit Stahl einsieht, daß die „weltliche Ordnung [...] nicht von der göttlichen Ordnung abgeleitet“ werden kann (was er mit der Fehlbarkeit der Menschen begründet) (Göhler 1997b, 472), und bei einem gewissen „Rechtspositivismus“ landet, so ist dies kein Gesetzespositivismus, der die je unterschiedlichen Entscheidungen eines demokratischen Gesetzgebers akzeptiert, sondern auf den politischen *status quo* seiner Zeit bezogen:

„Gerechtfertigt ist eine Beibehaltung der ständischen Gliederung der Gesellschaft und die Herausstellung des Adels. [...]. Die Reichsstände sind Eliten, die das Volk in seiner ständischen Gliederung repräsentieren. Gesetzesvorlagen bedürfen ihrer Beratung und Zustimmung, können aber von ihnen selbst nicht eingebracht werden. Das Ergebnis [Stahls Rechtsphilosophie], der konservative Konstitutionalismus, hat bis zum Ende des Kaiserreichs Bestand gehabt, auch der Liberalismus konnte beträchtlich eingebunden werden.“ (Göhler 1997b, 473 f.)

Auf der gleichen Linie liegt der Rechtsstaats-Begriff von Rudolf von Gneist, wie Mohl ein Politiker des linken Zentrums der Frankfurter Nationalversammlung und ein Nationalliberaler des Kaiserreichs, und anderen Autoren, die allesamt – u.a. zwecks Abwehr damals noch bestehender Ambitionen der Sozialdemokratie zur Transformation des kapitalistischen Systems – eine Parlamentarisierung des politischen Systems **AUSSCHLIEßEN** (Bäumlin 1987, Sp. 2812). So wird der Rechtsstaats-Kompromiß von Gneist (1879, 33) als eine Rückkehr „zu einer gesunden ‚Realpolitik‘“ verstanden, die die früh-liberalen „Excesse der Volkssouveränität“ überwindet. „Es liegt in dem Wesen der Gesellschaft, dass aus gewaltsamen Bewegungen wie denjenigen der französischen Revolution und ihrer Nachfolger, jener Sinn der Selbstbeherrschung nicht hervorgeht, den wir als Charakterzug des Rechtsstaats anzusehen haben.“ (233 – Hv. getilgt).

Auch hier bleibt es also bei der Funktion des Rechtsstaats, Volkssouveränität zu limitieren. Zu diesem Zwecke bedarf es eines ‚materiellen‘ Rechts, das über den Gesetzen steht, und dieses ist auch am Ende des 19. Jahrhunderts nicht verschwunden.\* Dies wird unter der Hand auch bei Böckenförde deutlich, wenn

- er über Stahls Konzeption eines „sittlichen Reiches“ (152) berichtet,
- Bährs und Gierkes Forderung, der Staat solle sich „ins Recht“ stellen (154; s.a. 1992, Sp. 334), was ggf. durch ein Verfassungsgericht zu bewirken sei (1969, 155) und was etwas **ANDERES** ist als parlamentarische Rechtssetzung (vielmehr wird ‚das Recht‘ von Bähr **VORAUS**gesetzt; nur dann kann sich der Staat „ins Recht“ stellen statt es zu setzen; vgl. unten S. 146 zur gleichlautenden Formulierung von Leibholz aus dem Jahre 1977), erwähnt

und

schließlich schreibt: seine „theoretische Reduktion und [...] formell-juristische Präzision“ erhalte der Rechtsstaat erst bei Anschütz (ebd.; vgl. 1992, Sp. 334). Das heißt: Vor Anschütz gab es **KEINEN** formellen Rechtsstaats-Begriff!

Daß es vor Anschütz keinen formellen Rechtsstaats-Begriff gab, legt auch die insoweit treffende Unterscheidung, die Grawert (1992, Sp. 236) im *Historischen Wörterbuch der Philosophie* vornimmt, nahe. Grawert unterscheidet dort zwischen einerseits einem sog. „wissenschaftlichen“ oder „begriffsrealistischen“ Rechtspositivismus von Laband u.a. sowie andererseits einem „normativen Rechtspositivismus“ bei Kelsen und einem „Gesetzespositivismus“ bei Anschütz und Thoma als „Spitze“ des Rechtspositivismus. Wenn erst Anschütz und Thoma die „Spitze“ des Rechtspositivismus darstellen, dann lassen sich

---

\* Weiterhin geht es allerdings v.a. um die Schaffung von Rechtsschutz gegen die Regierung (deren Parlamentarisierung weiterhin **NICHT** gefordert wird), dem Gesetzgeber wird weiterhin weitgehend vertraut (zu Stahl s. Maus 1978a, 28 = b, 30), denn noch kommen Gesetze nur mit Zustimmung der im Bundesrath repräsentierten monarchischen Regierungen der Einzelstaaten zustande (Art. 5, 6 Verf. 1871). – Dieses Vertrauen wird mit der in der November-Revolution erfolgenden Ausrufung der Republik wegfallen (s. dazu unten S. 51 ff.).

folglich bei Laband & Co. erst ANSÄTZE von Positivismus finden. D.h.: Der Rechtspositivismus ist bei ihnen noch nicht voll entwickelt. Die Ansätze von Positivismus, die bei Laband u.a. vorhanden sind, sind nicht – wie bei Anschütz' und Thomas „Gesetzespositivismus“ – juristisch auf die einzelnen parlamentarischen Gesetze, sondern politisch auf die Ordnung des Kaiserreichs bezogen. Ein Positivismus, der nicht auf Gesetze bezogen ist, hat keinen formellen Rechts-Begriff (Recht = Gesetz) und folglich auch keinen formellen Rechtsstaats-Begriff.

### **c) Die Positivismus-Legende**

So findet sich selbst bei einem ‚Positivisten‘ wie Mayer, eine Bekenntnis zur Existenz ‚allgemeiner Rechtsideen‘, die in „den Mannigfaltigkeiten des wirklichen Rechts zur“ bloßen „Erscheinung und Entfaltung kommen“ (Mayer 1914, 58 et passim). D.h.: Auch für Mayer sind die wirklichen Gesetze nicht die letzte Instanz, sondern sie sind nur Ausdruck (und zwar nicht des Willens des Gesetzgebers, sondern) ‚allgemeiner Rechtsideen‘. Konsequenterweise werden dann aus Frankreich späte Ausläufer der, von der Revolution für obsolet erklärten (siehe oben S. 27), Montesquieuschen Gewaltenteilungsdoktrin – zwecks Abwehr eines „despotisme monarchique ou démocratique“ (57) – herangezogen;<sup>55</sup> auch dies setzt dem Willen des Gesetzgebers Schranken. Der Rechtsstaat wird folglich als Justizstaat konzipiert, der – wie schon bei den vorhergehenden Autoren – einer parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung vorgezogen wird (61).<sup>56</sup> Gleichzeitig gewährt Mayer, der sich am „Lärm des parlamentarischen Lebens“ stört, der Verwaltung eine antiparlamentarische Eigenständigkeit, die es ihr ermöglicht eigene Rechtsätze zu schaffen (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, RN 20, 18 f. – auch mit Kritik an Maus<sup>57</sup>, die den positivistischen Anspruch des staatsrechtlichen Positivismus akzeptiert und diesem folglich eine „latent demokratische Intention“ zuschreibt).

Nicht anders als Mayer postulierte auch Laband, ein weiterer führender Vertreter des sog. staatsrechtlichen Positivismus, eine „Rechtsordnung außerhalb des Gesetzesrechts“ (Stolleis 1992, 344): „Gesetze können lückenhaft sein, die Rechtsordnung selbst aber kann ebenso wenig eine Lücke haben, wie die Ordnung der Natur“ (Laband 1871, 75). Wenn die Gesetze „lückenhaft“ sind, so sei es die Aufgabe der Juristen, sie unter Berufung auf „allgemeinere Rechtsprinzipien“ zu füllen... (76).

Genau solche hatte er denn auch in der zitierten Schrift, im Nachgang zum preußischen Budgetkonflikt gefunden: Mit der Erfindung des der geschriebenen preußischen Verfassung unbekanntes Unterschiedes zwischen formellen und materiellen Gesetzen\* (Laband

---

\* Auch hier dient der Begriff des Formellen (wie auch im Falle des ‚formellen‘ Rechtsstaats) der Abwertung: Der Haushalt ist ja ‚nur‘ ein Gesetz im formellen Sinne; eine ‚reine Formsache‘. Wer/welche will daran schon scheitern lassen, daß die Regierung Geld ausgeben darf? – Natürliche niemandE, für den/die – wie für Laband (und Mohl und all die anderen RechtsstaatlerInnen) – der Staat

1871, 2 - 11) gelang es ihm, das Erfordernis der parlamentarischen Verabschiedung des Haushaltsgesetzes aus den Angeln zu heben und dem „etatlosen Zustand“, der durch die Weigerung des Parlaments das von der Regierung vorgelegte Hausgesetz zu verabschieden entsteht, „de[n] Makel der Verfassungswidrigkeit [zu nehmen]“ (Stolleis 1992, 341) und der Regierung die Handlungsfähigkeit auch ohne Haushaltsgesetz zu erhalten.

„Weder tritt eine Auflösung des Staates und eine Unterbrechung aller Lebensfunktionen derselben durch das Nichtvorhandensein eines Budgetgesetzes ein, [...]“ (Laband 1871, 81).

An dieser Schrift läßt sich auch der oben (S. 46) erwähnte, von Grawert gemachte Unterschied zwischen „begriffsrealistischem“ und Gesetzespositivismus deutlich machen. Die preußische Verfassung von 1850 bestimmte:

**Art. 62.** Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt.

Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.

[...].

**Art. 99.** Alle Einnahmen und Ausgaben des Staats müssen für jedes Jahr im Voraus veranschlagt und auf den Staatshaushalts-Etat gebracht werden.

Letzterer wird jährlich durch ein Gesetz festgestellt.

**Art. 5.** Die persönliche Freiheit ist gewährleistet. Die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung derselben, insbesondere eine Verhaftung zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt.

**Art. 9.** Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustehende Entschädigung nach Maaßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden.

etc.

Damit ist für eineN GesetzespositivistIn alles Erforderliche gesagt: Es ist gesagt, wie Gesetze zustande kommen und wann Gesetze erforderlich sind – nämlich zur Verabschiedung des Haushalts und für ‚Eingriffe in Freiheit und Eigentum‘, wie die klassische Formel lautet, und in noch einigen anderen Fällen, die hier nicht zitiert wurden. Des weiteren wird nicht gesagt, daß bestimmte Fragen der Gesetzgebung entzogen seien.

Für einen „begriffsrealistischen“ Positivisten (i.S.v. Grawert) wie Laband ist damit aber nicht alles gesagt. Laband geht nicht von dem Gesetzes-Begriff der preußischen Verfassung aus, wie er sich in systematischer Auslegung ermitteln läßt, sondern von dem Wort „Gesetz“ an und für sich – und das „ist sehr viel älter als die konstitutionelle Staatsform“. Und nach diesem ÄLTEREN Gesetzes-Begriff ist

---

(als Substanz, nicht in der wirklichen Form des Gesetzgebers) VOR der Verfassung steht: „die Verfassung [kann] keinen Rechtssatz involvieren [...], der den Selbstmord des Staates bedeutet“ (Laband 1871, 77 f.).

Und wenn die Verfassung doch einen solchen Satz enthält? Dann haben wir nach Ansicht des ‚Positivisten‘ Laband „alle konstitutionellen Theorien auf sich beruhen zu lassen“ und uns zu den „treffenden Worten“ Bismarcks zu bekennen: „Für das Ministerium sei die Notwendigkeit allein maßgebend, daß der Staat existieren müsse“ (Laband 1871, 83 eine Äußerung Bismarcks in der Sitzung des preußischen Abgeordnetenhauses vom 27.01.1863 zitierend).



„nicht JEDE Äußerung des Staatswillens [...] ein Gesetz, sondern nur diejenige, deren Inhalt ein RECHTSATZ, eine Norm zur Regelung oder Entscheidung von Rechtsverhältnissen ist.“ (Laband 1871, 3 – Hv. i.O.).

Ein Argument dafür, warum dieser ältere Gesetzes-Begriff für das aktuelle preußische Verfassungsrecht relevant sein soll, führt Laband nicht an, aber der daraus folgenden Konsequenz ist er sich sicher:

„Von diesem Gesichtspunkte aus springt es nun klar in die Augen, daß der Etat regelmäßig keine Rechtsätze enthält, also kein Gesetz im materiellen Sinne des Wortes ist. Der Etat ist eine RECHNUNG [...]. Eine Rechnung aber enthält keine Regeln, am wenigsten Rechtsregeln, sondern Thatsachen, [...]“ (Laband 1871, 13 – Hv. i.O.).

Danach bleibt es zwar dabei, daß der Etat vom Parlament formell verabschiedet werden muß (Laband 19871, 11, 81). Wenn dies nicht passiert, ist die Regierung aber dennoch nicht gehindert, Ausgaben zu tätigen. Denn der Etat enthält nach Laband keine Rechtsätze – also fehlen (nach Laband) bei Nicht-Verabschiedung des Etats auch keine Rechtsgrundlagen für das Geldausgeben der Regierung. Daß Art. 99 der preußischen Verfassung bestimmte, „Einnahmen und Ausgaben des Staats müssen für jedes Jahr im Voraus veranschlagt“ und „jährlich durch ein Gesetz festgestellt“ werden, spielt für diesen ‚Begriffsrealismus‘ keine Rolle. Denn Labands ‚realistischer‘ Gesetzes-Begriff war nicht der der damaligen preußischen Verfassung.

Dabei beginnt Labands Schrift über *Das Budgetrecht* tatsächlich mit einem scheinbar mustergültigen Bekenntnis zum Positivismus:

„Für die Erreichung POLITISCHER Ziele ist es überaus gefährlich, wenn man sich in den Wahn einwiegt, dasjenige schon positiv zu besitzen, was man als Forderung für eine gedeihliche Organisation des Staates auf]stellen zu müssen glaubt. [...] Besser und klüger ist es, sich keine Illusionen über das positive Recht zu machen; auch solche Sätze desselben, welche mit bestimmten politischen Anschauungen und Wünschen nicht harmonieren, als geltend anzuerkennen und gerade deshalb auf Verbesserung durch Gesetzgebung hinzuwirken. Nur dann gewinnt man klare Einsicht, welche Wege einzuschlagen, welche Punkte in das Auge zu fassen sind, um sicher und wirksam das zu erreichen, was man anstrebt. [...]. Stimmen die gefundenen Rechtsätze mit den eigenen politischen Anschauungen und Wünschen überein, so mag dies erfreulich sein, muß aber zu um so strengerer Prüfung der Gründe veranlassen.“ (Laband 1871, 1 f. – Hv. i.O.).

Ist das nur ein zynischer Gesäßtritt für diejenigen, die sich – anders als Laband<sup>58</sup> – nicht Bismarck an die Brust schmissen, sondern den Wortlaut der Verfassung verteidigten? Oder gibt es etwas, was dieses scheinbar positivistische Bekenntnis und die tatsächliche Argumentation Labands zusammenhält? Schon auf S. 3 der genannten Schrift findet sich die Auflösung – DAS RECHT und auch das positive Recht SIND NICHT NUR DIE GESETZE:

„Sein [des Wortes „Gesetz“] Gegensatz ist das Gewohnheitsrecht, das ist der Inbegriff der im Volksbewußtsein lebenden Rechtsnormen, die von der Staatsmacht nicht fixiert und ausge-

sprochen sind; der höhere sowohl Gesetz als [auch, d. Vf.In] Gewohnheitsrecht umfassende Begriff ist der der Rechtsquelle.“ (Laband 1871, 3).

Folglich ist Labands Tun nicht darauf gerichtet, den Inhalt der wirklichen Gesetze (einschließlich der wirklichen Verfassung) zu erkennen, sondern „Rechtswahrheit zu finden“ (Laband 1871, 2). Gesetze, Gesetzeslücken, die mit „allgemeineren Rechtsprinzipien“ (Laband 1871, 76) gefüllt werden können, und Gewohnheitsrecht – wer/welche dermaßen aus dem Vollen schöpfen kann, dem/der muß es in der Tat nicht schwer fallen, sich zum „positive[n] Recht“ zu bekennen – das passende Recht wird sich (auch bei ‚strengster Prüfung‘) immer finden.

Für den Zeitraum von Kaiserreich und Weimarer Republik von einer „Formalisierung“ des Rechtsstaats-Begriffs zu sprechen hat nach den angeführten Äußerungen von Stahl, Gneist, Bähr, Mayer und Laband nur dann Sinn, wenn darunter NICHT Gesetzespositivismus und NICHT Allmacht des Gesetzgebers, sondern (wie bei Unruh 1983, 280) ‚Institutionalisierung‘ des Rechtsstaats in Form einer „feste[n] Rechtsprechung“ (Gneist) verstanden wird:

„Erst mit Aretin und Mohl erfuhren diese [frühen, d. Vf.In] materiell aufgefaßten [Rechtsstaats-, d. Vf.In] Theorien einen formalen Ansatz durch die Überlegungen, auf welche Weise Freiheit und Eigentum des Bürgers konkret gewährleistet werden könnten. Es bedurfte jedoch eines längeren Prozesses mit bitteren Erfahrungen, bis Gneists Forderung nach Durchsetzung des Rechts durch eine ‚feste Rechtsprechung‘ von der Öffentlichkeit aufgenommen und vom Gesetzgeber verwirklicht wurde. Als dann das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland die von Althusius Ephorat genannte Einrichtung zur Wahrung der Verfassungsmäßigkeit allen staatlichen Handelns durch die Einrichtung des Bundesverfassungsgerichtes verwirklicht wurde, war damit ein um die ‚Würde des Menschen‘ bemühter gedanklicher Prozeß in einer Form abgeschlossen, die man eine ‚Krönung des Rechtsstaates‘ nennen durfte.“ (mit weiteren Nachweisen für die Formel „Krönung des Rechtsstaates“).

Die Kontinuitätslinie, die Unruh – zu Recht! – von Gneist bis zum Bundesverfassungsgericht zieht, zeigt aber, daß das, was er „einen formalen Ansatz“ nennt, genau die ‚materielle‘, anti-demokratische Stoßrichtung des deutschen Rechtsstaats-Konzeptes ist: Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung statt Parlamentarisierung des politischen Systems und schließlich Unterwerfung auch des Parlaments unter ‚DAS Recht‘ des BVerfG.

An allen diesen Stellen zeigt sich, daß die dominante Tradition des deutschen Rechtsstaats-Begriffs nicht formell und liberal, sondern ‚materieell‘ und konservativ ist; und auch für die Weimarer Periode wird kaum von einer ‚Vorherrschaft‘ (so aber Böckenförde 1969, 157; 1992, Sp. 335) des formellen Rechtsstaats-Begriffs von Anschütz und Thoma gesprochen werden können (vgl. Kübler 1970, 296 m.w.N. in FN 17; Walther 1989, 325 - 334). Anders wären die erfolgreiche Umdeutung der Eigentumsgarantie und des allgemeinen Gleichheitssatzes (s. dazu Ridder 1977a, 481 ff., 483 ff.; Maus 1978a, 40 - 42 = b, 38 - 40) sowie der Aufstieg der Freirechtsschule (s. dazu Neumann 1937, 62; Behrends 1989) kaum erklärlich. Dies wird zu beweisen sein.

### **3. Die Bedeutung des Rechtsstaats-Begriffs im Kampf gegen die Weimarer Verfassung**

Mit der Niederwerfung des Obrigkeitsstaats durch die November-Revolution wird in der Weimarer Republik die anti-parlamentarische Stoßrichtung des Rechtsstaats-Konzeptes noch bedeutender:

„Nach dem Wegfall der Monarchie und der von ihr u.a. geleisteten Garantie des sozioökonomischen Status quo wendet sich die Rechtsstaatstheorie nun vorab gegen die Demokratie, die (in nachwirkender deutscher Obödienzgesinnung<sup>\*</sup> und in tiefgreifendem Mißtrauen gegen die ‚Massendemokratie‘) weitgehend mit der drohenden ‚Tyrannei von unten‘ gleichgesetzt wird.“ (Bäumlin 1987, Sp. 2811).

Denn nun vertrauen der Justizapparat, die Verwaltung und ein Teil des konservativen Bürgertums dem – nunmehr demokratisierten (bspw. Abschaffung des Drei-Klassen-Wahlrechts in Preußen) und gestärkten (Verantwortlichkeit der Regierung ggü. dem Reichstag statt ggü. dem Kaiser) – staatlichen Gesetzgeber (noch) weniger als vorher (Maus 1978a, 39, 40 = b, 37, 38).

„in dem Maße, in dem das Gemeinwesen sich demokratisierte, wurde dem Richter die Verbindlichkeit des Gesetzes problematisch.“ (Kübler 1963, 106).

„Die Frage nämlich, ob das Gesetz wirklich allein aus der Entscheidung des staatlichen Gesetzgebers hervorgehe oder ob es ein höheres Recht gebe, an das auch der Gesetzgeber gebunden sei, war solange eine bloß theoretische, als man gewiß sein konnte, daß dieser Gesetzgeber sich nicht nur mit den fundamentalen Rechtsüberzeugungen in Einklang halten, sondern auch im Detail der gesetzlichen Regelung optimal gerechte Lösungen anstreben würde. Dieses Vertrauen genoß der staatliche Gesetzgeber (nur) bis zum Jahre 1918.“ (Forsthoff 1948, 74).

Davor bestand Gewißheit, „daß vom vordemokratischen Gesetzgeber keine Gefahr für Freiheit und Eigentum ausging“ (Grimm 1980, 705).

Hinsichtlich des Gesetzgebers des Kaiserreichs, zu dem – wie bereits in FN \* auf S. 46 erläutert – die monarchischen Regierungen der deutschen Einzelstaaten gehörten, bestand die Gewißheit, daß der „Gesetzgeber sich nicht nur mit den fundamentalen Rechtsüberzeugungen in Einklang halten, sondern auch im Detail der gesetzlichen Regelung optimal gerechte Lösungen anstreben würde“ (Forsthoff). Unter den neuen Bedingungen, wo der Reichsrat zwar weiterhin von den Landesregierungen bestückt wird, diese aber ihrerseits parlamentarisch gewählt werden, bestand dieses Vertrauen nicht mehr. Dieses Vertrauen hatte nicht nur Forsthoffs „man“ nicht, sondern auch Gerhard Leibholz (1925/59, 68 f., FN 1 zu S. 67), in der Bundesrepublik dann Richter am Bundesverfassungsgericht, zog – bezüglich eines zeitgenössischen Weimarer Gesetzgebungsprojektes – „das Vertrauen [...] in die Organe, in denen der Staatsgedanke sich verkörpert“, in Zweifel und war der Ansicht, daß „wirkliche ‚Rechts‘betrachtung sogar letzten Endes über das

<sup>\*</sup> ≈ Untertanengeist (von lat. oboedientia = Gehorsam).

positive Normmaterial hinausgehen [kann und muß]“. An dieser Auffassung, die mit „Rechtsbetrachtung“ nichts anderes meint als „Rechtsauslegung“, hielt er auch im Jahre 1977 noch fest, s. u. S. 147).

Ein weiterer maßgeblicher Vertreter der anti-positivistischen (d.h.: der gegen die vom Parlament beschlossenen Gesetze gerichteten) Strömung der Weimarer Staatsrechtslehre war Carl Schmitt. Er führte eine Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz ein.<sup>59</sup> Dabei geht es grob gesagt um folgendes:\*

Nach Schmitts Terminologie bezeichnet „Verfassungsgesetz“ die im Reichsgesetzesblatt veröffentlichte, vom (förmlichen) Verfassungsgeber, der Weimarer Nationalversammlung, 1919 beschlossene (in diesem Falle: parlamentarische, republikanische) Verfassung. Diese wird dadurch abgewertet und teilweise außer Kraft gesetzt, daß ihr eine eigentliche Verfassung, die in keinem Gesetzesblatt veröffentlicht ist, übergeordnet wird.<sup>60</sup> Diese Verfassung repräsentiere eine „superlégalité constitutionnelle“, die sie nicht nur über die gewöhnlichen, einfachen Gesetze, sondern auch über die geschriebenen Verfassungsgesetze erhebt<sup>61</sup>. Schmitt sieht seine ‚Verfassung im eigentlichen Sinne‘ gekennzeichnet durch eine „fundamentale Entscheidung [...] für den bürgerlichen Rechtsstaat“ (Schmitt 1928, 30), für „den bisherigen sozialen *status quo*, d.h. für die Beibehaltung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung“ (31 – Hv. i.O.; vgl. Bäumlin 1987, Sp. 2814: Garantie des kapitalistischen Wirtschaftssystems).

Diese ‚Fundamentalentscheidung‘ könne auch nicht mit der verfassungsändernden Mehrheit des Art. 76 WRV geändert werden, so postuliert Schmitt in wohlkalkulierter Ausgewogenheit:

„Das Deutsche Reich kann nicht durch Zweidrittel-Mehrheitsbeschluß des Reichstags in eine absolute Monarchie oder in eine Sowjet-Republik verwandelt werden.“<sup>62</sup> (Schmitt 1928, 26) (in eine konstitutionelle Monarchie aber schon?). „Die VERFASSUNG IST UNANTASTBAR, die VERFASSUNGSGESETZE dagegen können während des Ausnahmezustandes suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes durchbrochen werden“ (ebd. – Hv. i.O.).

---

\* Genauer gesagt spaltet Schmitt mit seiner Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetzen die geschriebene Weimarer Verfassung in zwei Teile auf:

- Einen Teil, der ihm politisch wichtig ist und den er mit Vorstellungen anreichtert, die in der geschriebenen Verfassung nicht enthalten sind (z.B. mit dem Begriff „Rechtsstaat“).
- Der andere Teil ist ihm weniger wichtig oder sogar unrecht. Diesen wertet er mit einem neuen Begriff zu bloßen „Verfassungsgesetzen“ ab.

Von dem ersten Teil behauptet er, daß jener Teil nicht geändert werden könne (dürfe) – auch nicht bei Einhaltung des dafür von der geschriebenen Verfassung selbst vorgesehenen Verfahrens (s. Art. 76 WRV).

Von dem anderen Teil behauptet Schmitt, daß dieser nicht nur – wie von der geschriebenen Verfassung vorgesehen – geändert werden könne, sondern vom Reichspräsidenten im Alleingang im Ausnahmezustand außer Kraft gesetzt werden könne (obwohl die geschriebene Verfassung [Art. 48 WRV] eine solche Kompetenz des Präsidenten nur hinsichtlich sieben ausdrücklich genannter Artikel, nicht aber hinsichtlich aller von Schmitt als bloße „Verfassungsgesetze“ eingestuftem Vorschriften vorsieht.). – Zu dieser Doppelbewegung von Aufwertung des einen und Abwertung des anderen Teils der Verfassung s. Preuß 1993a, 123.

**Schaubild 2: Versionen und Institutionalisierungen der Entgegensetzung von Recht und Gesetz**

	Kaiserreich	Weimarer Republik	Nationalsozialismus	Bundesrepublik
background	Mit Herausbildung des deutschen Rechtsstaats-Begriffs ist die Entgegensetzung von Recht und Gesetz zwar angelegt. Da das politische System aber noch nicht parlamentarisiert ist, bleibt die praktische Bedeutung dieser Entgegensetzung zunächst gering (Ridder 1977b, 75 spricht von einer 150-jährigen Inkubationszeit für die Herausbildung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit).	Mit der Parlamentarisierung des politischen Systems in Folge der November-Revolution wird die Entgegensetzung von Recht und Gesetz auch praktisch relevant. Die Gerichte beginnen ein Prüfungsrecht ggü. den parlamentarischen Gesetzen zu beanspruchen, während Carl Schmitt den ‚Verfassungsschutz‘ beim Reichspräsidenten konzentriert wissen will.	Trendgipfel anti-demokratischer Rechtsstaatlichkeit. Auch die letzten Sicherungen formeller Rechtssicherheit werden beseitigt. (s. unten S. 54 f.).	Teilweise Reparlamentarisierung des politischen Systems in Folge des Sieges der Alliierten über Nazi-Deutschland. Nach den ‚Exzessen des NS‘ kommt es nunmehr darauf an, bei der Mischung ‚formeller‘ Gesetze und ‚materiellen‘ Wunsch-Rechtes strikt das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten (s. Ridder 1979, 133).
Begriff für das ungeschriebene, als höherrangig angesehene Verfassungsrecht	Hinsichtlich der monarchistischen Verfassung des Kaiserreichs wird nicht in Frage gestellt, daß die Verfassung nichts anderes als eben die geschriebene Verfassung ist (vgl. Schmitt 1928, 26: „der Sprachgebrauch, der bisher üblich war, [unterscheidet] nicht Verfassung und Verfassungsgesetze“).	„Verfassung“	Führerbefehl, gesundes Volksempfinden, „materielle Wahrheit“ (s. unten S. 60).	„objektive Wertordnung“, <b>VOR</b> verfassungsmäßiges Gesamtbild; Wertvorstellungen außerhalb der geschriebenen Gesetze
Begriff für das geschriebene, als nachrangig angesehene Verfassungsrecht		„Verfassungsgesetze“ (Schmitt 1928)	formelles Recht (s. unten S. 60).	geschriebene Verfassung
Institutionalisierung der Überordnung ungeschriebenen (Verfassungs)rechts über die geschriebene Verfassung	keine Institutionalisierung	der Reichspräsident als souveräner Hüter über die Verfassung und den Ausnahmezustand (Schmitt 1929)	der Führer als Schützer des Rechts (Schmitt 1934)	das BVerfG als souveräner Hüter des Grundgesetzes (§ 31 BVerfGG)

Heute ist die Unantastbarkeit der „freiheitlichen, demokratischen Grundordnung“, die mal als Kern der bundesdeutschen Verfassungsordnung aufgefaßt, notfalls aber auch dem geschriebenen Grundgesetz übergeordnet wird<sup>63</sup>, Allgemeingut geworden. Schmitt hatte damals (1928, IX, 30 f.) allerdings noch damit zu kämpfen, daß eine „bestimmte Art von ‚Positivismus‘“ diese „verfassungstheoretische Grundfrage“ [d.h.: die Infragestellung eines Teils der geschriebenen Verfassung] „aus dem Staatsrecht [...] zu verdrängen“ trachtete. Dieser Positivismus strebte zwar nicht – wie von Schmitt nahegelegt (s.o.) – eine „Sowjet-Republik“ an, suchte aber den parlamentarisch-sozialstaatlichen Kompromiß, den die Weimarer Verfassung, abseits sowohl von Feudalismus und als auch sozialistischer Revolution artikulierte, zu verteidigen (zu den tatsächlichen Verfassungskonflikten der Weimarer Zeit s. bspw.: Ridder 1977a, 477 - 489; Hase 1980).

#### **4. Nationalsozialismus und Rechtsstaatlichkeit**

##### **a) Scheiterte die Weimarer Republik an ihrem Legalismus?**

Diese Verteidigung war bekanntlich nicht erfolgreich. Dieser Mißerfolg wird von der - zumindest in der Rechtswissenschaft wohl weiter vorherrschenden – Ansicht damit erklärt, daß die VerteidigerInnen der Weimarer Republik die falsche Strategie hatten; ihr Positivismus habe sie wehrlos gemacht und den Nazis die legale Machtübernahme ermöglicht. Die Nazis hätten dann, den weiter dominierenden Positivismus ausnutzend, die letzten Reste ‚materieller‘ Rechtsstaatlichkeit zerstört, so daß die anti-nationalsozialistische Lehre nur darin bestehen konnte, zu den ‚materiellen‘, sittlichen Anfängen des Rechtsstaats-Diskurses zurückzukehren.

Klassisch formuliert wurde diese Sichtweise von Gustav Radbruch:

„Der Grundsatz ‚Gesetz ist Gesetz‘, kannte ... keine Einschränkung. Er war Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte [...]. Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts“ (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* [1946], in: ders., *Rechtsphilosophie*, 1956<sup>5</sup>, 347 - 357 [347, 352] zit. n. Walther 1989, 324).

Jahrzehnte später wird diese Sichtweise weiterhin vertreten: So z.B. schreibt Sachs in seinem Grundgesetz-Kommentar: „Nach der Erfahrung des NS-Unrechtsstaates wurde Rechtsstaatlichkeit (wieder) auch materiell verstanden.“ (Sachs-Sachs, 2003, Art. 20, RN 74 – Hv. getilgt), was wohl nicht nur als Feststellung, sondern auch als Affirmation zu verstehen ist. Bei Benda (1994, 721, RN 4) findet sich explizit die Zerstörungs-These („Dem Nationalsozialismus fielen bald alle rechtsstaatlichen Einrichtungen zum Opfer.“) und implizit im folgenden auch die (ohnehin unumstrittene) Wiederherstellungs-These. Auf der gleichen Linie liegen die oben (S. 22) bereits angeführten Zitate von Benda (1985/89, 838) und Grimm (1980, 704) und die Bemerkungen von Böckenförde:

„Die wissenschaftliche Aufarbeitung der Rechtsstaatskritik in der deutschen Staatsrechtslehre nach 1933 steht aus mancherlei Gründen noch aus.“ (Böckenförde 1969, 158, FN 56): „Nach dem [...] NS-Regime ist [...] der] Rechtsstaatsbegriff nach zwei Richtungen hin fortzubilden und neu zu bestimmen: einmal in Richtung auf den sozialen anstelle des liberalen (bürgerlichen) Rechtsstaat, zum anderen in Richtung auf einen materiellen anstellen des formellen Rechtsstaatsbegriffs.“ (Böckenförde 1969, 158).

Schließlich wiederholt auch der Brockhaus in der aktuellen online-Version seiner Enzyklopädie das oben auf S. 42 angeführte Zitat wortgleich. Selbst ein Kritiker der „hM“ wie Wessel (1992, 57) schreibt in diesem Zusammenhang über Art. 20 GG: „Das Wort selbst, Rechtsstaat, erscheint hier allerdings nicht. Nach der Justizkatastrophe des Dritten Reichs hätte man es ruhig schon mal nennen können.“<sup>64</sup>

In der Geschichtswissenschaft schwankt Winkler in seinem *Langen Weg nach Westen* zwischen der (eher beiläufigen) Konstatierung eines ‚Verfassungsbruchs‘ (2000/4, 12) und eines bloßen „Schein[s] der Legalität“ (15) am Anfang von Band 2 und folgender Ansicht am Ende von Band 1:

„Um den Rechtsstaat zu bewahren, hätten seine Verteidiger (und sei es auch nur in Form der Hinnahme<sup>7</sup> eines ‚negativen‘ Mißtrauensvotums) gegen den Buchstaben einer Verfassung verstoßen müssen, die letztlich gegen ihre eigene Geltung neutral war. Doch stand dem eine ‚funktionalistische‘ Auffassung von Legalität entgegen, die Carl Schmitt im Sommer 1932 mit den Worten geißelt hatte, sie gehe in ‚ihrer Neutralität bis zum Selbstmord‘. Ernst Fraenkel meinte nichts anderes als er Ende 1932 den verbreiteten ‚Verfassungsfetischismus‘ anprangerte. Weimar hatte sich in der Legalitätsfalle gefangen, die die Schöpfer der Verfassung selbst aufgestellt hatten.“ (Winkler 2000/2, 551).

Dazu ist mehrerlei anzumerken: Wer, wie der sozialdemokratische Jurist Fraenkel einer Oppositionspartei angehört, die über weniger als ein Drittel Parlamentssitze verfügt (wie die damalige SPD), sollte sich hüten, allzu laut über „Verfassungsfetischismus“ zu klagen. Schnell kann sich die existierende Verfassung als der einzige Schutz erweisen, der gegen diejenigen, die an den Schalthebeln der Macht sitzen, besteht – zumal, wenn (sei es zu recht oder auch nicht) eine Scheu besteht, die eigene Massenbasis zu mobilisieren. Des weiteren: Wenn Winkler (2000/2, 550) erkennt,

„Wenn es eine Ursache ‚letzter Instanz‘ für den Zusammenbruch der ersten deutschen Demokratie gibt, liegt sie in der historischen Verschleppung der Freiheitsfrage im 19. Jahrhundert – oder, anders gewendet, in der [...] verspäteten Demokratisierung des Regierungssystems.“

dann ist das, was er eine Seite weiter vorschlägt, der Vorschlag die Wirkung mit ihrer Ursache zu bekämpfen: die 1918/19 erfolgte weitgehende Demokratisierung des Regierungssystem zurückzunehmen und auch ohne parlamentarisches Vertrauen weiter zu regieren bzw. den Reichstag aufzulösen und nicht innerhalb der verfassungsmäßigen Frist Neuwahlen ansetzen (s. dazu schon FN \* auf S. 18). Den „Rechtsstaat [...] bewahren“ (Winkler), indem die Demokratie abgeschafft wird!

Damit ist er bei Carl Schmitt – wie wir oben gesehen haben – an der richtigen Adresse: Den Ausnahmezustand ausrufen, um den Rechtsstaat zu verteidigen (S. 52). Und Schmitt war kein einsamer Rufer in der Wüste: Der Notverordnungs-Artikel 48 der Weimarer Ver-

<sup>7</sup> Mit „Hinnahme eines ‚negativen‘ Mißtrauensvotums“ meint Winkler IGNORIEREN (Erdulden – und keine Konsequenzen ziehen) eines Mißtrauensvotums, das nicht zur Wahl eines Nachfolgers oder einer Nachfolgerin führt (Winkler 2000/2, 541 oben) (und nicht anschließendes Zurücktreten wie es Art. 54 Satz 2 WRV verlangte: „Der Reichskanzler und die Reichsminister bedürfen zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Reichstags. Jeder von ihnen muß zurücktreten, wenn ihm der Reichstag durch ausdrücklichen Beschluß sein Vertrauen entzieht.“). Auf S. 545 kritisiert Winkler (allerdings in Bezug auf eine andere Vorschrift der WRV, nämlich Art. 25 II: „Die Neuwahl findet spätestens am sechzigsten Tage nach der Auflösung statt.“): „Als ernsteste Gefahr erschien den beiden großen demokratischen Parteien [der SPD und dem Zentrum] die Verletzung EINES Artikels der Weimarer Verfassung, nicht deren totale Beseitigung.“ (Hv. i.O.).

fassung<sup>\*</sup> wurde auch schon vor 1933 ausgiebig genutzt und Schmitts (1932 formuliertes) zur-Disposition-stellen des organisatorischen Teils der Weimarer Verfassung (s. Winkler 2000/2, 520; Maus 1978a, 43 f. = b, 42) wurde von den Nazis weidlich umgesetzt, bspw. ging mit dem Ermächtigungsgesetz die (mit wenigen Ausnahmen<sup>†</sup> auch: verfassungsändernde) Gesetzgebungskompetenz auf die Reichsregierung über (Winkler 2000/4, 15), im Februar 1934 wurde der Reichsrat abgeschafft<sup>65</sup>, im Sommer 1934 (in ÜBERSCHREITUNG selbst noch des Ermächtigungsgesetzes, wie Winkler erwähnt) (nach dem Tode Hindenburgs) Präsidenten- und Kanzleramt zusammengelegt (39). Mag sich Schmitt 1932 vielleicht noch im Detail andere Maßnahmen vorgestellt und andere Akteure gewünscht haben, so hatte er 1933 ff. gegen die Akteure und die von ihnen ergriffenen Maßnahmen nichts einzuwenden, sondern ausdrücklich Zustimmung bekundet – auch dies erwähnt Winkler (2000/4, 37, 45). Ob 1932 eine Abschaffung der liberalen, parlamentarischen Demokratie ohne Nationalsozialismus (wie sich das Schmitt vielleicht 1932 noch vorgestellt haben mag) ein realistisches Projekt war, mag bezweifelt werden; ein *Weg nach Westen* hätte darin jedenfalls nicht gelegen.

Aber war nun die nationalsozialistische Machtübernahme/-gabe (zumindest bis zu jener Überschreitung auch noch des Ermächtigungsgesetzes im Sommer 1934) ‚formell‘ legal, und benötigen GegnerInnen des NS daher ‚materielles‘ (überpositives) Recht, einen ‚materiellen‘ Rechtsstaat, der gegen Mehrheitsentscheidungen geschützt ist?

An der Machtübernahme/-gabe war allenfalls die Ernennung Hitlers zum Reichskanzler legal (vgl. aber Art. 54 WRV),<sup>66</sup> woraus aber kein Argument, daß die Demokratie selbst gegen die Mehrheit geschützt werden müsse, folgt. Denn weder Hitler noch die NSDAP haben jemals in freien, gleichen und geheimen Wahlen eine Mehrheit erhalten:

- Bei den Reichspräsidenten-Wahlen 1932 bekam Hitler im zweiten Wahlgang 13 Millionen Stimmen (= knapp 37 %), Hindenburg 19 Millionen und Thälmann (KPD) 4 Millionen Stimmen. (Kinder/Hilgemann 1978, 150)
- Von Juli bis November 1932, d.h. von den sechsten bis zu den siebten Reichstags-Wahlen, kam es zu einem leichten Links-Rutsch: Der Anteil von SPD und KPD an den Mandaten stieg von 36,5 % auf 37,8 %; der Anteil der NSDAP und der (ultra-reaktionären) DNVP sank von 43,9 % auf 42,5 % (wobei die NSDAP stark VERLIERT und die DNVP leicht gewinnt). Die restlichen Mandate entfielen auf liberale und konservative bürgerliche Parteien. (Kinder/Hilgemann 1978, 150; vgl. Winkler 2000/2, 526).

<sup>\*</sup> S. dazu oben FN \* auf S. 51 sowie unten S. 58 und 68

<sup>†</sup> „Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt.“ (Art. 2 Ermächtigungsgesetz).



- Auch zum Reichskanzler wurde Hitler nicht GEWÄHLT (eine Wahl des Kanzlers sah die Weimarer Verfassung nicht vor [Art. 53 WRV; vgl. Schönberger 2001, 640]; auch in dieser Hinsicht ‚verfehlte Weimar die Demokratie‘ [vgl. den entsprechend betitelten Aufsatz von Ridder 1992b]), sondern durch Ernennung durch den Reichspräsidenten bei GLEICHZEITIGER AUFLÖSUNG DES KEINE DREI MONATE ZUVOR NEU GEWÄHLTEN REICHSTAGES.<sup>67</sup>

Inwieweit die vorhergehenden und nachfolgenden (Wahlkampf)praktiken der Nazis legal waren oder eine unparteiische Justiz vielmehr (auch ganz ohne „streitbarer Demokratie“-Konzeption) hätte eingreifen müssen (vgl. dazu knapp: Hase/Ladeur/Ridder 1981, 797 f.; Walther 1989, 328), soll hier nicht im einzelnen untersucht werden. (Winkler [2000/2, 512] selbst weist darauf hin, daß die Aufhebung des SA-Verbotes 1932 zu einem erheblichen Anstieg politisch motivierter Gewalttaten führte).

Jedenfalls einer der nächsten entscheidenden Schritte (weitere ließen sich benennen) war weder mit den einfachen Gesetzen noch mit der geschriebenen Weimarer Verfassung vereinbar.

Der Reichstag war bei Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes 1933 nicht verfassungsgemäß zusammengesetzt: Die gewählten KPD-Abgeordneten (wegen des Reichstagsbrandes, für den sie nicht verantwortlich waren, und einige SPD-Abgeordnete [Winkler 2000/4, 9, 16]) waren verhaftet<sup>68</sup>, die KPD-Mandate wurden außerdem annulliert (12)<sup>69</sup> und der Reichstag tagte unter Druck von SA und NS-kontrollierter Polizei. (Hase/Ladeur/Ridder 1981, 797 mit FN 15). Gegen die Schlußfolgerung, das unter diesen Bedingungen beschlossene Ermächtigungsgesetz sei nicht verfassungsgemäß zustande gekommen, kann kaum eingewandt werden, der Ausschluß der KPD-Abgeordneten von den Beratungen über das Ermächtigungsgesetz habe dieses nicht verfassungswidrig gemacht, da eine 2/3-Mehrheit auch bei Anwesenheit der verhafteten Abgeordneten (und im übrigen gleichen Abstimmungsverhalten) erreicht worden wäre. Dem ist mit Meink (1979, 158) entgegen zu halten:

„Welchen Sinn dann noch parlamentarische Verfahrensnormen haben sollen, bleibt schlechterdings unerfindlich. Für die Staatslehre, die so verfuhr [d.h. jenes Argument vorbrachte, d. Vf.In] (und verfährt), waren parlamentarische Verfahrensnormen entweder ein Mysterium oder eine quantité négligeable“. Hinter jenem Argument verberge sich nur die „anti-parlamentarische Option“ der so Argumentierenden.

Denn jene Argumentation erklärt die parlamentarische Debatte VON VORNHEREIN für belanglos für das schließliche Abstimmungsergebnis (was politikwissenschaftlich gesehen sicherlich häufig realistisch ist, aber juristisch kein ausschlaggebendes Argument sein kann) und läßt auch den Druck außer Acht, den die Verhaftung der KPD-Abgeordneten und die Anwesenheit von Polizei und SA auf die (noch) nicht verhafteten Abgeordneten

ausübte (immerhin in der Zentrumspartei war die Zustimmung nicht unumstritten [Winkler 2000/4, 13]).

Auch der Reichsrat, in dem gem. Art. 76 I 3 WRV ebenfalls eine 2/3-Mehrheit erforderlich war, war nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt. Der Reichsrat war gemäß Art. 60, 61 WRV die Vertretung der deutschen Länder:

**Artikel 60.** Zur Vertretung der deutschen Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Reichs wird ein Reichsrat gebildet.

**Artikel 61.** Im Reichsrat hat jedes Land mindestens eine Stimme. [...]

Bereits 1932 waren der sozialdemokratisch geführten Preußischen Landesregierung – unter ohnehin fragwürdiger Berufung auf den Notverordnungs-Artikel 48 der Weimarer Verfassung – die Exekutivbefugnisse in Preußen entzogen und auf einen Reichskommissar übertragen worden. Der Staatsgerichtshof, der dies grundsätzlich billigte, stellte gleichzeitig fest, daß der Landesregierung aber nicht die „Vertretung des Landes Preußen [...] im Reichsrat oder sonst gegenüber dem Reich“ entzogen werden durfte (RGZ 138, Anhang 1 - 43 zit. Meink 1979, 58 bei FN 24). Dennoch waren bei der Abstimmung über das Ermächtigungsgesetz im Reichsrat die Länder Preußen und Sachsen nicht durch ihre Landesregierungen, sondern durch „weisungsgebundene Beauftragte von Organen des Reiches“, nämlich dem Reichskommissar für Preußen und dem Beauftragten für Sicherheit und Ordnung in Sachsen vertreten (Meink 1979, 158). Somit war auch die Zusammensetzung des Reichsrates, der dem Ermächtigungsgesetz ebenfalls zustimmen mußte, nicht verfassungsgemäß: Es waren nicht diese Länder, sondern die Reichsregierung dort vertreten.<sup>70</sup>

### **b) 1933 – 1945: Der „deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers“**

Wie dem auch sei, jedenfalls wurden während des „Ausnahmestandes“ (Schmitt; vgl. oben S. 52), den der „nationalsozialistische Rechtsstaat“ (Schmitt 1934, 713) dann realisierte, durch das Ermächtigungsgesetz die von Schmitt sogenannten „Verfassungsgesetze“ in der Tat suspendiert. Nun kommt es zu einer „wüsten Sturzflut ‚materialer Rechtsstaatlichkeit‘“ (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 24): Neben Schmitt bekennt sich Otto Koellreutter zum „nationalsozialistischen Rechtsstaat“, Hans Frank spricht vom „deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers“ (s. die Nachweise bei Maus 1978a/b, jew. S. 74, FN 191) und Heinrich Lange postuliert 1934 unter dem Buchtitel „Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat“ „die Überordnung der nun im Sinne der NS-Ideologie vorausgesetzten ‚Rechtmäßigkeit‘ über die ‚Gesetzsmäßigkeit‘ des staatlichen Handelns“ (Bäumlin 1987, 2814 f.).

Dabei findet Lange (1934) für den deutschen Nationalliberalismus des 19. Jh.s, für den „Pflichtgefühl und Gemeinschaftsempfinden [...] noch nicht leere Redensarten“ gewesen

seien, durchaus wohlwollende Worte; seine Polemik gegen den (formellen) Gesetzesstaat und FÜR DEN (SUBSTANTIELLEN) RECHTSSTAAT richtet sich statt dessen speziell gegen den „hemmungslosen Liberalismus manchesterlicher Prägung“ (17), hatte also eine anti-westliche und antisemitische („artfremd“ etc.) Stoßrichtung:

„Je mehr [...] Individualismus und Materialismus im Bürgertum vordringen, je mehr an die Stelle der Bildung der Besitz, an Stelle des deutschen Geistes der artfremde trat, um so mehr verblaßte das Recht als selbstverständliche Grundlage des Gesetzes, um so mehr wurden Rechtsstaat und Gesetzesstaat Gegensätze. [...] Der leere Positivismus begnügte sich mit der formellen Rechtskraft des Gesetzes, er kümmerte sich nicht um das Recht.“ (18, 20).

All dies sollte nun im „nationalsozialistische Rechtsstaat“ anders werden, und deshalb postuliert Lange: „Gesetz ohne Recht kann das Unrecht nicht zum Rechte machen“ (31). Auch für Carl Schmitt (1934) ist es im gleichen Jahr eine „fremde Denkweise“ (715), wenn sich „[v]or die offenkundige substantielle Gerechtigkeit [...] eine Reihe von formalen Methoden, Grundsätzen, Normen und Einrichtungen [schiebt ...], die aus dem Rechtsstaat einen bloßen Gesetzesstaat machen“ (714). Deshalb sagt er ‚Ja‘ zum „nationalsozialistischen Rechtsstaat“ (713) (bei Schmitt ohne Anführungszeichen) und ‚Nein‘ zum liberalen, formellen „Rechtsstaat“ (ebd.) (bei Schmitt in Anführungszeichen). Die Verknüpfung von ‚Staatsidee‘ und ‚Rechtsidee‘ im Rechtsstaat wird einmal mehr bekräftigt:

„In der Einheit und Doppelheit von Recht und Staat ist die Frage enthalten, die das Doppelwort ‚Rechtsstaat‘ uns allen stellt. Wir sind im Rechtsleben verwurzelt; das Recht ist unser Lebenselement. Wir sind zugleich dem Staat verpflichtet.“ (Carl Schmitt 1934, 713).

Das heißt: Die von Böckenförde (1969, 158, FN 56) vermißte „wissenschaftliche Aufarbeitung DER Rechtsstaatskritik [...] nach 1933“ (Hv. d. Vf.In) konnte aus dem einfachen Grunde nicht stattfinden, daß es eine solche prinzipielle „Rechtsstaatskritik“ GAR NICHT GAB. Was es gab, war eine Liberalismus- und Formalismus-Kritik, und insofern auch eine Kritik des liberalen oder ‚formellen Rechtsstaats‘ (wenn denn – entgegen der hiesigen Bedenken (s. oben S.23) – diese in sich widersprüchliche Verbindung verwendet werden soll), aber der ‚materielle‘ Rechtsstaat wurde von der deutschen Staatsrechtslehre (und den Nazis) nur allzu gerne weiterhin akzeptiert.<sup>71</sup>

Entsprechend wurde auch für das Verwaltungsrecht postuliert:

„Wir kommen los von der alten Sucht des Rechtsgelehrten, alles möglichst schnell in Paragraphen zu fassen. Für das kommende deutsche Staatsrecht sind wichtiger als alle Paragraphen die grundlegenden Verkündigungen des Führers, [...]. Seine Gedanken und Worte werden an die Stelle eines paragraphenmäßig verschlüsselten Staatsrechts treten. Die Partei hat ihr eigenes blutfrisches Leben niemals in Paragraphen zwingen lassen.“ (Wolfgang Sommer, *Die NSDAP als Verwaltungsträger*, in: Hans Frank [Hg.], *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1936 166 ff. [174 f.] zit. n. Ridder 1968/83, S. 24, FN 46).

So wurde denn auch für das „nationalsozialistische Strafrecht“ postuliert:

„es kann kein formales Recht oder Unrecht, sondern nur den Gedanken der materiellen Wahrheit geben“; „die Haupttendenz bei der Schaffung eines neuen Strafprozeßgesetzes“ müsse „in der Beseitigung des Formalismus“ liegen (zit. bei I. Müller 1977, 526 f.).

„Unbegrenzte Auslegung“ (so der Titel der immer noch grundlegenden Studie von Rüthers 1968) ist nunmehr die Leitlinie für den Umgang sowohl mit dem ÜBERNOMMENEN VOR-nationalsozialistischen als auch mit dem – allerdings immer spärlicher – neu geschaffenen nationalsozialistischen Gesetzesrecht, das aufgrund des „Führerprinzips“ durch politische *ad hoc*-Entscheidungen jederzeit umgeworfen werden kann (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 24; s. zum NS-Recht auch: Walther 1989, 335 - 339; Behrends 1989, 37, 57, 70; Maus 1989; I. Müller 1979, 319 - 323; Meink 1979, 159, 162; Maus 1978a, 44 - 46 = b, 43 f.; Kübler 1970).

Hiernach läßt sich also feststellen:

„Nicht die (für den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat eintretenden) Rechtspositivisten, sondern die Vertreter des ‚materiellen R[echtsstaats]‘ sind es gewesen, die – soweit Rechtsdogmatik überhaupt dazu beiträgt, Geschichte zu machen – der Rechtsideologie des Nationalsozialismus den Weg bereitet haben“ (Bäumlin 1987, Sp. 2814).

Dabei kommt es allerdings nicht auf die von Rumpf (1983, 390 – Hv. d. Vf.In) angesprochene Frage an, ob Schmitt (und andere) „BEWUßT an der Untergrabung der Weimarer Republik und ihrer Verfassung gearbeitet“ haben (Schmitt [1973/1978, 324] selbst bestreitet dies). Uns reicht die Analyse dessen, was sie GETAN haben, und die Analyse der WIRKUNGEN, die sie damit tatsächlich ausgelöst haben.\*

Und das Ergebnis war die Zerstörung der (ohnehin schon durch weitreichende Präsidialkompetenzen gestutzten) Weimarer parlamentarischen Demokratie im Namen des Rechtsstaats. Insofern scheint uns – hinsichtlich der Analyse der Bedeutung des Rechtsstaats-Konzeptes – auch die Frage, ob die Diktatur-Konzeptionen, die Schmitt u.a. Anfang der 30er Jahre entwickelten, auf eine „kommissarische“ Diktatur<sup>72</sup> (mit evtl. sogar latent anti-nationalsozialistischer Intention<sup>73</sup>) oder vielmehr bewußt auf eine „souveräne“ (scil. im vorliegenden Fall: nationalsozialistische) Diktatur<sup>†</sup> zielten, problem-exzentrisch zu sein: Entscheidend ist, daß Schmitts Konzeption des Schutzes des Rechtsstaats (als Fundamentalentscheidung für den „bisherigen sozialen *status quo*“) die – und sei es evtl. auch nur zeitweilige – Abschaffung der parlamentarischen Demokratie und den Übergang zur

\* Und wir würden Rumpf sogar zustimmen, wenn er seinen Satz etwas anders formulieren würde. Denn Schmitts Anliegen war aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die dauerhafte Etablierung des nationalsozialistischen Regimes (vgl. Preuß 1993a, 118, 125 [Schmitts Theorie sei im Kern nicht SPEZIFISCH nationalsozialistisch] sowie hier S. 85), sondern dies erschien ihm in einer bestimmten Ausnahmesituation – der Weltwirtschaftskrise von 1930 – als die einzige Möglichkeit, den von ihm befürworteten Erhalt sozial *status quo* (Schmitt 1928, 30 f.) zu realisieren (vgl. Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 23 m.w.N.). In DIESEM (begrenzten) Sinne hat Schmitt den NS allerdings nicht nur hingenommen, sondern in einer bestimmten Phase (wie so viele andere) AKTIV (und ausweislich seiner Texte aus dieser Zeit: auch willentlich) UNTERSTÜTZT.

† „Erstere [die kommissarische Diktatur] dient dazu, mit einer zeitlich begrenzten (partiellen) Suspension der Verfassung in einem Krisenfall die Rechtsordnung zu sichern, letztere [die souveräne Diktatur] bedeutet die Überwindung des bestehenden Systems und die Begründung einer neuen Verfassungsordnung.“ (Nippel 2004, unpaginiert [S. 1]).

Diktatur EINSCHLOß; damit wirkte das Konzept ‚materieller‘ Rechtsstaatlichkeit als Durchgangsschleuse von konservativen zu nationalsozialistischen Positionen: Nachdem die in erster Linie auf die Reichswehr und Querfront-Konzeptionen gestützten Modelle (sei es aus subjektivem Unvermögen der Akteure<sup>74</sup> oder wegen objektiv fehlender gesellschaftlicher Breite<sup>75</sup>) scheiterten,<sup>76</sup> war der nationalsozialistische Rechtsstaat die Option des Augenblicks der meisten, die den „bisherigen sozialen *status quo*“ auch in der ökonomischen und politischen Krise Anfang der 30er des 20. Jh.s aufrecht erhalten wollten. Die Frage nach der Legalität der nationalsozialistischen Machtübernahme/-gabe und deren Verhältnis zu materieller Rechtsstaatlichkeit ist also wie folgt zu beantworten: Sie war nicht legal und erfolgte auch nicht unter Ausnutzung des Positivismus, sondern unter Verletzung von Form- und Verfahrensvorschriften der Verfassung bei gleichzeitiger Berufung auf den materiellen Rechtsstaat.

An dieser Tradition anti-parlamentarischer Verrechtlichung – an dieser Berufung auf den Rechtsstaats gegen den Gesetzesstaat – wurde auch nachfolgend, nach dem 12 Jahre währenden nationalsozialistisch-rechtsstaatlichen „Ausnahmestand“, FESTGEHALTEN<sup>77</sup> – auch wenn sich der bundesrepublikanische Rechtsstaat selbst als Bruch mit dem vermeintlichen nationalsozialistischen ‚Unrechtsstaats‘ darstellt – eine Behauptung, die verkennet, daß der NS der „Trendgipfel“ (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 26) entformalisierender, anti-demokratischer Rechtsstaatlichkeit war<sup>78</sup>.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Kontinuitäts-These scheint Stolleis (1999, 333 ff.) die nationalsozialistische (Weiter)verwendung des Rechtsstaats-Begriffs für taktischer Natur zu halten (332 et passim); aber auch bei ihm wird deutlich, daß sich die nationalsozialistische Polemik – mit Namen von „Substanz“ (338, s.a. 334) – GEGEN EIN FORMELLES, liberales Rechtsstaats-Verständnis richtete (331 oben, 333 - 335, 338). Die Macht, das höhere Recht zu definieren, verschiebt sich dabei freilich im NS von der Justiz auf die Exekutive (336 - 338); an dem traditionellen Vorbehalt gegenüber dem demokratischen Gesetz änderte sich dadurch aber nichts.<sup>79</sup>

Diese Kontinuität gibt auch der von Dreier (2001, 71) festgestellten Abkehr von der Gewaltenteilung ihren Stellenwert:

„[...] überwiegend schon aus Weimarer Zeiten stammende[r] Negativkonsens [...], der Antiliberalismus, Antiparlamentarismus und Antiföderalismus umfaßt. Formelle rechtsstaatliche Garantien und gewaltenteilende Sicherungen werden Opfer einer diffusen Einheitsmetaphorik.“

Der NS kam nicht durch die Allmacht eines demokratisch gewählten Parlaments, sondern durch einen nahezu allmächtigen Reichspräsidenten und die ihn stützenden Gesellschaftsschichten an die Macht und der NS selbst bedeutete schon gar nicht die Allmacht

eines demokratischen Gesetzgebers, sondern maximale Ent-Demokratisierung und Ent-Parlamentarisierung.

So stellt auch Pauly (2001, 104) fest: „Parallel zur Apotheose des ‚Führers‘ verlief [...] der Verfall des Gesetzesbegriffs, der weitgehend seiner formalen Kriterien [...] entkleidet wurde.“ Und Frieder Günther faßt die neuere Literatur wie folgt zusammen:

„Das nationalsozialistische Regime war [...] an einer systematischen juristischen Erfassung des unberechenbaren dynamischen Führerstaates schlichtweg nicht interessiert.“ (Günther 2004, 51).

