

Rechtsstaatlichkeit

Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft

Dieter Grimm *

- I. Bindung der Staatsgewalt an das Recht
- II. Rechtssicherheit als Eigenwert
- III. Vorbehalt und Bindungsfähigkeit des Gesetzes
- IV. Materieller Rechtsstaat durch Grundrechtsbindung
- V. Rechtsschutz gegen den Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit
- VI. Voraussetzungen von Rechtsstaatlichkeit
- VII. Rechtsstaat und Demokratie

In den Vorträgen des gestrigen Tages ist unter verschiedenen Aspekten über Rechts-transfer gesprochen worden. Ob Rechtstransfer gelingt und zu welchen Ergebnissen er führt, hängt entscheidend von dem Kontext ab, in den das fremde Recht gelangt. Innerhalb des Kontextes wiederum hat der Grad und die Eigenart der Rechtsstaatlichkeit in dem Aufnahmeland erhebliche Bedeutung. Unter Rechtsstaat wird allerdings in verschiedenen Rechtsordnungen Verschiedenes verstanden. Es gibt Minimalbedingungen und höchst entwickelte Formen. Auch in den westlichen Ländern hat sich der Rechtsstaat schrittweise und unter Rückschlägen entwickelt. Im Folgenden geht es um ein gestuftes Rechtsstaatsverständnis, bei dem jeder Schritt den Rechtsstaat seinem Ziel näher bringt. Für den Rechtsstaatstransfer scheint mir dieses gestufte Verständnis eine Vorbedingung zu sein.

I. BINDUNG DER STAATSGEWALT AN DAS RECHT

Im Zentrum der Rechtsstaatsidee steht die Forderung, dass der Staat seine Herrschaft in Form des Rechts ausübt¹. Damit ist gemeint, dass er nach Regeln herrscht und dass er durch Regeln herrscht. Nach Regeln herrschen bedeutet, dass der Staat nicht nur Regeln für die Menschen in seinem Herrschaftsbereich setzt, sondern sich auch selbst Regeln

* Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm, LL.M. (Harvard), Bundesverfassungsrichter a.D., Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin a.D.

1 Die Literatur zum Rechtsstaat ist überreichlich. Siehe nur KATHARINA SOBOTA, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997; EDIN ŠARČEVIĆ, Der Rechtsstaat, 1996; NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 422 ff.; PHILIP KUNIG, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 143; KONRAD HESSE, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962), in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 557; ULRICH SCHEUNER, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), ebenfalls in Forsthoff, S. 461.

unterwirft. Durch Regeln herrschen bedeutet, dass die Verhaltensanforderungen, welche der Staat an die Personen in seinem Herrschaftsbereich richtet, in Form von Regeln ergehen und auf Regeln beruhen. Zum Begriff der Regel gehört es, dass sie nicht auf einen Einzelfall bezogen ist, sondern für eine Vielzahl künftiger Fälle gilt, dass sie nicht im laufenden Vollzug geändert wird und dass sie auf alle, die in der gleichen Situation sind, auch gleichmäßig angewendet wird. Regelhafte Herrschaft ist das Gegenteil von willkürlicher Herrschaft.

Herrschaftsausübung in Form des Rechts verhindert, dass sich Macht umstandslos in Anordnungen oder Maßnahmen umsetzt. Im Rechtsstaat gelten für den Machtgebrauch vielmehr Zuständigkeiten und Verfahren. Erst ihre Beachtung begründet die Verbindlichkeit von Herrschaftsakten. Der Verkehrspolizist darf keine Ehen scheidern, der Standesbeamte keine Fahrzeuge kontrollieren. Im Gesetzgebungsverfahren darf niemand bestraft werden, im Strafverfahren darf das Parlament nicht aufgelöst werden. Fehlt es an der Zuständigkeit oder werden Verfahrensvorschriften missachtet, dann ist der Staat im Unrecht, wenn er trotzdem befiehlt, nicht etwa der Bürger, wenn er die Befolgung verweigert. Kern des Rechtsstaatsprinzips ist also die Bindung der Staatsgewalt an das Recht. Der Staat hat im Rechtsstaat nicht das Recht, sich über das Recht hinwegzusetzen.

