



2014

BERGISCHE UNIVERSITÄT WUPPERTAL

BERGISCHE SCHRIFTEN  
DER POLITIKWISSENSCHAFT

Serie I Forschungsschriften NR. 5

## **Der Rechtsstaat**

Eine Annäherung aus der Perspektive der  
Politischen Theorie

Daniel Lorberg

ISSN 1868-338X

# BERGISCHE SCHRIFTEN DER POLITIKWISSENSCHAFT

Serie I Forschungsschriften Nr. 5  
Ausgabe 02/2014

## **Der Rechtsstaat**

Eine Annäherung aus der Perspektive  
der Politischen Theorie

Daniel Lorberg



## Impressum

HerausgeberIn:

Prof. Dr. Maria Behrens

Prof. Dr. Hans J. Lietzmann

Fach Politikwissenschaft FB G

Bergische Universität Wuppertal

Gaußstraße 20

42119 Wuppertal

Layout: Helena Bergfeld

ISSN 1868-338X

## Inhalt

1	Einleitung .....	1
1.1	Zum Begriff des Rechtsstaates .....	3
1.2	Staat und Rechtsstaat .....	6
2	Rechtsstaat und politische Theorie.....	9
2.1	Rechtsstaat und Absolutismus .....	9
2.2	Hobbes, Kant und der Widerstand.....	11
2.3	Von Kant zum Rechtsstaat ?.....	17
2.4	Rechtsstaatlichkeit aus Annahmen .....	24
3	Eine politische Theorie des Rechtsstaates.....	28
3.1	Der Ansatz der Theorie des Rechtsstaates.....	28
3.2	Vom Naturzustand zur inneren Theorie des Rechtsstaats .....	34
3.2.1	Grundzüge des Urzustandes bei John Rawls.....	37
3.2.2	Bedingungen der inneren Theorie des Rechtsstaats .....	42
3.3	Zur Begründung der Zustimmung aller .....	48
3.3.1	Die Rationalität der Fairness .....	48
3.3.2	Spieltheoretische Betrachtung.....	55
3.4	Der Naturzustand der Theorie des Rechtsstaates .....	60
3.5	Das „faire“ Verfahren als Ideal .....	70
3.6	Ausblick: Das „faire“ Verfahren als tatsächliches Verfahren .....	73
4	Zusammenfassung und Resümee .....	77
	Anhang: Zur empirischen Rechtsstaatlichkeit.....	81
1	Der deutsche Rechtsstaat.....	82
1.1	Der deutsche Rechtsstaat in der Geschichte .....	82
1.2	Der Rechtsstaat des Grundgesetzes .....	85

1.3	Der Rechtsstaat des BVerfG.....	88
1.4	Wesen des deutschen Rechtsstaats .....	90
1.5	Systematik des empirischen deutschen Rechtsstaates .....	91
1.6	Kritische Betrachtung .....	97
1.7	Fazit .....	99
2	Rule of Law .....	101
2.1	Der englische Weg zum Rule of Law.....	101
2.2	Entstehung und Rechtsphilosophie des Common-Law .....	103
2.3	Parlamentssouveränität und Rule of Law .....	107
2.4	Dilemma und Wandel der Rule of Law in der heutigen Zeit .....	109
2.5	Langsamer Systemumbruch .....	110
2.6	Fazit .....	111
	Literaturverzeichnis.....	113
	Monographien .....	113
	Sammelwerke und Gesetzeskommentare.....	118
	Beiträge in Sammelbänden und Gesetzeskommentaren .....	120
	Zeitschriftenaufsätze .....	123
	Sonstiges.....	124

**Vorbemerkungen:**

**Besondere Abkürzungen:**

ÄTR: Äußere Theorie des Rechtsstaats

i.N.: im Naturzustand

ITR: innere Theorie des Rechtsstaats

**Zitationskürzel:**

IIX: Die Metaphysik der Sitten.

XI: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis.

XI2: Zum ewigen Frieden. Jeweils aus: Kant, Immanuel; Weischedel, Wilhelm (1977): Werke [in zwölf Bänden]. 8. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Lev: Hobbes, Thomas (2009): Der Leviathan. Köln: Anaconda Verlag.

TJ: Rawls, John (1975): Eine Theorie der Gerechtigkeit. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

**Zur Zitation:**

Direkte Zitate werden zitiert wie vorgefunden.

Alle zitierten deutschen Gesetze entstammen der vom Bundesministerium der Justiz betriebenen Internetseite: <http://www.gesetze-im-internet.de/>, zuletzt geprüft am 11.08.2013.



## 1 Einleitung

"Demokratie ist gewiss ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat ist aber wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, dass nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern."

- Gustav Radbruch 1950: 357

Radbruchs Metapher mag zunächst nur wie ein recht beliebiges Gleichnis wirken, mit dem der Rechtsgelehrte seiner Haltung zu Rechtsstaat und Demokratie Ausdruck verlieh. Das dieses Gleichnis in Bezug auf die Bedeutung des Rechtsstaats jedoch wenig beliebig ist, sondern der Zusammenhang von Rechtsstaat, täglichem Brot, Wasser zum trinken und Luft zum Atmen über das reine Bild hinausgeht, zeigt die aktuelle Forschung zu Entwicklung und Entwicklungszusammenarbeit. Denn erst in neuerer Zeit firmiert der Grund für Armut und das Versiegen jeder Hilfe ohne größere Wirkung unter dem Begriff „Bad Governance“; ein Zusammenhang, den die wirkmächtige Weltbank erst in den Jahren 1989 und 1992 durch zwei Schriften aus dem Schattendasein befreite (Blackie 1989; World Bank 1992).

Hinter dem „Slogan Good Governance“ verbergen sich vor allem die Schlagwörter Rule of Law und Korruptionsbekämpfung (Nuscheler 2012: 157 ff.). Das Konzept knüpft dabei an die Auffassung an, dass vor allem interne Faktoren von Staaten für ihre Entwicklung oder Unterentwicklung verantwortlich sind, Entwicklungsdefizite also maßgeblich von Staatsstrukturdefiziten abhängen (Schmidt 2006: 111). Das als wesentlich erkannte Staatsstrukturmerkmal ist dabei die Rechtsstaatlichkeit oder in der annäherungsweise Übersetzung die Rule of Law, mit ihr sind Prinzipien wie die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Gewaltenteilung und die Rechtsweegegarantie verbunden, die in Staaten denen dieses Merkmal innewohnt „Bad Governance“ verhindern.

Was der Rechtsstaat jedoch schlussendlich ist, ist schwer begrifflich zu fassen und entzieht sich einer formelhaften Umschreibung (Benda 2010: 890). Zudem erhält Rechtsstaatlichkeit in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Ausprägungen wie z.B. Rechtsstaat (Deutschland), rule of law (England) oder etat de droit (Frankreich), deren jeweilige inhaltliche und konzeptionelle Eigenheiten eine direkte Übersetzung der Begriffe verbieten (Gosalbo-Bono 2010: 240 ff.).



Aufgrund der dargestellten empirischen Relevanz und vermeintlichen Vielfalt von „Rechtsstaatlichkeit“ ergibt sich der Bedarf einer Klärung des theoretischen Hintergrundes des Konzeptes Rechtsstaat, welcher sich diese Schrift widmet.

Dies umfasst nicht nur den Begriff, sondern auch die Staatskonstruktion, für die der Begriff Rechtsstaat zutreffend ist und vor allem die politische Theorie, die diesem zugrunde gelegt werden kann.

Die vorliegende Schrift verfolgt daher nach einer einführenden Darstellung des Begriffsverständnisses und des spezifischen Problembereichs, der mit der „Dialektik von Recht und Herrschaft“ umschrieben wird, zunächst das Ziel außerhalb der nationalen Ausprägungen eine Idee des Rechtsstaats herauszuarbeiten. Im Folgenden wird in der Auseinandersetzung mit Ansätze der Politischen Theorie der Moderne der Versuch unternommen von der Idee des Rechtsstaats zu den Ansätzen einer politischen Theorie des Rechtsstaats zu gelangen.

Ausgehend von dem Problemverständnis der erwähnten Dialektik wird die Rechtsstaatlichkeit dabei in der Reflektion verschiedener Vertragstheorien untersucht. Im Anschluss an die Ergebnissen dieser Untersuchung und der daraus hervorgehenden Kritik, wird in einem ersten Schritt versucht, das Problem der Dialektik von Recht und Herrschaft in einem Staatsmodell aufzulösen. In einem zweiten Schritt wird das Rechtsstaatsmodell in kritischer Korrespondenz mit der Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls weiter theoretisch expliziert und mit einem abschließenden Ausblick auf die Entwicklung eines empirischen Verfahrens der Verfassungsfindung geschlossen.

Im Anhang finden sich darüber hinaus zwei Studien über die Rechtsstaatlichkeit in Deutschland und England, die als empirische Vorstudien zu dieser Schrift dienten und die spezifischen strukturellen Probleme der Rechtsstaatlichkeit beider Länder betrachten.

## 1.1 Zum Begriff des Rechtsstaates

Der begriffliche Gehalt des Rechtsstaates ist unbestimmt, je nachdem in welchem Kontext der Begriff verwendet wird, variiert sein Inhalt erheblich, widerspricht sich gar. Schuldig daran scheint zum einen seine Verwendung in unterschiedlichen Wissenschaften wie der Politikwissenschaft, der Rechtswissenschaft, der Philosophie aber auch den Wirtschaftswissenschaften mit jeweils unterschiedlichen Erkenntniszielen zu sein, aber auch seine Verwendung in unterschiedlichsten Theorien in deren jeweiligem Zeitkontext (vgl. Sarcevic 1996: 1 ff.).

Als inhaltliches Destillat der verschiedenen Vorstellungen mag dabei folgendes gelten: Der Begriff Rechtsstaat verbindet die Begriffe Recht und Staat zu einer Einheit und will dabei ausdrücken, dass der Staat selbst im Recht steht, seine Organe also nicht willkürlich, sondern nur im Rahmen des Rechts handeln dürfen (vgl. Strack 1970: 49 f.). Bereits diese Aussage beinhaltet mehrere Fallstricke, zunächst sei dabei der Rechtsbegriff genannt, zum anderen die vielfältigen Möglichkeiten, wie Staatsorgane im Recht stehen können; zwar verbunden mit dem Rechtsbegriff und den Organen, aber dennoch im Schatten hinter den Worten; zudem die Frage nach dem Verhältnis zum Souverän.

Zunächst zum Rechtsbegriff: Die großen Gegenpole, die für die Theorien und die daraus folgenden Begriffe prägend sind, sind Naturrechtsdenken und Rechtspositivismus. Naturrechtsdenker gehen davon aus, dass der Mensch qua Geburt bereits unveräußerliche Rechte besitzt, woraus sich eine unmittelbare Nähe zum heutigen Verständnis von Menschenrechten ergibt. Rechte, die im Staat als Gesetze erlassen werden, können diese zwar spezifizieren, aber nicht negieren, wodurch sich offenkundig ein Konflikt mit dem Verständnis von Souveränität als unbeschränktem Herrschaftsanspruch ergibt. Rechtspositivisten hingegen gehen davon aus, dass Recht sich in den aus der Souveränität fließenden Gesetzen erschöpft. Der potentielle Widerspruch ist hier nicht zwischen Recht und Souveränität, sondern zwischen Recht und Gerechtigkeit gegeben (vgl. Dreier 2007: insb. 129 ff.).

Wie die Staatsorgane im Recht stehen, ist ohne Differenzierung des Rechts kaum zu beantworten. Wenn es dem Staat erlaubt ist, jedes Gesetz zu erlassen, also rechtspositivistisch gedacht wird, so ist der Rechtsstaat bereits erreicht – hier im Begriffsverständnis der Weimarer Republik –, wenn die ausführende Gewalt sich an die Gesetze hält und im

Konfliktfall dem Einzelnen der Verfahrensweg eröffnet ist. Dieses Verständnis des Rechtsstaats wird gemeinhin als **formeller oder formaler Rechtsstaat** bezeichnet (vgl. Sarcevic 1996: 41). Lässt man selbst diese „Weimarer“ Einschränkungen des Staatshandelns weg und denkt mit dem Rechtsphilosophen Hans Kelsen vollständig rechtspositivistisch, ist gar jeder Staat bereits aufgrund seiner **Rechtsförmigkeit** Rechtsstaat (vgl. Llanque 2008: 365).

Geht man davon aus, dass es im Staat keine überpositiven Rechte gibt, sich Recht und Gesetz also entsprechen, und geht man in der Folge davon aus, dass sich deshalb auch Staat und Recht entsprechen müssen (Identitätsthese), so gibt es kein Kriterium mehr, einen Staat als Nichtrechtsstaat zu qualifizieren. Kelsen geht dabei davon aus, dass ein Staat notwendig per Gesetz regiert wird, da die Herrschaft sich notgedrungen in Anweisungen ausdrücken muss, die einen allgemeinen Anspruch und eine allgemeine Geltung haben, wodurch sie per Definition als Gesetze auftreten. Staaten sind daher konstitutiv durch die ihnen jeweils eigene einheitliche Ordnung bedingt, die sich an einer ersten Grundnorm orientiert; da alle Norm jedoch Setzung ist und kein anderes Recht existiert, kann es auch kein staatliches Unrecht geben (vgl. Oeter 2008: 286 f./Llanque 2008: 365 ff.).

Wo nun Kelsens Rechtslogik eher ernüchternd wirkt und den Rechtsstaatsbegriff als solchen entleert, muss aber berücksichtigt werden, dass Kelsen vor allem an der „Reinen Rechtslehre“ gelegen war, einem Begriff der gleichzeitig Titel eines seiner Hauptwerke ist.

Der Begriff Rechtsstaat war jedoch in seinem jeweiligen Zeitkontext meist ein **Begriff der Hoffnung** und ist es – zumindest solange er nicht erreicht ist – wohl auch noch heute; besonders in seiner Entstehung um 1800<sup>1</sup> wurde er nicht vom Formellen her gedacht, sondern vom Materiellen. Im Kontext von Absolutismus auf der einen Seite und Aufklärung auf der anderen Seite war es gerade die Disjunktion und nicht der Monismus von Recht und Staat, der den Begriff ausmachte: Unveräußerliche Rechte sollte der Mensch haben und im Rechtsstaat sind ihm diese sicher; sei die Regierungsform auch absolutistisch, sie habe diese Rechte zu gewähren. Der Rechtsstaat ist damit der Vernunftrechtsstaat, ob bei von Aretin, von Moll oder Welcker; aber auch schon bei Kant ist der Staat die „Vereinigung einer Menge von Menschen

---

<sup>1</sup> Seine erstmalige systematisch-theoretische Verwendung geht nach Sarcevic (1996: 11 f.) auf Robert von Mohl und die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück. Böckenförde (2006: 144 f.) hingegen führt die zumindest terminologische Verwendung auf Carl Theodor Welckers Werk „Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe“ von 1813, 1. Buch, Kap. 6 S. 25 zurück. (Abweichende Ansichten vertiefend bei Sarcevic 1996: S. 11 f., Fußnote 26)

unter Rechtsgesetzen“, die ihren Ursprung im Vernunftrechtsdenken und damit im Naturrecht nehmen (Kant 1977: IIX 431; Böckenförde 2006: 145 ff.).

Was nun den **materiellen Rechtsstaat** ausmacht, ist also vor allem die Bindung der Legislative in ihrer Rechtssetzung an Recht, über dessen Änderung sie nicht verfügen kann. Genau an dieser Stelle tritt wiederum der Souverän aus dem Schatten und lässt eine (theoretische) Frage aufkommen, die uns später noch beschäftigen wird: Wie soll ein Souverän, der selbst legislativ tätig werden will, daran gehindert werden nach reiner Willkür zu verfahren, auch wenn seine Gesetze wider dem Naturrecht sind oder als unerträglich ungerecht empfunden werden?

Der materielle Rechtsstaat beinhaltet jedoch nicht nur die Forderung nach einem der Legislative unverfügbaren Recht, sondern auch die Forderung nach dem „richtigen“ Recht und kommt damit, wie oben bereits angedeutet, häufig in den Bereich des Naturrechts zurück, denn gerade dieses hat den Anspruch auf ethische Richtigkeit (vgl. Böckenförde 2006:145 ff.).

Der Gedanke liegt zunächst nahe, dass sich eine gleichzeitige Verwirklichung von materiellem und formellem Rechtsstaat nun in jedem Fall zu einem sog. **integralen Rechtsstaat** verbinden müsse; gehen wir dabei davon aus, dass jedes geltende Recht – gleich welcher Herkunft – in ein Gesetz gegossen ist, steht diesem Gedanken auch nichts entgegen. Verbindet man jedoch im naturrechtlichen Sinne mit dem materiellen Rechtsstaat die Forderung nach dem jederzeit gerechten Recht, kann es zum Auseinanderfallen von formellem und materiellem Rechtsstaat kommen. Der Konflikt ergibt sich für den Fall, dass eine dem Gesetz entsprechende zwingende Exekutiv- oder Legislativhandlung im Einzelfall unerträglich ungerecht bzw. dem Naturrecht zuwider wäre. Darin läge ein Widerspruch zwischen Gesetz und richtigem Recht; für den formellen Rechtsstaat ist dem Gesetz zu folgen, für den so verstandenen materiellen dem richtigen Recht, wodurch der integrale Rechtsstaat für diesen Fall nicht mehr gegeben wäre. Dies ist jedoch nicht etwa ein neues Problem, sondern vielmehr ein Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, der Denker und Rechtsanwender von Thomas von Aquin bis zum Bundesverfassungsgericht beschäftigt (vgl. Dreier 2007: 132; Anhang 1.6)

Trotz der Verbindung von Recht und Staat im Rechtsstaat, am deutlichsten bei Kelsen zu attestieren, ist das Denken zum Rechtsstaat vor allem von der Dialektik der Begriffe geprägt,

denn: Staatlichkeit erfordert Herrschaft und Herrschaft erfordert Gestaltungsmacht; das Recht steht dieser jedoch entgegen, nimmt damit Gestaltungsmacht und ersetzt diese durch die Herrschaft des Rechts selbst. Recht und Herrschaft sind daher dialektische Begriffe. Dieses Verhältnis spitzt sich zu, wenn der Begriff der Souveränität hinzutritt. Ist der Souverän selbst der unmittelbare Herrscher, so kann er auch über das Recht beliebig disponieren. Recht ist dann lediglich Instrument und Ausdruck des Willens des Herrschenden, wodurch sich die Dialektik auflöst und wir zurück bei Kelsen wären. Es kann natürlich auch in diesem Fall für den Souverän von Vorteil sein, einen Rechtsstaat nach der Vorstellung der Vernunftrechtstradition einem Willkürstaat vorzuziehen. Er tut dies jedoch nicht, weil er dazu gezwungen ist, sondern als Akt der Willkür und kann den (vernunft-) rechtsstaatlichen Zustand in einem ebensolchen Akt wieder beenden. Eine politische Theorie des Rechtsstaats, im Sinne einer Theorie in der der Staat aufgrund seiner inneren Konstitution nicht anders als materieller und formeller Rechtsstaat sein kann, muss damit schlussendlich das Gegenteil bewirken: Sie muss versuchen, die Dialektik zwischen Recht und Herrschaft zugunsten des Rechts aufzulösen.

## **1.2 Staat und Rechtsstaat**

Traditionell wird der Staat durch die drei Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt definiert (Schultze: 2010: 1012). Von Recht ist also zunächst nicht die Rede, sondern von der Herrschaft einer Macht über ein bestimmtes Gebiet und die darin befindliche Bevölkerung. Alle drei Aspekte sind konstitutiv für den Staat, der Staat ist also nicht Staat, sofern eins dieser Elemente fehlt. Dass nun die Staatsgewalt das Staatsvolk und das Staatsgebiet hervorrufen würde, erscheint als verdrehte Kausalität; vielmehr müssen die Anfänge von Staatlichkeit wohl darin gesucht werden, dass sich eine Gruppe Menschen in einem geografisch begrenzten Raum einer Gewalt unterordnet; da diese Gewalt damit derivatives Element ist und erst nach der Unterordnung zwingen kann, muss sogar richtig sein zu schreiben: sich freiwillig unterordnet. Dabei drängt sich der Gedanke eines ursprünglichen Vertrages auf, der den durch diesen selbst begründeten Staat gleichzeitig durch die freie Willenserklärung der Vertragsschließenden legitimiert. Diejenigen Theorien, die diesen Gedanken der Staatsrechtfertigung zum Ausgangspunkt nehmen, bilden die Kategorie der Vertragstheorien, die dieser Schrift als Substrat für die theoretische Auseinandersetzung mit dem Rechtsstaat dienen.

Die Frage nach dem Staat muss dabei zunächst lauten, warum eine Mehrzahl von Menschen einen solchen Vertrag eingeht, sich damit einer Gewalt freiwillig unterordnet und so Staatlichkeit begründet und damit einen vorstaatlichen (hypothetischen Natur-) Zustand beendet. Welche Vorteile liegen also in der Staatlichkeit oder anders ausgedrückt: Welche Nachteile liegen im nicht staatlichen Zustand?

Der nichtstaatliche Zustand wird in der politischen (Staats-) Theorie häufig als Naturzustand bezeichnet und in unterschiedlicher Weise negativ oder zumindest nachteilig gegenüber dem staatlichen Zustand betrachtet; er ist für Thomas Hobbes gar ein Zustand des „bellum omnium contra omnes“ (1918: 87). Auch wenn nicht immer ein so dramatisches Bild des Naturzustandes gezeichnet wird wie bei Hobbes, so zeigt sich doch im Naturzustand das Problem, dass Rechte, auch wenn sie in diesem als bereits existent angenommen werden, wie exemplarisch bei John Locke oder Immanuel Kant, derart problematisch sind, dass sie zumindest potenziell zu einem Zustand in der Nähe der Hobbesschen Vorstellung führen könnten. Selbst dann, wenn wir mit Locke denken, dass die Menschen im Naturzustand sich grundsätzlich an das Naturrecht gebunden fühlen und dieses auch anderen einräumen, so stellt sich dennoch die Frage, was im Konflikt passieren soll, also in dem Fall, wenn zwei Individuen sich besten Gewissens sicher sind, dass z.B. in einem Eigentumskonflikt der jeweils Andere gerade durch das ihm rechtens scheinende Verhalten die eigenen Rechte verletzt. In Lockes Naturzustand sei es nun gerechtfertigt, dass jeder sein Richter und Verstrecker in eigener Sache ist, mehr noch: Dritte, die ebenfalls der Meinung sind, das Naturrecht sei verletzt worden, sind gleichermaßen sanktionsberechtigt (Locke 1906: 122 ff.). Erkennbar wird hier, dass das Recht im Naturzustand bestenfalls ein provisorisches Recht ist: Wird es bezweifelt, muss es in letzter Konsequenz mit Gewalt erstritten werden, wodurch das, was wir im Staate als Bürgerkrieg beschreiben würden, sich als logische Konsequenz aufdrängt. Der Staat ist nun der Ort, in dem diese Gewalt monopolisiert wird und damit Recht und Zwang verbindet, wodurch die Rechte aus ihrem provisorischen in den tatsächlichen Zustand treten. Ob man nun mit Kant der Meinung ist, dass das (Vernunft-) Recht in sich den Zwang zur Staatsgründung trägt, um den Rechten des Einzelnen nach Vernunftgrundsätzen die peremptorische Geltung zu verschaffen, oder ob man mit Hobbes denkt, dass erst der Staat Rechte überhaupt erschafft, ist an dieser Stelle zunächst nicht relevant (vgl. Rühl 2010: 91 ff.). Die Begründung des Staates ist jedoch in beiden Fällen, dass tatsächliche Rechte erst dadurch gesichert werden, dass diese mit einheitlichem Zwang ausgestattet werden, weshalb

sich eine Menge von Menschen in einem begrenzten geografischen Gebiet einer Gewalt unterwirft, damit jeder Einzelne seiner Rechte tatsächlich habhaft werden kann.