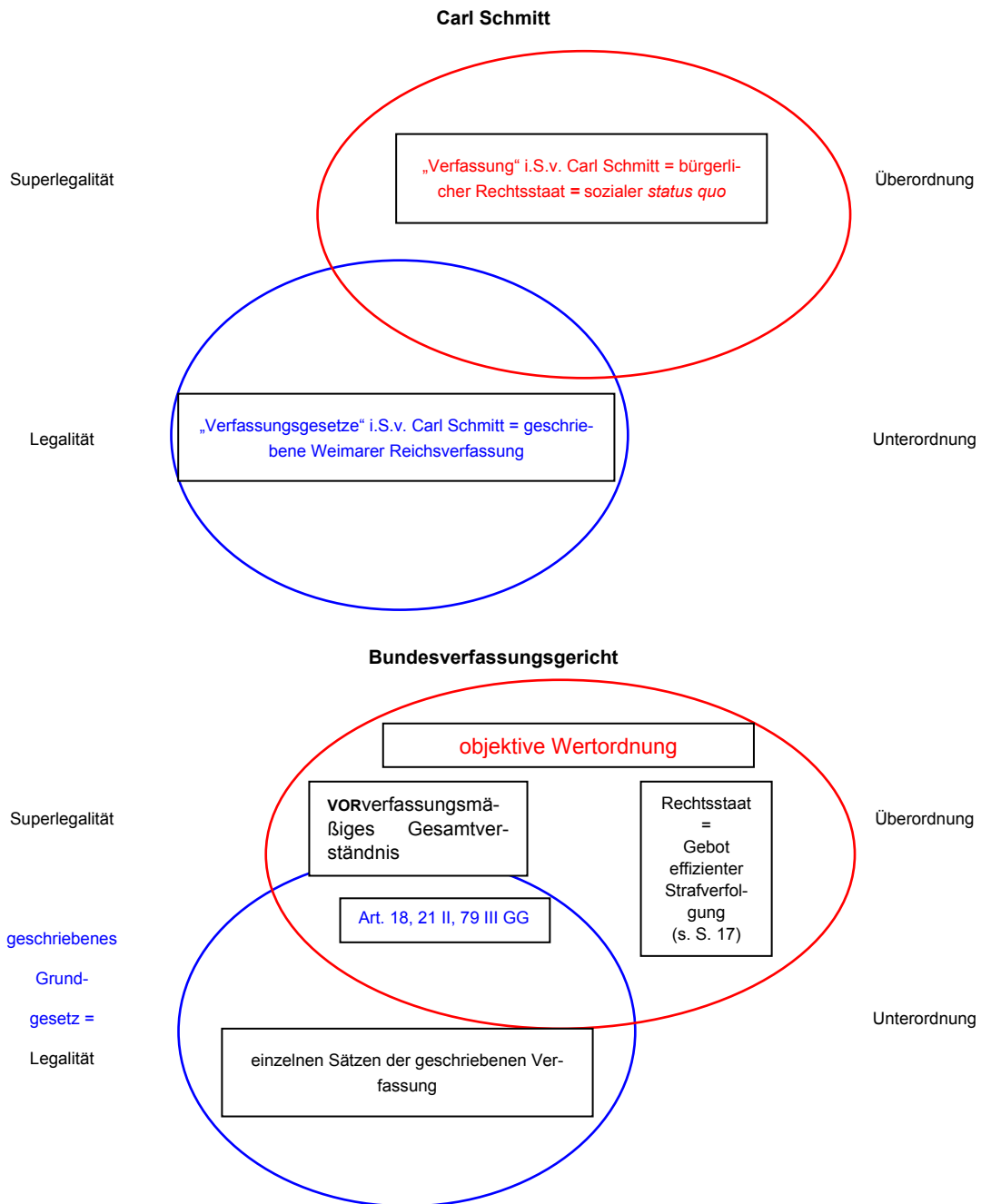
Hiernach muß in Bezug auf die These vom nationalsozialistischen Positivismus in der Tat von einer „[L]egende“ Maus (2004, 846) gesprochen werden – eine Legende, die der Fortsetzung des Anti-Positivismus den Makel der Kontinuität nehmen sollte (vgl. Walther 1989, 351, 353)<sup>80</sup>.

## **5. 1945 ff.: Kontinuitäten materieller Rechtsstaatlichkeit**

### **a) *Verfassung statt Demokratie – Das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgericht***

1945 setzte Werner Käge, in einem Werk, das sich später als prägende „Programmschrift“ (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 13) für das Bonner Grundgesetz erweisen sollte, weiterhin die ‚Logik der Verfassung‘ der ‚Logik der Demokratie‘ entgegen – wobei die Verfassung und nicht die Demokratie präferiert wird. Noch 2003 wird von Reinhold Zippelius in seiner *Allgemeinen Staatslehre* in alter anti-demokratischer Tradition vor der „Gefahr [...] eine[r] umfassenden Herrschaft der Menge“ (Zippelius 2003, 190; vgl. krit. zur Auflage von 1988: Wesel 1992, 60) gewarnt und der Rechtsstaat als probates Gegenmittel präsentiert: „Das gesamte politische und rechtliche Entscheidungsgeschehen ist im Rechtsstaat anders institutionalisiert als es dem radikaldemokratischen Modell entspräche.“ (Zippelius 2003, 191). In gleicher Tradition steht es, wenn sich das Bundesverfassungsgericht – wann immer es zur Dynamisierung des gesetzten Rechts im Sinne der Systemrationalität<sup>81</sup> als sinnvoll erscheint – zum Ersatz-Verfassungsgeber<sup>82</sup> aufschwingt und ein „**VOR**verfassungsmäßiges Gesamtbild“ (BVerfGE 2, 380 [403]) des Rechtsstaats heranzieht, das den – vom Parlamentarischen Rat 1949 oder von dem nachfolgenden Verfassungsänderer beschlossenen – TEXT des Grundgesetzes jederzeit überspielen kann.<sup>83</sup>

**Schaubild 3: Legalität und Superlegalität bei Carl Schmitt und dem Bundesverfassungsgericht**



**Anmerkung:** Schmitt und das Bundesverfassungsgericht ordnen einen großen Teil der geschriebenen Verfassung dem Rest der geschriebenen Verfassung und Vorstellungen, die in der Verfassung nicht geschrieben sind, unter. Das BVerfG kann sich dabei darauf stützen, daß das Grundgesetz in der Tat einen besonderen Schutz für einen Teil seiner Bestimmungen vorsieht (Art. 18, 21 II, 79 III GG). Dies bedeutet – vom Standpunkt juristischer Methodenlehren aus gesehen – freilich nicht, daß der Wortlaut des Grundgesetzes als Grenze bei der Auslegung nicht zu beachten wäre und auch nicht, daß dieser besonders geschützte Kern mit Vorstellungen außerhalb der geschriebenen Verfassung angereichert werden dürfte.

Begründet wird diese Praxis (wie zuvor schon von Carl Schmitt) damit, daß das VERFASSUNGSRECHT NICHT NUR „aus den einzelnen Sätzen der GESCHRIEBENEN VERFASSUNG“ besteht, sondern auch aus „Grundsätzen und Leitideen“, die der Verfas-

sungsgeber „nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat“. Zu diesen Leitideen gehöre das Rechtsstaatsprinzip (ebd.). Diese Leitideen entnimmt das BVerfG eben einem „**VOR**verfassungsmäßige[n] Gesamtbild“, vom dem der Verfassungsgeber ausgegangen sein soll (ebd.), das aber nicht mit den anerkannten Methoden der sog. historischen oder genealogischen ‚Auslegung (Heranziehung von Gesetzgebungsmaterialien etc.) ermittelt wird.

„Presumably the most accepted – though frequently unconscious – incorporation of Schmitt’s doctrinal elements is his understanding of the constitution as a political decision. Although the German Federal Constitutional Court does not use the term ‚political decision‘, it qualifies, quite in line with Schmitt, the declaration of [certain constitutional, d. Vf.In] principles [...] as ‚fundamental constitutional decisions‘ which reflect and continue the political will of the founding persons for succeeding generations. This does not mean that the Court clings to the empirical will of the involved persons in order to expound the content of the constitution – the contrary is true. The methodological approach instead acknowledges the distinction between the wording of the text and the political essence of the constitution, which in the expression of the Constitutional Court, forms a ‚value order‘.“ (Preuß 1993c, 25 f.).

Vielmehr sagt das BVerfG über dessen Ermittlung ausdrücklich, daß dieser Auslegung „willentliche Elemente“ auf Seiten des Gerichts nicht fehlen:<sup>84</sup> So ist es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Aufgabe der Justiz,

„Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt bewertenden Erkennens, dem auch willentliche Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen“ (BVerfGE 34, 269 [287] – Soraya; vgl. krit. dazu: Ridder 1973).

Ein Verfassungsgericht gilt folglich als „ein politisches Gericht, für das die Maßstäbe, die man an die Fachgerichtsbarkeit anlegt, weder in methodischer noch in verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten können“ (Roellecke 1991, 79).

### **b) Methodischer Anspruch und rechtsstaatliche Praxis**

In juristischen METHODENLEHREN wird die sog. teleologische Auslegung – die Heranziehung des vermeintlichen Sinns und Zwecks eines Gesetzes abgelehnt, so z.B. von F. Müller (1997, 88 f.):

„Ratio‘, ‚telos‘, ‚Sinn und Zweck‘ sind in der Regel nicht mehr als eine Metapher für das, was als Resultat angestrebt wird. Mit solchen Zielbegriffen allein sind kontrollierbare Schritte der Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung nicht zu leisten.“

– oder allenfalls als letzte Möglichkeit in Betracht gezogen, so z.B. von Larenz (1991, 344):



„Reichen die bisher angeführten Kriterien nicht aus, so hat die Auslegung auf objektiv-teleologische Kriterien zurückzugreifen, auch wenn sie dem Gesetzgeber selbst vielleicht nicht voll bewußt gewesen sind.“

Und Röhl (1995, 634) begrenzt die Relevanz der teleologischen Auslegung dadurch, daß er betont: „In der Regel [?!, Anm. d. Vf.In] muß der maßgebliche Normzweck [...] erst durch historische oder systematische Auslegung ermittelt werden.“<sup>85</sup> Damit führt Röhl also einen engeren (als üblichen) Begriff der teleologischen Auslegung ein. Demgegenüber sagt er (ebd., 636), daß ein weiter Begriff von teleologischer Auslegung, der den Zweck des Gesetzes JENSEITS (statt als Resümee) der anderen Auslegungsmethoden findet, mit Topoi wie „Folgenberücksichtigung, Wert- und Interessensabwägung“ schwimme, die nicht zum klassischen Auslegungskanon gehören und immer die Gefahr beinhalten „dysfunktional“ für die Rechtsanwendung zu sein (641).

In der anti-positivistischen RECHTSSTAATS-PRAXIS wird diese teleologische Auslegungsmethode i.w.S. – in Deutschland nicht anders als in Spanien – zur BEVORZUGTEN Auslegungsmethode:<sup>86</sup>

So beansprucht das BVerfG dem ‚objektiven‘ Willen des Gesetzes, nicht aber dem ‚subjektiven‘ Willen des Gesetzgebers zu folgen (zu dieser irreführenden Verwendung der Worte „subjektiv“ und „objektiv“ s. oben bereits Fußnote \* auf S. 65). Da das Gericht aber – wie wir gesehen haben –, den Wortlaut des Gesetzes nicht als Grenze der Auslegung akzeptiert, ist das Resultat, daß das Gericht sich nicht nur für klüger als den historischen Gesetzgeber hält (Röhl 1995, 647), sondern auch für klüger als das Gesetz selbst:

„Die objektive Theorie macht betont von der teleologischen Auslegung Gebrauch, die sich nicht darauf beschränkt, Mittel zur Verwirklichung eines vorgegebenen Gesetzeszweck zu sein, sondern sich in der Bestimmung dieses Zweckes [...] frei fühlt.“ (ebd.).

Als Konsequenz eines solchen Verständnisses ist auch in Spanien die teleologische Auslegung die ausschlaggebende Interpretationsmethode: „Die Verfassung verkörpert ein Wertsystem, dessen Beachtung eine teleologische Auslegung der Verfassungsnorm verlangt“ (STC v. 8.6.1981, Fto. Jco. 2 zit. n. Cruz Villón 1983, 100 f.).

---

\* Larenz spricht von „objektiv-teleologischen Kriterien“, um den Unterschied zum vom Gesetzgeber subjektiv verfolgten Gesetzeszweck deutlich zu machen. Dies ignoriert freilich, daß damit nur ein subjektives *telos* das andere ersetzt (das des/r GesetzesINTERPRETEN/IN das des GesetzGEBERS; vgl. Römer 1977a, 95. Auch Röhl 1995, 649 schreibt: „die ‚objektive‘ Theorie [überzeugt] nicht wegen ihrer Objektivität; im Gegenteil, ‚SUBJEKTIVE‘ AUSLEGUNG IST OBJEKTIV [denn sie orientiert sich am TATSÄCHLICH vom Gesetzgeber verfolgten Gesetzeszweck, d. Vf.In], ‚OBJEKTIVE‘ AUSLEGUNG IST SUBJEKTIV“ [Hv. i.O.] – nämlich von der Subjektivität des/r jeweiligen Interpreten/in bestimmt.

Das, was nach Larenz' Begrifflichkeit als ‚subjektiv-teleologisches Kriterium‘ bezeichnet werden könnte, ist Bestandteil dessen, was üblicherweise als genealogische (oder, wenn nicht zwischen genealogischer und historischer Auslegung unterschieden wird, als historische) Auslegung bezeichnet wird. Auch diese Kriterien kommen, auch nach Larenz, jedenfalls erst dann in Betracht, „[w]enn der [...] Wortsinn, der Bedeutungszusammenhang und die ihm zugrunde liegende begriffliche Systematik, [...] verschiedene Deutungsmöglichkeiten offen lassen.“ (328). Grenze der Auslegung ist jedenfalls das, was sich zuverlässig im Bundesgesetzesblatt nachschlagen läßt: der Wortlaut des Gesetzes (327). Soweit die MethodenLEHRE – selbst eines Methodenlehrers, dem keinesfalls eine Präferenz für die Verteidigung des demokratischen Gesetzgebers nachgesagt werden kann.

Der – der Verfassung vom VerfassungsGERICHT beigelegte – Sinn und Zweck überspielt die Ergebnisse der sog. grammatischen (Der Wortlaut des Gesetzes als Grenze der Auslegung<sup>87</sup>), systematischen (Die Bedeutung einer Norm im Kontext von anderen Normen)<sup>88</sup>, genealogischen (Analyse der Gesetzgebungsmaterialien)<sup>89</sup> und historischen (Analyse von Vorläufervorschriften) Auslegung.<sup>90</sup>

Damit substituiert der Verfassungsinterpret den Verfassungsgeber:

„Nur die historische Auslegung im Sinne der ‚subjektiven‘ Theorie ist objektiv nachvollziehbar und bleibt damit Gesetzesauslegung und Anwendung. Die ‚objektive‘ Theorie kann kein vergleichbar exaktes Verfahren aufweisen. ‚Objektive‘ Auslegung ist daher tatsächlich Rechtsetzung. Mit der objektiven Theorie haben sich die Gerichte von Dienern zu Herren des Gesetzes aufgeschwungen.“ (Röhl 1995, 648 f.).

Carl Schmitt stellt zu dieser hegemonialen und weithin unhinterfragten Praxis 1963 befriedigt fest:

„In Deutschland ist die Berufung auf das Recht im Gegensatz zum Gesetz selbst bei den Juristen zu einer Selbstverständlichkeit geworden, die kaum noch auffällt. Auch Nicht-Juristen sagen heute einfach immer legitim (und nicht legal), wenn sie sagen wollen, daß sie Recht haben.“ (Schmitt 1963, 86).

### **c) Der politische Einsatz (verrechtlichender) Entpolitisierung: Stilllegung gesellschaftlicher Konflikte**

Dabei ist der nun schon mehrfach zitierte Schmitt von besonderem Interesse. Denn er spricht (anders als andere VerfechterInnen des Rechtsstaats-Konzeptes) den POLITISCHEN CHARAKTER EINER SOLCHEN ERSETZUNG VON POLITIK (Gesetzgebung) DURCH (ungesetzliches) RECHT<sup>91</sup> klar aus. Er benennt die Funktion einer solchen Einschränkung des Gesetzgebers durch einen von Gerichte, Rechtswissenschaft und – bei Carl Schmitt: – dem Reichspräsidenten – situationsgemäß zu verwaltenden Kanon von Werten sowie ‚allgemeinen Rechtsideen‘ (s. S. 47, 64, 72 und Endnote 59) oder situationsgemäß zutreffenden Entscheidung (des Souveräns über den Ausnahmezustand) deutlich. Die Verfassung des Schmittschen Rechtsstaats ist durchaus kein ‚unpolitisches‘, über den Parteien stehendes Recht – auch wenn und gerade WEIL Schmitt um den politischen Nutzen des gegenteiligen Anscheins weiß.

„In Wahrheit ist es [...] eine typische und besonders intensive Art und Weise, Politik zu treiben, daß man den Gegner als politisch, sich selbst als unpolitisch (d.h. hier: wissenschaftlich, gerecht, objektiv, unparteiisch usw.) hinstellt.“ (Schmitt 1927/32, S. 8, FN 2).<sup>92</sup>

Wenn die Berufung auf die ‚Souveränität des Rechts‘ als einer ‚höheren Ordnung‘ keine „leere Phrase“ ist, dann hat sie – wie Schmitt (ebd., 54) ebenfalls sagt – den präzisen „politischen Sinn [...], daß bestimmte Menschen aufgrund dieser ‚höheren Ordnung‘ über Menschen einer ‚niederen Ordnung‘ herrschen wollen“. Verkürzt (und wahrscheinlich der

pseudo-revolutionären Selbstdarstellung der *Konservativen Revolution* dienen sollend) ist es allerdings, wenn Schmitt schreibt, diejenigen, die das Recht mit den „bestehenden positiven Gesetzen und Gesetzgebungsmethoden“ identifizierten, seien die Verteidiger des jeweiligen *status quo* (ebd., 53), und nahelegt, diejenigen, die sich auf ein „richtigeres“ (Vernunft- oder Natur)recht berufen, seien die UmstürzlerInnen (54). Dies verdeckt die dritte mögliche und in Deutschland dominierende Funktion der Berufung auf ein ‚höheres Recht‘: Sie kann nämlich auch dazu dienen, den Versuch, die „bestehenden [...] Gesetzgebungsmethoden“ als Mittel der SOZIALEN TRANSFORMATION auszunutzen, ABZUWEHREN, – also dazu dienen, den bestehenden sozialen *status quo* (als den einzig rechtsstaatlichen) notfalls mit Ausnahmerecht gerade zu STABILISIEREN (wie Schmitt an anderer Stelle deutlich ausspricht und hier auf S. 52 bereits zitiert wurde).

Der wahre Unterschied zwischen einem positivistischen und formellen Rechtsbegriff einerseits und einem anti-positivistischen, ‚materiellen‘ (substantialistischen) Rechtsbegriff andererseits liegt nicht im ZIEL (Verteidigung oder Umsturz des *status quo*), sondern darin welche STRATEGIE als erfolgsträchtiger für das jeweilige Ziel angesehen wird: Wird darauf vertraut, daß sich die eigene Position auch und gerade in offenen Kontroversen durchsetzt<sup>93</sup> oder wird die erfolgsträchtige Strategie in der Stilllegung des Konflikts gesehen. In diesem Sinne hat Ralf Dahrendorf in den 60er Jahren darauf hingewiesen, daß in Deutschland immer wieder die Neigung besteht, „die Suche nach endgültigen und autoritativen Lösungen d[er] Schaffung von Spielregeln“ vorzuziehen (Dahrendorf 1963, 172): Der Staat (und auch der Rechtsstaat, so können wir Dahrendorf ergänzen) wird – in hegelianischer Tradition – als „[ü]ber den Interessen und Konflikten der bürgerlichen Gesellschaft“ schwebende „letzte, erhabene, unparteiische Autorität“ (176) vorgestellt und die verbeamteten JuristInnen wirken als „institutionelle Interpreten der substantiellen Sittlichkeit“ (177).<sup>94</sup> Als charakteristisches Beispiel dafür („symbolisiert“) führt er das Bismarck-System an:

„Die scheinbar widersprüchliche Kombination des zu seiner Zeit fortgeschrittensten Systems sozialer Sicherheit mit dem Verbot sozialistischer Parteien und Gewerkschaften in Bismarcks Deutschland SYMBOLISIERT eine Haltung zu Konflikten, dergemäß formelle Antagonismen unnötig sind, weil es eine Autorität gibt, die in der Lage ist, ihre Gegenstände ein für allemal zu erledigen.“ (182 – Hv. d. Vf.In).

In dieser Tradition steht noch eine Verfassungsgerichtsrechtssprechung, die Grundrechte nicht als Recht auf Dissens versteht, sondern den Grundrechtsschutz gerade dann entfallen läßt, wenn ein schwerer Dissens vorliegt, und die BürgerInnen statt dessen – notfalls unter Heranziehung einer effizienten Strafrechtspflege (s. dazu im folgenden) auf die Verwirklichung einer vorgegebenen Wertordnung verpflichtet.

### **d) Die rechtsstaatliche Transformation der Grundrechte – Beispiel 1: Das grundgesetzliche Folterverbot**

In der staatlichen Reaktion auf den bewaffneten Kampf der Roten Armee Fraktion (RAF) wird die antipositivistische, substantialistische Rechtsprechungspraxis besonders deutlich. So entschied der Bundesgerichtshof 1975 in einer Entscheidung über eine Beschwerde, die auch die Haftbedingungen der Gefangenen aus der RAF betraf, folgendes: Die – auch nach Ansicht des BGH VON DEN HAFTBEDINGUNGEN MITHERVORGERUFENE VERHANDLUNGSUNFÄHIGKEIT der Gefangenen<sup>95</sup> – sei dennoch i.S.d. § 231a StPO ‚selbstverschuldet‘.\*

Denn das „durch nichts zu beeinflussende realitätsferne Bild von den gesellschaftlichen Verhältnissen und von den tatsächlichen Möglichkeiten, auf sie einzuwirken, verführt sie [die Gefangenen] zu einer fanatischen Verfolgung ihrer Ziele auch aus der Untersuchungshaft heraus.“†, <sup>96</sup> Angesichts „ihrer überdurchschnittlichen Intelligenz“ hätten sie „auch die AUSWIRKUNGEN DER ISOLIERENDEN HAFTBEDINGUNGEN auf ihre Verhandlungsfähigkeit“ seit langem erkannt. „Wenn sie gleichwohl seit Jahren das Verhalten fortsetzen, das die staatlichen Organe zur Anwendung dieser Haftbedingungen zwingt, so haben sie somit die Herbeiführung ihrer Verhandlungsunfähigkeit in Kauf genommen. Das genügt zur Annahme vorsätzlichen Verhaltens i.S. des § 231a Abs. 1 StPO“ (BGHSt 26, 228 [237, 239]).<sup>97</sup>

Dieser BGH-Beschluß ist von dem niederländischen Juristen Bakker Schut (1986, 251) als „Folterbeschuß“ bezeichnet worden, da mit dieser Begründung deutlich werde, daß die genannten Haftbedingungen nicht oder zumindest nicht entscheidend Sicherheits-Erwägungen (Verhinderung von Gefängnisausbrüchen) folgten, sondern dazu dienen sollten, die Gefangenen zu staatlicherseits erwünschten politischen Stellungnahmen und Verhaltensweisen (hier: Aufgabe des „realitätsferne[n] Bild[es] von den gesellschaftlichen Verhältnissen“) zu zwingen.<sup>98</sup>

Die Verfassungsbeschwerde der Gefangenen, deren Anwälte in dem oben zitierten BGH-Beschluß u.a. einen Verstoß gegen das grundgesetzliche Folterverbot sahen<sup>99</sup>, wurde vom Bundesverfassungsgericht allerdings mit folgender – für das Rechtsstaats-Konzept bezeichnenden – Argumentation abgewiesen: Der Foltervorwurf sei „abwegig“, und die Auslegung der fraglichen Vorschrift der Strafprozeßordnung durch den BGH entspreche

\* § 231a I 1 StPO bestimmt: „Hat sich der Angeklagte vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und verhindert er dadurch wesentlich die ordnungsmäßige Durchführung oder Fortsetzung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart, so wird die Hauptverhandlung, [...], in seiner Abwesenheit durchgeführt oder fortgesetzt, [...]“

† Der BGH spricht an der genannten Stelle zwar auch die gewaltsamen Mittel, die die RAF zur Realisierung ihrer Ziele einsetzte, an („Anwendung rücksichtsloser Waffengewalt“). Da diese allein strafbaren Mittel (Waffen etc.) den Untersuchungsgefangenen (sehen wir von der umstrittenen Frage der Gefangenen-„Selbstmorde“ 1977 ab) in der Haft aber nicht zur Verfügung standen, jedenfalls unstrittig in der Haft niemals gegen Dritte zur Anwendung kamen, bleibt für den BGH am Ende allein die Gesinnung der Gefangenen als Kriterium übrig: die Nicht-Anerkennung der staatlichen Gesetze und die Mißachtung der Organe der Justiz (BGHSt 26, 237: Gruppe, die die staatlichen Gesetze „nicht als [...] verbindlich anerkennt und seine Organe [...] mißachtet“). Zum Konstrukt einer kriminellen Vereinigung „aus der Haft heraus“ s. ausführlich Bakker Schut 1986, 522 - 527 m.w.N. (523: dieses Konstrukt stelle allein auf das „Vorhandensein krimineller Absichten, unabhängig von der ‚Realisierbarkeit des kriminellen Zwecks“ ab) und Seifert 1979, 81 Mitte, 83 f.; differenziert dazu Ostendorf 1979, 255, einerseits vor und andererseits nach FN 47 (zu den vor FN 47 angesprochenen Umständen s. noch einmal Bakker Schut 1986, 526 f.). Weitere Nachweise für die staatliche Argumentationslinie (isolierende Haftbedingungen als gerechtfertigte Strafe für Mißachtung der Staatsorgane) finden sich in Endnote 96.

„einem Gebot des Rechtsstaatsprinzips, das die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ verlange (BVerfGE 41, 228 [246]).

#### Schaubild 4: Gerichtsentscheidungen zur Verhandlungsunfähigkeit der Stammheimer Gefangenen

Oberlandesgericht Stuttgart	Bundesgerichtshof	Bundesverfassungsgericht
Die Verhandlungsunfähigkeit der Angeklagten steht der Fortsetzung der Verhandlung nicht entgegen, da diese ihre Verhandlungsunfähigkeit durch Hungerstreiks selbst herbeigeführt haben (s. Grünwald 1976, 767).	Die Verhandlungsunfähigkeit der Gefangenen ist auch durch die „isolierenden Haftbedingungen“ verursacht, aber dennoch ‚selbstverschuldet‘ i.S.d. § 231a StPO. Denn die Gefangenen haben den Staat aufgrund ihres Fanatismus zur Anwendung dieser Haftbedingungen gezwungen.	Der BGH-Beschluß stellt keinen Verstoß gegen das von Art. 104 GG statuierte Verbot, festgehaltene Personen körperlich oder seelisch zu mißhandeln dar, sondern entspricht dem Gebot einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“.

Hier wird ein Rechtsstaatsprinzip konstruiert (zur – *de lege lata* – Fragwürdigkeit dieser Konstruktion s. unten S. 86), aus dem ein nirgends im Grundgesetz angesprochenes (Grünwald 1976, 772: „angebliches“) Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege abgeleitet wird. Damit wird – ohne jede konkrete Argumentation Art. 104 I 2 GG ausgehebelt, der da lautet: „Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.“ Das Grundgesetz besagt, daß weder die Straf- noch erst recht die hier in Rede stehende Untersuchungshaft<sup>100</sup> dazu dienen darf, den Gefangenen zu brechen. Dies ist – bei allen sonstigen Auslegungsdifferenzen – auch nach herrschender Verfassungsrechtslehre der unstreitige Gehalt des Art. 104 I 2 GG (Folterverbot) (abweichend, soweit ersichtlich, allein: Brugger 1996, 81<sup>101</sup>).

Konkretisiert wird das Folterverbot folgendermaßen: Seelische Mißhandlung liegt insbesondere bei Maßnahmen vor, die die freie Willensbildung beeinträchtigen können oder sollen (Dürig-MD, 1958, Art. 104, RN 22; Haman-Lenz, 1970, Art. 104, Anm. 4; Degenhardt-Sachs, 1999, Art. 104, RN 45).<sup>102</sup> Eine Mißhandlung liegt vor, „wenn sie das Opfer demütigt oder zwingt, gegen seine Überzeugung zu handeln“ (Rüping-BK, 1998, Art. 104, RN 38; vgl. auch: Gusy-MKS, 2001, Art. 104, RN 33 m.w.N.). „Mißhandlung [i.S.d. Art. 104 I 2 GG] ist in jedem Fall Folter, also die bewußte Zufügung von Übeln zum Zwecke der Brechung des Willens der betreffenden Person.“ (Jarass-JP, 2002, Art. 104, RN 8).

Daß die Schädigung der Gesundheit einer Person (mit der Folge deren Verhandlungsunfähigkeit) aus dem Grund, daß diese nicht von ihrem „Ziel“ und ihrem ‚Bekenntnis‘ (s. Endnote 98) abläßt, deren Mißhandlung darstellt, bedarf nach Vorstehendem keiner näheren Begründung mehr. Genauso sollte auch der Hinweis, daß das Grundgesetz keine Vorschrift enthält, nach der das Recht aus Art. 104 I 2 GG wegen „Gefährlichkeit“ (BGHSt 26, 241) verwirkt werden kann, überflüssig sein. Auch das Bundesverfassungsgericht würde dies im Grundsatz nicht bestreiten, nur läßt es im Einzelfall – zwecks Verteidi-

gung des deutschen Rechtsstaats – Ausnahmen zu, die aber schlecht beim Namen genannt werden können.

Folglich MUß der Foltervorwurf vom Verfassungsgericht schlicht als „abwegig“ zurückgewiesen werden. Und er KANN als „abwegig“ zurückgewiesen werden, denn die Bundesrepublik ist ein Staat des Rechts, das mit allen notwendigen Mitteln verteidigt werden muß („Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“):

- Wenn der Rechtsstaat der „Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien [...], als nach welchem zu streben uns die Vernunft“ lehrt, (Kant / Roellecke; s. oben S. 29) bzw. schlicht der „Staat der Vernunft“ (Welcker; s. oben S.29) ist und wenn die Bundesrepublik ein Rechtsstaat ist, dann können GegnerInnen derselben nur ‚realitätsferne FanatikerInnen‘ (BGH; s. oben S. 68) sein.
- Wenn „Rechtsstaat“ nicht demokratische Konstituierung, sondern bloße Begrenzung des pre-existenten Staates bedeutet (s. oben S. 43), dann ist klar, daß diese Begrenzung jedenfalls nicht so weit gehen kann, daß sie diesen Staat selbst gefährden könnte: „eine Auflösung des Staates und eine Unterbrechung aller Lebensfunktionen derselben“ dürfen keinesfalls eintreten (Laband; s. oben S. 48); „liberale Staatsfremdheit“ muß abgewiesen werden (Scheuner über Mohl; s. oben S. 40); dann ist es aber auch keine Überraschung mehr, wenn das Rechtsstaats-Konzept schließlich von einer (vorsichtigen) Begrenzung des Staates zugunsten der BürgerInnen zu einer Begrenzung der BürgerInnenrechte zugunsten des Staates wird.

„Zu schweren Bedenken gibt [...] ein BEDEUTUNGSWANDEL DES RECHTSSTAATSBEGRIFFS Anlaß [...] der die Rechtsstaatsidee nicht mehr, wie bisher 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 Rechtsstaat schützen wolle, müsse bereit sein, ‚bis an die Grenze dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat erlaubt wird‘ (Helmut Schmidt), wird dann im Namen des Rechtsstaats (!) mehr und mehr eine Verstärkung des politischen Repressions- und Überwachungsinstrumentariums gefordert. Damit der Begriff des Rechtsstaats in sein Gegenteil verkehrt: [...]. Oder ist dieser Begriffswandel vielleicht doch nur konsequent? Er wäre es, wenn der eigentliche Kern des Rechtsstaats wirklich im Schutz des sozioökonomischen Status quo bestehen sollte.“ (Bäumlin 1987, Sp. 2817 f. – Hv. i.O.).

- Und, wenn das Recht des RechtsSTAATS nicht mit den statutarischen Gesetzen identisch ist, sondern (zumindest teilweise) „aus Begriffen des [...] Rechts überhaupt von selbst folg[t]“ (Kant; s. oben S. 29 und FN \* a.E. auf S. 31) bzw. (selbst von vermeintlichen Positivisten) aus allgemeinen Rechtsideen und -prinzipien abgeleitet wird; wenn die Verfassung *per definitionem* „keinen Rechtssatz involvieren kann, der den Selbstmord des Staates bedeutet“ (Laband; s. oben S. \* auf S. 47), wenn es im Rechtsstaat willentliche Entscheidungen des Verfassungsgerichtes, der Krone des Rechtsstaats (s. oben S. 50 und auch S. 24), gibt, die „den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung“ vorgehen (s. oben S. 63 und 65), dann ist es kein Wunder, daß die nicht

normierte „Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ (s. oben S. 69) wichtiger ist als schriftlich fixierte Grundrechte.

So zeigt sich also, daß das Rechtsstaats-Postulat immunisierend gegen Kritik wirkt: Die Existenz gesundheitsschädigender Haftbedingungen und deren Motiv (die Tatsache, daß die Gefangenen nicht abschwören) wird vom BGH zugegeben; deren Änderung, wie von Art. 104 GG verlangt, aber vom BVerfG im Namen des Rechtsstaats nicht für erforderlich gehalten. Damit wird das wahr, was Quaritsch (1962, 185) problematisiert hat:

„Eine verfassungsrechtlich normierte werthafte Lebensordnung [= ‚materieller‘ Rechtsstaat, d. Vf.In] ist nicht diskutierbar, [...] man kann sie nur befolgen – wer das nicht will, verliert den Anspruch auf rechtliches Gehör.“

Daß das gesetzte Recht durch eine solche Vorgehensweise unterminiert wird und dies langfristig zu einer De-Legitimierung führen kann, sehen auch Verfechter des Rechtsstaates wie der nachmalige Bundesverfassungsrichter Böckenförde. Er hatte aufgrund dieser Befürchtung (in einem Carl Schmitt zum 90. Geburtstag gewidmeten) Aufsatz vorgeschlagen, – statt der Fortsetzung derartiger Rechtsverbiegung (1882: „nicht stichhaltig“, 1893: „überverfassungsmäßig“), die er zwar nicht am Beispiel der Haftbedingungen im allgemeinen, sondern am Beispiel der Kontaktsperre und anderer Maßnahmen des sog. Antiterrorkampfes diskutiert – doch lieber gleich die Grundgesetzschriften für den Inneren Notstand auszuweiten und für diesen Fall nicht nur (wie bisher) eine Konzentration von Kompetenzen auf Bundesebene zuzulassen, sondern „zusätzliche Handlungs- und Eingriffsbefugnisse“ (1881, FN 2) zu schaffen. Er machte für diesen Vorschlag u.a. geltend, daß sich derartige Notstandssituationen einerseits nicht im Rahmen der geltenden Verfassung lösen ließen (1884 f.), ein solcher Vorschlag andererseits aber wenigstens das Recht für die Normallage erhalte und dieses nicht „Stück für Stück“ in Ausnahmerecht verwandle (1888 f.).<sup>103</sup>

### ***e) Die rechtsstaatliche Transformation der Grundrechte – Beispiel 2: Das Abtreibungsurteil und die Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts***

Dies ist allerdings längst geschehen. Denn es handelt sich bei der oben dargestellten Argumentation des Bundesverfassungsgerichts nicht um einen ‚Ausrutscher‘, der den staatlichen Institutionen im Zuge der Auseinandersetzung mit einer – für diese in der Tat nicht ungefährlichen – bewaffneten, staatsfeindlichen Organisation unterlaufen ist.

Vielmehr ist auch in ganz anderen Bereichen eine Verkehrung von Grundrechten in eine staatliche Pflicht zu strafen, festzustellen. Charakteristisch dafür ist bspw. die § 218-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus den siebziger Jahre (vgl. dazu krit. F. Müller 1997, 248, FN 542; Maus 1999, 277 – jew. m.w.N.). In dieser Auseinandersetzung wurde zwar nicht das Wort „Rechtsstaat“ herangezogen, aber methodengleich dem

Grundgesetz eine „objektive Wertordnung“ beigegeben, deren Schutz es **GEBIETE**, dem Gesetzgeber zu **VERBieten**, Abtreibungen (außer in Fällen der ‚schwerwiegenden Unzumutbarkeit‘ der Schwangerschaft [BVerfGE 39, 49]) zu entkriminalisieren: Die Grundrechtsnormen, so wurde argumentiert, „enthalten nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung“. Der Staat ist daher aus „dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Normen“ zu „rechtlichem Schutz des werdenden Lebens verpflichtet.“ Das Ausmaß wird ebenfalls expliziert: „Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend.“ (BVerfGE 39, 41 f.).

Lübbe-Wolff (2003, 20) hat dazu kürzlich die Ansicht vertreten:

„In dieser Entscheidung ging es [...] um die Frage, ob der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch für die ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft weitgehend straffrei stellen durfte; das Gericht hat diese verneint, weil der Gesetzgeber seiner grundrechtlichen Schutzpflicht für das sich entwickelnde Leben nur mit einer weitergehenden strafrechtlichen Sanktionierung des Schwangerschaftsabbruchs genügen könne. Viele Kritiker haben diese Entscheidung so behandelt, als hätte das Gericht hier den Gesetzgeber zum Erlaß nicht vorhandener Strafvorschriften verurteilt. Für das Verständnis dieser Entscheidung ist aber wesentlich, dass sie nicht eine gegen grundrechtliche Schutzpflichten verstoßende **UNTÄTIGKEIT**, sondern ein – nach Auffassung des Gerichts schutzpflichtwidriges – **POSITIVES HANDELN** des Gesetzgebers zum Gegenstand hatte, nämlich die Einschränkung der früheren Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs durch das Fünfte Strafrechtsreformgesetz. Dass das Gericht den Gesetzgeber zum Erlaß von Strafvorschriften verurteilt hätte, wenn es über die Verfassungsmäßigkeit einer historisch überkommenen Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten zu befinden gehabt hätte, ist bei Betrachtung der sonstigen Rechtsprechung des Gerichts eher unwahrscheinlich. Tatsächlich mußte das Gericht aber, um den Zustand eines von ihm als ausreichend angesehenen strafrechtlichen Schutzes herzustellen, nur Regelungen des Fünften Strafrechtsreformgesetzes für nichtig erklären, die die bisherige Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs teilweise beseitigten.“

Diese Argumentation ist bzgl. der fraglichen Entscheidung plausibel, betrifft aber ausschließlich die Frage, ob das BVerfG selbst als positiver Gesetzgeber tätig wird, also die Frage der Machtverteilung von Parlament und Verfassungsgericht. Im fraglichen Fall hatte sich das BVerfG in der Tat vorderhand darauf beschränkt, ein neues Gesetz für verfassungswidrig zu erklären und dadurch ein altes wieder in Kraft zu setzen.

Davon unberührt bleibt aber die Feststellung einer Verkehrung der Grundrechte in Grundpflichten durch das BVerfG; und die Ansicht, das BVerfG würde prinzipiell davor zurückschrecken, den Gesetzgeber zum Erlaß neuer Strafvorschriften (und nicht nur zur Wiedereinkraftsetzung alter) zu verurteilen, scheint übertrieben zu sein.

Denn bereits Anfang der 70er Jahre hatte das BVerfG zwar keine neuen Strafvorschriften verlangt, aber die Zivilgerichtsrechtsprechung nicht nur gebilligt, sondern für verfassungsrechtlich **GEBOTEN** erklärt, die entgegen dem überkommenen Text des BGB Ansprüche auf Schadenersatz ausgeweitet hat. Zu entscheiden war über folgende Vorschriften:

**§ 253 BGB:** „(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.“



(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadenersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

**§ 823 I BGB:** „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Das BVerfG mußte entscheiden, ob ein „sonstiges Recht“ namens „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ besteht und ob im Falle der Verletzung desselben in NICHT-vermögensrelevanter Weise trotz § 253 I BGB ein Anspruch auf Schadenersatz in Geld besteht (wie der BGH entschieden hatte)\* oder ob vielmehr diejenigen, die die entgegen § 253 I BGB zu einem derartigen Schadenersatz verurteilt werden, in einem oder mehreren ihrer Grundrechte verletzt werden. (Im vorliegenden Fall ging es darum, daß eine Zeitschrift ein erfundenes Interview veröffentlicht hatte. Zu entscheiden war, ob die angeblich interviewte Person von der Zeitschrift nicht nur einen Widerruf, sondern, so der BGH, auch Schadenersatz in Geld verlangen kann, ohne einen konkreten ökonomischen Schaden nachweisen zu können.)

Das Bundesverfassungsgericht beanspruchte in seiner Entscheidung, die „Auslegung und Anwendung des bürgerlichen Rechts als solche“ nicht zu überprüfen, d.h.: dem Bundesgerichtshof die Auslegung des BGB zu überlassen. Aufgrund dieses Ausgangspunktes konnte das BVerfG nicht zu dem Ergebnis kommen, ein solcher Schadenersatzanspruch sei dem BGB bereits immanent. Denn dies hätte bedeutet, über „Auslegung und Anwendung des bürgerlichen Rechts als solche“ zu entscheiden.

Das Bundesverfassungsgericht billigte das Ergebnis der BGH-Rechtsprechung TROTZDEM, indem es das gleiche Ergebnis unmittelbar aus der Verfassung gewinnt: Art. 1 und 2 I GG lassen einen derartigen Schadenersatzanspruch als „zwingend gefordert“ erscheinen, auch wenn er im BGB nicht vorgesehen ist (BVerfGE 34, 269 ff. – Soraya – und dazu krit.: Ridder 1973, bes. 454 und 456 – jew. li. Sp. mit den angeführten Zitaten und unter Hinweis auf eine diesbzgl. Inkonsistenz der Entscheidung).

Damit kommt das BVerfG also zu dem Ergebnis, daß bestimmte Sanktionen unmittelbar von Verfassungs wegen geboten sind, auch falls dafür keine einfache gesetzliche Grundlage besteht – über die Auslegung des BGB wollte das BVerfG ja nicht entscheiden!

Es scheint wenig wahrscheinlich zu sein, daß sich diese Ansicht dauerhaft auf zivilrechtliche Sanktionen, die im Zweifelsfall von der Staatsgewalt (GerichtsvollzieherInnen) durch-

---

\* Beide Fragen sind zu unterscheiden: Selbst wenn angenommen wird, daß das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß der dadurch gegebene Schadenersatz auch Nicht-Vermögensschäden umfaßt. Vielmehr müßte es eine ähnliche Vorschrift wie den § 253 II BGB für Körperverletzungen etc. geben, der Schadenersatz in Geld ‚nach Billigkeit‘ (anders kann ein Nicht-Vermögensschaden ja nicht beziffert werden) im Falle von Verletzungen des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ zubilligt. Eine solche Vorschrift gab es unstreitig nicht. Allenfalls kam in Anbetracht den (inzwischen weggefallenen) § 847 BGB auf verwandte, also im Gesetz gerade NICHT genannte Tatbestände auszuweiten (vgl. Ridder 1973, 455).

gesetzt werden, beschränkt und nicht auch auf strafrechtliche Sanktionen ausdehnbar; der Unterschied scheint nur ein gradueller zu sein.

### **f) Die 1990er Jahre: Der Rechtsstaat als Konsens-Maschine**

An diesem Stand hat sich bis heute nichts Relevantes geändert. Denn EINERSEITS haben selbst diejenigen, die nach dem Beitritt der DDR für die Schaffung einer neuen Verfassung plädierten, damit den rechtsstaatlichen *status quo* weder in Frage gestellt noch auch nur in Frage stellen WOLLEN, sondern teilweise sogar eine Kodifizierung der bisher *contra legem* ergangenen Rechtsprechung, so zu Art. 3 I GG (s. dazu unten S. 87), vorgeschlagen (vgl. krit. Ridder 1992a; Römer 1991; 1992). ANDERERSEITS haben auch die in den 90er Jahren ergangenen Verfassungsgerichts-Urteile (Kruzifix, Soldaten sind Mörder, etc.), die vor allem auf politisch konservativer Seite zu Kritik führten und deren Methodologie hier nur anhand des „Soldaten sind Mörder“-Urteils analysiert werden soll, nicht zu einer grundsätzlichen Delegitimation des Bundesverfassungsgerichts und dessen Rechtsstaats-Begriffs geführt. So betont Geis (1999, 141), bei aller Polemik gegen bestimmte Verfassungsgerichtsurteile, in einer Publikation der Hanns-Seidel-Stiftung: Ein Widerstandsrecht „gegen Urteile aus Karlsruhe [...], die uns nicht passen, würde die Axt an die Wurzeln unseres Staatswesens ansetzen“ – und das will er nun ganz bestimmt nicht. So zeigt sich denn weiterhin – wie vor nicht allzu langer Zeit beim Konflikt über das Zuwanderungsgesetz oder im vergangenen Jahr aus Anlaß der Bundestags-Auflösung – eine „ausgeprägte Bereitschaft der sog. ‚politischen Klasse‘ in Deutschland, das BVerfG mit seinen Wirkungsmöglichkeiten und Funktion(en) vielfältig in Anspruch zu nehmen“, und zwar

- „allgemein als vorzeigbaren Garanten einer Gesellschafts- und Staatsordnung, in der ‚das Recht‘, nicht aber ‚die Macht‘ herrscht,“
- „in konkreten politischen Kontroversen über umstrittene Gesetzgebungsakte als Medium komplementärer Legitimationsbeschaffung (Motto: ‚gebilligt vom BVerfG‘)“ (s. bspw. das Urteil zur sog. Homoehe),
- „als Medium zur Dämpfung und Einhegung politischer Konflikte (Motto: ‚Wir würden ja gerne, aber das BVerfG hindert uns‘)“ (s. bspw. die Diskussion über die Wiedereinführung der Vermögenssteuer),
- „mitunter auch als ‚Schiedsrichter‘ in Fällen des ‚politischen Patts‘ (Motto: ‚Karlsruhe hat das letzte Wort und mag entscheiden‘)“ (s. bspw. das schon angesprochene Zuwanderungsgesetz),
- oder als ‚Korrekturschleife‘ zur Nachbesserung gesetzgeberischer Pannen oder Versäumnisse oder im Interesse größerer Einzelfallgerechtigkeit (Motto: ‚Die rechtsstaat-

liche Feinarbeit mag Karlsruhe tun')<sup>104</sup> (s. bspw. die Entscheidungen des BVerfG zum Rentenrecht)

(Deiseroth 1998, 249; Beispiele von der Vf.in ergänzt).

Entgegen der Befürchtungen der einen (Böckenförde [s. S. 71]) und Forsthoff [s. FN 59]) sowie der Hoffnungen der anderen<sup>105</sup>, ist festzustellen, daß das Rechtsstaats-Konzept weiterhin funktioniert und daß es das Bundesverfassungsgericht weiterhin versteht, den politischen Konsens der ‚Mitte‘ mit seiner Technik der ‚Abwägung‘ und seinem Gebot der Verhältnismäßigkeit zu erkennen und zu reproduzieren (vgl. dazu: Hase/Ruete 1983, 213; Ladeur 1983, 20 [wie in Endnote 120] zitiert). Dies soll im folgenden an der „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (und einigen anderen Entscheidungen zur Meinungsäußerungsfreiheit) gezeigt werden. Auch diese genannte BVerfG-Entscheidung kommt nämlich nicht zu einer prinzipiellen Entscheidung für die MeinungsäußerungsfREIHEIT in allen Fragen, die den politischen Diskussions- und Entscheidungsprozeß betreffen, sondern setzt vielmehr die Praxis der gerichtlichen (d.h. staatlichen) Bewertung von Meinungen fort, die mal (in vielen Fällen) zugelassen, in vielen politisch relevanten Fällen aber auch verboten werden. Ein solches staatliches Meinungsmanagement – und sei es noch zu „verhältnismäßig“ – ist genau das Gegenteil eines freien politischen Diskussions- und Entscheidungsprozesses.

### ***g) Das Schicksal der Meinungsäußerungsfreiheit im Rechtsstaat – oder: Wie liberal ist die „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung?***

Zum Verständnis der „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung und der daran am Maßstab des Grundgesetzes zu übenden Kritik ist zunächst von der Vorgeschichte dieser Entscheidung zu berichten:

Schon früh, nämlich 1954 hatte der Bundesgerichtshof entschieden, daß auch eine GmbH ehrfähig sei. Für die Anerkennung der Ehrfähigkeit genüge es, daß eine „rechtlich anerkannte gesellschaftliche (auch wirtschaftliche) Aufgabe“ (im Original gesperrt) vorliegt (BGHSt 6, 186 - 192 [191]). Die gegenteilige Auffassung, „Ehre stehe nur der Einzelperson zu,“ sei „zu individualistisch“ (189). Der Bundesgerichtshof konzentrierte sich dabei auf die Auslegung des Strafrechts, wirft aber nicht die Frage auf, wie der Begriff der „persönlichen Ehre“ in Art. 5 II 3. Alt. GG auszulegen ist, also auch nicht, ob das Strafrecht mit Art. 5 GG vereinbar ist.\* Die Äußerung, wegen der die Verurteilung wegen „übler Nachrede“ erfolgte, ist in der Urteils-Veröffentlichung nicht genannt. Deutlich wird aber, daß die

---

\* Art. 5 GG lautet: „(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. [...]. (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“ – Auch der Begriff der „allgemeinen Gesetze“ (s. dazu unten) wurde vom BGH nicht diskutiert.

umstrittene Äußerung im Zusammenhang mit der „politischen Überzeugung“ zumindest eines der Angeklagten stand (192).

An dieser Rechtsprechung hielt der Bundesgerichtshof auch noch 1989 fest (BGHSt 36, 83 - 91 [88]). In diesem Fall ging es nicht um die Beleidigung einer GmbH, sondern der Bundeswehr. Dies wirft zumindest strafrechtlich weniger Probleme auf als der erste Fall, da § 194 III StGB ausdrücklich von Beleidigungen gegen „eine Behörde oder eine sonstige Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt,“ spricht (Wirtschaftsunternehmen sind dagegen dort nicht genannt). Die Frage, ob das Strafrecht insofern mit Art. 5 II GG vereinbar ist (Hat eine Behörde eine PERSÖNLICHE Ehre?), wird weiterhin nicht aufgeworfen. Statt eine prinzipielle Lösung zu finden, weist der BGH aber daraufhin, daß sich die Bundeswehr „auch unsachlicher und massiver Kritik eher stellen muß als eine Einzelperson“. (Die Vorinstanz hatte wegen Beleidigung von Bundeswehr-SOLDATEN verurteilt, aber eine Beleidigung der Bundeswehr ALS INSTITUTION verneint. Der Bundesgerichtshof hat die Sache mit den genannten Hinweisen [auch eine Beleidigung der Bundeswehr zu prüfen, aber dabei nicht allzu streng zu sein] zur endgültigen Entscheidung zurück an das Landgericht verwiesen.\*).

Im Ergebnis wird diese Auffassung auch von dem als „Soldaten sind Mörder“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1995, 3303 - 3310) bestätigt. Das Bundesverfassungsgericht ist zwar der Ansicht, daß „staatliche Einrichtungen [...] weder eine ‚persönliche‘ Ehre [haben] noch sind sie Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“. Grundgesetzgemäß seien die Bestimmungen, die die Bestrafbarkeit von Beleidigungen gegen Behörden vorsehen aber dennoch. Denn es handele sich dabei um „allgemeine Gesetze“ im Sinne des Art. 5 II 1. Alt. GG, die ebenso wie das „Recht der persönlichen Ehre“ gem. Art. 5 II 3. Alt. GG der Meinungsäußerungsfreiheit vorgehen.<sup>†</sup> Allgemeine Gesetze seien solche, „die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solches richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“. Die (auch strafrechtliche) Sicherung eines „Mindestmaß[es] an gesellschaftlicher Akzeptanz [...] staatliche[r] Einrichtungen“ sei ein solches „schlechthin [...] zu schützendes Rechtsgut“ (BVerfG NJW 1995, 3003 [3304]).

Hiergegen ist einzuwenden, daß Akzeptanz und Nicht-Akzeptanz (wie sie sich in den umstrittenen Äußerungen artikulieren) nichts anderes als Meinungen sind, so daß sich das Verbot eines ‚Übermaßes‘ an Nicht-Akzeptanz eben doch gegen die „Äußerung der Meinung als solches richtet“. Nach dieser konsequenten Auslegung des Meinungs-Begriffs wäre zwar bspw. das Leben oder die körperliche Unversehrtheit ein solches vom BVerfG

\* Inhaltlich ging es um die Äußerung, daß der Soldaten-Beruf ein Beruf sei, „dessen eigentlicher Zweck das Morden und Aufrechterhaltung einer gigantischen Mordmaschinerie ist“, vergleichbar dem Beruf des „Folterknechts, des KZ-Aufsehers oder des Henkers“. – Diese Meinung hier nicht bewertet (verteidigt) werden, um das gerichtliche Meinungsmanagement zu kritisieren.

† S. FN \* auf S. 75.

angesprochenes „schlechthin [...] zu schützendes Rechtsgut“, so daß die Meinungsäußerungsfreiheit nicht die Ermordung oder Verletzung eines mißliebigen Politikers juristisch rechtfertigen kann. Gesetze, die ÄUßERUNGEN unter Strafe stellen, sind dagegen als „besondere“ zu klassifizieren, die „sich gegen die Äußerung der Meinung als solches“ (und nicht nur gegen etwaige praktische Schlußfolgerungen, z.B. das Ermorden) richten. Derartige besondere, Meinungsäußerungen verbotende oder beschränkende Gesetze sind nur zulässig, soweit es sich um solche „zum Schutze der Jugend“ und des „Recht[s] der persönlichen Ehre“ (Art. 5 II 2. und 3. Alt.) handelt. (vgl. Ridder 1975, 75-81). Haben nun staatliche Behörden keine „persönliche Ehre“, so wäre die Sicherung deren Akzeptanz mittels abträglicher Meinungsäußerungen verbotender Gesetze unzulässig (Breitbach 1979, 442).

Eine solche prinzipielle Lösung möchte aber auch das genannte ‚liberale‘ Verfassungsgerichts-Urteil NICHT; sondern statt dessen eine „Abwägung“ im jeweiligen Einzelfall (BVerfG NJW 1995, 3304). Um eine „übermäßige Einengung der Meinungsfreiheit [zu] vermeiden“ [3303], verweist das Verfassungsgericht die Sache an die Vorinstanz zurück (3309), und gibt dieser auf, abzuwägen, ob „die Herabsetzung ihres Ansehens [des Ansehen der Bundeswehr] schwerer wiegt als die Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit“ (3308).

Darüber hinaus läßt sich anhand der Ausführungen zur Individual-Beleidigung von Bundeswehr-Soldaten noch vermuten, daß das BVerfG eventuell eine Strafbarkeit der Beleidigung der Bundeswehr ablehnt, wenn sich die Beleidigung NICHT SPEZIELL gegen die Bundeswehr, sondern gegen alle Armeen der Welt richtet:

„Soll jemand, der eine herabsetzende Äußerung über Soldaten im allgemeinen getan hat, wegen Beleidigung der Soldaten der Bundeswehr bestraft werden, so genügt es [...] nicht darzutun, daß die Soldaten der Bundeswehr eine Teilgruppe aller Soldaten bilden; es muß vielmehr dargelegt werden, daß gerade die Soldaten der Bundeswehr gemeint sind, obwohl die Äußerung sich auf Soldaten schlechthin bezieht.“ (3306 f.).

Dies soll sich aus den „rechtsstaatlichen Erfordernissen der Eingrenzung von Straftatbeständen“ (3306) ergeben; eine konkrete Norm, aus der sich diese Differenzierung (zwischen „Soldaten im allgemeinen“ und „Soldaten der Bundeswehr“) ergeben soll, wird aber nicht genannt.

Noch deutlicher wurde der rein pragmatische (statt norm-geleitete) Charakter dieser Eingrenzung in der schon genannten BGH-Entscheidung, auf die sich auch das BVerfG bezieht: Es gehe darum, „eine Ausuferung der Kollektivbeleidigung zu verhindern“ (BGHSt 36, 86). Dagegen ist einzuwenden, daß freilich schon in der Anerkennung von KOLLEKTIVbeleidigungen ALS SOLCHES schon eine – vom Kriterium der „PERSÖNLICHEN Ehre“ nicht mehr gedeckte – „Ausuferung“ der Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit liegt (Warum ist die Meinung, „Alle Soldaten sind Mörder“ [und eventuell auch „Alle Armeen sind Mordmaschinerien“] schützenswerter als die Meinung, „Bundeswehr-Soldaten sind

Mörder" / „Die Bundeswehr ist eine Mordmaschinerie“?! Weil der deutsche [Rechts]staat mehr „Akzeptanz“ [s.o.] verlangen kann als andere...?). Das Bundesverfassungsgericht weist selbst darauf hin, daß einer Bestrafung wegen Äußerungen, die gegen Kollektive gerichtet sind,

„stets die Gefahr überschießender Beschränkungen der Meinungsfreiheit inne[wohnt]. Verschiedene ausländische Rechtsordnungen, namentlich der angelsächsische Rechtskreis, kennen daher die Sammelbeleidigung gar nicht und bestrafen nur die ausdrücklich oder erkennbar auf einzelne bezogene Ehrverletzung“ (BVerfG NJW 1995, 3306).

*But Germany is different.*

Statt einer prinzipiellen Zulassung von *free speech* im gesellschaftlich-politischen Bereich also Abwägung im Einzelfall. Welche Konsequenzen dies hat, läßt sich anhand der zivilgerichtlichen Rechtsprechung genauer zeigen. Sie führt zu einer umfassenden gerichtlichen, d.h. staatlichen Kontrolle und Bewertung, welche Meinungsäußerungen noch akzeptabel sind und welche zur Verurteilung zu Unterlassung oder gar Widerruf und ggf. Schadenersatz führen (vgl. krit. dazu: Breitbach, a.a.O., 440):

Im Fall BGH NJW 1971, 1655 - 1657 hatte die Deutsche Postgewerkschaft im DGB dem Deutschen Postverband im Beamtenbund vom Landgericht Bonn untersagen lassen, zu behaupten, die DPG stelle „ständig eine Gefährdung des Berufsbeamtentums bis hin zur Sabotage dar“. Der BGH hat die Entscheidung des Landgerichts aufgehoben. Dies aber nicht, weil die Äußerung des Postverbandes eine politische Meinungsäußerung darstellt, gegen die der „nichtrechtsfähige Verein“ Deutsche Postgewerkschaft nicht seine „persönliche Ehre“ in Stellung bringen könne und die zu bewerten, folglich auch nicht die Aufgabe staatlicher Gerichte sei. Vielmehr hat der BGH keine Bedenken gegen die Ehrfähigkeit der Gewerkschaften (1655) und hebt die Entscheidung des Landgerichts trotzdem auf. FOLGLICH MUß DER BGH DIE UMSTRITTENE ÄUßERUNG SELBST INHALTLICH BEWERTEN – und so verfährt er denn auch auf rund einer Druckseite (1656 f.): die Äußerung halte sich, so heißt es einleitend,

„unter der Berücksichtigung von Vorgeschichte und Beweggrund der Äußerung sowie der Bedeutung des dahinter stehenden Anliegens NOCH im Rahmen dessen, was bei harten Auseinandersetzungen als erlaubt betrachtet und auch oft geübt wird“ [1656 – Hv. d. Vf.In]. Bei etwas anderen Umständen könnte die gleiche Äußerung allerdings schon nicht mehr erlaubt, sondern verboten sein; dann wäre es dem Postverband eventuell zuzumuten gewesen, nicht von „Sabotage“, sondern von ‚Schädigung‘ zu sprechen (ebd.).

1975 erging eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofes in einem ähnlichen Fall: Diesmal ging es allerdings nicht um die Meinungsäußerung einer Mitgliedsorganisation des Deutschen Beamtenbundes, sondern eines kleinen Theaters; und beleidigt fühlte sich nicht eine DGB-Gewerkschaft, sondern eine Aktiengesellschaft (BGH NJW 1795, 1882 - 1885). Auch der Aktiengesellschaft „als juristische Person“ wird die Ehrfähigkeit zugebilligt

(1883) und diesmal ist der Ehrenschatz stärker als das Grundrecht – obwohl die Kunstfreiheit gem. Art. 5 III GG (anders als die Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 I GG) gar nicht unter dem Vorbehalt des „Recht[s] der persönlichen Ehre“ steht. Der BGH zieht statt dessen das „Recht auf die freie Entfaltung [d]er Persönlichkeit“ aus Art. 2 I GG heran (1884).

Dieses Grundrecht steht nun aber – anders als die Kunstfreiheit – sehr wohl unter einem Vorbehalt: Es gilt nämlich nur „soweit er [der Grundrechtsträger] nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört aber die Kunstfreiheit, die ihrerseits (wie schon erwähnt) nicht unter Gesetzesvorbehalt steht.

Auch läßt sich fragen, ob der Begriff der Persönlichkeitsentfaltung in Bezug auf Unternehmen Sinn hat. Der BGH sieht sich dennoch nicht gehindert, einzelfall-orientiert zwischen dem „verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich“ (ebd.) und der Kunstfreiheit abzuwägen (wobei sich der BGH noch nicht einmal endgültig darauf festlegen will, ob das Theaterstück überhaupt Kunst ist (ebd.: „kann [...] auf sich beruhen“; 1885: „sofern [...] überhaupt“).

Ergebnis der Abwägung: Im konkreten Fall sei es dem Theater zuzumuten gewesen, daß Stück als „satirische oder sonstige Übertreibung für den Durchschnittsbetrachter erkennbar“ zu machen (unstreitig hatte das Unternehmen bspw. den Betriebsratsvorsitzenden – anders als in dem Stück behauptet – NICHT bestochen) (ebd.). Folge: Verbot der Aufführung des gesamten Stückes, da diese und andere beanstandeten Textstellen „für die Gesamtkonzeption des Stückes einen Stellenwert“ haben (1884).

Dies sei das mildere Mittel gegenüber einem Verbot der Aufführung nur der umstrittenen Stellen, da dies „frei Hand“ bei einer etwaigen Umarbeitung des Stückes lasse. Dieses zunächst überzeugende Argument übersieht freilich, daß das Recht der grundlegenden Umarbeitung des Stückes auch bei einem partiellen Aufführungsverbot bestehen bliebe. Damit erweist sich aber das vollständige Aufführungsverbot doch als das einschneidendere Mittel. Denn es nimmt dem Theater die Möglichkeit, das Stück – bspw. als Protest gegen den gerichtlichen Eingriff – unter Weglassung der verbotenen Stellen, in verstümmelter Form aufzuführen.

Und eine dritte Lösung hat der BGH für die im Prinzip gleiche Fall-Konstellation anzubieten. Sie findet sich in der Entscheidung BGH NJW 1974, 1762 - 1764. Dort hatte sich die „Deutschland-Stiftung“ dadurch als beleidigt angesehen, daß sie von der Zeitschrift „Kritischer Katholizismus“ als von „Alt- und Neufaschisten durchsetzt“ bezeichnet worden ist. Die Vorinstanz hatte der Unterlassungsklage der Stiftung stattgegeben; der BGH hat die Entscheidungen aufgehoben und zur genaueren Prüfung zurückverwiesen. Danach muß die „Kritik nach Art und Aussagegehalt sachbezogen sein“ (ebd.). Zwar sei „grundsätzlich“

auch die „falsche' Meinung" von Art. 5 GG geschützt; auch für sie gelte „zunächst" die Vermutung der Zulässigkeit (ebd.). Dies könne sich aber ‚am Ende' ‚ausnahmsweise' anders darstellen, wenn es sich um eine (nicht mehr „sachbezogene") „Schmähhkritik" handle. Dies werde „das Berufungsgericht noch zu prüfen haben“ (1763).