Allerdings ist der Staat Urheber des Rechts. Der allergrößte Teil des Rechts verdankt seine Geltung einer staatlichen Entscheidung. Das bedeutet, dass der Staat das Recht auch wieder aufheben oder abändern kann. Das Änderungsrecht schließt aber nicht die Befugnis ein, geltendes Recht außer Acht zu lassen. Es muss auch dann befolgt werden, wenn die Befolgung den Herrschenden lästig ist oder Folgen hat, die ihnen missfallen. Gebunden sind nicht allein die unteren Behörden. Von Rechtsstaat kann nur dort die Rede sein, wo sich auch die obersten Staatsgewalten und ihre Vollzugsorgane ans Recht halten müssen. Konkreter gesprochen geht es vor allem darum, dass die exekutiven Staatsorgane diejenigen Regeln einhalten, welche die legislativen Staatsorgane gesetzt haben. Juristen haben dafür den Begriff der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung².

Die Regelhaftigkeit des staatlichen Handelns, die Willkür ausschließt, ist ein Wert an sich, noch unabhängig davon, welchen Inhalt das Recht hat, das zur Anwendung kommt. Sie ist ein Wert an sich, weil sie staatliches Handeln für diejenigen, welche davon betroffen sind, voraussehbar macht. Die Regelhaftigkeit von Herrschaft erlaubt den Bürgern, ihr Verhalten so einzurichten, dass sie mit dem Staat nicht in Konflikt kommen; sie erlaubt den Unternehmen, sich wirtschaftlich rational zu verhalten, um nur diese beiden Beispiele zu nennen. Deswegen ist ein wichtiger Bestandteil des Rechtsstaats das Verbot rückwirkender Gesetze³. Denn Rückwirkung heißt nichts anderes, als dass an ein Verhalten Rechtsfolgen geknüpft werden, die zum Zeitpunkt dieses Ver-

2 Vgl. DIETRICH JESCH, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968.

3 Vgl. BODO PIEROTH, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981.

haltens noch gar nicht vorgesehen waren und auf die man sich deswegen auch nicht einrichten konnte. Die Vorteile des Rechtsstaats wären damit wieder aufgehoben.

II. RECHTSSICHERHEIT ALS EIGENWERT

So einleuchtend das Postulat der Bindung des Staates an sein Recht ist, so prekär ist doch seine Verwirklichung. Rechtsbindung kann die Politik an der Verfolgung bestimmter Ziele oder an der Ergreifung bestimmter Maßnahmen hindern, die ihr wichtig sind. Die Einhaltung rechtlicher Normen durch die Behörden kann unerwünschte Folgen haben. Man muss vielleicht Verdächtige laufen lassen, weil die Beweise nicht ausreichen. Man darf vielleicht Beweise, die man hat, nicht verwerten, weil sie illegal erlangt worden sind. In solchen Situationen erscheint der Gesetzesgehorsam leicht wie leerer Formalismus, der die Verwirklichung materialer Gerechtigkeit hintertreibt. Der Staat, der sich dann über die Rechtsbindung hinwegsetzt, hat nicht selten sogar die öffentliche Meinung auf seiner Seite. Aber kein Rechtsstaat ohne die Bereitschaft, das Recht auch dort einzuhalten, wo es unpopulär oder lästig oder sogar ärgerlich ist.

Die Abhilfe im Fall unbefriedigender Regelungen liegt in der Änderung des Rechts für die Zukunft, nicht in seiner Außerachtlassung. Ist erst einmal anerkannt, dass es Gründe geben kann, das geltende Recht ausnahmsweise außer Acht zu lassen, ist es nur ein kurzer Schritt zu seiner Umgehung zu allerlei illegitimen Zwecken: weil es dem subjektiven Gerechtigkeitsempfinden nicht entspricht; weil das Ergebnis im konkreten Fall nicht wünschenswert erscheint; weil man aus der Nichtanwendung Vorteile ziehen kann; weil man es sich mit den Mächtigen nicht verderben will; weil man dadurch seinen politischen Gegnern oder Konkurrenten schaden kann etc. Eine wesentliche Voraussetzung für das Gelingen des Rechtsstaats ist daher, dass Rechtssicherheit als Eigenwert anerkannt wird, unabhängig davon, ob man das Ergebnis der Rechtswahrung für gut oder schlecht, nützlich oder schädlich hält⁴.