Der Staat wird im beschriebenen Paradigma demnach erschaffen, damit privatrechtliche Probleme zwischen den Bürgern abschließend beurteilt und diese Urteile vollstreckt werden können, wodurch der Einzelne seine Rechte allen anderen gegenüber behaupten kann. Da der Staat nun jedoch eine neue Entität ist, ergibt sich ein neuer Regelungsbereich: das öffentliche Recht; das Recht, welches das Verhältnis zwischen Bürger und Staat betrifft.

Was nun Rechtsstaatlichkeit ausmacht, ist vor allem die Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses, welchem wir uns im Folgenden über den Begriff der Souveränität nähern werden. Souveränität wird hier verstanden, als der unbeschränkte Herrschaftsanspruch, der den Staat im Sinne seines Gewaltmonopols nach innen und im Sinne seiner Unabhängigkeit von anderen Staaten nach außen konstituiert (vgl. Seidelmann 2010: 961). Wie bereits gezeigt, darf, um Rechte tatsächlich zu gewähren, nur ein einheitlicher Zwang und nicht ein bestreitbarer oder mehrere nebeneinander bestehen; es ergibt sich daher prima facie die Notwendigkeit eines Souveräns, der das Gewaltmonopol innehat. Wenn der Staat also die Erlösung aus dem Naturzustand ist, in dem jeder sein eigener Souverän ist und die Rechte des Einzelnen durch jeden anderen gefährdet sind, so ist der souveräne Staat selbst nun die neue Gefährdung der Rechte des Einzelnen. Der Rechtsstaat ist in dieser Sichtweise der Versuch, das Unbeschränkbare zu beschränken, letztendlich den Souverän also verbindlich daran zu hindern, souverän zu handeln, was sich logisch ausschließt. Daher ist dieser Widerspruch als letzte Konsequenz der Dialektik von Recht und Herrschaft auch Kern der folgenden theoretischen Betrachtungen.

## 2 Rechtsstaat und politische Theorie

### 2.1 Rechtsstaat und Absolutismus

Der Absolutismus, hier dargestellt in der Theorie von Thomas Hobbes, die er vor allem in seinem Hauptwerk „Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil“ von 1651 darstellt, lässt sich so verstehen, dass alle Staatsgewalt an das Gesetz des Souveräns gebunden ist, nur eben der Souverän selbst nicht. Die aus diesen Gesetzen strömenden Rechte des Einzelnen können auch gegenüber der Staatsgewalt vor Gericht verteidigt werden, jedoch effektiv nicht gegen den Souverän als Herrscher und damit als Staatsorgan, da dieser in jedem Fall letzter Richter ist. Der Souverän kann auch direkt aus seiner Souveränität heraus handeln, in diesem Fall steht er nicht als Staatsorgan im Recht, sondern als Souverän *supra legem* (vgl. Hobbes 2009<sup>2</sup>: 219). Wichtiger ist jedoch noch, dass die materiellen Rechte selbst der Willkür des Souveräns unterworfen sind; ein eingerichteter formeller Rechtsstaat wäre in diesem Kontext insofern auch dann Rechtsstaat, wenn die materiellen Rechte absurd sind oder dem Einzelnen kaum solche Rechte gewährt werden (vgl. Lev 254 ff.). Wie später zu sehen sein wird, versuchen andere Theoretiker auch im Absolutismus einen materiellen Rechtsstaat zu ermöglichen, indem Sie überpositives Recht unverfügbar machen, gerade dies ist bei Hobbes jedoch nicht der Fall. Für Hobbes gilt Recht zunächst nicht nur im typisch rechtspositivistischen Sinne, jedoch immer als Setzung des Souveräns. Neben den vom Souverän erlassenen Gesetzen können auch Gewohnheitsrechte oder sonstiges überpositives Recht gelten; sie gelten jedoch nur deshalb, weil der Souverän diesen konkludent zustimmt, er kann diese Zustimmung jedoch jederzeit widerrufen und das Gesetz ändern (vgl. Lev 255 ff.). Hobbes begründet dies zwar schon unmittelbar im Abschnitt über die Bürgerlichen Gesetze, die Begründung lässt sich jedoch bereits aus der Vertragskonstruktion ableiten. Nach Hobbes entäußern sich alle Bürger all ihrer Rechte in einem gegenseitigen Vertrag und übertragen dann all diese Rechte in einem weiteren Vertrag zugunsten eines Dritten an den Souverän. Durch den ersten Vertrag werden die Rechte bereits verfügbar, durch den zweiten bedingungslos übertragen. Der Souverän ist in keinem der Verträge Verpflichteter: an dem Ersten nimmt er gar nicht teil, beim Zweiten ist er begünstigter Dritter, als solcher kann er den Vertrag nicht brechen (vgl. Lev 175; Schaal/Heidenreich 2006: 74 f.). Daraus folgt, dass selbst der ungerechte Souverän sich nicht

---

<sup>2</sup> Im Folgenden wird die bezeichnete deutschsprachige Ausgabe des Leviathan mit Lev zitiert.



gegenüber dem Bürger versündigt, sondern sich nach Hobbes lediglich vor Gott verantworten muss (vgl. Lev 212 f./ Hobbes 1918: 160). Da seine Souveränität auf den Verträgen beruht und nicht auf göttlicher Gnade, mag er zwar im klassischen Sinne zum Tyrann werden indem er sich an Gott versündigt, dies hat jedoch keine Auswirkung auf seine Souveränität. Hobbes lässt entsprechend ein Widerstandsrecht gegen den Souverän kaum erkennen; nach der Vertragskonstruktion wäre dieses ohnehin nur dann denkbar, wenn es entweder Rechte gäbe, die nicht übertragbar wären oder der Herrschaftsunterwerfungsvertrag auflösend bedingt wäre. Dass letztere Bedingung nicht gegeben ist, stellt Hobbes klar (vgl. Lev 178 f.). Hinsichtlich der ersten Bedingung eröffnet er jedoch eine Möglichkeit, die er über Abschnitt 14 und 21 begründet. Demnach ist der Selbsterhaltungstrieb nicht verfügbar, kann also nicht wirksam Gegenstand des Vertrages sein; dem Bürger verbleibt somit das Recht, sich beispielsweise dem Befehl der Selbsttötung zu verweigern oder sich im Prozess nicht selbst zu belasten, sofern ihm nicht im Vorhinein die Exkulpation gewährt wird, oder das Recht, sich gegen Gewalt zu verteidigen (vgl. Lev 141, 146 f., 216 ff.). Das Widerstandsrecht bei Hobbes besteht also im Recht des Einzelnen zur Selbstverteidigung; Hobbes schließt zwar aus, dass andere als der Betroffene dieses Recht verteidigen dürfen, da sonst der Souverän seine Möglichkeit verlieren würde, die Bürger zu schützen und der Staat zerstört würde, jedoch sind Koalitionen mehrerer Selbstverteidiger legitim (Lev 218 f.). Hobbes Theorie wird an dieser Stelle brüchig und seine Argumentation wechselt auf eine praktische Ebene; dadurch dass er das Selbstverteidigungsrecht unverfügbar macht, erzeugt er eine Übersouveränität aus der heraus der Bürger den Souverän herausfordern kann. Gesetz dem Fall, dass eine Vielzahl von Menschen sich durch den Souverän in ihrer Selbsterhaltung gefährdet sieht, kann sie also legitim Widerstand leisten. Hobbes Argument, dass dies dem Souverän die Möglichkeit zum Schutz der Bürger nehmen würde, kann in diesem Fall stimmen; dies ist jedoch ohne Belang, da das unverfügbare Selbsterhaltungsrecht des Einzelnen außerhalb des Staates steht und daher nicht auf dieser Ebene argumentativ angegriffen werden kann. Denkt man diesen Strang weiter, so kommt man auch zum Untergang des Hobbeschen Staates:

„Die Verpflichtung der Bürger gegen den Oberherrn kann nur so lange dauern, als derselbe imstande ist, die Bürger zu schützen, denn das natürliche Recht der Menschen, sich selbst zu schützen, falls dies kein anderer tun kann wird durch keinen Vertrag vernichtet“ (Lev 220).

Hobbes Beherrschungsvertrag ist somit effektiv nicht bedingungslos, vielmehr gilt die Rechteübertragung nur insofern und solange wie der Souverän den Zweck des Vertrages zu

erfüllen vermag, der im Schutz der Bürger liegt. Ob Hobbes dies wollte sei dahingestellt, jedoch ergibt sich hier die bereits beschriebene Dialektik von Recht und Herrschaft: Nachdem Hobbes es im Grunde geschafft hat, alles Recht der Herrschaft unterzuordnen und die Dialektik damit aufzulösen, zerbricht das geschlossene System jedoch daran, dass er den Selbsterhaltungstrieb und die aus diesem strömenden Rechte nicht unter die Herrschaft zwingt. Die Souveränität ist damit nicht vollkommen, da sie durch das Recht das außerhalb ihrer steht begrenzt wird; Hobbes öffnet damit nach Mayer-Tasch „dem Trojanischen Pferd des aktiven politischen Widerstandes das Tor zum Reich des Leviathan“ (1965: 102).

Dass Hobbes davon ausgeht, dass der Souverän einen formellen Rechtsstaat errichten wird, wird aus dem Leviathan deutlich: An vielen Stellen beschreibt er die Gesetzgebung und Gerichte, wie auch das Handeln der Staatsdiener; selbst das Folterverbot und das Recht zur Aussageverweigerung werden explizit genannt (vgl. exemplarisch Lev: 146 f.). Selbst der Prozess gegen den Souverän als Herrscher auf der Basis bestehender Gesetze ist möglich, obgleich der Souverän hier selbst Richter ist, wie bereits erwähnt (vgl. Lev 219). Nur in seinem Handeln als Souverän soll er frei sein; diese Freiheit wird nur dadurch begrenzt, dass er zum Erhalt seiner Herrschaft nicht in zu großem Maße gegen die Selbsterhaltung seiner Bürger verstoßen sollte. Gleichwohl könnte ein wohlwollender Souverän auch den bestmöglichen materiellen Rechtsstaat begründen; problematisch ist dabei nur, dass er dies bis auf den beschriebenen geringen Zwang freiwillig täte. Er könnte somit (fast) alle Freiheit auch wieder vernichten. Dies zeigt, dass es problematisch ist, Rechtsstaatlichkeit an einem aktuellen Zustand zu messen ohne zu berücksichtigen, wer über diesen Zustand herrscht; also ob diese strukturell gesichert ist.

### **2.2 Hobbes, Kant und der Widerstand**

Wie wir gesehen haben, hat Hobbes in seiner Theorie die Tür zum Recht, das außerhalb der Herrschaft des Souveräns liegt, einen Spalt weit offen gelassen und so die Souveränität des Leviathan zu einer in gewisser Weise bedingten Souveränität gemacht.

Kant öffnet nun diese Tür ganz und findet auf der anderen Seite seinen materiellen Rechtsstaat. Er postuliert ein allgemeingültiges Vernunftrecht, das der Staatsgründung vorausgeht und dem bestehenden Staat als Zweck innewohnt. Dabei wendet er sich in seiner Schrift „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“ direkt gegen Hobbes indem er schreibt, dass das Volk „gleichfalls seine

unverlierbaren Rechte gegen das Staatsoberhaupt habe, obgleich diese keine Zwangsrechte sein können“ (Kant 1977<sup>3</sup>: XI 161). Im Vergleich zu Hobbes versucht Kant damit nicht, alles Recht dem Souverän unterzuordnen, sondern lässt im Grunde den Zweck der Staatsgründung, der für ihn in der peremptorischen Sicherung der jedem Menschen innewohnenden Rechte besteht, im Staat selbst unverfügbar weiterklingen (die Einschränkung im zweiten Halbsatz wird uns später noch beschäftigen). In der Grundanlage sind sich beide dennoch nicht unähnlich: Sie gehen beide davon aus, dass der Friede zwischen den Menschen und damit die tatsächliche Freiheit des Einzelnen im Naturzustand nicht erreicht werden kann (vgl. IIX 430, Hobbes 1918:171)<sup>4</sup>. Wo sich bei Hobbes im Vertrag zugunsten eines Dritten, des Souveräns, alle ihrer Rechte enteignen, um in den bürgerlichen Zustand zu treten, so ist bei Kant die Idee des „ursprünglichen Vertrages“ dergestalt, dass „...alle (omnes et singuli) im Volk ihre äußere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinen Wesens, d.i. des Volks als Staat betrachtet (universi) sofort wiederaufzunehmen,...“ (IIX 434). Nach Freiheitsgesetzen kann damit kein anderer als das vereinigte Volk selbst das allgemeine Oberhaupt sein; Kant führt hier somit die Volkssouveränität ein, zusätzlich erachtet er auch die Gewaltenteilung als aus der Idee des Staates hervorgehend (ebd.). Liest man Kant nur bis zu dieser Stelle und lässt auch die fehlenden Zwangsrechte außeracht, so stellt er hier eine moderne Theorie der repräsentativen demokratischen Republik vor.

Dass an dieser Stelle Kant diskutiert wird, mag zunächst überraschen, da er als politischer Denker nicht die Popularität von beispielsweise Locke oder Rousseau genießt und erst in den letzten Jahrzehnten seinen bedeutenderen Platz in der Politischen Theorie behauptet (vgl. Ludwig 2000: 175 f.). Doch gerade Kants Theorie bietet verschiedene Perspektiven der Dialektik von Recht und Herrschaft, da er – wie zu zeigen sein wird – trotz seiner Sympathie für die Französische Revolution nicht eine Theorie zur Revolution, sondern vielmehr einen Zielpunkt, den es langsam aus den bestehenden Verhältnissen heraus zu erreichen gilt, formuliert. Wie wir sehen werden, stellt Kant zum einen eine Begründung für den Schutz jedes bestehenden Staatswesens vor und gleichzeitig auch ein normatives Staatsbild, das

---

<sup>3</sup> Zitiert werden im Folgenden die Werke aus der bezeichneten 12-bändigen Suhrkampreihe mit IIX für „Die Metaphysik der Sitten“, XI für „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“ und mit XII für „Zum ewigen Frieden“.

<sup>4</sup> Obgleich an dieser Stelle nicht relevant für die Argumentation, soll darauf hingewiesen werden, dass Kant vor allem in der Metaphysik der Sitten (vor allem §§ 42-44) eine Begründung des Staates darlegt, die die Dichotomie zwischen Naturzustand und bürgerlichem Zustand auf Basis seiner Privatrechtstheorie auflöst und im Grunde einen zwingenden Verlauf des einen in den anderen Zustand darstellt, der über Hobbes Darstellung hinausgeht. Da er sich im Rückfall aus dem bürgerlichen Zustand jedoch wieder klassisch an der Hobbesschen Dichotomie orientiert, ergäbe die Vorstellung dieser Begründung an dieser Stelle keinen Erkenntnisvorsprung (vgl. vertiefend Herb/ Ludwig: 1993)

möglicherweise sogar über die genannten Denker hinausgeht. Ob der Grund für diese Janusköpfigkeit in Kants Theorie darin zu finden ist, dass Kant tatsächlich beide Meinungen zugleich vertrat oder, dass im damaligen Preussen, mit dessen Zensurbehörden er ohnehin Probleme hatte, eine radikalere Theorie unmöglich gewesen wäre, sei dahingestellt (vgl. Bevc 2007: 229). Reiss vertritt dahingehend zum einen die Meinung, dass Kant, ähnlich wie Goethe, die deutsche Situation der Kleinstaaterei in der das Bürgertum sich noch nicht von den Herrschern emanzipiert hatte für noch nicht reif hielt, dem französischen Vorbild nachzueifern; zum anderen stellt er dar, dass Kant, der seine politischen Schriften größtenteils erst sehr spät – im Alter von 60-75 Jahren – formulierte und sich wohl auch daher nicht zum Revolutionär berufen sah, zumal er dabei um seinen geregelten Lebensstil, in dem er die unmittelbare Umgebung Königsbergs Zeit seines Leben nicht verlassen hatte, hätte bangen müssen (1977: 16 ff., vertiefend zu Kants Haltung und Situation Haensel 1926: 74 ff.).

Wie bereits dargestellt, lässt Kant sein Vernunftrecht vor dem Staat stehen, es ist also nicht wie bei Hobbes stillschweigend vom Souverän geduldet, aber dennoch von diesem abhängig, sondern erhält seine Legitimität von diesem unabhängig aus reinen Vernunftgründen und ist damit für den Souverän nicht verfügbar. Damit stellt sich Kant in die deutsche Naturrechtstradition indem er schreibt, dass „jeder Mensch seine unverlierbaren Rechte hat, die er nicht einmal aufgeben kann, wenn er auch wollte,[...]“ (XI 161). Kants Naturrecht ist dabei das apriori durch die Vernunft jedes Menschen erkennbare Recht; damit ist es allgegenwärtig und könnte gar nicht dem Staat weichen (vgl. Haensel 1926: 37).

Im gleichen Zug wendet er sich jedoch gegen die Vorstellung bzw. Folgerung eines daraus resultierenden Widerstandsrechts gegen die Staatsmacht, lehnt also den Tyrannenmord ab. Kant selbst zitiert in diesem Kontext Achenwall, worin ihm hier gefolgt wird, um die Position der Naturrechtslogik darzustellen:

„Wenn die Gefahr, die dem gemeinen Wesen aus längerer Duldung der Ungerechtigkeit des Oberhaupts droht, größer ist, als von Ergreifung der Waffen gegen ihn besorgt werden kann: alsdann könne das Volk jenem widerstehen, zum Behuf dieses Rechts von seinem Unterwerfungsvertrag abgehen, und ihn als Tyrannen entthronen“ (Achenwall 1763: §§ 203 nach XI 157 f.).

Hierin klingt an, der Souverän könne dem Volk Unrecht tun, was bei Hobbes ausgeschlossen wird; bei Kant ist dem nicht so, obgleich er nicht das Recht zum Widerstand, wie es hier exemplarisch von Achenwall vorgetragen wird, anerkennt.

Diese Frage hebt die Dialektik von Recht und Herrschaft vielmehr auf die Ebene der Dialektik von Herrschersouveränität und Vernunftrecht im Staat. Gilt das überpositive Recht im Staat weiter, so ist der souveräne Herrscher in seiner Rechtssetzung daran gebunden; bricht er dieses dennoch, stellt sich die Frage wie dieser Widerspruch zwischen seiner Souveränität und seiner Gebundenheit aufzulösen sei. Die Existenz vorpositiven Rechts begrenzt seine Souveränität und lässt ihn in Grunde nur als Verwalter des Staates im Rahmen dieses als eigentlicher Souverän zu betrachtenden Rechtes zurück. Um diesen Widerspruch der doppelten Souveränität aufzulösen, bieten die dargestellten Konzepte nun verschiedene Lösungen an, die jedoch jeweils als unbefriedigend gelten müssen. Hobbes versucht das überpositive Recht grundsätzlich zu negieren, wodurch sein Herrscher tatsächlich Souverän wird; dies hat den Preis, dass dieser beliebig ungerecht handeln und durch nichts im Zaum gehalten werden kann, wenn wir von der oben beschriebenen Lücke, die der Selbsterhaltungstrieb lässt, absehen.

Achenwall sieht die einzige Lösung in der Entthronung des Tyrannen, wodurch der Staat sich auflöst und der Naturzustand wieder hergestellt wird.

„Es kehre das Volk auf solche Art (beziehungsweise auf seinen vorigen Oberherrn) in den Naturzustand zurück“. (Achenwall 1763: §§ 203 nach XI 158)

Bei Achenwall ist der eigentliche Souverän somit das vorpositive Recht, in dessen Grenzen sich der Souverän im Staat bewegen muss, um seine Herrschaft zu erhalten; dennoch betrachtet auch Achenwall den Naturzustand als einen schlechteren als den ungerechten bürgerlichen Zustand, doch er geht ähnlich wie später Radbruch (1946) davon aus, dass eine Stufe der extremen Unrechts möglich ist, in der die Nichtbefolgung der positiven Gesetze und in der Konsequenz der Widerstand und letztlich die Rückkehr in den Naturzustand zulässig ist.

Das Problem, das aus der doppelten Souveränität erwächst, ist in allen Fällen derart fundamental, dass es nicht innerhalb der Staatlichkeit zu lösen ist; die Staaten der Theorien – in letzter Konsequenz auch der von Hobbes – zerbrechen an der Dialektik der doppelten Souveränität.

Kant versucht nun in seiner Theorie das Zerbrechen des Staates zu verhindern, da er auch die ungerechte Staatlichkeit als dem Naturzustand überlegen einschätzt (vgl. Herb/ Ludwig: 1993: 315). Daher kann es im Kant'schen Staat kein Widerstandsrecht geben, was er sowohl

in der „Metaphysik der Sitten“ als auch in „Über den Gemeinspruch“ deutlich macht), exemplarisch dafür aus der Metaphysik:

„Wider das gesetzgebende Oberhaupt des Staats gibt es also keinen rechtmäßigen Widerstand des Volks; denn nur durch Unterwerfung unter seinen allgemeingesetzgebenden Willen ist ein rechtlicher Zustand möglich; also kein Recht des Aufstandes (*seditio*), noch weniger des Aufruhrs (*rebellio*), am allerwenigsten gegen ihn, als einzelne Person (*Monarch*), unter dem Verwände des Mißbrauchs seiner Gewalt (*tyrannis*), Vergreifung an seiner Person, ja an seinem Leben (*monarchomachismus sub specie tyrannicidii*)“ (439).

Kant begründet seine Zurückweisung des Widerstandsrechts in den genannten Schriften mit vier Argumenten; wenn man der Gliederung und Benennung von Unruh folgt, sind dies

1. das logische Argument,
2. das Rückfallargument,
3. das Glückseligkeitsargument und
4. das Schematismusargument (1993: 194 ff.).

Besonders fruchtbar für die Souveränitätsproblematik sind dabei die ersten beiden Argumentationen, wohingegen die letzten beiden im Folgenden vernachlässigt werden.

Besonders das **logische Argument** bedarf hinsichtlich des Problems der doppelten Souveränität einer besonderen Beachtung, da es die Unauflösbarkeit des Problems besonders illustriert. Kant benutzt dieses Argument in beiden Schriften, im Gemeinspruch jedoch mit besonders einleuchtender Klarheit, weshalb im Folgenden die dortige Argumentation dargestellt wird. Kant führt die Problematik des letzten Richters an; er stellt dahingehend dar, dass ein tatsächliches Widerstandsrecht dazu führen müsse, dass ein letzter Richter über den Konflikt zwischen Volk und Souverän ein Urteil fällen und auch die Macht haben müsse, dessen Vollstreckung zu erzwingen, womit diese Instanz der eigentliche Souverän wäre. Im beständigen Gedanken an das Widerstandsrecht müsse es allerdings auch möglich sein, gegen diesen Richter Widerstand zu leisten, weshalb erneut ein Richter über diesem stehen müsse, der dann der eigentliche Souverän wäre. Dadurch erzeugt ein Widerstandsrecht eine unendliche Kette von Richtern über den Souverän, die dann jeweils gegenüber dem vorhergehenden wieder Souverän wären, wodurch es im Ergebnis keine Souveränität gäbe:

Keiner von beiden kann es [die Entscheidung über Recht und Unrecht], als Richter in seiner eigenen Sache, tun. Also müßte es noch ein Oberhaupt über dem Oberhaupte geben, welches zwischen diesem und dem Volk entschiede; welches sich widerspricht (XI 156).

Im **Rückfallargument** stellt Kant dar, dass der Widerstand den bürgerlichen Zustand vernichte, die Gesetzgebung daher unwiderstehlich (irresistibel) sein müsse und ein Widerstand niemals anders als gesetzwidrig sein könne und daher die ganze Verfassung zunichtemachen müsse, wodurch ein Rückfall in den Naturzustand erfolge (vgl. IIX 440).