Die Entscheidung NJW 1980, 2807 - 2810 erstreckte den Ehrenschatz auch auf Kommanditgesellschaften (die nicht als juristische Personen klassifiziert werden) (2808). Dort klagte ein pharmazeutisches Unternehmen gegen den Autor des Buches „Das Medizin-Syndikat" (2807). Dort ging es u.a. um die Frage, ob das pharmazeutische Unternehmen von dem Autor verlangen kann, ausdrücklich zu schreiben, daß dieses nicht der Bauherr eines Treibhauses war, in dem Pflanzen gezüchtet wurden, die für Sterilisationsexperimente der SS genutzt wurden. Obwohl dem Autor hier nicht nur ein Unterlassen, sondern sogar ein Tun abverlangt wurde, kommt der BGH auch in diesem Fall nicht zu einer prinzipiellen Entscheidung, sondern: Bei der im konkreten Fall gegebenen Sachlage und „bei richtiger Wertung (!) des Spannungsverhältnisses zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz [kann] ein klarstellender Zusatz über den Bauherrn des Treibhauses nicht verlangt werden" [2909 – Anm. d. Vf.In]. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, verfaßte der BGH quasi eine ‚Leseanleitung' zu dem Buch: Er machte sich Gedanken, welche etwaigen „Schlußfolgerungen des LESERS" (2808 – Hv. im Urteil), von den Behauptungen des Autors gedeckt sind und welche nicht: Die Schlußfolgerung, das Unternehmen sei der Bauherr des Treibhauses gewesen, sei von den Aussagen des Autors nicht gedeckt; deshalb könne das Unternehmen keine gegenteilige Klarstellung verlangen. Fragt sich nur, ob das Unternehmen nach Ansicht des BGH einen Unterlassungsanspruch gegen LeserInnen hat, die die ‚falschen' Schlußfolgerungen aus dem Buch ziehen... Und wie könnte ein solcher Unterlassungsanspruch wohl vollstreckt werden?

Darüber hinaus hatte das Unternehmen diverse weitere Unterlassungsforderungen (nachdem sich der Autor anderen zuvor schon unterworfen hatte) weiterverfolgt. Auch damit scheiterte das Unternehmen vor dem BGH – wiederum aufgrund einer feinen Grenzziehung: Die Ausführungen des Autors seien „möglicherweise nicht durchweg sachlich", aber die Grenze zur „Schmähhkritik" sei nicht überschritten. Auch hier macht sich der BGH Gedanken darüber, ob bzw. wie verschiedene Textstellen aufeinander ‚ausstrahlen' und welchen Eindruck dies bei dem Leser erzeugt (2809).

Zugleich läßt der BGH durchblicken, daß eine Behauptung, die Firma sei eine Befürworterin des NS-Regimes gewesen, bei der konkreten Sachlage nicht mehr von Art. 5 GG gedeckt wäre. Fraglich ist aber, ob es mit diesem Artikel vereinbar ist, eine derartige, in der Geschichtswissenschaften u.U. umstrittene Frage, durch den Bundesgerichtshof autoritativ zu beantworten. Zwar gehört es zum täglichen Brote der Gerichte, Beweis über Sachverhalte zu erheben und ihren Urteilen die dabei ermittelte „Wahrheit" zugrunde zu legen.



Damit ist aber im Normalfall nicht die öffentliche Diskussion über diese Sachverhalte abgeschnitten; Kritik an den Urteilen bleibt möglich und zulässig. Anders verhält es sich freilich, wenn das Gericht nicht nur seinem EIGENEN Urteil eine bestimmte Interpretation des fraglichen Sachverhaltes zugrundelegt, sondern – in Verfahren wie den hier diskutierten – (letztlich allen) BÜRGERINNEN auferlegt. (Ist erst einmal eine bestimmte Äußerung verboten, kann der/die von der Äußerung Betroffene Unterlassung auch von allen anderen verlangen, die sich die verbotene Äußerung zu eigen machen.)

Schließlich weist der BGH Schadenersatzansprüche des Unternehmens zurück – das aber nur, da es keinen Umsatzrückgang in der Zeit nach der Veröffentlichung des Buches in der beanstandeten Fassung nachweisen konnte.

Ein weiterer Fall (BGH NJW 1982, 2246 - 2248) betraf eine Broschüre von SPD-Landtagsabgeordneten, durch die eine kassenärztliche Vereinigung ihren Ruf geschädigt sah. Auch der kassenärztlichen Vereinigung als „juristische Person öffentlichen Rechts“ wird die Ehrfähigkeit zuerkannt (2246). Allerdings habe sie weder einen Anspruch darauf, daß die Abgeordneten ihre Behauptung, bestimmte Praxen seien „illegal“ in Zukunft unterlasse noch (erst recht), diese zu widerrufen. Es handele sich nicht um eine unwahre Tatsachenbehauptung (= Voraussetzung für einen Widerrufsanspruch), sondern um eine – zwar mit „nachdrücklichen Formulierungen“ erfolgende – Meinungsäußerung, die aber die Grenze zur „Schmähekritik“ noch nicht überschreite. Den Sätzen,

„Einem niedergelassenen Arzt, der Leistungen abrechnet, die er nicht persönlich erbracht hat, würde sofort die Zulassung entzogen. *Bei den H.-Professoren findet jedoch keine Kontrolle von seiten der Landesregierung oder der Kassenärztlichen Vereinigung statt!*“ (2248 – Hv. im Urteil)

entnimmt der BGH (wohl zutreffend) die Behauptung, Honorarprofessoren, die ihre „Praxis“ im Universitätsklinikum betrieben, würden weniger kontrolliert als niedergelassene Ärzte. Diese Behauptung sei unwahr; vielmehr seien (nach den Feststellungen eines Untersuchungsausschusses des Landtages) auch die niedergelassenen Ärzte unzureichend kontrolliert worden. Folglich habe die Kassenärztliche Vereinigung gegen die Abgeordneten einen Anspruch darauf, daß diese ihre Behauptung berichtigen, soweit sie eine Privilegierung der Honorarprofessoren behauptet hatten.

Als letztes soll hier eine Entscheidung angesprochen werden, mit der der BGH (NJW 1983, 1183 - 1184) der Bundesanstalt für Arbeit als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts Ehrenschutz zuerkannt hat. Die Bundesanstalt sei zwar nicht Träger der Grundrechte aus Art. 1 (Menschenwürde) und 2 (Persönlichkeitsentfaltung) GG, aber gem. §§ 185 ff. StGB straf- und gem. § 823 BGB auch zivilrechtlich geschützt. Ob diese einfachgesetzlichen Vorschriften mit Art. 5 II GG vereinbar sind, soweit sie Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit von BürgerInnen zum Schutze öffentlich-rechtlicher

Körperschaften ermöglichen, wird nicht im einzelnen erörtert. Allerdings gesteht der BGH zu, daß diese Vorschriften nicht dazuführen dürfen, daß Behörden „sachliche (!) Kritik an ihrer Amtsführung ab[...]blocken“. Dies könnte aber bei der „Interessen- und Güterabwägung“ „ausreichend“ sichergestellt werden. (1183 – Anm. d. Vf.In).

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: In einem Streit zwischen einem Arbeitsamt und einem Unternehmer, der sich geweigert hatte, für eine ehemalige Beschäftigte eine Arbeitsbescheinigung auszustellen, hatte letzterer in einem Schreiben an die Arbeitsamts-Leiterin geäußert: „Sie haben nachweislich unbefugt auf der Basis von ‚Günstlings- und Vetternwirtschaft‘ in Reinkultur öffentliche Gelder verschwendet, indem sie mit nichts gerechtfertigte Arbeitslosengelder an Frau G... auszahlen.“ (1183). Kopien gingen an die Sachbearbeiterin und den vermeintlichen neuen Arbeitgeber von Frau G. Anders als im vorhergehenden Fall hinsichtlich „illegal“ sieht der BGH in „[Verschwendung] auf der Basis von ‚Günstlings- und Vetternwirtschaft‘“ keine (‚nachdrücklich formulierte‘) Wertung, sondern eine (unwahre) Tatsachenbehauptung. Folglich habe die Bundesanstalt zurecht auf Unterlassung geklagt (einen Widerruf scheint sie nicht verlangt zu haben). Begründung für den Unterlassungsanspruch: „Die Vorstellung des Beklagten, in Sachen der von ihm verweigerten Arbeitsbescheinigung ungerecht behandelt worden zu sein, rechtfertigt seine massiven, unsachlichen Angriffe gegen das Arbeitsamt nicht.“ Der Begriff „Schmähschmähkritik“ taucht hier nicht wieder auf; für ein Verbot reicht aus, daß es sich um einen „massiven, unsachlichen Angriff“ handelt. Ob dies eine Verschärfung der Rechtsprechung bedeutet oder nur auf die Schwierigkeit, zwischen

- zu verbietenden (nicht mehr sachbezogener) „Schmähschmähkritik“ (s. o. S. 80 [Deutschland-Stiftung]: das Berufungsgericht werde zu prüfen haben, ob eine solche vorliegt)
- und
- gerade noch zu erlaubender („möglicherweise nicht durchweg sachlich[er]“) ‚noch-nicht-Schmähschmäh-Kritik‘ (s.o. S.80 [Medizin-Syndikat]) zu unterscheiden, verweist, bleibt unklar.

Nach allem sei die Frage aufgeworfen, ob es nicht – gemessen am Maßstab eines freien Diskussions- und Meinungsbildungsprozesses – auch denjenigen, die alle Beurteilungen des BGH der umstrittenen Äußerungen teilen, fragwürdig erscheinen sollte, daß diese Beurteilungen von einem staatlichen Gericht rechtsverbindlich FESTGESCHRIEBEN werden und ob es nicht angemessener wäre, daß allen am gesellschaftlichen Diskussionsprozeß Beteiligten die Möglichkeit erhalten bleibt, Argument und Gegenargument, Wort und Widerwort vorzubringen bzw. selbst zu prüfen und zu beurteilen (vgl. Hase/Ladeur/Ridder 1981, 795 re. Sp. - 796 re. Sp.); das angemessene Mittel dafür sind Gegendarstellungsansprüche, nicht Widerrufs- und Unterlassungsansprüche. Diese Frage stellt sich umso mehr, wenn es nicht um die Ehre von Individuen, sondern um den Schutz von Behörden

und Unternehmen, die ohnehin über erhebliche Ressourcen verfügen, um ihre Weltsicht / Wahrheitsansprüche darzustellen und zu verbreiten, handelt. Ist es wirklich erforderlich und wünschenswert, daß deren Machtposition im Diskussionsprozeß durch Gerichtsurteile noch eine Verstärkung erfahren?<sup>106</sup>

Ob wünschenswert oder nicht: Hier zeigt sich jedenfalls einmal mehr die etatistische Schlagseite des Rechtsstaats-Konzeptes. Im Rechtsstaat wird nicht die freie Austragung gesellschaftlicher Konflikte garantiert, sondern diese Konflikte werden durch staatliche Gerichte entscheiden.

-----

Nach alledem können wir nach diesem vorläufigen Durchgang durch die Literatur Góralski (2003, 488) zustimmen, der feststellt: Der Rechtsstaat ist ein „spezifisches Produkt der deutschen Staatsrechtslehre“; dieses „Produkt“ stützt „sich auf einen Staatssystembegriff [...], der Staat und Recht miteinander verknüpft“. Es kommt zu einer „Identifikation von Recht und Staat auf dem Niveau des Staates und der von ihm vertretenen Interessen“ (Maus 2004, 836; vgl. auch Ridder 1988, 670 f.), was dazu führt dazu, daß gesellschaftliche Meinungsbildungsprozesse umfassend gerichtlich gemanagt und – im Extremfall - Grundrechte in eine Pflicht zur staatlichen Sanktionsverhängung verkehrt werden.

### **III. DER RECHTSSTAAT IN SPANIEN**

#### **1. (Post)faschistische Konvergenzen**

Aus den eingangs (S. 26) schon dargelegten Gründen folgt die spanische Rechtsprechung und Lehre der (bundes)deutschen Konzeption des Rechtsstaats. Die schon für das 19. Jahrhundert dargestellten geschichtlichen Parallelen setzten sich auch im 20. Jahrhundert fort. In beiden Ländern setzte sich der Faschismus\* zunächst durch und in beiden Ländern wurde er schließlich nicht durch die AntifaschistInnen des eigenen Landes besiegt.<sup>107</sup> WEDER IN DEUTSCHLAND NOCH IN SPANIEN gab es eine Nelken-Revolution wie in

---

\* Insofern wir hier „Faschismus“ also nicht nur für den italienischen Faschismus, sondern als Oberbegriff für diesen sowie den deutschen Nationalsozialismus und den spanischen Franquismus u.ä. Bewegungen verwenden, schließen wir uns *im Ergebnis*, wenn auch nicht den Einzelheiten den (z.T. unterschiedlichen) Begründungen von Waldrich (2003, 86) und Badia (1984, 336) an. Beide sind der Ansicht, daß es einen „verbreiteten gemeinsamen Begriffsinhalt, der idealtypisch umschrieben werden“ könne (Waldrich), gebe, bzw. daß jene Bewegungen „genug gemeinsame Merkmale aufweisen, daß man sie faschistisch nennen kann“ (Badia). Für diesen gemeinsamen Begriffsinhalt stellen wir ab auf die doppelte Opposition des Faschismus ggü. Liberalismus und Marxismus, die in ihrer autoritär-gewaltsamen Zuspitzung weit über den traditionellen Konservatismus hinausgeht. Von anderen autoritären Regimen der politischen Rechten (bspw. vielen Militärdiktaturen lateinamerikanischer Provenienz) unterscheidet der Faschismus sich dadurch, daß er über eine partei- bzw. bewegungsförmige Massenbasis verfügt(e). – Bernecker (2002, 180) spricht in Bezug auf den Franquismus von einer „konterrevolutionären Diktatur mit faschistoiden Elementen“; Vilar (1947/97, 158 et passim) vom „spanischen Faschismus“ und begründet dies wie folgt: „Der ‚Kapitalismus‘ wurde mit dem ‚Marxismus‘ in einen Topf geworfen, ohne daß man ihn in der Praxis ablehnte; die *Nation* galt als höchster Wert, den der *Staat* mit der Einbindung durch die (Einheits-)Partei und die militarisierte Jugend vertrat und verteidigte.“ (Vilar 1986, 103).

Portugal noch eine *Resistenza* wie in Italien, die am Ende Mussolini und zahlreiche andere Faschisten exekutierte (FREILICH MIT DEM WICHTIGEN UNTERSCHIED, daß es dafür in Spanien eines dreijährigen Bürgerkriegs und der Bekämpfung der auch nach Ende des Bürgerkriegs – bis in die 50er Jahre hinein (s. Vilar 1947/97, 165) – aktiven antifranquistischen Guerilla bedurfte, während es in Deutschland zu keinem Zeitpunkt massenhaften, bewaffneten anti-nazistischen Widerstand gab). Statt dessen wurde der Nazismus in Deutschland bekanntlich von den Alliierten militärisch geschlagen; während das Franco-Regime seinen eigenen Transformationsprozeß zur konstitutionellen Monarchie einleitete. So hatte denn auch die postfaschistische deutsche Verfassung, das Bonner Grundgesetz, „ganz allgemein einen erheblichen Einfluß“ auf den postfaschistischen „spanischen Verfassungsgeber des Jahres 1978“<sup>108</sup>. Aber auch schon während des Franquismus\* beeinflusste die deutsche Rechtsstaats-Konzeption die spanische Rechtswissenschaft: Die neue spanische Verfassung „spiegelt auch den nicht minder großen Einfluß wider, den die deutsche Dogmatik vom Rechtsstaat schon seit einiger Zeit auf unsere [d.h.: die spanische] Lehre ausgeübt hatte“ (González Encinar 1996, 168 – Hv. d. Vf.In).

Damit ist in Spanien ein paradoxes Wunder gelungen: Denn das, was, „die WIEDERHERSTELLUNG des Rechtsstaats“ genannt wird, ist „ohne jeden Bruch der Rechtsordnung erfolgt“ (Cruz Villalón 1983, 76 – Hv. d. Vf.In). Die „befürchtete ‚ruptura‘“, der völlige Bruch mit der bisherigen Verfassungsentwicklung, wurde vermieden (Umbach 1979, 229). Damit stellt sich auch für Spanien die Frage, um was für ein Recht es sich handelt, auf das sich der spanische Rechtsstaat bezieht. Und in der Tat wird konstatiert, es habe in Spanien schon in der Franco-Zeit „partiell“ einen Rechtsstaat gegeben (Adomeit/Frühbeck 2001, 12)<sup>109</sup> – ein Begriff der vom Franquismus in der Tat für sich in Anspruch genommen wurde, bei gleichzeitiger Polemik gegen „el formalismo“ und „[l]o jurídico“ (vgl. González Prieto 2005, 4, 7). González Prieto selbst ist der Ansicht, daß das Franco-Regime – trotz seines Anspruchs, ein „verdadero Estado de Derecho“ / ein „wahrer Rechtsstaat“ zu sein (4) – dennoch kein „auténtico Estado de Derecho“ / „authenti-scher Rechtsstaat“ gewesen sei (4). Mangels präziser Erläuterung erscheint die feine Unterscheidung zwischen „verdadero Estado de Derecho“ und „auténtico Estado de Dere-cho“ allerdings als eine etwas gekünstelte Konstruktion, die nachträglich einen Bruch

---

\* Von Cruz Villón (1983, 114) wird dem spanischen Verfassungsgericht bescheinigt ein „Garant der verfassungsmäßigen Ordnung von 1978“ geworden zu sein. Dabei habe es allerdings „von der ebenso bemerkenswerten Reife profitiert, welche die Verfassungsrechtswissenschaft SEIT DEM 2. WELTKRIEG erreicht habe“ (Hv. d. Vf.In). Dieses „Reife“-Kompliment wird – wie sich aus dem Kontext ergibt – der SPANISCHE (!) Verfassungsrechtswissenschaft gemacht. Denn *erst danach* wird von „europäischen“ Einflüssen, die es auch gegeben habe, gesprochen.

Ihre rechtsstaatliche Reife hat die spanische Verfassungsrechtswissenschaft also seit Ende 2. Weltkrieges, d.h. seit KONSOLIDIERUNG DES FRANCO-REGIMES (vgl. zu dieser Konsolidierung Vilar 1947/97, 160: „der Kalte Krieg [ermöglichte es] dem letzten Überlebenden aus der Zeit des Faschismus sich als Vorreiter darzustellen“), entwickelt. Diese Reife dürfte die spanische Lehre kaum IN OPPOSITION zum Regime entwickelt haben. Muß wirklich daran erinnert werden, daß „regimekritische Darstellungen [...] jahrelang nur im Ausland publiziert werden“ konnten (Bernecker 1998, 112), daß die „intellektuelle Opposition je nach Situation entweder toleriert, von der Zensur bekämpft, mit Gefängnisstrafen belegt oder Schikanen ausgeliefert (Verwüstung von Ausstellungen und Buchhandlungen)“ wurde (Vilar 1947/97, 166)?!

suggeriert, der damals gerade vermieden werden sollte und vermieden wurde (vgl. die Anmerkungen in Anhang B.).

Diese Kontinuität bildete das Programm des Transitions-Prozesses.

„*Consenso*, Zusammenwirken aller war das Schlüsselwort dazu: Die traumatische Erfahrung von Bürgerkrieg, brutalster Gewaltausübung und gesellschaftlicher Spaltung dürfte unausgesprochen den Hintergrund vieler Haltungen und Maßnahmen in der Übergangsphase zur Demokratie gebildet haben: Für die Akzeptierung der Monarchie durch die republikanischen Sozialisten, für die gemäßigten Positionen der Kommunisten, für das Zusammenwirken aller politischen Kräfte bei der Ausarbeitung der neuen Verfassung. Die neue Demokratie sollte nicht von einem Teil gegen den Willen des anderen, sondern möglichst unter Mitwirkung aller politischer Lager aufgebaut werden.“ (Bernecker 1998, 115; vgl. Bernecker 2002, 196, 197).

Für einen dieser Art gestalteten Übergangsprozeß war die Heranziehung des deutschen Rechtsstaats-Konzeptes naheliegend, da es – wie wir oben gesehen haben – konzeptionell zur Modifikation, nicht Beseitigung, von „autoritären Regierungsformen“ (Bäumlin 1987, Sp. 2608) geeignet ist: Das Konzept des Rechtsstaats läßt sich aufgrund seines normativ-ontologischen\* Charakters, für verschiedene Staatsformen und ihre Transformationsprozesse nutzen. Denn da sie keine Normen ERKENNT, sondern selbst welche PRODUZIERT, ist sie hinsichtlich Inhalte der Ontologie – hinsichtlich der Bestimmungen dessen, was „das Recht“ ist, ausgesprochen flexibel. Demgemäß sieht Rüthers (1968, 313) im „konkreten Ordnungsdenken“ Carl Schmitts und den „konkret-allgemeinen Begriffen“ des Karl Larenz der NS-Zeit

„nicht so sehr typisch nationalsozialistische Denkfiguren, sondern – trotz situationsbedingter spekulativer Verbrämungen – die weite ‚Öffnung zu den jeweiligen Realitäten und den herrschenden politisch-ideologischen Wertvorstellungen‘, die sie zu ‚inhaltlich auswechselbaren Begriffshülsen‘ machen“ (Kübler 1970, 293).

In Anbetracht der damit gegebenen Dehnbarkeit des Rechtsstaats-Begriffs, ist es der spanischen Verfassung möglich, nicht von einer Wiederherstellung, sondern von der ‚Konsolidierung‘ des Rechtsstaats zu sprechen:

„La Nación española [...] proclama su voluntad de: [...] Consolidar un Estado de Derecho“ / „Die spanische Nation [...] verkündet [...] ihren Willen [...] einen Rechtsstaat zu konsolidieren, [...]“<sup>110</sup>

D.h.: Der Rechtsstaat existierte bereits vor Verabschiedung der Verfassung von 1978 und erreicht nunmehr ein höher entwickeltes Stadium. Die Kontinuität ist gewahrt; die gefürchtete *ruptura* vermieden.

\* „Normativ“ wird hier – da sich der Rechtsstaat gerade von der Normativität des Gesetzes emanzipiert – nicht im juristischen Sinne (= Normativität der Gesetze) verwendet, sondern in der Weise wie sich das Wort seit Narr (1969) zur Kennzeichnung einer der drei Hauptrichtungen der Politikwissenschaft eingebürgert hat – nämlich jener Richtung, die nicht die tatsächliche Politik analysiert, sondern beansprucht, unter Rückgriff auf die antike Philosophie das ‚gute‘ Regieren zu lehren, die also selbst Normen formuliert.

## **2. Die spanische Verfassung von 1978**

Die geschriebene spanische Verfassung von 1978 enthält in der Tat vieles, was in der BRD erst von Rechtsprechung und Lehre gegen den Verfassungstext (oder zumindest über diesen hinaus) entwickelt wurde:

- Der Rechtsstaat ist dort für den Zentralstaat normativ vorgeschrieben (Präambel [wie oben zitiert] und Art.1 CE: „España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho“ / „Spanien konstituiert sich als demokratischer und sozialer Rechtsstaat“). Im Grundgesetz kommt demgegenüber der Begriff „Rechtsstaat“ – allen entgegenstehenden Gerüchten zum Trotz – nur als ZUSAMMENFASSENDE Begriff für verschiedene Einzelschriften des Grundgesetzes in Bezug auf die Verfassungsordnung DER LÄNDER vor<sup>111</sup>: „Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.“ (Art. 28 I 1 GG).
- Nicht nur die öffentlichen Gewalten, sondern auch „die Bürger“ werden in Art. 9 I der spanischen Verfassung an diese gebunden („Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico“ / „Die Bürger und die Staatsgewalten sind der Verfassung und übrigen Rechtsordnung unterworfen.“)<sup>112</sup>. In der BRD wurde eine solche Verpflichtung erstmals im Rahmen des sog. Soldatenurteils behauptet<sup>113</sup>, als das Bundesverfassungsgericht argumentierte, die Bundesrepublik „ist eine Demokratie, die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet“ (BVerfGE 28, 36 [48]).<sup>114</sup> Damit wird das Volk als verfassungsschaffende und verfassungsändernde Kraft negiert. Für Sieyes, dem Verfassungskonstrukteur der Französischen Revolution, war dagegen nur die Regierung, nicht aber das Volk an die Verfassung gebunden. Das Volk ist der Verfassung und den Gesetzen nur so lange unterworfen, wie es sie noch nicht geändert hat (Maus 1999, 280). Diesem Gedanken ist auch in der spanischen und deutschen Verfassung zumindest insoweit Rechnung getragen, als nur für den Fall einer Verfassungsänderung durch die staatlichen Organe spezielle Mehrheits-Quoren vorgesehen sind (Art. 167, 168 I, II CE / Art. 79 II GG), während solche Erschwernisse im Fall einer Total- (oder im spanischen Fall: auch Teil-)revision durch Referendum (allerdings mit vorgeschaltetem parlamentarischen Verfahren) (Art. 168 III CE) bzw. durch das Volk (Art. 146 GG) nicht vorgesehen sind. Eine solche Totalrevision bleibt allerdings rein hypothetisch, wenn in der politischen Auseinandersetzung, die einer solchen Revision vorausgehen müßte (um erfolgreich zu sein), ‚verfassungsfeindliche‘ Positionen nicht zugelassen sind (vgl. Geil 1979, 382), wie Art. 9 I CE und die zitierte Rechtsprechung des BVerfG zu implizieren scheinen.

- Art. 9 III CE enthält ein an alle ‚öffentlichen Gewalten‘, das heißt auch an das Parlament, adressiertes Willkür-Verbot (*interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*). Ein solches wurde in Deutschland erst gegen den Widerstand des positivistischen und demokratischen Teils der Weimarer Staatsrechtslehre der Weimarer Verfassung (und später dem Grundgesetz, das insoweit den Weimarer Text beibehielt) anerfunden: Nach ursprünglichem Verständnis war der sogenannte allgemeine Gleichheitssatz (Art. 109 I WRV / Art. 3 I GG) ausschließlich an die Verwaltung adressiert; die damit zur gleichen Anwendung der Gesetze auf alle BürgerInnen verpflichtet werden sollte (Gleichheit „vor dem Gesetz“; nicht „IM Gesetz“). Demgegenüber schrieben die sog. besonderen Gleichheitssätze (Art. 109 II, III 1 WRV / Art. 3 II, III GG) dem Gesetzgeber eine Gleichheit IM Gesetz nur in BESTIMMTEN Fällen (im GG: Verbot der Diskriminierung wegen Geschlecht, Abstammung u.ä., Glauben und politischer Anschauung) vor, während in allen anderen Fällen Gestaltungsspielraum des Parlaments gewahrt blieb. Nach der neuen Lehre sind nicht nur die besonderen Gleichheitssätze, sondern auch der allgemeine Gleichheitssatz als sog. Willkür-Verbot an den Gesetzgeber adressiert. Da GESETZGEBUNG aber als solches Ungleichbehandlung IST – nämlich DIFFERENZIERUNG ZWISCHEN UNTERSCHIEDLICHEN SACHVERHALTEN, FÜR DIE UNTERSCHIEDLICHE RECHTSFOLGEN ANGEORDNET werden – öffnet sich damit für die Verfassungsgerichtsbarkeit ein weites Feld, zwischen willkürlichen und nicht-willkürlichen Ungleichbehandlungen des Gesetzgebers zu selektieren – und als Rückwirkung für die Verwaltung ein weites Feld, in nicht-willkürlicher Weise von der gleichen Anwendung der Gesetze auf alle BürgerInnen abzuweichen (zu dieser Umdeutung des Systems unterschiedlicher Gleichheitssätze in ein allgemeines Willkür-Verbot siehe: Ridder 1977a, 484 - 486 sowie ausführlich: Schulze 1992 unter Auswertung und Nennung der einschlägigen Literatur).<sup>115</sup>

In der geschriebenen deutschen wie in der geschriebenen spanischen Verfassung sind ein KONSTRUKTIVES Mißtrauensvotum zur Abwahl der Regierung durch das Parlament und eine Richtlinienkompetenz des Regierungschefs (in Spanien wohl noch etwas weitergehend als in der BRD) vorgesehen (Adomeit/Frübeck 2001, 33, 34). Auch dort wird also Schmitts (1929/31, 89, 159) Warnung vor „pluralistischer Aufteilung“ und „pluralistischen Zerteilungen“ durch ZENTRIERUNG DER MACHT auf den Regierungschef (zu Lasten des fraktionell ‚zersplitterten‘ Parlaments) Rechnung getragen.<sup>116</sup>

Durch ‚Auslegung‘ gewonnen und nicht in der Verfassung selbst enthalten sind in Spanien wie Deutschland das Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. González Enicar 1996, 1991: „nicht aus einer konkreten Verfassungsbestimmung“) und das Prinzip der „verfassungskonformen Auslegung“ von Gesetzen. Ersteres, das Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>117</sup>, ermöglicht dem Verfassungsgericht eine umfassende Überprüfung der „Erforderlichkeit“, „Geeignet-

heit“ und auch noch der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ von Gesetzgebungsakten (ebd.).<sup>118</sup>

Letzteres, die „verfassungskonforme Auslegung“, wird zwar von Cruz Villalón (1983, 74) und auch vom spanischen Verfassungsgericht selbst (s. ebd. FN 9 unter Hinweis auf: STC v. 2.2.81, Fto. Jco. 6) als Ausdruck einer „Zurückhaltung“ gegenüber dem Gesetzgeber bezeichnet, da ein solches Gesetz nicht ganz aufgehoben wird. Tatsächlich bedeutet dies aber eine EINSCHRÄNKUNG des Gesetzgebers<sup>119</sup>, da es diesem nicht überlassen wird, eine neue Regelung statt der alten, vom Verfassungsgericht aufgehobenen Regelung zu beschließen, sondern das Verfassungsgericht auch gleich noch als Ersatzgesetzgeber fungiert, indem es das fragliche Gesetz in einer Weise (um)interpretiert, in der es als mit der Verfassung vereinbar angesehen wird. Das spanische Verfassungsgericht behauptet zwar, nicht als positiver Gesetzgeber tätig zu werden, sondern nur – ‚negativ‘ – das verfassungswidrige Material auszuschneiden (Cruz Villalón 1983, 84), aber selbst Cruz Villalón, der dem deutschen Rechtsstaats-Konzept prinzipiell positiv gegenüber steht, merkt (ebd.) an, daß das spanische Verfassungsgericht teilweise „ziemlich weitgehende“ Interpretationen der fraglichen Gesetze vornimmt.

### **3. Verfassungsgerichte als souveräne „Hüter der Verfassung“**

Mit diesen Instrumenten hat der Rechtsstaat auch in Spanien (wie oben S. 62 schon für Deutschland angesprochen) die Funktion, die Verflüssigung des Rechts zu übernehmen:

„Der Rechtsstaat bildet die Garantie gegenüber dem Mißbrauch von Macht, aber die Formen dieses Machtmißbrauchs ändern sich im Laufe der Zeiten. Die tatsächlichen Umstände wandeln sich und derjenige, der die Macht mißbrauchen möchte, muß auch die Formen seines mißbräuchlichen Handelns ändern. Es wäre daher absurd anzunehmen (und darüber hinaus eine verfassungsrechtlich inakzeptable Interpretation), daß der im Rechtsstaatsprinzip enthaltene Auftrag sich auf die in einer bestimmten Epoche bekannten, anerkannten oder verwendeten Mechanismen zur Kontrolle der Handlungen der öffentlichen Gewalten beschränkt. Nichts deutet auf eine solche ‚historische Versteinerung‘ des Verfassungsauftrags hin“ (González Encinar 1996, 172).

Diese Auffassung ist gekoppelt an das Postulat der „Autonomie des Gerichts als oberster Auslegungsinstanz der Verfassung“ (Cruz Villalón 1983, 83). Dies bedeutet im Ergebnis, daß dem Verfassungsgericht, dem souveränen<sup>120</sup> Interpreten des Begriffs „Rechtsstaat“, und nicht dem – auch nach dem Wortlaut der spanischen Verfassung dafür zuständigen – (parlamentarischen) Verfassungsänderer (Art. 167, 168) die Kompetenz zugewiesen wird, zu definieren, was „Machtmißbrauch“ ist und die – nicht anders als POLITISCH zu nennende – Entscheidung zu treffen, wie die Verfassung dem Wandel der „tatsächlichen Umstände“ anzupassen ist.



<sup>1</sup> <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=1088>.

<sup>2</sup> Süddeutsche Zeitung, 22.09.2004, S. 4; Frankfurter Rundschau, 22.09.2004, S. 1 – beide zit. nach LexisNexis (Datenbankabfrage am 05.04.2006).

<sup>3</sup> [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000X1218\(01\):EN:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000X1218(01):EN:HTML).

<sup>4</sup> [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000X1218\(01\):DE:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000X1218(01):DE:HTML).

<sup>5</sup> So auch Böckenförde 1969, 144 mit FN 4 (ähnlich: 1992, Sp. 332): „Rechtsstaat' ist eine dem deutschen Sprachraum eigene Wortverbindung und Begriffsprägung, die in anderen Sprachen so keine Entsprechung findet. Die ‚rule of law' im angelsächsischen Bereich ist keine inhaltlich parallele Begriffsbildung, [...]“. Die – auch bestehenden – „Gemeinsamkeiten des rechtsstaatlichen Denkens [...] mit der Tradition des abendländischen Staatsdenkens und der abendländischen Verfassungsentwicklung machen nicht das spezifische des Rechtsstaatsgedankens aus.“

Unter dem Gesichtspunkt der Machtfülle der Gerichte (die einen verselbständigten Rechtsbegriff verwalten [s. dazu unten S. 30], wie hinzuzufügen ist) betont auch Herzog-MD, Art. 20, Abschnitt VII, RN 2 die Spezifik des deutschen Rechtsstaats-Begriffs: „Feststeht [...] die nahe Verbindung des Rechtsstaatsbegriffs zu den Phänomenen der GESETZMÄßIGKEIT DER VERWALTUNG und der GERICHTSKONTROLLE, die im Schrifttum von Anfang an bestand und die gerade der entscheidende Grund dafür war [Singular!, d.h. ausschließlicher Bezug auf „Gerichtskontrolle“, d. Vf.In], daß es sich bei der Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs trotz der unbestreitbaren Verwandtschaft zu ähnlichen Begriffen anderer westlicher Verfassungssysteme (etwa zu der angelsächsischen **rule of law**) doch, jedenfalls teilweise, um eine deutsche Sonderentwicklung handelte.“ (Hv. i.O.). Auf die „deutsche frühbürgerliche Fixierung auf die ‚Rechtsidee' und auf die Justiz als deren Inkarnation“ weist Ladeur (1980a, 43).

Der ehemalige Bundesverfassungsgerichts-Präsident Ernst Benda (1985/89, 837) behauptet hinsichtlich der „Zielsetzung“ eine Übereinstimmung von „rule of law“ und „Rechtsstaat“ (was in Anbetracht dessen, daß er selbst die Gesetzgebung einer „Rechtsbindung“ unterwirft [839] ziemlich gewagt ist), und sagt dann aber, daß „rule of law“ nicht die dafür „wesentlichen Begriffselemente“ benenne. Mit diesen „Begriffselementen“ sind wohl die zur Durchsetzung des Vorrangs des „Rechts“ als notwendig erachteten institutionellen Vorkehrungen, also wiederum die starke Stellung der Justiz, gemeint.

Im Brockhaus (1998, s.v. *Rechtsstaat*, S. 130) heißt es: Der Begriff „Rechtsstaat“ finde „keine genaue Entsprechung“ in anderen Sprachen, jedoch sei er dem „englischen ‚rule of law' und dem ‚limited government' der USA verwandt“. Auf der folgenden Seite wird dann auf die „Eigentümlichkeiten der rechtsstaatlichen Entwicklung in Deutschland“ hingewiesen, die aber weiterhin nicht als DIE rechtsstaatliche Entwicklung, sondern als EINE VON MEHREREN rechtsstaatlichen Varianten begriffen wird. Diese Eigentümlichkeiten werden aus den „Besonderheiten der geschichtlichen Entwicklung“ in Deutschland erklärt (sie sind also jedenfalls nicht zufällig entstanden). Als ein Element dieser Besonderheiten wird erwähnt, daß dem „frühen deutschen Naturrechtsdenken“, das anscheinend als Vorläufer der Rechtsstaats-Idee begriffen wird, die „scharfe Frontstellung zum Staat [fehlte], [d]ie [...] dem Aufklärungsdenken in England und Frankreich eigen war.“ Später wird auf

die Schaffung von Verwaltungsgerichten hingewiesen: „Zur Kontrolle der Verwaltung wurden in den deutschen Bundesstaaten Verwaltungsgerichte geschaffen, die zugleich die Rechte des Bürgers gegen die Verwaltung schützen sollten.“

<sup>6</sup> Bäumlín 1987, Sp. 2806 – Hv. d. Vf.In. – Die Sonderstellung des deutschen Rechtsstaats wird *ex negativo* auch in dem Sammelband „Rechtsstaatlichkeit in Europa“ (Hofmann et al. 1996) bestätigt. Die Schweiz, Österreich und Deutschland werden dort als die „alten“ Rechtsstaaten bezeichnet (Merli 1996, V), während Britannien, Frankreich und alle anderen nordwesteuropäischen Staaten keine Erörterung erfahren. – Auch das Stichwortverzeichnis von Bernstorffs (1996) *Einführung in das englische Recht* enthält keinen Eintrag „Rechtsstaat“ o.ä. Das gleiche gilt für Blumenwitz' (1994) *Einführung in das anglo-amerikanische Recht*.

<sup>7</sup> Bei der zitierten Entscheidung handelt es sich um die Kalkar-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Dort war die Frage zu entscheiden, ob der „Schnelle Brüter“, der in Kalkar errichtet werden sollte, sich so ‚wesentlich‘ von Leichtwasserreaktoren unterscheidet, daß zu dieser Technologie vom Gesetzgeber hätten gesonderte Regelungen getroffen werden müssen.

In der Tat muß bezweifelt werden (so auch Deiseroth/Hase 1979, S. 143 - 146, S. 149, FN 113), ob es (auch außerhalb des Eingriffs in Grundrechte, die mit einem Gesetzesvorbehalt versehen sind; s. dazu: ebd., 145 f.; Hase/Ladeur 1976b, S. 333 f., S. 336 f. bei FN 27 und 33) – wie das BVerfG (E 47, 79) noch an anderer Stelle und in anderem politischen Kontext (nämlich zwecks Blockade der sozialliberalen Bildungsreform; vgl. Hase/Ladeur 1976b, bes. S. 335 bei FN 23 sowie Hase/Ladeur 1976a) behauptet hatte – eine PFLICHT des Gesetzgebers gibt, ‚Wesentliches‘ selbst zu regeln und nicht der von ihm gewählten Regierung zu überlassen. In der Kalkar-Entscheidung schlägt das Pendel mit dem zitierten *obiter dictum* allerdings weit in die andere Richtung (und weit über die in dieser Entscheidung konkret zu entscheidende Frage hinaus) aus – nämlich in Richtung der ZUWEISUNG bestimmter grundlegender Fragen in die Kompetenz ANDERER Staatsorgane AUCH DANN, wenn das Parlament sie selbst entscheiden WILL – vorliegend wollte das Parlament gar nicht entscheiden (nur das OLG Münster war der Ansicht, es MÜSSE entscheiden).

<sup>8</sup> „In der wissenschaftlichen Auslegung wird diesem Begriff ‚Recht‘ im allgemeinen eine metaphysische Deutung gegeben.“ [Wernicke-BK, 1968, Art. 20 GG, 1968, Anm. II.3.e), S. 10]. Im Gegensatz dazu spricht sich Wernicke (ebd.) zwar im Anschluß an Ipsen [DV 1949, 486 ff., bes. 490 lit. b)] zunächst dafür aus, die Bedeutung des Begriffs „in der irdischen Positivität [...] zu suchen“ – um dann aber am Ende doch „selbstverständlich“ im META-physischen Jenseits des „ausdrückliche[n] Wortlaut[s]“ (a.a.O., S. 11) zu landen. –

Die schwarze Farbe auf dem weißen Papier des Gesetzesblattes ist aber das einzige PHYSISCHE (irdische), was wir vom Gesetz, so wie es tatsächlich beschlossen wurde, haben. Wird der „ausdrückliche Wortlaut“ als Grenze der Auslegung preisgegeben, so wird sich – anders als Wernicke (ebd.) meint – „die Gefahr für die Rechtssicherheit“ nicht nur nicht „weitgehend“, sondern kaum ausschalten lassen. Genau bei Überschreitung der Wortlautgrenze fängt die von Wernicke vorderhand abgelehnte „allzu schöpferisch[e]“ oder gar ‚frei[e] [...] Rechtsanwendung“ an.

<sup>9</sup> Der Nachsatz „Deshalb [wegen der Parlamentsouveränität] konnten sich in England Rechte des Bürgers gegen das souveräne Parlament entwickeln, die man Grundrechte nannte.“, wird weder erläutert noch auch nur mit einer Literaturangabe belegt.

<sup>10</sup> Dies ändert sich freilich, wenn sich eine substantialistische Interpretation des „due process“ herausbildet, wie dies in den USA geschehen ist. Der Brockhaus (1998, s.v. *Rechtsstaat*, S. 131) erwähnt den Sachverhalt kurz und dürfte darin wohl ein Argument für seine These von der Verwandtschaft der deutschen Rechtsstaats-Konzeption mit Konzeptionen in anderen Ländern (ebd., S. 130; s. hier Endnote 5 a.E.) sehen. Zur inner-us-amerikanischen Kritik an der substantialistischen Interpretation s. Bäuml/Ridder- AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1 - 3 III, RN 8 (deren „hohe Zeit“ sei von 1900 – 1937 gewesen; mit dem *New Deal* sei Ernüchterung hinsichtlich einer solchen unflexiblen Beschränkung des Gesetzgebers eingetreten); Knapp 1974, 470, 480 - 485 (bes. 480: die *due process*-Klausel schreibe dem Gesetzgeber kein *laissez-faire*-Kapitalismus vor; 481: in einer Demokratie seien dem Volk keine „platonic guardians“ vorgeordnet; 482 zur „Kritik am [richterlichen] Aktivismus der Jahre vor 1937“; 483: die substantialistische Interpretation öffne „merely personal judgment“ Tür und Tor; 485 noch einmal zu den gegen den früheren, richterlichen Aktivismus erhobenen Vorwürfen; des weiteren zu dem jüngeren Aktivismus: „Gefahr für die Rechtssicherheit“).

<sup>11</sup> Gegen eine einseitige Sicht auf die angloamerikanische Entwicklung s. aber Maus (1999, 281, 278, 2004, 839, 841), die darauf hinweist, daß sich die Gewichte in den USA von der Verabschiedung der Verfassungen der Bundesstaaten bis zu der späteren Verabschiedung zur Unions-Verfassung von einem radikaldemokratischen Verständnis von Volkssouveränität zu einem Konzept der „Gewaltenbalance“ verschoben haben. Zu weiteren Differenzierungen hinsichtlich der angloamerikanischen Entwicklung s. unten Endnote 27.

<sup>12</sup> In Anbetracht dessen ist es wenig überzeugend, wenn Oberreuter den ‚materiellen‘ Rechtsstaat als ein Plus gegenüber dem formellen Rechtsstaat ausgibt (tatsächlich ist jener, wie wir gesehen haben und die seriöseren seiner Verfechter durchaus zugeben, das GEGENTEIL des formellen Rechtsstaats; vgl. Böckenförde 1969, 142: sich „strukturell voneinander abheben“) und dem NS (und dem „Kommunismus“) ausgerechnet einen MANGEL an ‚materieller‘ Rechtsstaatlichkeit vorwirft.

Zu letztem führt Oberreuter (a.a.O.) aus: „Im Nationalsozialismus ging es um die Weltanschauung und den Rassismus, im Kommunismus um Ideologie und Klassenkampf.“ Dagegen ist einzuwenden: Rassismus und die anderen Elemente der NS-Weltanschauung waren vielmehr gerade der INHALT des ‚materiellen‘, nationalsozialistischen Rechtsbegriffs (vgl. unten S. 58); wohingegen der Marxismus gerade jeden ontologisch-universalistischen Rechts- und Gerechtigkeits-Begriff verneint (Marx/Engels 1845, 229: „Die Kommunisten predigen überhaupt keine MORAL“ [Hv. i.O.]; Marx 1863-65/94, 351 f.: „gerecht [... ist was der] Produktionsweise entspricht“) und deshalb den formellen, bürgerlichen Rechtsstaat aus einer ganz anderen Richtung kritisiert als dies der NS tut.

<sup>13</sup> Dies ist freilich ein Ideal, von dem wir nicht erst heute wissen können, daß es auch im angelsächsischen Strafprozeß nicht immer Wirklichkeit ist, das sich aber vom deutschen Ideal dadurch unterscheidet, daß in ihm nicht von vornherein ein *bias* eingebaut ist zugunsten der Staatsanwaltschaft, der als vermeintlich ‚objektivster Behörde der Welt‘ zugetraut wird, „nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln“ (§ 160 II StPO; so daß sich fragt, warum es überhaupt eine Verteidigung gibt). – Wir warten auf den Zeitpunkt, wo jemandE zum Ausgleich der Objektivitäts-Unterstellung zugunsten der Staatsanwaltschaft vorschlägt, entsprechend auch die Verteidigung nicht nur mit dem Vorbringen der entlastenden, sondern auch der belastenden Umstände zu beauftragen.

<sup>14</sup> Damit soll selbstverständlich nicht gesagt werden, daß in Britannien das Problem vermeintlich oder tatsächlich freiheits- oder demokratiegefährdender Gesetze nicht diskutiert würde. Nur werden dort die Grundrechte nicht gegen die Volkssouveränität ausgespielt (vgl. Maus 1999, 277) und deren Schutz nicht wiederum einer staatlichen Institution (einem Gericht) anvertraut. Dies ermöglicht dort die aus Deutschland bekannten etatistisch-paternalistischen (s. unten Endnote 16 sowie das Brockhaus-Zitat a.E. von Endnote 5) Folgen des Rechtsstaats-Diskurses (Schlothauer 1977, 539: „politische Betätigung scheint nur noch juristischen Experten möglich zu sein“; Maus 1999, 277: „Niedergang [d]er Freiheitsperspektive“; Deiseroth 1998, 252 „Man braucht sich insoweit nicht im demokratischen Prozeß mühsam für Mehrheiten zu engagieren, wenn man sein Ziel durch ‚einen Gang nach Karlsruhe‘ zum Bundesverfassungsgericht erreichen kann.“) zu vermeiden: „Die politische Souveränität liegt nur deswegen immer noch beim [englischen] Volk, weil es seine Rechte stets aufmerksam gehütet hat und zu entschlossenem Handeln bereit war, wenn diese Rechte bedroht waren.“ „Die Freiheit liegt in den Herzen der Männer und Frauen, und wenn sie dort stirbt, kann keine Verfassung, kein Gesetz und kein Gericht sie retten.“ (Harvey/Bather 1965, 366, 375 f., zuletzt Learned Hands *The Spirit of Liberty* zitierend). – Daß freilich auch diese individualistische Konzeption kritisch diskutiert werden kann, kann im hiesigen Rahmen nur angedeutet werden (s. unten 27 und 93).

<sup>15</sup> Inwieweit der französische Begriff *droit* (anders als der englische Begriff *law*) eine offene Flanke in Richtung des übergesetzlichen deutschen *Rechts*-Begriffs hat (gegen diese Annahme Ridder 1975, 145: *le droit* sei eindeutig synonym mit *la loi*; s.a. Ridder 1994, 36) oder aber nur den individuellen Rechtsanspruch (engl. *claim, title*) im Unterschied zum abstrakten (oder generellen) *loi* bezeichnet, muß an dieser Stelle offen bleiben. Der englische Begriff *right* bezeichnet jedenfalls immer nur ein individuelles Recht, das sich aus dem *law* ableitet, aber kein metaphysisches Recht, das ÜBER dem *law* steht.

<sup>16</sup> Dabei ist dessen „freiheitliche“ Tendenz (hier ist an die Frage zu erinnern: Haben wir je etwas von einer „schönheitlichen“ Tendenz gehört? – Die Abweichung von der üblichen Regel für die Adjektivbildung ist Symptom einer inhaltlichen Verschiebung, die dabei vorgenommen wird) das, was im Rahmen des etatistischen (vgl. ebd., 153 zu Gneist: „staatliche Ordnung der Gesellschaft“; „die Kräfte der Gesellschaft mit dem Staat aktiv und institutionell verb[i]nden“); „Versöhnung von

öffentlicher Pflicht und privatem Erwerbstrieb“) Rechtsstaats-Konzepts von einer LIBERALEN (oder FREIEN) Tendenz noch übrigbleibt.

So hatte der schon erwähnte Gneist keine rechtsstaatlichen Bedenken, an der Vorbereitung der Sozialistengesetze mitzuwirken (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20, Abs. 1-3 III., RN 17), und Böckenförde erkennt klar: „Hinter der Vielfalt verschiedener Formulierungen erscheint der materielle Rechtsstaatsbegriff dadurch gekennzeichnet, daß die staatliche Gewalt vorab an bestimmte oberste Rechtsgrundsätze gebunden erachtet und **der Schwerpunkt staatlicher Tätigkeit nicht primär in der Gewährleistung formaler Freiheitsverbürgungen, sondern in der Herstellung eines materiell gerechten Rechtszustandes gesehen wird. Die Freiheitsverbürgung wird** als Moment in diesen Rechtszustand einbezogen, **dadurch** freilich zugleich **relativiert**. Die Verfassung beschränkt sich nicht mehr auf die Festlegung der Grenzen der staatlichen Gewalt gegenüber der bürgerlichen Freiheit [...], sie wird zur rechtlichen Positivierung der ‚Grundwerte‘ der Lebensordnung der Gemeinschaft.“ (1969, 164 m.w.N., s.a. 165 f.; fast wortgleich: 1992, Sp. 338 f. – Hv. d. Vf.In). Den Etatismus teilt die deutsche Rechtsstaats-Konzeption im übrigen – im Unterschied zur angloamerikanischen Konzeption – mit dem französischen Verfassungsbegriff – freilich mit dem grundlegenden Unterschied, daß dieser (im Gegensatz zu jener) auf dem Konzept der Volkssouveränität aufruht (s. näher dazu Preuß 2001, Sp. 338), so daß die Implikationen für die politischen Freiheitsrechte in beiden Fällen unterschiedliche sind.

Zur Stoßrichtung von Böckenfördes Kritik ist anzumerken, daß sich diese schon 1969 (wie auch in dem später noch zitierten Vortrag aus dem Jahre 1978, s.u. S. 71) nur gegen die freiheitsbeschränkenden Wirkungen des ‚materiellen‘ Rechtsstaatskonzeptes IM NORMALZUSTAND wendet, während er im Ausnahmezustand – ganz im Sinne Carl Schmitts – die Bindung an die verfassungsmäßigen Freiheitsrechte um so bedenkenloser abstreifen will: „[...] die Frage ist, ob diese Einigkeit, wenn sie denn streitig geworden ist, durch Verfassungs- und Rechtsgebot, das im Streitfall von der Mehrheit ausgeht, geschaffen oder erhalten werden kann. Liegt darin nicht der Ansatz zu einem Verfassungstotalitarismus?“ (Böckenförde 1969, 167 – abgeschwächt bei Böckenförde 1992, Sp. 340; dort aber [wie schon 1969, 168 f.] festhaltend an der Kritik NICHT DES RECHTSSTAATLICHEN Denkens, SONDERN des „INTROVERTIERTE[N] rechtsstaatliche[n] Denkens“ [Forsthoff], das die Bedeutung des Staates als Letztentscheider und Hersteller der „Normallage“ unterschätze). Allein dies (die Infragestellung der Verfassungsgebote der Mehrheit und die Herausstellung des Staates als Letztentscheider und Hersteller der „Normallage“) – und nicht etwa eine späte Rückkehr zu einem positivistischen Rechtsbegriff – ist denn auch der Sinn von Schmitts Kritik an der „Tyrannei der Werte“.

<sup>17</sup> NUR INSOFERN, als dieser Kompromiß seit dem Indemnitätsgesetz von 1866 fest etabliert war, kann mit Böckenförde (1969, 150 ff.; 1992, Sp. 333 ff.) u.a. für das Ende des 19. Jahrhunderts von einer gewissen Formalisierung des Rechtsstaats-Begriffs (s. krit. zu dieser These unten S. 41 ff.), gesprochen werden: Es bestand kein BEDARF an einer AKTUALISIERUNG dessen ‚materieller‘ Seite (es konnte auf dem schon Erreichten aufgebaut werden; vgl. Böckenförde 1969, 151), was aber dessen anti-demokratische Bias durchaus nicht beseitigte und auch seine ‚materielle‘ GRUNDIERUNG nicht entfallen ließ, wie unten genauer gezeigt wird.

<sup>18</sup> Zu aktuellen verfassungsrechtlichen Parallelen zwischen der Bundesrepublik, Spanien und Italien s. Curz Villalon (1989, 69 in und bei 14 m.w.N.) wie in Endnote 108 zitiert.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Argumentationsfigur Althusser 1962, 70: „[...] befinden wir uns nicht immer in der Ausnahme? Ausnahme die deutsche Niederlage 1849, Ausnahme die Pariser Niederlage von 1871, Ausnahme die Niederlage der deutschen Sozialdemokraten zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Erwartung des chauvinistischen Verrats von 1914, Ausnahme der Erfolg von 1917 ... Ausnahmen, aber IN BEZUG WORAUF?“ (Hv. i.O.). Poulantzas 1975/76, 41 schreibt zur gleichen Argumentationsfigur: „Gewiß sollte man sich vor einer idealtypischen Konstruktion der bürgerlich-demokratischen Revolution hüten, an der dann das ‚Scheitern‘ solcher Revolutionen abzulesen wäre – ein Modell, das gleichsam die Errungenschaften der Französischen Revolution mit den Resultaten der Englischen Revolution vermengt, das Modell einer Französischen Revolution also ohne die Bonapartes. Ein solches Modell – muß man es wirklich aussprechen? – hat niemals Wirklichkeit erlangt; an ihm gemessen; wären alle bürgerlich-demokratischen Revolutionen ‚gescheitert‘ oder ‚fehlgeschlagen‘ – und am Ende hätte es sie vielleicht nie gegeben.“ Dennoch ist es freilich nicht verfehlt, nach den jeweiligen Unterschieden zu fragen, wie auch Poulantzas zugesteht und wie er es auch tut, wobei er aber – ohne Begründung – Deutschland zum „übrigen Europa“ und nicht zu der Gruppe Griechenland, Portugal, Spanien zählt.

<sup>20</sup> Vgl. Vilar 1947/1997, 49: „Sieg der Reformation über den Katholizismus“.

Von Mitte des 17. bis Mitte des 18. Jahrhunderts trat die Hälfte der niederländischen Bevölkerung zum Calvinismus über (Bernecker 2002, 52) – was seinen Anteil daran gehabt haben dürfte, daß die Niederländer in dem Unabhängigkeitskrieg über das verfügten, woran es der spanischen Krone fehlte (s. FN 23): „neue Finanzierungstechniken“, die es ermöglichten „ein riesiges Heer auf unbestimmte Zeit zu unterhalten“ (Bernecker 2002, 51).

<sup>21</sup> Eigene Übersetzung; abweichende Übersetzung bei Klenner 1976, 502: „Die Souveränität STEHT dem Volk ZU; sie ist einheitlich und unteilbar; unverjährbar und unveräußerlich.“ und unter der internet-Adresse: <http://www.verfassungen.de/f/verf93.htm>: „Die Souveränität RUHT IM Volk; sie ist einheitlich und unteilbar, unverjährbar und unveräußerlich.“

<sup>22</sup> In der französischen Verfassung von 1958 heißt es in Art. 3 noch immer ähnlich: „La souveraineté nationale appartient au PEUPLE QUI L'EXERCE par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.“ / „Die nationale Souveränität liegt beim Volk, das sie durch seine Vertreter und durch den Volksentscheid ausübt. Weder ein Teil des Volkes noch irgendeine Einzelperson kann ihre Ausübung für sich reklamieren.“ (eigene Übersetzung).

Mag der Unterschied in der politischen Praxis zwischen der BRD und Frankreich auch nur gering sein, so ist der konzeptionelle Unterschied zwischen der zitierten Vorschrift und Art. 20 GG doch riesig: Nach der französischen Konzeption ist es weiterhin das Volk, „das sie [die Souveränität ...] AUSÜBT“ („qui l'exerce“), auch wenn es sich dazu seiner Vertreter (d.h. der Staatsorgane) bedient.

Dagegen geht die Staatsgewalt nach Art. 20 II 1 GG vom Volk nur AUS und wird dann in Art. 20 II 2 GG auf das Volk und die Staatsorgane, die damit verselbständigt werden, AUFGETEILT: „Sie [Die Staatsgewalt] wird vom Volk in Wahlen und Abstimmungen UND DURCH BESONDERE ORGANE der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

Das heißt: Die Staatsgewalt wird nicht ‚vom Volk in Wahlen und Abstimmungen sowie MITTELS besonderer Organe‘ ausgeübt, sondern sie wird einerseits „vom Volk“ SELBST in Wahlen und Abstimmungen und andererseits „durch besondere Organe“ ausgeübt. Diese Organe werden zwar als vom Volk legitimiert gedacht (Art. 20 II 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“ – schon Brecht fragte: „Und wo geht sie hin?“); diese Organe werden aber nach dem Wahlakt des Volkes zum selbständigen Träger der Staatsgewalt NEBEN dem Volk. Während das Volk in Frankreich die unteilbare Staatsgewalt „DURCH“ seine Vertreter ausübt, stehen sie in der BRD NEBEN dem Volk. – Zum Konzept der „Unteilbarkeit der Republik“ in Frankreich vgl. Grewe 2002 (mit weiterführender Literatur).

<sup>23</sup> S. bes. Bernecker 2002, S. 110: „die Cortes von Cádiz [hat nicht] die Rolle der Französische Revolution übernommen“. Die von der Cortes von Cádiz 1812 beschlossene Verfassung sah eine konstitutionelle Monarchie (Vilar 1947/97, 88; vgl. Bernecker 2002, 116: Eid des Königs auf die Verfassung) mit Gewaltenteilung (ebd., 114) vor (vgl. dazu den Hinweis von Wesel [1992, 58], daß „Volkssouveränität“ nicht notwendigerweise ‚Republik‘ bedeuten müsse, sondern durchaus die Idee eines zwischen Volk und Monarchen geschlossenen konstitutionellen „Herrschaftsvertrag[es]“ beinhalten könne. Soviel zur – von Bernecker (2002, 118) erwähnten – Befürwortung der Volkssouveränität durch einen Teil der spanischen Liberalen).

Während die spanische Verfassung von 1812 beschlossen wurde, befand sich der König in französischer Gefangenschaft. Nach seiner Rückkehr 1814 sowie 1823 erneut (nachdem 1820 liberale Militärs ein Wiederinkrafttreten der Verfassung von 1812 erzwungen hatten) setzte der König eine Rückkehr zum absolutistischen Regierungssystem durch (ebd. 114 - 116). 1834 wurde dann doch noch eine konstitutionelle Verfassung eingeführt. Der Liberalismus hatte sich zwischenzeitlich in einen gemäßigten Flügel (*Moderados*), der in der Folge im Bündnis mit der überkommenen grundbesitzenden Oligarchie auf der Grundlage eines Zensuswahlrechtes regierte, und einen progressiveren Flügel, der aber nur unwesentlich radikaler war und ebenso – wie die erst später entstehenden republikanischen Kräfte – innerhalb des bestehenden politischen Systems keine Chance hatten, gespalten (ebd., 116, 120, 121, 128). 1873/74 bestand für zehn Monate die erste spanische Republik (ebd., 129). In der danach folgenden Restaurationsperiode, die die konstitutionelle Monarchie wiedereinführte, regierten dann die Nachfolger von *Moderados* und *Progressistas* aufgrund gemeinschaftlich manipulierter Wahlen immer abwechselnd im Auftrag des Königs; die Bourgeoisie paßte sich aufgrund von Nobilitierungen auch kulturell dem Lebensstil des Adels an (129, 131 - 134). Bernecker verweist u.a. auf folgende Literatur: Luis Díez del Corral, *Doktrinärer Liberalismus*. Guizot und sein Kreis, Neuwied, 1964; José Luis Comellas, *Los moderados en el poder, 1844 - 1854*, Madrid, 1970; ders., *Cánovas de Castillo*, Madrid, 1997; Miguel Artola, *Partidos y programas políticos 1808 - 1936*, Madrid, 1974/75; Alfonso Bullón de Mendoza / Luis E. Togores (Hg.), *Cánovas y su época*, Madrid, 1999.

