



# Recht und Gesellschaft

Zeitschrift für Rechtskunde

4. Jahrgang · Heft 1 · Januar 1974

Herausgeber

Rechtsanwalt Dr. Rudolf Gerhardt · Prof. Dr. Axel Görlitz  
Prof. Dr. Ludwig Helbig · Rechtsanwalt Dr. Hermann Weber

Inhalt	Seite		Seite
<b>Streiflicht</b>		<b>Rechtskurs</b>	
Fragen an Radio Eriwan zur Nahostkrise (Axel Görlitz) . . . . .	1	Die Rechtsweggarantie des Grundgesetzes (Gerhard Ulsamer) . . . . .	18
<b>Gerichtspraxis</b>		Urteile (Gerd Sälzer) . . . . .	21
Wie überführt man einen Schreibtisch-Täter? (Werner Hill) . . . . .	2	<b>Informationen</b>	
<b>Leitthema: Der Rechtsstaat</b>		Rechtserziehung auf der Grundlage der Hessischen Rahmenrichtlinien für Gesellschaftslehre (Michael Schablow) . . . . .	23
Einstieg . . . . .	6	Rezensionen (Ludwig Helbig) . . . . .	24
Diskussion		Die Autoren des Hefts . . . . .	24
Der Rechtsstaat (Michael Kirn) . . . . .	7	<b>Studienbogen</b>	
Auf dem Weg zum demokratischen Rechtsstaat (Walter Schmidt) . . . . .	10	Der Rechtsstaat (Ute Görlitz) . . . . .	25
Über den Rechtsstaat (Peter Badura) . . . . .	13	Rechtslexikon (Richard Urban) . . . . .	32

Wir verteilen mit diesem Heft einen Prospekt für „Modell-Creifelds / Staatsbürger-Taschenbuch“ vom Verlag C. H. Beck, München

**Schriftleitung:** 6 Frankfurt am Main 1, Palmengartenstraße 14, Fernsprechnummer 74 50 31, Fernschreiber 4-12 472 beck f. Verantwortlich für Rechtskurs, Leitthema juristischer Teil, Urteile, Rechtsreform und Rechtslexikon: Rechtsanwalt Dr. Rudolf Gerhardt; Leitthema nichtjuristischer Teil, Gerichtspraxis und Streiflicht: Prof. Dr. Axel Görlitz; Rezensionen und Studienbogen: Prof. Dr. Ludwig Helbig; Informationen: Rechtsanwältin Heidemarie Stehfest, alle Frankfurt am Main. Ständige Mitarbeiter: Gerd Sälzer (Urteile); Dr. Richard Urban (Rechtslexikon).

**Manuskripten**, die unverlangt eingereicht werden und für die keine Haftung übernommen wird, bitte Rückporto beifügen. Mit der Annahme der Veröffentlichung erwerben die Verlage vom Verfasser alle Rechte, insbesondere auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege des fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

**Alle Verlagsrechte** sind vorbehalten. Die Verlage erlauben jedoch allgemein die Fotokopie zu innerbetrieblichen Zwecken, wenn auf jedes Fotokopieblatt eine Wertmarke der Inkassostelle des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels in Frankfurt am Main, Großer Hirschgraben 17/19, nach dem jeweils geltenden Tarif aufgeklebt wird. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die abgedruckten Gerichtsentscheidungen; diese sind wettbewerbsrechtlich und urheberrechtlich geschützt, weil vom Einsender oder von der Redaktion bearbeitet; sie sind deshalb auch für die Auswertung durch Datenbanken und ähnliche Einrichtungen nicht frei.

**Anzeigenverwaltung:** 6 Frankfurt am Main 1, Palmengartenstraße 14, Telefon 74 50 31, Fernschreiber 4-12 472 beck f, Postscheckkonto C. H.

Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Frankfurt Nr. 664 24-608. Verantwortlich für den Anzeigenteil: Heinz Runkel, 6 Frankfurt am Main 1, Palmengartenstraße 14. Zur Zeit gilt Anzeigenpreisliste Nr. 1.