Im Rückfallargument findet sich eine gewisse Verschränkung mit dem logischen Argument, in dem Sinne, dass wenn die Gesetzgebung nicht unwiderstehlich wäre, der Rückfall die logische Konsequenz sei, da eine Unverfügbarkeit des gesetzten Rechts für den Bürger nicht mehr gewährleistet wäre, wenn die Souveränität des Souveräns zur Disposition steht, was durch ein Widerstandsrecht der Fall wäre. Gerade die Unverfügbarkeit des Rechts und seine Erzwingbarkeit durch den Souverän sichern dem Untertan erst seine Rechte, die im Naturzustand nur „provisorisch“ und daher unsicher oder im Hobbesschen Sinne gar nicht – im Sinne des „bellum omnium contra omnes“ – gegeben wären. Da die Freiheit für Kant also erst und nur im bürgerlichen Zustand gewährleistet ist, gilt für ihn, dass „doch irgend eine rechtliche, obzwar nur in geringem Grade rechtmäßige, Verfassung besser ist als gar keine, ...“(XI2 234 Fußnote 14).

Warum Kant nun den Zerfall des Staates so vehement und auch im Falle größter Ungerechtigkeit verteidigt, liegt daran, dass Kant nicht (nur) wie Hobbes seine Staatsbegründung aus der Dichotomie zum Naturzustand herleitet, sondern eine weitere vernunftrechtliche Begründung aufstellt, die oben bereits in einer Fußnote angesprochen wurde. Begründet man den Staat nur daraus, dass der Naturzustand „bellum omnium contra omnes“ bedeutet, so muss man wohl mit Achenwall darin übereinstimmen, dass die (in der konzeptionellen Vorstellung gegebene) Entscheidung zum Staat eine Entscheidung gegen ein größeres Übel darstellt, die Entscheidung mithin dadurch bedingt ist. Stellt nun die Staatlichkeit infolge unerträglichen Unrechts das größere Übel dar, muss sich daraus folglich nach der gleichen Logik mit der der Staat legitimiert wurde, auch die Rückkehr in den Naturzustand begründen lassen. Wie wir gesehen haben, schafft selbst Hobbes es nicht, der Bedingtheit zu entgehen, da auch seine Deduktion des Staates aus dem Naturzustand Annahmen über diesen trifft, die dem Staat eine Zweckbestimmung geben. Wird der Staat dieser Bestimmung nicht gerecht, muss der Naturzustand mit gleicher Begründung wieder angenommen werden können.

Kants aus Platzgründen hier nicht detailliert dargestellte Begründung hebt jedoch dementgegen darauf ab, dass der Eintritt in den bürgerlichen Zustand sich eben nicht als

Deduktion aus dem Naturzustand ergibt, sondern aus der Vernunftnatur des Menschen folgt, weshalb er dem Widerstandsrecht widersprechen kann, ohne in seiner Begründung inkonsistent zu werden (vgl. IIX § 44, S.429 ff.; vertiefend Herb/ Ludwig 1993). Aus der Perspektive des Rechtsstaates ist dies jedoch ohnehin von keiner größeren Bedeutung, da evident ist, dass sowohl die Behauptung eines Widerstandsrechts als auch die Negation desselben das Problem der doppelten Souveränität nicht lösen.

Die Staatlichkeit, die aus den betrachteten Theorien folgt, ist zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für den Rechtsstaat, was sowohl den formellen als auch den materiellen Rechtsstaat umfasst. Wie bereits dargestellt, bedeutet ein Widerstandsrecht den möglichen Verfall der Staatlichkeit und damit auch jeder Möglichkeit bereits der Rechtsförmigkeit, die davon abhängig ist, dass Rechte auch mit hoheitlichem Zwang durchgesetzt werden können. Ohne Widerstandsrecht hingegen kann der Souverän beliebig willkürlich handeln, wodurch ebenso kein Rechtsstaat gegen diesen gesichert werden kann.

Dem logischen Argument von Kant folgend, kann es auch keine Lösung dieses Problems geben, da sich ein letzter Richter im Widerstandsrecht logisch ausschließt.

### **2.3 Von Kant zum Rechtsstaat ?**

Kants Theorie wäre nun recht trostlos, wenn sie an dieser Stelle endete und den Bürger damit zurückließe, dass er sich nun mal mit den Umständen abzufinden hätte. Kants Programm ist hier jedoch Evolution statt Revolution, nicht Resignation; klar zu trennen ist daher Kants eigentliche Staatstheorie auf der einen Seite und der Weg, wie dorthin zu gelangen sei, auf der anderen Seite (vgl. Dreier 2004: 750). Da es bei ihm kein Widerstandsrecht gibt, sieht Kant den Weg zum „richtigen Staat“ in der Selbstaufklärung des herrschenden Souveräns, wodurch der Staat durch Reformen nach und nach seine schlussendliche Form erhält.

„Eine Veränderung der (fehlerhaften) Staatsverfassung, die wohl bisweilen nötig sein mag – kann also nur vom Souverän selbst durch Reform, aber nicht vom Volk, mithin durch Revolution verrichtet werden...“ (IIX 441)

Die von Kant als richtig erachtete Form ist dabei apriorischen Vernunftgründen geschuldet, weshalb diese anzustreben zwangsläufig sittliches Gebot sei, womit mit dem folgenden Zitat gleichermaßen zu Kants eigentlicher Staatsvorstellung übergegangen wird:

„Aber der Geist jenes ursprünglichen Vertrages (anima pacti originarii) enthält die Verbindlichkeit der konstituierenden Gewalt, die Regierungsart jener Idee angemessen



zu machen, und so sie, wenn es nicht auf einmal geschehen kann, allmählich und kontinuierlich dahin zu verändern, daß sie mit der einzig rechtmäßigen Verfassung, nämlich der einer reinen Republik, ihrer Wirkung nach zusammenstimme, und jene alte empirische (statutarische) Formen, welche bloß die Untertänigkeit des Volks zu bewirken dienten, sich in die ursprüngliche (rationale) auflösen, welche allein die Freiheit zum Prinzip, ja zur Bedingung alles Zwanges macht, der zu einer rechtlichen Verfassung, im eigentlichen Sinne des Staats, erforderlich ist, und dahin auch dem Buchstaben nach endlich führen wird. – Dies ist die einzige bleibende Staatsverfassung, wo das Gesetz selbtherrschend ist, und an keiner besonderen Person hängt; der letzte Zweck alles öffentlichen Rechts, der Zustand, in welchem allein jedem das Seine peremptorisch zugeteilt werden kann; indessen, daß, so lange jene Staatsformen dem Buchstaben nach eben so viel verschiedene, mit der obersten Gewalt bekleidete, moralische Personen vorstellen sollen, nur ein provisorisches inneres Recht, und kein absolut-rechtlicher Zustand, der bürgerlichen Gesellschaft zugestanden werden kann“ (IIX 464).

Kants reine Republik des selbtherrschenden Rechts zeigt sich nun außerordentlich modern und offenbart in gewissen Aspekten ihre Nähe zu Rousseau, im Sinne der Volkssouveränität, in anderen ihre Nähe zu Locke und Montesquieu, im Sinne der Gewaltenteilung (vgl. einführend Llanque, 2006: 269 ff.). Aus der Perspektive der Thematik ist jedoch vor allem von Interesse, dass Kant den Rechtsstaat denkt. „Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“ (IIX 431). Neben diesem Bekenntnis zur konstitutiven Rechtsförmigkeit des Staates führt Kant weiterhin das institutionelle Setting im Sinne des formellen Rechtsstaates aus:

„Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d.i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschergewalt (Souveränität), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Regierers (zu Folge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz), in der Person des Richters (potestas legislativa, rectoria et iudiciaria)...“ (ebd.)

So ist die Exekutive in ihren Handlungen vom Gesetz abhängig und der Einzelne kann seine Rechte auch gegen diese im Rechtswege einfordern. Damit formuliert Kant bereits den formellen Rechtsstaat im Kontrast zum Willkürstaat. In dem, wie nun die souveräne gesetzgebende Gewalt Gestalt annehmen soll, schimmert der *Volonté générale* Rousseaus durch, wenn er schreibt: „Die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen“(ebd.).

Er trennt sich wieder von Rousseau indem er klar macht, dass dies nicht im Wege der direkten bzw. identitären Demokratie, sondern im Wege der Repräsentation geschehen soll, wodurch

bei Kant der *Volonté générale*<sup>5</sup> eine andere Bedeutung erhält: Er wandelt sich zum Maßstab der Gesetzgebung, erfüllt jedoch nicht mehr die im Grunde statistische Funktion der Mittelung des Volkswillens wie bei Rousseau (vgl. Rousseau 1997: 61 f.; Schaal/ Heidenreich 2009: 145 ff. insb. 149). Es ist bei Kant eine „bloße Idee der Vernunft“ nach der jedes Gesetz so beschaffen sein muss, dass es dem vereinigten Willen des Volkes entsprechen könne (XI 153 f.). Die Gesetze selbst sollen jedoch durch die Repräsentanten des Volkes im Parlament in Mehrheitsentscheidungen getroffen werden, wobei für Kant in der Repräsentation die Souveränität dennoch beim Volk verbleibt (XI 152/ IIX 464 f.).

„Alle wahre Republik aber ist und kann nichts anders sein, als ein repräsentatives System des Volks, um im Namen desselben, durch alle Staatsbürger vereinigt, vermittelst ihrer Abgeordneten (Deputierten) ihre Rechte zu besorgen.“ (IIX 464)

Kants eigentliche Staatsvorstellung ist also diejenige einer rechtsstaatlichen, gewaltenteiligen und repräsentativen Demokratie im modernen Begriffsverständnis, die auf dem Vernunftrecht beruht und damit auch einen materiell rechtsstaatlichen Kern hat; seine Theorie ist also sogar vom materiellen Vernunftrecht her gedacht<sup>6</sup>.

Zu erkennen ist dabei ein Staatssetting der Gewaltenteilung, das Lockes und Montesquieus Vorstellungen nahesteht, indem sie alle drei Gewalten trennt und rechtlich ordnet. Gegenüber Locke fehlt ihr jedoch das Vetospielerkonzept in der Legislative; dies wird verständlich, wenn man bedenkt, dass Locke nicht wie Kant aus der repräsentierten Volkssouveränität als Parlament denkt, sondern eher praktisch orientiert aufbauend auf den historischen

---

<sup>5</sup> Es ist Vorsicht geboten, wenn man den Begriff *Volonté générale* bei Rousseau und Kant gleichermaßen benutzt. Bei beiden ist dieser zwar gleichsam eine Mehrheitsentscheidung, aber die dahinterstehende Argumentation könnte gegensätzlicher kaum sein.

Kant sieht den Schutz der Rechte jedes Einzelnen als Begründung des Staates, gerade deshalb muss der einzelne Abgeordnete nach dem kategorischen Imperativ handeln und kann nicht als allgemeine *Maxime* gelten lassen wollen, was diesem Zweck widerspricht. Nach Kant sollen die Abgeordneten im Grunde hinter sich selbst zurücktreten und aus der Vernunft heraus bewerten, ob das zu erlassende Gesetz jeder Einzelne über sich beschließen würde (vgl. Schaal/ Heidenreich 2006: 91 f.). Bei Rousseau ist der Ausgangspunkt der Gemeinwille, der als existent angenommen wird; dies bedeutet, dass derjenige, der in einer Abstimmung unterliegt, sich über den Gemeinwillen getäuscht hat; seine abweichende Abstimmung macht diesen jedoch nicht strittig (vgl. ebd 2006: 148). Bei Kant geht es also um das atomistische Individuum, zum Schutz von dessen Rechten der Staat errichtet ist. Bei Rousseau ist der Staat selber Zweck und nicht nur Mittel und die durch diesen formierte Gemeinschaft hat einen eigenen Willen, den *Volonté générale*, für den der Einzelne auch Mittel sein kann (vgl. Kersting 1994: 171 ff., 175 ff.). Dies steht diametral zum Kantschen Verständnis, nach dem der Mensch immer selbst Zweck sein muss und nie nur Mittel sein darf.

<sup>6</sup> Kants „moderne“ Theorie, erscheint *prima facie* wie ein frühes Vordenken der heutigen Bundesrepublikanischen Verfassung und nimmt wesentliche Aspekte derer vorweg, auch wenn eine direkte Linie wohl nicht zu attestieren ist. Kritiker dieser Überlegung können dem entgegenhalten, dass Kant nicht nur die Frauen und Kinder, sondern auch die Personen, die ihren Lebensunterhalt nur in Abhängigkeit von anderen bestreiten können von den Wahlberechtigten ausnimmt. Diese aus heutiger Sicht obsoletere Vorstellung, entspricht jedoch den Vorstellungen seiner Zeit, womit die Obsoleszenz für diesen Punkt gelten kann, aber dies wohl nicht als konstitutiver Aspekt von Kants Staatstheorie gelten darf (vgl. Dreier 2004: 750).

Verhältnissen in England eine konsensuale Legislative zu begründen sucht, die darauf beruht, dass keines der Legislativorgane einen übermäßigen Einfluss ausüben kann (vgl. Schaal/Heidenreich 2006: 83). Ähnlich trennt er sich von Montesquieu, dessen Gewaltenteilung er zwar im Grundsatz abzeichnet; im gleichen Moment, in dem er Lockes Legislativkonstruktion nicht aufgreift, zeigt sich jedoch ein wesentlicher Aspekt, der ihn auch gegenüber Montesquieu „moderner“ erscheinen lässt:

Wo Montesquieu – selbst Adeliger – noch zwei Kammern der Legislative benötigt, weil er die Menschen mit höherem Geburtsrecht von den anderen trennt, ist Kant bereits darüber erhaben und sieht keinen Grund, warum ein Geburtsrecht existieren sollte, das nicht für alle Menschen gleich ist (vgl. Montesquieu 1804: 294). Für Kant ist diese Vorstellung sogar unmöglich, da qua Geburt alle Menschen frei und gleich sind; alles die Menschen äußerlich ungleich Machende kann nur durch Taten erworben werden, die Geburt ist jedoch keine solche Tat (vgl. IIX 432 ff.). Eigentum kann vererbt werden, jedoch nie ein Stand in der Gesellschaft; wenn auch die Vererbung von Eigentum als Willensakt des Sterbenden über das Seine begriffen werden kann, so kann er jedoch nicht über seine höchstpersönlichen Verdienste in der Art verfügen, dass diese auch anderen die Verpflichtung abränge, daraus besondere Rechte seiner Nachkommen anzuerkennen, diese somit qua Geburt ein anderes Recht hätten, als dies anderen Menschen qua Geburt zuteil wird (vgl. IIX 450).

Zu dieser naturrechtlichen Begründung tritt noch eine im Grunde positivrechtliche Begründung hinzu: Für Kant hat sich die Gesetzgebung an einem „virtuellen“ *Volonté générale* zu orientieren und er schließt es aus, dass aus diesem die permanente Höherstellung einer Klasse von Menschen hervorgehen kann.

„»was das Volk (die ganze Masse der Untertanen) nicht über sich selbst und seine Genossen beschließen kann, das kann auch der Souverän nicht über das Volk beschließen«. ...Weil nun von keinem Menschen angenommen werden kann, er werde seine Freiheit wegwerfen, so ist es unmöglich, daß der allgemeine Volkswille zu einem solchen grundlosen Prärogativ zusammen stimme, mithin kann der Souverän es auch nicht geltend machen.“ (ebd.)<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Interessant ist diese Doppelbegründung daher, weil sie im Grunde unnötig ist; die Begründung aus der Freiheit, die Kants gesamter Theorie als Grundlage dient, wäre bereits ausreichend. Mehr noch, wenn es bereits materiell naturrechtlich begründet ist, ist die Begründung über die auch nur fiktive Beschlussfähigkeit sogar problematisch, da diese ebenfalls auf dem Freiheitspostulat beruht, aber an dieser Stelle eine Eigenständigkeit entfaltet, die zumindest die Möglichkeit zu eröffnen scheint, dass auch die unabhängige Begründung aus dem legislativen Prozess möglich ist. Da Kant die volkssouveräne repräsentative Republik vor Augen hat, entsteht hier der Eindruck, dass er auch eine Legitimation des Gesetzes durch das Verfahren der Gesetzgebung selbst ausreichen lässt, wodurch sich das materielle Naturrecht in der reinen Republik als prozedurales Naturrecht entfaltet. Diesen Übergang will vor allem Ingeborg Maus in Kants politischem Werk erkennen (vgl. 1994: 148 ff.).

Logische Konsequenz ist bei Kant daher, dass es keine Stände geben kann, der Mensch sich also seine Gleichheit als Mensch jederzeit bewahrt. Aus dem Gleichheitspostulat folgt logisch auch die Unmöglichkeit eines erblichen Sklavenstandes; im Weiteren sogar die Unmöglichkeit eines erworbenen Sklavenstandes, da sich seiner Freiheit in Gänze zu entäußern eben nicht mehr Teil dieser Freiheit ist, womit diese Entscheidung aus Vernunftgründen a priori niemandem zustehen kann.

Konsequenterweise begründet Kant aus diesen Vernunftgründen auch den Ansatz einer minimalen Sozialstaatlichkeit, da niemand so arm sein dürfe, die Entscheidung dennoch faktisch treffen zu müssen und sich seiner Freiheit zu entäußern, da er dadurch seine Qualität als Subjekt verlöre und daher für diese Übereinkunft nicht geschäftsfähig sei. Weiterhin hat Kants Staat „Freiheit zum Prinzip“; derjenige, der Objekt der Willkür eines anderen würde, würde seine Freiheit verlieren und hätte keine Möglichkeit mehr, andere Objekte zu seinem Eigentum zu machen und damit seine Objekteigenschaft zu beenden. Aber gerade die Möglichkeit, durch eigene Anstrengung gesellschaftlich aufzusteigen, ist für Kant Ausdruck der Freiheit (vgl. XI 147 f.). Daher muss es Aufgabe des Staates sein, die Aufrechterhaltung der Freiheit eines jeden zu bewirken, wozu es notwendig ist, ein derartiges Extrem an Armut zu verhindern, dass die Freiheit unmöglich wird. Aus dem Schutzrecht des Einzelnen gegenüber dem Staat ergibt sich damit zunächst eine Schutzpflicht des Staates, wodurch effektiv ein Leistungsrecht des Einzelnen begründet wird (vgl. IIX 446 f. i.V.m. XI 147 ff.). Darin kann man bereits einen Gedanken der Fairness, im Sinne von rudimentärer Chancengleichheit, erkennen, wie er später bei dem sich auch auf Kant beziehenden John Rawls umfassend ausgearbeitet wurde (vgl. Rawls 1975<sup>8</sup>: 81).

Zusammengefasst ist Kants reine Republik, ausgehend von der Freiheit und Gleichheit aller Menschen, eine gewaltenteilige repräsentative Republik zunächst formalrechtsstaatlicher Ausprägung durch das institutionelle Setting und die Möglichkeit des effektiven Rechtsschutzes der Rechte des Einzelnen gegen Dritte, wohl auch gegen die Exekutive. Da Kant aus dem Prinzip der Freiheit denkt, steht ebenso die oberste materielle Norm fest, aus der sein materieller Rechtsstaat deduziert wird. Unklar bleibt, ob das im Staat geltende Recht als das richtige Recht gelten soll, weil es eine materiell naturrechtliche Wurzel in diesem Prinzip hat, oder – wie Ingeborg Maus vorstellt – bereits eine Art der Legitimation durch den

---

<sup>8</sup> Die Bezeichnete deutsche Erstausgabe von „Eine Theorie der Gerechtigkeit“ wird im Folgenden mit TJ zitiert.

auf diesem Prinzip fußenden Legislativprozess in der Volksvertretung zu sehen ist (vgl. Maus, 1994, 148 ff.; Übergang vom materiellem zum prozeduralen Naturrecht, vgl. auch Schaal/Heidenreich 2006: 93).

Da das Volk als Souverän in seiner Repräsentation im Parlament ebenfalls souverän bleibt, schließt sich eine Verfassungsgerichtsbarkeit logisch aus. Auch wenn die Deduktion aus der Freiheit und die daraus folgenden Rechte, die Kant auch teilweise näher ausführt, einen umfassenden materiellen Kern der Rechtsstaatlichkeit bilden, löst Kant jedoch nicht die Dialektik von Recht und Herrschaft auf. Die Staatsgrundsätze, die er aus dem Vernunftrecht gewinnt, führen zwar zu einem moralischen Zwang, jedoch nicht zu einem institutionellen, da aufgrund des als Volksvertretung souveränen Parlamentes ohne Vetospieler prinzipiell jedes Gesetz mit wohl einfacher Mehrheit erlassen werden kann und dann die anderen Gewalten bindet.

Hier schließt sich auch wieder der Kreis zum fehlenden Widerstandsrecht, es fehlt hier also auch dann, wenn die reine Republik erreicht ist, die Schwelle zum unerträglichen Unrecht. Es ist dabei auch nicht von Belang, ob man Kants Gesetzeslegitimation als naturrechtlich oder prozedural mit naturrechtlicher Rückendeckung begreift. Eine naturrechtliche Argumentation hinsichtlich einer faktischen Sicherung der Rechte Einzelner scheitert am logischen Argument und konsequenterweise am institutionellen Setting ohne Verfassungsgericht. Eine prozessuale Begründung kann zwar die Rechte für die Mehrheit sichern, solange das Parlament eine tatsächliche Vertretung des Volkes ist, jedoch nicht die Rechte der Minderheit. Natürlich führt Kant wie in der Argumentation zur Minimalsozialstaatlichkeit an, dass der Einzelne, wenn er sich in die Gemeinschaft begibt, von dieser auch Schutz erwarten können muss, jedoch gibt es keinen über diese naturrechtliche Dimension hinausgehenden Grund, warum die Mehrheit der Minderheit diesen Schutz gewähren müsste (vgl. IIX 446).

Der Kantsche Staat ist somit zwar nach Vernunftgründen folgerichtig konstruiert, beinhaltet jedoch keine Sicherung für den Fall, dass gerade diese Vernunftgründe vernachlässigt werden; dadurch wird der Vernunftstaat von der Vernunft abhängig: handelt der Gesetzgeber nicht nach ihr, so kann er auch vom Ideal der reinen Republik hinein in die Diktatur der Mehrheit fallen und garantiert dann eben nicht allgemeine „Menschenrechte“. Die Minderheit, die von der Mehrheit nun beliebig malträtiert werden kann, solange die Rechtsförmigkeit berücksichtigt wird, hat nun auch nichts anderes zu tun, als zu gehorchen

und ihr Widerstand wäre das höchste Verbrechen gegen den Staat und nur mit dem Tode zu bestrafen (IIX 439 f.).

Die Stellung der Minderheit bzw. der Armen oder wirtschaftlich Abhängigen wird weiterhin dadurch potenziell besonders prekär, dass Kant – wieder in Einklang mit der Verweigerung des Widerstandsrechts – darstellt, dass alles Recht von Gesetzen abhängt und jeder diesen unterworfen sei. Die repräsentative Rechtssetzung in der reinen Republik versteht Kant weiterhin als Gesetzgebung eines jeden über sich selbst und macht sie damit jederzeit gerecht, da er ausführt, niemand könne sich selbst Unrecht tun. Wenn man nun mit Kant annimmt, dass Unrecht über sich selbst zu beschließen unmöglich sei, so kann in einer Argumentation über den virtuellen *Volonté générale* ein paralleler Schluss darauf sinnvoll erscheinen, dass sich auch das Gemeine Wesen als Ganzes nicht Unrecht tun könne (ebd. IIX 432). Als erstes Defizit muss dabei gelten, dass er den Frauen, Kindern aber auch den Armen bzw. wirtschaftlich Abhängigen zwar Menschenrechte zubilligt, aber eben keine Bürgerrechte, insbesondere nicht das Recht zur Wahl als Vorstufe der Mitgesetzgebung. Da diese Gruppen im Gemeinen Wesen nicht an der Gesetzgebung teilnehmen, entscheiden sie also auch nicht über sich selbst, folgerichtig entscheidet ein Dritter über sie, wodurch ihnen auch Unrecht getan werden kann (vgl. XI 150 ff.).