Der Grundstein für diese Schwäche eines parlamentarisch-republikanischen Bürgertums wurde früh gelegt – nämlich im 16. Jahrhundert: „der Triumph der ‚Altchristen‘ hatte eine verächtliche Haltung dem Gewinnstreben und dem Schaffensgeist im allgemeinen gegenüber zur Folge; er begünstigte auch die allgemeine Tendenz zum Kastendenken. Mitte des sechzehnten Jahrhunderts begannen die Zünfte, von ihren Mitgliedern Nachweise für deren *limpieza de sangre* [die Reinheit des Blutes] zu verlangen – eine denkbar schlechte Vorbereitung für den Eintritt ins kapitalistische Zeitalter. Andererseits behinderte die Stellung der Kirche Produktion und Zirkulation der natürlichen Reichtümer: Die Vervielfachung des Klerus und der Wohlfahrtseinrichtungen belastete die Wirtschaft mit unproduktiven Schichten; die Enteignungen durch die Inquisition, die Schenkungen an religiöse Gemeinschaften schufen unablässig ein sogenanntes ‚Vermögen der Toten Hand‘. Am Ende waren die Staatsfinanzen durch das vergebliche Streben nach geistiger Hegemonie ruiniert. Spanien, dem die Entdeckung Amerikas den ersten Platz in der frühneuzeitlichen Wirtschaftswelt hätte sichern können, hat diesen Rang nicht eingenommen: Es verdankt dies zum Gutteil jener mit ökonomischen und rassistischen Konflikten vermischten religiösen Psychologie, die es vom ausgehenden Mittelalter geerbt hatte.“ (Vilar 1947/97, 44).

„Im Innern hatte die Judenvertreibung eine starke Reduzierung der städtischen Mittelschichten und des Kaufmannsstandes zur Folge, und die Vertreibung der *moriscos* [der getauften Araber] führte zu einem Rückgang der landwirtschaftlichen Produktion.“ So fehlte es Spanien für einen langfristigen Erfolg an einem „Bankwesen mit internationalen Verbindungen“ und an einer „dynamischen Schicht von Unternehmern und Händlern“. Während der Gegenreformation herrschte Bevölkerungsmangel in Spanien, da viele junge Menschen in die Klöster eintraten, so daß es zu einer Heiratskrise kam. Der Anteil des Klerus an der spanischen Bevölkerung stieg vom 16. bis Mitte des 18. Jahrhunderts um ein Drittel. – So fehlte es Spanien am Ende der Gegenreformation, insbesondere in Kastilien, an einer (früh)bürgerlichen Mittelschicht, was sich prägend auf die weitere Geschichte auswirken sollte. Erklärt werden kann dieser Umstand „mit der Dominanz von politisch-religiösen Herrschaftsidealen zu Lasten einer dynamischen Wirtschaftsmentalität“ [Bernecker 2002, 21, 35, 55, 91, 75 (s.a. 62) u.a. unter Hinweis auf: Renate Pieper, *Die Preisrevolution in Spanien (1500 - 1640)*, Wiesbaden, 1985; Antonio Domínguez Ortiz / Bernard Vincent, *Historia de los Moriscos. Vida y tragedia de una minoría*, Madrid, 1978].

<sup>24</sup> Zwischen den lateinamerikanischen Unabhängigkeitskriegen am Anfang des 19. Jahrhundert und dem Beginn des Bürgerkriegs 1936 erlebte Spanien „weit über hundert Regierungen [...], eine ganze Reihe von Verfassungen und verschiedene Regime, mehrere Attentate auf und Ermordungen von Regierungschefs, Verbannungen und Entthronungen“ (Bernecker 2002, 112).

<sup>25</sup> So galt die Gleichheitsforderung der deutschen Bourgeoisie und deren Intellektuellen als etwas Fremdes, als „französisches Nationalattribut“ (Dann 1975, 1019; ähnlich: Dann 1980, 250; Dipper 1975, 538) bzw. dem französischen Gleichheits-Verständnis wurde die „wahre“ (F. J. Stahl), „viel konsequentere, tüchtigere, realere Gleichheit der Deutschen“ (A. Müller) entgegengestellt (Dann 1975, 1028, 1027), wohingegen die „absolute Gleichheit [...] ein unarischer Gedanke“ sei (Bluntschli zit. n. Dann 1975, 1043, s.a. ebd., IN FN 191). Parallel dazu kam es zur Kreierung einer



– ebenfalls entsprechend verkürzten – „deutschen Freiheit“ (s. dazu: Dipper 1975, 538), auf die sich auch die deutsche Propaganda während der beiden Weltkriege berief (Conze 1975, 539 f.).

<sup>26</sup> „Die konservative Historiographie des 19. und 20. Jahrhunderts hat die Schuld für die ‚Spaltung‘ Spaniens in zwei Lager auf jene Politiker geschoben, die in der Zeit der Aufklärung den französischen Enzyklopädisten folgten, die ihr Land ‚entchristianisieren‘ wollten und das antiklerikale Vorbild für die Liberalen des 19. Jahrhunderts abgaben. Dabei identifizierte sie die Orthodoxie mit dem ‚Traditionellen‘ und ‚Spanischen‘, die Aufklärung mit dem ‚Ausländischen‘ und ‚Heterodoxen‘. [...]. ‚Französische‘ Ideen wurden als Ruin der politischen und sozialen Ordnung betrachtet, da sie sich gegen die christliche Hierarchie richteten.“ Sogar die Inquisition erlangte im Zuge dieser Abgrenzungsversuche noch einmal Bedeutung. (Bernecker 2002, 98, 100, 105). „Franzosenhaß machte sich breit; Freiwillige meldeten sich massenweise, um gegen das revolutionäre Frankreich zu kämpfen“ (ebd., 102). Im Unabhängigkeitskrieg gegen Napoleon (1808 – 1814) kämpften dann Liberale und Konservative gemeinsam – wobei der „durchschnittliche Widerstandskämpfer“ dieses Krieges – der der historische Ausgangspunkt von Carl Schmitts *Theorie des Partisanen* ist – „vor allem gegen den ‚atheistischen‘ Franzosen“ stritt (Vilar 1947/97, 85). Diese Mitwirkung an der nationalen Sache wurde den Liberalen freilich von den Konservativen nicht gedankt: Die in FN 23 schon erwähnte, während des Unabhängigkeitskrieges beschlossene Verfassung, die ohnehin nur eine Konstitutionalisierung des monarchistischen Systems (nicht dessen Abschaffung) vorsah, wurde vom König nach dessen Rückkehr aus französischer Gefangenschaft außer Kraft gesetzt. Die nun einsetzende Repression traf die Liberalen genauso wie die verschwindende Minderheit von Spaniern, die mit Napoleon zusammengearbeitet hatten (ebd., 88; Bernecker 2002, 115 m.w.N. in FN 5 auf S. 220). Diese Stoßrichtung wurde dann im 20. Jahrhundert vom Franco-Regime beibehalten: Von Anfang an setzt es „die modernisierungswilligen Kräfte der Zweiten Republik – Liberalismus, Sozialismus, Kommunismus und Freimaurerei – mit dem ewigen Anti-Spanien gleich, verkündete die konservative Ideologie vom einmaligen Sonderweg Spaniens und seiner kreuzfahrerischen Mission“. „Franco selbst bezeichnete sein Regime als eine ‚Rückkehr zu den ureigensten Elementen des spanischen Wesens‘, die in den Jahrzehnten des großen weltpolitischen Aufbruch Spaniens unter den Katholischen Königen die Geschichte bestimmten. Die bewußte ‚Abkoppelung‘ der politischen Entwicklung Spaniens von den westlichen Gesellschaften und die Betonung spanischer Geschichte und Tradition als Grundlage des ‚Neuen Staates‘ stellten fortan Charakteristika der ideologischen Argumentationsstruktur Francos dar.“ (Bernecker 2002, 177 unter Hinweis auf Carolyn B. Boyd, *Historia Patria. Politics, History, and National Identity in Spain, 1875 – 1975*, Princeton, 1997).

<sup>27</sup> Dabei sollte allerdings nicht vergessen werden, „daß sich auch anderswo [d.h.: außerhalb Deutschlands] politische Forderungen durchsetzen, die der deutschen Rechtsstaatsidee teilweise entsprechen, wobei sie freilich in anderen Begründungszusammenhängen auftreten und mit anderen Namen (etwa ‚*limited government*‘ oder ‚liberaler Konstitutionalismus‘) vorgestellt werden.“ Dies gilt etwa für das us-amerikanische System von *checks and balances*. (Bäumlin 1987, Sp. 2807; vgl. auch Maus 1999, 278 [wie hier in Endnote 11 zitiert]; Preuß 1976, 451 f.). Für Deutschland und

England weist Dahrendorf (1963, 167) auf „faktische Ähnlichkeiten“ trotz konzeptioneller Unterschiede hin.

Welche Auswirkungen diese Rechtsstaats-Äquivalente auf die dortige politische Justiz haben, wäre gesondert zu untersuchen (vgl. zur britischen Nordirland-Gesetzgebung vorläufig: Böckenförde 1978, 1887 m.w.N. in FN 47). Auch hier dürfte allerdings die Beobachtung von Geil geltend, daß es einen Unterschied für die Offenheit des politischen Prozesses bedeutet, ob derartige verfassungsdurchbrechenden Gesetze als ZULÄSSIG oder aber wie in der BRD (s.u. S. 69) als rechtlich GEBOTEN aufgefaßt werden:

„Zwar ist in allen bürgerlichen Demokratien die berufliche Benachteiligung von Oppositionellen im Rahmen des politisch Durchsetzbaren an der Tagesordnung. [...]. Ein auffälliger Unterschied besteht [...] in der Begründung. Während etwa in Frankreich, in den USA oder Großbritannien Berufsverbote mit nationalen Sicherheitsinteressen, also politisch begründet worden sind, gibt sich die Berufsverbotepraxis in unserem Land als Anwendung von RECHT. Während die französische Rechtsprechung die einschlägige Praxis der Exekutive niemals gebilligt hat, während der Supreme Court in den USA entsprechendes Verhalten als AUSNAHME von der Anwendung des Verfassungsrechts darstellt, soll nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gerade diese Praxis vom Grundgesetz geboten sein.“ (Geil 1978, 380 m.w.N. – Hv. i.O.).

<sup>28</sup> Stern 1984, 769, FN 28 zit. die *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797<sup>1</sup>, 1798<sup>2</sup>, 194 f. Die *Metaphysischen Anfangsgründe* sind der „Erste Teil“ der *Metaphysik der Sitten* (Kant 1797/98a, 203 - 372 = b, 26866 - 27156 unter Hinweis auf c: 309 - 499).

Auch Maus (1978a, 15 = b, 13) beginnt ihre Darstellung der „ersten Anfänge“ der deutschen Rechtsstaatstheorie mit dem fraglichen Kant-Zitat.

Schulze-Fieltz-Dreier, 1998, Art. 20 GG, RN 12 m.w.N. (aus der Sekundärliteratur, aber ohne direkten Bezug auf Kant-Texte) verortet die „staatsphilosophische Grundlegung“ des Rechtsstaats bei Kant (und W. v. Humboldt).

Unruh (1983, 265) ist der Ansicht: „Über die Bedeutung der Philosophie *Emmanuels Kants* für die Bedingungen eines Rechtsstaates besteht seit langem in der Wissenschaft ein einhelliger Konsens.“ (Hv. und Schreibweise des Namens i.O.).

<sup>29</sup> Dies gegen die Ansicht von Maus (1978a, 15 = b, 13) „[i]n ihren Anfängen“, d.h. bei Kant, identifiziere die deutsche Rechtsstaatstheorie „Recht und Gesetz“.

<sup>30</sup> S. aber unten S. 31. Krit. zur Interpretation von Maus (eine ‚Übertreibung‘) auch Bäuml/Ridder-AK-GG, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 13.

<sup>31</sup> Vielleicht ließe sich zugespitzt formulieren: Während die britische Konzeption das individuelle Glücksstreben freisetzt, führt die deutsch-rechtsstaatliche Kritik am Beglückungsversprechen des absolutistischen Policey- bzw. Wohlfahrtsstaates nicht dazu, das eigenständige Glücksstreben der Individuen freizusetzen, sondern die Glückskategorie gleich ganz zu suspendieren und durch eine asketische Pflichtenethik zu ersetzen.

<sup>32</sup> D.h.: das Individuum, das Kants Vorgabe der Abstraktion von seinen empirischen Interessen verfehlt. Vgl. Maus 1978a, 17 = b, 15: „Demokratische Gesetzgebung verlangt ‚vernünftige‘ Individuen, die sich selbst als allgemeingesetzgebende denken können [...]. Selbstbestimmung des Individuums und Allgemeinheit des Gesetzes sind durch die Abstraktion von konkreten gesellschaftlichen Interessen und Bedürfnissen zusammengeschlossen.“ Zu fragen ist allerdings, was von demokratischer Gesetzgebung noch übrig bleibt, wenn diese darauf beschränkt ist, die philosophische Abstraktion von den empirischen Interessen der Gesetzgebenden nachzuvollziehen.

<sup>33</sup> Dieser Umstand (die Überordnung der eigenen Vorstellungen von Sittlichkeit über das Gesetz) trifft selbstverständlich auch auf jede revolutionäre Bewegung zu. Die dennoch bestehenden Unterschiede zwischen der herrschenden und der oppositionellen Variante der Überordnung des jeweiligen Verständnisses von Sittlichkeit über die Gesetzlichkeit liegen aber nicht nur dort, wo sie offensichtlich sind – auf der inhaltlichen Ebene (Unterschiedliches wird als sittlich angesehen) –, sondern auch auf der *methodisch-logischen* Ebene:

Die oppositionelle Variante (sofern es sich nicht um das Agieren einer ehemals revolutionären Bewegung handelt, die sich auf dem Weg der reformistischen Integration in das [ehemals] abgelehnte System befindet) ist konsistent, die herrschende Variante ist in sich widersprüchlich:

Im ersten genannten Fall konvergieren revolutionäres Ziel und illegale Methode. Im zweiten stellt die Berufung auf eine übergesetzliche Sittlichkeit eine Infragestellung der unbedingten Einhaltung des Gesetzes, die die herrschende Seite normalerweise postuliert, und eine (partielle) Delegitimation einer Institution des herrschenden politischen Systems (des normalen Gesetzgebers) dar. Während sich die revolutionäre Variante offen zu dem Bruch zwischen ihrem Verständnis von Sittlichkeit und den bestehenden Gesetzen bekennen kann, muß die herrschende Variante bestrebt sein, diesen Bruch klein zu halten bzw. ihn wieder zuzuschütten. Die übliche Art und Weise, dieses Ziel zu realisieren, ist die Unterscheidung zwischen Ausnahmezustand und Normalzustand: Im Falle einer akuten Gefährdung des *status quo* wird der Ausnahmezustand ausgerufen, um – ohne die normalerweise geltende Rechtsordnung beachten zu müssen – den NORMALZUSTAND WIEDERHERSTELLEN zu können. Dieses Vorgehen ist relativ transparent und nachvollziehbar (kontrollierbar) und so bleibt selbst im Falle der Ausnahme-Diktatur noch ein letzter Rest von Aufklärung und Emanzipationsmöglichkeit erhalten.

Eine viel subtilere und zugleich hermetischere Möglichkeit, den oben angesprochenen Bruch klein zu halten, bietet der deutsche Begriff „Recht“: Während er im einen Moment schlicht die Summe der Gesetze bezeichnet, ermöglicht er es im nächsten Moment, sich auf ein übergesetzliches, als sittlich angesehenes Recht GEGEN das Gesetz zu berufen: „Rechtswidrig“ bedeutet normalerweise nichts anderes als „gesetzwidrig, illegal“; in der Wendung „Dieses Gesetz ist ein Unrecht“ sind „Recht“ und „Gesetz“ dagegen nicht dasselbe; es wird gefordert das Gesetz an das, was als Recht und richtig angesehen wird, anzupassen. Mit „dem Recht“ verhält es sich also wie mit dem Igel in der Geschichte vom Hasen und dem Igel, immer heißt es: „Ich bin schon da.“

Eine revolutionäre Bewegung müßte ein Interesse haben, diesen hermetischen Universalismus des Rechts zu zerstören, müßte ein Interesse haben, den sozialen Antagonismus auch im Feld der

Moral zur Sprache zu bringen. Eine sich als oppositionell (oder gar: revolutionär) verstehende Bewegung, die die Parole „*Wo Recht zu Unrecht wird, wird Widerstand zur Pflicht*“ ausgibt, liefert sich dagegen in doppelter Weise dem herrschenden Diskurs aus. Sie unterstellt ein gemeinsames moralisches Fundament von Herrschenden und Beherrschten wie dies auch der ähnlichen englischen Parole „*No justice, no peace*“ eigen ist, darüber hinaus arbeitet die deutsche Parole aber auch noch der anti-emanzipatorischen Doppeldeutung von „Recht“ zu: „Recht“ kann sowohl das ‚Gute‘ als auch das ‚Böse‘ sein: AUSSCHLIEßLICH dort, wo „Recht zu Unrecht wird, wird Widerstand zur Pflicht“. Wo „Recht“ und „Gesetz“ deckungsgleich sind, wird Widerstand dagegen zum Tabu. Wird der moralische Antagonismus nicht thematisiert, kann die vermeintlich oppositionelle Parole gegen den Widerstand gedreht werden.

<sup>34</sup> *Literatur der Staatslehre*. 1. Abteilung, Straßburg, 1798, 93, 105 ff. zit. n. Unruh 1983, 252.

<sup>35</sup> Der Begriff „StatsRecht“ findet sich bereits bei August Ludwig Schlözer (*Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslere*, Göttingen, 1793); s. Unruh 1983, 254, FN 5.

<sup>36</sup> Scheuner 1979, 16, FN 51 unter Hinweis auf R. Asanger, *Beiträge zur Lehre vom Rechtsstaat im 19. Jahrhundert*. Diss. Münster, 1939, 2 f.

<sup>37</sup> Adam H. Müller, *Die Elemente der Staatskunst*, 1. Teil, Berlin, 1809 (Neudruck: 1922), handschriftliche Zusätze (hrsg. von Jakob Baxa), in: *Die Herdflamme*, 1926, 24 zit n. Unruh 1983, 269. – Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, warum Albrecht (1961, Sp. 690) den „Machtstaatsgedanken junger vitaler Nationen“, der bspw. vom Faschismus einer „müden Dekadenz“ gegenübergestellt werde, als Anti-These zum Rechtsstaats-Begriff darstellt.

<sup>38</sup> Wahrscheinlich stammt das Zitat aus dem von Unruh (nach Bernd Wunder, Landstände und Rechtsstaat. Zur Entstehung und Verwirklichung des Art. 13 DBA, in: *Zeitschrift für historische Forschung* 1978, 147) zitierten Bericht eines „Gesandten vom 21.9.1814“. Ob die fraglichen Worte eine eigene Formulierung des Gesandten oder vielmehr ihrerseits ein Zitat sind, bleibt unklar.

<sup>39</sup> Brockhaus 1998, s.v. *Rechtsstaat*, S. 131: „Unter den deutschen Theoretikern des Rechtsstaats neigten C. von Rotteck und C.T. Welcker dem französischen Konstitutionalismus zu.“ Ähnlich Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 14: „Im süddeutschen Raum entwickelte sich im Vormärz eine Rechtsstaatstheorie (von freilich sehr geringer praktisch-politischer Durchschlagskraft, die TEILS auch am französischen Konstitutionalismus orientiert ist, so bei Carl von Rotteck und Carl Th. Welcker, der den Rechtsstaat als ‚Staat der Vernunft‘ bezeichnet.“ (Hv. d. Vf.In, Original-Hv. getilgt).

<sup>40</sup> In der DBE 2001, s.v. *Aretin* heißt es: „Er [...] unterstütze die frankreichfreundliche Politik des Ministers Maximilian Joseph Graf von Montgelas.“

<sup>41</sup> *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch dargestellt, Gießen, 1813. – In der DBE (2001, s.v. *Welcker*) heißt es über ihn: „Einflüsse der deutschen Spätaufklärung und des Neuhumanismus verband er mit neoaristotelisch-‚organischem‘ Staatsdenken, das sich vor allem gegen den aufgeklärt-

naturrechtlichen Kontraktualismus richtete. Von anderen Strömungen, vor allem dem Hegelianismus, hob W. sich u.a. durch dessen historisch-germanistische Unterfütterung ab.“

<sup>42</sup> In dem Artikel „Gesetz“ in dem von ihm selbst und Carl von Rotteck herausgegebenen *Staatslexikon* plädiert Welcker (1838, 731, 732) im Namen „des Vernunftrechtes und des Rechtsstaats“ für die Unterordnung der „Befriedigung der eigenen und fremden Bedürfnisse und Vorsorge“ unter die „stete Vorherrschaft der sittlichen Ideen und Zwecke“ bzw. des „Gesamwohl[s]“ und grenzt sich dabei von den „rein materialistischen und egoistischen Nützlichkeits-theorien eines Bentham“ ab.

<sup>43</sup> *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, 1823<sup>1</sup>, 156 f.

<sup>44</sup> „Gemeinhin wird R. v. Mohl (1799-1875) als derjenige genannt, der den Terminus jedenfalls in die Staatsrechtswissenschaft eingeführt hat.“ (Stern 1984, 769; ebenso: Herzog-MD, 1980, Art. 20 Abschnitt VII, FN 4; allgemeiner [„durch R. v. Mohl in die wissenschaftliche Terminologie eingeführt“]: Albrecht 1961, Sp. 686; ähnlich auch der Brockhaus 1998, s.v. Rechtsstaat: Mohl habe den „Begriff des Rechtsstaat in Deutschland heimisch gemacht“). Vgl. auch Schefold 2000, 576: „Seine [des Begriffs „Rechtsstaat“] konkrete Bedeutung in der besonderen deutschen Situation wird diskutiert v.a. durch Robert von Mohl, [...]“

Scheuner (1979, 6) bescheinigt Mohl dagegen eine „relativ begrenzt[e]“ „unmittelbare Nachwirkung“, hält ihn aber für „heute“, d.h. Scheuners Zeit des SpätFordismus, für umso aktueller: „für unsere Gegenwart [...] von unmittelbarer Aktualität“ (3), „Erst in unserem Jahrhundert“ (18), „Erst die Gegenwart bemüht sich wieder“ (20); „so vermögen wir das heute richtiger zu würdigen“ (30). Maus 1978a, 13 = b, 15 (m.w.N. auf S. 66 bzw. 67, jew. FN 2): „Autoren unterschiedlichster politischer und verfassungstheoretischer Provenienz stimmen darin über ein, daß der Name Robert von Mohl einen Kulminationspunkt früher materialer Rechtsstaatstheorie bezeichne, [...]“

<sup>45</sup> Vgl. Maus 1978a, 69, FN 45 = b, 68, FN 45 („in positivrechtlicher Anlehnung an die Verfassung von 1819“), a, 27 = b, 25 („des bestehenden Rechtsstaats“); Scheuner 1979, 5 („auf dem Boden des monarchisch geprägten konstitutionellen Systems“), 26 („Mohls württembergisches Staatsrecht nimmt das monarchische System [...] in seiner damaligen Gestalt hin.“ – unter Hinweis auf Mohl, a.a.O. [Endnote 43], 175 ff.).

<sup>46</sup> Worin die von Scheuner (1979, 3) dennoch behauptete Offenheit Mohls für „ausländische Erfahrungen“, ja „westliche Einflüsse“ (4) bestanden haben soll, außer darin, daß sein BRUDER in Paris lebte, wird bei Scheuner nicht deutlich.

<sup>47</sup> a.a.O. [Endnote 41], 1. Buch, Kap. 6, 25 zit. n. Böckenförde 1969, 145 bei FN 6.

<sup>48</sup> *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*. Bd. 1, 1855, 70 zit. n. Scheuner 1979, 15, FN 57.

<sup>49</sup> *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Bd. I, Tübingen, 1832<sup>1</sup>, 1844<sup>2</sup>, S. 23 Anm. 7 zit. n. Maus, a.a.O., FN 2, 24 bei FN 84.

<sup>50</sup> Maus 1978a, 70 = b, 69 jew. FN 61.

<sup>51</sup> Mohls ‚materieller‘ Rechtsstaats-Begriff ist bereits in der ersten Auflage seiner *Polizei-Wissenschaft* von 1834 präsent (Scheuner 1979, 14), sein kurzzeitiger Flirt mit einer parlamentarischen Regierung datiert dagegen auf das Jahr 1852 (Scheuner 1979, 26, s.a. 8 f., FN 22; 1837 geht es Mohl nur um juristische, nicht um politische Verantwortung der Minister [Ladeur 1980a, 52 f.]), während er später – nach Einführung des allgemeinen Wahlrechts (zu dessen Ablehnung durch Mohl s. Scheuner 1979, 1) auf Reichsebene – die „Reife Deutschlands“ (6, s.a. 27, 28) für eine parlamentarische Regierungsbildung verneint.

<sup>52</sup> Dieses Staatsverständnis ist in Deutschland auch Ende des 20. Jahrhunderts noch relevant, wenn bspw. der nachmaligen Verfassungsrichter Böckenförde in Bezug auf das Grundgesetz postuliert, daß „die Verfassung die staatliche Handlungsmacht nicht erst konstituiert, sondern bindet und limitiert“ (Böckenförde 1978, 1883).

<sup>53</sup> Wenn MacCormick in der *rule of law* und im Rechtsstaat dennoch – im Gegensatz zu allem was er „bisher über den Rechtsstaat gelesen“ hat – einen Ausdruck des „gleichen Ideal[s]“ sieht (67), so scheint es sich dabei um ein Ideal außerhalb von Zeit und Raum zu handeln. Seine folgende Beweisführung (67 - 70) krankt dann außerdem daran, daß er seine eigene, britische „doch recht formale“ (70) Konzeption mit der ebenfalls (und zurecht) als „relativ formal“ (67) charakterisierten Konzeptionen von Kelsen vergleicht – und nur geringe Unterschiede feststellen kann. Damit verfehlt MacCormicks Vergleich aber von vornherein den in Deutschland dominierenden, ‚materiellen‘ Rechtsstaats-Begriff für den Kelsen gerade nicht repräsentativ ist.

Politisch bemerkenswert ist, daß es MacCormick nicht darum zu tun ist, zu zeigen, daß das Rechtsstaats-Konzept den demokratischen Maßstäben der *rule of law* genügt (was ein zwar schwieriges, aber in Anbetracht damaliger/heutiger ‚Westintegration‘ der BRD in seiner politischen Motivation nachvollziehbares Unterfangen wäre). Die demokratische Überlegenheit der britischen Konzeption wird von MacCormick nicht gesehen; oder deren demokratischer Charakter wird von ihm nicht als politischer Vorteil gesehen oder zumindest nicht betont. Vielmehr argumentierte MacCormick bereits Mitte der 80er Jahre (nach einer kurzen Phase alliierter ‚re-education‘-Bemühungen in der unmittelbaren Nachkriegszeit) wieder DEFENSIV gegenüber deutschen missionarischen Ansprüchen und versucht zu zeigen, daß Britannien, wenn schon kein Rechtsstaat, so doch wenigstens „ein unvollkommener Anwendungsfall des Rechtsstaates“ (67, FN 8) ist.

Von dieser politischen Motivation her erklärt sich vielleicht auch MacCormick Bezugnahme auf Kelsen: Die Bezugnahme auf einen deutschsprachigen Juristen (auch wenn es ein in Prag geborener Österreicher ist, der 1933 nach einer dreijährigen Professur in Köln aus Deutschland wieder emigrieren mußte) soll eventuell in Deutschland Verständnis für die britische Konzeption wecken – nur werden BefürworterInnen des deutschen ‚materiellen‘ Rechtsstaats ihre Konzeption nicht in der positivistischen *Reinen Rechtslehre* Kelsen wiedererkennen, so daß dies als Strategie etwas hilflos erscheint.

<sup>54</sup> Bäuml/Ridder-AK-GG, 1984, RN 16 sprechen von einer „durchaus materiale[n] Gesamtkonzeption“.

<sup>55</sup> Zum Unterschied zwischen der Lockeschen Gewaltenteilungsdoktrin mit *supremacy* des Parlaments und der Montesquieuschen mit Gewaltengleichgewicht s. Wesel 1992, 74.

<sup>56</sup> „Als nun die Verfassungen die Herrschaft des Gesetzes begründet hatten, ohne, wie in Frankreich, die Justiz zugunsten der Selbständigkeit der Verwaltung eifersüchtig zu beschränken, trat hier erst recht der Gedanke auf, zur Verwaltung des Rechtsstaates gehöre nun auch die volle Herrschaft der Justiz und ihres Urteils über die Verwaltung.“ (Mayer 1914, 61). D.h.: Während die Verwaltung in Frankreich nach Maßgabe der parlamentarischen Verantwortung politische Entscheidungen treffen darf, ist sie in Deutschland der „volle[n] Herrschaft der Justiz“ unterworfen.

<sup>57</sup> Maus 1978a, 36 = b, 34: Der Rechtspositivismus habe „jedem überpositiven Recht nicht nur die Institutionalisierung, sondern auch die Existenz bestritten“.

<sup>58</sup> S. FN \* auf S. 47.

<sup>59</sup> Damit ist Schmitt prägend für die Annahme eines ‚Verfassungskerns‘ (Rumpf 1983, 387, 390) geworden, wie sie sich positivrechtlich im Grundgesetz in den Vorschriften des Art. 18 (Grundrechtsverwirkung), 21 II (Parteienverbot) sowie 79 III (Ewigkeitsgarantie) ausdrückt (solche Vorschriften enthielt die Weimarer Verfassung aber gerade noch nicht!). Das Bundesverfassungsgericht ist – ganz im Sinne Schmitts – über den Text des GG noch hinausgegangen, indem es nicht nur einen solchen Verfassungskern als besonders geschützt ansieht, sondern auch ein „vorverfassungsmäßiges Gesamtbild“ (s. hier S. 62) heranzieht, um andere Teile der geschriebenen Verfassung – auch ohne förmliche Verfassungsänderung – merklich zu modifizieren. In die gleiche Richtung gehen die Begriffe „substanzhafte Ordnung“ (den Schmitt von Friedrich Naumann aufgreift) und „wertgebundene Staatsordnung“ (der die bundesdeutsche Staatsrechtslehre prägt) (s. Rumpf 1983, 388). –

An Schmitts Entgegensetzung von Verfassung und Verfassungsgesetz und der Ablehnung des Positivismus hält im übrigen auch Forsthoff (1959, 178 - 180) in seinem Aufsatz „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“, der gelegentlich mit der hier in Bezug genommenen Kritik von Ridder, Maus u.a. an der ‚materiellen‘ Rechtsstaats-Konzeption in Verbindung gebracht wird (so bspw. Häberle 1977, 91; Grimm 1980, 706) – anscheinend ohne bspw. Maus‘ (1978a, 51 - 55 = b, 50 - 54) Forsthoff-Kritik gelesen zu haben –, fest!

Forsthoff wendet sich nicht dagegen, im Interesse der Verteidigung des sozialen *status quo* im Zweifelsfall die geschriebene Verfassung außer Kraft zu setzen, sondern dagegen, daß dies der alltäglichen, schwankenden Praxis der Gerichte („Justizstaat“) (statt – wie bei Schmitt – der Ausnahmeentscheidung des Reichspräsidenten) überlassen wird:

„Jede Evidenz der Verfassung ist damit [mit dieser Pluralisierung (viele Gerichte statt EIN Reichspräsident), d. Vf.In] dahin und die Bildung und Praktizierung der eigenen Meinung durch den Rechtsgenossen geschieht auf eigenes Risiko, [...]. Hier wird ein sehr wichtiger Zusammenhang zwischen der Auflösung des Verfassungsgesetzes und dem Justizstaat sichtbar, [...].“ (Forsthoff 1959, 188).

Das Bundesverfassungsgericht solle sich gefälligst auf das Hüten (vgl. Schmitt 1929) des Verfassungsgesetzes, nicht der Verfassung beschränken, so können wir Forsthoff zusammenfassen. (Die gleiche Problemstellung scheint sich auch in dem Untertitel des von Rill [1999] „im Auftrag der Hanns-Seidel-Stiftung“ herausgegebenen Sammelbandes auszudrücken: „Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat“. Der „Rechtswegestaat“ wird in den Beiträgen problematisiert, aber der Rechtsstaats-Diskurs nicht in Frage gestellt.) – Auf der gleichen Linie liegt auch die oben in Endnote 16 und unten auf S. 71 dargestellte Position von Böckenförde: Die herrschende Lehre und Rechtsprechung wird nur insoweit kritisiert, als sie den Unterschied zwischen Ausnahme- und Normalzustand verwischt, aber nicht hinsichtlich der Option auf den Bruch der geschriebenen Verfassung.

Es ist zwar analytisch (= hinsichtlich der FunktionsWEISE) ein relevanter (auch hier interessierender,) Unterschied, ob die Verfassungsdurchbrechung – wie von Schmitt vorgesehen – ausnahmsweise einem Präsidenten oder – wie von Forsthoff kritisiert – permanent einem Verfassungsgericht zugebilligt wird. Hinsichtlich des FunktionSERGEBNISSES (oder der demokratietheoretischen BEWERTUNG) handelt es sich freilich um eine ‚Variante des Invarianten‘, um Varianten des illegalen Anti-Demokratismus (vgl. bspw. Saage 1969, 185 - 193 sowie in einem breiteren Rahmen und in Foucaultschen Termini: Werber 2000, 105, 118: Der Übergang von einer dezisionistischen Disziplinar- zu einer normalisierenden Kontrollgesellschaft stelle nicht den Anbruch der Freiheit dar); der Carl Schmitt-Schule kann aber die größere analytische Durchdringung und die Offenlegung ihrer politischen Positionen zugute gehalten werden.

<sup>60</sup> Mit Preuß (1993c, 17, 18) können wir in Schmitts Unterscheidung zwischen „Verfassung“ und „Verfassungsgesetz“ die Übersetzung einer anderen Idee Schmitts in „technische“ Begriffe sehen: Für Schmitt ist das Politische „the pre-constitutional foundation of the constitution. [...] This has a far-reaching consequence [...]: it is the consequence that the integrity of the political order can, and sometimes even must be sustained against the constitution, through the breach of the constitution, because the essence of the political order is not the constitution, but undamaged oneness of the people. In technical terms Schmitt made the distinction between the ‘constitution’ (*Verfassung*) and ‘constitutional law’ (*Verfassungsgesetz*), the first including the pre-constitutional political substance, [...], the latter consisting of nothing else than provisions about more or less inferior issues [...]“

Wenn wir mit Althusser (vgl. 1967, 24, These 4) der Ansicht sind, daß jede Wissenschaft durch ihren spezifischen Erkenntnisgegenstand definiert ist, und wenn wir (unabhängig von Althusser) den Gegenstand der Rechtswissenschaft u.a. darin sehen, zu erkennen, was das geltende Verfassungsrecht IST, und den Gegenstand der Politikwissenschaft u.a. darin sehen, zu erkennen, wie es ENTSTANDEN ist, dann liegt in jener Übersetzung zugleich eine entscheidende Grenzverletzung zwischen den Disziplinen: Denn politikwissenschaftlich betrachtet ist es wahr, daß die Verfassung nicht ihr eigener Grund sein kann, sondern ihr eine politische Entscheidung vorausgeht. Wird diese Erkenntnis aber in eine rechtswissenschaftliche Unterscheidung zwischen eigentlicher Verfassung und bloßem Verfassungsgesetz übersetzt, so verschiebt sich damit die Aufgabe der Rechtswissenschaft von der Erkenntnis des INHALTES jener Entscheidung zur Erkenntnis der URSACHEN jener Entscheidung und der damit verfolgten ZWECHE. Diese Verschiebung verrät aber gleichzeitig BEIDE Disziplinen: Sie verrät die Aufgabe der RECHTSWISSENSCHAFT, das geltende Recht (und nicht dessen



Ursachen und Zwecke) zu erkennen; und sie verrät die POLITIKWISSENSCHAFTLICHE Erkenntnis, daß politisches Wollen und politisches Handeln durchaus nicht immer in Eins fallen müssen; sie läßt also die Möglichkeit außer Acht, daß ein Verfassungsgeber TATSÄCHLICH etwas normiert haben kann (bzw. daß seine Normierung TATSÄCHLICH etwas anderes bewirkt), als er normieren WOLLTE und mit seiner Normierung bewirken WOLLTE.

<sup>61</sup> Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954*. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin, 1958, 263 - 350 (311) zit. n. Preuß 1973, 12.

<sup>62</sup> Als POLITIKWISSENSCHAFTLICHE Aussage verstanden, ist diese Zurückweisung des Glaubens an die Möglichkeit einer legalen Revolution (so wollen wir das im Haupttext angeführte Zitat verstehen) ohne weiteres zu akzeptieren. Denn jener Glaube ignoriert die geschichtliche Erfahrung, daß herrschende Gruppen in aller Regel eher die Legalität als ihre Herrschaft aufzugeben bereit sind (vgl. Schmitt 1973/1978, 338 über die Möglichkeit einer „legalen Weltrevolution“ (336): „Sollen wir uns etwa eine Vollversammlung der UNO ausmalen oder wenigstens eine Sitzung des Weltsicherheitsrates, die ähnlich verläuft wie die Nacht vom 4. August 1789, in der die Privilegierten feierlich auf ihre feudalen Privilegien verzichteten? Übrigens war das ein Verzicht dessen faktische Verwirklichung noch ein Dezenniums schauerlichen Bürgerkrieges nach innen und außen bedurfte.“).

Als JURISTISCHE Aussage, die danach trachtet, auch alle propagandistischen etc. Vorbereitungs-handlungen für eine Revolution zu illegalisieren, ist Schmitts Diktum allerdings an der damals geltenden Weimarer Verfassung zu messen (Art. 76 I 1 WRV: „Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden.“; Vorschriften wie die oben in Endnote 59 angeführten Grundgesetz-Artikel kannte die Weimarer Verfassung noch nicht) und folglich als irrig zu befinden.

<sup>63</sup> Siehe krit. dazu Preuß 1973, 23 („lediglich die Bezeichnung für besonders hervorgehobene Teile des Grundgesetzes“), 25 f. („im Bedarfsfalle [...] auch weitere Anwendungsfälle“) sowie hier dazu unten S. 62.

<sup>64</sup> Was auch Wesel nicht sieht, ist, daß der Sieg des „nationalsozialistischen Rechtsstaats“ (s. dazu sogleich im Haupttext S. 58) zu allererst eine DEMOKRATIEKATASTROPHE, eine Katastrophe für die Demokratie – und nicht etwa ein Sieg des demokratischen Formalismus über das Recht und die Gerechtigkeit war, sondern ein Höhepunkt anti-demokratischen Rechtsstaats-Denkens.

<sup>65</sup> *Regierungs-Gesetz über die Aufhebung des Reichsrats* vom 14. Februar 1934 (<http://www.documentarchiv.de/ns/ende-rrat.html>). Ob dieses (das Ermächtigungsgesetz überschreitende; s. FN † auf S. 56) *Regierungs-Gesetz* von Art. 4 des *Reichtags-Gesetzes über den Neuaufbau des Reichs* vom 30. Januar 1934 (<http://www.documentarchiv.de/ns/neu-reich.html>; vgl. Winkler 2000/4, 34) gedeckt ist („Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen.“), kann bezweifelt werden, denn bei der Beseitigung des Reichsrates handelt es sich um die Beseitigung ALTEN Verfassungsrechts.

<sup>66</sup> Aber selbst die Zusammensetzung der Regierung war nicht verfassungsgemäß zustande gekommen (wie Winkler selbst [2004a, 547] erwähnt: Der neue Reichswehrminister, der wie alle Mi-

nister auf Vorschlag des Reichskanzlers hätte ernannt werden müssen (Art. 53 WRV), wurde von Hindenburg ernannt BEVOR Hitler im Amt war. – Diesen Formfehler (ohne Ausstellung einer neuen Ernennungsurkunde) dadurch als geheilt anzusehen, daß die Ernennung des Ministers von Hitler (auch) nach Amtsübernahme gebilligt oder zumindest hingenommen wurde, ist zumindest nicht selbstverständlich.

<sup>67</sup> Wenn daraus etwas geschlußfolgert werden kann, dann nicht, daß ‚die Mehrheit‘ oder ‚das Parlament‘ zuviel Macht hatte, sondern daß es risikoreich ist, allzu viel Macht auf eine EINZELNE Person, vorliegenden den Reichspräsidenten, zu delegieren – selbst wenn er von einer Mehrheit gewählt wird.

Je größer der Kreis der Repräsentanten ist (nicht 1 Reichspräsident, nicht 16 BundesverfassungsrichterInnen; sondern ca. 500, 600 Abgeordnete), umso geringer ist das Risiko von unkontrollierbaren Alleingängen.

<sup>68</sup> Es könnte argumentiert werden, daß diese Verhaftungen von der Notverordnung nach dem Reichstagsbrand gedeckt waren. Deren § 1 setzte alle in Art. 48 II 2 WRV genannten Grundrechte vorübergehend außer Kraft und Satz 2 bestimmte: „Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, [...] auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig.“

Es kann aber bezweifelt werden, daß eine einzelne Brandstiftung eine ERHEBLICHE Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Art. 48 II 1 WRV darstellt; und auch dann sind gem. dieser Vorschrift nur die „zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen“ zulässig.

Außerdem konnten und wurden durch die Notverordnung gem. Art. 48 WRV die Immunitätsbestimmungen des Art. 37 (vorliegend: II) WRV nicht aufgehoben. Danach bedurfte „jede [...] Beschränkung der persönlichen Freiheit [...], die die Ausübung des Abgeordnetenberufs beeinträchtigt“ der Genehmigung des jeweiligen Parlaments. Selbst wenn die sogleich behandelte Annullierung der KPD-Mandate durch den Reichstag selbst erfolgt sein sollte (Winkler spricht von „Reichsregierung“), so wäre diese keine wirksame Genehmigung der Freiheitsbeschränkungen, denn zumindest an dieser Entscheidung hätten die KPD-Abgeordneten noch mitwirken können müssen.

Ebenfalls konnten und wurden durch die Notverordnung weder Art. 101 Satz WRV („Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“) noch die Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 109 I WRV: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.“) aufgehoben werden. Ob die genannten Verhaftungen damit vereinbar waren, wäre im einzelnen zu prüfen.

<sup>69</sup> Gestützt wurde dies auf die Notverordnung nach dem Reichstagsbrand (<http://www.dhm.de/lemo/html/nazi/innenpolitik/ermaechtigungsgesetz/index.html>). Der Notverordnungs-Artikel 48 bot aber keine Grundlage dafür, Art. 22 WRV („Die Abgeordneten werden in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl von den über zwanzig Jahre alten Männern und Frauen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt.“) außer Kraft zu setzen. Art. 48 II 2 WRV erlaubte allein „vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft [zu] setzen“. Die Annullierung der KPD-Mandate wird daher von Winkler 2000/4b, 12 zurecht als ‚Verfassungsbruch‘ bezeichnet.

<sup>70</sup> Insoweit kann Meinks Argumentation gefolgt werden. Nicht zugestimmt werden kann ihm allerdings, wenn er (Meink 1979, 161 f., s.a. 162) die Tatsache, daß auch Carl Schmitt das Ermächtigungsgesetz als verfassungsgemäß bezeichnete, in zumindest mißverständlicher Weise als ‚Rückfall‘ Schmitts hinter dessen eigener „Kritik der positivistischen [...] Auffassung [...], wonach die Befugnis zur Verfassungsrevision überhaupt keine Grenzen kenne“, charakterisiert. Denn – wie wir oben (S. 52) gesehen haben – war Schmitts Kriterium für Verfassungsmäßigkeit die „Beibehaltung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung“ – ein Kriterium, dem der Nationalsozialismus zweifelsohne entsprach. Die nationalsozialistische Machtübernahme war nach positivistischen Kriterien illegal; nach Schmitts ‚materiellen‘ aber in der Tat rechtmäßig,

<sup>71</sup> Wenn Böckenförde – wie oben (S. 54) schon zitiert – den Rechtsstaat „nach zwei Richtungen hin fort[...]bilden und neu [...] bestimmen [möchte]: einmal in Richtung auf den sozialen anstelle des liberalen (bürgerlichen) Rechtsstaat, zum anderen in Richtung auf einen materiellen anstellen des formellen Rechtsstaatsbegriffs.“, dann wird damit also der Bock zum Gärtner gemacht. -

Auf das komplexe Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (s. dazu die Sammlung der einschlägigen Diskussionsbeiträge in Forsthoff 1968) sowie von Etatismus und Sozialdemokratismus kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden. Immerhin weist Böckenförde (1992, Sp. 335) selbst auf die Konvergenz konservativer und sozialdemokratischer (Böckenförde schreibt: „sozialistischer“) Formalismus-Kritik in der Weimarer Republik hin. Vgl. im übrigen zum sozialdemokratischen Etatismus aus unterschiedlichen Perspektiven: Dahrendorf 1963, 177; Marx 1875, bes. 27 ff.; Robelin 1984, bes. 316 - 318. –

Hinsichtlich des NS ist die Argumentation von Böckenförde im übrigen nunmehr differenzierter:

So heißt es einerseits widersprüchlich, die nationalsozialistische Rechtsstaats-Kritik „nimmt die Kritik am formellen Rechtsstaats-Begriff [...] verschärfend auf, greift aber auch [...] dessen institutionellen und materiellrechtlichen Ausprägungen mehr oder minder [?!] frontal an“ (1992, Sp. 337 – Anm. d. Vf.In).

Wenige Zeilen später heißt es dann andererseits deutlich, der NS wende sich gegen die „Formalisierung des Gesetzesbegriffs“, da diese den Rechtsstaat „gegenüber materiellen Gehalten und der inhaltlichen Beziehung zum (völkischen) Recht“ neutralisiere. Schließlich stellt Böckenförde ein „Höchstmaß von Entformalisierung und Entgrenzung des Rechts“ im NS und den Versuch der Verwendung des Rechtsstaats-Begriffs „für die neue Staatsordnung“ fest.

<sup>72</sup> Vgl. Nippel 2001, unpaginiert [S. 2], FN 7: „Die Schlußrede [Schmitts] im Leipziger Prozeß [...] über den Preußen-Schlag] konzentriert sich auf die Zulässigkeit der Einsetzung einer KOMMISSARISCHEN Landesregierung durch das Reich und betont den VORÜBERGEHENDEN Charakter dieser Maßnahme.“ (Hv. d. Vf.In).

Nippel 2002, unpaginiert [S. 5]: „Seiberth folgt der Deutung Pytas und anderer, daß in einer solchen ‚Verfassungsdurchbrechung‘ [wie hier in FN \* auf S. 18 dargestellt] eine tatsächliche Chance bestanden habe, eine Regierung Hitler zu verhindern.“

Nippel 2004, unpaginiert [S. 6]: „Hamacher polemisiert gegen Annahmen, CS habe 1932 für eine souveräne Diktatur plädiert.“ Nippel selbst scheint sich nicht festlegen zu wollen, ob der Schmitts

Selbst- und Hamachers Fremddeutung folgt (ebd.: „könnten auch [...] in eine andere Richtung deuten.“

<sup>73</sup> „Die ‚Verreichlichung‘ der preußischen Polizei als Vorkehrung gegen einen nationalsozialistischen Griff nach der Exekutivgewalt des größten deutschen Staates war nicht das Hauptmotiv des ‚Preußenschlages‘, aber als Nebenmotiv ist es durchaus erkennbar.“ (Winkler 2000/4a, 515; vgl. Nippel 2001, unpagniniert [S. 1], FN 3 sowie Nippel 2004, unpagniniert [S. 6] bei FN 50: „mag man – wie es auch Hamacher, allerdings auf unzureichender Quellenbasis, tut (S. 50-64) – als letzten Rettungsversuch angesichts der Alternative einer Machtübernahme der NSDAP deuten“).

<sup>74</sup> Vgl. Winkler 2000/4a, 522, 544: „traute sich Papen die große Kraftprobe nicht mehr zu“; „kam auch persönliches hinzu“.

<sup>75</sup> Vgl. Winkler 2000/4a, 532, 534: „die Widerstände gegen eine solche Achse von Leipart [ADGB-Vorsitzender] bis Strasser [Reichsorganisationsleiter der NSDAP] stärker waren, als Schleicher und Zehrer [Tatkreis] erwartet hatten. [...] Die Reichswehr konnte, so lautete die Folgerung, einen Zweifrontenkampf gegen Kommunisten und Nationalsozialisten nicht gewinnen.“

<sup>76</sup> Winklers (2000/4a, 533, 549) Schilderung der Bemühungen um derartige Modelle scheint von eigener gewissen Sympathie getragen zu sein: „Schleicher wußte, daß er, verglichen mit Papen, bis weit in die Arbeiterschaft hinein als das kleinere Übel galt. [...]. Zum Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold unterhielt der Reichswehrminister sogar eine fast vertrauensvolle Beziehung. [...]. Der gesellschaftliche und politische Rückhalt Schleichers war um vieles breiter als der Papens. [...] Hitlers Ernennung zum Reichskanzler war NICHT der unausweichliche Ausgang [...]. Hindenburg [...] hätte Schleicher nach einem Mißtrauensvotum des Reichstags als Chef einer geschäftsführenden Regierung im Amt halten [...] können.“ Vgl. dagegen Winklers (in FN \* auf S. 18 zitierte) Kritik an der Haltung von SPD und Zentrum.

Sollte allerdings eine Querfront-Diktatur von Leipart über Schleicher bis Strasser (und mit Schmitt als juristischem Berater) gegenüber einer rein nationalsozialistischen Diktatur wirklich ernsthaft als „kleineres Übel“ betrachtet werden, so müßte zumindest einmal die Frage gestellt (und dann beantwortet) werden, ob denn ein solches Bündnis weniger antisemitisches Vernichtungspotential enthalten hätte als es der NS dann tatsächlich zeigte.

<sup>77</sup> Nippel 2001, unpagniniert [S. 4] sieht (ungeachtet Schmitts eigener politischer Positionen) darin die positive Seite von Schmitts ‚ambivalenten‘ verfassungstheoretischen Konstruktionen: „Die Ambivalenz mancher verfassungspolitischer Positionen CSs aus den späten Jahren der Weimarer Republik bleibt (unabhängig von seinen damaligen Intentionen) bestehen, wie sich in der Fernwirkung auf das Grundgesetz und seine Auslegung als Wertordnung zeigt, die mehr von CS und anderen „rechten“ Staatsrechtlern als von den überzeugten Verteidigern der Weimarer Verfassung geprägt worden ist.“ Dies ist freilich ein Argument, daß sich auch umdrehen und gegen die fraglose Annahme eines demokratischen Charakters des Grundgesetzes wenden läßt...

<sup>78</sup> Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 26; vgl. auch schon Ridder 1977, 491: „keine ‚Zäsur‘, sondern nur maximierende Aktualisierung“ sowie Kübler 1970, 299: „beunruhigende Kontinuität einer [...] Haltung, die den Nationalsozialismus [...] ermöglicht hat“.

<sup>79</sup> „Vgl. Bäumlin 1987, Sp. 2815: „an die Stelle der Gewaltenteilung [tritt] die gewaltenmonistische Diktatur. Aber auch dieser Unterschied relativiert sich etwas, wenn man die A-DEMOKRATISCHE bzw. antidemokratische und insbes. antisozialdemokratische Funktion der Gewaltenteilungslehre der deutschen Rechten mitbedenkt.“

<sup>80</sup> Behrends 1989, 35 spricht von einem „deutlich apologetischem Hintergrund“ ohne genau zu explizieren, worauf sich apologetische Funktion genau bezog.

<sup>81</sup> Vgl. Bäumlin 1987, Sp. 2814 zur Verflüssigung des Rechts durch Carl Schmitts Berufung auf eine ungeschriebene „Verfassung“, die gegen die geschriebenen „Verfassungsgesetze“ ausgespielt wird (s. oben S. 52): „Damit wird das positive Recht aufgelöst, im Sinne der jeweiligen Anforderungen der ‚Systemrationalität‘ dynamisiert, [...]“ S. außerdem zur Flexibilisierung des Ausnahmezustandes: Hase 1981.

<sup>82</sup> S. teilweise affirmativ zur Rolle der Gerichte als Ersatz-Gesetzgeber Wesel (1992, 129), der dazu eine ambivalente Position vertritt. Einerseits schreibt er: „Wenn der Gesetzgeber nichts tut, müssen die Gerichte reagieren, und zwar durch eine Veränderung in der Anwendung alter Gesetze.“ An anderer Stelle verweist Wesel (ebd., 344 f.) auf das Problem der mangelnden demokratischen Legitimation eines solchen Vorgehens: Die Situation der Richter sei „nicht so schwierig wie die des Parlaments, denn die Richter können keine Wahlen verlieren und außerdem unter dem Schirm einer angeblichen Neutralität des Rechts entscheiden. Ihre Urteile sind aber nicht weniger politisch, und das ist deshalb so problematisch, weil sie sich weitgehend auf Vorarbeiten in der Arbeitsrechtswissenschaft stützen, deren ‚herrschende Meinung‘ geprägt ist von unternehmerfreundlichen Professoren, die überhaupt nicht demokratisch legitimiert sind.“ Hier zeigt sich eine Zwangslage, vor der (auch) viele kritische JuristInnen und RechtswissenschaftlerInnen kapitulieren. Die problematischen Verfahren sind so eingespielt, daß sie unveränderbar erscheinen. Deshalb wird bei ‚passendem‘ Ergebnis das antipositivistische Instrumentarium genutzt, um die anvisierten Ziele (bspw. Verbraucherschutz, s. Wesel 1992, 129) zu erreichen. Damit wird wiederum die in anderen Fällen (s.o. zum Arbeitsrecht) kritisierte anti-positivistische Verfahrensweise gestützt und legitimiert.

Wesels Präferenz, Inhaltsfragen im Zweifelsfall den Verfahrensfragen überzuordnen, ist aber nicht nur dieser taktischen Zwangslage geschuldet, sondern rechtsphilosophisch fundiert: Wesel zieht die Rechtsphilosophie des Hugo Grotius der des Thomas Hobbes vor. Wesel (1992, 396) charakterisiert den „entscheidende[n] Unterschied“ zwischen beiden folgendermaßen: „Das Naturrecht des Hugo Grotius ist ein System gerechter Regeln, der materiellen Gerechtigkeit. Das Naturrecht des Thomas Hobbes legitimiert nur die Existenz des Staats und eines formalen Rechts, dessen Inhalte zur Disposition stehen.“

Wir wollen unsererseits den Unterschied zwischen Hobbes und Grotius folgendermaßen reformulieren: Hobbes sagt, was Recht IST (*Auctoritas non veritas facit legem.*); Grotius sagt, was Recht sein SOLL. Wenn wir den Unterschied in dieser Weise reformulieren, dann ist damit auch schon gesagt, daß wir den realistischen Ansatz von Hobbes dem normativ-ontologischen (zu diesem Begriff s. unten Fußnote \* auf S. 84) Ansatz von Grotius für WISSENSCHAFTLICHE Zwecke für überlegen halten.

Und zu bezweifeln ist auch, ob Wesel mit seiner Präferenz für Grotius statt Hobbes SEINEN POLITISCHEN Anliegen einen Gefallen tut: Wesel (1992, 405) meint zwar: (Wirtschafts)liberale hätten einen formalen Rechtsbegriff. „Denkt der Betrachter dagegen konservativ oder sozial, sozialistisch oder ökologisch, dann sieht er mehr auf den Inhalt, und formale Definitionen sind ihm weniger wichtig als Gerechtigkeit und Moral.“

Daran ist wahr, daß wer/welche eine soziale, sozialistische oder ökologische Politik verfißt, (auch) auf die Inhalte des Rechts gucken muß. Aber ignorieren Wirtschaftsliberale wirklich die Gesetzesinhalte? Und ergibt sich aus sozialen, sozialistischen oder ökologischen politischen Zielen wirklich die Notwendigkeit eines ontologischen Rechtsbegriffs? Warum muß dem bestehenden Recht der Rechtscharakter abgesprochen werden, um es inhaltlich kritisieren zu können? Wäre nicht Laband mit seiner oben S.49 zitierten Äußerung vollständig Recht zu geben, wenn es sich denn bei seinem „positiven Recht“ um die geltenden Gesetze und die geltende Verfassung handeln würde? Warum kann es nicht als BESTEHEND anerkannt werden und dennoch politisch kritisiert werden (vgl. Römer 1977a, 88 f.)? Warum erfordert eine linke Kritik eine konservative Methode – die Berufung auf ein ontologisches Sosein; einen Begriff von ‚Recht an sich‘ = Gerechtigkeit? Warum soll Kritik nur um den Preis der Aufgabe eines analytischen (realistischen) Rechtsbegriffs möglich sein? Warum soll eine kritische Position eine Vermengung der Funktionen von Rechtssetzung und Rechtsprechung erfordern?!

<sup>83</sup> Dieses Aufschwingen des Verfassungsgerichts zum Ersatz-Verfassungs- und Ersatz-Gesetzgeber muß dabei – mit einer häufig benutzten Metapher - durchaus als KRÖNUNG der Rechtsstaats-Idee gesehen werden. Denn denjenigen, die diese Okkupation politischer Entscheidungsmacht durch das BVerfG kritisieren, wird wiederum – und zwar zu Recht! – von H.H. Klein (zit. n. Maus 1978 a/b, jew. S. 76, FN 231) vorgeworfen „Gegner des Rechtsstaats“ zu sein.

<sup>84</sup> In Anbetracht dieser Vehemenz, mit der das BVerfG seinen Anspruch verfißt, nicht an den Wortlaut der Gesetze gebunden zu sein, ist nicht nachvollziehbar, wie Wesel (1992, 33) zu der These gelangt: „Über Politik wird [in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft] nicht gesprochen. Das gilt als unanständig. Denn der Richter ist nur dem Gesetz unterworfen. Mit seinen eigenen Vorstellungen hat das alles nichts zu tun.“ Demgegenüber bekennt sich das BVerfG, wie wir oben im Haupttext gesehen haben, ausdrücklich zu den „willentlichen Elementen“ seiner Rechtsprechung.

Wesel sitzt einem objektivitäts-, d.h. wissenschaftsfeindlichem Mythos auf, der den Pappkameraden einer ‚positivistischen‘, ‚pseudo-unpolitischen‘ Hegemonie in der Rechtswissenschaft aufbaut. So heißt es bei Wesel auf S. 390: „Die begriffliche Trennung von Recht und Moral bedeutet, daß

die Juristen sich [...] immer mehr nur mit der logisch richtigen Anwendung von Gesetzen beschäftigten und nicht mehr zu achten hatten auf ihre innere Richtigkeit“. Daß dies die tatsächliche Praxis deutscher JuristInnen beschreibt, wird von Wesel nicht belegt.

Jener Mythos hat damit (wie wir an dem offensiven Anti-Positivismus des BVerfG gesehen haben) keine Erkenntnis-, sondern eine Legitimationsfunktion. Der Pappkamerad ‚positivistische Rechtswissenschaft‘ wird aufgebaut, um danach um so hemmungsloser über Politik statt über das geltende Recht Reden zu können.

Ob Wesel, indem er diesen Mythos reproduziert statt dekonstruiert, seinen ‚sozialen, sozialistischen oder ökologischen Zielen‘ (s. Endnote 82) dienlich ist, ist allerdings zu bezweifeln (vgl. auch Endnote 86). Denn es gibt gute Gründe für die Annahme, daß gerade ein Kurzschluß von Recht und Politik den sozialen und politischen *status quo* befestigt und umgekehrt die Ausdifferenzierung zwischen einem juristischen und einem politischen System eine Politik der Veränderung begünstigt (vgl. dazu Römer 1977a, 89 - 93 und auch Borchers et al. 1976, 157 f.) und daß sich ‚Linke‘ folglich an einer Identifizierung von Recht und Politik nur verheben können (ebd., 170).

<sup>85</sup> Ähnlich auch F. Müller 1997, 248: „Die teleologische Interpretation ist kein selbständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von ‚Sinn und Zweck‘ der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der andern Elemente belegt werden können.“

<sup>86</sup> Zum methodischen Opportunismus der juristischen Praxis s.a. Wesel 1992, 29: „Jedenfalls spielen in diesem Prozeß von hM [= Abkürzung zur Bezeichnung der sog. „herrschenden Meinung“ in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Lehre] Methodenfragen keine entscheidende Rolle. Sehr viel wichtiger ist das bewußte oder unbewußte politische Verständnis dessen, der das Gesetz auslegen soll. Deshalb kommt der normale Jurist auch mit so wenigen theoretischen Kenntnissen aus, manchmal sogar ganz ohne.“

Freilich verhält sich Wesel zu dieser Situation letztlich affirmativ, wenn er die – spärlichen – Ansätze zu einer „hochentwickelten Fachsprache“ der Rechtswissenschaft als undemokratische Herrschaftssprache kritisiert (11 ff.), statt dessen für so etwas wie eine (subjektive) ‚Hermeneutik von links‘ (26) und dafür plädiert, lieber mehr über Politik und weniger über das geltende Recht zu sprechen (33) und immer wieder sagt: ‚juristisch könne man zweierlei Meinung‘ sein (24 et passim). Ironisch, aber nicht kritisch heißt es schließlich: „[...] wenn Juristen Lösungen finden wollen, können sie auch. Kommt Zeit, kommt Rat, kommt Attentat“ – auf den Wortlaut des Gesetzes. –

Ob mit einer ‚Hermeneutik von links‘ allerdings das Problem der Herrschaftssprache gelöst ist, ist – nach dem von Wesel selbst Gesagten – füglich zu bezweifeln: „Bei Forsthoff sind damit [mit der Hermeneutik] allerdings elitäre und autoritäre Vorstellungen verbunden. [...]. Das Führerprinzip im Gewande der Antike.“ (27). Was METHODISCH eine emanzipatorische oder demokratische von einer autoritären oder elitären Hermeneutik unterscheidet, wird von Wesel jedenfalls nicht gesagt.

<sup>87</sup> Röhl 1995, 629: „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio (L. 25 D. 32, 1 – wenn der Wortlaut eindeutig ist, darf man nicht mehr nach dem Sinn des Gesetzes fragen).“ Trotz Zweifeln, ob überhaupt eindeutige Formulierungen möglich sind, betont Röhl 1995,

630: „Dennoch gelingt es auch dem Gesetzgeber nicht ganz selten, sich hinreichend verständlich zu machen, so daß alle Beteiligten den Wortlaut eines Gesetzes im gleichen Sinne verstehen.“

Zu den von Röhl (629 f.) sodann angeführten Beispielen, wo in der Praxis von der genannten Regel abgewichen wird, ist folgendes anzumerken:

Im Falle „BGHZ 2, 176“ (gemeint zu sein scheint: BGH NJW 1952, 337 = BGHZ 4, 153) hätte der BGH dem Gesetzgeber die – vielleicht rechtspolitisch – wünschenswerte Modernisierung (vgl. BGH NJW 1952, 338 sub II.2.) des allgemeinen Zivilrechts überlassen müssen; denn der Wortlaut von § 400 BGB ist in der Tat eindeutig (vgl. im übrigen die vom OLG Hamm in der – vom BGH selbst zitierten – Entscheidung NJW 1947/48, 626 gefundene Lösung).