**Verlag:** C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München in Zusammenarbeit mit Ernst Klett Verlag, Stuttgart. Verantwortlich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Oscar Beck, 8 München 40, Wilhelmstraße 9, Telefon 34 00 41, Fernschreiber 521 5085 beck d, Postscheckkonto: München Nr. 62 29-802. Der Verlag ist OHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

**Druck:** Druckerei Hugo Haßmüller, 6 Frankfurt am Main-Nieder Eschbach.

**Erscheinungsweise:** Zweimonatlich in der zweiten Woche des Januar, März, Mai, Juli, September, November.

**Bezugspreise:** Halbjährlich (3 Hefte) DM 10,80 (darin DM 0,56 Mehrwertsteuer), Vorzugspreis für Studenten und Schüler (gegen Berechtigungsnachweis) DM 9,80 (darin DM 0,50 Mehrwertsteuer). Jeweils zuzüglich Postgebühren. **Einzelheft:** DM 3,60. **Jahresband** (15 Hefte der Jahrgänge 1971 und 1972); DM 19,80. **Studienbogen** (Lieferung nur ab 10 Exemplaren möglich): ab 10 Stück je —,75 DM; ab 30 Stück je —,65 DM.

**Bestellungen** nehmen entgegen: jede Buchhandlung, der Verlag C. H. Beck, die Postämter; Bestellungen zu Vorzugspreisen nur bei Buchhandlungen und beim Verlag.

**Abbestellungen** müssen 4 Wochen vor Halbjahresschluß erfolgen.

**Gerichtsstand** für alle Ansprüche ist München.

**Titelbild:** UPI

## Über den Rechtsstaat

Von Peter Badura

### I. Bürgerlicher Rechtsstaat — oder was sonst?

„Aber der Despotismus bezeichnet überhaupt den Zustand der Gesetzlosigkeit, wo der besondere Wille als solcher, es sei nun eines Monarchen oder eines Volkes (Ochlokratie), als Gesetz oder vielmehr statt des Gesetzes gilt. . . “<sup>1</sup> Die Auflösung des Rätsels, wie der das Recht schaffende und garantierende Staat zugleich an das Recht gebunden sein kann, ist die geschichtliche Leistung der bürgerlichen Gesellschaft. Verfassung und Gesetz sind die ideell bestimmenden und praktisch ausschlaggebenden Elemente jenes Erfolges. Wie jede geschichtliche Leistung ist der bürgerliche Rechtsstaat weder voraussetzungslos noch endgültig. Der Kampf, in dem sich der „Rechtsstaat“ als revolutionäre Waffe bewährte, wurde gegen den absolutistischen Fürstenstaat geführt, war jedoch nur eine Etappe in der Ausbildung des politischen Herrschaftssystems der Neuzeit, in dem die gesellschaftlichen Beziehungen durch den Staat und das staatsgeschaffene positive Recht organisiert und damit mit Planmäßigkeit, Berechenbarkeit, „Rechtssicherheit“ ausgestattet worden sind. Der von *Hegel*, *Lorenz von Stein*, *Marx* und anderen als „bürgerliche Gesellschaft“ identifizierte Motor der Anfangsphase dieses Prozesses ist eine hochgradige Vereinfachung, die ein verzweigtes Ensemble politischer, kultureller und ökonomischer Bedingungen weniger beschreibt als sozialphilosophisch bewertet und bedeutet.