Das zweite Defizit bezieht sich auf die souveräne Mehrheitsgesetzgebung als solche, ist also nicht nur ein Kantsches Spezifikum. Wo das erste Defizit insbesondere hinsichtlich des Frauenwahlrechtes noch als dem damaligen Zeitgeist geschuldet begriffen werden kann (vgl. Dreier 2004: 750), so ist letzteres Ausdruck der Dialektik von Recht und Herrschaft. Dabei zeigt sich, dass Kant, aber auch vor allem Rousseau, hinsichtlich des Minderheitenschutzes nicht weiter gekommen sind als Hobbes. In allen drei Fällen kann der gesetzgebende Souverän dem Einzelnen seine Rechte nehmen, solange nur die inneren Regeln der Entscheidungsfindung eingehalten werden. Ob nun der Leviathan eine innerliche Abwägung vornimmt oder das Parlament oder das Volk per Mehrheit beschließen, ist hier kein qualitativer sondern nur ein verfahrensmäßiger Unterschied. Für den Einzelnen der sich in der Minderheit befindet, ist es unerheblich, ob er benachteiligt, des Landes verwiesen oder getötet wird, weil der Leviathan es so will oder weil es dem *Volonté générale* entspricht. Bei Hobbes kann die politische Minderheit zumindest auf die Milde des Souveräns hoffen, bei Kant darauf, dass die Mehrheit aus der Vernunft heraus den kategorischen Imperativ

berücksichtigt, bei Rousseau können sie lediglich darauf hoffen, dass es der Mehrheit keinen allzu großen Vorteil bringt, ihnen Leid anzutun (vgl. Schmidt 2008: 85 ff.; vgl. Fußnote 4).

Es fehlt Kants Staat daher nicht die formelle und materielle Substanz zum Rechtsstaat, sondern lediglich die Sicherung dieser Rechtsstaatlichkeit, die Kant der Vernunft überlässt. Da Kant nicht institutionelle Regelungen sondern die Vernunft als Vehikel sieht, um einen Raum des Politischen zu bestimmen, ist der Schutzraum des Einzelnen jederzeit von der – im Kantschen Sinne verstandenen – Unvernunft der Mehrheit bedroht.

## **2.4 Rechtsstaatlichkeit aus Annahmen**

Trotz der Errungenschaften der Aufklärung, die unter anderem durch Kant in die politische Theorie eingeführt werden, bleibt die Dialektik von Recht und Herrschaft unaufgelöst: Recht bleibt von der Vernunft der Herrschaft abhängig. Den Souverän dem Recht unterzuordnen erscheint durch das logische Argument in diesem Staatssetting unmöglich. Die Leistung der Kantschen Aufklärung in diesem Kontext ist der Übergang vom Unterwerfungs- zum Gesellschaftsvertrag; für Ingeborg Maus die Kopernikanische Wende des Kontraktualismus, nach der das Volk nunmehr unter sich bleibt (1998: 88). Fraglich ist jedoch, was diese Leistung vor der Folie des Rechtsstaats bedeutet.

Wenn wir dem Grundansatz folgen, nach dem eine Menge Menschen in den staatlichen Zustand tritt, um ihre Rechte dadurch zu erhalten oder ihre Kooperation zu sichern, dass jeder seine eigene Gewalt auf eine neue Entität, den Souverän, überträgt, ist darin zu erkennen, dass dadurch primär der letzte Richter und Vollstrecker erschaffen werden soll, um der gegenseitigen Willkür der Individuen Herr zu werden. Dadurch, dass der Souverän geschaffen wird, wird das Recht des Einzelnen gegen die Willkür der anderen gesichert, wodurch es gleichzeitig der Willkür des Souveräns unterworfen wird; die Bedrohung der Rechte eines Jeden durch jeden Anderen weicht somit der Bedrohung durch Einen.

In dieser Betrachtung ist der Eintritt in den bürgerlichen Zustand jedoch nur eine Verlagerung der Willkür, er löst das Problem nicht auf. Ein potenzieller Konflikt zwischen den Rechten des Einzelnen und der Herrschaft des Einen ist daher innerhalb des Systems nicht zu lösen; wie Kants Argumentation zum Widerstandsrecht zeigt, wird durch das Aufbegehren gegen den Souverän gleichzeitig sein Gewaltmonopol und damit seine Eigenschaft Souverän zu sein in Frage gestellt, schließlich sogar negiert, wodurch der bürgerliche Zustand beendet und in Ermangelung eines Souveräns der Naturzustand wieder hergestellt wird.

Auch wenn die Annahme naheliegt, dass sowohl der Souverän als auch das Volk Interesse daran haben, den staatlichen Zustand zu erhalten und dahingehend Interessenskongruenz herrscht, so reicht es doch für den Souverän, wenn er die Zustimmung der Mehrheit des Volkes zu seinen Handlungen erhält, um gleichermaßen den Zustand zu erhalten. Darin unterscheiden sich der Hobbesche und Kantsche Souverän nicht wesentlich, auch wenn der Leviathan eine Gewaltherrschaft gegen die Mehrheit durchführen könnte, so ist der Zustand in dem er nicht gegen die Mehrheit handelt für ihn doch zunächst sicherer und aus seinem eigenen Opportunismus heraus wahrscheinlich, solange er nicht größeren Vorteil daraus zieht, die Unsicherheit in Kauf zu nehmen und gegen die Interessen der Mehrheit zu handeln. Der Kantsche (handelnde) Souverän hingegen ist auf die Wahl<sup>9</sup> angewiesen und muss daher permanent um Interessenskongruenz bemüht sein. Auch und gerade nach Kants „Kopernikanischer Wende“ (Maus) reicht es vollkommen aus, mit der Mehrheit zu regieren.

Utilitaristischem Handeln wären somit keine Fesseln angelegt, wodurch Kants Idee von den Füßen auf den Kopf gestellt würde. Auch Utilitaristen kommen in der Regel zu dem Schluss, dass es sinnvoll ist, Menschen- und Bürgerechte zu gewähren; der Unterschied zu Kant ist hier jedoch, dass die Rechte dabei als Mittel gewährt werden, um dem Zweck eines höheren gesamtgesellschaftlichen Nutzens<sup>10</sup> oder Durchschnittsnutzens nachzukommen (vgl. Kliemt 1998: 97 ff.). Wo Gemeinwohl zum Maßstab erhoben wird, kann auch an den *Volonté générale* von Rousseau gedacht werden und an die These von der Demokratieabhängigkeit der Rechtsstaatlichkeit, die Kersting zuerst bei ihm zu erkennen glaubt (vgl. Kersting 1994: 176). Diese These, die bei ihm wohl so zu verstehen ist, dass Demokratie bereits hinreichende Bedingung für Rechtsstaatlichkeit sei, arbeitet mit so vielen positiven Annahmen über die Natur des Menschen (vgl. ebd.; Rousseau 1997: 50), dass der Begriff des Rechtsstaates ebenso entstellt wird, als würde man die These von der Absolutismusabhängigkeit der Rechtsstaatlichkeit aufstellen und diese mit der Annahme stützen, dass Alleinherrscher im Allgemeinen gut seien und ihren Untertanen alle Rechte gewähren würden, die den Rechtsstaat ausmachen.

---

<sup>9</sup> Hier sei unterstellt es handle sich um eine periodisch wiederkehrende Wahl oder zumindest das Vorhandensein einer Abwahlmöglichkeit der Repräsentanten im Parlament, auch wenn Kant soweit ersichtlich hierzu keine näheren Angaben macht.

<sup>10</sup> Nutzen ist hier exemplarisch zu sehen, es könnte auch Glück, Wohlbefinden oder etwas anderes optimiert werden (vgl. TJ: S.43 f.). Argumentativ ist dies hier ohnehin nicht von Belang, da die Problematik vielmehr darin begründet ist, dass es sich um ein kollektives Ziel handelt, das dem Einzelnen ein Modell von Glückseligkeit vorgibt und ihn damit bevormundet, gleichsam die Freiheit des Einzelnen unterdrückt und sich eine dem Einzelnen übergeordnete Zielvorstellung bildet (vgl. XI 159)



Für Kant jedoch muss der Einzelne, mit dem seine angeborenen Rechte untrennbar verknüpft sind, immer selbst Zweck und darf nie Mittel sein (vgl. IIX 134, 464; XI 145). Es muss dabei die Rückfrage erlaubt sein, ob Kants Vernunftideal den Menschen nicht ähnlich wie Rousseaus Demokratie überfordern muss, denn auch in der reinen Republik mag es Situationen geben, in denen der schwere Eingriff in die Rechte weniger, oder gar deren Negation, einen überwältigenden Vorteil für den Nutzen einer überwältigenden Mehrheit hat. Drängt sich dann nicht der, aus dieser Perspektive, utilitaristische Fehlschluss auf, der die Nutzenoptimierung des Einzelnen auf die gesellschaftliche Nutzenoptimierung überträgt und damit vergisst, dass intrapersonelle und interpersonelle Nutzen- und Kostenverrechnung nicht dasselbe sind; Ersteres gerade Ausdruck einer individuellen freien Wahl ist, Letzteres jedoch gerade Ausdruck der Negation der Freiheit selbst, da der einzelne nur Mittel eines sich zum Zweck aufwerfenden Kollektivs wird (vgl. XI 159; TJ: 40 ff.).

Kants Vorstellung der Gesetzgebung beinhaltet laut Brehmer das Ideal einer Rückspiegelung, nach der Gesetze so zu erlassen sind, dass jeder im Moment des „ursprünglichen Kontraktes“ seine Zustimmung dazu geben würde; dies präzisiert den virtuellen „Volonté générale“ der oben beschrieben wurde, da hier virtuelle Einstimmigkeit verlangt wird (1980: 131). In der Kantschen Perspektive ist dies konsistent, weil sich sein „Volonté générale“ in der voll aufgeklärten Gesellschaft mit diesem Prinzip deckt, da die Vernunft mit den gleichen Worten zu jedem spricht und der Einzelne eben nicht mehr versucht, seinen Privatwillen zu Lasten der anderen durchzusetzen (vgl. TJ: 284; Brehmer 1980: 123 ff.; IIX 432; XI 144, 150, 153). Dies wäre in der Tat auch theoretisch konsistent mit der peremptorischen Gewährung von Rechten, da jede Gesetzgebung gegen den utilitaristischen Fehlschluss gewappnet wäre, weil diese als hypothetisch freie Entscheidung jedes Einzelnen gelten müsse. Da dies jedoch nur ein Ideal der Gesetzgebung ist, die Gesetze aber bei Kant tatsächlich durch die Mehrheit der Repräsentanten verabschiedet werden sollen, bleibt es doch auch bei ihm dabei, dass über den Interessen und Rechten der Minderheit jederzeit das Damoklesschwert am dünnen Haar seines vernunftidealistischen Menschenbildes hängt.

Interessen die ausschließlich die Minderheit hat, spätestens wenn sie in Konkurrenz zu den Interessen der Mehrheit stehen, müssen somit auch bei Kant potenziell weichen, wenn die Vernunft nicht bereits allgegenwärtig ist. Die vollständige Aufklärung scheint jedoch nicht nur idealistisch, sondern vielmehr utopisch. Schlussendlich kann die Minderheit daher auch zum reinen Objekt des Willens der Mehrheit werden, besonders dann, wenn die einzelnen Subjekte der Mehrheit nicht befürchten müssen, durch Lebensereignisse zu der Gruppe der

Minderheit zu werden, die objektiviert wird. Besonders geeignet, zu reinen Objekten des Mehrheitswillens zu werden, sind daher Gruppen, die nicht durch Erworbenes, sondern durch Ererbtes von der Mehrheit unterschiedliche Merkmale aufweisen; entsprechend sind besonders die Rechte ethnischer Minderheiten permanent gefährdet.

### **3 Eine politische Theorie des Rechtsstaates**

#### **3.1 Der Ansatz der Theorie des Rechtsstaates**

Die rechtsförmige Diktatur der Mehrheit, die die Kehrseite einer nur demokratiebasierten Rechtsstaatlichkeit darstellt, zeigt allein aufgrund ihrer Möglichkeit, dass ein derartiger Staat nicht sicherer Rechtsstaat ist als der Staat des Leviathan und nur die Willkür aller im Naturzustand durch die Willkür des Souveräns ersetzt.

Die offensichtliche Gefährdung der Minderheit durch den übermächtigen Souverän muss jedoch auch auf die Vertragstheorien zurückwirken und zwar unabhängig davon, ob man den jeweiligen Vertrag als real, hypothetisch oder rein fiktiv betrachtet. In allen Fällen beruht der Übergang zum bürgerlichen Zustand darauf, dass der Einzelne diesen gegenüber dem Naturzustand für zumindest theoretisch vorteilhafter erachten können muss (vgl. Kersting 1994: 20 ff. insb. 23, 46 f.). Gerade das, was Kant für unmöglich zustimmungsfähig hält, nämlich das (potenzielle) Akzeptieren einer erblichen Herrscherklasse oder der eigenen Versklavung (vgl. IIX 450, XI 147 f.) ist das, was zum Vertragsschluss notwendig wäre. Auch außerhalb der Kantschen Vorstellungen geht das opportunistische Kalkül des Einzelnen, das vom Naturzustand in den bürgerlichen Zustand führt, für die klar abgrenzbare(n) Minderheit(en) nicht auf. Der Krieg jeder gegen jeden kann in diesem Fall ein vorteilhafterer Zustand als der dann legale „Krieg“ vieler gegen wenige sein. Während im Hobbeschen Konzept nur die potenzielle Minderheit daher nicht zustimmen würde, muss für den Kantschen Ansatz unter Annahme der potenziellen unverschuldeten Objektivierung Einzelner sogar angenommen werden, dass niemand zustimmen kann, da dieser nicht den Hobbeschen Opportunismus des Einzelnen als Grund der Zustimmung annimmt, sondern die den Vernunftgründen geschuldete Verpflichtung des Einzelnen, gerade dem anderen seine Rechte durch den Eintritt in den bürgerlichen Zustand nicht nur provisorisch, sondern peremptorisch zu gewähren. Wenn aber der bürgerliche Zustand dies nicht ermöglicht, entfällt folglich der Grund zum Eintritt in diesen<sup>11</sup>.

Selbst wenn die „Menschen“ im Naturzustand als fiktive homogene rationale Entitäten angenommen werden, kann die geschilderte Problematik beim Übergang in den bürgerlichen

---

<sup>11</sup> Man kann Kant hier nicht vorwerfen, dass seine Theorie in diesem Punkt nicht konsistent ist, da aus seinem Vernunftdenken heraus die Menschen frei und gleich sind und der über allem schwebende kategorische Imperativ nicht selektiv, sondern nur allgemein sein kann.

Zustand nicht als unwesentlich angenommen werden. Die Frage ist dabei, ob fiktive homogene und rationale Entitäten notwendigerweise unfähig sind zu antizipieren, dass sie im bürgerlichen Zustand ihre Homogenität einbüßen könnten.

Allein die Möglichkeit innerhalb des Staates nicht (immer) zur Mehrheit zu gehören, müsste den rationalen Entscheider im Naturzustand davon abhalten, in eine unbedingte Übertragung einzuwilligen, gleichzeitig müsste dem rationalen Entscheider zugebilligt werden, eine derart naheliegende Vorhersage in sein Entscheidungskalkül mit einzubeziehen.

Vor dem Hintergrund der empirischen Erfahrbarkeit von Ungleichbehandlung, Vertreibung und Tötung von Minderheiten innerhalb bestehender Staatlichkeit, für die die Geschichte und die Gegenwart unzählige Beispiele bereithalten, befremdet die Annahme einer auch nur fiktiven Zustimmung im Naturzustand zu einer unbedingten Übertragung individueller Rechte auf den Souverän. Wenn man zudem die Pluralität der modernen Gesellschaften betrachtet, Gesellschaften also, in denen viele verschiedene Konzepte des „guten Lebens“ nach individueller Verwirklichung streben (vgl. Schaal/ Heidenreich 2006: 109 f.), müssen die Anforderungen an einen zustimmungsfähigen Gesellschaftsvertrag noch höher gesteckt werden, da der rationale Entscheider auch nicht wissen kann, ob seine Vorstellung des „guten Lebens“ mit der staatlichen bzw. hegemonialen in Einklang steht, bzw. immer stehen wird. Empirische Argumentation kann jedoch nur insoweit herangezogen werden, als die Antizipation dieser Zustände im Naturzustand angenommen werden muss.

Der Mensch kann jedoch im hypothetischen Naturzustand nicht allein gedacht werden, sondern nur als interaktionserfahrenes Subjekt, da sich sonst keinerlei Begründung für und nicht einmal die Möglichkeit eines Vertragsschlusses ergibt. So muss auch angenommen werden, dass jeder den anderen als von sich selbst verschieden wahrnimmt, da er doch Schutz vor der Willkür des Anderen durch den Vertragsschluss sucht. Das Gemeinsame in der Willkür der Einzelnen ist nur das Bedürfnis des Schutzes vor der Willkür des Anderen, weil jeder aus rein rationalen Erwägungen seine Willkür über die Willkür des Anderen zu stellen versucht, soweit es ihm möglich ist. Findet sich nun eine Möglichkeit, durch eine Allianz der gleichgerichteten Bedürfnisse einer Mehrheit, diese partikulären Interessen gegenüber einer Minderheit zu behaupten, wird dies nach dem gleichen Entscheidungsschema ebenso erfolgen. Die Möglichkeit einer formierten Willkür der Mehrheit kann nun bereits aufgrund der wahrnehmbaren Verschiedenheit zumindest nicht ausgeschlossen werden, wodurch auch

die bedingungslose Zustimmung, sich einem Mehrheitsprinzip zu unterwerfen nicht plausibel ist.

Bleibt man im Schema der Vertragstheorie, so setzt die Existenz des Staates selbst in der fiktionalen und retrograden Begründung doch voraus, dass zumindest eine hypothetische Willenserklärung der Menschen im Naturzustand angenommen werden muss. Ob man nun den dramatischen Naturzustand von Hobbes oder den positiveren von Locke annimmt, so wird dennoch der Zustand als in mehr oder weniger drängender Form verbesserungswürdig erkannt, weshalb die Menschen ihre Willenserklärung zur Begründung eines Gewaltmonopols geben, das dann als Schiedsrichter fungiert; sei es, weil das nackte Überleben im Naturzustand gefährdet war oder nur, um eine bessere Kooperation zwischen den Menschen zu gewährleisten.

Den Menschen i.N. wird dabei in jedem Fall zumindest hypothetisch zugemutet, eine Willenserklärung abgeben zu können, sonst könnten sie nicht in den Vertrag einstimmen; ohne diesen fiktiven Vertrag wären die Theorien jedoch keine Vertragstheorien mit einem entsprechenden Legitimationsanspruch (vgl. Kersting 1994: 23). Dem Menschen i.N. wird also eine auf die Zukunft gerichtete rationale Entscheidung zugemutet und damit entsprechend, dass er bereits im Naturzustand den staatlichen Zustand antizipieren kann, da er diesen sonst nicht als vorteilhafter einschätzen könnte; gleichzeitig wird ihm jedoch keine Antizipation seiner potenziellen Schutzbedürftigkeit gegen den durch diese Entscheidung geschaffenen Souverän zugestanden. Diese Eingrenzung ist indes nicht einsichtig: Wenn der Mensch i.N. sich den Staat vorstellen kann, muss er sich auch mehr als einen Staat vorstellen können. Die fiktive Entscheidung für den Staat und gegen den Naturzustand kann mithin keine rein dichotome sein, sondern muss gleichzeitig auch ermöglichen, aus verschiedenen möglichen Staatskonzeptionen die vorteilhafteste zu erkennen.

Wenn wir davon ausgehen, dass mit Hobbes die Selbsterhaltung oder mit Kant die Freiheit für jeden Menschen das Wesentliche ist, so wird jeder einzelne gerade versuchen, die Staatsform zu erschaffen, die diese substanziellen individuellen Rechte am besten schützt. Die Übertragung der Souveränität auf eine im Staat handlungsfähige Entität birgt dabei jedoch stets das Risiko, dass die substanziellen individuellen Rechte, die im Naturzustand durch die anderen Menschen gefährdet waren, nun der Gefährdung durch den Souverän ausgesetzt sind. Wie durch das logische Argument dargestellt, kann es keine Begrenzung der Souveränität geben, wodurch die Rechte permanent gefährdet sind, mithin eine derartige Konstellation

unmöglich zustimmungsfähig sein kann. Um die Rechte zu sichern, um derentwillen der Staat (im liberalen Paradigma) als Mittel zum Zweck erschaffen wird, kann daher kein handelnder Souverän Teil der Staatskonstellation sein. Es kann daher auch kein reiner Vertrag der Unterwerfung unter eine freie Souveränität geschlossen, sondern lediglich eine Verfassung verabschiedet werden, die einen Auftrag zur Verwaltung des Gewaltmonopols, die Grundrechte, die grundsätzliche Staatsordnung und Verfahren beinhaltet, wodurch der Raum des Politischen abschließend bestimmt wird.

Dies ist nun nicht der Versuch, pauschal alle Vertragstheorien als von falschen Annahmen ausgehend zu beschreiben; sofern das Gemeinwesen als Zweck an sich begriffen wird, demgegenüber individuelle Rechte auch relativierbar sind, muss dieser Versuch ohnehin scheitern. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Menschen im bürgerlichen Zustand die Rechte der anderen jederzeit als obersten Zweck berücksichtigen, läuft die Argumentation ins Leere. Wenn der Staat jedoch zuallererst zum Zweck hat, die Rechte der Bürger zu sichern und gerade diese Sicherung der Grund für den hypothetischen Vertragsschluss ist, kann die Zustimmung aller nur zu einer Übereinkunft angenommen werden, die den Schutz individueller Rechte auch gegen die neu erschaffene Willkür beinhaltet, diese mithin gar nicht erst entstehen lässt. Nimmt man den Gedanken der einstimmigen Zustimmung – sei ihre Natur wie sie sein wolle – zu einem ersten Vertrag daher ernst und sieht diese nicht nur als untertägigen Legitimationsbaustein für das jeweils vorgezogene Staatsmodell, so muss entsprechend eine Art Verhandlung über die Staatsinhalte zwischen dem Naturzustand und dem Staat liegen. Diese Zwischenstufe verhindert den direkten Schluss vom Naturzustand auf den Staat und verlagert die Deduktion des Staates aus dem Naturzustand auf die Deduktion des Staates aus der Entscheidung.

Die hier vorzustellende politische Theorie des Rechtsstaats, desjenigen Staates, der seinen Bürgern ihre Rechte peremptorisch auch gegen sich selbst garantiert, greift daher den Gedanken der Trennung von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* auf, den Emmanuel Joseph Sieyès bereits im Umfeld der französischen Revolution darstellte und in diesem Kontext konsequenterweise auch für eine Art Verfassungsgerichtsbarkeit eintrat (vgl. Robbers 1987: 247 f.). Präziser noch ergibt sich der relevante Aspekt aus der Rechtsphilosophie Hans Kelsens, da dieser deutlich die Disjunktion von Volkssouveränität im Sinne des *pouvoir constituant* und des Demokratieprinzips vornimmt. Letzteres ist dabei lediglich eine Entscheidungsmöglichkeit der *pouvoir constituant*, jedoch nicht mit dieser identisch (vgl.

Lepsius 2008: 19 f.). Die Disjunktion folgt dabei logisch der in die Vertragstheorie eingefügten Zwischenstufe, die eine Entscheidung des *pouvoir constituant* über die Verfassung des neuen, geregelten Zustandes ist, wohingegen durch einen ersten einstimmigen Vertrag die Menschen i.N. sich zunächst nur zur Verfassungsgebung nach bestimmten Regeln zum *pouvoir constituant* formieren. Erst durch diese Disjunktion, die insbesondere bei Kant (vgl. IIX 464) nicht erfolgt, kann ein Konzept nur verfassungsmäßiger „Herrschaft“, im Sinne verfassungsrechtlicher Kompetenzzuweisung begründet werden, da souveräne Herrschaft logisch immer das Recht beinhaltet, die Verfassung zu ändern, wie bereits oben ausgeführt wurde. Die Souveränität verschmilzt so mit der Legitimierung der Verfassung, primär mit ihrer obersten Norm, die in einem voll positivistischen Rechtssystem die Ableitung eines konsistenten Normensystems ermöglicht (vgl. Kelsen 1920: 94; Oeter 2008: 287 f.).