Im Falle des Redaktionsversehens in § 1511 III BGB (Verweis auf § 1500 statt § 1501 BGB) ist zwar die Zahl „1500“ eindeutig; der Wortlaut der Vorschrift aber dennoch nicht eindeutig (weil mit dem fehlerhaften Verweis unverständlich). Hier ist also der Weg frei, im Wege der systematischen Auslegung das genannte Redaktionsversehen zu berichtigen.

Im Falle des § 283 VI StGB dagegen „Schuldner“ statt „Täter“ zu lesen, bedeutet den Strafbarkeitsrahmen über den klaren und verstehbaren Wortlaut der Vorschrift hinaus auszudehnen. Dies verstößt nicht nur gegen die zitierte „nulla ambiguitas“-Regel, sondern auch gegen die weitere Regel „nulla poena sine lege“.

<sup>88</sup> Röhl (1995, 644) diagnostiziert, daß die systematische Auslegung im Rahmen des „Siegeszuges der Wertungsjurisprudenz erheblich an Bedeutung eingebüßt“ habe.

<sup>89</sup> Röhl (1995, 648) kommt zu dem Ergebnis, daß BVerfG habe das, was er als „konkret historische Auslegung“ bezeichnet, nämlich die Heranziehung der Gesetzesmaterialien (333) (also das, was hier genealogische Auslegung genannt wird) als „eigenständige Auslegungsregel [...] abgeschafft“.

<sup>90</sup> Vgl. dazu auch die Kritik von Deiseroth 1998, 250, 251: Es fehle in der Rechtsprechung des BVerfG an „methodisch nachvollziehbar[en] und inhaltlich konsistent[en] Kriterien“; es bleibe „unklar in welcher Weise sich die Interpretation [...] auf die traditionellen Auslegungsmethoden [...] stütze oder welche anderen Interpretationsansätze herangezogen werden.“ –

Ein pädagogisch anschauliches Beispiel, wie in der Praxis (diesmal in der der Lehre) der Wortlaut des Gesetzes (in diesem Fall: Art. 14 I 2 GG) von dem in das Gesetz HINEINGELESSENEN Zweck des Gesetzes überspielt wird, bietet Hans-Uwe Erichsens „Juristischer Studienkurs“ *Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I* (München 1977, S. 96 f. wie Ridder 1977, 514 f., FN 16 zitiert).

Kritisch zur herrschenden Praxis äußert sich auch Röhl (1995, 631) am Beispiel des Umgangs des BGH mit einem Willen des Gesetzgebers, der im Wortlaut des Gesetzes nur „angedeutet“ ist (ein Wille des Gesetzgebers, der im Wortlaut des Gesetzes NICHT EINMAL angedeutet ist, müßte bei der Auslegung in jedem Fall unberücksichtigt bleiben, denn ein solcher Wille liegt JENSEITS des Wortlauts des Gesetzes; vgl. Endnote 87): „Gelegentlich hat man den Eindruck, daß das Gericht den Willen des Gesetzgebers noch im Gesetz ausgedrückt findet, wenn es ihn billigt, daß es aber eine Andeutung der gesetzgeberischen Vorstellungen im Gesetzeswortlaut vermißt, wenn es diese Vorstellungen nicht teilt.“ Und generell über die gerichtliche Praxis schreibt er: „So entsteht der Eindruck, als ob die Wahl der Methode von dem jeweils gewünschten Ergebnis abhängt.“



<sup>91</sup> Vgl. Böckenförde 1969, 168 (vgl. 1992, Sp. 340): das „Primat des Rechts gegenüber der Politik erscheint als immer wiederkehrendes Postulat rechtsstaatlichen Denkens“. – Ein solches Primat abzulehnen, bedeutet freilich nicht, ein MONOPOL des Politischen zu postulieren.

<sup>92</sup> Blauäugig (oder absichtlich realitätsverleugnend) ist dagegen Roellecke (1991, 78): „Verfassungsgerichtsbarkeit entlastet die Politik, indem sie die Instrumentalisierung von Rechtsfragen im Kampf um die politische Macht einschränkt.“ Richtig ist vielmehr, daß der (technokratische, entpolitisierende) Entlastungseffekt gerade darin besteht, daß sich im Rahmen einer Verfassungsgerichtsbarkeit Rechtsfragen gerade BESONDERS GUT politisch instrumentalisieren lassen, da sie dort als solche (nämliche: politische) nicht so offensichtlich sind. So wie hier auch Schlothauer 1977, 539: „[...] die Verrechtlichung der Politik führt zwangsläufig zu einer verstärkten Instrumentalisierung des Rechts zu politischen Zwecken – die Juridifizierung der gesellschaftlichen Auseinandersetzung erfolgt um den Preis der Politisierung der Gerichte und ihrer Entscheidungstätigkeit.“

<sup>93</sup> In diesem Sinne dürfte Dahrendorfs (1963, 175) Warnung zu verstehen sein: „wer versucht, offene Konflikte zu beseitigen oder ihnen auszuweichen, riskiert Guerillakrieg“. – Daß es auch bei Dahrendorf (wie bei Schmitt, s. vorstehend im Haupttext) um die Herrschaft bestimmter Menschen über bestimmte andere Menschen geht, zeigt sich, wenn er sich dagegen ausspricht „die Verfahrensweise der politischen Demokratie auf andere Institutionen der Gesellschaft“, bspw. den Bereich der Unternehmen und des Eigentums, auszudehnen (178). Insofern scheint es angemessener, statt (wie Dahrendorf (ebd., 169) eine Zweiteilung) zwischen „liberaler“ und „totalitärer Demokratie“ (vgl. diesbzgl. zu Schmitts Demokratie-Begriff unten Endnote 116) vorzunehmen, besser von englischem Liberalismus und deutschem Rechtsstaat als zwei Varianten des Anti-Demokratismus zu sprechen – wobei wir unsererseits nicht der Illusion einer ‚reinen‘, bspw. klassenindifferenten Demokratie erliegen wollen, aber bspw. doch am Begriff der Demokratisierung als Name eines Prozesses IN RICHTUNG einer herrschafts- und staatslosen Gesellschaft festhalten wollen.

<sup>94</sup> Dies auch gegen Böckenfördes (1969, 147) These, „Hegels sittlicher Staat“ habe „keinen rechtsstaatlichen Ort“.

<sup>95</sup> In BGHSt 26, 236 referiert der BGH die Sachverständigen-Gutachten, die besagen, daß die Haftbedingungen mitursächlich für die Verhandlungsunfähigkeit der Gefangenen sind (vgl. Grünwald 1976, 767). Auf der Folgesseite weist der BGH darauf hin, daß die Gefangenen aus der RAF besonderen Haftbedingungen unterliegen, die sich von den üblichen Bedingungen dadurch unterscheiden, daß sie weniger Ausgleichsmaßnahmen für die generell gesundheitsschädigende Wirkung der Inhaftierung beinhalten. Noch deutlicher anerkennt das BVerfG (E 41, 248), daß „insbesondere“ die „Verschärfung der Haftbedingungen“ und – daneben – die „Hungerstreiks“ ursächlich für die Verhandlungsunfähigkeit seien. Folglich unternimmt der BGH auf mehr als zwei Seiten (237 Mitte - 239 Mitte und 241 oben) den Versuch, die von ihm selbst als „isolierend“ (239) bezeichneten Haftbedingungen zu rechtfertigen, während er sich zu den Hungerstreiks im wesentlichen auf den Hinweis beschränkt, daß deren Auswirkungen den Gefangenen zuzurechnen seien, da sie

„sich nicht darauf berufen [können], daß sie sich damit gegen eine unrechtmäßige Behandlung gewehrt hätten“ (239).

<sup>96</sup> Auf der generellen Argumentationslinie des BGH (isolierende Haftbedingungen als gerechtfertigte Strafe für Mißachtung der Staatsorgane) liegt es auch, wenn der nachmalige Bundespräsident Herzog in einem wissenschaftlichen Lexikon-Beitrag (ohne Bezug auf die RAF und die Haftbedingungen) davor warnt, „Illoyalität in einem Staat zum Kavaliersdelikt“ werden zu lassen: Schon „hier (und nicht erst bei der Gewaltanwendung)“ entscheide sich „das Schicksal des Staates und seiner Rechtsordnung“ (Herzog, 1987, Sp. 2059). In gleicher Weise argumentierte 1975 Bundeskanzler Helmut Schmidt in Bezug auf die RAF (ohne sich aber an dieser Stelle konkret auf die Haftbedingungen zu beziehen): „Dabei sind wir uns sicherlich einig, daß die GRUNDLEGENDE, DIE GRUNDSÄTZLICHE FEHLHALTUNG dieser Staatsverneiner, dieser Terroristen darin besteht, daß sie einen TOTALITÄREN ANSPRUCH erheben und DANN AUCH glauben, daß Terror das geeignete Mittel zur Durchsetzung ihres totalitären Anspruchs wäre.“ (Schmidt 1975, 53 – Hv. d. Vf.In). D.h.: Das grundlegende Problem für Schmidt ist (und das in gewisser Weise zu Recht; denn ohne das fragliche Ziel würde wahrscheinlich das fragliche Mittel nicht zum Einsatz kommen) der politische „Anspruch“ der RAF („totalitär“, staatsverneinend), während die Gewaltanwendung (bzw. wörtlich: der GLAUBEN an die Nützlichkeit der Gewaltanwendung für dieses Ziel) nur von akzedentieller Bedeutung („und dann auch“) ist.

Diese Linie durchzieht von Anbeginn die Argumentation der gerichtlichen Entscheidungen zu den Haft- und Kommunikationsbedingungen der Gefangenen aus der RAF: Abgestellt wird

- als Begründung für die Unterbindung von Postverkehr: „auf böartige und staatsfeindliche Motive“ (AG Heidelberg 1971) bzw. Bestärkung der „ablehnenden Haltung gegenüber Staat und Gesellschaft“ (BGH 1972) und die Absicht der RAF, die „freiheitlich demokratische Grundordnung in der Bundesrepublik zu zerstören“ (LG Kaiserslautern 1972) bzw. das „Vertrauen der Bürger in den Staat und seine Institutionen zu erschüttern“ (BGH 1972);
- als Begründung für Besuchsverbote: auf die Gefahr „gröblich entstellender Behauptungen über die Anstaltsverhältnisse“ (AG Heidelberg 1971),
- als Begründung für die Untersuchungshaft als solches: auf die „innere Einstellung“ des Angeklagten (OLG Stuttgart 1971) bzw. auf das mangelnde Abrücken von den Zielen der RAF – selbst bei Einhaltung der Auflagen während der zwischenzeitlichen Entlassung aus der Untersuchungshaft (OLG Frankfurt 1973)
- als Begründung für die Ausschließung des Verteidigers: fehlende „innere Unabhängigkeit“ desselben – selbst, wenn jenes Fehlen nur „im Unterbewußtsein“ existiert (LG Berlin 1970).

Die Wörter „Gesinnungsgenossen“ (der BGH zweimal im Jahr 1972; LG Berlin 1972) bzw. „Gesinnungsfreunde“ (AG Heidelberg 1971; BGH 1973) und die damit verbundenen Vorstellungen durchziehen die Beschlüsse wie ein roter Faden. Die Gefahr von Gefängnisausbrüchen wird in diesen frühen Beschlüssen entweder gar nicht angesprochen (häufig), oder ohne Angabe konkreter Anhaltspunkte bloß behauptet (BGH, LG Berlin, LG Kaiserslautern – jew. 1972 u.a.) oder allenfalls mit Hinweis auf die Baader-Befreiung (BGH 1972) begründet – die aber nicht aus dem Gefängnis her-

aus, sondern während einer Ausführung in eine Bibliothek stattfand (solche Ausführungen standen zu diesem Zeitpunkt aber längst schon nicht mehr zur Debatte!). Bereits 1971/72 wird

- angeordnet, „Die unmittelbar rechts und links und die unter und über der Zelle des U-Gefangenen Meins liegenden Zellen dürfen nicht mit Gefangenen belegt werden.“ (JVA Wittlich 1972; 1973 vom BGH bestätigt),
- in Bezug auf Astrid Proll von „isoliert[er]“ Unterbringung (BGH 1972) gesprochen
- die Störung der Nachtruhe durch „abgeschirmte Beleuchtung“ (JVA Hamburg 1971) und „Beobachtung, auch während der Nachtzeit“ (LG Berlin 1972) vorgeschrieben
- und der Postein- und -ausgang auf jeweils 2 2-seitige Briefe und 2 Postkarten pro Woche beschränkt – zwecks „Aufrechterhaltung der Ordnung in der Haftanstalt“ (BGH 1971 [!] im Falle der Untersuchungsgefangenen Brigitte Asdonk; d.h. noch VOR der sog. „Mai-Offensive“ der RAF im Mai 1972 gegen Einrichtungen des US-Militärs in Frankfurt und Heidelberg, gegen den Springer-Verlag und einen BGH-Richter)
- die Aushändigung der rechtswissenschaftlichen Zeitschrift *Kritische Justiz* verweigert – wegen „grundgesetzwidrige[r] Tendenz“ bzw., da eine Weitergabe eine „Gefährdung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt“ befürchten lasse (LG Berlin 1972)
- jegliche Kommunikation mit anderen Gefangenen nicht nur versucht, faktisch (durch entsprechende Ausgestaltung der Haftbedingungen) zu unterbinden, sondern rechtlich verboten (LG Berlin 1972: „verschärfter Arrest“ wegen REAGIERENS auf Zurufe von Mitgefangenen; JVA Köln 1971: Ausschluß von der Beschaffung von Zusatznahrungsmitteln wegen der WEIGERUNG „am Spaziergang teilzunehmen, weil ihr nicht gestattet worden war, durch die Tür [!] die Gefangene Proll zu grüßen“; obwohl es sich – soweit ersichtlich bei der Teilnahme am Hofgang um ein Recht und nicht um eine Pflicht des Gefangenen handelt).

Nachweise für diese Zitate bei Eschen et al. 1973, 56, 65, 30, 55, 34, 112, 66, 67, 70, 29, 36, 59, 34, 19, 23 f., 26, 19 und 20, 39, 23, 42, 62 f., 56, 107, 108; weitere Nachweise für ähnliche Entscheidungen ebd., passim.

Aufgrund dieser Chronologie muß Michel (1973, 10, FN 5) zugestimmt werden, daß die Ausbruch- oder Befreiungsgefahr nicht etwa der GRUND für die fraglichen Haftbedingungen war, sondern der NACHTRÄGLICH vorgebrachte Rechtfertigungsversuch, nachdem „in der liberalen Öffentlichkeit zunehmend Kritik laut w[u]rd[e] an der Behandlung der Politischen Gefangenen“.

Die neue Qualität des – im Haupttext zitierten – BGH-Beschlusses aus dem Jahre 1975 liegt also nicht in seinem Bekenntnis zur Gesinnungsjustiz (diese war zu jenem Zeitpunkt im fraglichen Bereich bereits fest etabliert), sondern in dem Bekenntnis, daß diese – aus Gesinnungsgründen angeordneten – Haftbedingungen GESUNDHEITSSCHÄDIGEND sind.

<sup>97</sup> Damit befand sich der BGH durchaus nicht fern von der STRAFrechtlichen Literatur. Denn dort wurde schon zuvor vertreten, „dem § 136a StGB, der Folterungen und Erpressung von Geständnissen verbietet, die ‚vernünftige Auslegung‘ zu geben, ‚deren er bedarf, wenn nicht die Wahrheitsfindung vollständig lahmgelegt werden soll‘, weil nämlich die ‚Wahrheit ... mit allen geeigneten Mitteln von Amts wegen erforscht werden‘ müsse“ (I. Müller 1977, 530 f., der dort die entsprechende

Literatur zitiert und kritisiert) – nur daß es im Fall des BGH nicht um Geständnisse, sondern um Abschwören ging.

<sup>98</sup> Soweit der BGH dennoch mit derartigen Sicherheits-Erwägungen argumentiert, macht dieser selbst deutlich, daß es seines Erachtens dabei auf eine „Zuordnung dieser [...] Belege zu den einzelnen Beschwerdeführern [d.h.: Gefangenen] [...] nicht an[kommt]“ (BGHSt 26, 238). Vielmehr argumentiert der BGH sogar mit Umständen, die (wie die Botschafts-Besetzung in Stockholm und die Lorenz-Entführung) diesen Gefangenen nicht einmal zur Last gelegt wurden und sich zeitlich „so spät ereigneten, daß sie NICHT URSÄCHLICH für die Haftbedingungen sein konnten“ (Grünwald 1976, 768 – Hv. d. Vf.In), vielmehr – im Rahmen einer (wie auch immer zu beurteilenden) Wende der RAF und anderer bewaffneter Gruppen zu einer sog. ‚Befreit die Guerilla-Guerilla‘ – erst eine REAKTION auf jene Haftbedingungen darstellten.

Da sich die Argumentation also nicht entscheidend auf Sicherheitserwägungen bezieht, muß also resümiert werden: Dem BGH reicht folglich allein das ‚BEKENNTNIS‘ zur Roten Armee Fraktion als Rechtfertigung der (die Verhandlungsunfähigkeit der Gefangenen mitherbeiführenden) Haftbedingungen aus: Hinreichend ist (und auch daß muß nicht bewiesen, sondern nur „im Freibeweisverfahren [... h]inreichend gesichert“ sein!), „daß die Schriftstücke die Strategie der ‚Rote Armee Fraktion‘, [...], wiedergeben, und daß sich jeder von ihnen [den Gefangenen] zu dieser kriminellen Vereinigung [...] BEKENNT“ (BGHSt 26, 238 – Hv. d. Vf.In).

Im ‚normalen‘ Strafprozeß wird die – hier den Gefangenen aus der RAF vorgeworfene – mangelnde Reue (hier: das Festhalten am vom BGH so genannten ‚realitätsferne[n] Weltbild‘ und an den eigenen Zielen; das fortgesetzte ‚Bekennen‘ zur RAF) zwar gegebenenfalls beim Strafmaß berücksichtigt (§ 46 II StGB: Berücksichtigung des „Verhalten[s] nach der Tat“ bei der Strafzumessung). Aber es gibt keine – vom Staat zwangsweise durchzusetzende – ‚Rechtspflicht zur Reue‘ (Folglich schwankt die Rechtsprechung zwischen der Einsicht, daß „die sonstige Gesinnung und der allgemeine Charakter des Täters“ nicht bestraft werden dürfen [BGH NJW 1954, 1416], und der strafverschärfenden Heranziehung der „Rechtsfeindschaft“ des Angeklagten [BGH NJW 1955, 1158], wenn sie aufschlußreich gerade im Hinblick auf die angeklagte Tat ist [BGH NJW 1954, 1416; Stree-Schönke/Schröder, 2001, § 46, RN 39]).

Das Nicht-Bestehen einer Rechtspflicht zur Reue zeigt sich des weiteren daran, daß auch bei dem nicht-reuigen Straftäter die gesetzliche Höchststrafe nicht überschritten werden darf: „Mit dem Strafraumen [...] legt das Gesetz die Grenzen fest, INNERHALB derer das richterliche Ermessen über die angemessene Strafe im Einzelfall entscheidet“ (Stree-Schönke/Schröder, 2001, vor § 38, RN 42 – Hv. d. Vf.In; ebenso: Gribbohm-LK, 1994, vor § 46, RN 8), d.h. INNERHALB derer die Strafzumessungsregeln des § 46 StGB Anwendung finden. Sogar die Selbst-Befreiung aus dem Gefängnis ist als solche – d.h. soweit dabei nicht Dritte (oder das Eigentum von Dritten [Sachbeschädigung]) zu Schaden kommt – nicht rechtswidrig (Ostendorf 1979, 254).

<sup>99</sup> Die Gefangenen selbst waren sich allerdings sehr bewußt, daß sie in Anbetracht der Schärfe der von ihnen eingeleiteten Konfrontation mit den herrschenden Zuständen nicht auf eine liberale, sog. FORMELL-rechtsstaatliche (vgl. dagegen zum hiesigen Sprachgebrauch oben S. 23), grundrechts-

konforme Haltung des Staates rechnen konnten, sondern daß sie einen Schmittschen Ausnahmezustand (s. oben S. 52) hervorrufen, in dem der Staat das geschriebene Verfassungsgesetz suspendiert und „mit Folter reagiert“ (Baader 1975, 59).

<sup>100</sup> Die „Strafe soll Sühne FÜR DAS durch die Verwirklichung des Straftatbestandes BEGANGENE Unrecht sein“ (BGH NJW 1954, 1416). Folglich darf die UNTERSUCHUNGSHAFT NICHT DIE STRAFE für die noch nicht festgestellte Schuld VORWEGnehmen. Insofern kann auch NICHT die allgemeine „Rechtsfeindschaft“ von Angeklagten herangezogen werden. Denn diese ist strafrechtlich relevant nur in Bezug auf die konkreten Taten, die in dem (während der Untersuchungshaft zu führenden) Prozeß ERST ZU BEWEISEN SIND (s. FN 98). Auch die „Rechtsfeindlichkeit“ von Angeklagten darf also nicht – das Urteil des Strafprozesses vorwegnehmend – im Wege der Untersuchungshaft bestraft werden.

<sup>101</sup> Brugger (1996) verfißt seine Position für den Ausnahmefall, daß ein – bei der Geldübergabe gefaßter – Erpresser das Versteck einer (mit aktiviertem Zeitzünder versehenen) Chemiebombe, mit deren Einsatz er droht, nicht preisgibt (69, vgl. auch 74 bei FN 20). Diese Konstellation unterscheidet sich – wie auch Brugger selbst (74 in FN 20) andeutet – von vornherein vom hier interessierenden Fall der Gefangenen aus der RAF, von denen niemals behauptet worden ist, daß von ihnen in diesem Sinne eine unmittelbare und gegenwärtige Gefahr ausginge, die sie alleine in der Lage seien abzuwenden. Mit diesem Hinweis soll freilich nicht gesagt werden, daß Bruggers Position nicht auch für den von ihm konstruierten Fall aus – juristischen, politischen und pragmatischen – Gründen kritikwürdig ist.

<sup>102</sup> So wohl auch Schulze-Fielitz-Dreier, 2000, Art. 104, RN 54: „Art. 104 I 2 GG verbietet elementare, durch nichts zu rechtfertigende Akte, die dem Opfer schwere körperliche oder seelische Qualen oder Leiden zufügen und es demütigen und zwingen, gegen seine Überzeugung zu handeln.“ Es ist allerdings nicht ganz eindeutig, ob der Anfang („elementare, durch nichts zu rechtfertigende Akte“) als Spezifizierung (Einschränkung) oder Charakterisierung (Paraphrasierung) des Endes („gegen seine Überzeugung zu handeln“) gemeint ist. Jarass zitiert Schulze-Fielitz jedenfalls zustimmend.

<sup>103</sup> Mag auch eine solche Ent-Flexibilisierung und Eingrenzung des Ausnahmerechts unter demokratischen Gesichtspunkten auf den ersten Blick sympathischer als eine völlig freihändige Handhabung der Rechtsordnung durch Gerichte und Exekutive sein, so sind damit die Fragen nach der Definitionsmacht über Voraussetzungen und Dauer des Notstandes sowie der zu ergreifenden Maßnahmen nicht ausgeräumt.

<sup>104</sup> Einen ähnlichen Aspekt erwähnt Röhl 1995, 649: Entlastung des Gesetzgebers von der „Entscheidung lästiger Probleme, d.h. solcher, mit denen sich im politischen Raum keine Verdienste erwerben lassen“.

<sup>105</sup> Ridder meinte 1977(b) in Bezug auf das BVerfG nicht nur den Aufstieg, sondern auch schon den „Verfall einer antirevolutionären Einrichtung“ diagnostizieren zu können. Im gleichen Jahr behauptete Schlothauer (1977, 539): „Seit einigen Jahren sind die ‚Verstöße des Bundesverfassungsgerichts gegen >Mindestanforderungen methodischer Redlichkeit<‘ derart zu Bewußtsein

einer breiteren Öffentlichkeit gelangt, daß sich eine Legitimationskrise der Verfassungsgerichtsbarkeit abzeichnet“, wobei er als Beleg aber nur eine einzige Stimme aus der juristischen Fachliteratur anführt. Zwei Jahre später meinte Kitschelt (1979, 18) bei den Kontrahenten des Kernenergie-Konflikts eine „Auflösung der ‚Rechtsillusionen‘“ feststellen zu können: „Beide Konfliktpole entfremden sich den Justizapparaten als Konfliktlösungsinstanz zunehmend und suchen nach anderen Wegen, ihre Interessen durchzusetzen. Die Rechtsapparate werden im Konflikt mehr und mehr ausgeschaltet und zwischen den Fronten paralysiert.“ (ebd., 5).

<sup>106</sup> Kritisch zur Annahme eines „quasi-persönlichen ‚Ansehens des Staates‘“ hat sich auch Karl-Heinz Ladeur (1979, 63; s. dort und S. 62 die Kritik an den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die die § 89 und 90a StGB für verfassungsgemäß erklärt haben, obwohl sie sich gegen Meinungsäußerungen richten) geäußert. Auch 1991 äußert er sich noch kritisch dazu, den „Ehrenschatz“ von Unternehmen und des Staates als „Schutz von ‚Persönlichkeit‘“ zu konstruieren (Ladeur 1991, 588). An Stelle der früheren Grundsatzkritik ist aber inzwischen der Vorschlag getreten, an die Stelle der BGH-Lösung einen – nicht mehr mit dem Pathos der Person aufgeladenen – „FUNKTIONSSCHUTZ“ (589 – Hv. i.O.) treten zu lassen. Dieser soll zwar einerseits auf „Rechtsanalogie zu zivilrechtlichen Formen des Ehrenschatzes“ beruhen, andererseits aber begrenzter als die alte persönlichkeitsrechtliche Lösung sein: „Dann lassen sich auch die Grenzen des Funktionsschutzes [...] besser spezifizieren“ (ebd.); „Funktionsschutz ist [...] ([...] anders als die Zuordnung von Persönlichkeitsrechten) nicht auf die Ausschließlichkeit des damit eingeräumten Anspruchs auf ‚richtige‘ Selbstdarstellung festgelegt. Die kommunikativen Rechte sollen gerade die Konkurrenz von Selbst- und Fremddarstellung ermöglichen.“ Fraglich ist aber sowohl, ob sich Ladeur mit der rechtsanalogischen Konstruktion von „Funktionsschutz“ auf festerem Boden als der BGH bewegt, als auch, ob damit das angestrebte Ziel der Begrenzung der staatlichen Eingriffe in Meinungsbildungs- und Diskussionsprozesse erreicht werden kann. So greift Steffen-Löffler, 1997, § 6 LPG, RN 102 Ladeurs Konzeption des Ehrenschatzes als Funktionsschutz auf, referiert aber die auch hier behandelte BGH-Rechtsprechung kritiklos.

Vgl. außerdem zur fragilen Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen Tatsachenbehauptungen und Wertung: Rühl 2000.

<sup>107</sup> Eine andere Bewertung scheint Bernecker (2002, 189 f., 193) zu vertreten. Er schreibt: Die technokratische Modernisierungspolitik des Franco-Regimes in den 60er Jahre (betrieben von Mitgliedern des *Opus Dei*) habe ihr „Hauptziel, [...], die Sicherung der sozialen und politischen Stabilität des Regimes, [...] nicht erreicht. Im Gegenteil: Die Unruhen nahmen in den 60er Jahren derart zu, daß die Repression im Arbeitsbereich verstärkt werden mußte. [...]. Der Franquismus hat sich demnach [...] nicht wegen seiner Modernisierungsmaßnahmen, sondern vielmehr trotz der Modernisierungsfolgen bis zum Tode des Diktators halten können.“

Die Fakten, die Bernecker selbst anführt, legen aber eine andere Interpretation nahe: Das Modernisierungsprojekt des *Opus Dei* war kein oppositionelles Projekt, sondern kam aus dem inneren des Regimes: Es verband „ökonomischen Liberalismus mit politischem Konservatismus [...]. Dementsprechend wurde die wirtschaftliche Modernisierung des Landes auf Kosten politischer Demo-

kratie und sozialer Gerechtigkeit forciert.“ (Bernecker 2002, 185). Und diese Maßnahmen waren erfolgreich: Bernecker beschreibt die 60er Jahre als Jahrzehnt, das Spanien das „Wirtschaftswunder“ brachte und „den Anschluß des Landes an entwickelte Industriestaaten zum Ergebnis hatte“ (186 f.). Genau in dem Maße, in dem die ökonomische Rückständigkeit Spaniens drastisch abnahm, der Anarchismus weitgehend zerschlagen war (Vilar 1947/97, 167: ohne entscheidende Wirkung) sowie Sozialisten und Kommunisten deutlich gemäßigttere Positionen einnahmen als in den 30er Jahren (die KP verabschiedete bereits 1956 ein Programm zur „nationalen Aussöhnung“ [Meyers 1975, 677]; s. im Haupttext S. 85), war auch eine Lockerung der politischen Herrschaftsformen möglich. –

Schließlich war Francos Putsch kein eigennütziges Projekt eines einzelnen Mannes, sondern hatte einen klaren Klasseninhalt – worauf Bernecker selbst hinweist: Zum Bürgerkrieg sei es gekommen, da im Rahmen der Republik – aufgrund des damals hier möglichen Veränderungsdruckes der Land- und IndustriearbeiterInnen – eine Aufrechterhaltung der Macht der Oligarchie von altem Großgrundbesitz und schwacher Industriebourgeoisie (vgl. 133 f., 139 unten), die schon in den 20er Jahren die Diktatur Primo Riveras regieren ließ (150 f., ), nicht möglich gewesen sei (166, 167 – jew. oben). Folglich wurde Franco aus dem Ausland „nicht nur von den Achsenmächten [Deutschland, Italien, d. Vf.In], sondern – direkt oder indirekt – von Briten, amerikanischen Gesellschaften sowie französischen, belgischen und Schweizer Finanzkreisen unterstützt“. Die „Westmächte“ sahen ihre „ökonomischen Interessen bei Franco letztlich besser aufgehoben [...] als bei einer zunehmend von Kommunisten beeinflussten Volksfrontregierung“ (174 f. unter Hinweis auf: Douglas J. Little,; *Malevolent Neutrality. The United States, Great Britain, and the Origins of the Spanish Civil war*, Ithaca, 1985).

In dem Maße, wie im Rahmen der technokratischen Politik der 60er Jahre eine ökonomische und ideologische Modernisierung der spanischen Bourgeoisie gelang, machte sich der Franquismus selbst überflüssig (180: „Als sie zur Erfüllung ihrer Stabilisierungsaufgabe [...] nicht mehr benötigt wurde, sank ihre [die der *Falange*] Macht zusehends.“). Der Franquismus machte sich also selbst überflüssig, aber er wurde nicht von Antifaschisten besiegt. Vielmehr behielten der Franquismus auch im Zuge der Re-Parlamentarisierung des politischen Systems die Kontrolle über den Transitionsprozeß. In Spanien entschieden die Franquisten über Tempo, Art und Umfang der Einbeziehung von DemokratInnen in das alte, sich modernisierende politische System: „Das Besondere des Regimewechsels bestand darin, daß er unter Leitung und Kontrolle der franquistischen Institutionen und eines Teils der in ihnen vorherrschenden politischen Elite durchgeführt wurde, [...]: Hierin lag wohl der wesentliche Grund dafür, daß die Streitkräfte nicht eingriffen, sondern die Veränderung akzeptierten.“ (194 f.).

Demgegenüber entschieden nach 1945 in Westdeutschland (bzw. später in der BRD) die Westalliierten bzw. die von ihnen eingesetzten deutschen PolitikerInnen über Tempo, Art und Umfang der Einbeziehung von Alt-Nazis in das neue, aber zugleich mit restaurativen Tendenzen versehene politische System. – Ob dieser Unterschied im Verfahren auch einen Unterschied im Ergebnis bedeutete, muß hier nicht entschieden werden, soll aber freilich im Verlauf des Forschungsprojektes im Blick behalten werden.

<sup>108</sup> Gonzáles Encinar 1996, 168; vgl. auch Cruz Villalón 1983, 72 zu § 1 BVerfGG / Art. 1 LOTC; Adomeit/Frühbeck 2001, 2 f. insb. zum Streikrecht. Für einen umfassenderen Überblick über die von der spanischen Verfassung rezipierten Regelungen, s. den Aufsatz von Cruz Villalón (1989), der den Einfluß des GG auf die CE in folgenden Bereichen diskutiert: Staatsziele, Vorrang der Verfassung (71 f.), Grundrechte (72 - 77), Parteien (77 f.), Staatsaufbau (78 - 80), Verfassungsgerichtsbarkeit (80 f.), Rechtsquellen (81 f.), Bundesstaatlichkeit / *Comunidades Autónomas* (82 - 84), Übertragung von Hohheitsrechten (84), Verfassungsänderung (84 f.). Außerdem erörtert er, in welchen Fällen eine Übernahme von Regelungen des GG unterblieben ist (*Recepción negativa*, 85 f.) und inwiefern auch die übernommenen Regelungen durch den spanischen Kontext modifiziert wurden (86 - 90). Zusammenfassend schreibt Cruz Villalón „que hay acuerdo en que la LFB es la Constitución que ha dejado la huella más visible en la Constitución española, seguida de la Constitución de la República italiana“ / „daß das GG die Verfassung ist, deren Einfluß sich am meisten sichtbar in der spanischen Verfassung niedergeschlagen hat, gefolgt von der Verfassung der italienischen Republik“ (69 m.w.N. in FN 13 und 14). Die Vorbild-Funktion des GG wird dabei gerade in dessen Stabilitäts-Orientiertheit gesehen (66, 69, FN 13 m.w.N.), d.h. in dem, was wir hier als Fixierung einer ‚materiellen‘ Wertordnung zu Lasten der formellen Freiheitsrechte diskutieren.

<sup>109</sup> Bemängelt wird neben der „unkontrollierten [das ist dann auch schon alles, Anm. d. Vf.In] Macht der Guardia Civil“ (ebd.), vor allem daß es „in der Franco-Zeit“ eine „individualrechtliche Garantie für die Stabilität von Arbeitsplätzen“ gab (28; s.a. 72: „Dem frankistischen Recht wurde ein Hang zu Ewigkeitsgarantien nachgesagt: die Ehe, das Arbeitsverhältnis und die Wohnungsmiete waren grundsätzlich unauflösbar.“). In neuerer, d.h.: postfranquistischer, Zeit habe man sich freilich bemüht, „Investitionen in den Wohnungsbau attraktiv zu machen“ (72) und, „um die Einstellung von Arbeitnehmern zu erleichtern, Regelungen des Kündigungsschutzes“ zurückgenommen (4). Dies ist im Verständnis von Adomeit/Frühbeck anscheinend die Vervollständigung des zuvor nur „partiell[en]“ Rechtsstaats...

<sup>110</sup> Blaustein/Flanz (1991) übersetzen „Estado de Derecho“ mit „state of law“ und zeigen damit einmal mehr, daß es in der englischen Sprache keine Praxis gibt, die in der Lage ist, den Unterschied zwischen *ley*/Gesetz und *Derecho*/Recht nachzubilden. Das Gleiche zeigt die Übersetzung des Wortes „Rechtsstaat“ aus Art. 28 GG mit „state governed by the rule of law“ (Blaustein/Flanz 1994).

<sup>111</sup> Bäumlín/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 36 f.; Kunig 1986, 68 - 71, Schnapp-vM 2001, Art. 20, RN 24. Gesehen wird dies zunächst auch von Benda (1994, 720, RN 1): „Das Grundgesetz bindet in seinem Art. 28 Abs. 1 die verfassungsmäßige Ordnung in den Bundesländern an die Grundsätze ‚des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats‘, so wie diese sich aus der Verfassung des Bundes ergeben. Was hiermit gemeint ist, wird in Art. 20 GG, insbesondere in dessen Abs. 3 umschrieben“. Nur bleibt dies bei Benda im folgenden ohne ausreichende Konsequenzen (zumal er andererseits die Jusitzgrundrechte nicht als Gegenstand der Verweisung des Art. 28 GG erwähnt), wenn er dann doch ein „Prinzip“ (ebd., 722, RN 6) des Rechtsstaats postuliert und aus diesem „Rechtsstaatsprinzip“ wiederum diverse „Elemente“ (Ab-



schnitt 2., S. 725 - 744, RN 14 - 54) generiert, die keine Stütze in Art. 20 III noch sonst im Text des GG finden: So „Rechtssicherheit und Gerechtigkeit“ (725 - 727, RN 14 - 17), von denen die „Gerechtigkeit“ keine Erwähnung im Text des Grundgesetzes gefunden hat und „Rechtssicherheit“ etwas anderes zu bedeuten scheint als die separat behandelte Rechtsbindung von Verwaltung und Rechtsprechung (731 - 737, RN 25 - 37) sowie die Verfassungsbindung des Gesetzgebers (728 - 731, RN 18 - 24), dem alleinigen Inhalt von Art. 20 III GG, und der „Vertrauensschutz“ (741 - 743, RN 49 - 52), der wiederum ein anderes Thema zu sein scheint. Auf S. 732, RN 27 wird noch das „aus Art. 3 Abs. 1 GG entnommene allgemeine Willkürverbot“ erwähnt, womit vielleicht nahegelegt werden soll, es hätte auch aus dem „Rechtsstaatsprinzip“ „entnommen“ werden können. Auf S. 734, RN 31 wird die „eigenschöpferische“ Entdeckung eines „verborgenen Sinn[s]“ des Gesetzes durch die RichterInnen als – in bestimmten Fällen – zulässige Möglichkeit erwähnt; auf S. 736, RN 46 der „(allgemeine) Gesetzesvorbehalt, der nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert [...] ist“, wie Benda selbst zugibt. Zuvor wurde schon der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ (S. 725, RN 13) erwähnt, der bedeutet, daß die BürgerInnen nicht nur vor unzulässigen, sondern auch vor „unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt“ werden (Hv. d. Vf.In), wobei aber nicht erläutert wird, warum ein Verfassungsgericht besser als ein Parlament in der Lage sein soll, diese „Unnötigkeit“ festzustellen. Nicht minder umfangreich ist der Katalog allein schon von „Kernelementen des Rechtsstaatsprinzips“ bei Schulze-Fielitz-Dreier, 1998, Art. 20, RN 61 ff. (Hv. d. Vf.In). Etwas knapper fällt die Liste bei Roellecke-MAK-GG, 2002, Art. 20, RN 66 ff. aus; der „Vertrauensschutz“ und die „Verhältnismäßigkeit“ (RN 88 - 98 und 99 -109) werden aber auch dort erwähnt. Im übrigen meint Roellecke (ebd., RN 46), der Rechtsstaat sei „unzweifelhaft“ in Art. 20 „mitgemeint“, auch wenn das Wort dort „nicht vorkommt“ (wie Roellecke zugibt); und Schulze-Fielitz (a.a.O., RN 38) findet ihn speziell „in Art. 20 I GG“ – wenn auch „ungenannt“, wie wiederum offenherzig bekannt wird. Auch Sachs-Sachs, 2003, Art. 20, RN 75 läßt „offen“, ob das Rechtsstaatsprinzip „gerade in Art. 20“ zu finden ist oder vielmehr als „Ableitung aus der Gesamtheit einschlägiger Bestimmungen“ zu entwickeln ist. Auch er (ebd., RN 77 f.) findet wiederum zahlreiche „Einzelgehalte“, darunter nicht weniger als sechs, von denen er sagt, daß sie im GG „nicht (umfassend) geregelt“ (RN 88), aber dennoch anerkannt seien. Vertretbar knapp (wenn die „Meßbarkeit und ggf. Vorhersehbarkeit“ staatlichen Handelns als Unterfall der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns betrachtet wird) fällt der Katalog von „Einzelementen“ – nicht des „Rechtsstaatsprinzips“, sondern – des „Rechtsstaatsbegriffs“ bei Schnapp-vM, 2001, Art. 20, RN 27 aus, der im übrigen (ebd., RN 25) bestimmte andere Rechtsstaats-Auffassungen nicht ganz zu Unrecht als „nicht intersubjektiv transmissibel belegt“ bezeichnet.

<sup>112</sup> Eine ähnliche Vorschrift enthielt bereits der franquistische *Fuero de los Españoles*: „Die Spanier sind dem Vaterland zum redlichen Dienst, dem Staatschef zur Treue und den Gesetzen zum Gehorsam verpflichtet.“ (Art. 2). – „Fuero“ wird von Bernecker (2002, 178 f.) und dem Vilar-Übersetzer (1947/97, 160), Wolfgang Kaiser, mit „Grundgesetz“ übersetzt. Der Brockhaus (1998, 519) übersetzt dagegen „*Fuero de los Españoles*“ mit das „Recht der Spanier“ und eine andere Vilar-Übersetzerin (1974, 18), Henriette Beese, erklärt „*fueros*“ als „traditionelles Sonderrecht“. – Wichtig ist bei Betrachtung der unterschiedlichen Übersetzungsvarianten jedenfalls, daß „*fuero*“ („Privilegio,

exención o ley especial que se concedía antiguamente a una región, ciudad o persona“ / „Privileg, Freistellung (bspw. Steuer- oder Zollbefreiung) oder Sondergesetz, welches einst einer Region, Stadt oder Person zugestanden oder verliehen wurde“ [Moliner 1998/2001]) – im Gegensatz zu „ley“ – auf die traditionelle Verwurzelung, die dieses Recht beansprucht, verweist (Valdeón 2001/3, 303: „sistemas jurídicos de corte tradicional“; „derecho tradicional“, z.B. „*Fuero viejo* de Castilla“). So ist „*fuero municipal*“ das historische Stadtrecht und „*Comunidad Foral de Navarra*“ verweist auf die traditionellen Rechte Navarras (die noch aus der Zeit der Eingliederung Navarras in das Kastilische Reich im 16. Jahrhundert stammen [vgl. Bernecker 2002, 8]), während die anderen Regionen des heutigen Spanien „*Comunidades Autónomas*“ heißen. – Vilar (1947/97, 158) betont den Unterschied zwischen den mittelalterlichen *fueros* und dem franquistischen *fueros* (neben dem *Fuero de los Españoles* gab es noch einen *Fuero del Trabajo*, ein Arbeitsgesetzbuch), die im Gegensatz zu den traditionellen *fueros* eine „Deklaration von Rechten ohne jede Sanktion bei Verstößen“ gegen diese Versprechungen seien.

<sup>113</sup> Siehe darüber hinaus speziell hinsichtlich der BeamtInnen: „Die politische Treuepflicht [des Beamten] fordert mehr als nur eine formal korrekte, im übrigen desinteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung“ (BVerfGE 39, 334).

<sup>114</sup> Mit dieser Entscheidung hatte das BVerfG die Verurteilung eines Unteroffiziers für mit Art. 5 GG vereinbar erklärt. Dieser hatte während seiner Dienstzeit erklärt: „in der Bundesrepublik könne man nicht frei seine Meinung äußern; Demonstrationen würden durch die Polizei niedergeknüppelt“ (40). Diese Äußerungen – so das BVerfG – stellten „die rechtsstaatliche Ordnung in Frage“ und diffamierten die freiheitlich-demokratische Ordnung (50). Die Verurteilung zu einer (für fünf Monate auf Bewährung ausgesetzten) dreitägigen Arreststrafe (41) sei daher verfassungsgemäß (37, 50). Bei Bejahung der Zulässigkeit dieser Verurteilung stellte das BVerfG zwar besonders auf die Vorbild-Funktion von Offizieren und darauf, daß „innerhalb der Truppe und während des Dienstes“ die „freiheitliche Ordnung“ nicht in Frage gestellt werden dürfe, ab (49). Eine Heranziehung der Sondervorschrift des Art. 17a GG für SoldatInnen hält das BVerfG allerdings nicht für erforderlich; denn auch/selbst Art. 5 I GG sei nicht verletzt (47): Die Verpflichtung zur Verteidigung der „freiheitlichen Ordnung“ gelte nämlich für alle BürgerInnen (48). Im Falle von Nicht-SoldatInnen und Nicht-BeamtInnen würde das BVerfG (die Androhung) eine(r) Inhaftierung wegen der genannten Äußerungen allerdings eventuell als unverhältnismäßig ansehen. –

Eine Verpflichtung der BürgerInnen zur Verteidigung der fdGO findet sich im Grundgesetz freilich NICHT. Die Vorschriften des GG, auf die sich das BVerfG beruft, geben dafür nichts her: Art. 20 IV gewährt den BürgerInnen ein Widerstandsrecht, statuiert aber keine Widerstandspflicht. Art. 9 II verbietet speziell VEREINIGUNGEN, die „gegen die verfassungsmäßige Ordnung“ gerichtet sind, statuiert aber genauso wenig wie Art. 98, der die Entlassung von Richtern bei VERSTÖßEN gegen Grundsätze des GG ermöglicht, eine allgemeine Pflicht zur VERTEIDIGUNG der fdGO. Das Gleiche gilt für Art. 21 II, der bestimmte Parteien für verfassungswidrig erklärt. Art. 18 spricht schließlich die Verwirkung von BESTIMMTEN Grundrechten aus, falls diese „zum Kampf GEGEN die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht“ werden.

Auch in der herrschenden Lehre ist anerkannt, daß die Verfassungswidrigkeit gem. Art. 21 II und die Verwirkung gem. Art. 18 GG *ex nunc* AB DEM DATUM DER JEWEILIGEN VERFASSUNGSGERICHTSENTSCHEIDUNG gilt (bspw. Dürig/Klein-MD, Art. 18, RN 88; Gröschner-Dreier, Art. 18, RN 25; Wesel 1992, 228 unter Hinweis auf eine BVerfG-Entscheidung aus dem Jahre 1961: „Solange eine Partei nicht verboten ist, [...], sei die Mitgliedschaft erlaubt.“).

D.h.: Soweit VOR der Verbots-Entscheidung der Kampf gegen die fdGO mittels Grundrechtsausübung geführt wurde, bleibt dieser legal; nur FÜR DIE ZUKUNFT entfällt der Grundrechtsschutz FÜR DEN JEWEILIGEN INDIVIDUELLEN FALL (Person oder Partei). In dieser Regelung zeigt sich ein Rest-Bewußtsein des Verfassungsgebers für den Unterschied zwischen einem durch Grundrechtsausübung geführten Kampf gegen die fdGO sowie Straftaten wie Diebstahl, Vergewaltigung und Totschlag. Letztere SIND für alle BürgerInnen verboten (ohne daß es zuvor einer gerichtlichen Verbotsverfügung für individuelle Adressaten bedürfte; es wird nur nachträglich geprüft, ob ein Verstoß gegen Strafrecht vorliegt; im Falle der Art. 18 und 21 bedarf es dagegen erst einer verfassungsgewärtigen Entscheidung – und erst danach dürfen staatliche Maßnahmen ergriffen werden, die anderenfalls wegen des Grundrechtsschutzes verboten wären).

Wegen dieser Ausgestaltung der Art. 18 und 21 GG (Einzelfall-Entscheidung des BVerfG mit *ex nunc*-Wirkung im Falle des Kampfes gegen die fdGO) kann diesen Vorschriften keine allgemeine Pflicht um Kampf FÜR die fdGO entnommen werden. Jedenfalls eine Position der Indifferenz hat nach dem Wortlaut des GG ohne Sanktionen zu bleiben; und auch ein Kampf GEGEN die fdGO durch Grundrechtsgebrauch (d.h. durch Meinungsäußerungen etc.) kann nur dann mit Sanktionen belegt werden, wenn dies das BVerfG im Einzelfall zuvor zugelassen hat.

<sup>115</sup> Auch in Spanien erstreckte sich das Willkür-Verbot zunächst, d.h. vor Annahme der Verfassung von 1978, nur auf die Verwaltung (González Encinar 1996, 189) – welche praktische Funktion es dabei im Franquismus hatte, wäre zu untersuchen. Erst als der Gesetzgeber demokratisiert wurde, wurde auch dieser – von dem NUNMEHR anscheinend Willkür zu befürchten ist (vgl. dazu für Deutschland oben S. 51) – einem solchen Verbot unterworfen.

<sup>116</sup> Diese Schmittsche Ablehnung der „pluralistischen Zerteilungen“ zeigt, daß er (1927/32, 21) durchaus zu Recht den Anspruch erhebt, daß sein Freund-Feind-Kriterium als Definiens des Politischen „weder bellizistisch oder militaristisch noch imperialistisch, noch pazifistisch“ ist. Seine Definition des Politischen ist in der Tat „kein Versuch, den siegreichen Krieg oder die gelungene Revolution als ‚soziales Ideal‘ hinzustellen“. Schmitt ist nur realistisch genug anzuerkennen, daß der Kampf eine „im Bereich des Realen liegende Eventualität“ (20), eine „reale Möglichkeit“ (21), ist, der im Fall der Fälle – im „Konfliktfall“ (27), im „Ernstfall“ (23) – geführt werden muß, soll die von Schmitt erstrebte Einheit wiederhergestellt werden.

Hieraus erklärt sich auch der leichte Widerspruch zwischen den im Haupttext aus dem *Hüter der Verfassung* zitierten Warnungen, die die „pluralistische Aufteilung“ als REALE Tendenz behandeln, der es zu begegnen gelte, und der Behandlung der Pluralismus-Theorien im *Begriff des Politischen*, die dort als IRREALE Beschreibung des Politischen zurückgewiesen werden (27: „etwas voreilig den Tod und das Ende des Staates proklamiert“). Auch im *Begriff des Politischen* erkennt

Schmitt aber an, daß die „pluralistischen Zerteilungen“ so weit gehen können, so daß die staatliche (innere) „Einheit selbst in der Eventualität“ eines äußeren Angriffs entfällt – nur: dann „entfällt auch das Politische selbst“ (33), das bei Schmitt auf die Einheit bezogen ist (32). Andererseits wäre nur ein Völkerbund, eine Hyper-Einheit, die „allen bestehenbleibenden menschlichen Gruppen das jus belli effektiv wegzunehmen und trotzdem selbst kein jus belli zu übernehmen“ in der Lage wäre, „Universalität, Menschheit, entpolitisierte Gesellschaft“ (45) – aber Schmitt bleibt skeptisch, ob sich eine solche Weltgesellschaft ohne Politik, ‚von selbst‘ verwalten könnte (46).

Wir sehen also: Schmitts Kritik an den Pluralismus-Theorien ist nominalistisch (oder definitorisch): In einer Gesellschaft, die nur FreundInnen ODER nur FeindInnen kennt, gibt es keine Politik. Aber Schmitts Kritik ist auch analytisch, weil sie skeptisch ist, ob eine solche Gesellschaft der totalen Zerteilung ODER der reinen Verwaltung existieren kann. Für Schmitt organisiert der Staat die für den Begriff des Politischen notwendige ‚Einheit mittlerer Reichweite‘: Er organisiert die Einheit von FreundInnen gegen die Einheit von FeindInnen. „Staat ist [...] ein besonders geartet Zustand eines Volkes, und zwar der im entscheidenden Fall maßgebende Zustand“ (7).

Und ein weiteres ergibt sich aus Schmitts Präferenz für die „Einheit“: Nämlich die Erklärung dafür, warum bei Schmitt das Pro zum Rechtsstaat nicht – wie bei so vielen anderen [s. Abschnitt 2.1.2.a)] mit einem Contra zu Demokratie und Volk einhergeht (vgl. Preuß 1993c, 19). Denn das Volk, auf das sich Schmitts Demokratie-Begriff bezieht, ist nicht das reale Volk (ebd., 22), das (mit welchen ‚Verzerrungen‘, die dem bürgerlichen politischen System auch immer eigen sein mögen) im Parlament durch unterschiedliche Parteien vertreten ist, sondern ein imaginäres Volk, das nicht in „soziale und wirtschaftliche Machtgruppen“ gespalten ist (vgl. Preuß 1985; 1993a, 124): „Der Reichspräsident wird vom ganzen deutschen Volk gewählt, und seine politischen Befugnisse gegenüber den gesetzgebenden Instanzen (insbesondere Auflösung des Reichstags und Herbeiführung eines Volksentscheids) sind der Sache nach nur ein ‚Appell an das Volk‘. Dadurch, daß sie den Reichspräsidenten zum Mittelpunkt eines Systems plebiszitärer wie auch parteipolitisch neutraler Einrichtungen und Befugnisse macht, sucht die geltende Reichsverfassung gerade aus demokratischen Prinzipien heraus ein Gegengewicht gegen den Pluralismus sozialer und wirtschaftlicher Machtgruppen zu bilden und die Einheit des Volkes als eines politischen Ganzen zu wahren.“ (1929/31, 159). Das „Volk“ ist bei Schmitt nur Objekt eines „Appell[s]“, das „reaktive Material“ (Saage 1969, 187, s.a. 179 sowie Preuß 1973, 13 - 15) des Reichspräsidenten, es kann nur „Ja oder Nein“ sagen (Schmitt 1928, 83, 277). – S. dazu auch die Ausführungen von Berthold (1997, 363 f., 370), der zeigt, daß Schmitt die Begriffe Vertretung und Repräsentation entgegensetzt, wobei Schmitt das Parlament zu einem „Ausschuß von Interessenvertretern“ herabsetzt, während er dem Reichspräsidenten als Repräsentanten eine „persönliche Würde“ zuschreibt, die es diesem ermögliche, die „politische Einheit des Volkes“ zu schaffen. Daß es die Spezifik von Schmitts Gleichheits-Begriff ist, die seinem Demokratie-Konzept die anti-pluralistische, anti-liberale Stoßrichtung gibt, wird auch in der spanischen Carl Schmitt-Diskussion gesehen: „El principio democrático [... n]o es, [...], compatible con el pluralismo. Para Schmitt la libertad no se corresponde con la democracia; es un principio propio de la concepción liberal-burguesa, que se basa en una orientación moral según ideas humanitarias e individualistas, y que obviamente carece de fundamento

democrático. La democracia, pro el contrario, tiene como contenido la homogeneidad del pueblo“ / „Das Demokratieprinzip [...] ist nicht mit dem Pluralismus kompatibel. Für Schmitt steht Freiheit nicht mit Demokratie in Einklang; erstere ist ein Prinzip, das einer bürgerlich-liberalen Konzeption eigen ist, welche auf moralischer Orientierung gemäß humanitären und individualistischen Ideen basiert, und welche offensichtlich eines demokratischen Fundaments ermangelt. Im Gegensatz dazu hat die Demokratie als Inhalt die Homogenität des Volkes“ (Agapito 1998, 16).

<sup>117</sup> Vgl. krit. zur deutschen Konzeption: Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, Art. 20 Abs. 1-3 III, RN 64 - 77.

<sup>118</sup> Vgl. dazu die Kritik von Deiseroth (1992, 250) an der Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts: „Problematisch ist jedoch vor allem die Abgrenzung zwischen einer ‚zumutbaren‘ und einer ‚unzumutbaren‘ Beschränkung eines Grundrechts. Zu Recht wird m.E. kritisiert, daß das BVerfG jedenfalls mit dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (‚abgewogen‘, ‚angemessen‘, ‚zumutbar‘) Gesichtspunkte in die verfassungsrechtliche Prüfung einbezieht, für die hinreichend rationale und nachvollziehbare Maßstäbe letztlich fehlen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) steht deshalb in der ständigen Gefahr, daß die subjektiven Einschätzungen des Prüfenden über das im Einzelfall ‚Zumutbare‘ und ‚Angemessene‘ an Stelle derjenigen des Gesetzgebers zur Geltung gebracht werden.“

<sup>119</sup> Selbstverständlich bedeutet eine Parlamentsentscheidung keine Garantie für eine (ggü. einer Gerichtsentscheidung) – nach welchen Kriterien auch immer bestimmte – größere RICHTIGKEIT. Es geht hier allein darum, daß ein parlamentarisches Verfahren größere Chancen (keine Garantie) gibt, demokratischen (partizipatorischen) Ansprüchen zu genügen, weshalb die Untergrabung der Verbindlichkeit der geschriebenen Gesetze (einschließlich der geschriebenen Verfassung) als Handlungsrichtlinie für die Staatsorgane als problematisch erscheint: „Trotz der fast durchgängigen Unbekanntheit des geltenden Rechts in der Öffentlichkeit kann bei brisanten Rechtsänderungen während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens so viel Aufmerksamkeit für die Austragung öffentlicher Kontroversen erzeugt werden, daß trotz der Selektivität politischer Wahlmechanismen eine rudimentäre demokratische Kontrolle der Rechtsetzung noch erhalten bleibt. Aber selbst dieses Minimum demokratischer Kontrolle des Gesetzgebers läuft ins Leere, wenn das Recht eine Struktur annimmt, die die Staatsapparate immer weniger bindet.“ (Maus 1986b, 279). Gemessen an jenen partizipatorischen Ansprüchen wäre es freilich auch verkürzt, allein auf einen Gegensatz Parlament *versus* (Verfassungs)gericht[e] fixiert zu bleiben, ohne zugleich die Offenheit des POLITISCHEN Prozesses für „gesellschaftliche Alternativen“ anzustreben oder zu verteidigen (Hase/Ladeur/Ridder 1981, 795 f.).

<sup>120</sup> Böckenförde (1999, 13) schreibt, die Verfassungsinterpretation durch ein Verfassungsgericht beinhalte auch die Kompetenz, „das Grundverständnis der Verfassung“ festzulegen. Hiergegen könne „auch der Verfassungsänderer nicht angehen. Denn ein Grundverständnis der Verfassung läßt sich nicht durch gesetzliche Verfassungsänderung dekretieren, sondern immer nur durch Verfassungsinterpretation bestimmen. Diese aber liegt – verbindlich [...] in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit – sie hat darin einen Zipfel der Souveränität.“ Entsprechend bindet Art. 5 I des spa-

nischen *Ley Orgánica del Poder Judicial* die anderen Gerichte ausdrücklich an die Verfassung WIE SIE SICH NACH DER „AUSLEGUNG, DIE SICH AUS DEN VOM VERFASSUNGSGERICHT [...] GEFÄLLTEN ENTSCHEIDUNGEN“ ERGIBT. Soweit ein Verfassungsgericht zur Aufhebung der Entscheidungen anderer Gerichte befugt ist, ist ein solcher Hinweis überflüssig, da selbstevident. Worum es hier tatsächlich geht, ist (ähnlich wie im Falle der von § 31 BVerfGG für die Entscheidungen des deutschen BVerfG statuierten „Super-Gesetzeskraft“ [Ridder 1979, 134; Ridder 1977a, 518, FN 42; Ridder 1987, 120]) eine Kanalisierung (und tendenziell: Monopolisierung) der Verfassungsauslegung beim Verfassungsgericht. Die unteren Gerichte müssen nicht nur damit leben, daß ihre Entscheidungen von den höheren Instanzen AUFGEHOBEN werden können (was an sich schon starke Antizipationsleistungen hervorruft), sondern sie sollen gezwungen werden, sich die Verfassungsgerichts-Entscheidungen ZU EIGEN zu machen (dies ist die von Cruz Villalón so bezeichnete, „wahrhaft wichtige“ „zweite Rezeption“ der Verfassung: die Rezeption der Verfassungsgerichts-Entscheidungen durch die anderen Gerichte; s. González Enicar 1996, 173). Diese Kanalisierung/Monopolisierung dürfte die Abwehr auseinanderstrebender Tendenzen, eine weitere Stabilisierung des *status quo*, der ‚MITTE‘, zum Ziel haben. In diesem Sinne wird Verfassungsgerichten von Roellecke (1991, 80 – Hv. d. Vf.In) die Aufgabe zugewiesen, Lösungen zu finden, die „ALLGEMEIN AKZEPTABEL“ sind. Dies ist denn auch die Grenze der ‚Souveränität‘ eines Verfassungsgerichts (das über keinen eigenen Vollzugsapparat verfügt): Es braucht Bündnispartner – in der Regierung, in der parlamentarischen Opposition, in den von dieser gestellten Landesregierungen, bei mächtigen gesellschaftlichen Gruppen. Der Wahlmechanismus (in der BRD: mit 2/3-Mehrheit unter Beteiligung von Bundestag und Bundesrat; in Spanien: 3/4-Mehrheit unter Beteiligung von Abgeordnetenhaus und Senat; darüber hinaus: Regierungs- und Justiz-VertreterInnen) garantiert diese Zentrierung auf die politische ‚Mitte‘, GEGEN die ‚Extreme‘, GEGEN die ‚Zersplitterung‘ (s. S. 123 bei Endnote 116), FÜR den *status quo*: So verwaltet das Gericht vor allem „eine Art offizielle Sprache, die vor allem für die Erhaltung des Bestandes des politischen Systems und seiner kulturellen Symbole Bedeutung hat“ (Ladeur 1983, 20; zum „immanent konservativ[en]“, da „auf das Normale rekurren[den]“, Charakter dieser Sprache vgl.: Lennartz 1990, 26). S. zum Ganzen Preuß 1987: „*Politik aus dem Geiste des Konsenses. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*“:

## IV. ZITIERTE LITERATUR

Abkürzungen insb. in Zitaten aus Wörterbüchern und Enzyklopädien, die in diesem Text normalerweise nicht verwendet werden, werden stillschweigend ausgeschrieben. Werden in Zitaten Namen standardmäßig hervorgehoben (also ohne daß sie der Betonung eines bestimmten Namens dienen), so werden diese Hervorhebungen hier stillschweigend getilgt.

Hervorhebungen in Zitaten aus juristischen Normen und aus Gerichtsentscheidungen sind (sofern nicht ausnahmsweise anders angegeben) alle solche d. Vf.In. Da diese Textsorten üblicherweise keine Originalhervorhebungen enthalten, erübrigt sich eine spezielle Kennzeichnung im Normalfall.