Das Verfassungsprinzip des Rechtsstaates bestimmt das nach den Maximen der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zu gestaltende und anzuwendende Recht als Grund und Grenze jeder Ausübung öffentlicher Gewalt. Dieser sehr allgemeine Gedanke hat seine praktische Wirklichkeit in verschiedenen Einrichtungen, Vorkehrungen und Grundsätzen des Verfassungsrechts, in denen sich die historisch erfahrenen Einbrüche in Gerechtigkeit, Recht und Freiheit durch Machtmißbrauch und Willkür widerspiegeln. Das den Gesetzgeber bindende Recht ist die Verfassung, das Gesetz leitet und beschränkt die Exekutive und ist der Maßstab der richterlichen Rechtsfindung. Daß die sozialgestaltende politische Entscheidung des Gesetzgebers durch die Verfassung rechtlich — und nicht nur politisch-programmatisch oder moralisch — angeregt und begrenzt wird, ist heute die strategische Stelle rechtsstaatlicher Staatspraxis. Im Hinblick darauf kann man sagen, daß der

<sup>8</sup> *H. Heller*, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1929/30, jetzt in: *M. Draht u. a.* (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 1971, S. 443 ff.

<sup>1</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 278.

Rechtsstaat unter bestimmten gesellschaftlichen und politischen Bedingungen die Geltung und Gerechtigkeit des Rechts garantiert.

In der im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ausgeprägten Gestalt des Rechtsstaates hat sich die politische Idee des Verfassungsstaates verbunden a) mit dem alten Gedanken der „Herrschaft des Gesetzes“ (angelsächsisch: rule of law), b) mit dem in der französischen Revolution scharf ausgebildeten Prinzip der durch das parlamentarische Gesetz bestimmten Freiheit („rechtsstaatlicher Gesetzesbegriff“), c) mit dem in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts entwickelten Grundsatz der Legalität (Gesetzesgebundenheit der Verwaltung) und schließlich d) mit der Forderung nach staatlich verantworteter sozialer Gerechtigkeit als dem Prinzip gesellschaftlicher Reform. Die griffig vereinfachende Debattierformel vom Gegeneinander des bürgerlichen Rechtsstaates und des sozialen Rechtsstaates verdeckt, daß in der zeitgebundenen Erscheinung des bürgerlichen Rechtsstaates Garantien für Gerechtigkeit und Freiheit zu Tage getreten sind, auf die der Einzelne auch im politischen System der entwickelten Industriegesellschaft angewiesen ist. Auf der anderen Seite macht diese Formel richtig darauf aufmerksam, daß der Erfolg des bürgerlichen Rechtsstaates auch darauf beruhte, daß er den Interessen der kapitalistischen Wirtschaftsgesellschaft diene, indem er den Schutz von Freiheit und Eigentum ermöglichte und Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit herstellte.

Die bürgerliche Gesellschaft, „Bildung und Besitz“, erwartet von ihrem Staat, den sie als eine „Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen“ (*Kant*) definiert, die „Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit“ (*Wilhelm von Humboldt*). Die bürgerliche Freiheit fordert vom Staat die prinzipielle Respektierung der privatautonom gesteuerten Selbstbewegung der Gesellschaft, den später so genannten „staatsfreien Raum“, in dem der Einzelne im sicheren Genuß seiner Rechte und in der selbstbestimmten Entfaltung seiner Persönlichkeit leben könnte, aber auch die Marktwirtschaft der Unternehmer nach den von *Adam Smith* entdeckten ökonomischen Gesetzen die vorteilhafteste Nutzung der Produktivkräfte erreichen sollte. Der Bourgeois wollte aber auch Citoyen sein; denn nur die zugleich gegebene politische Freiheit, die Beteiligung an der Gesetzgebung, konnte sicherstellen, daß das die bürgerliche Freiheit umschreibende Gesetz den Gerechtigkeitsanforderungen des aufklärerischen Vernunftrechts genüge. Das Gesetz der bürgerlichen Gesellschaft war seiner Idee nach die dauerhafte und allgemeine Vergegenständlichung einer vorausgesetzten „Vernunft“, die im Läuterungsprozeß der parlamentarischen Debatte zu sich selbst kam. Das Ziel der „gesetzmäßigen Freiheit“ ist somit der Ausdruck dessen, daß der bürgerliche Rechtsstaat nicht einfach die Gesellschaft vom Staat trennt, um unter obrigkeitlicher Be-

hütung gesicherte Persönlichkeitsbildung und ungestörten Erwerb zu gewinnen, sondern die Freiheit auch politisch versteht. Er zeigt seine Beschränktheit darin, daß er die abhängige Arbeit von seinem partizipatorischen Anspruch ausnimmt.