Prima facie scheint durch die zentrale Stellung einer Verfassung eine strukturelle Nähe zum klassischen Konstitutionalismus gegeben zu sein; dies täuscht jedoch, zumindest wenn man den deutschen Konstitutionalismus vor Augen hat. Dieser sieht zwar ebenso eine Verfassung vor, stellt sich jedoch als Top-Down-Akt dar, wobei der Souverän im Staat erhalten bleibt, dieser zeigt sich nur – wenn man so will – im Kantschen Sinne als auf dem Wege der Selbstaufklärung befindlich; gerade diese Vorstellung ist daher eine der Volkssouveränität und Demokratie entgegenstrebende (vgl. Lietzmann 2001: 16 ff.). Gemeinsamkeiten sind aber dennoch zu erkennen: Gerade bei den deutschen Naturrechtlern wie exemplarisch bei Gierke und Pufendorf war ein ähnliches Denken in mehreren Verträgen, eben auch häufig einer Verfassung, wie es hier zu finden ist, ebenso vorhanden. Da sie aber gerade im Naturrecht dachten und nicht rechtspositivistisch, war natürlich nicht daran zu denken, dass Normen eine wirklich autonome Satzung einer Volkssouveränität seien, da diese sich ja aus den Naturrecht ergeben oder dieses direkt nachbilden (vgl. Kersting 1994: 226 f.).

Die vorgestellte Theorie des Rechtsstaates benötigt jedoch konstitutiv die Volkssouveränität, zum einen als Erzeuger und Legitimationsbasis – als Kern eines rechtfertigungstheoretischen Kontraktualismus – für die Verfassung, zum anderen als Garant für die Beständigkeit der Verfassung, da das Volk nur für den einen Akt als Souverän agiert und seine Souveränität danach ruhen lässt (vgl. Hoffmann-Negulescu 2001: 46). Im deutschen Kontraktualismus formulierte Justi bereits 1760 Worte, die gewisse Grundsätze des Theoriegebäudes vorwegnehmen:

„Diese Anordnung des Volkes von der Ausübung der obersten Gewalt werden die Grundverfassung, oder die Grundgesetze des Staates genennt; und durch diese entsteht

eigentlich die tätige oberste Gewalt... Man muß demnach zweyerlei Gewalten im Staate unterscheiden, die thätige oberste Gewalt, welche durch die Grundverfassung des Staates eingeführet ist, und die Grundgewalt des gesammten Volkes, aus welcher jene entsteht, und die sich solange ruhend verhält, bis die Frage von der Grundverfassung ist, oder bis der Staat in der äußersten Gefahr des Untergangs ist“. (Justi 1760: §48 nach Kersting 1994: 226 f.)

Zum einen ist hier zu erkennen, dass die Volkssouveränität nicht übertragen, sondern Herrschaft als Auftrag vergeben wird, der durch die Verfassung wohl bestimmt ist. Es geht dabei jedoch – ganz in der Tradition des staatsphilosophischen Konstruktualismus – vor allem um die Legitimation der Herrschaft, nicht um die Erzeugung von Recht, da dieses sich aus der „übersouveränen“ Natur speist und nicht wie die Herrschaft die Legitimation durch den Souverän benötigt (vgl. Hoffmann-Negulescu 2001: 46). Es geht daher eben auch nicht um die tatsächliche Limitierung von Herrschaft durch das Recht, da – wie bereits oben bei Achenwall dargestellt – nur wirklich erhebliche Herrschaftsmisbräuche für die Untertanen die Möglichkeit des Aufbegehrens auslösen. Da die herrschaftslimitierenden Elemente im Staatskonzept fehlen, ist nun der dadurch begründete Staat nicht weit weg vom Absolutismus, weil auch hier die Willkür des „tätigen Souveräns“ nicht begrenzt ist, sofern er letzte Grenzen nicht überschreitet; aber diese Grenzen finden sich eben auch bei Hobbes (vgl. Kriele 2003: 273; siehe oben).

Auch wenn der Souverän, das Volk, nur einen einzigen Akt, das Erlassen der Verfassung, unternimmt, besteht entsprechend weiterhin der Bedarf, eine letztentscheidende Instanz in den Staat zu setzen, nun jedoch nicht mehr als tätiger Souverän, wie es noch bei Justi und anderen der Fall war, sondern lediglich als besonderes Gericht, das über die Einhaltung der Verfassung allgemeinverbindlich entscheidet. Dies ist nun der letzte Streitschlichter zwischen den sonstigen Staatsorganen und dem Bürger, womit nun anders als in den Konstellationen, in denen ein handelnder Souverän im Staat steht, nicht nur eine Verlagerung der Willkür beim Übergang in den bürgerlichen Zustand vorliegt, sondern eine Auflösung der Dialektik von Recht und Herrschaft zugunsten des Rechts, da nunmehr die Herrschaft nur noch im Rahmen und auf Grund des Rechts stattfinden kann und ein selbst nicht aktiv legislativfähiges Gremium über alles Herrschen auf Basis der Verfassung als kondensiertem Willen des Souveräns entscheidet. Erst durch diese Vorkehrung wird die Verfassung von einem „unverbindlichen Wunsch“ (Kelsen) zu einer tatsächlichen Beschränkung der Herrschaft (Hippel et al. 1929: 78; vgl. Grimm 1982: 152 f.; Khakzadeh-Leiler 2011:406).



Dieses Staatskonstrukt stellt daher die äußere oder auch formelle Theorie des Rechtsstaates dar, die eine innere Theorie des „richtigen Staates“ nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt. Sie stellt das formelle Staatsmodell des Rechtsstaates dar, ohne das die materiellen Rechte mit denen das Volk als Souverän diesen füllt, nicht für alle permanent garantiert werden können. Eine innere, materielle Theorie muss sich jedoch aus dem Vertragsmodell ebenso ergeben, wie im folgenden Abschnitt gezeigt wird.

### **3.2 Vom Naturzustand zur inneren Theorie des Rechtsstaats**

Die äußere oder formale Theorie des Rechtsstaats (im Folgenden ÄTR) ist, wie oben dargestellt, zunächst kritisch gegenüber der Staatsstruktur, welche die bisher vorgestellten Vertragstheorien im Konzept des Vertrages als zustimmungsfähig ansehen. Daher postuliert sie eine bestimmte formale Staatsstruktur, die primär aufgrund der Disjunktion von Volkssouveränität und Demokratieprinzip in der Lage ist, individuelle Rechte peremptorisch zu gewähren, da sie die Dialektik von Recht und Herrschaft zugunsten des Rechts auflöst.

Die ÄTR, ist daher zunächst ein leeres aber stabiles Gefäß, das mit einer inneren oder materiellen Theorie des Rechtsstaates (im Folgenden ITR) gefüllt werden muss, um eine integrale Theorie des Rechtsstaates zu begründen. Durch die Änderung des Vertragsmodells muss die Theorie sogar integriert gedacht werden, da nun die Willenserklärung der Vertragsschließenden nicht mehr lautet, seine Rechte an einen oder an alle anderen, formiert als Parlament, zu entäußern, sondern seine erste, sich zu einem Verfahren der Verfassungsfindung mit allen andern als pouvoir constituant zu formieren und seine zweite, deren Ergebnis, an dessen Findung er selbst beteiligt ist, als bindend anzuerkennen. Dazu muss diese jedoch inhaltlich bestimmt sein, der Übergang in den geregelten Zustand muss also zwingend die Einigung auf eine Verfassung beinhalten<sup>12</sup>. Im Vergleich zu einer Vielzahl anderer Vertragstheorien wird hier somit nicht freie souveräne Herrschaft theoretisch legitimiert, sondern eine inhaltlich begrenzte und bestimmte Herrschaft.

Da die äußere Theorie ein so stabiles – gegen exogene Einflüsse immunisiertes – Gefäß darstellt, wird es für eine innere Theorie umso wichtiger, materielle Inhalte zu finden, die einem Ideal objektiver Gerechtigkeit so nah wie möglich kommen. Die ITR ist daher eine

---

<sup>12</sup> Bereits im äußeren Rechtsstaat angelegt ist die Ablehnung des Rekurses auf Naturrecht innerhalb des Staates, weshalb auch eine integrale Gesamttheorie daraus hervorgeht. Recht, das nicht in der Verfassung enthalten ist oder nach den dort enthaltenen Regeln erzeugt wurde, kann nicht zur rechtlichen Bewertung oder Begründung einer Handlung im Staat herangezogen werden, da diesem die Legitimation, die einzig durch die souveräne Zustimmung aller entsteht, nicht gegeben ist.

Theorie des Verfahrens, dieses Ideal zu finden. Der Ansatz dieser Theorie steht John Rawls Werk „A Theory of Justice“ von 1971 nahe, auf das im Folgenden Bezug genommen wird. Im Gegensatz zu Rawls geht es hier jedoch darum, ein idealisiertes Verfahren darzustellen und zu begründen, das geeignet ist, als gerecht anerkenbare Verfassungsgrundsätze zu finden und gleichzeitig zu legitimieren, nicht jedoch, allgemeingültige Gerechtigkeitsprinzipien als Verfahrensausgang zu antizipieren. Die Grundstruktur soll dabei kurz parallel zur Theorie der Gerechtigkeit beschrieben werden.

Beide Theorien sind Vertragstheorien, das bedeutet, sie definieren einen i.d.R. fiktiven Zustand vor der Gesellschaft (häufig Natur-, bei Rawls Urzustand), der dann durch einen i.d.R. fiktiven Vertrag beendet wird, wodurch der geregelte Zustand erreicht wird. Derartige Theorien sollen häufig eine bestimmte Staatsvorstellung begründen, bei Rawls geht es hingegen darum, eine bestimmte Gerechtigkeitsvorstellung als Gegenentwurf zum Utilitarismus zu begründen (TJ: Vorwort insb. 12).

Die ITR konstruiert ein Verfahren in enger Nähe zu Rawls Urzustand, der Unterschied ist jedoch, dass Rawls in seiner Theorie bis zum Ende denken will, da er – wie bereits beschrieben - bis zu benennbaren Grundsätzen der Gerechtigkeit kommen möchte. Dazu muss er allerdings auch die Entscheidungsregel festlegen, nach der die Individuen im Naturzustand entscheiden. Da Rawls die Entscheidung hinter dem von ihm eingefügten Schleier der Unwissenheit<sup>13</sup> als eine Entscheidung unter Unsicherheit betrachtet, bestehen jedoch verschiedene mögliche Entscheidungsregeln (vgl. Höffe 1998: 21). Rawls geht davon aus, dass seine Individuen risikoavers handeln und daher nach der Maximin Regel entscheiden, die besagt, dass jeder die schlechteste denkbare Position optimiert (vgl. TJ: 177 ff.). Da diese Annahme jedoch nicht zwingend ist, mithin weder logisch abgeleitet wird, noch unwiderstehlich plausibel ist, ist in dieser Annahme auch ein wesentliches Einfallstor für die Kritik an Rawls Theorie insgesamt zu sehen, da die von ihm gefundenen Gerechtigkeitsgrundsätze auf dieser schwach begründeten, vielleicht überhaupt nur schwach begründbaren Annahme beruhen (vgl. Höffe 1998: 21; Schaal/ Heidenreich 2006: 106 f.). Gerade das aus der Maximin Regel unmittelbar folgende Prinzip der Differenzregel aus der Theorie der Gerechtigkeit konnte in seinem späteren Werk „Politischer Liberalismus“ auch

---

<sup>13</sup> Der Schleier der Unwissenheit ist eine „moralphilosophische List“ (Kersting 1994: 273 f.) mit der Rawls die unterstellte ökonomische Rationalität des Individuums zur Findung von Moralprinzipien nutzbar macht und ist durch absolute Unsicherheit der Individuen über ihre Position in der nachvertraglichen Gesellschaft geprägt. Weitere Ausführungen dazu folgen weiter unten im Text.

von ihm selbst nicht mehr beibehalten werden (Schmalz-Bruns 1995: 47 ff.). Der spätere Nobelpreisträger John Charles Harsanyi entwarf bereits vor Rawls eine Theorie mit vergleichbarer Entscheidungssituation, in der er auch das Konzept des Schleiers der Unwissenheit (Gleichwahrscheinlichkeitsmodell) im Wesentlichen verwendete. Anstelle der Minimax-Regel hielt er jedoch die Anwendung des bayes'schen Kriteriums als Entscheidungsregel für angemessener und kam damit zur Begründung einer Utilitarismusvariante, was in direktem Widerspruch zu Rawls steht (vgl. Nida-Rümelin 1990: 464 f.).

An der Stelle der Annahme einer Entscheidungsregel muss sich die ITR von der Theorie der Gerechtigkeit trennen und kann nicht darüber hinausgehen, einen Rahmen für die Findung von Gerechtigkeitsgrundsätzen plausibel abzuleiten. Die Hypothese, die sie begründet, ist, dass die dargestellten Determinanten des Naturzustandes und des Verfahrens hinreichende Bedingungen für die Findung von für die jeweiligen Vertragsschließenden allgemein zustimmungsfähigen Gerechtigkeitsgrundsätzen darstellen.

Die Problematik der sicheren Festlegung einer Entscheidungsregel illustriert, warum es unmöglich ist, von „Der Theorie der Gerechtigkeit“ zu sprechen, sondern lediglich von „Einer Theorie der Gerechtigkeit“ gesprochen werden kann; eine sinnvolle Vertragstheorie des Rechtsstaats kann daher konzeptionell diese Schwelle nicht überschreiten, da der Rechtsstaat gerade die Rechte, die von allen in den Vertrag Einstimmenden übereinstimmend für zustimmungsfähig gehalten werden, schützen muss und diese erst durch die Zustimmung legitimiert werden. Aufgrund der Unbestimmbarkeit objektiv wahrer Gerechtigkeitsgrundsätze, sind diese für den einzelnen Gesellschaftsvertrag nie ausreichend bestimmt; der Versuch, diese für den einzelnen Fall vorzubestimmen, würde daher dazu führen, dass nicht unterschieden werden könne, ob damit ein integraler Rechtsstaat oder lediglich eine Diktatur des falschen Rechts, gesichert durch eine formale Rechtsstaatlichkeit, begründet wird, wodurch selbst die theoretische Legitimation nicht gegeben sein kann (vgl. Nida-Rümelin 1990: 459 f.)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Daneben würde die Vorgabe bestimmter materieller Rechte zu einer dichotomen Entscheidungssituation führen, deren Plausibilität bereit oben abgelehnt wurde. Aus den bereits genannten Gründen würde daher der Versuch, bestimmte Inhalte zu einer Entscheidung zu bringen, in den Diskurs führen (sofern diese nicht den Gerechtigkeitsvorstellungen aller entsprechen), wodurch das Verfahren der Findung von für den Einzelfall spezifischen Gerechtigkeitsgrundsätzen wieder begründet wäre.

### 3.2.1 Grundzüge des Urzustandes bei John Rawls

Rawls schreibt über seinen Urzustand: „Wir möchten den Naturzustand so bestimmen, daß die gewünschte Lösung herauskommt.“ (TJ: 165) Dworkin beschreibt den Rawlschen Urzustand entsprechend auch nicht als Ausgangspunkt, sondern vielmehr als eines der wichtigsten Ergebnisse seiner Theorie (1984: 264).

John Rawls geht in seiner Theorie der Gerechtigkeit von einem Urzustand (original position) aus, der die funktionale Position des Naturzustandes innerhalb der Theorie einnimmt. Er entwirft die Bedingungen dieses Zustands entsprechend seines Ziels, bestimmte Gerechtigkeitsgrundsätze theoretisch zu begründen. Vereinfacht kann gesagt werden, dass seine Theorie und die dargestellten Gerechtigkeitsgrundsätze dann als besonders plausibel gelten müssen, wenn plausibel dargelegt werden kann, dass der Naturzustand geeignet ist, „richtige“ Gerechtigkeitsprinzipien hervorzubringen und weiterhin aus diesem Zustand Rawls Gerechtigkeitsprinzipien plausibel ableitbar sind (vgl. TJ: 39).

Für die ITR ist jedoch der zweite Schritt unnötig, da sich die Gerechtigkeitsprinzipien in ihr nicht durch postulierte absolute Richtigkeit, gar Wahrheit oder der Ableitung aus höheren Prinzipien legitimieren, sondern gemeinsam mit dem geregelten Zustand als solchem durch die freie Zustimmung aller Verhandellenden zur Verfassung.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob der Urzustand von Rawls in seinen Grundsätzen auch für die ITR übernommen werden sollte oder ob eine andere oder modifizierte Lösung dem Theorieziel eher gerecht wird. Dazu wird mit einer deskriptiven Darstellung des Urzustandes und der wesentlichen damit zusammenhängenden Probleme begonnen, bevor dann in Anlehnung und Abgrenzung das Modell des Naturzustandes für die ITR dargestellt wird.

„Rawls` Urzustand ist die sozialetische und politikethische Version des moralischen Standpunktes.“ So beginnt Wolfgang Kersting seine Ausführungen über eben diesen Zustand (2001: 120). Die folgende Darstellung erhebt nicht den Anspruch, Rawls Ansatz in seiner Gänze darzustellen, sondern versucht lediglich, die für diese Schrift relevanten Aspekte zu erläutern, ohne sich der entstellenden Verkürzung schuldig zu machen.

Rawls selbst entwickelt seinen Urzustand vor allem in den Abschnitten 20-25 und stellt insgesamt 12 verschiedene Bestimmungsgründe dar (im Einzelnen TJ: 170 f.). Ausgangspunkt ist eine Situation mäßiger Knappheit (5)<sup>15</sup>, die es überhaupt erst notwendig macht, nach Gerechtigkeitsgrundsätzen zu suchen, da ohne Knappheit gerade über Verteilung nicht nachgedacht werden müsste. Gleichzeitig erreicht die Knappheit aber auch nicht derartige Extreme, dass beispielsweise ein Überleben aller unmöglich wäre.

Vor diesem Hintergrund soll nun die Grundstruktur der Gesellschaft (2) als Gegenstand der Gerechtigkeit, in jederzeitiger Einstimmigkeit (10) vollständig verbindlich (11) festgelegt werden. Die Grundsätze müssen dabei fünf formalen Bedingungen (6) genügen, die einer kurzen separaten Erläuterung bedürfen (im Folgenden TJ: Abschnitt 23):

#### 1. Allgemeinheit

Grundsätze müssen allgemein formuliert werden und dürfen damit logischerweise keine Eigennamen oder ähnliche Umschreibungen beinhalten (154 f.).

#### 2. Unbeschränkte Anwendbarkeit

Die Grundsätze sind vor dem Hintergrund zu wählen, dass jeder sie befolgt. Grundsätze deren Befolgung durch jedermann sich gegenseitig ausschließen oder die nur bei einem formierten Verhalten mehrerer vernünftig sind, sind damit ausgeschlossen (155).

#### 3. Öffentlichkeit

Die Individuen sollen Gerechtigkeitsvorstellungen als öffentlich anerkannte und voll wirksame moralische Leitlinien des gesellschaftlichen Lebens beurteilen (155 f.).

#### 4. Rangordnung

Die Grundsätze sollen geeignet sein, konkurrierende Ansprüche in eine allgemein transitive Ordnung zu bringen, was sich bereits aus der (mäßigen) Knappheit als logisches Ziel der Grundsätze ergibt (156 f.).

#### 5. Endgültigkeit

Die Grundsätze müssen als letzte Instanz gedacht werden; über und neben diesen existieren keine anderen Grundsätze, auf die man sich zur Begründung von Ansprüchen berufen kann.

---

<sup>15</sup> In den Klammern wird in diesem Abschnitt jeweils die Nummer des Rawlsschen Bestimmungsgrundes angegeben.

Sie sind damit die obersten Normen eines gesellschaftlichen Normensystems, deren Anwendung zu endgültigen Ergebnissen führt (157 f.).

Auf die tiefere Begründung der bisherigen Punkte wird an dieser Stelle verzichtet, sie werden mithin als angemessene und vernünftige Rahmenbedingungen übernommen.

Die Kritik an Rawls entzündet sich auch nicht an diesen Punkten, sondern an den im Folgenden ausgeführten Bestimmungsgründen bzw. den durch diese determinierten Schlussfolgerungen. Der erste ist die Art, wie die Individuen in diesem Zustand Urteile fällen (8, 9), der zweite bezieht sich auf die Informationen, die den Individuen dabei zur Verfügung stehen (7).

**Zum ersten Aspekt:** Rawls Individuen entscheiden „**desinteressiert vernünftig**“; vernünftig bedeutet, dass Sie in der Lage sind, rational ein widerspruchsfreies System von Präferenzen bezüglich der ihnen offenstehenden Möglichkeiten zu bilden (TJ: 166 f.).

Desinteressiert bedeutet, dass die Individuen keinen Neid, Scham oder ähnliche Gefühle kennen; sie schaffen ihr Präferenzsystem für sich, ohne die relative Position von oder die Wirkung auf andere zu berücksichtigen (TJ: 167 f.).

Auch diese Bedingungen erscheinen plausibel und definieren die Wahl der Prinzipien als eine „Klugheitswahl vom Standpunkt des Selbstinteresses“ (Kersting 2001: 121).

Der eigentliche Clou in Rawls Konzept ist jedoch die Verbindung dieser rationalen Wahl mit dem Schleier der Unwissenheit, dem zweiten Aspekt. Erst durch diese „moralphilosophische List“ (Kersting 1994: 273 f.) macht Rawls die unterstellte ökonomische Rationalität des Individuums zur Findung von Moralprinzipien nutzbar.

### **Zum zweiten Aspekt: Der Schleier der Unwissenheit**

Die Annahme von Rationalität und Desinteressiertheit der Beteiligten in einer Entscheidungssituation führt unter normalen Bedingungen gerade dazu, dass jeder seine subjektive Situation optimiert und die Verteilung der Ressourcen zwischen den einzelnen Individuen vor allem auf die Anfangsbedingungen zurückzuführen ist; mithin scheint dieser Vorgang nicht geeignet zu sein, allgemeine „Gerechtigkeitsprinzipien“ zu ermitteln, allein schon deshalb nicht, weil die ungleiche Anfangssituation das Ergebnis jedes Mal

unterschiedlich ausfallen lassen würde. Schuld an der Ungeeignetheit ist dabei nicht das rationale Optimieren, sondern die Kenntnis der eigenen und der fremden Situation.

Rawls „Trick“ ist nun, jedem diese Kenntnis zu nehmen, so dass niemand mehr seine Position optimieren kann, weil niemand diese kennt. Die Wirkung von Entscheidungen auf die eigene konkrete Situation ist damit vollständig unbekannt. Daher kann der Einzelne nur Interessen optimieren, die jedermann besitzt, oder anders ausgedrückt: Er muss jede mögliche Position in der Gesellschaft in Abhängigkeit zu allen anderen Positionen optimieren (vgl. TJ: 159 f.; Kersting 1994: 269). Damit soll eine „reine Verfahrensgerechtigkeit“ erzeugt werden (vgl. Höffe 1987: 48; TJ: 159).

Rawls lässt den Individuen entsprechend nur allgemeine Informationen oder wie er es ausdrückt: „... alle allgemeinen Tatsachen, die für die Festsetzung von Gerechtigkeitsgrundsätzen von Bedeutung sind.“ (TJ: 161) Dazu gehören grundlegende Kenntnissen über:

- Allgemeine Tatsachen der menschlichen Gesellschaft
- Politische Fragen
- Grundzüge der Wirtschaftstheorie
- Gesellschaftliche Organisation
- Gesetze der menschlichen Psychologie (ebd.: 160 f.)