### 1. Rechtsquellen

#### **BGB – Bürgerliches Gesetzbuch**

<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

#### **BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung:**

<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf>

**Ermächtigungsgesetz** (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich 23.03.1933):

<http://www.documentarchiv.de/ns/ermaecht.html>

#### **Französische Verfassung von 1893 (auf Frz.):**

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitution/c1793.htm>

- in dt. Übersetzung:

<http://www.verfassungen.de/f/verf93.htm>

#### **Französische Verfassung von 1958 (auf Frz.):**

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm>

- in dt. Übersetzung:

<http://www.verfassungen.de/f/verf58.htm>

#### **StPO – Strafprozeßordnung:**

<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>

**Verf. 1871 – Verfassung des Deutschen Reiches von 1871:**

<http://www.verfassungen.de/de/de67-18/verfassung71-i.htm>

**WRV – Weimarer Reichsverfassung** (Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.08.1919):

<http://www.verfassungen.de/de/de19-33/verf19-i.htm>

### 2. Sekundärliteratur und Urteile

**Adomeit/Frühbeck 2001:** Klaus Adomeit / Guillermo Frühbeck, *Einführung in das spanische Recht*. Das Verfas-

sungs-, Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht des Königreichs Spanien, Beck: München, 2001<sup>2</sup>.

**Agapito 1998:** Rafael Agapito, *Introducción*, in: Carl Schmitt, *El concepto de lo político*. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios, Alianza Editorial: Madrid, 1998, 11 - 38.

**Albrecht 1961:** Alfred Albrecht, Artikel „Rechtsstaat“, in: Görres-Gesellschaft (Hg.), *Staatslexikon*. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft. Bd. 6, Herder: Freiburg, 1961<sup>6</sup>. völlig neubearb., Sp. 685 - 705.

**Althusser 1962:** Louis Althusser, *Widerspruch und Überdetermination*. Anmerkungen für eine Untersuchung, in: ders., *Für Marx*, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1968, 52 - 99.

**Althusser 1967:** ders., *Philosophie und spontane Philosophie der Wissenschaftler* (1967), in: ders., *Schriften*. Band 4 hrsg. von Peter Schöttler und Frieder Otto Wolf, Argument: [West]berlin, 1985, 11 - 150 (engl. Fassung im internet unter: <http://ptb.sunhost.be/marx2mao/Other/PSPS90ii.html>).

**Annan 2004:** Kofi Annan, *Secretary-General's address to the General Assembly*, New York, 21 September 2004, im internet unter der Adresse: <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=1088>.

**Baader 1975:** Andreas Baader, *Erklärung* (1975), in: Redaktion 1988, 57 - 59 = <http://www.nadir.org/nadir/archiv/PolitischeStroemungen/Stadtguerilla+RAF/RAF/brd+raf/025.html>.

**Badia 1984:** Gilbert Badia, Stichwort „Faschismus“, in: KWM 2 (1984), 336 - 341.

**Bähr 1864:** Otto Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1864<sup>1</sup>, 1963<sup>2</sup>.

**Bakker Schut 1986:** Pieter Bakker Schut, *Stammheim*. Die notwendige Korrektur der herrschenden Meinung. Der Prozeß gegen die Rote Armee Fraktion, Neuer Malik Verlag: Kiel, 1986.

**Bäumlin 1987:** Richard Bäumlin, Stichwort „Rechtsstaat“, in: Herzog et al. 1987, Sp. 2806 - 2818.

**Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984:** ders. / Helmut Ridder, [Kommentierung zu] Art. 20 Abs. 1 - 3 III. *Rechtsstaat*, in: Bäumlin et al. 1984, 1288 - 1337.

**Bäumlin et al. 1984:** ders. et al., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 1. Art. 1 - 20 (Reihe Alternativkommentare hrsg. von Rudolf Wassermann), Luchterhand: Neuwied/Darmstadt, 1984<sup>1</sup> (1989<sup>2</sup> überarb., 2001<sup>3</sup> überarb.).

**Behrends 1989:** Okko Behrends, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in: Dreier/Sellert 1989, 34 - 79.

**Benda 1985/1989:** Ernst Benda, Artikel „Rechtsstaat“, in: Dieter Nohlen, *Wörterbuch zur Politik*, Piper: München/Zürich, 1985<sup>1</sup>, 1989<sup>3</sup>, 837 - 840.

**Benda 1994:** Ernst Benda, *Der soziale Rechtsstaat*, in: ders. / Werner Maihofer / Hans-Joachim Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, de Gruyter: Berlin / New York, 1994<sup>2</sup>, 720 ff.

**Bernecker 1998:** Walter L. Bernecker, *Zum Umgang mit der ungeliebten Vergangenheit – Die Spanische Gesellschaft und die Erinnerung an den Bürgerkrieg von 1936*, in: Weber/Piazolo 1998, 111 - 130.

**Bernecker 2002:** ders., *Spanische Geschichte*. Von der Reconquista bis heute (Grundzüge hrsg. von Michael Fröhlich), Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 2002.

- Bernstorff 1996:** Christoph Graf von Bernstorff, *Einführung in das englische Recht* (Schriftenreihe der Juristischen Schulung Heft 132 hrsg. Hermann Weber), Beck: München, 1996.
- Berthold 1997:** Lutz Bethold, *Die beiden Grundbedeutungen des Repräsentationsbegriffs, dargestellt an Autoren aus dem Umfeld der Weimarer Staatslehre*, in: Gerhard Göhler et al., *Institution – Macht – Repräsentation*. Wofür politische Institutionen stehen und wie sie wirken, Nomos: Baden-Baden, 1997, 363 - 375.
- BGHSt:** Die Mitglieder des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft (Hg.), *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*. Bd. 1 ff., Carl Heymanns: Detmold/Köln/München, [West]berlin, 1951 ff.
- BGH NJW 1954:** BGH [Bundesgerichtshof], *Urt[eil] v[om] 24.6.1954*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1954, 1416.
- BGH NJW 1955:** ders., *Urt[eil] v[om] 8.6.1955*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1955, 1158.
- Blankenburg 1980:** Erhard Blankenburg, *Recht als gradualisiertes Konzept – Begriffsdimensionen um Verrechtlichung und Entrechtlichung*, in: ders. / Ekkehard Klaus / Hubert Rottleitner (Hg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. VI), Westdeutscher Verlag: Opladen, 1980, 83 - 89.
- Blaustein/Flanz 1991:** Albert P. Blaustein / Gisbert H. Flanz (ed.), *Constitutions of the Countries of the World*. Binder XVII. Release 91-2: Spain, Oceana Publications: Dobby Ferry / New York, 1991.
- Blaustein/Flanz 1994:** dies. (ed.), *Constitutions of the Countries of the World*. Binder VII. Release 94-6: Germany, Oceana Publications: Dobby Ferry / New York, 1994.
- Blumenwitz 1994:** Dieter Blumenwitz, *Einführung in das anglo-amerikanische Recht* (Schriftenreihe der Juristischen Schulung Heft 2 hrsg. von Hermann Weber), Beck: München, 1994<sup>5</sup>.
- Böckenförde 1969:** Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1991, 143 - 169 (zuerst in: Ehmeke/Schmid/Scharoun (Hg.), *Festschrift für Adolf Arndt*, 1969, 53 - 76).
- Böckenförde 1978:** ders., *Der verdrängte Ausnahmezustand*. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, 1881 - 1890.
- Böckenförde 1992:** ders., Artikel „Rechtsstaat“, in: *HWbPhil* 8 (1992), Sp. 332 - 342.
- Böckenförde 1999:** ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, 9 - 16.
- Borchers et al. 1976:** Wolfgang Borchers et al., *Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung?* Zu G. Stubys Interpretation der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“, in: *Demokratie und Recht* 1976, 153 -170.
- Breitbach 1979:** Michael Breitbach, *Ehrfähigkeit des Staates und Prozessuales zur Meinungsfreiheit*. Zugleich Anmerkung zum Steinmüller-Urteil des LG Wiesbaden, in: *Demokratie und Recht* 1979, 435 - 443.
- Brockhaus 1998:** o. Verf.In, *Brockhaus*. Die Enzyklopädie. Bd. 18, 1998<sup>20</sup>, 130 - 134 (Stichwort „Rechtsstaat“) und Bd. 20, 1998<sup>20</sup>, 505 - 520 (Stichwort „Spanien“).
- Brockhaus 2003:** o. Verf.In, *Der Brockhaus*. multimedial 2003, Bibliographisches Institut & F. A. Brockhaus: Mannheim, 2002/3 [DVD-ROM].
- Brugger 1996:** Winfried Brugger, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in: *Der Staat*. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte 1996, 67 - 97.
- Brunner/Conze/Koselleck 1975:** Otto Brunner / Werner Conze / Reinhart Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Bd. 2, Ernst Klett Verlag: Stuttgart, 1975.
- Buci-Glucksmann 1977:** Christine Buci-Glucksmann, *Über die politischen Probleme des Übergangs: Arbeiterklasse, Staat und passive Revolution*, in: *SOPO*. Sozialistische Politik, Heft 41, Sept. 1977, 13 - 35.
- Busch 2001:** Heiner Busch, *Offene Grenzen - aber nur für die Polizei*. Verrechtlichung grenzüberschreitender Polizeiaktionen, in: *Bürgerrechte & Polizei/CILIP*, Nr. 69, 2/2001.
- BVerfGE:** Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hg.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 1 ff., J.C.B Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1953 ff.
- Conze 1975:** Werner Conze, Abschnitt „VIII. Ausblick“ des Artikels „Freiheit“, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, 538 - 542.
- Cruz Villalón 1983:** Pedro Cruz Villalón, *Zwei Jahre Verfassungsrechtsprechung in Spanien*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1983, 70 - 117.
- Cruz Villalón 1989:** ders., *La recepción de la Ley Fundamental de Bonn*, in: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 1989, 65 - 90.
- Dahrendorf 1963:** Ralf Dahrendorf, *Konflikt und Freiheit: Zur Sozialstruktur deutscher Politik*, in: ders., *Konflikt und Freiheit*. Auf dem Weg zur Dienstklassengesellschaft, Piper: München, 1972, 166 - 184 und 324 f. (engl. Erstveröffentlichung: *British Journal of Sociology*, Sept. 1963).
- Dann 1975:** Otto Dann, Artikel „Gleichheit“, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, 977 - 1046.
- Dann 1980:** ders., *Gleichheit und Gleichberechtigung*. Das Gleichheitspostulat in der alteuropäischen Tradition und in Deutschland bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert (Historische Forschungen 16), Duncker & Humblot: [West]berlin, 1980 (überarbeitete Habil. Uni. Köln).
- DBE 2001:** Walter Killy / Rudolf Vierhaus, *Deutsche biographische Enzyklopädie & deutscher biographischer Index*, Saur: München, 2001 [CD-ROM].
- Degenhardt-Sachs, 1999:** Christoph Degenhardt, [Kommentierung zu] *Art. 104*, in: Michael Sachs (Hg.), *Grundgesetz*. Kommentar, Beck: München, 1999<sup>2</sup>, 1860 - 1871.
- Deiseroth 1998:** Dieter Deiseroth, *Das BVerfGE in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung*, in: *Betrifft JUSTIZ*, Nr. 54, Juni 1998, 248 - 252.
- Deiseroth/Hase 1979:** ders. / Friedhelm Hase, *Der „Schnelle Brüter“ vor Gericht*. Bemerkungen zu den Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *Demokratie und Recht* 1979, 135 - 153.
- Dipper 1975:** Christof Dipper, Abschnitt „VII. Der Freiheitsbegriff im 19. Jahrhundert“ des Artikels *Freiheit*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, 488 - 538.



- Doltra 2004:** Marta Doltra Tapiola, (*La Metafísica de las costumbres*, in: Llätzer Bria Perau et al. (Hg.), *Los Libros de los Filósofos*. Dccionario-resumen de 850 obras de Filosofía y antología de citas, Ariel: Barcelona, 2004, 442 - 443.
- Dolzer/Vogel/Graßhof 1950 ff.:** Rudolf Dolzer / Klaus Vogel / Karin Graßhof (Hg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, zunächst Heitmann: Hamburg (mittlerweile: C.F. Müller: Stuttgart), 1950 ff.
- Dreier/Sellert 1989:** Ralf Dreier / Wolfgang Sellert (Hg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt am Main, 1989.
- Dürig-MD, 1958:** Günter Dürig, [Kommentierung zu] *Art. 104*, in: Maunz/Dürig 1958 ff., hier: Grd.lfg., 1958.
- Dürig/Klein-MD, 1997:** ders. / Hans H. Klein, [Kommentierung zu] *Art. 18*, in: Maunz/Dürig 1958 ff., hier: 33. Lfg., 1997.
- Eschen et al. 1973:** Klaus Eschen / Jörg Lang / Jürgen Laubscher / Johannes Riemann, *Folter in der BRD*. Dokumentation zur Lage der politischen Gefangenen – zusammengestellt von Verteidigern in politischen Strafsachen, in: *Kursbuch*, Heft 32, Aug. 1973, 11 - 117.
- Enci. Univ. 2001/2:** *Enciclopedia Universal* Edición Clásica 2003, Micronet: Madrid, 2001/2 [CD-ROM].
- Favoreu 1997:** Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, in: Francisco Fernandez Segado / Domingo Garcia Belaunde (Hg.), *La jurisdicción constitucional en iberoamericana*, Dykinson: Madrid, 1997, 96 - 114.
- Forsthoff 1948:** Ernst Forsthoff, *Zur Problematik der Rechtserzeugung* (1948), in: W. Maihofer (Hg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, S. 74 zit. n. I. Müller 1979, 314 bei FN 33.
- Forsthoff 1959:** ders., *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in: Tohidipur 1978, 177 - 205 (zuerst in: *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959).
- Forsthoff 1968:** ders. (Hg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatslichkeit*. Aufsätze und Essays, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1968.
- Geil 1978:** Hartmut Geil, *Berufsverbote und Staatsschutz*. oder: Wie das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz mit Leben erfüllt und die freiheitliche Ordnung aufrichtet, in: *Das Argument*. Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaften Heft 109, Mai/Juni 1978, 380 - 393.
- Geis 1999:** Norbert Geis, *Autorität und Macht des Verfassungsgerichts*. Kritik am Verfassungsgericht, insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidungen zum Ehrenschutz und zur Abtreibungsfrage, in: Rill 1999, 137 - 150.
- Geiss 2001:** Immanuel Geiss, *Die Deutsche Geschichte aus der Feder von Heinrich August Winkler*. Thesengeschichte ohne Synthese – „Westen“ und „deutscher Sonderweg“ als historische Leerformeln, in: *Neue Politische Literatur* 3/2001.
- Gneist 1879:** Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1966<sup>3</sup> (fotomechanischer Nachdruck der zweiten umgearbeiteten und erweiterten Auflage von 1879).
- Göhler 1997a:** Gerhard Göhler, [Rezension zu: Carl von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Stuttgart, 1829-35], in: *Stammen/Riescher/Hofmann* 1997, 412 - 415.
- Göhler 1997b:** ders., [Rezension zu: Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Heidelberg, 1830/37], in: *Stammen/Riescher/Hofmann* 1997, 471 - 474.
- González Encinar 1996:** José Juan González Encinar, *Rechtsstaatlichkeit in Spanien*, in: Hofmann et al. 1996, 167 - 198.
- González Prieto 2005:** Luis Aurelio González Prieto, *El franquismo y el Estado de Derecho*, in: *Sistema*, Nr. 187, Julio de 2005, 3 - 33.
- Witold M. Góralski 2003:** *Rechtsstaat, Rechtsbewusstsein, Gerechtigkeitsempfinden*, in: Andreas Lawaty / Hubert Orłowski (Hg.), *Deutsche und Polen. Geschichte – Kultur – Politik*, Beck: München, 2003, 486 - 495
- Grawert 1992:** R. Grawert, Artikel „*Recht, positives; Rechtspositivismus*“, in: *HWbPhil* 8 (1992), Sp. 233 - 241.
- Grewe 2002:** Constance Grewe, *Die Einheit des Staates zwischen Unteilbarkeit und Pluralismus*, in: dies. / Christoph Gusy (Hg.), *Französisches Staatsdenken, Nomos: Baden-Baden*, 2002, 51 - 65.
- Gribbohm-LK, 1994:** Günter Gribbohm, [Kommentierung vor und zu] § 46, in: Burkhard Jähnke / Heinrich Wilhem Laufhütte / Walter Odersky (Hg.), *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar, de Gruyter: Berlin / New York, 1994<sup>11</sup>, 18. Lieferung, 83 - 198.
- Grimm 1980:** Dieter Grimm, *Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?*, in: *Juristische Schulung* 1980, 704 - 709.
- Gröschner-Dreier, 1996:** Rolf Gröschner, [Kommentierung zu] *Art. 18*, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz*. Kommentar. Bd. 1: Art. 1 - 19, Mohr Siebeck: Tübingen, 1996, 1057 - 1068.
- Grünwald 1976:** Gerald Grünwald, *Anmerkung [zu BGHSt 26, 228 - 241]*, in: *Juristenzeitung* 1976, 767 - 773.
- Günther 2004:** Frieder Günther, *Denken vom Staat her*. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration, Oldenbourg: München, 2004.
- Gusy-MKS, 2001:** Christoph Gusy, [Kommentierung zu] *Art. 104*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 3: Art. 79 - 146, Franz Vahlen: München, 2001<sup>4</sup>, 1437 - 1489.
- Häberle 1977:** Peter Häberle, „*Positivismus*“ als *Historismus*? Besprechungsbeitrag zu Helmut Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, in: *Die öffentliche Verwaltung* 1977, 90 - 92.
- Hamann/Lenz, 1970, Art. 104:** Andreas Hamann / Helmut Lenz, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Luchterhand: Neuwied/[West]berlin, 1970<sup>3</sup>.
- Harvey/Bather 1965:** J. Harvey / L. Bather, *Über den englischen Rechtsstaat. Die „rule of law“*, in: Tohidipur 1978, 359 - 376 (Auszug aus: dies., *The British Constitution*, London/Melbourne/Toronto, 1965).
- Hase 1980:** Friedhelm Hase, *Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit – Zu den Auseinandersetzungen über Formen einer justiziellen Kontrolle der parlamentarischen Gesetzgebung in Weimar*, in: Hase/Ladeur 1980, 103 - 188.
- Hase 1981:** ders., „*Bonn und „Weimar“*“. Bemerkungen zu der Entwicklung vom „okkasionellen“ zum „ideologischen“ Staatsschutz“, in: Dieter Deiseroth / Friedhelm Hase / Karl-Heinz Ladeur (Hg.), *Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft* (Festschrift für Helmut Ridder zum 60. Geburtstag), EVA: Frankfurt am Main, 1981, 69 - 84.

- Hase/Ladeur 1976a:** ders. / Karl Heinz Ladeur, *Verfassungsfragen der Curriculum-Revision – Zur juristischen Sanktionierung einer harmonisierenden Pädagogik*, in: *Kritische Justiz* 1976, 20 - 32.
- Hase/Ladeur 1976b:** dies., *Anmerkung* [zum Beschluß des Hessischen VGH vom 18.8.1976 (Oberstufenreform bedarf gesetzlicher Grundlage) = *Demokratie und Recht* 1976, 325 - 332], in: *Demokratie und Recht* 1976, 332 - 337.
- Hase/Ladeur 1980:** dies., *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System*. Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland, Campus: Frankfurt am Main / New York, 1980.
- Hase/Ladeur/Ridder 1981:** dies. / Helmut Ridder, *Nochmals: Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?*, in: *Juristische Schulung* 1981, 794 - 798.
- Hase/Ruete 1983:** Friedhelm Hase / Matthias Ruete, *Dekadenz in der Rechtsentwicklung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtstheorie Franz Neumanns*, in: *Leviathan* 1983, 200 - 213.
- Herzog-MD, 1980:** Roman Herzog, [Kommentierung zu] *Art. 20*, in: Maunz/Dürig 1958 ff., hier: 18. Lfg., Sept. 1980.
- Herzog 1987:** ders., Stichwort „Macht“ (Soziologisch und staatsrechtlich), in: Herzog et al. 1987, Sp. 2057 - 2062.
- Herzog et al. 1987:** ders. / Hermann Kunst / Klaus Schlaich / Wilhelm Schneemelcher (Hg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Kreuz: Stuttgart, 1987<sup>3</sup>.
- Hofmann et al. 1996:** Rainer Hofmann et al. (Hg.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*. C.F. Müller: Heidelberg, 1996.
- Hügli 1984:** A. Hügli, [Abschnitt IV.1. bis IV.3. des Artikels „Naturrecht“], in: *HwbPhil* 6 (1987), Sp. 582 - 594.
- HWbPhil 1971 ff.:** Joachim Ritter / Karlfried Gründer (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Schwabe: Basel, 1971 ff. (in diesem Literaturverzeichnis unter Angabe des jeweiligen Bandes und Erscheinungsjahrs).
- Jarass-JP, 2002:** Hans D. Jarass, [Kommentierung zu] *Art. 104*, in: ders. / Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Beck: München, 2002<sup>6</sup>, 1087 - 1097.
- Jaraus 2001:** Konrad Jaraus, [Rezension zu Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*. Beck: München, 2000], im internet am 04.04.2001 veröffentlicht unter der Adresse: <http://hsozkult.geschichte.hu-berlin.de/rezensionen/1085.pdf>.
- Kant 1797/98a-c:** Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797/98), in: ders., *Gesammelte Schriften*. Bd. 6, Reimer: Berlin, 1914, 203 - 493 (= a) = Frank-Peter Hansen (Hg.) *Philosophie von Platon bis Nietzsche* (Digitale Bibliothek Bd. 2), Directmedia: Berlin, 1998, 26866 - 27156 (= b) unter Hinweis auf: Immanuel Kant, *Werke*. Bd. 8 hrsg. von Wilhelm Weischedel, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1977, 309 - 499.
- Kinder/Hilgemann 1978:** Hermann Kinder / Werner Hilgemann, *dtv-Atlas zur Weltgeschichte*. Karten und chronologischer Abriß. Bd. II, dtv: München, 1966<sup>1</sup>, 1978<sup>13</sup> (unveränderter Nachdruck der 12. erw. Auflage von 1977).
- Kitschelt 1979:** Herbert Kitschelt, *Justizapparate als Konfliktlösungsinstanz? Das Beispiel Kernenergie*, in: *Demokratie und Recht* 1979, 3 - 22.
- Klenner 1976:** Hermann Klenner, Artikel „Gewaltenteilung“, in: Georg Klaus / Manfred Buhr (Hg.), *Philosophisches Wörterbuch*, Verlag Das Europäische Buch: Westberlin, 1987<sup>14</sup> (DDR-Originalausgabe: Bibliographisches Institut: Leipzig, 1976).
- Knapp 1974:** Wolfgang Knapp, *Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten und die Auslegung des Gleichheitssatzes*, in: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, N.F. Bd. 23, 1974, 421 - 487.
- Kübler 1963:** Friedrich Karl Kübler, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, in: *Archiv für die zivilistische Praxis*, Vol. 162, 1963, 104 - 128.
- Kübler 1970:** ders., *Die nationalsozialistische „Rechtsordnung“ im Spiegel neuer juristischer Literatur*, in: *Neue Politische Literatur*. Berichte über das internationale Schrifttum 1970, 291 - 299.
- Kübler 1985:** Friedrich Kübler (Hg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt am Main, 1985.
- Kunig 1986:** Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Mohr: Tübingen, 1986 (zugl.: Habil. Univ. Hamburg, 1985).
- KWM 2 (1984):** Gérard Bensussan / Georges Labica (Hg.), *Kritisches Wörterbuch des Marxismus*. Bd. 2. Dt. Fassung hrsg. von Wolfgang Fritz Haug, Argument: [West]berlin, 1984 (frz. Originalausgabe: 1982<sup>1</sup>, 1984<sup>2</sup>).
- Laband 1871:** Paul Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Guttentag: Berlin, 1871.
- Ladeur 1979a:** Karl-Heinz Ladeur, *Formalisierung und Materialisierung im Recht der freien Meinungsäußerung*. In Sachen Böll, Mescalero, Wallraff u.a., in: *Demokratie und Recht* 1979, 59 - 67.
- Ladeur 1979b:** ders., *Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung*, in: *Leviathan* 1979, 341 - 375.
- Ladeur 1980a:** ders., *Strukturwandel der Staatsrechtsideologie im Deutschland des 19. Jahrhunderts*, in: Hase/Ladeur 1980, 15 - 102.
- Ladeur 1980b:** ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit und die „grundlegende Konvention“ der bürgerlichen Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Theorie des Verfassungsrecht*, in: Hase/Ladeur 1980, 189 - 331.
- Ladeur 1983:** ders., „Abwägung“ – ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1983, 463 ff.
- Ladeur 1984a:** ders., „Abwägung“ – ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, Campus: Frankfurt am Main / New York, 1984.
- Ladeur 1984b:** ders., *Vorüberlegungen zu einer ökologischen Verfassungstheorie*, in: *Demokratie und Recht* 1984, 285 - 297.
- Ladeur 1991:** ders., „Ehrenschaft“ des Staates – zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich?, in: *Archiv für Presse-recht* 1991, 584 - 590.
- Lange 1934:** Heinrich Lange, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*. Ein Vortrag, Mohr: Tübingen, 1934.
- Larenz 1991:** Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer: Berlin u.a., 1991.
- Leibholz 1928/59:** Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, Beck: München / [West]berlin, 1959<sup>2</sup>. ergänzte (1925<sup>1</sup>).

- Lennartz 1989 und 90:** Hans-Albert Lennartz, *Probleme der Techniksteuerung durch Recht – am Beispiel des bundesdeutschen Datenschutzrechts*, in: *Recht der Datenverarbeitung* 1989, 225 - 232 und 1990, 25 - 30.
- Lübbe-Wolff 2003:** Gertrude Lübbe-Wolff, *Justiziabilität sozialer Grundrechte und Verfassungsaufträge*. Erweiterte schriftliche Fassung des Vortrags beim Achten deutsch-ukrainischen verfassungsrechtlichen Kolloquium, Kassel, 12.6.2003, im internet veröffentlicht unter der Adresse: [http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Luebbe-Wolff/Veroeffentlichungen\\_Vortraege/Justiziabilitaet\\_sozialer\\_Grundrechte\\_und\\_Verfassungsauftr.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Luebbe-Wolff/Veroeffentlichungen_Vortraege/Justiziabilitaet_sozialer_Grundrechte_und_Verfassungsauftr.pdf) (ein Erscheinen in ukrainischer Sprache im Mitteilungsblatt des ukrainischen Verfassungsgerichtshofs ist angekündigt).
- MacCormick:** Neil MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in: *Juristenzeitung* 1984, 65 - 70.
- Marx 1863-65/94:** Karl Marx, *Das Kapital*. Kritik der politischen Ökonomie. Dritter Band (1863-65/94), = MEW 25 (1964, 1983).
- Marx 1875:** ders., *[Kritik des Gothaer Programms (1875)]*, in: MEW 19 (1982), 11 - 32.
- Marx/Engels 1845/46:** ders. / Friedrich Engels, *Die deutsche Ideologie*. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten (1845/46), in: MEW 3 (1983<sup>7</sup>), 9 - 530.
- Maunz/Dürig 1958 ff.:** Theodor Maunz / Günter Dürig et al., *Grundgesetz*. Kommentar, Beck: München, 1958 ff.
- Maus 1978a/b:** Ingeborg Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: *Tohidipur* 1978, 13 - 81 (= a) = Maus 1986a, 11 - 82 (= b).
- Maus 1986a:** dies., *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, Fink: München, 1986.
- Maus 1986c:** dies., *Perspektiven „reflexiven Rechts“ im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen*. Zur Kritik herrschender Konzeptionen und faktischer Entwicklungen, in: *Kritische Justiz* 1986, 390 - 405.
- Maus 1989:** Ingeborg Maus, *„Gesetzesbindung“ der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen*, in: Dreier/Sellert 1989, 80 - 103.
- Maus 1999:** Ingeborg Maus, *Zum Verhältnis von Freiheitsrechten und Volkssouveränität*. Europäisch-US-amerikanische Verfassungstradition und ihre Herausforderung durch globale Politik, in: Wolfgang Glatzer (Hg.), *Ansichten der Gesellschaft*. Frankfurter Beiträge aus Soziologie und Politikwissenschaft, Leske + Budrich: Opladen, 1999, 274 - 285.
- Mayer 1914:** Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*. Erster Band (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Sechste Abteilung hrsg. von Karl Binding), Duncker & Humblot: München/Leipzig, 1914<sup>2</sup> (1895<sup>1</sup>).
- Meink 1979:** Jürgen Meink, *Die nationalsozialistische Machtergreifung und die deutsche Staatsrechtswissenschaft*, in: *Demokratie und Recht* 1979, 153 - 162.
- Merli 1996:** Franz Merli, *Vorwort*, in: Hofmann et al. 1996, V - VI.
- MEW = Karl Marx / Friedrich Engels, Werke**. Dietz: Berlin/DDR (im hiesigen Literaturverzeichnis zit. n. Band, Erscheinungsjahr und Auflage).
- Meyers 1975:** o. Verf., *Spanien*, in: *Meyers Neues Lexikon*, VEB Bibliographisches Institut: Leipzig, 1975<sup>2</sup>, 666 - 688.
- Michel 1973:** Karl Markus Michel, *Zu diesem Heft*, in: *Kursbuch*, Heft 32, Aug. 1973.
- Mohl 1932:** Robert Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, 1832<sup>1</sup>, 1844<sup>2</sup>.
- Moliner 1998/2001:** María Moliner, *Diccionario de uso del español*, Gredos: Madrid, 1998<sup>2</sup> (CD-ROM Ausgabe: 2001).
- MS Encarta 1998:** Karl Allwang et al., *Microsoft Encarta 98 Enzyklopädie*, Microsoft: Redmond 1993-1997 [CD-ROM].
- Mühleisen 1997:** Hans-Otto Mühleisen, [Rezension zu: Carl Theodor Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt*, Gießen, 1813], in: *Stammen/Riecher/Hofmann* 1997, 528 - 531.
- F. Müller 1997:** Friedrich Müller, *Juristische Methodik* hrsg. von Ralpf Christensen, Duncker und Humblot: Berlin, 1997<sup>7</sup>.
- I. Müller 1977:** Ingo Müller, *Der Wert der „materiellen Wahrheit“*, in: *Leviathan* 1977, 522 - 537.
- I. Müller 1979:** ders., *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre, in: *Leviathan* 1979, 308 - 338.
- Munzinger-Archiv 2003:** o. Vf., *Munzinger-CD-ROM-Archiv*, Munzinger-Archiv: Ravensburg, 2003.
- Narr 1969:** Wolf-Dieter Narr, *Theoriebegriffe und Systemtheorie*, W. Kohlhammer: Mainz 1969.
- Neumann 1936:** Franz Neumann, *Herrschaft des Gesetzes*. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem der Konkurrenzgesellschaft hrsg. von Alfons Söllner, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1980 (us-amerikanische Originalausgabe: 1936).
- Nippel 2001:** Wilfried Nippel, [Rezension zu: Dirk Blasius, *Carl Schmitt*. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich. Vandenhoeck & Ruprecht: Göttingen, 2001], im internet am 19.09.2001 unter der Adresse veröffentlicht: <http://hsozkult.geschichte.hu-berlin.de/rezensionen/827.pdf>.
- Nippel 2002:** ders., [Rezension zu: Gabriel Seiberth, *Anwalt des Reiches*. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich“ vor dem Staatsgerichtshof. Duncker & Humblot: Berlin, 2001], im internet am 15.04.2002 unter der Adresse veröffentlicht: <http://hsozkult.geschichte.hu-berlin.de/rezensionen/NG-2002-044.pdf>.
- Nippel 2004:** ders., [Rezension zu: Hendrik Hamacher, *Carl Schmitts Theorie der Diktatur und die intermediären Gewalten*. ars una: Neuried, 2001], im internet am 22.09.2004 unter der Adresse veröffentlicht: <http://hsozkult.geschichte.hu-berlin.de/rezensionen/2004-3-161.pdf>.
- Nusser 1997:** Karl-Heinz Nusser, [Rezension zu Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Riga 1797<sup>1</sup>, 1798<sup>2</sup>], in: *Stammen/Riescher/Hofmann* 1997, 255 - 261.
- Oberreuter 1998:** Heinrich Oberreuter, *Vorwort*, in: *Weber/Piazolo* 1998, 9 - 10.
- Ostendorf 1979:** Herbert Ostendorf, *Verteidigung am Scheideweg* (Anmerkungen zum Groenewold-Urteil), in: *Juristenzeitung* 1979, 252 - 256.
- Pauly 2001:** Walter Pauly, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* Bd. 60, 2001, 73 - 105.

- Poulantzas 1975/76:** Nicos Poulantzas, *Die Krise der Diktaturen*. Portugal, Griechenland, Spanien, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1977 (frz. Originalausgabe: Maspero: Paris, 1975, um ein Nachwort von 1976 erweitert).
- Preuß-AK-GG, 1984:** Ulrich K. Preuß, [Kommentierung zu] *Art. 4 Abs. 1, 2*, in: Bäuml et al. 1984, 419 - 454.
- Preuß 1973:** ders., *Legalität und Pluralismus*. Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1973.
- Preuß 1976:** ders., [Rezension zu Ridder 1975], in: *Demokratie und Recht* 1976, 448 - 452.
- Preuß 1985:** ders., *Der Zusammenhang von Gleichheit und Demokratie in der Verfassungstheorie Carl Schmitts*, in: F. de Pauw / M. Weyembergh (Hg.): *Gelijkheid en Conservatisme – Gleichheit und Konservatismus. Wijsgerige bijdragen over recht(s) (staat), politiek en pluralisme*. (Serie Rechtsphilosophie en Rechstheorie 4), Tjeenk Willink: Zwolle 1985, 117 - 134.
- Preuß 1987:** ders., *Politik aus dem Geiste des Konsenses*. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Merkur* 1/1987, 1 - 12.
- Preuß 1993a:** ders., *Vater der Verfassungsväter? Carl Schmitt's Verfassungslehre und die verfassungspolitische Diskussion der Gegenwart*, in: *Politisches Denken*. Jahrbuch 1993, 117 - 133.
- Preuß 1993b:** ders., *Die Rolle des Rechtsstaates in der Transformation postkommunistischer Gesellschaften*, in: *Rechtstheorie* 1993, 181 - 204.
- Preuß 1993c:** ders., *Political Order and Democracy*. Carl Schmitt and his Influence on the Legal Discourse of the Federal Republic of Germany, in: *Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities* 1993, Vol. 33, 15 - 40.
- Preuß 2001:** ders. Artikel „Verfassung“, in: Joachim Ritter / Karlfried Gründer / Gottfried Gabriel, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Bd. 11, Schwabe: Basel 2001, Sp. 636 - 643.
- Quaritsch 1962:** Helmut Quaritsch, *Kirchen und Staat*. Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, in: *Der Staat* 1962 zit. n. Böckenföre 1969, 165, FN 76.
- Redaktion 1988:** Redaktion (Hg.), *Ausgewählte Dokumente der Zeitgeschichte. Bundesrepublik Deutschland (BRD) – Rote Armee Fraktion (RAF)*, GNN-Verlag: Köln, 1988.
- Ridder 1953:** Helmut Ridder, *Empfiehl es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.), *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*. Hamburg 1953. Band I (Gutachten), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1953, 91 - 134; jetzt im internet (mit leichten Fehlern) unter der Adresse: [http://www.gewaltenteilung.de/jur\\_ridder.htm](http://www.gewaltenteilung.de/jur_ridder.htm).
- Ridder 1968/83:** ders., *Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates*, in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.), *Unrechts-Staat*. Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Nomos: Baden-Baden 1983<sup>2</sup>, 24 - 46 (beruhend auf einem Vortrag aus dem Jahre 1968).
- Ridder 1973:** ders., *Alles fließt*. Bemerkungen zum „Soraya-Beschluß“ des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, in: *Archiv für Presserecht* 1973, 453 - 457.
- Ridder 1975:** ders., *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1975.
- Ridder 1977a:** ders., *Vom Wendekreis der Grundrechte*, in: *Leviathan* 1977, 467 - 521.
- Ridder 1977b:** ders., *Das Bundesverfassungsgericht*. Bemerkungen über Aufstieg und Verfall einer antirevolutionären Einrichtung, in: *Römer* 1977b, 98 - 132.
- Ridder 1979:** ders., „Das Menschenbild des Grundgesetzes“. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland, in: *Demokratie und Recht* 1979, 123 - 134.
- Ridder 1986:** ders., *Zur Korrektur deutsch-juristisch-weltanschaulicher Mutmaßungen über die „Friedensstaatlichkeit“ der und in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Düsseldorfer Debatte* 1986, 3 - 8.
- Ridder 1987:** ders., *Die neueren Entwicklungen des „Rechtsstaats“*, in: Karl-Heinz Schöneburg (Hg.), *Wahrheit und Wahrhaftigkeit in der Rechtsphilosophie* (Festschrift für Hermann Klenner), Akademie-Verlag: Berlin/DDR, 1987, 116 - 134.
- Ridder 1992a:** ders., *Ein Musterfall von Völkchen*, in: *Konkret* April 1992, 26 - 30.
- Ridder 1992b:** ders., *Wie und warum (schon) Weimar die Demokratie verfehlte*, in: Roland Herzog (Hg.), *Zentrum und Peripherie*. Zusammenhänge – Fragmentierungen – Neuansätze (FS Bäuml), Rüegger: 1992, 79 - 93.
- Ridder 1994:** ders., in: Georg Fülberth, *Juristische Weltanschauung und deutsche Lebenslüge*. Konkret-Gespräch mit Helmut Ridder, in: *Konkret* 11/1994, 35 - 42.
- Rill 1999:** Bernd Rill im Auftrag der Hanns-Seidel-Stiftung (Hg.), *Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat*. Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat, Nomos: Baden-Baden, 1999.
- Robelin 1984:** Jean Robelin, Stichwort „Etatismus“, in: *KWM* 2 (1984), 313 - 320.
- Röhl 1995:** Klaus F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*. Ein Lehrbuch, Heymanns: Köln/Berlin/Bonn/München, 1995.
- Roellecke 1991:** Gerd Roellecke, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik in Spanien und der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1991, 74 - 86.
- Roellecke-MAK, 2002:** ders., [Kommentierung zu] *Art. 20*, in: Dieter C. Umbach / Thomas Clemens (Hg.), *Grundgesetz*. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. Bd. I, Müller: Heidelberg, 2002, 1271 - 1316.
- Römer 1977a:** Peter Römer, *Kleine Bitte um ein wenig Positivismus*. Thesen zur neueren Methodendiskussion, in: *Römer* 1977b, 87 - 97.
- Römer 1977b:** ders. (Hg.), *Der Kampf um das Grundgesetz*. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation. Referate und Diskussionen eines Kolloquiums aus Anlaß des 70. Geburtstags von Wolfgang Abendroth (Abendroth-Festschrift II), Syndikat: Frankfurt am Main, 1977.
- Römer 1991:** ders., *Die demokratischen Kosten der Einheit*. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsdebatte nach dem 3. Oktober 1990, in: *Demokratie und Recht* 1991, 29 - 45.
- Römer 1992:** ders., *Chancen der Verfassungsgebung oder Gefahr für die Souveränität des Volkes?* Der Stand der Arbeit an der Verfassungsgesetzgebung, in: *Demokratie und Recht* 1992, 160 - 175.
- Rotteck/Welcker 1834 ff.:** Carl von Rotteck / Carl von Welcker (Hg.), *Staatslexikon* oder Enzyklopädie der

Staatswissenschaften, Hammerich: Altona, 1834 - 1848.

**Rühl 2000:** Ulli F. H. Rühl, *Tatsachenbehauptungen und Wertungen*. Versuch über den Sinn und die Kriterien ihrer Unterscheidung in der deutsche Rechtsprechung, in: *Archiv für Presserecht* 2000, 17 - 23.

**Rumpf 1983:** Helmut Rumpf, *Neues westliches Echo auf Carl Schmitt*, in: *Der Staat* 1983, 381 - 393.

**Rüping-BK, 1998:** Hinrich Rüping, [Kommentierung zu] Art. 104, in: Dolzer/Vogel/Graßhof 1991 ff., hier: 85. Lfg., Aug. 1998.

**Rüthers 1968:** Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1968.

**Rüthers 1999:** ders., *Immer noch Neues zu Carl Schmitt?* Zwischen politischer Theologie und politischem Katholizismus, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, 2861 - 2865.

**Ružička 1984:** R. Ružička, [Abschnitt IV.4. bis IV.7. des Artikels „Naturrecht“], in: *HwbPhil* 6 (1984), Sp. 594 - 609.

**Saage 1969:** Richard Saage, *Zum Begriff der Parteien und des Parlaments bei Carl Schmitt und Gerhard Leibholz*, in: *Das Argument*, Heft 50, 1969, 174 - 193.

**Sachs-Sachs, 2003:** Michael Sachs, [Kommentar zu] Art. 20, in: ders., *Grundgesetz*. Kommentar, Beck: München, 2003, 802 - 868.

**Scharpf 1970:** Fritz Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrolle. Mohr: Tübingen, 1970.

**Schefold 2000:** Dian Schefold, Artikel „Rechtsstaat“, in: Everhard Holtmann, *Politik-Lexikon*, Oldenbourg: München/Wien, 2000<sup>3</sup>, 576 - 580.

**Scheuner 1979:** Ulrich Scheuner, *Rechtsstaat und soziale Verantwortung des Staates*. Das wissenschaftliche Lebenswerk von Robert von Mohl, in: *Der Staat* 1979, 1 - 30.

**Schlothauer 1977:** Reinhold Schlothauer, *Die Verhängung des permanenten Ausnahmezustandes im Wege der Verfassungsinterpretation*. Zur gegenwärtigen Diskussion über die Methoden der Verfassungsauslegung, in: *Leviathan* 1977, 538 - 551.

**Schmidt 1975:** Helmut Schmidt, *Regierungserklärung* [vom 13.03.1975], in: Redaktion 1988, 53 (Auszug aus: Deutscher Bundestag, *Stenographische Berichte*, 8. Wahlperiode, 10731 ff.).

**Schmitt 1927/1932:** Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, in: ders., *Der Begriff des Politischen*. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen (Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte. Heft X), Dunker & Humblot: München/Leipzig, 1932, 7 - 65 (überarbeitet aus: *Heidelberger Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 58, Heft 1, Aug. 1927, 1 - 33).

**Schmitt 1928:** ders., *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot: [West]berlin, 1957<sup>3</sup> (München/Leipzig, 1928<sup>1</sup>).

**Schmitt 1929/31:** ders., *Der Hüter der Verfassung*, Dunker & Humblot: Berlin, 1996<sup>4</sup> (1. Auflage: 1931 als Überarbeitung eines 1929 im *Archiv des öffentlichen Rechts*, Neue Folge, Bd. XVI, 161 - 237 erschienen Aufsatzes).

**Schmitt 1934:** ders., *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in: *Juristische Wochenschrift* 1934, 713 - 718.

**Schmitt 1963:** ders., *Theorie des Partisanen*. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen, Duncker & Hum-

blot, [West]berlin, 1963<sup>1</sup>, 1975<sup>2</sup>.

**Schmitt 1973/1978:** ders., *Die legale Weltrevolution*, in: *Der Staat* 1978, 321 - 339 (zurückgehend auf Vorarbeiten von 1973).

**Schnapp-vM, 2001:** Friedrich E. Schnapp, [Kommentierung zu] Art. 20, in: Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar* begründet von Ingo von Münch, Beck: München, 2001<sup>4/5</sup>, 1 - 34.

**Schönberger 2001:** Christoph Schönberger, *Die überholte Parlamentarisierung*. Einflußgewinn und fehlende Herrschaftsfähigkeit des Reichstags im sich demokratisierenden Kaiserreich, in: *Historischen Zeitschrift* 2001, 623 - 666.

**Schulze 1992:** Detlef Schulze, *Freiheit und Gleichheit*. Eine Untersuchung über die Funktionsweise (bürgerlichen) Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Wandels der Interpretation des Allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 109 I WRV) in der Weimarer Republik, unveröff. Hausarbeit FU Berlin, 1992.

**Schulze-Fielitz-Dreier, 1998:** Helmuth Schulze-Fielitz, [Kommentierung zu] Art. 20 (*Rechtsstaat*), in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz*. Kommentar. Bd. 2: Art. 20 - 82, Mohr Siebeck: Tübingen, 1998, 128 - 209.

**Schulze-Fielitz-Dreier, 2000:** ders., [Kommentierung zu] Art. 104, in: ebd., Bd. 3: Art. 83 - 146, 2000, 683 - 710.

**SEF 2001:** Stiftung Entwicklung und Frieden (Hg.), *Prozesse der Internationalen Verrechtlichung*. Innovative der globalen Politikgestaltung (= SEF News 11/2001), Bonn, 2001.

**Seifert 1979:** Jürgen Seifert, *Anmerkung zum Groenewold-Urteil*, in: *Kritische Justiz* 1979, 80 - 86.

**Stahl 1854:** Friedrich Julius Stahl, *Rechts- und Staatslehre* auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. Erste Abtheilung: Die allgemeinen Lehren und das Privatrecht, J.C.B. Mohr: Tübingen, 1854<sup>3</sup>. vermehrte (1845<sup>2</sup>).

**Stahl 1856:** ders., *Rechts- und Staatslehre* auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. Zweite Abtheilung: Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts, J.C.B. Mohr: Tübingen, 1856<sup>3</sup>. vermehrte (1845<sup>2</sup>).

**Stammen/Riescher/Hofmann 1997:** Theo Stammen / Gisela Riescher / Wilhelm Hofmann, *Hauptwerke der politischen Theorie*, Kröner: Stuttgart, 1997.

**Steffen-Löffler 1997:** Erich Steffen, [Kommentierung zu § 6 LPG], in: Martin Löffler / Egbert Wenzel / Klaus Sedelmeier (Hg.), *Presserecht* Kommentar zu den Landespressegesetzen der Bundesrepublik Deutschland mit einem Besonderen Teil und einem Textanhang, Beck, München: 1997<sup>4</sup>.

**Stein 1864/69:** Lorenz Stein, *Verwaltungslehre*. Erster Teil, Cotta: Stuttgart, 1869<sup>2</sup>. umgearb.

**Stern 1984:** Klaus Stern, *Staatsrecht*. Bd. I, Beck: München, 1984.

**Stolleis 1992:** Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800 - 1914, Beck: München, 1992.

**Stolleis 1999:** ders., *Die Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914 - 1945, Beck: München, 1999.

**Stree-Schönke/Schröder, 2001:** Walter Stree, [Kommentierung vor] § 38 [und zu] § 46, in: Adolf Schönke / Horst

- Schröder et al., *Strafgesetzbuch*. Kommentar, Beck: München, 2001<sup>26</sup>.
- Tohidipur 1978:** Mehdi Tohidipur (Hg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*. 2 Bände, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1978.
- Umbach 1979:** Dieter C. Umbach, *Die Grundrechte der neuen spanischen Verfassung*, in: *Europäische Grundrechtszeitschrift* 1979, 229 - 230 (im Anhang [S. 230 - 235] mit einer auszugsweisen deutschen Übersetzung der spanischen Verfassung).
- Unruh 1983:** Georg-Christoph von Unruh, *Die „Schule der Rechts-Staats-Lehrer“ und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit*. Anfang und Entwicklung von rechtsstaatlichen Grundsätzen im deutschen Schrifttum, in: Norbert Achterberg / Werner Krawietz / Dieter Wyduckel (Hg.), *Recht und Staat im sozialen Wandel*, FS Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Duncker & Humblot: [West]berlin, 1983, 250 - 281.
- Valdeón 2001/3:** Julio Valdeón Baruque, Abschnitt „*Edad Media*“ des Stichwort „*Fueros*“, in: Jaime Alvar Ezquerro (Hg.), *Diccionario de historia de España*, Istmo: Tres Cantos, 2001, 2003, 303 - 303.
- Vilar 1947/1997:** Pierre Vilar, *Spanien*. Das Land und seine Geschichte von den Anfängen bis heute, Wagenbach: Berlin, 2000 (zuerst frz.: PUF: Paris, 1947<sup>1</sup>, so dann ergänzt: Editorial Critica: Barcelona, 1978; schließlich durchgesehen: 1997<sup>19</sup>).
- Vilar 1974:** ders., *Der spanische Sozialismus von seinen Ursprüngen bis 1917*, in: Jacques Droz, *Geschichte des Sozialismus*. Von 1875 bis 1918, Band VI: Die sozialistischen Parteien Europas: Italien, Spanien, Belgien, Schweiz, Ullstein: Frankfurt am Main / [West]berlin / Wien, 1975, 9 - 63 (frz. Originalausgabe: PUF: 1974).
- Vilar 1986:** ders., *Der spanische Bürgerkrieg*, Wagenbach: Berlin, 2001 (frz. Originalausgabe: PUF: Paris, 1986).
- Wagner 1992:** Benno Wagner, *Vom Licht des Krieges zur black box des Modells Deutschland*. Ausnahme und Erkenntnis nach Schmitt und Foucault, in: Friedrich Balke / Benno Wagner, *Zeit des Ereignisses – Ende der Geschichte?*, Fink: München, 1992, 233 - 256.
- Waldrich 2003:** Hans-Peter Waldrich, Stichwort „Faschismus“, in: Bernhard Schäfers, *Grundbegriffe der Soziologie*, Leske + Budrich: Opladen, 2003<sup>8</sup>, 86 - 88.
- Walther 1989:** Manfred Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?*, in: Dreier/Sellert 1989, 323 - 354.
- Welcker 1838:** Carl von Welcker, Artikel „Gesetz“, in: Rotteck/Welcker 1838 (Bd. 6), 726 - 754.
- Werber 2000:** Niels Werber, *Intensitäten des Politischen*. Gestalten souveräner und normalistischer Macht bei Rainald Goetz, in: *Weimarer Beiträge* 1/2000, 105 - 120.
- Wernicke-BK, 1968:** Wernicke, [Kommentierung zu] Artikel 20, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, 20. Lfg., 1968.
- Wesel 1992:** Uwe Wesel, *Fast alles, was Recht ist*. Jura für Nichtjuristen, Eichborn: Frankfurt am Main, 1992.
- Winkler 2000/2:** Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*. Bd. 1: Deutsche Geschichte von 1806-1933, Beck: München, 2000 (hier zit. nach der Sonderausgabe: PBP: Bonn, 2002).
- Winkler 2000/4:** Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*. Bd. 2: Deutsche Geschichte von 1933-1990, Beck: München, 2000 (hier zit. nach der Sonderausgabe: PBP: Bonn, 2004).
- Württemberg 1985:** Thomas Württemberg, Artikel „*Legalität und Moralität*“, in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Luchterhand: Neuwied (Stand: 114. Lfg., Juni 2001), Abteilung 3/200, 16. Lfg., 1985, 1 - 3 (2).
- Württemberg 1999:** ders., *Zu den Wurzeln des Rechtsstaats in Deutschland*, in: Rill 1999, 15 - 35.
- Zippelius 2003:** Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, Politikwissenschaft. Ein Studienbuch, Beck: München, 2003<sup>14</sup>.

## **ANHANG A.: DER „RECHTSSTAAT“ IN WÖRTERBÜCHERN UND ENZYKLOPÄDIEN**

Der folgende Text gibt einen vorläufigen Überblick über das Vorkommen des „Rechtsstaats“ in Wörterbüchern und Enzyklopädien. Dabei war es auch möglich, einen Hinweis auf die erstmalige Verwendung von „Rechtsstaat“ als Gesetzesbegriff zu finden:

„Als *Gesetzesbegriff* erscheint „Rechtsstaat“ erstmals in der bayerischen Verfassung v. 2.12.1946 (Art. 3 Satz 1). Art. 28 I GG enthält die verbale Verbindung ‚sozialer R[echtsstaat]‘ (ebenso niedersächsische, hamburgische, baden-württembergische Verfassung).“<sup>33</sup>

Im folgenden soll allerdings nicht die Geschichte der Gesetzessprache weiterverfolgt werden, sondern die Behandlung des Rechtsstaats in deutschen Enzyklopädien und Wörterbüchern dargestellt werden.

In Enzyklopädien ist der „Rechtsstaat“ erstmals im *Brockhaus* von 1933 stichwort-würdig geworden. Soweit die Werke Register enthalten, ist der Begriff gelegentlich aber auch schon früher zu finden<sup>34</sup>; desgleichen in Wörterbüchern:

Der 1893 abgeschlossene Bd. 14 von Grimms *Deutschem Wörterbuch* (Hirzel: Leipzig; Reprint: dtv: München, 1984) enthält folgenden kurzen Eintrag, aber keine Verwendungsnachweise: „*staatswesen, dessen zweck der rechtsschutz aller seiner Bürger ist: der moderne rechtsstaat im gegensatz zum mittelalterlichen feudalstaat und zum polizeistaat*“ (Hv. i.O.).

Die von Herman Hirt bearbeitete fünfte Auflage von Weigands *Deutschem Wörterbuch* (Töpelmann: Gießen, 1910, Reprint: de Gruyter: [West]berlin, 1968) enthält keine Definition und keine Verwendungsnachweise, aber den Hinweis „zuerst aus dem Jahre 1826 nachgewiesen“ nebst der Literaturangabe: Ladendorf, *Historisches Schlagwörterbuch*, Straßburg, 1906<sup>35</sup>.

### **1. Das „Staatslexikon“ von Welcker/Rotteck aus dem Jahre 1838: Das „objective Recht“ legt den politischen Prozeß still**

Das *Staatslexikon* von 1838 weist kein eigenständiges Stichwort „Rechtsstaat“ auf; in dem Artikel „Recht“ (484 - 495) wird aber auf S. 484 in FN \* auf die oben in Endnote 41 zitierte Schrift Welckers verwiesen; im Artikel „Gesetz“ taucht, wie oben (Endnote 42) schon zitiert, das Wort „Rechtsstaat“ auf. Das Gesamtregister verweist zwar nicht auf diese Stelle, aber auf zwei Stellen (33 und 73) im – ebenfalls von Welcker verfaßten – Artikel „Staatsverfas-

<sup>33</sup> Alfred Albrecht, Artikel „*Rechtsstaat*“, in: Görres-Gesellschaft (Hg.), *Staatslexikon*. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft. Bd. 6, Herder: Freiburg, 1961<sup>6</sup>. völlig neubearb., Sp. 685 - 705, 686 – Hv. i.O.

<sup>34</sup> Hermann Wageners 23-bändiges *Staats- und Gesellschaftslexikon* enthält nicht nur kein Stichwort „Rechtsstaat“, sondern auch in dem Register keinen Eintrag „Rechtsstaat“ (Heinicke: Berlin, Bd.16, 1864; Bd. 23, 1867, 767, 231). Das von Esler u.a. hrsg. *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* (Gustav Fischer: Jena) enthält weder im einschlägigen Bd. 6 (1925, 1202) und noch im Ergänzungsband (1929, 817) ein Stichwort „Rechtsstaat“; auch das (vorläufige) Gesamtregister (Bd. 8, 1928, 1328) und das Register zum Ergänzungsband (S. 1194) weisen kein Eintrag „Rechtsstaat“ auf.

<sup>35</sup> Das Wörterbuch konnte noch nicht ausgewertet werden.

sung“ (Bd. 15, 1843, 21 - 82)<sup>36</sup>. Dieser enthält u.a. eine „genetische Betrachtung der Staates und seiner drei verschiedenen Verfassungen“. Er unterscheidet:

1. „Die *Periode der Kindheit*, der zwar nicht ausschließlichen, aber doch *überwiegenden* Herrschaft der *niederer Natur, der sinnlichen egoistischen Triebe und Gesetze*, [...]“ (24 – Hv. i.O.)
2. „Die *Periode des Jünglingsalters*, der Vorherrschaft des Gefühls und der Phantasie und des auf ihr beruhenden *blinden Glaubens* an fortdauernde äußere sinnliche Offenbarung göttlichen Willens über alle menschlichen Verhältnisse“ (30 – Hv. i.O.).
3. „Die Periode der Reife des *Mannesalters*.“ (33 – Hv. i.O.).

Die Verfassung der ersten Periode wird als „despotisch“ (24), die der zweiten als „theokratisch“ (30) und die der dritten als „Rechtsstaat“ bezeichnet (33). Dieser wird als die „höchste, vernunftrechtliche, freiheitliche Culturstufe“ (ebd.) charakterisiert. Dieses anthropologische Modell, das ‚das Recht‘ und ‚den Rechtsstaat‘ als „Vernunft“ feiert, läßt keinen Raum für – je nach gesellschaftlichem Kontext divergierende – politische Wertungen und daraus folgende rechtliche Regelungen: „Im *Rechtsstaate* sind Verdienste die objectiv erkennbaren, der sittlichen Rechtsachtung angemessenen, sie fördernden Tätigkeiten und Triebe. [...]. Verbrechen sind die objectiv erkennbar bewiesenen, das *objective Recht* schuldvoll verletzenden Triebe und Thätigkeiten. Sie werden bei allen freien Völkern gestraft durch die *Gerechtigkeits-* oder die *rechtliche Genugthuungs- oder Wiederherstellungsstrafe* [...] zur Aufhebung der ganzen rechtsverletzenden Schuld, d.h. der *intellectuellen Störung* oder Beschädigung der Rechtsordnung.“ (42 – kursive Hv. i.O.; Kapitälchen d. Vf.In).

Die zweite angegebene Stelle wiederholt nur noch einmal das bereits bekannte.<sup>37</sup>

## **2. Das „Deutsche Staatswörterbuch“ von Bluntschli und Brater aus dem Jahr 1864: Kritik am „abstrakten und formalen Liberalismus“**

Das von Bluntschli<sup>38</sup> und Brater herausgegebenen 11-bändige *Deutsche Staatswörterbuch* (Stuttgart/Leipzig, Bd. 8, 1864, 552) weist kein Stichwort „Rechtsstaat“ auf; ein Gesamtregister existiert nicht.

Im Register zu Band 5 befindet sich aber ein Eintrag „Rechtsstaat, nach Kant“, der auf S. 476 verweist. Der Artikel (463 - 482) stammt von H. Ahrens, der laut Autorenregister in Bd. 11 (1123) Professor in Leipzig war. Auf S. 476 vermerkt Ahrens – wohl zustimmend, wie aus dem Indikativ des letzten Halbsatzes des sogleich anzuführenden Zitates zu schlußfolgern ist

<sup>36</sup> Eine bisher nur cursorische Durchsicht dieses Artikels ergab weitere Erwähnungen des Wortes.

<sup>37</sup> „So also führt mich die Betrachtung der neueren Versuche zu der obigen Grundeintheilung aller Staaten in Despotie, Theokratie und Rechtsstaat zurück.“ Die „wahre Monarchie“ vereinige sich „mit freier und gleicher Nationalrepräsentation zum höchsten Staate“. Dies würde auch dem Monarchen eine „viel großartigere“ Würde geben. Nur sieht dieser es leider noch nicht ein: „Möchten nur die KLEINEN Geister unserer Zeit das GROßARTIGE ZU FASSEN fähig sein.“ (73 – Hv. i.O.).

<sup>38</sup> 1808 Zürich – 1881 Karlsruhe. Das *Deutsche Staatswörterbuch* löste „in seiner Bedeutung die Bibel des deutschen Liberalismus, das von Rotteck-Welckersche *Staatslexikon*“ ab. (DBE).



–, daß Kant sich „ebenso wie Klopstock, Schiller u. A. mit Abscheu“ von der Französischen Revolution abwandte, „als mit der Hinrichtung des König, die er als ein keiner Entschuldigung fähiges Verbrechen bezeichnete, die Revolution die Bahn einer gräuelhaften Verletzung aller Menschlichkeit betreten hatte“. Insofern Ahrens in der Französischen Revolution die Konsequenz der Rousseauschen Lehre sieht (477), vermerkt er im folgenden zunächst zustimmend den Unterschied zwischen dem, was er als Kants Lehre vom Rechtsstaat ansieht („Der Staat ist und soll sein Rechtsstaat.“ – 476; Hv. i.O.) und der Rousseauschen Theorie. Dabei vermerkt er an Kant das positiv, was wir eingangs (im Vergleich mit der englischen *rule of law*-Doktrin) gerade als emanzipatorischen Mangel der Kantschen Theorie dargestellt haben:

Kant knüpfe zwar an Rousseau an, aber nur „um über ihn hinauszugehen. Kant will, wie Rousseau, den Allgemein-Willen finden, der für alle Einzelnen bindend sein soll, aber die Auffassung ist grundverschieden. Rousseau fühlt zwar auch die Nothwendigkeit, einen Allgemein-Willen zu finden, der von dem numerischen Willen der Einzelnen unterschieden ist. Aber da er über den empirischen Willen der Einzelnen nicht hinauskommt, eine ideale Gesetzgebung der Vernunft für den Willen nicht kennt,“ erwies sich die „wahre Konsequenz seiner Lehre [...] in der Französischen Revolution [...], und die Souveränität der *volonté générale* wurde bald in die Waffen-Souveränität des *suffrage universel* oder der *volonté de tous* umgewandelt. Während daher in Rousseau's Lehre das empirische Selbst in zweifacher Richtung, zugleich Herr und Diener ist, Jeder sich nur selbst gehorcht, will Kant das empirische Selbst dem idealen Selbst, der Vernunftgesetzgebung unterordnen, [...]“ (477).