Eine spezifisch die deutsche Verfassungsgeschichte kennzeichnende und erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts sichtbar werdende Schwächung der Rechtsstaatsidee ist es, daß die politisch-parlamentarische Stoßrichtung zurücktritt und das abwehrende und ausgrenzende Moment der bürgerlichen Freiheit für das Ganze des Rechtsstaates genommen wird. Der Rechtsstaat „soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre der Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern . . . er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen“<sup>2</sup>. Dieser „formelle“ Rechtsstaatsbegriff, der das Hauptgewicht auf die Legalität des Handelns der vollziehenden Gewalt legt, verbindet sich mit dem staatsrechtlichen Positivismus, der das Arbeitsfeld der Jurisprudenz auf die Konstruktion der Rechtsbegriffe aus der gegebenen Rechtsordnung unter Ausschluß des Zweckmoments und des politischen Zusammenhangs festlegte. In der so zustandekommenden „Abspaltung der Rechtsform von der politischen Struktur des Staates“<sup>3</sup> äußert sich die Anerkennung des in der konstitutionellen Monarchie erreichten verfassungspolitischen Kompromisses. Folgerichtig entsteht auf dieser Grundlage das Verwaltungsrecht, das aus dem Verhältnis der Exekutive zum Verwaltungsunterworfenen ein Rechtsverhältnis macht und dessen Rechtsformen ausarbeitet. „Der Staat, der für seine Verwaltung kein Gesetz hat und keinen Verwaltungsakt, ist kein Rechtsstaat.“<sup>4</sup>

Der Zusammenbruch des konstitutionellen Systems und die Auflösung der alten Gesellschaft in Krieg, Novemberrevolution, Inflation, Weltwirtschaftskrise und nationalsozialistischer Diktatur brachte die Rückkehr eines politisch, „materiell“, verstandenen Rechtsstaates und die Überwindung des juristischen Positivismus. Die neue Verfassungsordnung verbindet den Rechtsstaat mit der parlamentarischen Demokratie und mit der sozialstaatlichen Aufgabe und Rechtfertigung von Staat und Recht.

## II. Konstitutionalisierung der Staatsgewalt und Teilung der Gewalten

„Eine Gesellschaft, in der die Garantie der Rechte nicht zugesichert und die Teilung der Gewalten nicht festgelegt

<sup>2</sup> *F. J. Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. II, 2. Abt., 2. Auflage (1846), S. 106.

<sup>3</sup> *F. Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat, 1967, S. 31.

<sup>4</sup> *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1895, S. 66.

ist, hat keine Verfassung“ (Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Vom Standpunkt der individuellen Freiheit aus bedeutet die funktionelle Trennung von Balancierung der Gesetzgebung, der Vollziehung und der Rechtsprechung eine Vorkehrung gegen Willkür der Parteien, der Bürokratie und der Richter. Die durch die Gewaltentrennung bewirkte Mäßigung der Staatsgewalt ist keinesfalls dadurch hinfällig geworden, daß sich die heute bloß noch historische Vorstellung *Montesquiens*<sup>5</sup>, die Gesetzgebung den Ständen und die Ausführung der Gesetze dem Monarchen zuzuweisen, erledigt hat. Daß der parteienstaatliche Parlamentarismus, der Regierungspartei und Opposition entgegengesetzt, die Beziehungen von Parlament und Exekutive anders ordnet als die konstitutionelle Monarchie und daß überhaupt in der egalitären Demokratie der Parteien und Verbände dem Liberalismus unbekannte Kraftfelder bestehen, sind Gemeinplätze des Staatsrechts. Jenseits dieses organisatorischen Gesichtspunkts hat die Gewaltenteilung ihren weitergehenden und nicht überholten Sinn darin, daß sie die politische Herrschaft und die Ausübung öffentlicher Gewalt auf eine verfassungsrechtlich gesetzte Ordnung von Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse festlegt. Durch die Gewaltenteilung beläßt der Rechtsstaat die den politischen Prozeß bestimmende staatliche Herrschaft nicht im Zustand einer ungestalteten, ihre Ziele und Handlungsmöglichkeiten selbst setzenden Einheit politischen Waltens, sondern begründet die Staatsgewalt als rechtliche Erscheinungsweise politischer Herrschaft, die nur kraft definierter Vollmacht handeln darf.