Vereinfacht ausgedrückt wissen die Individuen sonst nichts; da dies so ist, kann auch an dieser Stelle aufgehört werden, von Individuen zu sprechen. Das Individuum ist dadurch soweit entkernt, dass es vollständig austauschbar ist. Und gerade weil das so ist, ergibt sich erst die Chance, allgemeingültige Kriterien abzuleiten, wodurch sich auch die eigentliche Konzeption von Rawls Gedankenexperiment offenbart: Es geht nie um Verhandlung oder tatsächliche Abstimmung noch um einen Vertragsschluss; die Einstimmigkeit kommt dadurch zustande, dass Rawls davon ausgeht, dass jeder, der den Blickwinkel des Urzustandes einnimmt, zu den gleichen Grundsätzen gelangt und er sieht darin die fiktive Übereinkunft (vgl. TJ: 137, 160, 162 f.; vgl. Nida-Rümelin 1990: 461 f.). Man kann an dieser Stelle durchaus darüber nachdenken, wie sehr die Theorie der Gerechtigkeit tatsächlich eine Vertragstheorie im klassischen Sinne ist, oder ob nur ein vertragstheoretisches Muster adaptiert wird, was hier jedoch nicht ausgeführt werden soll (vgl. Maus 1998: 85 f.; Kersting 1993: 115). Der Gedanke soll jedoch hinsichtlich der Legitimationswirkung verfolgt werden. Wenn die fiktive Zustimmung aller zu einem hypothetischen Vertrag gerade als

legitimatorischer Aspekt von Vertragstheorien betrachtet wird, wie stark ist diese Legitimation noch, wenn man aus allen nur noch einen macht, indem man gerade alles was zu Widersprüchen führen kann entfernt (vgl. Kersting 1994: 20)?

Interessant ist dabei besonders, wie nahe Rawls hier Kant steht, den er auch als seinen wesentlichen Bezugspunkt unter den philosophischen Denkern ansieht (vgl. Höffe 1998: 9). Er selbst sieht den Schleier des Nichtwissens bereits in der Kantschen Lehre vom Kategorischen Imperativ enthalten, entsprechend kann man den Urzustand auch als Form dessen verstehen, was Kant meint, wenn er uns auffordert, unsere Maximen dahingehend zu prüfen, ob diese auch als allgemeines Gesetz taugen würden (TJ: 159 f., § 40 insb. 289)<sup>16</sup>. Nach Rawls ist damit gemeint, hinter den Schleier zu treten und ohne die eigene Subjektivität zu bewerten. Rawls ist überzeugt, dass genau diese Entscheidungssituation hinter dem Schleier der Unwissenheit zu allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipien führt, die von jedem in der gleichen Situation so gewählt würden (ebd. TJ: 142 f.; vgl. Hoffmann-Negulescu 2001: 54).

Auch wenn man mit guten Gründen annehmen kann, dass die rationale Entscheidung hinter dem Schleier der Unwissenheit das Potenzial hat, wirklich gerechte Prinzipien für das Zusammenleben in der menschlichen Gesellschaft bereitzustellen, scheitert die Legitimation der von Rawls postulierten Grundsätze an einer anderen Stelle.

Der Weg vom Urzustand zu den Prinzipien ist nicht unbestreitbar der einzig mögliche, gerade die Annahme des entscheidenden Minimax-Prinzips ist angreifbar (siehe oben): Selbst wenn man den Urzustand annimmt, muss man nicht die gefundenen Prinzipien annehmen. Sie sind damit nicht durch die inhärente „Wahrheit“ des Gedankensystems und auch nicht durch die fingierte Annahme einer Zustimmung aller legitimiert<sup>17</sup>. Daher wird im Folgenden zwar die Perspektive der „reinen Verfahrensgerechtigkeit“ als sinnvoll angenommen, jedoch keine legitimatorische Wirkung als gerechtfertigt betrachtet.

Die reine Verfahrensgerechtigkeit, die Rawls vor allem durch den Schleier der Unwissenheit determiniert, ist dabei folgendermaßen zu verstehen:

---

<sup>16</sup> Wenn er weiterhin ausführt, dass „[...] die Gerechtigkeit eine grundlegende natürliche Pflicht [sei].“ (TJ: 137), so erinnert dies ebenso stark an Kants Begründung des Zwangs, in den bürgerlichen Zustand zu treten.

<sup>17</sup> Vgl. exemplarisch dazu Kersting 2001:142 ff.; 1994: 282 ff.; Höffe 1998: 13; 1987: 46 ff.; Brehmer 1980: 143 f.; Maus 1998: 86 ff.



Die reine Verfahrensgerechtigkeit grenzt sich dabei von der vollkommenen und der unvollkommenen Verfahrensgerechtigkeit ab. Bei der ersteren existiert ein unabhängiger Maßstab für den fairen bzw. gerechten Ausgang des Verfahrens und es existiert ein Verfahren, mit dem dieses Ergebnis erreicht werden kann. Die unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit hingegen sieht Rawls exemplarisch im Strafverfahren verwirklicht; das gerechte Ergebnis ist hier insofern bekannt, als dass der Schuldige auch schuldig gesprochen werden soll und der Unschuldige nicht; lediglich ist nicht bekannt, ob man nun einen Schuldigen oder Unschuldigen vor sich hat. Das Verfahren soll also dazu führen, eben dies herauszufinden, tut dies jedoch nicht in jedem Fall mit absoluter Sicherheit. Das gerechte Ergebnis ist daher wie bei der vollkommenen Verfahrensgerechtigkeit bekannt, es mangelt jedoch an einem hinreichend sicheren Verfahren, dieses zu finden (vgl. TJ: 106 f.; vgl. Hoffmann-Negulescu 2001: 27).

Die reine Verfahrensgerechtigkeit enthält hingegen keinen unabhängigen Maßstab für das richtige/ gerechte Ergebnis; durch das Verfahren selbst wird dieses erst als richtiges Ergebnis determiniert. Die Gerechtigkeit des Verfahrens bestimmt hier somit die Gerechtigkeit des Ergebnisses, nicht wie bei den Vorangegangenen umgekehrt. Gleichzeitig wird dadurch klar, dass das Verfahren auch wirklich durchgeführt werden muss, da eben der externe Maßstab fehlt (vgl. TJ: 108).

### **3.2.2 Bedingungen der inneren Theorie des Rechtsstaats**

Aus dem Genannten folgen nun zwei Bedingungen für den Naturzustand der ITR:

1. Die Grundlagen der Verfassung sollen von den Beteiligten nach den Grundsätzen der reinen Verfahrensgerechtigkeit gefunden werden.
2. Die freie Zustimmung jedes Einzelnen muss erfolgen, um den Vertrag zu legitimieren.

Die zweite Bedingung ist nun nicht überraschend und auch leicht aus dem Legitimationsschema von Vertragstheorien abzuleiten: Ausschließlich die von nötigen Zwängen freie Willenserklärung kann auch legitime Verpflichtungen des Erklärenden bewirken. Die Legitimation eines geregelten Zustandes kann nur durch solche Willenserklärungen erfolgen (Kersting 1994: 26, 32 ff.).

Die erste Bedingung ergibt sich notwendig aus der zweiten, da für die Legitimation des Vertrages die Zustimmung aller aus einer Position der allseitigen Freiheit und Gleichheit heraus erfolgen muss, damit der Vertrag für jeden gleichermaßen verbindlich ist. Aus der

Ungleichheit ergeben sich Parteien und daraus Zwang. Da dies einer Nötigung zum Vertragsabschluss gleichkommt, beschädigt dies die Verbindlichkeit und die Legitimitätswirkung des Vertrages (vgl. ebd: 16 f.). Der folgende Gedankengang illustriert diesen Zusammenhang unter Einbeziehung des bereits vorgestellten Schleiers der Unwissenheit als notwendige Bedingung.

Fraglich erscheint zunächst, ob die Einstimmigkeitsbedingung nicht bereits die erste Bedingung ersetzt, mithin auf die restriktive Annahme des Schleiers der Unwissenheit verzichtet werden könnte. Problematisch ist dabei jedoch, dass der Naturzustand dann so dramatisch konstruiert sein müsste, wie exemplarisch bei Hobbes, er also für jeden derart unerträglich sein müsste, dass der Eintritt in den geregelten Zustand für *alle* Individuen zwingend notwendig wäre. Aber selbst für diesen Fall besteht die Gefahr, dass die Mehrheit, die sich ohne den Schleier der Unwissenheit im Diskurs über die Verfassungsgrundsätze (siehe oben) erkennt, nur miteinander den Vertrag schließt, der dann nur den partikulären Interessen dieser dient. Für die Mitglieder der Minderheit bleibt nun nur die Möglichkeit, auch einzustimmen und zumindest die für sie nicht idealen Rechte zu erhalten, oder dem Vertrag fernzubleiben, womit sie der nach dem Vertragsschluss formierten Masse vollständig ausgeliefert werden, da sie sich als Nichtunterzeichner nicht auf die verfassungsmäßigen Rechte berufen können. Der Schleier der Unwissenheit ist daher notwendig, da die Diktatur der Masse sonst verfassungsförmig wird, womit der geregelte Zustand nicht ein für alle logisch vorteilhafterer Zustand wäre, die Zustimmung aller jedoch erzwungen werden könnte<sup>18</sup>.

Nun kann weiterhin eingewendet werden, dass es auch möglich sei, zwei Verträge und damit zwei oder mehr verschiedene Gemeinwesen zu erschaffen, die den partikulären Interessen jeweils entsprechen. Ich will nun versuchen zu zeigen, dass dies keine relevante Alternative ist. Zum einen werden sich die jeweiligen souveränen Gemeinwesen möglicherweise räumlich überschneiden und das stärkere Gemeinwesen wird das schwächere in diesem Fall wohl vertreiben. Es kann sich aber auch entscheiden – unabhängig von einer räumlichen

---

<sup>18</sup> Dadurch wird deutlich, dass auch eine im bereits geregelten Zustand zu erlassende neue Verfassung nur einstimmig erlassen werden kann, da sie die ursprünglich hinter dem Schleier der Unwissenheit erlassene Verfassung ändert, im geregelten Zustand jedoch jeder sich seiner Situation bewusst ist. Die Verfassung enthält daher notwendig die Regelung, dass das Volk nur als Ganzes souverän ist, da nur so Versuche einer späteren Mehrheit, über den Umweg einer Verfassungsänderung der Minderheit ihre Rechte zu nehmen, vermieden werden können, da so partikuläre Interessen nur innerhalb der Verfasstheit vertreten werden können, womit dieser Aspekt jedoch zur Theorie der äußeren Rechtsstaatlichkeit gehört, jedoch erst hier sinnvoll entwickelt werden konnte.

Überschneidung – dieses zu erobern oder zu unterjochen. Der oben beschriebene Problemhorizont wäre dadurch nur auf den nachvertraglichen Zustand verschoben.

Problematisch bleibt noch ein weiterer Aspekt: Dadurch, dass die Verfassungen von Partikularinteressen geprägt sind, sind diese statisch einem Ideal dienend und folgen damit einer teleologischen Theorie, da sie das richtige Sein des Menschen festlegen (vgl. Brehmer 1980:141 f.). Wird durch die dynamische Entwicklung der Gesellschaft der statische Punkt, von dem die nun verfassungsförmigen Partikularinteressen ausgingen, verlassen, zeigt sich die wahre Natur eines derartigen Gebildes: An der Stelle eines integralen Rechtsstaates ergibt sich hier eine „Diktatur des falschen Rechts“.

Der Gedanke kann jedoch als **Unangemessenheit von Entscheidungssituation und Entscheidungsgegenstand** noch einfacher formuliert werden:

- Die Entscheidung für Verfassungsgrundsätze als dauerhafte Regeln für das menschliche Zusammenleben ist eine sehr langfristige Entscheidung für eine Vielzahl von Menschen.
- Die Perspektive der Individuen unter normalen Bedingungen ist jedoch relativ kurzfristig, sie werden daher aus vollkommen rationalen Erwägungen geneigt sein, kurzfristig zu optimieren. Zum einen sollten Vorteile innerhalb ihrer Lebensspanne anfallen, wenn nicht sogar in einem bestimmten Lebensabschnitt, zum anderen werden langfristige Perspektiven immer unsicherer vorhersagbar und sind daher mit größerem Risiko belastet. Daraus folgt, dass das was sie nicht betrifft und kaum vorhersehbar ist, in Entscheidungen, wenn überhaupt, nur nachrangig bedacht wird. Sie werden daher versuchen, die Verfassungsgrundsätze so zu gestalten, dass diese kurzfristig für sie optimal sind.

Aus dieser Sichtweise ist der Schleier der Unwissenheit ein Mittel, um die Entscheidungssituation dem Entscheidungsgegenstand angemessen zu machen; er versetzt die Entscheider lediglich in die Lage, die Entscheidung ihrer Eigenart gemäß korrekt treffen zu können<sup>19</sup>.

Gerade das nutzenoptimierende Handeln der Individuen ist der Grund für den Eintritt in den geregelten Zustand und ist gerade die Argumentation, die bereits für die äußere Theorie des

---

<sup>19</sup> Diesen Ansatz kann m.E. auch in Rawls 4-Stufen-Gang (TJ: 223 ff.) erkannt werden, der für Maus mit der zeitlichen Abstufung des empirischen Rechtsstaatlichen Instanzenzugs zu vergleichen ist (1998: 92) und für Höffe mit dem Stufenbau des Rechts bei Kelsen (1998: 5).

Rechtsstaates angeführt wurde. Das Zulassen der kurzfristigen Willkür bei der Vertragsverhandlung und gegebenenfalls die damit einhergehende rechtsförmige Vermachtung von Mehrheitsansprüchen gegenüber der Minderheit entstellen damit den Sinn der Rechtsstaatstheorie an sich.

Wird der Austritt aus dem Naturzustand darin begründet, dass die Kooperation (z.B. Locke 1906: 127) zwischen den Individuen langfristig gesichert werden soll, so muss ein Zustand der dies ermöglichen soll stabil sein, um dieses Ziel zu erreichen. Schreibt der neue Zustand jedoch temporäre partikuläre Interessen als allgemeine dauerhafte fest, kann er nicht stabil sein, da sich die Gesellschaft nicht in ihm wandeln kann, sondern nur gegen ihn, wodurch er also schon von Beginn an auf Revision und nicht Stabilität ausgelegt ist.

Eine Argumentation für die Zustimmung aller, also auch der Mitglieder der Mehrheit, zu dem „fairen Verfahren“ erscheint dabei zunächst schwierig. Allein aus der Rationalität der Mehrheit heraus ergibt sich das Problem, dass sich aus der ihnen zur Verfügung stehenden Vorteilsposition die Möglichkeit einer einseitigen kurzfristigen Optimierung ergibt, die potenzielle Vorteile bieten könnte. Zwingt man sie jedoch hinter den Schleier der Unwissenheit, kann die tatsächliche freie Einwilligung in den Vertrag nicht mehr angenommen werden.

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob im ersten Vertrag von einer Zustimmung aller zu einem fairen Verfahren ausgegangen werden kann, ohne die Legitimationswirkung der Zustimmung zu gefährden. Aus der Struktur der Theorie ergibt sich, dass die Individuen sich durch den ersten Vertrag zur *pouvoir constituant* vereinigen, um eine Verfassung zu entwickeln, der jeder im zweiten Vertrag aus freiem Willen zustimmt. Letzteres führt dazu, dass bereits der erste Vertrag die Regeln für ein Verfahren festlegen muss, durch das jedem die Freiheit der Zustimmung zum zweiten Vertrag erhalten bleibt, ohne den Vertragsschluss selbst zu gefährden, da sonst die erste Willenserklärung eine mögliche Unterwerfung unter einen fremden Willen darstellt und damit dem mit dem Vertragsschluss verfolgten Ziel des Erhalts peremptorischer Rechte nicht sicher gerecht wird. Die Begründung der freien Zustimmung zu dem ersten Vertrag, der ein entsprechendes Verfahren festlegt, ist daher notwendiger Bestandteil der Begründungslogik der Theorie. Da als inhaltliches Legitimationselement lediglich die freie Zustimmung jedes Einzelnen verbleibt, die aus der Begründungslogik des methodischen Individualismus folgt, wie Sie nicht nur hier, sondern auch in der Begründungslogik des Staates bei zeitgenössischen Libertarians wie Charles M.

Buchanan (1975) vorherrscht, da diese eben gerade den Rückgriff auf einen normativen Raum hinter den Präferenzen des Individuums in seiner theoretischen Anlage ausschließt. Selbst die Freiheit ist dabei nicht als Naturrecht oder in sonst einer Art transzendental zu denken, sondern entspringt der Logik des methodischen Individualismus unmittelbar, da unter Auslassung aller apriori gesetzten Normen, nur das Individuum handlungsfähig ist und dadurch fähig Normen zu setzen, wodurch es als letzte und einzige Quelle dieser fungiert (vgl. Kersting 1994: 325).

Um die diesbezügliche Argumentation nicht zu schwächen, wird im Folgenden darauf verzichtet, den Individuen Kantsche oder Rawlsche Vernunftzwänge aufzuerlegen. Es soll daher der Versuch unternommen werden, die Zustimmung aller zum „fairen Verfahren“ allein aus der Entscheidungsrationalität, also mit den Mitteln der Rational-Choice-Theorie<sup>20</sup>, im Rahmen des methodischen Individualismus zu begründen. Dahingehend also einer Begründungslogik in der Tradition Buchanans zu folgen, als einen dessen Verdienste Kersting die Etablierung eines „Liberalismus ohne Metaphysik“ reklamiert (1994: 330).

Die Vorstellung der Entscheidungsrationalität, die sowohl der Theorie von Rawls, wie auch liberalen Theorien im allgemeinen zugrunde liegt, lässt sich besonders in der Situation fiktiver Naturzuständen annehmen, da diese sich im allgemeinen als prägesellschaftliche oder zumindest prästaatliche Zustände definieren lassen. Daher und besonders unter in Bezugnahme des der liberalen Theorie zugrundeliegenden methodologischen Individualismus ergibt sich eine Argumentationsstruktur die einer individuellen autonomen

---

<sup>20</sup> Ausgegangen wird hier im Genaueren von dem RREEMM-Modell (resourceful, restricted, evaluating, expecting, maximizing man) von Siegwart Lindenberg (1985). Kernannahme der Rational-Choice-Theorie ist zunächst, dass Handeln aufgrund innerer Bedürfnisse zielgerichtet, eben auf die maximale Befriedigung dieser Bedürfnisse gerichtet, ist. Gleichzeitig ist dieses Handeln Restriktionen unterworfen, die die Bedingungen des Handelns festlegen. Im präziseren Modell bedeutet dies, dass die Individuen auf der Grundlage ihrer möglichen Handlungsalternativen ihren Nutzen optimieren wollen; dazu bewerten sie die Handlungsalternativen nach ihrem erwarteten Nutzen und ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit. Die Nutzenoptimierung kann sich auch auf den Prozess auswirken, also beispielsweise die Einholung weiterer Informationen zur Verbesserung der Entscheidungssituation oder auch den Rückgriff auf Vereinfachungsmechanismen wie allgemeine Werte und Normen beinhalten, sofern das Individuum dies als vorteilhafter ansieht. Je nach Sichtweise kann dies als Präzisierung der bereits klassischen Annahmen gesehen werden oder auch als Erweiterung, hier dient es vor allem der Klarstellung (vgl. Miebach 2006: 29f.; Kunz 1996: 43, 2004: 36 ff.).

Dazu im Detail zu den einzelnen Determinanten des Modells Kunz 2004: 38: „Menschen sind >>restrictet men<<, weil sie die einschränkenden Bedingungen der konkreten Handlungssituation berücksichtigen müssen. Sie sind aber nicht ein für allemal darauf festgelegt; als >>resourceful men<< erweitern sie ihr Wissen durch Such- und Lernprozesse, wenn es ihnen vorteilhaft erscheint. Menschen sind zugleich >>expecting man<<, weil sie konsistente Erwartungen hinsichtlich der Möglichkeiten zur Erreichung ihrer Ziele haben, und sie sind >>evaluating men<<, weil sie die relevanten Zustände und Ereignisse bewerten und die alternativen Möglichkeiten abwägen. Aus den beschränkten Möglichkeiten wollen sie als >>maximizing man<< schließlich noch das Beste machen, also mit möglichst geringem Aufwand ihre Ziele erreichen (bzw. das Verhältnis von Zielerreichung und Mitteleinsatz maximieren).“

Nutzenoptimierung mit zu vernachlässigender sozialer Einbettung ausgeht (vgl. Kersting 1994: 64 f.).

Zieht man zur Illustration dieses Sachverhaltes, exemplarisch die Hobbessche Theorie heran, offenbart sich das Begründungsmuster des Übergangs in die Staatlichkeit in liberalen (und frühliberalen) Vertragstheorien als rationale Entscheidung. In diesen wählt der Einzelne gegen einen Zustand unbeschränkter, aber auch ungeschützter Freiheit, einen Zustand beschränkter jedoch geschützter Freiheit auf der Grundlage einer rationalen Erwägung hinsichtlich des Schutzbedürfnisses gegenüber einem höchsten individuellen Gut. Sei es nun bei Hobbes die Selbsterhaltung oder bei Locke nach seinem Konzept des self-ownership die tatsächliche Freiheit; kontraktualistische Begründungslogik seit Hobbes folgt dem Bild des rationalen Akteurs, der durch eine rationalen Entscheidung von einem seinen individuellen Präferenzen wenig entsprechenden Zustand zu einem diesem mehr entsprechenden (Kersting, 1994: S. 338). Durch die Definition allgemeingültiger Präferenzen (Selbsterhaltung, Freiheit) gelangt besonders der frühe Kontraktualismus zu der bereits erwähnten Legitimation des staatlichen Zustandes direkt aus dem Naturzustand ohne die individuelle Entscheidung als Legitimationsgrundlage metatheoretisch weiter zu fokussieren. Dies kann gerade deshalb geschehen, weil auf Basis einer vereinheitlichten Bedürfnisstruktur ein vollständig repräsentatives Individuum geschaffen wird, wodurch die Fiktion der rationalen Entscheidungslogik dieses Individuums es ermöglicht die rationale Entscheidungslogik des methodischen Individualismus als durchgängiges Argumentationsschema der Vertragstheorie anzuwenden.

Das freie und gleiche Individuum ist in der ursprünglichen Situation des (fiktiven) Naturzustandes dabei weitgehend auf sich selbst zurückgeworfen; unterstellt man bereits Kooperationsverhältnisse mit anderen Individuen, wie es z.B. Locke tut, so sind diese doch stets unsicher und deren Sicherung der eigentliche Grund für die Vertragseinwilligung. In dieser Situation bereits primär soziales Handeln zu unterstellen, würde daher an der Entscheidungssituation vorbeigehen; gerade das relativ geringe Ausmaß von „sozialer Situation“ offenbart dabei die Plausibilität der Annahme individuell rationaler Nutzenoptimierung, wobei der Nutzen der der positiven Ausprägung des höchsten Gutes entspricht (vgl. Miebach 2006: 29 ff.).

### **3.3 Zur Begründung der Zustimmung aller**

Die Frage stellt sich dazu folgendermaßen: Kann einleuchtend angenommen werden, dass Menschen, die eine derart relevante und langfristige Entscheidung treffen müssen, sich freiwillig einem Entscheidungsverfahren unterwerfen, von dem sie überzeugt sind, dass es ein objektiv besseres Ergebnis, aber ein subjektiv eventuell schlechteres Ergebnis hervorbringt?

Die Entscheidung darüber, ob man einem Verfahren zustimmen soll, das „faire“<sup>21</sup> Verfassungsgrundsätze erzeugt, an die man sich dann gleichzeitig bindet, ist zunächst gleichbedeutend mit der Zustimmung zu einer nach diesen Verfahren aufgestellten „fairen“ Verfassung. Die Frage ist also vereinfacht: Kann einleuchtend angenommen werden, dass auch diejenigen einer „fairen Verfassung“ zustimmen würden, die durch eine unfaire Verfassung eventuell Vorteile hätten, die sie in der fairen Verfassung nicht hätten?