Diese ‚Unterordnung des empirischen Selbst unter das ideale Selbst‘ ist nach Ahrens' Geschmack aber bei Kant noch nicht hinreichend gelungen: Nachdem Ahrens zuvor schon der Kantschen Rechtsphilosophie vorgeworfen hatte, sie begründe einen „abstrakten und formalen Liberalismus, der keine objektive, durch Gott gesetzte Welt- und Lebensordnung als Richtschnur für die Rechtsordnung, keine durch objektive Zwecke gegebene Bestimmung der Lebensverhältnisse als maßgebend für den Willen anerkennt“ (474), wiederholt er nun:

„Das Grundgebrechen dieser Theorie Kant's liegt auch hier, wie in seiner ganzen praktischen Philosophie darin, daß das Ideale und das ideale Selbst keinen selbstständigen Halt in einem höheren Sein und einer objektiven Lebensordnung gewinnt und daher praktisch sich so leicht das empirische Selbst an dessen Stelle setzt.“ Kant bleibe bei einer „leeren Freiheit“ stehen und finde „keinen Ausgang in das weite Gebiet der idellen Zwecke“. „Der Staat soll Rechtsstaat sein; das ist eine Wahrheit, die im Interesse der Freiheit und der richtigen Abgrenzung aller Lebensgebiete nicht aufgegeben werden darf. Dabei ist aber eine richtige Bestimmung des Rechtsprinzips die nothwendige Voraussetzung. Stellt man, wie Kant ein rein negatives Rechtsprincip auf, so wird dabei die Aufgabe des Staats der Art beschränkt, daß kein Staat in der Wirklichkeit seine Thätigkeit auf eine solche Rolle begrenzen kann.“ (477). (Auf der folgenden Seite heißt es dann noch [ohne Gegenposition zu beziehen]: „Unter den drei Regierungsformen [Autokratie, Aristokratie, Demokratie, d. Vf.In] erscheint ihm [Kant] die Demokratie nothwendig als ein Despotismus, weil Alle Herr sein wollen; [...]“)

Im Gegensatz zur herrschenden These von der fortschreitenden Formalisierung des Rechtsstaats-Begriffs, beseitigt Ahrens also nicht etwa die anti-demokratische Schlagseite des deutschen Rechtsstaats-Begriffs, sondern versucht die inhaltlichen Vorgaben gegenüber

dem Gesetzgeber sogar noch auszubauen. Soviele zum Thema „Rechtsstaat“ in Bd. 5 des *Staatswörterbuchs*.

Im Register zu Band 8 finden sich zwei Verweise zum Thema „Rechtsstaat und Polizeistaat“. Auf S. 132 wird zunächst die Mohlsche Position übernommen, ohne Mohl zu nennen („Eine verkehrte Vorstellung ist es hiernach, als den vollkommensten Staat den ‚Rechtsstaat‘ zu preisen und ihm gegenüber mit einer gewissen Verachtung vom ‚Polizeistaat‘ zu sprechen. Ein vollkommener Staat muß Polizeistaat so gut als Rechtsstaat sein.“) und dann aber hinzugesetzt: „Am besten werden beide Ausdrücke vermieden.“

In dem von Felix Dahn<sup>39</sup> verfaßten Artikel zum Thema „Rechtsphilosophie“, wo sich die zweite Verweisstelle (540) befindet, wird zunächst der gleiche Ton angeschlagen: Kritisiert wird die Entgegensetzung von Rechts- und Polizeistaat und Kant für diesen „Irrthum“ verantwortlich gemacht, da er den Staat „lediglich als eine große Rechtsanstalt“ aufgefaßt habe (ebd.).<sup>40</sup> Wie Mohl (der aber wiederum nicht genannt wird) betont Dahn die Notwendigkeit eines Tätigwerdens des Staates im Bereich der Infrastrukturen; Wasser-, Eisenbahn und Straßenbaugesetz werden als notwendig betrachtet (543). Und abermals wird der Staat als über den gesellschaftlichen Partikularinteressen stehend aufgefaßt: „der Staat, der die Rechtsidee realisieren soll, steht frei über jedem Sonderinteresse und vertritt das Interesse des Ganzen. [...] dem Staat, dem Träger der Rechtsidee, [...] gebührt doch in allen Fällen das Richterwort“ (ebd.).

Sodann wird allerdings Ahrens dafür kritisiert, daß er all dies nicht zur Genüge eingesehen habe, sondern sogar mit französisch-sozialistischen Ideen sympathisiere: „Wir erwähnen diese Kontroverse [mit der französischen Schule des Sozialismus] hauptsächlich deshalb, weil auch das ohne allen Vergleich dermaßen gediegenste und bedeutendste System der Rechtsphilosophie, das Werk von Ahrens, in Anlehnung an die französischen Schule diesen Irrthum wenigstens insofern theilt, daß es für die Zukunft das Aufgehen des Staats in der gesellschaftlichen Association in Aussicht stellt; [...]. Dem gegenüber müssen wir schließlich nochmals kräftig hervorheben, daß das Recht eine für den Menschegeist wesentliche Idee

---

<sup>39</sup> 1834 Hamburg – 1912 Breslau, Rechtshistoriker (DBE). Verfaßte den Historischen Bestseller-Roman „Ein Kampf um Rom“ (4 Bde., 1876-78). Über die Gattung heißt es bei Klaus-Peter Schroeder (*Felix Dahn – Rechtsgelehrter und Erfolgsautor*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 1234 - 1235 [1234]: „Ein von nationalistischen Gefühlen getragenes Interesse an der Geschichte – insbesondere nach der Gründung des zweiten deutschen Reiches –, die Verwendung der Historie als Argument in der tagespolitischen Auseinandersetzung und der Bildungshunger des Bürgertums erklärt zu einem weiteren Teil den Erfolg des historischen Romans.“ Über Dahns politische Position schreibt Schroeder: „Als Vertreter des sog. ‚objektiven Idealismus‘, zu dem sich Dahn ebenso bekannte, war [Dahns] philosophischer Lehrer] Prantl für gewisse ultramontane kirchliche Kreise in der bayerischen Residenzstadt untragbar geworden. [...]. Während seiner [Dahns] Würzburger Jahre fielen in den Kriegen von 1866 und 1870/71 die Entscheidungen über die künftige Gestaltung Deutschlands. Dahn, welcher seit der Schlacht von Königgrätz in das Lager der Bismarckbewunderer übergewechselt war, wollte bei der Einigung Deutschlands nicht abseits stehen. Aktiv nahm er an dem Feldzug gegen Frankreich teil, [...]“ (1235). – *Der Literatur-Brockhaus* (1988) charakterisiert Dahns Romane als „pathetisch-patriot[isch]“; Hermann Pongs *Lexikon der Weltliteratur* (Pattloch: Augsburg, 1990<sup>3</sup>) als „getragen von völkischem Pathos und vaterländischem Überschwang“. Weitere Literaturangaben über Dahn finden sich in den einschlägigen Literatur-Lexika, u.a.: G.L. Moose, *The image of the Jew in German popular culture*. Felix Dahn and Gustav Freytag, in: *Pubs [= Publications?] of the Leo Baeck Institute*, Jahrbuch 2, 1957, 218 - 227).

<sup>40</sup> Allerdings fällt der Text von Dahn insofern aus dem üblichen deutschen Rahmen heraus, als er dem vermeintlichen Radikalismus der Kantianer die Englische und Französische Revolution *positiv* gegenüberstellt (541 oben).

ist, [...], daß diese Idee nothwendig einer äußeren Erscheinung und tragenden Macht bedarf, welche eben der Staat ist.“ (ebd. – Hv. i.O.)

Wir sehen also, was die deutsche Rechtsstaats-Diskussion ausmacht: Jeder Autor will seinen Vorgänger noch an Sittlichkeit, an ‚materieller‘ Substantialisierung des Rechtsbegriffs, und ethischer Glorifizierung des Staates übertreffen: Kant entzieht den Staat dem „werk-tätigen Vernünfteln“ des Volkes (s. S. 31), verlangt von den Individuen, ihre subjektiven Beweggründe hinter sich zu lassen (S. 30) und sich durch Verinnerlichung von „Pflicht“ als wahrhaft „sittlich“ zu erweisen (FN \* auf S. 31); Ahrens kritisiert, daß Kants Rechts- und Staatsbegriff noch zu „negativ“ (S. 137) und „formal“ sei, die „objektive, durch Gott gesetzte Welt- und Lebensordnung als Richtschnur für die Rechtsordnung“ vernachlässige (S. 137) – und für Felix Dahn unterschätzt selbst Heinrich Ahrens noch die Bedeutung der ‚Rechtsidee‘ und des sie tragenden Staates... –

### **3. Der „Brockhaus“ von 1895**

Die 14. Auflage des *Brockhaus* von **1895** verweist mit dem Eintrag „Rechtsstaat“ nur auf den Eintrag „Staat“. Dessen letzter Satz wiederum lautet: „Man hat die Staaten eingeteilt in *Rechtsstaaten* und *Polizeistaaten*, je nachdem in ihnen die Freiheit des Einzelnen einen größeren Rechtsschutz genoß, oder die Bevormundung der Individuen durch die polizeiliche Thätigkeit der Regierung in den Vordergrund gestellt wurde.“ (Bd. 15, 209 – Hv. i.O.). Allerdings wird das „Recht“ in die Definition eines jeden Staates hineingenommen. Denn ein Staat sei nur ein solches „Gemeinwesen, welches die oberste Gewalt über [...] die [...] dem S[taat] angehörigen Personen, nach Maßgabe des sich entwickelnden Rechts, ausübt“; und der Staat wird unter Berufung auf die „Aufklärungsperiode“ u.a. als „Anstalt zur Sicherung des Rechts“ bezeichnet (ebd.). Dies hat in dem Enzyklopädie-Artikel aber keine Konsequenzen dahingehend, daß bestimmte „Gemeinwesen“, die sich anderenfalls als Staaten auffassen ließen, ausdrücklich aus dem Geltungsbereich des Begriffes „Staat“ ausgeschlossen würden.

### **4. „Meyers Großes Konversations-Lexikon“ von 1909: „Rechtsstaat“ versus „Contrat social“**

Die gleiche Verweisteknik wie der *Brockhaus* wendet *Meyers Großes Konversations-Lexikon* in der 6. Auflage von **1909** an. Dort findet sich im Artikel „Staat“ folgende Gegenüberstellung von Kant einerseits und der westeuropäischen Vertragstheorien andererseits:<sup>41</sup> „Auch der sog. Vertragstheorie ist hier zu gedenken, welche die Entstehung des Staates auf

---

<sup>41</sup> Der politische Sinn der folgenden Gegenüberstellung erhellt sich, wenn wir berücksichtigen, daß in den Vertragstheorien die „Vorstellung von der freien Machbarkeit politischer Institutionen [...] enthalten ist“, während Kant die Maxime ausgibt, daß die Untertanen nicht „werk-tätig vernünfteln“ sollen – was die von Maus ausgemachten demokratischen Implikationen der kantischen Theorie noch mehr einschränkt als Maus selbst es darstellt (Bäumlin/Ridder-AK-GG, 1984, RN 11, 13; zu dem Kant-Zitat s. oben S. 31).

eine vertragsmäßige Unterwerfung unter die Staatsgewalt (*Contrat social*) zuzuführen sucht; diese Theorie ist durch Jean Jacques Rousseau populär geworden, zuvor aber schon durch die Engländer Hobbes und Locke vertreten worden. Dagegen bezeichneten Kant und nach ihm Karl Salomo Zachariä und Wilh. v. Humboldt den S[taat] als durch das Rechtsgesetz gerechtfertigt.<sup>42</sup> Im Zusammenhang damit stellte man den Schutz des Rechtes als den eigentlichen Zweck des Staates (*Rechtsstaat*). [...] Übrigens pflegt man gegenwärtig den Ausdruck ‚Rechtsstaat‘ kaum noch in jener engen Bedeutung, sondern vielmehr gleichbedeutend mit Verfassungsstaat zu gebrauchen. Damit will man einen Staat bezeichnen, der den Staatsangehörigen eine selbständige Rechtssphäre gegenüber der Staatsgewalt zugesteht und gegen die Eingriffe in diese Rechtssphäre richterlichen Schutz gewährt, der ferner den Träger der Staatsgewalt in deren Ausübung verfassungsmäßig beschränkt.“ (Bd. 18, 803 f.). Hier findet sich also angedeutet, daß im Rechtsstaat Vergerichtlichung („richterlicher Schutz“) als Substitut für Demokratisierung (wie sie in den Theorien von Hobbes, Locke und Rousseau, die einen „Gesellschaftsvertrag“ zur Voraussetzung des Staates machen, zumindest angedacht ist) fungiert. – Anders als der *Brockhaus* macht *Meyers Lexikon* die Rechtsförmigkeit des Agierens des Souveräns nicht zum Kriterium von Staatlichkeit. Die 7. Auflage von 1929 bringt demgegenüber kaum Änderungen. Die 8. Auflage enthält in dem einschlägigen Band 9 von 1942 keinen Eintrag „Rechtsstaat“ mehr; die Veröffentlichung wurde mit Band 9 abgebrochen, bevor „Staat“ erreicht wurde<sup>43</sup>.

### **5. Der „Brockhaus“ von 1933/34: Der „Rechtsstaat“ als Rückkehr ins Mittelalter**

Der Band 15 der 15. Auflage des *Brockhaus* (Leipzig, 1933) enthält erstmals ein Stichwort „Rechtsstaat“. Es wird zunächst zwischen einem „Rechtswahrungsstaat“ i.S.d. „germanischen und mittelalterlichen-germanischen Staat[es]“ und dem „Rechtsgebundenheitsstaat“ der Gegenwart als zwei Bedeutungen des Wortes „Rechtsstaat“ unterschieden. Letztlich erweisen sich die Unterschiede allerdings als gering; denn der letztere ist v.a. eine Aktualisierung des ersteren:

„Schon im mittelalterlichen germanischen Staatswesen war die Staatsgewalt der Rechtsordnung unterworfen. [...]. Im unumschränkten Polizeistaat der Neuzeit wurde aber [...] die Staatsgewalt von der bisherigen Unterstellung unter die Rechtsordnung und die Gerichtskon-

<sup>42</sup> Eine ähnliche Gegenüberstellung nimmt Hans-Otto Mühleisen (Rezension zu Kants Aufsatz von 1793 *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in: Theo Stammen / Gisela Riescher / Wilhelm Hofmann, *Hauptwerke der politischen Theorie*, Kröner: Stuttgart, 1997, 248 - 251 [249]) vor: „Nur um des äußeren Daseins des Menschenrechtes willen und nicht aus Motiven der Furcht (Hobbes) oder des Vorteils (Locke) ist der Naturzustand aufzugeben. Das öffentliche Recht leitet sich nicht vom Souverän her, sondern aus dem Begriff des Rechts selbst“. Damit ist das Recht nicht Produkt der aus Einsicht (Abwendung von Gefahren [Furcht] oder Erlangung von Vorteilen) getroffenen Entscheidung der Konstituenten des Gesellschaftsvertrages, sondern der Souverän (je nach Souveränitätstheorie: ggf. das Volk) wird dem unterworfen, was der Philosoph als Menschenrecht konstruiert. Herbert Schambeck, *Vom Sinnwandel des Rechtsstaats*, de Gruyter: [West]berlin, 1970, 16: „Für ihn [Kant] ist der Zweck des Einzelnen nicht die Wohlfahrt, sondern Pflichterfüllung.“ – So haben wir bereits bei Kant die oben S. 68 ff. angesprochene Transformation von Grundrechten in Grundpflichten.

<sup>43</sup> Reinhard Oberschelp (Hg.), *Gesamtverzeichnis des deutschsprachigen Schrifttums* (GV) 1911 - 1965. Bd. 80, Verlag Dokumentation: München, 1978, 123: „Mit Bd 9 eingest.“.

trolle befreit [...]. Unter dem Einfluß der Naturrechtslehre und des Liberalismus erfolgte im 19. Jahrhundert die Rückkehr zum Rechtsstaatsgedanken.“ Dieser zeichne sich dadurch aus, daß der Staat nur auf gesetzlicher Grundlage oder auch „überhaupt nicht“ (d.h.: auch nicht mit gesetzlicher Grundlage) in die Grundrechte eingreifen dürfe<sup>44</sup> und daß ein „Gerichtsschutz auch für die öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Untertanen zur Staatsgewalt“ besteht. Erst mit den entsprechenden Regelungen der Verfassungen des 19. Jahrhunderts, die einen „Justizstaat“ schufen, sei „der Rechtsstaat im Sinne der Gegenwart ausgebaut“.

Der Rückbezug auf die „gemanischen Staatswesen“ läßt vermuten, daß das so verstandene Rechtsstaats-Konzept befürwortet wird; eine ausdrücklich wertende Stellungnahme enthält der Artikel aber nicht.

Der Band der gleichen Auflage mit dem Stichwort „Staat“ ist im folgenden Jahr erschienen. Dort findet sich nun das Bekenntnis: „Auch der Führerstaat als nationaler Rechtsstaat bejaht die Ordnungskraft des Rechts und gewährt der einzelnen Persönlichkeit alle Rechtssicherheit, die sich mit der Sicherheit der nationalen Lebensordnung in Einklang bringen läßt.“ Ein metaphysischer Rechtsbegriff („Ordnungskraft des Rechts“) bleibt erhalten und die „nationale Lebensordnung“ nimmt die Stelle von Kants „Sittlichkeit“ ein. Allerdings wird, „im Lichte der völkischen Staatsidee“, die Bedeutung der Justiz zurückgefahren und die Gewaltenteilung abgelehnt – dies freilich nicht um der (im Namen des Rechtsstaat schon immer kritisch beäugten) ‚Tyrannei der Mehrheit‘ zum Durchbruch zu verhelfen, sondern um mit jeglicher demokratischer Gesetzesgenese umfassend aufzuräumen. Der Grundsatz des Führerstaats sei „AUTORITÄT jedes Führers NACH UNTEN und Verantwortlichkeit nach oben“ (Hv. d. Vf.In); der Führerstaat baue „nicht auf dem Gedanken der Majorität, sondern auf dem der Persönlichkeit auf“, so wird Hitler zitiert (S. 7).

Damit schließt der *Brockhaus* Hitler an die „konservative Staatsauffassung“ (6 – Hv. getilgt) des 19. Jahrhunderts an: „Die *konservative* Staatsauffassung wendet sich zuerst gegen die Ideen der Französischen Revolution: die natürliche Gleichheit, den Staatsvertrag, die Volkssouveränität. Uralte deutsche Staatsgedanken werden wach. Sie zeigen sich zunächst im Gefolge der Romantik, die sich an die katholische Kirche als den Hort des Konservatismus anlehnte. Wortführer waren [...] Adam Müller [...] Josef Görres [...]. Die Bildung der Gemeinschaftsverhältnisse unter den Menschen sei nicht Menschenwerk, sondern beruhe auf dem allgemeingültigen Gesetze, wonach der Mächtigere auch der Herrscher sei [...]. Doch binde ihn bei der Handhabung der Gewalt ein natürliches Pflichtengesetz der Gerechtigkeit und der Liebe. [...]. Aber erst Friedrich Julius Stahl hat der konservativen Staatsauffassung, insbesondere im protestantischen Sinn, die theoretischen Waffen geliefert. Der Staat gründe sich

---

<sup>44</sup> Der Sinn dieser Unterscheidung erhellt sich, wenn wir bedenken, daß die Sozialistengesetze im Kaiserreich keinen rechtsstaatlichen Bedenken begegneten, während das Eigentum dann in der Weimarer Republik gegen Eingriffe des Gesetzgebers befestigt wurde.

auf göttlichen Anordnung, er diene mit seinem durch Gottes Gebot und nicht durch menschliche Kunst bestimmten Rechte der Erhaltung der göttlichen Weltordnung. [...], Autorität gelte, nicht Majorität ([...]; keine Volkssouveränität).“ (kursive Hv. i.O.; fette Hv. d. Vf.In).

Die Verbindung zwischen neuer „völkische[r] Staatsidee“ und alter „konservative[r] Staatsauffassung“ versucht auch der folgende Satz zu formulieren: „Besteht die Sonderaufgabe der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei darin, die Staatsgesinnung im Volke zu wecken und lebendig zu erhalten, so hat das Berufsbeamtentum in fachlicher Arbeit den Fortgang des geordneten Staatslebens zu gewährleisten und die Wehrmacht für Frieden und Sicherheit des völkischen Lebens Sorge zu tragen.“ (7 – Hv. d. Vf.In).

Im übrigen hat der Umfang des Artikels „Staat“ stark zu genommen, ohne dabei plakativ von spezifisch nationalsozialistischen Ideen durchsetzt zu sein. Vielmehr wird Deutschland sogar ‚dem Westen‘ zugerechnet.

(Der Grund dafür könnte sein, daß sich der NS – anders als die deutschen Konservativen des 19. Jahrhunderts – gegenüber dem Zeitgeist nicht in der Defensive fühlt, sondern ein geschichtsphilosophisches Sendungsbewußtsein hat: „Die politische Wende unserer Zeit zeigt sich in dem Durchbruch der neuen Staatsidee. Der Mythos der Nation wie im Faschismus und der völkische Gedanke von ‚Blut und Boden‘ im deutschen Nationalsozialismus beherrschen heute weit über die Ursprungsländer hinaus das politische Zeitbild.“ [7] – Trotz Polemik gegen den „individualistischen Fortschrittsglauben“ präsentiert der Artikel selbst eine gewisse ‚dialektische‘ Fortschrittsideologie: „Die Umbildung der wirtschaftlichen Struktur und der gesellschaftlichen Schichtung (Industrialisierung) und das Vordringen sozialistischer Gedanken erzwingen eine Nachprüfung der Wesenheit des Staates.“ „Das am Ende der siebziger Jahre [des 19. Jh.] erreichte Ziel der wirtschaftlichen Freiheit für den einzelnen unter Zurückdrängung staatlicher Regelung veranlaßte die Gegenwehr der betroffenen Arbeiterkreise und die Selbstbesinnung konservativer Kräfte.“ [6] „In der Gegenwart ringen bolschewistische und nationale oder völkische Gedanken um die Gestaltung unserer Kultur und der modernen Staatenwelt.“)

Die Staats-Definition aus der Voraufgabe („Gemeinwesen, welches die oberste Gewalt über [...] die [...] dem Staat angehörigen Personen, nach Maßgabe des sich entwickelnden Rechts, ausübt“) wird nicht wiederholt; statt dessen die – wohl auch außerhalb Deutschlands anerkannte – Definition (Staat = Staatsmacht + Staatsgebiet + Staatsvolk) mehr oder minder paraphrasiert: „Die heutige Kulturwelt betrachtet als Staat eine Gemeinschaft von Menschen, die seßhaft auf bestimmtem Gebiet (□ Staatsgebiet) als politische Einheit unter einer höchsten Gewalt organisiert ist.“ Es folgt ein historischer Durchgang durch verschiedene Staatstheorien des Altertums, des Mittelalters und der Renaissance. So dann heißt es: „*Naturrecht* und *Aufklärung* beherrschen die Staatsauffassung des 17. und 18. Jahrhunderts, die in dem europäischen Westen ihre Heimstätte findet. Vom Absolutismus zur liberalen Demokratie, vom Polizeistaat zum Rechtsstaat spannt sich der Rahmen. [...] Holland und England gingen hier voran, die Deutschen treten ihnen zur Seite; in der Französischen Revolution von 1789 und durch ihre literarischen Vorläufer setzt sich in Europa durch“ (4 – Hv. i.O.).

Eine Entgegensetzung von Deutschland (= „vom Polizeistaat zum Rechtsstaat“?) und dem (westlichen) Westen (= ‚vom Absolutismus zur liberalen Demokratie‘?) läßt sich hier allenfalls insofern herauslesen, als der Begriff des Rechtsstaats spezifisch mit Kant in Verbindung ge-

bracht wird: Bei Kant begründe die „rein rechtlich gesetzgebende Vernunft“ den Staat; „Zweck des Staates sei es, den Sinn des Rechtes zu verwirklichen (**Rechtsstaat**)“ (Kapitälchen d. Vf.; fette Hv. i.O.). Kant und die Vertragstheorien von Hobbes, Locke und Rousseau werden aber nicht so klar gegenübergestellt wie in *Meyers Großes Konversations-Lexikon* (s.o.). (In einem Kasten zum Thema „Staats- und Regierungsformen“ findet sich allerdings eine Unterscheidung zwischen der britischen „parlamentarischen“ Monarchie und der deutschen „konstitutionellen“ Monarchie [bis zur November-Revolution].).

Für die Folgezeit wird die Verschärfung der ‚anti-egoistischen‘ Sittlichkeits-Postulate von Kant zu Hegel vermerkt: „In der *Philosophie* der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist das Naturrecht als Vernunftrecht nicht aufgegeben, sondern gewandelt (Fichte, Hegel) vom individualistischen zum kollektivistischen Stande. [...] Für ihn [Hegel] ist der Staat der höchste bewußte Ausdruck der Einheit des Volksgeistes; das Gesamtinteresse ist von den wechselnden Interessen der jeweiligen Einzelzugehörigen unabhängig. [...] Die *organische Staatstheorie* geht von einer bildhaften, oft auch gefühlsmäßigen Anschauung aus, [...]. Schleiermacher und Hegel haben sie aufgenommen; auf Jahrzehnte zur Herrschaft gebracht wurde sie von Otto Gierke.“ (6, 7 – Hv. i.O.).

Für die marxistisch-sozialistische Staatsauffassung wird auf die Stichworte „Marxismus“ und „Bolschewismus“ verwiesen; die Liste der Literaturangaben ist durchaus pluralistisch zusammengesetzt; neben NS-Autoren bspw. der Rechtspositivist Kelsen mit seinem Werk „Der soziologische und juristische Staatsbegriff“ sowie Lenin mit „Staat und Revolution“.

## **6. „Der Große Herder“ von 1955: Bindung des Staates an das „Naturrecht“**

Ein eigenes Stichwort „Rechtsstaat“ weist wohl zum ersten Mal Bd. 7 des *Großen Herder* von 1955 (= fünfte, neubearbeitete Auflage von *Herders Konversationslexikon*) auf. Dieser sieht den Rechtsstaat u.a. durch die Abhängigkeit des staatlichen Handelns von den „Vorschriften des objektiven, das Naturrecht wahren Rechts“ gekennzeichnet. In der Literaturangaben wird u.a. Otto Koellreutters<sup>45</sup> Schrift der „nationale Rechtsstaat“ von 1932 erwähnt (Bd. 9, 592 f.); die Schrift des gleichen Autors aus dem Jahre 1933, „Der nationalsozialistische Rechtsstaat“<sup>46</sup> aber nicht.

## **7. Der „Brockhaus“ von 1956: Bindung des Staates an die „Rechtsidee“**

Auch in der 16. Auflage des *Großen Brockhaus* von 1956 erscheint ein eigenes Stichwort „Rechtsstaat“. Dieser wird definiert als Staat, in dem die Staatstätigkeit durch eine nicht ge-

<sup>45</sup> 1883 Freiburg i. Br. – 1972 Freiburg i. Br.; 1920 Prof. in Halle; 1923 Richter am Thüringischen Oberverwaltungsgericht; 1927 – 1944 Mit-Hg. des *Archivs des öffentlichen Rechts*; 1930 NSDAP-Beitritt; 1933 Richter des Staatsgerichtshof; 1933 - 1949 Ordinarius in München (Emeritierung 1952); weitere Schriften u.a. *Der Deutsche Führerstaat* (1935) (DBE).

<sup>46</sup> in: *Die Verwaltungs-Akademie*, Beitrag 15.

nauer erläuterte „Rechtsidee“ bestimmt und durch die Rechtsordnung begrenzt ist. Es wird unterschieden zwischen verschiedenen Arten von Rechtsstaat. Zunächst wird der Rechtsstaat des europäischen Mittelalters behandelt, „in dem der Staat als eine Veranstaltung zur Wahrung des Rechtsfriedens und der Gerechtigkeit galt; [...]. Die Grenzen der Staatsgewalt waren in dieser Zeit wesentlich durch ständische Rechte bestimmt; Rechtsgleichheit und Individualfreiheit waren daher keine Wesensmerkmale“. Nach der Zwischenphase des „Polizeistaat[es]“ in der Zeit des Absolutismus habe sich dann der „moderne bürgerliche Rechtsstaat“ herausgebildet. Die Rechtsstaatsidee sei bereits bei Kant „[v]ollendet ausgeprägt“ gewesen, indem dieser das Heil des Staates ‚im Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien‘ gesehen habe. Als besondere deutsche Entwicklung wird die Herausbildung einer Verfassungsgerichtsbarkeit erwähnt. Des weiteren wird behauptet: „Wie in allen totalitären Staaten wurde auch in Deutschland während der nationalsozialistischen Herrschaft die Idee des Rechtsstaats theoretisch bekämpft und praktisch unterdrückt.“ Des weiteren erfahren wir: „Es mehren sich die Stimmen, die den eigentlichen Wesensgehalt des Rechtsstaat [...] darin [sehen], daß der Staat in seiner gesamten Wirksamkeit der materiellen Wertidee der Gerechtigkeit zu dienen hat (materielle Rechtsstaatsidee).“ Hinsichtlich O. Koellreutter verfährt der Brockhaus genauso wie der *Große Herder* (s.o.).

### **8. Das „Staatslexikon“ von 1961: Wie Rousseau den NS an die Macht brachte...**

Das *Staatslexikon* der (in der vierten Auflage noch als „katholisch“ bezeichneten) Görres<sup>47</sup>-Gesellschaft enthält in der 6. Auflage von **1961** einen fast 12-seitigen Artikel „Rechtsstaat“ (die dritte und unveränderte 4. Auflage [Bd. 4 von 1911, 459 und Nachtragsband 5 von 1912, 1475] enthalten noch kein Stichwort „Rechtsstaat“; ein Register existiert nicht; der 1929 erschienene Bd. 4 der 5. Auflage konnte noch nicht eingesehen werden). Ein abschätzig als „formaljuristisch“ bezeichneter Rechtsstaats-Begriff wird auf Rousseau zurückgeführt und für den NS verantwortlich gemacht; daß Rousseau in der ganzen deutschen Rechtsstaats-Diskussion als Feindbild fungierte, verschwiegen und die Abwendung vom ‚formalistischen‘ Rousseau zum materiellen, ‚wert-orientierten‘ Rechtsstaats-Begriff des Grundgesetzes als geeignete Lehre aus dieser Geschichte dargestellt:

„Voraussetzung des formaljuristischen Rechtsstaats-Begriff ist der Verfassungsstaat im Sinn des 19. Jh. Gesetz im Sinn dieser Definition ist die allgemeine, von der Volksvertretung beschlossene Regelung der Eingriffe in die Eigentums- und Freiheitssphäre. Die zentrale Be-

<sup>47</sup> Die Görres-Gesellschaft wurde 1876 aus Anlaß des 100. Geburtstags von Johann Joseph von Görres als Vereinigung zur Förderung der wissenschaftlichen Arbeit deutscher Katholiken gegründet (*Brockhaus Multimedial 2003*). Görres starb 1848 in München. Bis 1799 war er zunächst Anhänger der Französischen Revolution; forderte sogar die Annektion des linken Rheinuferes das durch revolutionäre Frankreich. Er entwickelt sich dann im Umfeld der „jüngeren Romantik“ zum „deutschen Patrioten“. Gründete 1814 den anti-napoleonischen „Rheinischen Merkur“ mit dem er zu einem der bedeutendsten Publizisten der Befreiungskriege wird. Der *Brockhaus* bescheinigt ihm für diese Zeit eine „liberale Haltung“, während es in der DBE heißt, Görres habe „vor Reaktion UND LIBERALISMUS“ gewarnt. Mit der Zeit wird Görres zum „Christen, Mystiker und Kämpfers für die katholische Sache“; in der letzten Schrift (aus seinem Todesjahr) warnt er vor „Tyrannis der Zukunft – ‚Radikalismus, Kommunismus, Proletariat‘ –“ (DBE – Hv. d. Vf.In).



deutung des Gesetzes hat ihre Wurzel auch in dem demokratischen Gedanken (□ *Rousseau*), daß Freiheit des Bürgers und Rechtmäßigkeit der Staatsgewalt am besten durch ausschließliche Herrschaft der *volonté générale* gesichert sind. Nach den Erfahrungen der totalitären Vergangenheit setzte sich in der Staats- und Verfassungstheorie die Auffassung durch, daß Rechtsstaat nur ein Staat ist, in dem die Staatsmacht wirksam an ein vorstaatliches Recht (Naturrecht) gebunden ist. [...]. Zu dem überlieferten Institutionensystem tritt die Bindung des Gesetzgebers an das Gerechtigkeitsprinzip und die Grundwerte des Rechtsstaats hinzu, gesichert durch ein richterliches Prüfungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Rechtsstaat wird überwiegend verstanden als institutionell gesicherte Wertaktualisierung und nicht nur formal-technisch“ (Sp. 687 – Hv. i.O.). Einige Seiten später wird noch einmal nachgelegt: „Der Rechtsstaat ist unvereinbar mit ‚dezisionistisch-totalitärer Demokratie‘ (*Kägi*), die in der Nachfolge *Rousseaus* (Übertragung des absoluten Souveränitätsbegriffs Hobbes' vom Monarchen auf das Volk) und unter dem Einfluß des Rechtspositivismus, in der letzter Konsequenz durchgeführt im dezisionistischen Rechtsdenken, die absolute Souveränität der demokratischen Mehrheit behauptet.“ (Sp. 693 – Hv. i.O.). Die Demokratie müsse daher ihrerseits „wertgebunden“ sein, soll sie mit dem Rechtsstaat vereinbar sein (ebd.).

Später wird allerdings der „formelle“ Rechtsstaats-Begriff als in Frankreich vorherrschend bezeichnet, während für den „deutsche[n] Rechtsstaat im 19. Jahrhundert“ als charakteristisch angesehen wird, daß dieser die „Beibehaltung der Monarchie“, den bürgerlichen „Verfassungskompromiß mit der Krone“, der „jenseits aller Verfassung“ erhebliche „monarchische Prärogative“ zugestanden werden, beinhaltete (Sp. 697). Auf die englische Situation wird der deutsche Dualismus von „Rechtsstaat“ und „Demokratie“ projiziert, indem „Rule of Law“ und „Sovereignty of Parliament“ als ‚prinzipiell unvereinbar‘ bezeichnet werden, die erst „politisch-praktisch“ zum Ausgleich gebracht werden müßten (Sp. 696) – was aber übersieht, daß die englische *rule of law* eben nicht eine metaphysische *rule of justice* ist, wie sie der deutsche materielle Rechtsstaatsbegriff impliziert; bzw. übersieht, daß die britische Demokratie akzeptiert, daß das gewählte Parlament entscheidet, was mit dem Mittel der Staatsgewalt als „gerecht“ in einer Gesellschaft durchgesetzt werden soll.

Im Gegensatz zu einem derartigen ‚Positivismus‘ und ‚Formalismus‘ macht das *Staatslexikon* schon im dritten Absatz den *metaphysischen* Charakter des deutschen Rechtsstaats-Begriffs deutlich: In einem Rechtsstaat sei die Staatsgewalt „der Idee des Rechts“ (Sp. 685 – Hv. d. Vf.In) unterworfen. Diese „Idee des Rechts“ ist im *Staatslexikon* von 1961 – wohl eingedenk der „totalitären Vergangenheit“ (Sp. 687) und der wohl aus ‚dem Osten‘ drohenden ‚Gefahr‘, daß der „Eigenwert der individuellen Lebensbereiche [...] nur noch als [...] kollektives Dasein [ge]wertet“ (Sp. 690) wird – allerdings weniger von der traditionellen deutschen Gemeinschafts (vs. Gesellschaft)-Rhetorik als vielmehr von einer „religiös motivierten Personidee“ (Sp. 688) geprägt. Der Begriff der „Person“ wird dabei allerdings in dem einschlägigen Artikel (in dem im übrigen gegen „im Grund unwissenschaftliche[n] Positivismus“ und „positivisti-

sche Formalisierung“ [Sp. 206] polemisiert wird) des gleichen Lexikons in doppelter Opposition zu Liberalismus und Kommunismus (so kann wohl übersetzt werden) bestimmt: „Es [Das personale Denken] steht heute vor allem in der Abwehr und Überwindung des individualistischen wie des kollektivistischen Verständnisses des Menschen“ (Bd. 6, Sp. 200). – Hinsichtlich O. Koellreutter folgt das Staatslexikon dem Vorbild des *Großen Herder* und des *Brockhaus*.

### **9. „Meyers Enzyklopädische Lexikon“ von 1977: Mit der „Demokratisierung des politischen Systems“ verliert der Gesetzgeber das in ihn gesetzte Vertrauen und muß durch ein Verfassungsgericht kontrolliert werden**

Die 1977 erschienene neunte Auflage von *Meyers Enzyklopädischem Lexikon* enthält in Band 19 neben einem Artikel „Rechtsstaat“ einen ‚Sonderbeitrag‘ des ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Gerhard Leibholz<sup>48</sup>, zum Thema „Der Rechtsstaat und die Freiheit des Individuums“.

In dem Stichwort-Artikel wird der Rechtsstaat zunächst als Staat definiert, in dem der Staat verpflichtet ist, „das von der Volksvertretung gesetzte Recht zu verwirklichen“. Hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes des Begriffs „Rechtsstaats“ am Beginn des 19. Jahrhunderts wird aber die allgemeine Forderung wiedergegeben „dem Recht den Vorrang einzuräumen“ (Hv. d. Vf.In). Für die folgende Zeit wird dann auch von dieser Enzyklopädie eine ‚Verengung des Rechtsstaats-Gedankens auf das Formale‘ und auf die Legalität, die im NS „gesetzliches Unrecht“ ermöglicht habe, ausgemacht. Dem gegenüber gestellt wird schließlich der materielle Rechtsstaat der Bundesrepublik, „in dem die Staatsgewalt v.a. an die über bestehende Gesetze hinausgehende oder ihnen gar widersprechende Gerechtigkeit gebunden ist“.

Leibholz beginnt in seinem „Sonderbeitrag“ wie folgt: „Man pflegt von einem Rechtsstaat zu sprechen, wenn ein Staat im Rechte steht, d.h. wenn die politische Gemeinschaft durch das Recht sich zu einer Rechtsgemeinschaft erweitert hat.“ (677). Was bedeutet „durch das Recht“? Wo kommt das Recht her? Wer/welche bestimmt, was Recht ist? Wie gelangt die „politische Gemeinschaft“ an das Mittel „Recht“ um sich „durch“ dieses Mittel „zur Rechtsgemeinschaft zu erweitern“?

Die Ausführungen bleiben unklar, aber der Grundstein für die Inszenierung eines Konflikts ‚bloße‘ „politische Gemeinschaft“ *versus* ‚höhere‘, „erweiter[te]“ „Rechtsgemeinschaft“ ist gelegt. Zwar gesteht Leibholz zu: „Gewiß sind auch in einem Rechtsstaat Verfassung und Gesetze zunächst einmal politische Entscheidungen.“ Aber: Sie „müssen darüber hinaus in die Sphäre des Rechts transponiert werden“ (677).

<sup>48</sup> 1901 Berlin - 1982 Göttingen. 1938 - 1947 Emigration nach Britannien, wo „sich L. sehr [bemühte], dem Klischee entgegenzuwirken, der Nazismus sei ein typisch deutsches Phänomen“; stand der SPD nahe; von 1951 - 1971 Mitglied des BVerfG; von 1960 an u.a. Mitg. der *Politischen Vierteljahresschrift* (Munzinger-Archiv 2003).

Wie können „politische Entscheidungen [...] in die Sphäre des Rechts transponiert werden“? Wer „transponiert“ hier? Und was bedeutet „transponieren“? Leibholz beantwortet diese Fragen nicht. Aber es scheint sich nicht schlicht darum zu handeln, daß die politischen Entscheidungen dadurch in die „Sphäre des Rechts transponiert werden“, daß sie in einem Gesetzesblatt veröffentlicht werden. Vielmehr scheint es sich darum zu handeln – wie im folgenden deutlich wird –, daß (Rechts)philosophInnen, JuristInnen, VerfassungsrichterInnen und andere ExpertInnen für ‚höhere Werte‘ die Entscheidungen des Gesetzgebers darauf hin zu überprüfen haben, ob sie den „Eigenwert des Rechts akzeptier[en]“. Ein bloßer „Gesetzesstaat“ ist jedenfalls noch kein „Rechtsstaat“, so Leibholz (677).

Und für diejenigen, die immer noch nicht verstanden haben, worum es geht: Das Politische ist nach Leibholz „im Dynamisch-Irrationalen“ verhaftet, während das Recht „statisch rational angelegt“ sei (ebd.). Die von – als irrational aufgefaßten – ‚Massen‘ beeinflussten Entscheidungen des Gesetzgebers gilt es nach Maßgabe der Tradition, der Statik des ehrwürdigen Rechts, zurechtzustutzen.

Im Zeitalter der ‚Westintegration‘ in NATO, OECD und EG konnte dieser Diskurs von einem bundesdeutschen Verfassungsrichter freilich nicht mehr mit einer Polemik gegen ‚den Westen‘ verbunden werden. Vielmehr wird den USA bereits „zur Zeit ihrer Gründung“ – in einem Satz und ohne nähere Erläuterung – „ein spezifisch rechtsstaatliches Gepräge“ angedichtet, das die „Mehrzahl der europäischen Staaten [...] im Gefolge der Französischen Revolution“ übernommen habe (677).

Trotz dieser unziemlichen Verallgemeinerung wird im folgenden bei Leibholz deutlich, was das politische Motiv der in Wahrheit spezifisch deutschen zunehmenden Institutionalisierung der Überordnung eines ‚höheren‘, von den Gerichten verwalteten ‚Rechts‘ über das ‚bloße parlamentarische Gesetz‘ ist:

Im 19. Jahrhundert sei die Existenz einer Volkskammer „als Garantie dafür [erschieden], daß das, was in Form einer allgemeinen Regel vom Monarchen mit Zustimmung beider Kammern (Oberhaus und Volkskammer) [...] beschlossen wurde, auch den Anspruch erheben konnte, Recht im materiellen [...] Sinne zu sein. Es war unvorstellbar, daß ein zwischen dem Monarchen und den beiden Kammern ausgehandelter KOMPROMIß die Freiheitssphäre des Individuums nicht respektieren konnte.“ (678 – Hv. i.O.). Doch dann kam es für die Rechtsstaats-Verfechter zum Super-GAU; die zunächst nur diskursive Überordnung des Rechts über das Gesetz muß durch Zuweisungen eines richterlichen Prüfungsrechts (anfänglich den einfachen Gerichten, dann eines Verfassungsgerichts) gegenüber den Entscheidungen des Gesetzgebers institutionalisiert werden. Dieser Super-GAU bestand in der „fortschreitenden Demokratisierung des politischen Systems“, „Depossidierung der Monarchie“, „Entmachtung der Oberhäuser“ (678). Da die „parlamentarisch organisierten Volkskammern“ (ebd.) bei der Gesetzgebung nun nicht mehr einen „Kompromiß“ mit dem Monarchen schließen mußten, gingen sie des oben erwähnten Vertrauens verlustig: „Schon unter der Weimarer Verfassung

nahm z.B. das Reichsgericht in fortschreitendem Maße das Recht für sich in Anspruch, vom Parlament beschlossene Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.“ (ebd.). Diese Entwicklung wurde dann in der Bundesrepublik durch Schaffung des Bundesverfassungsgerichts „vervollständigt“ (ebd.). Leibholz bestreitet zwar, daß die Justiz damit eine „Suprematie“ gegenüber den anderen Gewalten (Legislative und Exekutive) erlangt habe; aber die Grenze der richterlichen Tätigkeit sieht er doch nicht beim Wortlaut der auszulegenden Gesetze und der auslegenden Verfassung als erreicht an, vielmehr könne deren „Sinngehalt“ zur „richterlichen Rechtsfindung“ herangezogen werden (679).

Nachdem Leibholz dann noch kurz auf den Begriff des „Sozialstaats“ bzw. des „sozialen Rechtsstaat[s]“ eingeht, endet er schließlich wie folgt: Der Rechtsstaat liege „in der Mitte zwischen liberaler Demokratie alter [ehrich wäre zu schreiben: westlicher] Prägung und dem Streben nach ideologischer sozialistischer Totalität“ (680). Damit wissen wir dann auch, warum nach 1945 die Differenz zwischen den ‚Ideen von 1789‘ und denen von ‚1914‘ etwas in den Hintergrund getreten ist – nach der Herausbildung eines zumindest nominell sozialistischen weltpolitischen Lagers war es notwendig, die gemeinsame Frontstellung der ‚Ideen von 1793‘ und ‚1914‘ gegenüber den Ideen von ‚1917‘ zu betonen... Zu fragen ist, ob der Konflikt zwischen Deutschland und dem Westen nach deutscher Wiedervereinigung und Zerfall des ‚Realsozialismus‘ wieder in den Vordergrund tritt. Bspw. der Konflikt mit den USA über die von der BRD forcierte Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofes könnte darauf hindeuten.

### **10. 1988: Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon: Die von der Mehrheit beschlossenen Gesetze stehen nicht über „DEM Recht“**

Auch in Albert Josef Aschls *Staats- und verfassungsrechtlichem Lexikon* (Walhalla u. Praetoria: Regensburg, 1988<sup>6</sup>, 465) wird die Überordnung (nicht nur der Verfassung, sondern) überpositiven Rechts über die Gesetze als Charakteristikum des Rechtsstaats erkannt: „Ein österreichisches Höchstgericht hat einmal ausgesprochen: ‚Es steht im Rechtsstaat kein Mensch über dem Recht und keiner außerhalb des Rechts‘, also im parlamentarisch-demokratischen Staat auch nicht eine oft hohe Mehrheit, die die neuen Gesetze schafft. Selbst das weiteste gesetzgeberische Ermessen kann von ihr nur im Rahmen der Verfassung [...] und des überpositiven Rechts [...] ausgeübt werden.“ (Hv. d. Vf.In).

### **11. 1994, 1996, 2000: Der Staat bleibt der „Rechtsidee“ unterworfen**

*Meyers neues Lexikon* von 1994 erläutert im Artikel „Rechtsstaat“ u.a. die Unterscheidung zwischen materiellem und formellen Rechtsstaat; ersterer wird charakterisiert als Staat, in dem die „Staatsgewalt auf die Rechtsidee der Gerechtigkeit“ verpflichtet ist. Die gleiche Definition gibt der – im gleichen Verlag (Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus) erschienene

---

– *Duden – Das Neue Lexikon* von 1996. Dian Schefold macht im Artikel „Rechtsstaat“ (in: Everhard Holtmann, *Politik-Lexikon*, Oldenbourg: München/Wien, 2000<sup>3</sup>, 576 - 580 [579]) folgende Beobachtung: „[D]ie Rechtsstaatlichkeit [dürfte] heute das von der Rechtsprechung am umfassendsten entwickelte Verfassungsprinzip sein, das insb. Sozialstaats- und Demokratieprinzip weithin überlagert und absorbiert.“

## **12. Resümee**

Der Rechtsstaat ist wichtiger als die Demokratie – so läßt sich auch dieser Durchgang durch Wörterbücher und Enzyklopädien resümieren.

**ANHANG B.: ANMERKUNGEN ZU:**

**LUIS AURELIO GONZÁLEZ PRIETO, EL FRANQUISMO Y EL ESTADO DE DERECHO, IN: SISTEMA, NR. 187, JULIO DE 2005, 3 – 33**

González Prieto vertritt in seinem Aufsatz die Auffassung, daß der Franquismus „zu keinem Zeitpunkt [...] ein authentischer Rechtsstaat“ war (4 – alle Übersetzungen d. Vf.In). Damit ist G.P. repräsentativ für die in der – in Bd. 3 dieser *working papers* veröffentlichten – Literaturstudie von Emilia Girón Reguera dargestellte vorherrschenden Ansicht in Spanien, daß das Franco-Regime kein ‚richtiger‘ Rechtsstaat war. Beachtung verdient der Aufsatz von G.P. allerdings vor allem deshalb, weil er die Wahrheit ausspricht, daß der Franquismus selbst durchaus beanspruchte, ein „wahrer Rechtsstaat“ zu sein (4).

Nun beansprucht allerdings auch das heutige Spanien ein Rechtsstaat zu sein – und G.P. hält diesen Anspruch für berechtigt. Wie läßt sich nun der dadurch entstehende Verdacht einer historischen Kontinuität aus dem Weg räumen?

G.P. behauptet, zunächst sei der Franquismus „vollständig gegen den Rechtsstaat“ gewesen (3 – resumen). Später habe er dann zwar behauptet, ein Rechtsstaat zu sein, aber dies sei bloße „Schminke“ (8, 33) gewesen.

Allerdings vermag G.P. keinen Beleg für seine Behauptung anzuführen, daß der Franquismus anfangs „totalmente“ gegen DEN Rechtsstaat gewesen sei. Und er verzichtet auch auf eine genauere Erörterung des heutigen spanischen Rechtsstaat-Verständnisses, was Voraussetzung für den Nachweis wäre, daß es einen relevanten Unterschied zwischen dem „wahren Rechtsstaat“ (4), auf den sich der Franquismus berief, und dem „authentischen Rechtsstaat“ (ebd.), auf den sich G.P. bezieht, gibt.

Statt dessen legen die Ausführungen von G.P. eine Schlußfolgerung nahe, die G.P.s eigener Schlußfolgerung zu wider läuft: Die franquistische Kritik richtete sich ausschließlich gegen ein formelles, liberales Rechtsstaats-Verständnis (oder wie wir der Klarheit halber zu sagen vorziehen würden: gegen eine gesetzesstaatliche Konzeption), während der Anspruch, ein materielle Rechtsstaat zu sein, durchaus zurecht erhoben wurde. Wenn das deutsche, materielle Rechtsstaats-Verständnis Maßstab für ein „authentisches“ Rechtsstaats-Verständnis ist, dann war Franco-Spanien ein authentischer Rechtsstaat. Dies soll im folgenden erläutert werden.

**1. War der Franquismus zunächst grundsätzlich gegen DEN Rechtsstaat?**

Auch wenn G. P. behauptet, der Franquismus habe zunächst eine „posición totalmente contraria al Estado de Derecho“ (3 – resumen) eingenommen, so führt er doch kein Zitat an, daß sich gegen DEN Rechtsstaat überhaupt oder gar gegen den ‚materiellen‘ Rechtsstaat wendet.

Vielmehr haben schon die Zitate franquistischer Autoren aus der Zeit bis zum Ende des II. Weltkrieges, die G.P. anführt, eine spezifische Stoßrichtung gegen den liberalen, formellen, modernen (oder wie sich die franquistischen Ideologen selbst ausdrücken: internationalistisch kapitalistisch-bolschewistischen [vgl. FN 21]) Rechtsstaat:

So wendet sich der Rechtsphilosoph Legaz (den G.P. ausgiebig und immer wieder als Repräsentanten der franquistischen Haltung zum Rechtsstaat zitiert)

- gegen die „unpersönliche HERRSCHAFT DES GESETZES, die der Rechtsstaat einführt“ (6 – Hv. i.O.),
- gegen den „Anarchismus, der latent im Liberalismus“ schlummere (6, FN 11)<sup>1</sup>,
- gegen eine Auffassung, für die „das Juristische das RECHT ist“ (7 – Hv. i.O.) (eine Auffassung, die „durch ihren Formalismus“ [7] charakterisiert sei. D.h.: für Legaz ist das Recht KEINE FORM, sondern eine SUBSTANZ – eine Sichtweise die im Deutschen ausgedrückt wird, wenn pejorativ von „formal-juristisch“ gesprochen und demgegenüber das ‚wahre Recht‘ hochgehalten wird.).

Legaz wendet sich wohl schon 1940 nicht dagegen, daß der Staat dem in diesem Sinne substantiellen *Derecho* unterworfen ist, sondern hält es (wohl: ausschließlich) für ein „Mysterium“, daß der Staat einer (bloßen formellen!, s. vorstehend: das Juristische sei nicht das Recht) „juristischen Ordnung“<sup>2</sup> (8) unterworfen sein soll.

(Legaz' Gegenüberstellung von ‚homogener Demokratie‘ [8] und ‚diskutierendem [d.h.: nicht-homogenen] Parlamentarismus‘ [7] entspricht im übrigen der Auffassung von Carl Schmitt:

„Der Reichspräsident wird vom ganzen deutschen Volk gewählt, und seine politischen Befugnisse gegenüber den gesetzgebenden Instanzen (insbesondere Auflösung des Reichstags und Herbeiführung eines Volksentscheids) sind der Sache nach nur ein ‚Appell an das Volk‘. Dadurch, daß sie den Reichspräsidenten zum Mittelpunkt eines Systems plebiszitärer wie auch parteipolitisch neutraler Einrichtungen und Befugnisse macht, sucht die geltende

<sup>1</sup> G.P. scheint mir Legaz in dem zu dieser FN gehörenden Haupttext ungenau darzustellen:

Im Haupttext legt G.P. (ohne Anführungszeichen zu verwenden) nahe, Legaz lehne den Rechtsstaat 1940 ab, da in ihm „ein latentes Mißtrauen gegen die Volksmasse niste“. Wie die Gegenüberstellung von latent anarchistischem Liberalismus und „demokratischer organisierter [Staats]gewalt“ in dem in FN 11 von G.P. wörtlich angeführten Legaz-Zitat zeigt, sorgt sich Legaz 1940 (was nicht weiter überraschend ist) nicht um die revolutionären Massen (Plural!) des Marxismus oder auch nur der Französischen Revolution, sondern es geht ihm um die von einem *caudillo* homogenisierte (vgl. 8) Masse (Singular!). Dem Rechtsstaat billigt nun Legaz zu, den latent im Liberalismus schlummernden Anarchismus „mit einem Minimum an demokratisch organisierter [Staats]gewalt“ gemäßigt zu haben.

D.h.: Legaz kritisiert in dem wörtlich angeführten Zitat gerade NICHT das Mißtrauen gegen selbständig tätige Volksmassen, sondern er plädiert FÜR die Homogenisierung und Disziplinierung der Volksmassen, um den latent selbst noch im Liberalismus vorhandenen ANARCHISMUS AUSZUSCHALTEN. Und dem Rechtsstaat wird zu gute gehalten, dies bedingt („con un *minimum*“) zu leisten.

Der Rechtsstaat wird von Legaz also schon 1940 bedingt positiv bewertet: Das liberale Element, das in den Rechtsstaats-Kompromiß einging, muß nur noch beseitigt werden, und wir erhalten die von Legaz gewünschte franquistische „organische Demokratie“ (4, 20, 33) (Legaz' [wenn auch: „demokratisch“] „organisierte [Staats]gewalt“ dürfte bei diesem – ALS GEGENBEGRIFF ZU LIBERAL-ANARCHISTISCH – für keinen anderen Inhalt als „*democracia orgánica*“ stehen).

**Der Franquismus kritisiert – anders als G.P. suggeriert – NICHT das Mißtrauen gegen die Volksmassen; der franquistische Demokratie-Begriff bedeutet keine Bezugnahme auf die Volksmassen als Souverän, sondern fungiert über die Beiwörter ‚homogéneo‘ (8), ‚orgánica‘ (4, 20, 33), ‚organizada‘ (11) als Rechtfertigung der Diktatur über das reale – nicht homogene, sondern von widersprüchlichen Interessen gekennzeichnete – Volk.**

<sup>2</sup> Eine Übersetzung von „orden jurídico“ mit Rechtsordnung wäre hier unpassend, da dies unterschlagen würde, daß Legaz Recht / *derecho* und Juristisches / *jurídico* entgegensetzt.

Reichsverfassung gerade AUS DEMOKRATISCHEN PRINZIPIEN HERAUS EIN GEGENGEWICHT GEGEN DEN PLURALISMUS sozialer und wirtschaftlicher Machtgruppen zu bilden und die EINHEIT DES VOLKES ALS EINES POLITISCHEN GANZEN zu WAHREN.“ (Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931<sup>1</sup>, 1996<sup>4</sup>, 159 – Hv. d. Vf.In).

Und Carl Schmitt führt damit wiederum den rechts-katholischen Philosophen des 19. Jh.s, Donoso Cortés, weiter:

„Es liegt, nach Donoso, im Wesen des bürgerlichen Liberalismus, sich in diesem Kampf [der „heute zwischen dem Katholizismus und dem atheistischen Sozialismus entbrannt ist“] nicht zu entscheiden, sondern statt dessen eine Diskussion anzuknüpfen [scil.: anzufangen]. Die Bourgeoisie definiert er geradezu als eine ‚diskutierende Klasse‘, una CLASA DISCUTIDORA. [...]. Eine Klasse, die alle politische Aktivität ins Reden verlegt, in Presse und PARLAMENT, ist einer Zeit sozialer Kämpfe nicht gewachsen.“ [Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin, 1922<sup>1</sup>, 1990<sup>5</sup>, 75 – gesperrte Hv. und „clasa“ <statt „clase“> i.O.; außerdem auf S. 60, 65, 66, 72, 73: „Cortes“ <statt „Cortés“>; KAPITALCHEN d. Vf.In.]

Die frühe franquistische ‚Rechtsstaats-Kritik‘ scheint sich also nicht gegen den Rechtsstaat im allgemeinen (und den ‚materiellen‘ Rechtsstaat im besonderen), sondern ausschließlich gegen ein formelles, liberales Rechtsstaats-Verständnis zu richten, und es wird – wie von Carl Schmitt in Deutschland – eine ‚homogene Demokratie‘ dem parlamentarischen Pluralismus gegenübergestellt (auch insoweit wird also eine – homogene – Substanz einem formellen Verfahren [Parlamentarismus] gegenübergestellt).

## **2. Kam es nach 1945 zu einem „substantiellen“ Positionswechsel?**

In Anbetracht der sub 1. dargestellten Stoßrichtung gegen den (juristischen) Formalismus und (politischen) Liberalismus nimmt Legaz – anders als G.P. meint – auch nach 1945 keine „grundlegende Änderung seiner Haltung“ (9) vor:

Mag Legaz vielleicht auch vor '45 nicht ausdrücklich für den (materiellen) Rechtsstaat votiert haben, so votierte er (wie die von G.P. selbst angeführten Zitate zeigen) doch ausschließlich gegen den formellen Rechtsstaat – und diese Linie setzt er nach 1945 konsequent fort!

Es bleibt bei der Ablehnung des modernen (d.h.: liberalen, formellen) Rechtsstaats, und hinzukommt die Anerkennung des mittelalterlichen Rechtsstaats (9).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> G.P. legt dagegen nahe, daß der mittelalterliche Staat kein „wahrer“ Rechtsstaat war (dies habe auch Legaz selbst in vor-franquistischer Zeit gesagt [9, FN 26]). Mit seiner Auffassung kann sich G.P. freilich nicht auf die deutsch-sprachige Diskussion berufen.

Denn Legaz bezieht sich (wohl zurecht [auch G.P. behauptet nichts anderes]) auf Bluntschli und Weber. Und im Brockhaus von 1933 heißt es im (noch nicht spezifisch nationalsozialistisch geprägten) Artikel „Rechtsstaat“: „Schon im mittelalterlichen germanischen Staatswesen war die Staatsgewalt der Rechtsordnung unterworfen. Die Beziehungen der Untertanen zum Staatsoberhaupt waren hier als ein auf Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten beruhendes, den Schutz durch die öffentlichen Gerichte genießendes Rechtsverhältnis ausgestaltet“. Auch 1961 ist das *Staatslexikon* (Bd. 6), das in Sp. 685 ebenfalls Webers „mittelalterlichen Rechtsstaat“ erwähnt, noch der Ansicht: Der Rechtsstaat wurde im Konstitutionalismus verwirklicht, und in letzterem „vereinigten“ sich „das Erbe des freiheitlichen antiken und mittelalterlichen Staatsdenkens [...], die Ergebnisse der naturrechtlichen Staatslehre der Neuzeit“ und noch anderes mehr (Sp. 696). – Treffender wäre wohl zu sagen: Von den neuzeitlichen Ideen bleibt im Rechtsstaat das übrig, was mit dem „antiken und mittelalterlichen Staatsdenken“ vereinbar ist.

Und auch der „[i]m Auftrag der Hanns-Seidel-Stiftung“ handelnde Herausgeber, Bernd Rill, des Bandes „*Fünfzig Jahre freiheitlich-*



Es bleibt bei der Kritik daran, „den Staat mit der juristischen Ordnung zu identifizieren“ (10). IM GEGENSATZ ZU KELSEN sagt Legaz, „nicht jeder Staat ist ein Rechtsstaat“ (10).

(Kelsen geht es mit seiner These ‚Jeder Staat ist ein Rechtsstaat‘ NICHT darum, jeden Staat als Rechtsstaat [im emphatischen Sinne] zu AFFIRMIEREN. Vielmehr zielt Kelsens These darauf, die demokratische oder undemokratische Rechtsgenese zum Kriterium der Bewertung des Rechts zu machen. Allein Kelsens These schließt aus, den demokratischen, formellen Gesetzen ein höheres, substantielles Rechtsstaats-Recht überzuordnen, während es Legaz genau darum geht, demokratisch beschlossenen Gesetzen im Zweifelsfall ein höheres Recht überzuordnen.)

Es bleibt also bei Legaz auch nach 1945 bei der Gegenüberstellung von juristischem Formalismus und substantialistischem Recht.

Und spätestens jetzt, nach '45, wird von Legaz auch ausdrücklich gesagt, daß der Staat diesem un-formellen, substantialistischen Recht unterworfen ist: „Das Recht benötigt nicht den Staat, um zu existieren, aber der Staat kann nicht ohne Recht existieren.“ (11, s.a. den letzten Satz im Haupttext auf dieser Seite nebst FN 35). Legaz geht es hier nicht um die banale These, daß es keinen Staat ohne Gesetze gibt, sondern darum, ein höheres, substantielles Recht bereit zu halten, das von formellen Rechtssetzungsverfahren unabhängig ist. Dieses höhere, substantielle Recht, dem der Staat nach Legaz unterworfen ist, ist das katholische Naturrecht und sein „Personalismus“ (12 - 15 [bes. 12 f.]). (Beides stand im übrigen auch in der Nachkriegs-Bundesrepublik hoch im Kurs<sup>4</sup>; später wurde dann lieber von „objektiver Wertordnung“ gesprochen.