Die Gewaltenteilung ist Voraussetzung dafür, daß die verschiedenen Erscheinungsweisen staatlicher Tätigkeit rechtlich geordnet und juristisch gedacht werden können. Der Schlüsselbegriff des demokratischen Rechtsstaates, das (parlamentarische) Gesetz, ist praktisch wie theoretisch nur aus einer gewaltenteilenden Verfassungsordnung ableitbar; nur bei Wahrung dieses Zusammenhangs kann das Gesetz vom Dekret einer regierenden Partei, einer herrschenden Clique oder der Bürokratie unterschieden werden. Durch das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung hebt der Rechtsstaat die Verwaltung als einen eigenartigen Bereich heraus und bestimmt diesen Bereich nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als einen solchen der rechtsgebundenen und nicht nur sachbezogenen Verwirklichung staatlicher Zwecke.

### III. Die Herrschaft des Gesetzes oder die rechtsstaatliche Demokratie

„Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens“ (Art. 6 der Erklärung von 1789). Mit der gesetzgebenden Gewalt, die von der gewählten Repräsentativversammlung oder wenigstens unter ihrer Mitwirkung auszuüben ist, be-

anspruch die bürgerliche Gesellschaft für sich die Verfügungsmacht über die Sozialordnung. Die Rückbindung der Gesetzgebungsgewalt an die vernunftrechtlichen Prinzipien der Aufklärung, vor allem an den Schutz von Freiheit und Eigentum als Staatszweck und Rechtsidee, hindert das Gesetz des bürgerlichen Rechtsstaates daran, zu einem bloßen Machtinstrument zu werden, das mit beliebigen Inhalten versehen werden könnte. Hauptsächlich in dem Kriterium der „Allgemeinheit“ des Gesetzes zeigt sich, daß die liberale Doktrin dem Gesetz bestimmte inhaltliche Eigenschaften abverlangt. Der Grundgedanke dieses staatsrechtlichen Axioms, nämlich daß das Gesetz nicht als ein in ordnungsmäßigem Verfahren vom Parlament erlassener Akt hinlänglich gekennzeichnet ist, sondern auch den von der Verfassung aufgestellten inhaltlichen Bedingungen der Richtigkeit des Rechts genügen muß, liegt auch dem heutigen Verfassungsstaat zugrunde. Die heute aufgegebenen Beschränkungen des Gesetzesbegriffs des bürgerlichen Rechtsstaates sind a) das Bildung und Besitz vorbehaltene Klassenwahlrecht, b) die liberale Begrenzung der Staatsaufgaben auf die Sicherung von Freiheit und Eigentum und c) das Kriterium, daß das Gesetz eine auf exekutive Ausführung angelegte „Allgemeinheit“ besitzen und nicht selbst als sozialgestaltende „Maßnahme“ in einen Sozialbereich intervenieren dürfe. Der demokratische Verfassungsstaat mit umfassender Verantwortung für soziale Gerechtigkeit, sozialen Ausgleich und soziale Sicherheit gibt dem Gesetz inhaltliche Richtlinien und Grenzen im Verfassungsrecht, beruht aber auch auf dem Verfassungssatz, daß der parlamentarische Gesetzgeber grundsätzliche Gestaltungsfreiheit gegenüber besserungsbedürftigen sozialen Verhältnissen und Situationen besitzt. Das führt zu dem oft beobachteten instrumentalen Charakter des demokratischen Gesetzes. Das demokratische Gesetz ist deswegen jedoch nicht ein die rechtsstaatlichen Bedingungen der politischen Entscheidung durchbrechender „Befehl“, ein maßstabsloser Machtspruch der jeweiligen Mehrheit.