Die Voraussetzungen dafür sind freilich nicht überall gleich günstig. Der Grund liegt in einem fundamentalen Unterschied, der bei der Erörterung des Rechtsstaats noch häufiger zur Sprache kommen wird. Es gibt Staaten, die sich im Dienst einer ihnen vorgegebenen, absoluten Wahrheit sehen. Das kann eine religiöse oder eine säkulare Wahrheit sein. Politische Herrschaft legitimiert sich in diesem Fall aus der Wahrheit. Sie ist legitim, soweit sie ihr zur Durchsetzung verhilft. Es gibt aber auch Staaten, die sich nicht mit einer bestimmten Wahrheit identifizieren, sondern eine Pluralität von Wahrheitsansprüchen anerkennen. Sie leiten die Legitimation zur Herrschaft daher nicht aus einer für alle verbindlichen Wahrheit ab, sondern aus dem Konsens der Herrschaftsunterworfenen über die Bedingungen friedlichen Zusammenlebens trotz unterschiedlicher Auffassungen vom Guten, Richtigen oder Vernünftigen.

4 Vgl. ANDREAS VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, 2006.

Für den Rechtsstaat ist dieser Unterschied deshalb von Bedeutung, weil Staaten, die sich im Dienst einer absoluten Wahrheit sehen, größere Schwierigkeiten mit der Einhaltung des Rechtsstaatspostulats haben als pluralistische. Sie gestehen dem Recht keine Autonomie zu und entwickeln ein rein instrumentelles Verhältnis zum positiven Recht. Im Konflikt zwischen Wahrheitsansprüchen und Rechtsbindung werden sie gewöhnlich der Wahrheit den Vorzug geben, und zwar ohne schlechtes Gewissen. Pluralistische Gesellschaften, in denen legitimerweise verschiedene Gemeinwohlvorstellungen und Gerechtigkeitsüberzeugungen konkurrieren, finden sich dagegen mit rechtlicher Gebundenheit des Staates leichter ab, weil das geltende Recht das Produkt einer politischen Entscheidung ist, die zuvor festgelegten Regeln folgt und jederzeit wieder geändert werden kann.

III. VORBEHALT UND BINDUNGSFÄHIGKEIT DES GESETZES

Rechtsbindung der Staatsgewalt als Kern des Rechtsstaatsprinzips ist aber noch in einer weiteren Hinsicht voraussetzungsvoll. Die Bindung, die der Rechtsstaat einfordert, wird über das Gesetz vermittelt. Folglich reicht sie nur so weit, wie Gesetze vorhanden sind. Wo kein Gesetz, dort auch keine Gesetzesbindung. Da der Staat zugleich Gesetzgeber ist, hat er also das Ausmaß seiner Bindung selber in der Hand. Unterlässt er es, gesetzliche Regeln zu schaffen, ist er insoweit von Bindungen frei. Der Rechtsstaat bleibt dann lückenhaft. In den Lücken kann der Staat nach Belieben schalten. Deswegen gelangt der Rechtsstaat nur dort zu voller Wirksamkeit, wo der Staat bestimmte Absichten nur verwirklichen darf, wenn er eine gesetzliche Ermächtigung dafür hat, wenn also – juristisch gesprochen – zum Vorrang des Gesetzes der Gesetzesvorbehalt tritt⁵.

Das Feld, auf dem der Staat ohne gesetzliche Ermächtigung nicht handeln darf, wird traditionellerweise durch die Grundrechte abgesteckt. Kein Grundrechtseingriff ohne gesetzliche Eingriffsgrundlage. Das Gesetz muss freilich auch einen bindungsfähigen Regelungsgehalt aufweisen, um seine Funktion erfüllen zu können. Das ist dort besonders wichtig, wo der Einzelne von Staatshandeln besonders intensiv betroffen wird, also im Polizeirecht und im Strafrecht. Blanko-Ermächtigungen an die Staatsgewalt erzeugen keine Bindung. Gesetze, die aus Leerformeln oder Generalklauseln bestehen, erzeugen jedenfalls keine ausreichende Bindung. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass die Bindungskraft des Gesetzes mit seiner Detailgenauigkeit zunimmt. Je kasuistischer der Gesetzgeber eine Materie regelt, desto mehr Regelungslücken hinterlässt er.