---

*demokratischer Rechtsstaat*“ (Baden-Baden, 1999 [!]) entdeckt in seiner „Einführung“ (S. 9 - 12) in der „staatlichen Tradition der Deutschen“ weit zurückliegende, positive Anknüpfungspunkte für „unsere rechtsstaatliche Kultur“, die dem moderneren französischen Nachbarn überlegen gewesen seien: nämlich „die Rechtskultur, die sich im Heiligen Römischen Reich zwischen den einzelnen staatlichen Subjekten untereinander sowie teilweise auch zwischen Untertan und Obrigkeit (z.B. in Ansätzen bereits durch den Augsburger Religionsfrieden von 1555) entwickelt hatte und die gerade in ihrer verästelten Kompliziertheit ein Ausmaß an innerem Rechtsfrieden erreichte, wie es etwa bei dem vielbewunderten, absolutistischen französischen Nachbarn nur durch massiven Druck der Versailler Zentrale und entsprechende rigide Bürokratisierung, die dann doch nicht immer vor Willkür schützte, durchgesetzt werden konnte.“ (10).

Der Augsburger Religionsfrieden (der unter AUSSCHLUß der Zwinglianer und Calvinisten erfolgte) begründete aber gerade KEINE individuelle Religionsfreiheit, sondern „cuius regio, eius religio“. Dieser Grundsatz „bewirkte lediglich den Übergang des Religionszwangs vom Kaiser auf die Partikulargewalten“ (Preuß-AK-GG, 1984, Art. 4 I, II, RN 2).

<sup>4</sup> So berief sich bspw. das *Staatslexikon* der Görres-Gesellschaft von 1961 (Bd. 6, Sp. 690) für die Rechtsstaats-Idee neben „säkularre[m ...] Freiheitsbegehren“ auch auf „die religiös motivierte Personenidee“. So war es „die katholische Naturrechtslehre in Gestalt des Neothomismus des 19. Jahrhunderts, welche die Ernte [der sog. „Naturrechtsrenaissance“, d. Vf.In] einfuhr! Und diese Richtung stand, wie man weiß, den Demokratisierungstendenzen in Staat und Gesellschaft keineswegs besonders aufgeschlossen gegenüber.“ –

„Das scholastische Naturrecht“ paßte nicht nur – wie G.P. erwähnt – „perfekt zu dem Gesellschaftssystem, das der Franquismus anstrebte und zu dessen hierarchischer Struktur“ (14). Es diente auch als Begründung dafür, daß sich der BGH nicht dazu durchringen konnte, Art. 3 II GG („Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“) auch im Familienrecht anzuwenden: „Was die Menschen- und Personalwürde angeht, so sind Mann und Frau völlig gleich ... Streng verschieden sind sie [...] in ihrer seinsmäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Ordnung der Familie, die von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar ist“ etc. (BGHZ 11, Anhang, S. 58 zit n. Walter, *Hat der juristische Positivismus, die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?*, in: Dreier/Sellert, *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Suhrkamp: FfM, 1989, 323 - 354 [347 f.]). Die Personalwürde ist zwar gleich, aber gerade die Personalwürde erfordert „Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.“ (s. ebd. 347; vgl. G.P., 14: „Das scholastische Naturrecht betrachtet die Gesellschaft nicht als unorganische Struktur gleicher Individuen, sondern als vollkommen hierarchisiertes, organisches Ganzes“).

Dies ging dann allerdings im vorliegenden Falle selbst dem BVerfG zu weit, obwohl es in seiner Rechtsprechung zu Art. 3 I GG ebenfalls dem Motto der ‚Ungleichbehandlung des Ungleichen‘ folgt (zu den dadurch entstehenden Ambivalenzen dieser – von ihm selbst miterstrittenen – Entscheidung s. Ridder, *Männer und Frauen sind gleichberechtigt*, in: Bracher et al., *Die moderne Demokratie und ihr Recht* (FS Leibholz), Tübingen, 1965, 219 - 236 [bes. 221 f.]).

„Die Naturrechtsdiskussion fand in der [bundesdeutschen, d. Vf.In] Staatsrechtslehre ihre Fortsetzung in der Debatte über die Interpretation der Grundrechte als Wertordnung bzw. als ein Wertsystem. [...] Einen entscheidenden Anstoß erhielt die Debatte durch Günter Dürig [...]. Dürig kam vom katholischen Personalismus her.“ Das Grundgesetz wurde weiterhin mit einem „extra-konstitutionellen Inhalt aufgeladen [...]. In engem Zusammenhang mit der Interpretation des Grundgesetzes als einer Wertordnung stand die Interpretation des Rechtsstaatsprinzips in einem materiellen Sinne. [...] Die Abendland-Ideologie, der Personalismus und Elemente eines dezidiert gemeinschaftsorientierten Denkens fanden in diesem Zusammenhang unter den Staatsrechtslehrern besonderen Anklang. [...] den egoistischen Individualismus [wertete man] als westeuropäisch-amerikanischen Import und setzte abendländische Gemeinschaftsbezogenheit dagegen.“ (Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration*, München, 2004, 193, 195, 196, s.a. 97, 193 - 195 mit Lit.hinweis auf: Maier, *Katholische Sozial- und Staatslehre und neuere deutsche Staatslehre*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 1968, 1 - 36).

„Die Staatsrechtslehre hielt während der fünfziger Jahre überwiegend an ihrem traditionellen Etatismus fest.“ (198) „Die staatsrechtlichen Konzepte, mit deren Hilfe eine solche Einschleusung konservativer Ordnungsvorstellungen erfolgte, waren allerdings kein Produkt der Nachkriegszeit, sondern sie waren allesamt bereits von der geisteswissenschaftlichen [d.h.: anti-positivistischen, d. Vf.In] Richtung [der Weimarer Staatsrechtslehre] Ende der zwanziger Jahre entwickelt worden. [...] die Kontinuitätslinien setzten sich nach 1933 fort: Es ist bereits häufig betont worden, daß – entgegen dem Selbstverständnis der Nachkriegszeit – der Nationalsozialismus dem überpositiven Rechtsdenken sehr viel näher stand als dem Rechtspositivismus“ (196, 197). So hatte bspw. Carl Schmitt 1934 gelobt: „Das aristotelisch-thomistische Naturrecht des Mittelalters z.B. ist rechtswissenschaftliches Ordnungsdenken.“ [zit. n. Walter, a.a.O. <FN 4>, 349; zum Weiterleben dieses Ordnungsbegriffs in der Nachkriegs-Rechtsprechung des BGH s. ebenfalls FN 4].

War nun – da ja nach G.P. das franquistische Rechtsstaats-Verständnis dem „wahren“ Rechtsstaat nicht adäquat ist – die BRD der 50er Jahre [ob es in den 60er Jahren einen Bruch in der BRD-Staatsrechtslehre gab, sei an dieser Stelle offengelassen] KEIN Rechtsstaat? Oder war das franquistische Rechtsstaats-Verständnis vielleicht doch ‚authentischer‘ [vgl. 4] als G.P. meint?!

Der franquistische Rechtsstaat nimmt für sich in Anspruch „nicht nur die formale Freiheit [...], sondern wahre materielle Freiheit zu garantieren“ (16). Daran anknüpfend schildert G.P. ausführlich die ‚franquistische‘ Theorie des Übergangs vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat – die freilich nicht spezifisch franquistisch ist, z.B.:

- „es sei unmöglich von sozialer Gerechtigkeit zu sprechen, die nicht Sicherheit als grundlegenden Inhalt hat“ (17), so die franquistischen Theoretiker, denen G.P. unterstellt, sich nach '45 nur aus kosmetischen Gründen auf den Rechtsstaat zu berufen. Könnte aber das angeführte Zitat nicht auch das eines SPD-Politikers, z.B. von Helmut Schmidt, sein, dem G.P. sicherlich nicht unterstellen würde, kein „authentisches“ Rechtsstaats-Verständnis zu vertreten? Und Philip Kunig, von 1992 bis 2000 Richter am Berliner Verfassungsgerichtshof, faßte 1986 in seiner Habil.-Schrift die Rechtsprechung des BVerfG, dem G.P. wahrscheinlich ebenfalls kein ‚un-authentisches‘ Rechtsstaats-Verständnis unterstellen würde, und die Äußerungen der bundesdeutschen Rechtswissenschaft zum Rechtsstaatsprinzip wie folgt zusammen: „Nur wenige Grundgedanken stehen hinter jeder Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip, nämlich das Streben nach Gerechtigkeit, nach Sicherheit im und durch Recht, nach staatlicher

Effizienz: Keine [...] Rechtsbehauptung [...], die sich nicht einer dieser Grundforderungen oder sogar mehreren zuordnen ließe!“ (S. 225, 226).<sup>5</sup> Auch das bundesdeutsche Rechtsstaats-Verständnis ist also sicherheitszeits-zentriert. Darüber hinaus zeigt er, daß das Rechtsstaatsprinzip in der Rechtsprechung des BVerfG praktisch keine Verstärkung der Justizgrundrechte aus Art. 101 II 2 und 103 I GG bewirkt (zusammenfassend: 164). Was zählt, sind also auch im „authentischen Rechtsstaat“ nicht die ‚formellen‘ Justizgrundrechte der Individuen gegen den Staat, sondern Sicherheit für und durch den Staat: Das ist die Vorstellung sowohl des deutschen Verfassungsgerichts und der deutschen vor-neoliberalen Sozialdemokratie als auch des Franquismus.

- Fraga Iribarne, unter Franco Informationsminister und bis August 2005 Regierungschef der Autonomen Region Galicien, schrieb 1958: „Un Estado de Derecho que no sea un Estado legal, únicamente preocupado por un concepto limitado de ‚juridicidad““ / „Ein Rechtsstaat ist kein legal[istisch]er Staat, der sich nur um ein beschränktes Konzept von Gesetzlichkeit<sup>6</sup> kümmert.“ (18, FN 73). Ist das nicht die gleiche Position, wie die oben auf S. 59 schon zitierte von Lange, der sich gegen den „leere[n] Positivismus“ wendet, der sich „mit der formellen Rechtskraft des Gesetzes“ begnüge statt sich um „das Recht“ zu kümmern.
- Das GLEICHZEITIGE Betonen, daß der Staat für das Erreichen von Wohlstand (Wohlfahrt) als nicht Gegner erscheint (18, FN 67), und daß der „soziale Rechtsstaat“ aber trotzdem nicht bedeute „die Persönlichkeitsrechte zu vergessen“ (19, FN 74) – ist das nicht eine Paraphrase des Investitionshilfe-Urteils des Bundesverfassungsgerichts von 1953: Das Grundgesetz garantiere „weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine NUR mit marktkonformen Mitteln zu steuernde Marktwirtschaft“. Begründung 1 (für die ‚auch nicht-marktkonformen‘ Mittel):

<sup>5</sup> Auch wenn er die „wilde Hochkonjunktur“ der Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip (vgl. 15) und die „methodische Unbekümmertheit“ (49 f.; s.a. 65: „nicht sorgfältig begründeten Äußerungen“ et passim) mit der dies geschieht, durchaus kritisch sieht, so scheint ihm doch die Diskussion über ein materielles oder formelles Rechts(staats)-Verständnis ein vor allem politisch induziertes, großes Mißverständnis zu sein: Es sei „ein Abstraktionsniveau erreicht, das eine Verständigung von vornherein ausschließt, eben weil es nur um die Ausfechtung politischer Grundpositionen geht.“ Näheres Hinsehen zeige freilich, „daß weder die eine Seite die Existenz von Grundrechten noch die andere Seite diejenige demokratischer Gesetzgebungsmechanismen bestreitet.“ (27). Und so ist denn sein Ziel, einerseits die Berufung auf ein nicht der Subsumtion zugängliches allgemeines (d.h.: ungeschriebenes) Rechtsstaatsprinzip einzuschränken oder zu beseitigen, andererseits diesen Verlust für die herrschende Lehre und Rechtsprechung aber möglichst schmerzlos zu machen, indem er andere Möglichkeiten aufzeigen möchte, um zum gleichen Ergebnis zu kommen (35).

Kunig sieht also in der Berufung auf ein allgemeines Rechtsstaatsprinzip vor allem ein Problem der mangelnden Professionalität der juristischen Argumentation (was sie sicherlich auch ist); ernsthafte anti-demokratische Folgen (vgl. 37) erscheinen ihm dagegen – in Anbetracht der „Vagheit, Verschwommenheit“ (125) und „Floskelhaftigkeit“ (233 ff.), mit der sich für „ganz Unterschiedliches, ja Gegensätzliches“ (124, s.a. 43) auf den Rechtsstaat berufen wird, als unwahrscheinlich. –

Kunigs Habilitation erfolgte an der Universität Hamburg, wohl bei Ingo von Münch. Mittlerweile hat Kunig die Herausgeberschaft des von von Münch begründeten Grundgesetz-Kommentars übernommen. – Von Münch ist außerhalb der Rechtswissenschaft vor allem als Hamburger FDP-Politiker der 2. Hälfte der 80er und frühen 90er Jahre, u.a. als Senator einer sozialliberalen Koalition, bekannt geworden (vgl. <http://www.munzinger.de>).

<sup>6</sup> Auf Kastilisch steht „juridicidad“ in (Anführungszeichen). Slabý übersetzt „juridicidad“ als: „strenge Befolgung des Rechts, Gesetzlichkeit, Legalität.“ Und die RAE erklärt: „1. Cualidad de jurídico. 2. Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos y sociales.“ / „1. Eigenschaft des Juridischen 2. eine Tendenz oder Meinung, die der Vorherrschaft von strikt juristischen Lösungen in politischen und gesellschaftlichen Angelegenheiten zuneigt.“

„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums. Das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ...“; Begründung 2 (warum, die „eigenverantwortliche freie Unternehmerpersönlichkeit“ trotzdem erhalten bleiben muß): „... ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“<sup>7</sup>. Worum es sowohl den franquistischen Autoren als auch dem Bundesverfassungsgericht geht, ist folgendes: Um allgemeine Wohlfahrt zu erreichen, bedarf es nicht etwa eines schwachen Staates (wie der klassische, westliche Liberalismus lehrt), oder gar einer Abschaffung oder eines Absterben des Staates (wie die AnarchistInnen und KommunistInnen lehren), sondern eines starken Staates, aber dieser starke Staat darf natürlich nicht über Gebühr die freie Unternehmerpersönlichkeit beschränken, d.h. den Kapitalismus als solchen in Frage stellen (was unterschiedliche Ansichten darüber, WIE stark der Staat im einzelnen sein muß, nicht aus, sondern einschließt). – Pérez Botija berief sich denn auch 1958 ausdrücklich auf „zeitgenössische deutsche Konzeptionen“ (19, FN 74).

Schließlich führt G.P. als Resümee der franquistischen Doktrin vom „sozialen Rechtsstaat“ folgendes Zitat des Naturrechtlers Pablo Lucas Verdú an: „Der heutige Rechtsstaat hat aufgehört, formal, neutral und individualistisch zu sein, um sich in einen materiellen Rechtsstaat zu verwandeln.“ (20).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> zit. n. Helmut Ridder, „Das Menschenbild des Grundgesetzes“. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland, in: *Demokratie und Recht* 1979, 123 - 134 (129, 131) – Hv. d. Vf.In. Kommentar von Ridder: „So [durch diese Rechtsprechung] gewinnt der Gesetzgeber die volle Freiheit, die ‚soziale Marktwirtschaft‘ in toto durch die ‚soziale Marktwirtschaft‘ zu ersetzen.“ (131). Denn nicht anderes als „freie Unternehmerpersönlichkeit“ + Staatsinterventionismus ist die „soziale Marktwirtschaft“.

Im Text des Grundgesetzes kommen aber weder das Wort „Markt“ noch mit diesem gebildete Komposita, noch das Wort „Unternehmerpersönlichkeit“ vor. Auch mit dem Wortstamm „Unternehm-“ gebildete Wörter kamen im ursprünglichen Text des Grundgesetzes nur in den Vorschriften vor, die es dem Bundespräsidenten und den Mitgliedern der Bundesregierung verbieten, der Leitung eines „auf Erwerb gerichteten Unternehmens“ anzugehören. (Daraus läßt sich kaum schlußfolgern, daß es auf privaten „Erwerb gerichtete Unternehmen“ geben muß und daß diese auf einem ‚freien‘ oder „sozialen“ Markt konkurrieren müssen – auch wenn es sie nach dem GG zweifelsohne geben darf, soweit der Gesetzgeber nichts anderes beschließt.) Neu hinzugekommen sind 1993 und 1994 die Vorschriften über die Umwandlung der Bundesbahn und der Bundespost in „Unternehmen“. Art. 14 I 2 GG bestimmt: „Inhalt und Schranken [des Eigentums] werden durch die Gesetze bestimmt.“ Und die „freie Entfaltung [d]er Persönlichkeit“ in Art. 2 I GG steht unter einem umfangreichen Katalog von Vorbehalten (die hier nicht im einzelnen interpretiert werden können), wohingegen Art. 15 Satz 1 GG bestimmt: „Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden.“ Nach dem realen Grundgesetz ist der Gesetzgeber also nicht nur befugt, über die Anwendung einzelner, nicht markt-konformer Steuermittel zu entscheiden, sondern sich insgesamt für ein nicht-marktwirtschaftliches Wirtschaftssystem zu entscheiden. (Daß dies mit erheblichen Schwierigkeiten NICHT-juristischer Art sowohl hinsichtlich der Durchsetzung als auch der Aufbringung und anschließenden Verwendung der Entschädigung verbunden wäre, liegt allerdings auf der Hand.)

Erst dem Entwurf der EU-Verfassung verdanken wir den Vorschlag eines Art. I.3.3.: „La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado [...] en una economía social de mercado altamente competitiva, [...]“

<sup>8</sup> Zur Ablehnung des Individualismus in der bundesdeutschen Nachkriegs-Rechtsprechung s. bspw. BGHSt 6, 189: „Die Ansicht, Ehre stehe nur der Einzelperson zu, ist zu individualistisch“. Im vorliegenden Fall hatte der BGH zu entscheiden, ob eine GmbH (186, 187) gegenüber politisch motivierten Überzeugungstätern (192; wie die umstrittene Äußerung lautete, wird in dem Urteil leider nicht wiedergegeben) strafrechtlichen Ehrenschatz genießt. Der BGH bejaht dies, obwohl lange Zeit nur natürliche Einzelpersonen als ehrfähig galten. Erstmals in der Zeit des NS erkannte das Reichsgericht an, daß eine Personenmehrheit (in dem Fall wohl noch: eine Mehrheit natürlicher Personen; keine juristische Person) ehrfähig ist. Der BGH nennt nur die Quelle (RGSt 70, 140), aber nicht das Jahr, aus dem die Entscheidung stammt (anhand der Bandzählung ist zu vermuten, daß es sich in etwa um das Jahr 1935 handeln muß). Auch der BGH ist zwar der Ansicht, daß der Gemeinschafts-Gedanke im NS „übertrieben“ wurde (189). Dies hindert ihn aber nicht, nunmehr an der neuen Rechtsprechung festzuhalten und sie auch noch auf juristische Personen auszudehnen: Denn nunmehr, keine neun Jahre nach Kriegsende, steht das „nationalsozialistische ‚Gemeinschaftsdenken‘ [...] nicht mehr im Wege“ (191); eine Wiederholung ist anscheinend nicht zu befürchten – und so kann denn der strafrechtliche Ehrenschatz weiter ausgeweitet werden. Dem Reichsgericht wird sogar vorgeworfen, „noch zu sehr“ an der – als „unsystematisch“ klassifizierten und damit

Es gab also nach dem von G.P. selbst präsentierten Material nach 1945 keinen grundlegenden Wandel der franquistischen Haltung zum Rechtsstaat: Ein formelles Rechtsstaats-Verständnis wird weiter abgelehnt. Und die Berufung auf den ‚materiellen‘ Rechtsstaat wird sich kaum als „Schminke“ abtunlassen, stimmen doch die franquistischen Argumentationsmustern mit deutschen Argumentationsmustern, denen G.P. wohl kaum ein „authentisches“ Rechtsstaats-Verständnis absprechen wird, überein.

### **3. Die Internationale Juristenkommission – eine Kronzeugin für G.P.s Ansicht?**

Des weiteren beruft sich G.P. für seine Auffassung, daß das franquistische Rechtsstaats-Verständnis nicht das „wahre“ sei, auf die Internationale Juristenkommission. Das ist zumindest insoweit wahr, als die Internationale Juristenkommission<sup>9</sup> die Verhältnisse im franquistischen Spanien kritisiert hatte.

Daß sie diese Kritik im Namen des „Rechtsstaats“ geführt hat, wird allerdings nicht (durch ein wörtliches Zitat) belegt. Der englische Titel deren Berichts lautete jedenfalls „Spain and the Rule of Law“; und dies wird in der frz. Fassung, die G.P. zitiert, richtigerweise nicht als ‚L’Espagne et le État de droit‘, sondern – passender, aber nicht perfekt – als ‚L’Espagne et la primauté du droit‘ (*Spanien und der Vorrang des Rechts*) übersetzt.

Aber selbst, wenn dort irgendwo das Wort „État de droit“ vorkommen sollte, so würde dies nicht viel besagen, denn die Kommission scheint (nach den von G.P. aufgelisteten Kritikpunkten) Spanien jedenfalls NICHT EIN ‚ZU-WENIG‘ AN MATERIELLER Rechtsstaatlichkeit vorzuwerfen.

- Die Gewaltenkonzentration wird nicht kritisiert, weil sie zu einem allmächtigen Parlament geführt habe, sondern weil sie die Macht in der Person des Staatspräsidenten konzentriert habe (21).
- Folglich wird eine starke Verwaltungsgerichtsbarkeit auch NICHT ALS SUBSTITUT parlamentarischer Kontrolle empfohlen, sondern SCHLICHT ANALYSIERT, daß die die „gerichtliche Kontrolle der Verwaltung“ einerseits „weit entwickelt“, andererseits aber auf die unteren und peripheren Bereiche der Verwaltung beschränkt ist. (22)

---

relativierten – Regelung des Strafgesetzbuches anzuknüpfen! Daß eine solche ‚systematisierende‘ Ausweitung des Strafrechts vielleicht gegen den ‚formell-rechtsstaatlichen‘ Art. 103 II GG („Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“) oder gegen Art. 5 II GG (da diese Vorschrift Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit zwar zum Schutze „der persönlichen Ehre“ zuläßt, aber keine kollektive und/oder geschäftliche Ehre erwähnt) verstoßen könnte, wird vom BGH gar nicht erst erwogen. Auch eine Unvereinbarkeit mit dem ‚materiellen Rechtsstaat‘ wird vom BGH – zurecht – gar nicht erst geprüft. Denn es ist ja das (materielle) Rechtsstaatsprinzip, das (wie das BVerfG [E 41, 228 <246>]) später entscheiden wird, die „Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ verlangt.

<sup>9</sup> <http://www.icj.org>.

- Die Unabhängigkeit der Justiz wird nicht gefordert, damit sie die Legitimität der Gesetze überprüft (die Forderung nach einem Verfassungsgericht taucht nicht auf!), sondern im Interesse einer „Ordnung, in der die Gesetzmäßigkeit Vorrang hat“ (22).
- Es wird das Fehlen oder die Einschränkung von Justizgrundrechten und politischen Freiheiten kritisiert (22 f.), also das Fehlen von Rechten in Bezug auf das VERFAHREN von (Straf)prozessen und politischer Meinungsbildung (nicht wird dagegen das ERGEBNIS von politischer Meinungsbildung im Namen von ‚materieller‘ Rechtsstaatlichkeit vorgegeben). –

In ihrer Antwort auf diesen Bericht wandte sich die Franco-Regierung noch einmal gegen eine „abstrakte und klischeehafte Vorstellung vom Rechtsstaat“ und verwies statt dessen auf die „Notwendigkeiten und Dringlichkeiten des Momentes“ (23). Ist das nicht die gleiche Methode wie die Auflösung der deutschen Legalordnung durch ‚Verhältnismäßigkeitsprinzip‘ und ‚Einzelfall-Abwägung‘?!

#### **4. Die inner-spanische, anti-franquistische Opposition – das radikale Gegenteil des franquistischen Rechtsstaats-Diskurses?**

Als repräsentativ für die Haltung der Opposition in Spanien zum Rechtsstaats-Konzept erörtert G.P. die Position von Elías Díaz, Mit-Begründer der christdemokratischen Zeitschrift *Cuadernos para el Diálogo*, (dessen Buch *Estado de Derecho y sociedad democrática* aus dem Jahr 1966 1998 in neunter Auflage erschienen ist). Dieser habe die Formel „nicht jeder Staat ist ein Rechtsstaat“ (s.o. S. 153) aufgegriffen – aber: „mit einer radikal gegenteiligen Intention“ (28).

Auch, wenn wir auf die Erforschung der Frage, ob das Rechtsstaats-Verständnis der anti-franquistischen Opposition wirklich dem franquistischen Rechtsstaats-Verständnis radikal entgegenstand, verzichten, bleibt doch immerhin die Skepsis, ob Beelzebub wirklich Teufel vertreibt<sup>10</sup> – zumal es nicht beim Aufgreifen dieser einen Formel bleibt, sondern Díaz sich ebenfalls auf das „personalistische Naturrecht“ und den Übergang von „sklerotischen Formen des liberalen Rechtsstaats“ zum sozialen Rechtsstaat bezieht. Mit „sozialer Rechtsstaat“ habe Elías Díaz allerdings „westliche liberal-demokratische“ Grundsätze eines sozialen Rechtsstaats gemeint (28).

Die ‚westliche‘ Internationale Juristenkommission scheint sich allerdings – nach G.P. zu urteilen – weder auf das „Derecho natural personalista“ bezogen zu haben, noch den „Estado liberal de Derecho“ als „esclerótico“ bezeichnet zu haben. Auch heutzutage scheint

<sup>10</sup> S. dazu Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, 1975, S. 10.

das Konzept des „sozialen Rechtsstaats“, d.h. die FUSION von SozialSTAATlichkeit (die an die Stelle englischer *welfare* tritt) und Recht – nicht viel ‚westlicher‘ geworden zu sein.<sup>11</sup> Nicht unerwähnt bleiben soll allerdings, daß sich Días immerhin für die „die Herrschaft des Gesetzes [...] im formellen Sinne“ ausspricht: „das heißt, jener Norm die dem Volkswillen, wie er in einem demokratisch gewählten Parlament repräsentiert ist, entspringt“ (29). Zugleich findet sich bei ihm aber etwas, was sich in G.P.s Darstellung des Berichtes der Internationalen Juristenkommission nicht findet: ein „System von Institutionen und Mechanismen, die angemessen und geeignet sind,“ um die Grundrechte „wirklich bindend und wirksam“ zu machen (30). Sollte sich dahinter die Forderung nach einem Verfassungsgericht verbergen – um deutlich zu machen, daß ‚man‘ so „radicalmente“ nun doch nicht „contrario“ zur franquistischen Beschränkung der Volkssouveränität ist...?!

-----

G.P. endet (im letzten Satz des vorletzten Absatzes) wie folgt: „Wie wir alle wissen, kehrte der Rechtsstaat erst in der Phase der demokratischen Transition wieder nach Spanien zurück.“ Legt nicht G.P.s Aufsatz vielmehr die Erkenntnisse nahe, daß nicht erst das Spanien der Verfassung von 1978, sondern bereits Franco-Spanien ein Rechtsstaat war?

---

<sup>11</sup> Bei *google* fanden sich am 13.08.2005 keine *hits* für „welfare state governed by rule of law“ (mit „governed by the rule“ auch nur: 25). Für „welfare state under the rule of law“ gibt es immerhin drei *hits*, davon einer bei der Friedrich-Ebert-Stiftung; „social state under the rule of law“ gibt es sogar 99-mal; davon die ersten drei *hits* bei deutschen Adressen. „social state governed by rule of law“ gibt es einmal, und „social state governed by the rule of law“ 412-mal. „social state ...“ und „welfare state under rule of law“ gibt es gar nicht. Und selbst die vielleicht nicht ganz so merkwürdig klingende Formel „État social de Droit“ findet sich nur 185-mal. „Sozialer Rechtsstaat“ gibt es dagegen 5.620-mal und „Estado social de Derecho“ 39.900-mal.

„Welfare state“ alleine (ca. 1,3 Mio.-mal) gibt es dagegen – wie zu erwarten – sehr viel häufiger als „Sozialstaat“ (ca. 600.000-mal) und „Estado social“ (ca. 100.000-mal). („social state“ gibt ca. 65.000-mal, wobei sich die ersten *hits* auf Portugal und Deutschland beziehen.). – Der *welfare state* ist eben nicht das Selbe wie der Sozialstaat, nicht Gegenbegriff zum liberalen Staat, sondern (wie wir ebenfalls bei G.P. erfahren [18, FN 71]) Gegenbegriff zum deutsche „*warfare state*“. Die Befunde der *google*-Recherche indizieren m.E., daß der „*welfare state*“ im Westen ein pragmatisches, gesetzgeberisches Projekt ist, aber nicht – wie der „soziale Rechtsstaat“ in Deutschland und Spanien – zu einer umfassenden, anti-positivistischen Rechtsideologie aufgeblasen wird. – Dieser erste Eindruck müßte freilich anhand einer systematischeren Recherche überprüft werden. Bis dahin können zumindest daran zweifeln, daß diese „Positionen“ in den 60er Jahren ‚más occidentales‘ waren...

## **ANHANG C.:**

### **CARL SCHMITT ALS VORDENKER VON LEGAZ: ANTI-FORMALISMUS ALS KONTINUITÄTSELEMENT FASCHISTISCHEN UND NICHT-FASCHISTISCHEN ANTI-DEMOKRATISCHEN DENKENS**

#### **1. Legaz und Schmitt: Der Staat ist nicht etwas rein Juristisches**<sup>12</sup>

Die oben S. 153 dargestellte Position von Legaz, es abzulehnen, „den Staat mit der juristischen Ordnung zu identifizieren“ (10) und im Gegensatz zu Kelsen die Auffassung zu vertreten, „no todo Estado es Estado de Derecho“ / „nicht jeder Staat ist ein Rechtsstaat“ (10), wurde im übrigen bereits von Carl Schmitt in der *Politischen Theologie* vorgedacht: Schmitt differenziert dort zwar nicht begrifflich zwischen „juristisch“ und rechtlich, aber er arbeitete bereits 1922 (d.h. zu einem Zeitpunkt, wo ihm kaum spezifisch nationalsozialistische oder – allgemeiner: – spezifisch faschistische Inhalte unterstellt werden können) mit den gleichen Gegenüberstellungen wie Legaz 1940. Damit erweist sich der materielle Rechtsstaats-Diskurs mit seiner Ablehnung des juristischen Formalismus als Kontinuitätselement faschistischen UND NICHT-faschistischen anti-demokratischen Denkens in Deutschland und Spanien.

Für Schmitt ist – anders als für Kelsen, gegen den sich auch Schmitt ausdrücklich wendet (27 f. et passim) – die „juristische Betrachtung“ (i.S.v. Legaz' Terminologie müßte hier „rechtliche Betrachtung“ stehen) des Staates nicht „etwas rein Juristisches“ (28). Auch Schmitt erscheint es als ein „Mysterium“ (Legaz), wie Kelsen zu der Ansicht kommen könne, der Staat sei nichts „anderes als [...] die Rechtsordnung selbst“ (28).

Für Schmitt ist der Staat nicht (nur) etwas Juristisches, sondern (zumindest im Grenzfall:) ‚Entscheidung‘: „die Souveränität, und damit der Staat, [...] besteht [darin], [...] zu entscheiden, also definitiv zu bestimmen“ (15).

Schmitt lehnt die – von ihm als „schematisch“ bezeichnete – „Disjunktion von Soziologie und Rechtslehre“ ab (19, s.a. 27) und plädiert statt dessen für die unterschiedslose Verschmelzung der Analyse des juristisch Gesollten und des politisch oder soziologisch Seienden. In dem Zusammenhang wendet sich Schmitt ein weiteres Mal gegen Kelsen, indem er schreibt: „Wenn sie [„methodologische Beschwörungen und Begriffsschärfungen“ = Formalismus-Vorwurf, d. Vf.In] mit der Begründung, daß die Jurisprudenz etwas Formales sei, nicht zur Sache kommen, so bleiben sie trotz allen Aufwandes in der Antichambre [scil.: dem Vorhof] der Jurisprudenz.“ (31) Legaz würde hier – ohne inhaltlichen Unter-

<sup>12</sup> Diese These ist in der Kürze und Allgemeinheit, die sie in Überschrift erhält, auch im Rahmen einer materialistischen Theorie nicht zu bestreiten. In der Tat ist der Staat nicht nur etwas Juristisches, sondern auch das Schulwesen und der Polizeiknüppel, der Öffentlich-rechtliche Rundfunk und die Armee etc. Aber nicht darum geht es Legaz und Schmitt, sondern um die Begründung staatlicher Handlungskompetenzen jenseits der Gesetze, jenseits des ‚rein Juristischen‘.



schied zu Schmitt– schreiben: ‚...‘, so bleiben sie trotz allen Aufwandes in der Jurisprudenz, die nur die Antichambre der Rechtslehre ist’. Trotz des terminologischen Unterschiedes geht es bei Schmitt und Legaz um die gleiche Differenz: Für Schmitt ist die „Antichambre der Jurisprudenz“ formalistisch und die wahre Jurisprudenz ‚materiell‘; für Legaz ist das Juristische formell und das Recht ‚materiell‘. Beide lehnen eine formelle Betrachtungsweise ab und befürworten eine materielle.).

Die wahre Jurisprudenz für Schmitt (und die ‚nicht bloß juristische‘ Rechtslehre für Legaz) ist nicht die Analyse des juristisch Gesollten, sondern die Rechtfertigung der bestehenden Herrschaftsverhältnisse, des bestehenden sozialen *status quo* (s. oben S. 52). DIES ist die „Sache“, zu der Schmitt – im Gegensatz zu Kelsen – kommen will. Die „juristische Form“ ist für Schmitt „nicht die Form der technischen Präzision“ (46), sondern die subjektive Entscheidung, Herrschaft durchzusetzen.

#### Oppositionen im Diskurs von Legaz und Schmitt

	Positiv konnotiert	Negativ konnotiert
Bei Schmitt	[Wahre] juristische Betrachtung	Rein Juristisches
Bei Legaz	≅ Das Recht	= das Juristische
Bei Schmitt	Der Staat =	Bloße Rechtsordnung
Bei Legaz	Der Staat	<i>orden juridico</i>
Bei Schmitt	Jurisprudenz	Antichambre der Jurisprudenz
Bei Legaz	≅ (interpoliert: Rechtslehre)	= (interpoliert: Jurisprudenz)
Bei Schmitt	Einheit des Volkes	die Bourgeoisie als diskutierende Klasse
Bei Legaz	= homogene Demokratie	= Diskutierender Parlamentarismus
	<b>Substanz</b>	<b>Form</b>

## **2. Die politische Funktion von Schmitts Verschmelzung von Soziologie und Rechtslehre / von Sein und Sollen: Die Rechtfertigung staatlicher Gesetzesbrüche als Rechtssetzung**

Trotz des offensichtlichen Anti-Formalismus von Schmitt scheint es allerdings schwierig zu sein, in der *Politischen Theologie* einen materiellen, anti-positivistischen Rechtsbegriff auszumachen. Er schließt sich sogar – zumindest verbal – Hobbes an: „Autoritas [von Schmitt ohne „c“ zw. „u“ und „t“ geschrieben, d. Vf.In], non veritas facit legem“ (44). Und auf S. 35 lehnt er – in scheinbarem Gegensatz zu dem, was Legaz etliche Jahre später schreiben wird (nämlich, daß das Recht ohne den Staat, aber der Staat nicht ohne das Recht existieren könne) – die Auffassung, daß „das Recht [...] den Staat in Banden“ halten könne, ab.

Während bei Legaz das Recht über dem Staat zu stehen scheint, scheint bei Schmitt der Staat über dem Recht zu stehen. Aber beiden geht es nur um Eines: Das metaphysisch gerechtfertigte Ausnahme-Recht der Diktatur über die ordentlichen Gesetze zu stellen. So bedeutet Schmitts Bezugnahme auf Hobbes durchaus nicht, daß Schmitt einen anti-positivistischen Rechtsbegriff ablehnt.

Der Clou von Schmitts Anti-Formalismus ist vielmehr, daß er kein formelles Gesetzgebungsverfahren akzeptiert (ob Hobbes diesbzgl. anderer Auffassung war, sei an dieser Stelle offengelassen). Eine staatliche Gesetzesverletzung ist für Schmitt immer schon Rechtssetzung: „die Befugnis, das geltende Gesetz aufzuheben – sei es generell, sei es im einzelnen Fall – [... ist] das eigentliche Merkmal der Souveränität“ (15). Die staatliche Nicht-Anwendung des Gesetzes im einzelnen Fall ist für Schmitt nicht nur ein „soziologisches“ Faktum, sondern erhält die Weihe einer rechtlichen „Befugnis“. Auch die „Entscheidung“ (über den Ausnahmefall), auch wenn sie „die Norm vernichtet“, verbleibt für Schmitt „im Rahmen des Juristischen“ (19) (Legaz würde sagen: ‚im Rahmen des Rechts‘).

Gleichzeitig ist diese „Befugnis“ an keinerlei Form- und Verfahrensvorschriften gebunden: Zum Ausnahmezustand gehört „eine prinzipiell unbegrenzte Befugnis, das heißt die Suspendierung der gesamten bestehenden Ordnung“ (18), die Suspendierung der „Verfassung in toto“ (13). Da es sich für Schmitt bei der Entscheidung über den Ausnahmezustand (und zwar auch über einzelne geschriebene Notstands-Befugnisse HINAUS: „nicht jede polizeiliche Notstandsmaßnahme oder Notverordnung ist bereits Ausnahmezustand“ [18]; d.h.: für Schmitt beginnt die eigentliche Notstands-Befugnis erst JENSEITS der in der geschriebenen Verfassung geregelten Notstandsbefugnisse) um eine „Befugnis“ handelt, ist für Schmitt die Suspendierung der gesamten Rechtsordnung nicht Rechtsbruch (durch den so Entscheidenden), sondern „das Recht“ suspendiert sich auf wundersame Weise „selbst“... Der Notfall „steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung, und gehört doch zu ihr“ (13).

Hier zeigt sich die politische Funktion, die Schmitts Ablehnung der „Disjunktion von Soziologie und Rechtslehre“ hat: Wo PositivistInnen, die auf dem Unterschied zwischen juristischem Sollen und soziologischen Sein beharren, von einer bloßen Tatsache (oder Handlung) sprechen würden (die entweder gesetzmäßig oder gesetzwidrig ist), billigt Schmitt der norm-brechenden staatlichen Notstandsmaßnahme zu, dennoch zur Rechtsordnung zu gehören.

Und genau darauf (auf das Hineinholen des staatlichen Gesetzesbruchs in das Recht) zielt auch Schmitts Unterscheidung zwischen Jurisprudenz und „Antichambre der Jurisprudenz“ und Schmitts Einebnung des Unterschiedes zwischen Soziologie und Rechtslehre. Während das, was Schmitt „Antichambre der Jurisprudenz“ nennt, an der Unterschei-

dung zwischen Sein und Sollen festhält (27), ist Schmitts Rechts-Klugheit (unter Berufung auf Bodin) der Ansicht, daß „im Notfall“ die Bindung des Souveräns (14) – d.h. derjenigen Instanz, die über den Ausnahmezustand entscheidet (11) –<sup>13</sup> an das Gesetz „nach allgemeinen natürlichen Grundsätzen auf[hört]“ (14).

Während sich der juristische Positivismus – d.h.: das, was Schmitt die „Antichambre der Jurisprudenz“ nennt – auf die Analyse der Gesetze beschränkt und u.U. zu dem Ergebnis kommt, daß bestimmte Notstandsmaßnahmen gesetzeswidrig sind, rekurriert Schmitt auf allgemeinen natürlichen Grundsätzen“, d.h. eine Art Naturrecht.

In Form der „allgemeinen natürlichen Grundsätze“ haben wir also auch bei Schmitt – trotz seines Bezuges auf Hobbes – ein über-positives, materielles Recht, das über den Gesetzen steht! Sein und Sollen fließen in der Notstandsmaßnahme zusammen. „Die RechtsFORM WIRD BEHERRSCHT VON DER RECHTSIDEE“ (39 – Hv. d. Vf.In); das Gesetz wird beherrscht von einem Naturrecht, das unbegrenzte Notstandsbefugnisse anerkennt.

Für den Normalfall erkennt auch Schmitt an, daß der Souverän an seine Gesetze gebunden ist, solange er sie nicht ändert. Nur „im Notfall“, soll die über den Notstand entscheidende Instanz zu gesetzesdurchbrechenden Maßnahmen befugt sein, ohne die Gesetze zuvor zu ändern.

Die Begrenzung auf den „Notfall“ ist aber praktisch bedeutungslos: Denn: Souverän zu sein, bedeutet: „VORAUSSETZUNG wie Inhalt DER KOMPETENZ sind hier notwendig unbegrenzt.“ (12 – Hv. d. Vf.In) D.h.: Es gibt nicht einmal eine tatbestandsmäßige Eingrenzung des Notfalls (Schmitt: „kann [...] nicht [...] tatbestandsmäßig umschrieben werden“ [12]), vielmehr entscheidet die Instanz, die die Notstandsmaßnahmen ergreift, zugleich auch darüber, OB ein „Notfall“ vorliegt. Wer/welche die Macht hat zu definieren, was ein Notfall ist, für den/die bedeutet die Unterscheidung zwischen Notfall und Normalfall keine Handlungsbegrenzung: Der Notstand kann jederzeit ausgerufen werden.

Und letztlich ist auch für Schmitt selbst die Unterscheidung zwischen Notfall und Normalfall bedeutungslos:

Denn, da für Schmitt, der hier einen nicht namentlich genannten protestantischen Theologen des 19. Jh.s zitiert, die Ausnahme „alles viel deutlicher an den Tag [legt] als das Allgemeine“ (und darin ist ihm durchaus zuzustimmen) und da Schmitt – wie wir gesehen haben – nicht zwischen Sein und Sollen unterscheidet (worin ihm nicht zuzustimmen ist), gibt für Schmitt die Entscheidung über den Ausnahmezustand das Paradigma für JEDE juristische Entscheidung ab:

---

<sup>13</sup> Und definitionsgemäß gilt bei Schmitt – wegen seiner Fixierung auf die Entscheidung über den Ausnahmezustand (Mit welchem Verfahren soll ein großes Kollektiv in einer Notsituation, die schnelles Handeln erfordert, zu einer Entscheidung kommen?) – das Volk NICHT als souverän: „Bei Rousseau“ – so kritisiert Schmitt – „wird [...] das Volk [...] zum Souverän. Dadurch geht das dezisionistische und personalistische Element des bisherigen Souveränitätsbegriffs verloren.“

„Eine solche Entscheidung [wie sie die Entscheidung über den Notstand darstellt, d. Vf.In] im weitesten Sinne gehört zu jeder rechtlichen Perzeption. [...]. Jede konkrete juristische Entscheidung enthält ein Moment inhaltlicher Indifferenz, weil der juristische Schluß nicht bis zum letzten Rest aus seinen Prämissen ableitbar ist, [...].“ (41). Und – in weiterer Radikalisierung: „Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus dem Nichts geboren.“ (42).

So wie die Entscheidung über den Ausnahmezustand ‚im Großen‘ über den Gesetzen steht, so ist für Schmitt jede alltägliche juristischen Entscheidung nicht aus den Gesetzen geboren; vielmehr handelt es sich auch hier um lauter ‚kleine‘ Entscheidung, die ÜBER dem Gesetz stehen.

Im gleiche Sinne, allerdings ohne Schmitt zu zitieren, bekundete das BVerfG Anfang der 70er Jahre: Es sei die Aufgabe der Justiz, „Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt bewertenden Erkennens, dem auch willentliche Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen“ (BVerfGE 34, 269 [287]).

### **3. Für was ergreift Schmitt mit seiner Infragestellung der Legalordnung Partei?**

Der Schmittschen Zerstörung der Legalität im Dienste „allgemeine[r] natürliche[r] Grundsätzen“ ist es freilich nicht (muß es ausdrücklich gesagt werden?) um eine Revolution zu tun, sondern stellt eine Prämie auf den *status quo* dar: Der Notfall ist der Fall der „Gefährdung der Existenz des STAATES“ (12 – Hv. d. Vf.In). Der legitime Ausnahmefall ist nicht die Revolution, sondern: „Im Ausnahmefall suspendiert DER STAAT das Recht, kraft eines Selbsterhaltungsrechtes, wie man sagt.“ (19 – Hv. d. Vf.In); „der Ausnahmezustand [ist] immer noch etwas anderes als eine Anarchie“ (18 f.) – nämlich „Ordnung“ (19).

Und genau in diesem Sinne, als Begriff für den *status quo*, als Aufrechterhaltung der „Ordnung“, wird Schmitt sechs Jahre nach der *Politischen Theologie* in seiner *Verfassungslehre* den Begriff „Rechtsstaat“ verwenden:

In der *Verfassungslehre* definiert Schmitt die „fundamentale Entscheidung [...] für den bürgerlichen Rechtsstaat“, die die Weimarer Verfassung „durchaus“ (30) getroffen habe, als eine solche für „den bisherigen sozialen *status quo*, d.h. für die Beibehaltung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung“ (Schmitt 1928, 31 – Hv. i.O.). Diese „fundamentale Entscheidung [...] für den bürgerlichen Rechtsstaat“ macht für Schmitt zugleich die „Verfassung“ im emphatisch-substantiellen Sinne (24: „Substanz der Verfassung“) aus (vgl. 29: „Die Weimarer Verfassung ist eine Verfassung, nicht nur eine Reihe von Verfassungsgesetzen.“): „Die VERFASSUNG IST UNANTASTBAR, die VerfassungSGESETZE dagegen können während des Ausnahmezustandes suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes durchbrochen werden“ (26 – Hv. i.O.).

Entgegen dem Wortlaut von Art. 76 WRV (der noch keine Ewigkeitsklausel wie Art. 79 III GG enthielt) behauptet er: „Das Deutsche Reich kann nicht durch Zweidrittel-

Mehrheitsbeschluß des Reichstags in eine absolute Monarchie oder in eine Sowjet-Republik verwandelt werden.“

Umgekehrt könne aber zum Zwecke der Verteidigung dieser „existentiellen Totalentscheidung des deutschen Volkes“ (24) für den „bürgerlichen Rechtsstaat“ (30) die – von Schmitt zu bloßen „Verfassungsgesetzen“ abgewertete – geschriebene Verfassung (wie schon zitiert) „während des Ausnahmezustandes suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes durchbrochen werden“.

„Das alles berührt die grundlegenden politischen Entscheidungen und die Substanz der Verfassung nicht, sondern steht gerade im Dienste der Aufrechterhaltung und der Herstellung [sic!] dieser Verfassung. Darum wäre es widersinnig aus der Unantastbarkeit der Verfassung eine Unantastbarkeit jedes einzelnen Verfassungsgesetzes zu machen.“ (27 – Anm. d. Vf.In).

Folglich sind für Schmitt – ganz im Sinne des schon der *Politischen Theologie* Entwickelten – die „Befugnisse“ des Reichspräsidenten im Ausnahmezustand NICHT auf das beschränkt, was ihm Art. 49 WRV (ohnehin schon exzessiv) zubilligt. Der Reichspräsident dürfe im Ausnahmezustand nicht nur die in Art. 49 WRV ausdrücklich genannten Artikel, sondern auch weitere „Verfassungsgesetze“ außer Kraft setzen. Alles andere hieße, das „Wesen einer kommissarischen Diktatur“ (wie sie im Notfall zum Schutze der Verfassung, d.h. des „bürgerlichen Rechtsstaat[s]“, d.h. des „*status quo*“ notwendig sei) „gänzlich [zu] verk[e]nn[en]“ (27). Und dieses „Wesen einer kommissarischen Diktatur“, ist für Schmitt wiederum nicht nur ein Sein, das politikwissenschaftlich oder soziologisch analysiert werden kann (und auch m.E.: soll), sondern auch ein rechtliches Sollen, das auch die Rechtswissenschaft erkennen und affirmieren muß: Die Ablehnung seiner Auffassung sei „politisch UND JURISTISCH gleich falsch“ (26 – Hv. d. Vf.In), so Schmitt.

Hier legitimiert also der (materiell verstandene) Rechtsstaat, die Verfassung als „Substanz“ (24), den Bruch der geschriebenen ‚formellen‘ Verfassung, der „Verfassungsgesetze“. Und „Rechtsstaat“ ist für ihn in diesem Kontext eines anti-positivistischen Rechtsverständnisses (wie für Legaz!) ein positiv besetzter Begriff.

Dagegen wird in der *Politischen Theologie* an einer Stelle (49) der Begriff „Rechtsstaat“ und an verschiedenen Stellen das Adjektiv „rechtsstaatlich“ pejorativ verwandt. Aber dies ist (ebenfalls wie bei Legaz) immer – wie entweder ausdrücklich gesagt wird oder sich durch den Kontext eindeutig ergibt – auf den „modernen Rechtsstaat“ (49), den „rechtsstaatlichen Liberalismus“ (12), den „rationalistischen“ (20), pedantischen (21: „möglichst eingehend zu regeln“), „abstrakten“ (45), unpersönlichen (vgl. ebd.), formalistischen etc. Rechtsstaat gemünzt – nicht auf die „Metaphysik“ (49) des katholischen Naturrechts, den ‚materiellen‘ Rechtsstaat, die Ordnung, den *status quo*. Dieser muß vielmehr in der *Politischen Theologie* und der *Verfassungslehre* mit allen Mitteln – und sei es der Bruch der geschriebenen Gesetze und der geschriebenen Verfassung – verteidigt werden. Und so

setzt denn Schmitt in seinem Vorwort vom Nov. 1933 zur Neuauflage der *Politischen Theologie* (die 1934 erscheint) „Rechtsstaat“ im Zusammenhang mit „liberalen Normativismus“ in Anführungszeichen. Denn **der wahre Rechtsstaat ist für Schmitt wie Legaz eben nicht liberal!**







# Hinweise zu den HerausgeberInnen

## Sabine Berghahn

Dr. iur., habilitierte Politikwissenschaftlerin, Vertretungsprofessuren in Bremen und Cottbus, seit 2002 Inhaberin einer C 2-Stelle am Fachbereich Politik- und Sozialwissenschaften der FU Berlin, Leiterin des Forschungsprojektes „[Ehegattenunterhalt und Ehegattensubsidarität als Gleichstellungshindernisse](#)“; Stellvertretende Leiterin des internet-Portals <http://www.gender-politik-online.de>; homepage: <http://userpage.fu-berlin.de/~berghahn/>

Veröffentlichungen u.a.: (zus. mit Doris Lucke) „*Angemessenheit*“ im Scheidungsrecht – Frauen zwischen Berufschance, Erwerbspflicht und Unterhaltsprivileg, Leske + Budrich: Opladen, 1983; (zus. mit Andrea Fritzsche) *Frauenrecht in Ost- und West-Deutschland*. Bilanz und Ausblick. Basisdruck: Berlin, 1991; *Neue Chancen für geschiedene Frauen?* Eine Untersuchung über die Rechtspraxis von Ehegattenunterhalt zur Qualifizierung. Peter Lang: Frankfurt am Main 1992; *Verwaltung, Gleichheit, Gerechtigkeit*. Der feministische und der systemtheoretische Blick – unvereinbar?, in: Klaus Dammann / Dieter Grunow / Klaus-Peter Japp (Hg.): *Die Verwaltung des Politischen Systems*. Neuere systemtheoretische Zugriffe auf ein altes Thema. Niklas Luhmann zum 65. Geburtstag. Westdeutscher Verlag: Opladen, 1994, 79 - 98; *Der Geist des Absoluten in Karlsruhe und die Chancen der Demokratie in der Abtreibungsfrage*, in: *Leviathan* 1998, 253 - 269 und 400 - 422; (zus. mit Sigrid Koch-Baumgarten) (Hg.), *Mythos Diana – von der Princess of Wales zur Queen of Hearts*. Psychosozial: Giessen, 1999; (zus. mit Christoph Butterwegge und Martin Kutscha) (Hg.), *Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat?*, Nomos Verlag: Baden-Baden, 1999; *Politisch oder privat?* Geschlechterverhältnisse im Spannungsfeld von politischer Regulierung und privater Lebensführung, in: Mechthild Oechsle / Karin Wetterau (Hg.): *Politische Bildung und Geschlechterverhältnis* (Schriften zur politischen Didaktik Bd. 33). Leske + Budrich: Opladen, 2000, 173 - 194; *Perspektiven des Normativen: Partizipationsfortschritt durch Prozeduralisierung?*, in: *femina politica* 2/2001, 36 - 49; *Ehe als Übergangsarbeitsmarkt?* (Zum Umbau des Erwerbs- und Sozialsystems) WZB: Berlin, 2001; *Supranationaler Reformimpuls versus mitgliedstaatliche Beharrlichkeit*. Europäische Rechtsentwicklung und Gleichstellung, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 33-34/2002, 29 - 37; *Verfassungspolitischer Streit um ein Stück Stoff*. Das Kopftuch der Lehrerin im Konflikt zwischen Grundrechtsschutz, staatlicher Neutralität in Glaubensfragen und föderaler Gesetzgebung, in: *femina politica* 1/2004, 45 - 56; Artikel „*Verrechtlichung*“, in: Stefan Gosepath / Wilfried Hinsch / Anne Leist / Beate Rössler (Hg.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Walter de Gruyter: Berlin/New York, 2006 (im Erscheinen).

## Detlef Georgia Schulze

PolitikwissenschaftlerIn, Diplomarbeit zum Thema „*Pluralismus und Antagonismus*. Eine Rekonstruktion postmoderner Lesweisen“; Dissertation zum Thema „Geschlechternormen-inkonforme Körperinszenierungen - Demokratisierung, De-Konstruktion oder Reproduktion des sexistischen Geschlechterverhältnisses?“ (<http://edoc.hu-berlin.de/dissertationen/schulze-detlef-georgia-2004-06-10/PDF/schulze.pdf>); z.Z. Wissenschaftliche MitarbeiterIn im DFG-Projekt „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“.

Veröffentlichungen u.a.: *Verrechtlichung – Deformation oder Performance?*, in: Martin Morlok / Stefan Machura / Michael Pfadenhauer (Hg.), *Die Jurisprudenz zwischen Verrechtlichung und Rechtsferne der Alltagspraxis*, Düsseldorf, 2005, im internet unter: [http://www.professionssoziologie.de/reader\\_rechts\\_tagung.pdf](http://www.professionssoziologie.de/reader_rechts_tagung.pdf), S. 114 - 150 (eine überarbeitete Fassung erscheint in *StaR* ★ P, Bd. 6); Kleiner Katechismus zur Beantwortung der

Frage: *Was ist die linksleninistische Postmoderne?*, in: Thomas Heinrichs / Frieder Otto Wolf / Heike Weinbach (Hg.), [Die Tätigkeit der Philosophen. Beiträge zur radikalen Philosophie](#), Westfälisches Dampfboot: Münster, 2003, S. 83 - 121; *Herrschaft oder Kommunismus – eine falsche Frage?*, in: *analyse & kritik*, Nr. 445, 21.12.2000, S. 33; [Rezension zu: Cornelia Eichhorn / Sabine Grimm (Hg.), *Gender Killer. Texte zu Feminismus und Politik*. Edition ID-Archiv: Berlin/Amsterdam, 1994<sup>1</sup>, 1995<sup>2</sup>], in: *Das Argument*, Vol. 216, 4/1996, 604 - 607; zus. m. Carsten Wiegrefe, „*Der Staat sind wir alle!*“? BRD-Linke zwischen Staatstragenheit und Selbstisolierung, in: Thomas Klein / Vera Vordenbäumen / Carsten Wiegrefe / Udo Wolf (Hg.), *Keine Opposition. Nirgends?*, Ch. Links Verlag: Berlin, 1991, 54 - 68.

## Frieder Otto Wolf

Privatdozent am Institut für Philosophie der FU Berlin; Direktor des Instituts für Europäische Kommunikation, Berlin.

Studierte Philosophie und Politikwissenschaften von 1962 bis 1966 in Kiel, Paris und Edinburgh; 1966-1981 Lehre und wissenschaftliche Arbeit an der Universität des Saarlandes, an der Freien Universität Berlin, an der Universität Coimbra/Portugal und am Wissenschaftszentrum Berlin; 1984-1999: aktiv in der europäischen Politik, 1994-1999 als Mitglied des Europäischen Parlaments für Bündnis 90/Die Grünen; 2003-2006 Koordinator des Thematischen Netzwerkes „[Sustainability Strategy](#)“ an der Freien Universität Berlin (5. Forschungsrahmenprogramm der EU); seit 2005: Präsident der Humanistischen Akademie, Berlin; homepage: [www.friederottowolf.de](http://www.friederottowolf.de)

Seine Forschungsinteressen umfassen Fragen der angewandten Wissenschaftstheorie sowie der angewandten politischen Philosophie. Auf diesen Gebieten veröffentlichte er Bücher und Artikel in Deutsch, Französisch, Englisch und Portugiesisch. Seine Dissertation über die politische Philosophie von Hobbes („Die neue Wissenschaft des Thomas Hobbes“, 1969) hat sowohl die deutsche Debatte über die systematischen Verdienste von Hobbes als konzeptioneller Pionier der modernen politischen Philosophie wieder eröffnet, als auch einen Diskussionsbeitrag geleistet zur internationalen Debatte über die Rolle des *Horae Subsecivae* als eine mögliche Quelle für Hobbes' frühe Gedanken. Seine Essay-Sammlung „Umwege“, die 1983 veröffentlicht wurde, markierte ein unabhängiges deutsches Verständnis Althusserianischer Thesen über die Krise des Marxismus, und betonte die Notwendigkeit, den Marxismus als eine begrenzte Theorie neu zu bedenken, ohne deren wissenschaftlichen Aussagen aufzugeben. Sein meta-philosophisches Essay „Radikale Philosophie“ betrachtet sowohl mögliche Alternativen zum Mainstream der analytischen Philosophie als auch zur politischen Nicht-Einmischung der dominanten Kritischen Theorie. In diesem Essay entwickelt Wolf eine politische Erkenntnistheorie, die Philosophie als eine theoretische Praxis ohne Garantien begreift und dennoch zu einer bemerkenswerten methodologischen Selbstkontrolle fähig ist. Seine Beiträge zu internationalen Debatten konzentrieren sich auf Fragen der angewandten Philosophie, insbesondere auf epistemologische Aspekte der Kommunikation innerhalb und zwischen alten und neuen sozialen Bewegungen sowie Fragen der politischen Ökologie und der Politik der demokratischen Verantwortlichkeit. Er ist auch am Diskurs-Projekt des [Forums „Neue Politik der Arbeit“](#) beteiligt, das gemeinsam von Gewerkschaftern und Sozialwissenschaftlern organisiert wurde.





# StaR ★ P

## Neue Analysen zu Staat, Recht und Politik

hrsg. von

Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf

### **Serie A: Sammelbände und Monographien (erscheint im Verlag Westfälisches Dampfboot):**

**Bd. 1:** Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf (Hg.), *Politisierung und Ent-Politisierung als performative Praxis* (erscheint: Herbst 2006)

**Bd. 2:** Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf (Hg.), *Dekonstruktion und Reformulierung der „Sonderwegs“-These: Deutsche und spanische ‚Sonder‘entwicklungen im europäischen Vergleich* (Arbeitstitel; geplant für 2007)

**Bd. 3:** Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf (Hg.), *Rechtsstaatlichkeit als Ersatz bürgerlicher Revolutionen: Rechtsstaat / Estado de Derecho vs. Rule of Law / État légal im sozialgeschichtlichen Kontext* (Arbeitstitel; geplant für 2007)

**Bd. 4:** Detlef Georgia Schulze, *Rechtsstaat – Estado de Derecho. Eine Diskurs- und Transferygeschichte* (Arbeitstitel; geplant für 2007)

### **Serie W: working papers des DFG-Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“ (wird auf dem Dokumentenserver der FU Berlin veröffentlicht)**

**Bd. 1:** *Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien. Projektbeschreibung / El Estado de Derecho en España y Alemania. Descripción del proyecto*, Mai 2006 (deutsch und kastilisch). ISBN: 3-929532-73-5, ab 01.01.2007: 978-3-929532-73-9

**Bd. 2:** Detlef Georgia Schulze, *Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien. Überlegungen zum Stand der Forschung*, Mai 2006 (deutsch), ISBN: 3-929532-74-3, ab 01.01.2007: 978-3-929532-74-6

**Bd. 3:** Julia Macher / Katrin Stranz, *Spanien und Deutschland – Zwei konvergierende Sonderwege?* (deutsch); Emilia Girón Reguera, *El Estado de Derecho en España (Juridificación / Judicialización)* (kastilisch mit englischer Zusammenfassung); Detlef Georgia Schulze, *Lehren und Leerstellen – Schlußfolgerungen* (deutsch), Mai 2006, ISBN: 3-929532-75-1, ab 01.01.2007: 978-3-929532-75-3

**Bd. 4:** Nicola Gabler / Anja Michaelson / Katja Stoppenbrink, *Interpretationsmethoden der Rechts- und Sprachwissenschaft*, Juli 2006 (deutsch) (in Vorbereitung)

**Bd. 5:** Isabel Aguirre Siemer, *Das Wortfeld „Recht / rechts / richtig / Gerechtigkeit / Gesetz“ im Deutschen und seine Äquivalente im Kastilischen, Englischen und Französischen*, Juli 2006 (deutsch), ISBN: 3-929532-77-8, ab 01.01.2007: 978-3-929532-77-7

**Bd. 6:** Detlef Georgia Schulze, *Verrechtlichung, Vergerichtlichung, Juridifizierung. Anmerkungen zu einer Debatte*, Juni 2006 (deutsch), ISBN: 3-929532-78-6, ab 01.01.2007: 978-3-929532-78-4

**Bd. 7:** Lea Hartung, *Kommissar Computer. Horst Herold und die Virtualisierung des polizeilichen Wissens*, Juni 2006 (deutsch mit französischer Zusammenfassung), ISBN: 3-929532-79-4, ab 01.01.2007: 978-3-929532-79-1

**Bd. 8:** Frieder Otto Wolf, *Hintergrundanalysen zu Staat und Politik* (Arbeitstitel), (in Vorbereitung)