### IV. Die Grundrechte: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit

Mit ihrem Programm der Menschenrechte und Grundfreiheiten erreichte die bürgerliche Gesellschaft die politische Emanzipation und die rechtlich gesicherte Freiheit des Einzelnen. Die Herstellung und Gewährleistung der ökonomischen und kulturellen Bedingungen der individuellen Freiheit, die sie dem Staat grundsätzlich vorenthielt, glaubte sie der persönlichen Selbstbestimmung und der eigengesetzlichen Bedürfnisbefriedigung der sozialen Kräfte anvertrauen zu können. Nachdem das Fortschreiten der liberal entfesselten

<sup>5</sup> *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1748.

kapitalistischen Industrialisierung diese Prämissen widerlegt und die bürgerliche Gesellschaft selbst zerstört hatte, hat die sozialstaatliche Demokratie diese Bedingungen politisiert und in wesentlichen Teilen der staatlichen Garantie unterworfen. Daß die ökonomischen und kulturellen Bedingungen der individuellen Freiheit nicht der vollständigen Bestimmung durch das politische System überantwortet sind, unterscheidet den sozialen Rechtsstaat vom Sozialismus.

Grundrechte sollen die Freiheit des Einzelnen durch die rechtliche Sicherung der individuellen Selbstbestimmung und der autonomen Entscheidungsmöglichkeit in dem persönlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Handlungsbereich schützen. Sie wenden sich gegen Machtmißbrauch und Willkür der Verwaltung wie des Gesetzgebers. Nach heutigem Verständnis sind die Grundrechte nicht nur individualistisch gefaßte Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt, sondern je nach ihrer Eigenart auch Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung. In dem Maße wie den Grundrechten ein programmatischer und direkter Gehalt zukommt, sollen sie die Bedingungen der individuellen Freiheit gewährleisten, wirken sie also unmittelbar oder vermittelt durch das Gesetz gegen soziale Gewalten und private Willkür. Das Prinzip grundrechtlicher Freiheit gilt nicht weniger für „soziale“ Grundrechte, einschließlich der Grundfreiheiten der Arbeit. Die Emanzipation und gerechte Ordnung der abhängigen Arbeit muß, wenn sie nicht nur als eine Neugestaltung der politischen Macht stattfinden soll, auch die grundrechtliche Freiheit des Arbeitenden einschließen.

Die Grundrechte sind ein den staatlichen Zugriff abwehrender Schutz des privaten Daseins und der persönlichen Entschließung. Als solcher sind sie aber auch die Grundlage politischer Freiheit und deswegen zum größten Teil „persönliches Berufsrecht des deutschen Staatsbürgers“<sup>6</sup>. Die politische Freiheit ist ohne den rechtsstaatlich gesicherten individuellen Rechts- und Lebensbereich freischwebend und wesenlos.

Das Staatsziel der sozialen Gerechtigkeit, durch dessen Verwirklichung die sozialen Voraussetzungen der grundrechtlichen Freiheit für alle geschaffen werden können, ist die notwendige Ergänzung der überkommenen rechtsstaatlichen Garantien. „Die Duldung sozialer Abhängigkeit ist kein Element des Rechtsstaats.“<sup>7</sup> Der soziale Rechtsstaat bedeutet „die Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung“, „die rechtsstaatliche Vergesetzlichung der Wirtschaft“, die „Unterordnung der Lebensmittel unter die Lebenszwecke“<sup>8</sup>. Der soziale Rechtsstaat meint nicht nur die staatlich organisierte soziale Sicherheit durch sozialpolitische Gesetze, sondern die gestaltende Regelung und Ordnung des wirtschaftlichen Prozesses und der gesellschaftlichen Verhältnisse überhaupt. Das Recht — im liberalen Rechtsstaat die schützende Abgrenzung koexistierender Freiheiten — ist im sozialen