Die Bindungsfähigkeit des Gesetzes hängt allerdings nicht allein von der Bereitschaft der Politik ab, bindungsfähige Normen zu formulieren. Der Bindungsgrad wird vielmehr auch von dem Regelungsgegenstand des Gesetzes beeinflusst. Solange sich die Auf-

5 Vgl. JESCH (Fn. 2), S. 30 ff.; WOLFGANG HOFFMAN-RIEM, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), S. 5.

gaben des Staates hauptsächlich auf die Wahrung einer als gerecht vorausgesetzten gesellschaftlichen Ordnung beschränkten, war eine durchgängige und bindungsfähige Regelung der Staatstätigkeit verhältnismäßig leicht erreichbar. Ordnungswahrung ist eine reaktive, punktuelle und abschätzbare Tätigkeit. Sie lässt sich in Rechtsnormen einfangen, die dem Wenn-dann-Schema folgen und im Tatbestand definieren, was als Ordnungsstörung gilt, und in der Rechtsfolge angeben, was die zuständigen Behörden zur Verhütung der Störung oder zur Wiederherstellung der Ordnung unternehmen dürfen.

Die moderne, auf Ordnungsgestaltung und Risikovorsorge gerichtete Staatstätigkeit ist dagegen prospektiv, flächendeckend und nur begrenzt vorweg bestimmbar. Der auf die Ordnungswahrung zugeschnittene Normtyp hilft hier nicht weiter. Deswegen herrscht in diesen Sektoren mittlerweile ein Normtyp vor, der im Unterschied zu den traditionellen Konditionalprogrammen als Finalprogramm bezeichnet wird. Der staatlichen Verwaltung werden bestimmte Ziele gesetzt und verschiedene Gesichtspunkte an die Hand gegeben, die bei der Zielverfolgung zu berücksichtigen sind. Eine abschließende Normierung ist damit aber nicht gegeben. Die Konkretisierung bleibt der Verwaltung im Prozess der Zielverwirklichung weithin überlassen. Ich habe das vor einigen Jahren in den Buchtitel „Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts“ gefasst⁶. Hier liegt das Rechtsstaatsproblem entwickelter und im Prinzip rechtstreuer Gesellschaften.

IV. MATERIELLER RECHTSSTAAT DURCH GRUNDRECHTSBINDUNG

Wenn vorhin gesagt wurde, die Rechtsbindung des Staates sei ein Wert an sich, dann muss nun allerdings hinzugefügt werden: ein begrenzter Wert. Ein Rechtsstaat, der sich in der Bindung der Exekutive ans Gesetz erschöpfte, bliebe formal. Die Bindung bezöge sich nur auf die Rechtsform, während der Inhalt des Gesetzes rechtsstaatlich gleichgültig wäre. Der formale Rechtsstaat verträgt sich folglich auch mit einem oppressiven, ausbeuterischen oder diskriminierenden Recht. Ein solch formaler Rechtsstaatsbegriff hatte sich in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durchgesetzt⁷. Dabei waren indes die Grundlagen einer freiheitlichen Rechtskultur stets stillschweigend vorausgesetzt worden. Die Folgen der Verengung des Rechtsstaatsbegriffs traten erst durch den Verfall der Rechtskultur im Nationalsozialismus zutage. Die Erfahrung, dass das Gesetz auch zum Vehikel von Unrecht werden kann, führte zur Rückbesinnung auf das ältere, materiale Rechtsstaatsverständnis.

6 DIETER GRIMM (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990; DERS., *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 3. Aufl. 2002, S. 159; HELGE ROSSEN, *Vollzug und Verhandlung*, 1990.

7 Vgl. OLIVIER JOUANJAN (Hrsg.), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, 2001.

Rechtsstaat im materiellen Sinn ist also nicht bloß Bindung des Staates an das Gesetz, was auch immer es anordnen mag, sondern die Bindung an ein Gesetz, das bestimmte Gerechtigkeitswerte in sich aufgenommen hat. Alles hängt dann freilich davon ab, welche Gerechtigkeitswerte maßgeblich für die Gesetzgebung sind. Handelt es sich um Gerechtigkeitsvorstellungen, denen ein Wahrheitsanspruch von absoluter Geltung zugrunde liegt, demgegenüber niemand Freiheit beanspruchen kann, dann sind die Voraussetzungen für eine Verwirklichung des Rechtsstaatspostulats ungünstig. Im Konflikt zwischen Wahrheit und Rechtsbindung wird die letztere regelmäßig den Kürzeren ziehen. Der Rechtsstaat verweist vielmehr auf Gerechtigkeitsvorstellungen, die den Selbstwert des Individuums und seine daraus folgende Freiheit und Gleichheit anerkennen. Das sollte aber nicht mit Individualismus verwechselt werden. Es gibt unterschiedliche Möglichkeiten, das Verhältnis von Individuen auszugestalten.