Sofern ein Verfahren der Verfassungsfindung vorliegt, das von jedem Einzelnen und damit auch von allen gemeinsam als richtig angesehen wird, um jedem Einzelnen und gleichzeitig allen anderen, auch über die Generationen hinweg, eine faire Verfassung zu ermöglichen, kann die Zustimmung dazu m.E. in vielen Fällen angenommen werden, jedoch nicht in allen.

#### **3.3.1 Die Rationalität der Fairness**

Die Handlungsweise rationaler Akteure wird durch den Nutzen bestimmt, den sie bei verschiedenen alternativen Handlungsmöglichkeiten erwarten. Je geringer die Komplexität der Entscheidung ist, desto einfacher sind die Handlungsmöglichkeiten einer sicheren Kosten-Nutzen-Bewertung zugänglich und ermöglichen so eine sichere Entscheidung zugunsten der Option mit dem höchsten Nutzen.

Trotz der Vereinfachung der Fragestellung ist die Entscheidung über die Metaregeln der zukünftigen Gesellschaft als extrem komplexe Entscheidung zu betrachten, die einer Kosten-Nutzen-Abwägung nur mit großer Unsicherheit zugänglich ist. Einleitend soll nun zunächst die Differenz zu der oben dargestellten Situation, der Zusammenkunft zur Verfassungsgebung ohne den Schleier der Unwissenheit, dargestellt werden. Diese Situation führt – wie beschrieben – potenziell zu einer Durchsetzung von Partikularinteressen und einer Unterdrückung der Minderheitsinteressen.

---

<sup>21</sup> Zur Vereinfachung wird das Attribut „fair“ hier und im Folgenden als Kennzeichnung für das Verfahren, bzw. dessen Ergebnis benutzt, die den später detailliert ausgeführten Bedingungen der Verfahrensgerechtigkeit genügen.

In der oben dargestellten Situation treten die Individuen direkt in den Diskurs über die Verfassungsinhalte und erfahren so, welche Position und welche Interessen die anderen Individuen haben; sie können also (weitgehend) sicher erkennen, wenn sich Koalitionsmöglichkeiten ergeben und die Pay-offs zumindest als Entscheidung unter Risiko bewerten (vgl. Hoffmann-Negulescu 2001: 29). Durch die im Diskurs erlangten Informationen wird die Kosten-Nutzen-Abwägung damit ausreichend sicher, um auch radikale Entscheidungen zum eigenen Vorteil zu treffen. Vereinfacht ausgedrückt:

Der mögliche Krieg oder sonstige negative Wirkungen einer einseitigen Verfassung werden (vorübergehend) dem Frieden vorgezogen, wenn ich (**Bedingung A**) weiß, dass ich daraus Nettovorteile habe und (**Bedingung B**) weiß, dass diese Vorteile auch eintreten werden.

Inwiefern unterscheidet sich die Entscheidung über die Verfassungsprinzipien selbst nun von der Entscheidung über eine faire oder unfaire Verfassungsfindung?

Bei letzterer kommt es zu keinem Diskurs, da die Entscheidung dichotom ist und individuell getroffen wird; die Möglichkeit zum Abbau von Informationsdefiziten ist somit extrem begrenzt. Aufgrund der Komplexität der Entscheidungssituation und der wohl geringen sozialen Vernetzung der Individuen im prägesellschaftlichen Naturzustand, ist diese eine Entscheidung unter Unsicherheit, die nicht ermöglicht, Eintrittswahrscheinlichkeiten für die Folgen von Entscheidungen ausreichend sicher zu antizipieren.

Der Eintritt in eine offene Verhandlung würde hingegen zumindest Mehrheits- und Minderheitsverhältnisse aufdecken und die Situation in eine Entscheidung unter Risiko, also mit der Einschätzbarkeit der Wahrscheinlichkeit von entscheidungsbedingten Ergebnissen wandeln (vgl. Hoffmann-Negulescu 2001: 29).

Bekannt ist allerdings, dass das Ergebnis eines fairen Verfahrens den Einzelnen vor der Willkür jedes Anderen gleichermaßen schützen würde, damit jedoch auch für den Einzelnen individuelle Willkür gegen den Anderen verbietet. Ein unfaires Verfahren könnte jedoch dazu führen, dass es möglich ist, seine eigene Willkür zumindest gegen die Minderheit beizubehalten und diese zum eigenen Vorteil zu nutzen, sich jedoch gegen die Willkür aller Anderen wirksam zu schützen.

Die folgenden Argumente sollen nun zeigen, weshalb es in dieser Entscheidungssituation im prägesellschaftlichen Zustand, in der jeder individuell seine Stimme für das faire oder unfaire



Verfahren abgibt, es regelmäßig zu einer Zustimmung aller zum fairen Verfahren kommen wird. Die weiter unten formulierten Ausnahmen zeigen, unter welchen Bedingungen dies nicht angenommen werden kann.

### **Argument 1: Eintrittsunsicherheit**

Das erste Argument für die Zustimmungshypothese lautet, dass in dieser Situation die Individuen nicht wissen, ob sie zur Mehrheit gehören, da sie die Disposition aller Abstimmenden nicht kennen und **Bedingung B** damit nicht gegeben ist. Selbst wenn heuristisch eine Gleichverteilung<sup>22</sup> der Wahrscheinlichkeit angenommen wird, ist doch der potenzielle Nachteil höher zu werten als der potenzielle Vorteil. Dies ist damit zu begründen, dass eine Mehrheit potenziell die Macht hat, die Minderheit auch zu versklaven und der einzelne Minderheitler damit seinen Subjektcharakter verliert. Die Möglichkeit, aus dem Zustand der Gleichheit und Freiheit in diesen Zustand zu fallen, schlägt jedoch stärker negativ aus als die Möglichkeit einen Sklaven zu nutzen, positiv ausschlägt. Letzteres brächte zwar einen Nutzenzuwachs, ersteres würde jedoch bedeuten dass die Möglichkeit zur eigenen Nutzenoptimierung aufgrund der mit der Sklaverei einhergehenden Objektivierung permanent verlorengelht. Es kann mithin gefolgert werden, dass die subjektiven Kosten die durch die Sklaveneigenschaft verursacht werden, die subjektive Nutzenwirkung für den Sklavenhalter stets übersteigen. Betrachtet man nur diese Situation und geht davon aus, dass die negativen Folgen und die positiven Folgen jeweils mit ihrem denkbaren Maximum in das Entscheidungskalkül eingehen, ergibt sich eine Entscheidung unter Risiko mit einer Wahrscheinlichkeit von je 50% für beide Ergebnisse. Da die negativen Folgen jedoch dramatischer sind, wird der erwartete Nutzen dadurch optimiert, dass die faire Verfassung gewählt wird. Diese ist somit die bessere Lösung.

### **Argument 2: Nutzenunsicherheit**

Auch **Bedingung A** ist nicht sicher gegeben, da selbst wenn die Wahrscheinlichkeit zur Mehrheit zu gehören höher wäre, nicht sicher ist, wie stark die in der Mehrheit konsensfähige Haltung der eigenen Nutzenoptimierung zuträglich ist; möglicherweise würden auch bestimmte Aspekte der individuellen Nutzenoptimierung durch die faire Verfassung besser erreicht. Dies ist davon abhängig, wie weit das Individuum mit der Mehrheit der Mehrheit in den Kriterien (Bedürfnisstruktur) außerhalb des konstitutiven Kriteriums (welches die

---

<sup>22</sup> Da die Individuen nicht wissen, ob überhaupt eine Mehrheit existiert, ist die Wahrscheinlichkeit zur Mehrheit zu gehören nicht höher als 50%.

Mehrheit von der Minderheit unterscheidet) übereinstimmt. Letzteres ist wiederum mit erheblicher Unsicherheit belastet. Wenn nicht bekannt ist, ob die unfaire Verfassung dem Einzelnen individuell betrachtet wirklich Vorteile bringt, ist die faire Verfassung die bessere Lösung, weil diese auch denjenigen individuellen latenten Bedürfnissen neutral gegenübersteht, die möglicherweise nicht mit der Mehrheit der Mehrheit geteilt werden.

#### **Argument 2a: Allianzunsicherheit**

Aus Argument 2 folgt noch eine weitere Möglichkeit: Im unfairen Verfahren kann auch innerhalb der Mehrheit nicht mit anderen als den oben dargestellten Zwängen zwischen Mehrheit und Minderheit zum Vertragsabschluss genötigt werden, da durch die Abwanderung Einzelner nicht notwendigerweise die Mehrheit zur Minderheit werden muss. Sofern die Mehrheit durch ihre mangelnde Konsensfähigkeit in zwei oder mehr Lager aufgeteilt wird und kein Lager mehr für sich genommen größer ist als die Minderheit, greift darüber hinaus wieder Argument 1 in nachgelagerter Form (Alternative siehe 2b).

#### **Argument 2b: Zersplitterungsrisiko**

Da der Eintritt in eine potenziell unfaire Verfassungsfindung bereits mit Abbau der Informationsasymmetrien verbunden ist, führt dieser unter Umständen in eine weitere Zersplitterung, in der verschiedene Gruppen nur untereinander Verträge schließen, was in der Folge zu Konflikten zwischen den Gruppen führt.

Dass auf noch engere Bedürfnisstrukturen zugeschnittene Verfassungen der durch diese verfassten Gemeinschaften noch weniger Entwicklungsflexibilität lassen, ergibt sich aus der oben dargestellten Argumentation zur Mehrheitsverfassung. Die einzelnen Gruppenverfassungen sind daher entsprechend weniger stabil, da sie zwar zum Zeitpunkt ihres Erlasses durch ihre Spezifität nur intolerant gegenüber anderen Gruppen sind, diese Intoleranz aber im Zeitverlauf zur Intoleranz gegen die sich wandelnde Gesellschaft wird. Die Verfassung muss dann revidiert werden oder die Gesellschaft wird am Wandel gehindert. Wandlungswillige Gesellschaftsmitglieder werden dabei repressiven Maßnahmen ausgesetzt, da ihr Verhalten der Verfassung widerspricht. Wenn in einem Prozess des gesellschaftlichen Wandels die Verfassung und die Gesellschaft zunehmend auseinanderdriften, nimmt die Wahrscheinlichkeit eines Bürgerkrieges oder einer Revolution zu, bis schließlich die alte Verfassung einer neuen weicht. Wenn auch die neue Verfassung keine faire Verfassung ist, wiederholt sich dieser Vorgang erneut.

Die potenziell engen Gruppenverfassungen sind damit innerem und äußerem Druck ausgesetzt, das Leben in ihnen ist unsicher, wobei sie ökonomisch tendenziell nachteilig sind. Neben der Unsicherheit, die auch das Eigentum betrifft, ergeben sich geringere Kooperationsgewinne, da zu den anderen Verfassungsräumen durch die unterschiedlichen Verfassungen Transaktionskosten bestehen. Der ökonomische Vorteil, andere ausbeuten zu können, ist bei Gruppenverfassungen nicht mehr unmittelbar gegeben, sondern erst durch die Eroberung anderer Gruppen. Bei nicht eindeutigen Kraftverhältnissen zu den eigenen Gunsten, geht man weiterhin die Gefahr ein, seinerseits von einer anderen Gruppe versklavt zu werden (siehe dazu Argument 1).

Gegen das faire Verfahren zu stimmen, kann somit auch nach sich ziehen, dass sich im unfairen Verfahren eine Zersplitterung ergibt, die den Einzelnen deutlich schlechter stellt, als die faire Verfassung.

### **Argument 3: Exploitationskosten**

Bedingung A fordert Nettonutzen, bisher wurde jedoch vor allem die Problematik der Nutzenseite beleuchtet, der Nettonutzen ist jedoch auch von den möglichen Kosten abhängig. Mögliche Kosten ergeben sich insbesondere dadurch, dass die Mehrheit die Minderheit in eine für diese unvorteilhafte Verfassung zwingt, um eigene Vorteile zu generieren. Diese Situation ist jedoch zumindest latent instabil, da die Verfassung gegen die Minderheit effektiv erzwungen wurde und für diese somit nicht legitimer Rahmen sondern Exploitationsmittel ist.

Kurzfristig sind somit die Kosten zu berücksichtigen, um die verfasste Exploitation gegen die Minderheit einzurichten, permanent sind die Kosten zu berücksichtigen, diese Situation beizubehalten. Die Höhe dieser Kosten ist extrem unsicher, da kaum vorhergesagt werden kann, wie lange und wie umfangreich Widerstand geleistet werden wird. Da weiterhin davon ausgegangen werden kann, dass der Grad der Ausbeutung und Unterdrückung und der dagegen geleisteten Widerstand sich positiv bedingen, steigen die Kosten der Ausbeutung mit dem Grad der Ausbeutung; gleichzeitig korreliert mit diesem wohl auch der Nutzen bis zu einem bestimmten Punkt<sup>23</sup> positiv. Erweist sich die Minderheit nun als außerordentlich

---

<sup>23</sup> Betrachtet man exemplarisch die körperliche Ausbeutung, so hat die Nutzenfunktion einen Scheitelpunkt, da Übernutzung eintreten kann, wodurch der Gesamtoutput sinkt. Dies kann plastisch als erhebliche körperliche Erschöpfung vorstellt werden. Wird diese Situation langfristig geduldet oder forciert, erreicht der Output wieder die Nulllinie, was wohl eng mit dem Tod des Ausgebeuteten korreliert sein dürfte. Nimmt man an, dass die Übernutzung ab einem bestimmten Punkt auch erschöpfungsbedingt den Widerstand wieder zurückgehen lässt, kann man auch hier einen Scheitelpunkt annehmen. Je nach exaktem Verlauf der Produktionskurve, der Exploitationskostenkurve und der Subsistenzkostenkurve (die man ab einem gewissen Punkt wohl als

renitent, steigen die Kosten der Unterdrückung aufgrund des Widerstands schneller als der Nutzen der Unterdrückung. So hat die Unterdrückung einen negativen Output für die Mehrheit und ist daher selbst für diese die schlechtere Lösung gegenüber der fairen Verfassung. In jedem Fall sind die Verläufe von Aufwand und Kosten jedoch nur unter großer Unsicherheit vorherzusagen.

#### **Argument 4: langfristige Kalkulationsunsicherheit**

Die Möglichkeit negativer Folgen im Sinne von Unruhen, Bürgerkriegen oder gar dem Krieg gegen ein anderes Gemeinwesen als Folgen einer einseitigen Vertragsbestimmung und möglicherweise einer erzwungenen Zustimmung sind ebenso einzubeziehen und lassen mögliche Pay-offs eventuell sogar negativ werden.

Gerade diese in Ausmaß, Wirkung und Eintrittswahrscheinlichkeit nur unter größter Unsicherheit kalkulierbaren Zustände, gefährden jede eigene Nutzenoptimierung erheblich, da in einem Zustand in dem das Gewaltmonopol des Staates nicht von jedermann als legitim erachtet wird, auch die Grundbedürfnisse des einzelnen Mehrheitlers nicht gesichert werden können. Ein möglicher Mangel an Legitimation sowie daraus folgend die mangelnde Akzeptanz des Staates und der Situation durch die Minderheit mindern den Nutzen des gesamten Zustandes, da so das Ziel des Willkürschutzes durch das staatliche Gewaltmonopol nur durch einen „Bürgerkrieg mit Polizeimitteln“ (Kriele 1991: 206) oder den äußeren Krieg leidlich gesichert werden kann. Durch die dadurch unsichere Vorhersagbarkeit zukünftiger Gegebenheiten wird jeder auf die Zukunft gerichtete Prozess der Nutzenabwägung ineffizienter, da dieser nur mit höheren Risikozuschlägen durchgeführt werden kann<sup>24</sup>. Abhängig von der Größe und Renitenz der Minderheit, können daher dauerhaft erhebliche Kosten für die Sicherung jeder Handlung und des Daseins per se entstehen; der Vorteil des

---

weitgehend konstant annehmen kann, da Erschöpfung nur bis zu einem bestimmten Punkt mit zusätzlicher Nahrungsmittelversorgung kompensiert werden kann), kann damit ein langfristig relativ stabiler und gewinnmaximierender Punkt durchaus auch im Bereich der Übernutzung liegen, was der Sklaverei gleichkommt. Die Schätzung der Kurvenverläufe scheint jedoch mit extremer Unsicherheit belastet zu sein, da der Weg aus der naturzuständlichen Gleichheit in die verfasste Sklaverei mit vielfältigen Vorhersageproblemen hinsichtlich Verhalten, Output und Kosten zu kämpfen hat.

<sup>24</sup> Zur Illustration soll dabei folgendes Beispiel dienen: A bewertet das Eigentum an einem bestimmten Haus mit 100 Geldeinheiten (GE), er könnte das Haus für 90 GE erwerben, hätte also einen Nettonutzen von 10 GE. Wenn nun aber wahrscheinlich ist, dass durch Unruhen das Haus bereits nach der Hälfte der prognostizierten Nutzungsdauer zerstört würde, muss A mit einem Nutzwert von 50 kalkulieren. Er würde das Haus also nicht kaufen und den Nutzwert von 10 GE nicht generieren. Wenn wir nun davon ausgehen, dass ein ähnlicher Verlust auch auf der Verkäuferseite eintritt und weiterhin davon ausgehen, dass dieses Problem alle auf die Zukunft gerichteten Entscheidungen betrifft, zeigt sich das Ausmaß der Reduzierung des Nutzens durch die unsichere Situation dennoch nur zum Teil, da sich auch die Werte von Dauergütern (wie z.B. das Haus) mindern; bestehendes Eigentum wird also entwertet.

geregelten gegenüber dem unregulierten Zustand ist in diesem Fall mithin sehr begrenzt, da die verfasste Staatlichkeit mehr als Schutzbund der Mehrheit zu betrachten ist, denn als legitimer Rahmen des Zusammenlebens aller.

**Argument 5: Zustimmungsgrenze**

Es kann davon ausgegangen werden, dass wenn eine Mehrheit dem fairen Verfahren zugestimmt hat, auch alle anderen zustimmen, da die Möglichkeit einer unfairen Verfassung ab der Zustimmung der Hälfte entfällt. Abzuwägen ist für den Einzelnen in dieser Situation nur noch zwischen dem Naturzustand und der fairen Verfassung, wobei hier angenommen werden kann, dass er letztere vorzieht<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Auf eine Argumentation dieser Wahlentscheidung wird hier verzichtet, da diese Entscheidung in dieser Schrift bereits umfassend begründet wurde.

### 3.3.2 Spieltheoretische Betrachtung

#### Argument 6: Vertrauensdefizit

Spieltheoretisch kann die Entscheidung gegen das „faire“ Verfahren auch als besonders vertrauensminderndes Verhalten gesehen werden; dies zeigt eine besondere Wirkung, wenn man die Entscheidung als erste in einem iterierten Gefangenendilemma mit Systemeinkbettung<sup>26</sup> ohne bekanntes Ende betrachtet.

Ein derartiges Dilemma zeichnet sich dadurch aus, dass eine unbekannte Anzahl Gefangenendilemmata auf jedes vorangegangene folgt. Die Anzahl ist nicht unendlich, aber unbestimmt groß; da man das Ende nicht abschätzen kann, entspricht das Verhalten der Akteure demjenigen in unendlichen Spielen, man spricht daher auch von abzählbar unendlich (vgl. Diekmann 2008: 147). Betrachtet man jede neue strategische Handlung zwischen Menschen als grundsätzlich informationsasymmetrisch, erscheint jede dieser Situationen als Gefangenendilemma. Da ein Mensch in der Regel nicht weiß, wann seine absolut letzte derartige Interaktion stattfinden wird, erscheint auch diese Art der Wiederholung als plausible Annahme. Die Systemeinkbettung bezeichnet dabei, dass auch wenn die Spielpartner wechseln, die jeweils zukünftigen Partner Kenntnis von dem Spielverhalten in vorangegangenen Spielen haben: Die Iteration entsteht also durch die Systemeinkbettung, da sich Informationen in sozialen Systemen verbreiten und die Individuen somit Reputation erwerben (vgl. ebd.: 160 ff.). Dass letztere Annahme allgemeingültig ist, soll hier nicht behauptet werden, aber sie ist plausibel für den Fall der Abstimmung über das faire oder unfaire Verfahren als auslösendes, reputationserzeugendes Ereignis für die im geregelten Zustand folgenden Situationen, da im geregelten Zustand durch die wahrnehmbare Zugehörigkeit zur Mehrheit oder Minderheit offenkundig wird, welche Individuen nicht kooperiert haben<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Es könnte auch die Annahme begründet sein, dass das Spiel als diskontiertes Spiel anzunehmen ist, die Spieler somit frühere Auszahlungen höher bewerten als spätere, letztere also auf den Gegenwartswert abzinsen. Aus Vereinfachungsgründen wird an dieser Stelle auf diese Annahme verzichtet (vgl. Kern/ Nida-Rümelin 1994: 214 ff.).

<sup>27</sup> Dieser Schluss bedarf jedoch einer weiteren Erläuterung, da nicht notwendig das Abstimmungsverhalten in der ersten Entscheidung eine Aussage über die spätere Zugehörigkeit zur Minderheit oder Mehrheit darstellt. Warum sich die Reputationswirkung dennoch ergibt, soll folgende zweiteilige Argumentation verdeutlichen. Zum einen wissen die Individuen im prägesellschaftlichen Zustand nicht, ob die anderen Individuen auch dieselben Informationen haben wie sie selbst. Da es sinnvoll ist, für die unfaire Verfassung zu stimmen, wenn man weiß, dass man zur Mehrheit gehört, werden die Individuen darauf schließen, dass bei Zustandekommen

In einer iterierten Dilemmasituation optimieren die Spieler ihre Gewinne regelmäßig durch Kooperation (Diekmann 2008: 141; Nida-Rümelin/ Schmidt 2000: 162 ff.). Durch den „Verrat“ in einer systemrelevanten Situation, kann davon ausgegangen werden, dass in Folgesituationen weiterer Verrat angenommen wird und somit die Spielpartner nicht kooperieren<sup>28</sup>. Wenn die Annahme getroffen wird, dass das erste unkooperative Verhalten aufgrund seiner dauerhaften Offenkundigkeit und starken Auswirkung einen stärkeren Impact auf das gesamte System hat als spätere Kooperationen, erhält der Verräter in einer Vielzahl von folgenden Dilemmasituationen geringere Gewinne als er durch das sonst kooperatives Verhalten der anderen Spieler erhalten hätte und kann seine Reputation auch nur schwierig wieder verbessern, da bei anderen Handlungsakten nicht eine derartige Offenkundigkeit und damit Verbreitung angenommen werden kann; er ist durch die ihm anhaftende negative Reputation stigmatisiert (vgl. Diekmann: 163 f.).

Nun kann eingewendet werden, dass dies für die Minderheit gelte, aber nicht für die Mehrheit. Das Argument wäre damit eigentlich ein Argument für die Zustimmung zu einer ungerechten Verfassung, da der Vorteil der Mehrheit, Kooperationsbereitschaft zu demonstrieren, einen höheren Wert hat, als der Kooperationsverlust bei der Minderheit.

Für die weitere Argumentation soll hier zunächst die Auszahlungsmatrix eines typischen Gefangenendilemmas vorgestellt werden, das den Dilemmata im geregelten Zustand zu Grunde liegt.

**B**

		Kooperation	Keine Kooperation
A	Kooperation	3/3	0/5
	Keine Kooperation	5/0	1/1

Die typische Situation eines Gefangenendilemmas erfordert wie dargestellt die Möglichkeit, eigene Gewinne zulasten des Anderen zu erhöhen, wodurch man selbst in die individuell

---

einer unfairen Verfassung, die eine Mehrheit bei der Zustimmung zum unfairen Verfahren und auch eine objektive Mehrheit verlangt, ein Zusammenhang zwischen beiden Mehrheiten besteht.

Sicher ist jedoch in jedem Fall, dass die staatlichen Mehrheitler die Verfassung zu verantworten haben, so wie sie schlussendlich besteht. Eventuell darin enthaltene Unterdrückung ist somit unmittelbar auf jeden Einzelnen zurückzuführen, da für einen ersten Vertrag Einstimmigkeit verlangt wird.