Rechtsstaat die Ordnung, nach der die gleichwohl im Prinzip privatwirtschaftlich bleibende gesellschaftliche Produktivkraft gestaltet und ihre Erzeugnisse verteilt werden. Der Rechtsstaat sieht sich damit vor der neuen Aufgabe, die rechtliche Bindung der politischen und administrativen Entscheidungen im Rahmen des staatlichen Lenkungs-, Verteilungs- und Leistungssystems aufrechtzuerhalten und die grundrechtliche Freiheit auch gegenüber der Steuerung und Zuteilung von Daseinschancen zu wahren. Eine umfassende Konzentration der politischen Herrschaft und der ökonomischen Macht allerdings müßte die rechtsstaatliche Definiertheit der Staatsgewalt aufheben und die grundrechtliche Freiheit in eine bloße Funktion des politischen Systems verwandeln.

## V. Richter und Rechtsgang

Welche Wirklichkeit Gerechtigkeit, Recht und Freiheit in einem politischen System haben, ist nicht allein von den Normen und Zusicherungen der Verfassungsurkunde ablesbar. Die reale Kraft des Rechts, das Ausmaß der Gerechtigkeit, Freiheit und Ordnung, des Schutzes und der Förderung, die es gewähren kann, hängt von der Art und Weise der Verwirklichung des Rechts durch die Rechtspflege ab. Die rechtliche und politische Kraft der Verfassung kommt nur dann vollständig zum Tragen, wenn die verfassungsrechtlichen Regelungen von den Gerichten angewandt werden dürfen und auch die Wahrung der Verfassung durch den Gesetzgeber richterlicher Nachprüfung unterliegt, vor allem in Form der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die rechtliche Stellung der Richter, vor allem ihre persönliche und sachliche Unabhängigkeit, die Organisation der Gerichte und die Gestaltung der gerichtlichen Verfahren sind ein Kernstück des Rechtsstaates.

Die richterliche Rechtsfindung ist an das Gesetz gebunden. Da aber die Rechtsbildung nicht ausschließlich in der parlamentarischen Gesetzgebung konzentriert ist und eine „lückenlose“ Ordnung des Soziallebens durch das Gesetz nicht vorstellbar ist und da weiter den umgreifenden Zusammenhang des Rechts und der Gerechtigkeit nicht das Gesetz selbst, wohl aber der Richterspruch für den Streitfall zur Geltung bringen kann, kommt der richterlichen Rechtsfindung ein rechtsbildender und rechtsfortbildender Charakter zu. Sollen die rechtsstaatlichen Legalitätsgarantien, einschließlich der Rechtsgleichheit und Rechtssicher-

<sup>6</sup> R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, 1933.

<sup>7</sup> U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. II, 1960, S. 262.

<sup>8</sup> H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1930.

heit, nicht preisgegeben und die Unabhängigkeit des Richters nicht in Frage gestellt werden, darf die Notwendigkeit richterlicher Rechtsbildung nicht zu einem nur durch die verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen begrenzten politischen Mandat radikalisiert werden. Die Bindung des Richters an das Gesetz — an „Gesetz und Recht“ — bedeutet, die verfassungsrechtlich vorgesehene Funktion des Gesetzes mit den Mitteln der juristischen Argumentation und Begründung bei der Findung einer gerechten Entscheidung zur Geltung zu bringen und so auch die richterrechtlich nicht ersetzbare Aufgabe und Verantwortung der parlamentarischen Legislative zu respektieren.