Auch der Versuch, die Gerechtigkeit einer Gesellschaftsordnung durch Grundrechte zu gewährleisten, ist allerdings voraussetzungsvoll. Grundrechte sind primär dazu da, der öffentlichen Gewalt im Interesse individueller Selbstentfaltung Schranken zu ziehen. Wie die Erfahrung des 19. Jahrhunderts gelehrt hat, können sie dieses Ziel jedoch nur erreichen, wenn die Freiheitsgarantien nicht blind für die tatsächlichen Voraussetzungen des Freiheitsgenusses sind. Fehlt es daran, ist die Freiheit für Mittellose entweder nutzlos oder zwingt sie, sich in private Abhängigkeit zu begeben. Aufgrund dieser Erfahrung hat sich der Rechtsstaat im Lauf der Zeit zum sozialen Rechtsstaat erweitert, in dem der Staat zur Vorsorge für die elementaren Bedürfnisse eines menschenwürdigen Lebens verpflichtet ist, die Risiken von Alter, Pflegebedürftigkeit, Krankheit und Arbeitslosigkeit mindert und Ausbeutung unter dem Deckmantel freiwilliger Zustimmung unterbindet.

Der materielle Rechtsstaat wäre aber auch unvollkommen, wenn er sich den Gefahren verschlösse, die der grundrechtlich gesicherten Freiheit von Dritten oder sozialen Mächten drohen. Derartige Gefahren haben aufgrund des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und seiner kommerziellen Nutzung erheblich zugenommen. Zwar besitzt der Staat rechtliche Möglichkeiten, diese Risiken einzudämmen. Da sie aber ihrerseits aus grundrechtsgeschützten Aktivitäten erwachsen, sind dazu Gesetze nötig. Könnte der Gesetzgeber angesichts dieser Grundrechtskollision untätig bleiben, würde sich gewöhnlich das durchsetzungsstärkere, nicht das schutzwürdigere Interesse behaupten. Zum materiellen Rechtsstaat gehört es daher heute auch, dass die alte Funktion der Grundrechte als Handlungsschranken für den Staat um die neue Funktion der Schutzpflicht ergänzt wird, die vom Gesetzgeber ein Handeln verlangt, wenn die Gefahr für grundrechtliche Freiheiten von privater Seite ausgeht⁸.

8 Vgl. DIETER GRIMM, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis? in: ders., Zukunft (Fn. 6), S. 221.

V. RECHTSSCHUTZ GEGEN DEN STAAT UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

Nach allem steht nicht zu erwarten, dass der Rechtsstaat ein Selbstläufer ist. Das gilt nicht etwa nur für autokratische oder theokratische Regime, sondern ebenso für pluralistische Gesellschaften und demokratische Staaten. Deswegen kommt der Frage erhebliche Bedeutung zu, was dem Staat droht, wenn er die Rechtsbindung missachtet. Verhalten Einzelne sich rechtswidrig, kann der Staat mit seinen Machtmitteln einschreiten. Verletzt der Staat selbst das Recht, fehlt es an einer übergeordneten Durchsetzungsinstanz. Der Rechtsstaat ist deswegen darauf angewiesen, dass es jedenfalls in der staatlichen Binnenordnung Kontrollinstanzen für die Rechtmäßigkeit des Staatshandelns gibt. In den Common Law-Ländern war das immer gewährleistet. Die staatliche Exekutive konnte vor Gericht verklagt werden. In Ländern mit absolutistischer Vergangenheit war es dem Staat dagegen gelungen, sich der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen.

Meist bedurfte es langer Bemühungen, bis die Justiz die Befugnis wieder erlangte, Staatsakte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. In Deutschland wurde der Rechtsschutz gegen den Staat zum vordringlichen Thema, nachdem der Versuch, ihn auf eine demokratische Grundlage zu stellen, 1849 gescheitert war. Die Frucht der Bemühungen war die Einrichtung spezieller Verwaltungsgerichte, nicht die Kompetenzerweiterung der ordentlichen Gerichte nach dem Muster des Common Law⁹. Es gibt aber nach wie vor zahlreiche Staaten, in denen der Bürger die öffentliche Gewalt nicht zu Verantwortung ziehen kann, schon gar nicht die obersten Staatsgewalten, aber auch nicht die unteren Behörden. In Staaten, die sich über Wahrheit legitimieren und nicht über Konsens, ist das die Regel. Wie alle Erfahrung lehrt, steht der Rechtsstaat ohne gerichtliche Kontrolle von Staatshandeln aber auf schwachen Füßen.

Wird der Rechtsstaat nicht nur formal, sondern auch material verstanden, dann erschöpft er sich allerdings nicht in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Auch der Gesetzgeber unterliegt dann rechtlichen Bindungen, die sich aus der Verfassung ergeben. Die Einhaltung dieser Bindungen kann aber nicht von der Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüft werden. Soll sich der Gesetzgeber nicht ungestraft über die Verfassung hinwegsetzen können, muss die gerichtliche Kontrolle auf ihn erstreckt werden. Das ist eine Folgerung, die in den Vereinigten Staaten schon mit der Erfindung der Verfassung gezogen wurde. Im Rest der Welt hat sich diese Erkenntnis erst nach bitteren Erfahrungen mit Unrechtsregimen eingestellt. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann der Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Herzstück die Normenkontrolle ist¹⁰. Auch sie gilt heute weithin als integraler Bestandteil von Rechtsstaatlichkeit.

Die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle des Staatshandelns besagt allerdings wenig, solange die Gerichte nicht unabhängig sind, sondern in die politische Weisungskette

9 Vgl. REGINA OGOREK, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, in: Jürgen Kocka (Hrsg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert, Band 1, 1988, S. 372.

10 Vgl. C. NEAL TATE/TORBJÖRN VALLINDER, The Global Expansion of Judicial Power, 1995.

eingebunden bleiben. Zum Rechtsstaat gehört die Anerkennung, dass sich das Recht nach der Inkraftsetzung durch die Politik von dieser emanzipiert und einen autonomen Status gewinnt, das heißt: nach rechtlichen, nicht nach politischen Kriterien ausgelegt und angewandt wird. Nur so lässt sich die Rechtsbindung der Politik gewährleisten. Das Mittel dazu ist die Gewaltenteilung¹¹. Deswegen steht der Rechtsstaat nicht nur dort auf schwachen Füßen, wo es an gerichtlicher Kontrolle fehlt, sondern auch dort, wo Gewaltenteilung abgelehnt wird. Gewaltenteilung ist mehr als die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch verschiedene Dienststellen. Sie fügt dieser Aufgliederung die Unabhängigkeit der Gewalten in ihrem Funktionsbereich hinzu. Auch das ist aber schwer akzeptabel für Staaten, die sich einer absoluten Wahrheit verschreiben. Absolute Wahrheiten verlangen nach Hierarchie, Gewaltenteilung verhindert sie.

VI. VORAUSSETZUNGEN VON RECHTSSTAATLICHKEIT

Der Rechtsstaat erweist sich so als höchst voraussetzungsvoll. Damit beantwortet sich auch die Frage, ob er ein Patentrezept für alle Welt ist. Er ist es nicht, weil es in vielen Teilen der Welt an den Voraussetzungen für seine Verwirklichung fehlt. Sie lassen sich auch nicht ohne weiteres herbeiführen. Nur bei oberflächlicher Betrachtung erscheint der Rechtsstaat als bloß rechtstechnische Einrichtung, die überall etabliert werden könnte, wenn nur die Bereitschaft vorhanden wäre. In Wahrheit ist er eine kulturelle Errungenschaft, die in anderen kulturellen Kontexten nicht notwendig Wurzeln schlägt. In der westlichen Welt half er, die Spannung zwischen politischer Herrschaft und individueller Selbstentfaltung dadurch zu überbrücken, dass der Herrschaft im Interesse personaler Freiheit rechtliche Grenzen gezogen wurden. In Kulturen, in denen Selbstentfaltung kein Wert ist und Recht nicht mit der Ermöglichung von Freiheit assoziiert wird, findet der Rechtsstaat daher keinen günstigen Boden. Aber nochmals: Für die Ausgestaltung der Individualfreiheit gibt es verschiedene Möglichkeiten, auch in der westlichen Welt, etwa in den USA und Deutschland.