Die Formel des Grundgesetzes, daß die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden sind (Art. 20 III GG), ist nach dem Willen des Parlamentarischen Rates „zur besseren Kennzeichnung der Rechtsstaatlichkeit als der Grundlage des Grundgesetzes“ gewählt worden. Sie hat eine doppelte Bedeutung. Durch die Bindung der Exekutive und des Richters an das Gesetz verankert sie den Vorrang des parlamentarischen Gesetzgebers für Rechtsetzung und Rechtsfortbildung und verpflichtet sie die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung auf den im parlamentarisch zustande gekommenen Gesetz sich äußernden und deshalb demokratisch legitimierten politischen Willen der Legislative. Andererseits bringt die Verfassung dadurch, daß sie nicht nur das Gesetz, sondern „Gesetz und Recht“ als Maßstab bezeichnet, zum Ausdruck, daß die staatlich gesetzte Rechtsordnung ihren letzten Grund in der Rechtsidee, der Gerechtigkeit, findet, die sie nicht abschließend in sich aufnehmen und mit der sie in Widerspruch treten kann. „Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers.“<sup>9</sup>

## VI. Der Verfassungsstaat oder „Recht und Politik“

Der übergreifende Zusammenhang, auf den die Wirkungsweise der rechtsstaatlichen Einrichtungen und Grundsätze angewiesen ist, sind die Verfassung und der verfassungsrechtlich geordnete demokratische Prozeß der politischen Willensbildung, Legitimierung und Kontrolle. Die Verfassung soll die Legalität, Effektivität und Planmäßigkeit staatlichen Handelns sichern, aber auch die politische Herrschaft mit den sozialen Normen und den Sinnbedingungen des individuellen Daseins verbinden. Der Staat, dem die Verfassung eine rechtliche Ordnung gibt, ist allerdings nicht die für juristische Bedürfnisse konstruierte „Rechtsperson“ Staat, der sich ein einheitlicher „Staatswillen“ zusprechen läßt, sondern der Prozeß der permanenten Begründung und Integration, aus dem das staatliche Wirken und die von Auseinandersetzung und Ausgleich geprägte Rechtsbildung hervorgehen.

Nicht anders wie die Normen des positiven Rechts ein bedingter und bedingender Bestandteil des Gesell-

schaftsprozesses sind, beruht jede Verfassung auf ideologischen und sozioökonomischen Voraussetzungen, die ihren Inhalt und ihre Verwirklichung bestimmen. Doch dieser funktionale Zusammenhang des Politisch-Staatlichen mit dem Gesellschaftlichen bedeutet nicht die Identität der staatlichen und der gesellschaftlichen Willensbildung oder, anders gesagt, die Aufhebung politisch-staatlicher Herrschaft und die spontane oder oligarchisch von sozialen Machtgruppen bestimmte Selbstverwaltung der Gesellschaft ohne staatlich gesetztes Recht und ohne rechtlich verfaßten Staat. Die Differenzierung der menschlichen Vergesellschaftung, deren Stabilisierung der Verfassungsstaat anstrebt, hat zwei für die Organisation und Arbeitsweise des politischen Systems wesentliche Folgen: a) die Ausübung von Herrschaft kann einer kontrollierbaren Verantwortung unterworfen werden und b) die Existenz und Erhaltung des politischen Systems ist nicht von der (notfalls gewalttätig durchgesetzten) Anerkennung einer kanonischen und durch die Funktionäre der politischen Macht verbindlich interpretierten politischen Doktrin durch alle Gesellschaftsglieder abhängig. Nicht weil der rechtsstaatliche Gedanke die mögliche Instrumentalisierung des Rechts durch Macht und Interesse übersieht oder verschweigt, sondern weil er mit dieser Möglichkeit rechnet, beharrt er darauf, daß das Recht für den politischen Prozeß nicht unbegrenzt verfügbar ist und daß die Nützlichkeit, sei es die Staatsräson, die Parteilräson, das Gruppeninteresse oder die bürokratische Effektivität, als Maßstab politischer Richtigkeit nicht genügt.

### Weiterführende Literaturhinweise:

C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928.

W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Ludwig Bergstraesser, 1954, S. 279.

E. Forsthoff / O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichung der Vereinigung dt. Staatsrechtslehrer. Heft 12, 1954.

U. Scheuner, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates, in: H. Dombois / E. Wilkens, Macht und Recht, 1956, S. 76.

U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. II, S. 229.

K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 71.

E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, 1962, in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 249.

P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966.

<sup>9</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), Bd. 23, 106.