Daraus folgt jedoch nicht, dass einer Ausbreitung des Rechtsstaats außerhalb des kulturellen Kontextes, dem er seine Entstehung verdankt, unübersteigbare Hindernisse entgegenstünden. Für die Möglichkeit einer Rechtsstaatsrezeption ist es vielmehr von Bedeutung, dass es – wie die bisherigen Darlegungen gezeigt haben – verschiedene Stufen von Rechtsstaatlichkeit gibt. Rechtsstaatlichkeit ist keine Frage des Alles oder Nichts, sondern des Weniger oder Mehr. Zwar ist der Rechtsstaat kein Prozess, wie gelegentlich behauptet, sondern ein Zustand. Doch kann sich die Verwirklichung des Rechtsstaats prozesshaft von Stufe zu Stufe vollziehen. Auch in der westlichen Welt

11 Vgl. aus jüngster Zeit CHRISTOPH MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, 2005; DERS., *Die drei Gewalten*, 2008. Zur richterlichen Unabhängigkeit vgl. KARL AUGUST BETTERMANN, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1969; KURT EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960; DIETER GRIMM, *Politik und Recht*, in: ders., *Die Verfassung und die Politik*, 2001, S. 13.

waren keineswegs alle Stufen von Anfang an erreicht. Viele wurden erst nach bitteren Rückschlägen und harten Auseinandersetzungen erkämpft, und noch heute fallen die Standards von Land zu Land unterschiedlich aus.

Jede neue Stufe bedeutet einen Fortschritt gegenüber dem vorherigen Zustand. Selbst das Minimalkonzept der Gesetzesbindung der Verwaltung, noch ohne Rücksicht auf den Inhalt der Gesetze, ist ein Fortschritt gegenüber willkürlicher Herrschaft. Je elementarer die Stufe ist, welche beschritten wird, desto größer ist auch das Bedürfnis danach. Das Bedürfnis, nicht einer willkürlich, sondern einer regelhaft ausgeübten öffentlichen Gewalt unterworfen zu sein, kann auf universale Zustimmung rechnen. Für die Erfüllung eines solchen Bedürfnisses lässt sich auch Unterstützung aus der Bevölkerung mobilisieren. An anderen Stufen des Rechtsstaats können die Machthaber selber ein pragmatisches Interesse haben, ohne dass es notwendig aus rechtsstaatlicher Gesinnung gespeist sein müsste. Ein Staat, der auf Wirtschaftswachstum setzt, wird aus Eigeninteresse diejenigen Rechtsstaatselemente akzeptieren, welche Voraussetzung für effektives Wirtschaften sind.

Allerdings wird die Verwirklichung des Rechtsstaats mit der Beschreitung jeder weiteren Stufe voraussetzungsvoller. Das betrifft nicht erst die Chancen seiner Verwurzelung, sondern schon die Bereitschaft, den Schritt überhaupt zu tun. Auch auf Schubkraft aus der Bevölkerung kann bei fortschreitender Rechtsstaatsrezeption nicht mehr ohne weiteres gebaut werden. Wer von der Existenz einer gottgegebenen Ordnung überzeugt ist, über die der Mensch keine Verfügungsgewalt hat, wird schwerlich den Nutzen von Religionsfreiheit und Meinungsfreiheit einsehen. Ohne Akzeptanz von Freiheit als Menschenrecht kann es wiederum keinen materialen Rechtsstaat in dem beschriebenen Sinn geben. Wo die gesamte öffentliche Gewalt im Dienst einer absoluten Wahrheit steht, muss es widersprüchlich erscheinen, wenn die oberste Macht an ihrer Durchsetzung von einer unabhängigen Instanz zur Rechtmäßigkeitskontrolle gehindert werden könnte.

VII. RECHTSSTAAT UND DEMOKRATIE

Das wirft am Ende die Frage nach dem Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie auf. Hat das eine nur mit dem anderen zusammen eine Chance? Die Frage ist für die globale Ausbreitung des Rechtsstaats offenkundig von größter Bedeutung. In historischer Perspektive lässt sie sich verneinen. Deutschland war mehr als einhundert Jahre lang ein Rechtsstaat gewesen, ehe es auch zur Demokratie wurde. Schon im aufgeklärten Absolutismus des 18. Jahrhunderts wurde zunehmend in Form des Rechts geherrscht. Die großen Kodifikationen setzten damals ein. Die Herrscher verzichteten auf die Ausübung ihres Rechts, Gerichtsurteile zu kassieren und durch Machtsprüche zu ersetzen. In der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts banden sich die Fürsten bei der Ausübung ihrer Herrschaft an Verfassungen, die den Staatsbürgern grundrechtliche

Freiheiten gewährten und gewählte Volkvertretungen an der Gesetzgebung beteiligten, aber nicht demokratisch waren.

Allerdings wurden unter vordemokratischen Bedingungen nirgends sämtliche Stufen erreicht, die heute zum rechtsstaatlichen Standard gehören. Auch wenn die aufgeklärten Monarchen ihre Untertanen gemäß dem Recht zu behandeln pflegten, das sie einseitig gesetzt hatten, waren sie nicht bereit, ihre Herrschaft dem Recht zu unterstellen. Die Rechtsbindung des Staates beruhte auf Freiwilligkeit. Sie konnte jederzeit zurückgenommen werden. Den Untertanen fehlte die Möglichkeit, sie durchzusetzen. Die konstitutionellen Monarchen leiteten ihre Herrschaft nicht aus der Verfassung ab. Sie hatten diese im Weg der Selbstbindung freiwillig gewährt, konnten sie danach jedoch nicht mehr einseitig zurücknehmen. Die Rechtsbindung reichte aber nicht weiter, als sie in der Verfassung zugestanden worden war, und eine verfassungsgerichtliche Kontrolle galt als unvereinbar mit dem monarchischen Prinzip. Lediglich Verwaltungsgerichte wurden später zugelassen.

Die Rechtsstaatlichkeit in nichtdemokratischen Staaten ist also keine vollständige im Sinn des heute erreichten Standards. Andererseits gilt aber auch nicht, dass Demokratien stets mit einem voll entwickelten Rechtsstaat einhergingen. Ebenso wie sich unter dem Begriff „nichtdemokratisch“ sehr unterschiedliche politische Regime versammeln, lässt auch der Begriff „demokratisch“ für zahlreiche Spielarten Raum. Staaten, in denen Demokratie mit der Mehrheitsregel identifiziert wird, ohne dass Minderheitenschutz bestünde und die Freiheit des politischen Wettbewerbs und der politischen Kommunikation verfassungsrechtlich gegen Mehrheitsentscheidungen gesichert wäre, können schnell in eine Mehrheitsdiktatur umschlagen. Schon in diesem Ausdruck scheint die Widersprüchlichkeit und selbstzerstörerische Tendenz einer Demokratie ohne Rechtsstaat auf.

So wie eine Demokratie ohne Rechtsstaat nicht vor der Entrechtung der Minderheit gefeit ist, ist ein Rechtsstaat ohne Demokratie nicht vor Partikularismus gefeit. Wo nicht alle von dem Recht Betroffenen auch auf seine Erzeugung Einfluss nehmen können, ist ein vernünftiger Interessenausgleich zwischen allen Teilen der Bevölkerung unwahrscheinlich. Wer nicht an der Formierung des Staatswillens beteiligt ist, kann bei politischen Entscheidungen folgenlos vernachlässigt werden. Er wird zum Objekt der Staatsgewalt, wie wohlmeinend diese auch immer sein mag. Auf sich selber gestellt, sind Rechtsstaat und Demokratie daher aus jeweils verschiedenen Gründen in der Gefahr, das Gemeinwohl zu verfehlen. Erst zusammen ergeben sie diejenige Errungenschaft, auf die es im Interesse des Gemeinwohls letztlich ankommt¹².

12 Vgl. JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung, 1992, bes. S. 166 ff.; DERS., Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 154; DERS., Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, ebenda S. 293.