<sup>28</sup> Tit for Tat ist in der Regel die dominante Strategie in dieser Konstellation (vgl. Diekmann 2008: 138 ff.).

beste und der andere in die individuell schlechteste Position kommt, die das Spiel ermöglicht, indem man selbst nicht kooperiert, während der andere kooperiert. Kooperieren beide, ergibt sich ein Gewinn, der in der Summe größer ist als bei allen anderen Möglichkeiten. Kooperiert niemand, ist der Gewinn in der Summe geringer als bei jeder anderen Lösung (vgl. Kern/Nida-Rümelin 1994: 201 ff.)<sup>29</sup>.

Die Annahme dieser Situation für strategisches menschliches Handeln unter informationsasymmetrischen Bedingungen erscheint indes angebracht. Bei vollständigem Vertrauen zwischen den Partnern in einer Situation entfallen alle diesbezüglichen Informationskosten und Absicherungskosten, jedes Handeln kommt mit vollem Nettonutzen für beide zustande<sup>30</sup>. Stellen wir uns die gleiche Situation unter vollständigem Misstrauen vor: Die Beteiligten sind sich somit sicher, dass der andere nur seinen eigenen Vorteil sucht und halten daher grundsätzlich keine Aussage für wahr, die sie nicht selbst überprüft haben; außerdem gehen sie auch davon aus, dass der Andere für ihn nachteilige Informationen verschweigt. Bei jeder Transaktion fallen somit erhebliche Informationskosten und Absicherungskosten an, nicht überprüfbare Eigenschaften werden grundsätzlich negativ bewertet und führen zu Risikoabschlägen. Alle Transaktionen<sup>31</sup> verlieren damit an Nettonutzen für beide Partner, viele Transaktionen finden nicht mehr statt, da die zu erwartenden Transaktionskosten den zu erwartenden Nettonutzen unter Vertrauensbedingungen übersteigen. Die Folgen einer Situation einseitigen Vertrauens ergeben sich daraus entsprechend: Der Gutgläubige wird ausgenutzt und sein Nettonutzen fällt an den Verräter.

M.E. ist eine gleichgerichtete Handlung der Mehrheitler nicht als Kooperation im spieltheoretischen Sinne zu werten, mithin soll gezeigt werden, dass zwischen diesen gar keine Dilemmasituation besteht. Wenn man nur das erste Spiel betrachtet, besteht nicht einmal eine Dilemmasituation zwischen Mehrheitlern und Minderheitlern, da die

---

<sup>29</sup> Die in der Tabelle dargestellten Auszahlungen entsprechen diesen Bedingungen, sind aber logisch nicht die einzig möglichen, sondern lediglich ein Beispiel. Es kann z.B. in Frage gestellt werden, ob die Annahme einer Auszahlung von Null bei einseitigem Verrat gerechtfertigt ist. Dies spielt allerdings für die Argumentation keine Rolle, da Versionen der Auszahlungsmatrix denkbar sind, die die Bedingungen erfüllen und eine Auszahlung für diesen Fall beinhalten.

<sup>30</sup> Außer Acht gelassen werden hier Transaktionskosten die durch die Eigenheit der Transaktion bedingt sind und auch durch die vereinten Informationen beider Partner nicht verhindert werden können. Da diese Kosten aber auch bei Misstrauen zusätzlich anfallen würden, spielen diese für die hier dargelegten Überlegungen keine Rolle.

<sup>31</sup> Transaktionen die besonders komplex sind oder viele vor der Transaktion nicht überprüfbare Eigenschaften aufweisen, sind durch die höheren Transaktionskosten besonders stark betroffen, Situationen geringer Komplexität entsprechend weniger (vgl. vertiefend Lorberg 2013: 20 ff., 29 f., 33).



Entscheidung der Minderheitler auf die Mehrheitler keine Auswirkung hat, egal wie diese sich verhalten, ergibt sich entsprechend keine strategische Situation.

Betrachten wir zunächst die Auszahlungsmatrix<sup>32</sup> zwischen Mehrheitler und Minderheitler, wird deutlich, warum diese Situation kein Dilemma ist: Wenn der Mehrheitler sich für die unfaire Verfassung entscheidet, hat der Minderheitler zwar einen Schaden, jedoch spielt seine eigene Entscheidung keine Rolle.

		Mehrheitler	
		Faire Verfassung	Unfaire Verfassung
Minderheitler	Faire Verfassung	3/3	0/5
	Unfaire Verfassung	3/3	0/5

Auch die Situation zwischen Mehrheitler und Mehrheitler ist keine Dilemmasituation. Wenn wir zunächst davon ausgehen, dass die Mehrheitler nicht jedem einzelnen Mehrheitler die Verantwortung für das Zustandekommen der unfairen Verfassung geben, sind die Entscheidungen überhaupt nicht verknüpft. Jeder entscheidet für sich.

		Mehrheitler	
		Faire Verfassung	Unfaire Verfassung
Mehrheitler	Faire Verfassung	3/3 oder 5/5	3/3 oder 5/5
	Unfaire Verfassung	3/3 oder 5/5	3/3 oder 5/5

Wenn wir jetzt davon ausgehen, dass sich die Mehrheitler alle gegenseitig für verantwortlich für das Zustandekommen der unfairen Verfassung halten, entscheidet immer noch jeder für sich und es gibt keine Vergeltungsmöglichkeit. Dennoch hat jede Entscheidung eines Mehrheitlers Auswirkungen auf alle anderen. Da er sich jedoch in gleichem Maße selbst dabei schädigt, ist dies kein „Verrat“, da er selbst keinen Vorteil zugunsten anderer erwirbt.

---

<sup>32</sup> Die Auszahlungen sind als geschätzter kardinaler Nutzen zu sehen, der aus den jeweiligen Verfassungsversionen für die Partner erwächst. Für diese Betrachtung wird davon ausgegangen, dass der erwartete Nutzen einer unfairen Verfassung für die Mehrheitler höher ist, als derjenige einer fairen Verfassung.

### Entscheidender Mehrheitler

		Faire Verfassung	Unfaire Verfassung
entscheidender Mehrheitler	Faire Verfassung	3/3	3/3
	Unfaire Verfassung	3/3	5/5

Jeder Mehrheitler optimiert hier also individuell, der strategische Charakter ergibt sich erst durch die Einbeziehung der Wirkung der Reputation auf die Folgespiele.

Was der einzelne Mehrheitler durch seine Entscheidung demonstriert, ist daher nicht Kooperation mit den anderen Mehrheitlern, sondern nur individuelle Nutzenoptimierung zulasten anderer. Er ist bereit, zum Schaden der Minderheitler von der fairen Lösung abzuweichen, um sich vermeintliche eigene Vorteile zu sichern; dieses Verhalten entspricht insofern dem unkooperativen Verhalten im Gefangenendilemma. Entsprechend führt dieses Verhalten zu einer negativen Reputation. Die negative Reputation wirkt effektiv gegenüber allen, da die einzelnen Mehrheitler nur zufällig Mehrheitler sind; wären sie Minderheitler, wäre die Optimierung des einzelnen Mehrheitlers nicht anders ausgefallen.

Er zeigt somit nicht Kooperation mit bestimmten anderen, sondern Egoismus gegen alle. Dies führt dazu, dass alle jedem Mehrheitler misstrauen; in jedem nächst folgenden Spiel mit einem Mehrheitler wird also jeder nach der Maximin-Regel optimieren, die wir bereits bei Rawls kennengelernt haben (vgl. Holler/ Illing 2007: 54). Weil jeder erwartet, dass ein Mehrheitler sich wieder egoistisch und somit unkooperativ verhält, wird niemand mit diesem beim ersten Kontakt kooperieren, um unter der Bedingung der Nichtkooperation des anderen zu optimieren. Jeder Mehrheitler muss also bei jedem Erstkontakt kooperieren und die Nichtkooperation des anderen in Kauf nehmen, um danach an den gesellschaftlichen Kooperationsgewinnen teilnehmen zu können. Er muss dies solange tun, bis er für den Verrat genügend gebüßt hat, damit sein Stigma verschwindet, seine Reputation also mindestens neutral wird.

Theoretisch besonders prekär wird die Situation dabei, wenn zwei Mehrheitler aufeinander treffen, die beide die i.d.R. erfolgversprechendste Strategie Tit for Tat spielen. In dem

dargestellten Szenario beginnen beide jedoch nicht, wie typischerweise im ersten Spiel, mit Kooperation, sondern aufgrund ihres gegenseitigen Misstrauens und der daraus folgenden Maximin-Regel so, als hätte der jeweils andere in der Vorrunde nicht kooperiert. Daraus entsteht dauerhafte Nichtkooperation und alle Kooperationsgewinne gehen zwischen Mehrheitlern verloren.

Wenn der Mehrheitler sich also ohne Berücksichtigung der Reputationswirkung seiner Entscheidung noch einen Vorteil aus der unfairen Verfassung verspricht, kann die Einbeziehung von Reputationswirkungen diesen zunichtemachen oder sogar negativ werden lassen. Der einzelne Mehrheitler muss in seine Entscheidung somit einbeziehen, dass sofern sich die unfaire Verfassung durchsetzt, zu der er eingestimmt hat, damit eine Gesellschaft geschaffen wird, die von Misstrauen beherrscht und er selbst davon besonders betroffen sein wird. In seine Entscheidung sind also zumindest die wohl erheblichen Kosten einzubeziehen, die er selbst aufwenden muss, um sich hinsichtlich seiner Reputation zu rehabilitieren, damit er wieder an Kooperationsgewinnen teilnehmen kann. Die davon unabhängigen prognostizierten Gewinne durch Vorteile der unfairen Verfassung müssen entsprechend erheblich sein.

Es muss jedoch schlussendlich eine Einschränkung hinsichtlich der Reputationswirkung gemacht werden: Die Minderheit muss von den Mehrheitlern als grundsätzlich gleich, also als Menschen, angesehen werden, da sonst die opportunistische Zustimmung in den unfairen Vertrag nicht als solche wahrgenommen wird. Empfinden sich die Mehrheitler als grundlegend unterschiedlich von der Minderheit, kommt es zwischen ihnen zu keinem Reputationsdefizit, da die Handlung gegen die Minderheit nicht als potenzielle allgemeine Handlungsweise gegen die ganze Klasse der Individuen gesehen wird.

### **3.4 Der Naturzustand der Theorie des Rechtsstaates**

Wie in den beiden vorangegangenen Abschnitten dargestellt wurde, gibt es auch für potenzielle Mehrheitler gute Gründe die faire Verfassung zu bevorzugen. In diesem Abschnitt soll nunmehr gezeigt werden, bei welchen konstruierten Naturzuständen von der Wahl einer fairen Verfassung ausgegangen werden kann und bei welchen nicht. Dazu sollen zunächst noch einmal die Argumente der vorangegangenen Abschnitte übersichtlich dargestellt werden.

<b>Argument</b>	<b>Wirkung</b>	<b>Bedingung</b>
<b>1: Eintrittsunsicherheit</b>	Option unfaire Verfassung entfällt	(hohe) Unsicherheit über die Zugehörigkeit zur Mehrheit
<b>2: Nutzenunsicherheit</b>	Nutzensenkung durch Unsicherheitsabschlag	Unsicherheit über die Vorteile einer unfairen Verfassung
<b>2a: Allianzunsicherheit</b>	Nutzeneinbußen durch eigene Bedürfnisheterogenität gegenüber der Hauptgruppe	Unsicherheit über die Homogenität der Mehrheit
<b>2b: Zersplitterungsrisiko</b>	Mögliche erhebliche Kosten durch Transaktionskosten bis hin zur eigenen Versklavung	Unsicherheit über die Geschlossenheit der Mehrheit
<b>3: Exploitationskosten</b>	Nutzensenkung durch Unsicherheitsabschlag, möglicherweise Nettokosten	Unfaire Verfassung, Widerstand, Unsicherheit über Nutzen und Kosten der Unterdrückung der Minderheit
<b>4: Kalkulationsunsicherheit</b>	Allgemeine Nutzensenkung durch Sicherheitsabschläge, Verhinderungskosten	Unfaire Verfassung, Widerstand
<b>5: Zustimmungsgrenze</b>	Option unfaire Verfassung entfällt	Zustimmung von >50% zur fairen Verfassung
<b>6: Vertrauensdefizit</b>	Nutzensenkung durch Transaktionskosten, Reputationsaufbaukosten	Unfaire Verfassung, Anerkennung der Minderheit als Menschen

Damit eine unfaire Verfassung dennoch zustande kommt, muss diese dem einzelnen Mehrheitler einen Nettonutzen bieten. Dazu sind 2 Bedingungen notwendig:

Das Zustandekommen einer Mehrheit für das unfaire Verfahren (Sicherheit bei Argument 1)(1) und das individuelle Vorhandensein eines Nettonutzens (Nutzens > Kosten) im Vergleich zwischen fairer und unfairer Verfassung (positive Gesamtbewertung trotz Argumente 2,3,4,6)

### **Zunächst zu den Bedingungen für das Zustandekommen der Mehrheit:**

1. Eine Mehrheit muss objektiv existieren, eine Mehrheit von Individuen muss sich also durch ein oder mehrere Merkmale<sup>33</sup> als in sich homogen und gegenüber der Minderheit als heterogen erweisen.
2. Diese Differenz in den Merkmalen muss auch subjektiv erkannt und als Abgrenzungsmerkmal wahrgenommen werden<sup>34</sup>.
3. Min. >50% der Individuen müssen individuell unter Risiko bzw. Unsicherheit antizipieren, dass die schlussendlich ausgehandelte unfaire Verfassung für sie einen Nettonutzen bieten wird und daher für das unfaire Verfahren stimmen.

### **Wie muss nun ein Naturzustand aussehen, der zu einer unfairen Verfassung führt?**

Die in ihm befindlichen Individuen müssen objektiv eine Mehrheit und eine Minderheit ausbilden, die subjektiv wahrgenommen werden kann. Da diese auch erkannt werden muss, muss zumindest die Mehrheit eine erhebliche Information über die Gesamtheit der Individuen und ihrer Eigenschaften haben. Weiterhin muss nun ein ausreichend großer Teil der Mehrheit (und sich über ihre Eigenschaft täuschende Minderheitler) auch von dem individuellen Nettonutzen überzeugt sein. Dies erfordert wiederum eine noch stärkere Informiertheit und Prognosesicherheit hinsichtlich der Kosten- und Nutzenbewertung innerhalb der fairen und der unfairen Verfassung. Wie die dargestellten Argumente demonstrieren, ist die Komplexität dieser Abwägungen erheblich: Nicht nur die Höhe des Eintritts von erwarteten Nutzen und Kosten ist unsicher, sondern in vielen Fällen auch der Eintritt.

In der Negativabgrenzung des Naturzustandes der TR muss somit Folgendes enthalten sein:

---

<sup>33</sup> Merkmale können in diesem Sinne insbesondere Bedürfnisse bzw. Bedürfnisstrukturen, teleologische Sinnkonzepte z.B. Religion, ethnische Merkmale, räumliche Nähe, bestehende Kooperationsbeziehungen usw. sein.

<sup>34</sup> Nur weil aufgrund innerer Sachverhalte wie beispielsweise Bedürfnissen eine Mehrheit objektiv vorhanden ist, ist das Erkennen dieser möglicherweise subjektiv dennoch unmöglich, da die Merkmale nicht offenbart werden, bzw. nicht wahrnehmbar sind.

- Umfassende Information und Prognosefähigkeit der Individuen
- Eine (deutliche) abgrenzbare Mehrheit
- Ein hoch wahrscheinlicher (hoher) Nettonutzen einer unfairen Verfassung für die (meisten) einzelnen Mehrheitler

Ein solcher Naturzustand, im Sinne eines nicht geregelten Zustandes, ist schwer vorstellbar. Da es im Naturzustand ohne Gewaltmonopol schwierig ist, Eigentum dauerhaft zu schützen, werden die Eigentumsverhältnisse in diesem wohl weitgehend homogen sein und können nicht als Anknüpfungspunkt dienen. Eine Problematik aufgrund von divergierenden äußeren Merkmalen bei ungleichen Machtverhältnissen ist jedoch durchaus denkbar<sup>35</sup>.

Für typische Vorstellungen des Naturzustandes kann jedoch angenommen werden, dass das faire Verfahren gewählt wird. Exemplarisch soll dies für die Naturzustandskonzepte von Hobbes und Locke erläutert werden.

**Hobbes** beschreibt den von ihm angenommenen **Naturzustand** selbst folgendermaßen:

„In such condition, there is no place for industry; (...) no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short.“(1999: 84)

Wie Hobbes eindringlich schildert, leben die Menschen vereinzelt und in dauernder Furcht voreinander; sie sind nicht in der Lage zu kooperieren, weil sie den Verrat des Anderen

---

<sup>35</sup> Geht man davon aus, dass im Naturzustand nicht alle Individuen äußerlich gleich sind, ergibt sich daraus ein ohne weiteres erkennbares Merkmal. Ist die Mehrheit sehr deutlich, wird diese wohl auch erkennbar sein. Stellt man sich beispielsweise vor, dass 90% der Individuen blau und 10% rot sind, sich aber sonst nicht unterscheiden, so kann angenommen werden, dass die unfaire Verfassung für jeden Mehrheitler rational die bessere Wahl ist. Der Umfang dieser Schrift verbietet es, nun alle Argumentationsansätze für diesen Fall durchzuspielen, jedoch kann eine solch eindeutige Situation wohl als relativ kalkulierbar gelten und das Reputationsdefizit wird sich kaum ergeben. Die Roten würden wohl als Sklavenklasse der Blauen enden, wenn sie nicht fliehen. Auch wenn unter den oben geschilderten Bedingungen der Verfahrenswahl grundsätzlich Moralität aus Rationalität folgt, wie exemplarisch auch von Gauthier (1986) postuliert, so scheitert dieser Schluss doch spätestens in dem Moment, in dem die Ausgangssituation von extremer Machtungleichheit geprägt ist und so klare Identifizierungsmerkmale gegeben sind, dass die Mehrheit sich davon lösen kann, die Minderheit als gleiche Klasse von Individuen zu identifizieren (vgl. Nida-Rümelin/ Schmidt 2000: 150 ff.).

Unter diesen Bedingungen würden jedoch auch die Theorien von Locke, Rousseau, Montesquieu und Kant die Minderheit im Ergebnis nicht besserstellen. Die erste Möglichkeit wäre dabei, dass die Blauen die Roten, weil sie diese nicht als gleiche Klasse erkennen, nicht für vertragsfähig halten, sie also nicht als Subjekte anerkennen. In diesem Fall könnte auch die Kantsche Vorstellung den Roten nicht helfen, da diese für die Blauen keine „Menschen“ sind, diese Eigenschaft ist jedoch notwendiger Anknüpfungspunkt. Bei Locke, Rousseau und Montesquieu ergibt sich das Problem der Diktatur der Mehrheit auch dann, wenn die Roten als vertragsfähig anerkannt würden. Allein mit Hobbes könnten die Roten eine Chance haben, nicht unterjocht zu werden. Wie oben bereits dargestellt, müssen sich die Individuen jedoch mehr als einen geregelten Zustand vorstellen können. Weshalb die Blauen zumindest nur einen Zustand akzeptieren würden, der ihnen die vorteilhafte Unterdrückung der Roten erlaubt.

fürchten. Daher wird der Naturzustand bei Hobbes auch von vielen als spieltheoretisches One-Shot-Game modelliert (vgl. Schaal/ Heidenreich, 2006: 69 ff.; Kersting 1994: 69 ff.; Kern/ Nida-Rümelin 1994: 203 ff.). Wenn wir wieder von dem der typischen Situation des Gefangenendilemmas ausgehen, kommt also ausschließlich die für alle nachteilige unkooperative Situation zustande, da dies die individuell optimale Entscheidung ist<sup>36</sup>.

**B**

		Kooperation	Keine Kooperation
		Kooperation	3/3
A	Keine Kooperation	5/0	1/1

Selbst wenn sich die Partner absprechen und wissen, dass Kooperation die bessere Lösung wäre, kommt es nicht zu einer Kooperation, weil die Partner nicht wissen, ob sich der andere an die Absprache hält. Daher bleibt es bei der gleichen Dilemmasituation, die nur beendet werden kann, wenn der Vertragsbruch, also der Verrat bei versprochen kooperativem Verhalten, auch sanktioniert würde (vgl. Kern/ Nida-Rümelin 1994: 204). Bei Hobbes ist der Naturzustand von einer derartigen misstrauenden Vereinzelung der Individuen geprägt, dass es auch nicht zu einer Systemeinkerbung und der damit einhergehenden Betrachtung als iterierte Spiele durch die informationale Verbindung des Verhaltens in den einzelnen Spielen kommt. Es gibt damit also keine Reputation, der einzige Ausweg aus der kollektiv und individuell unvorteilhaften Situation ist daher für Hobbes das Gewaltmonopol des Leviathans.

Die Frage ist nun, ob diese vereinzelt ängstlichen und nur das Schlechte gewohnten Individuen, wenn sie die Wahl haben, die faire Verfassung dem Angebot von Hobbes vorziehen würden.

Dies ist m.E. bereits aus der spieltheoretischen Form des Naturzustandes bei Hobbes zu bejahen. Die Individuen sehen das Kernproblem des Zustandes darin, dass sie ohne eine höhere Gewalt der Willkür jedes einzelnen anderen ausgeliefert sind, da die Nichteinhaltung

---

<sup>36</sup> Da unbekannt ist, wie der andere entscheidet, wird die Lösung gewählt, die für den Einzelnen die Auszahlung optimiert. Kooperation bedeutet, wenn der Andere kooperiert 3, tut er dies nicht 0 (Summe 3). Nicht kooperieren bedeutet, wenn der Andere kooperiert 5, tut er dies nicht 1 (Summe 6). Die Nichtkooperation ist also für beide die dominante Strategie und führt zum kollektiv schlechtesten Ergebnis (1/1) (vgl. z.B. Rieck, 2007: 44 ff.).

von Verträgen nicht wirksam sanktioniert werden kann. Die Dramatik der Hobbesschen Situation wird plastisch, wenn man sich folgende Situation vorstellt: Zwei Individuen vereinbaren, sich zumindest nicht im Schlaf zu töten. Da keiner der beiden sicher sein kann, dass der Andere sich daran hält, weil keine Sanktionsinstanz existiert, wird keiner der beiden schlafen können, bevor er nicht selbst den Anderen getötet hat. Sie wissen also sehr genau, dass man niemandem vertrauen kann, der nicht durch eine höhere Instanz zur Einhaltung von Verträgen gezwungen wird. Wenn sie also wissen, dass der Leviathan die höchste Instanz ist, wissen sie auch, dass sie dessen Willkür ausgeliefert sein werden und nichts dagegen unternehmen können, wenn sie erst im Hobbesschen Staate stehen. Sie werden also immer nur in einen Staate treten wollen, der auf einem Vertrag beruht, der ihre grundlegenden Bedürfnisse unangreifbar macht und vor jeder Entität schützt.

Sie werden dabei auch dem fairen Verfahren lieber als dem möglichen unfairen zustimmen, da in der Vereinzelung der Individuen gerade keine Unterschiede zwischen diesen bestehen und durch die allgemeine Unsicherheit und das Misstrauen, das diesen Zustand prägt, die faire Verfassung die beste Möglichkeit ist, nicht der Willkür anderer in der Vertragssetzung ausgeliefert zu sein. Ihre Entscheidung lässt sich entsprechend des Urzustandes folgendermaßen darstellen: Die Auszahlungen sind dabei jeweils subjektive Schätzungen der Individuen zum Zeitpunkt der Zustimmung über eine Verfassungssetzung im fairen Verfahren über die möglichen Individuellen Konsequenzen.

### B Hobbessesches Ind.

		B Hobbessesches Ind.	
		Faire Verf.	Unfaire Verf.
A Hobbessesches Ind.	Faire Verf.	3/3	0/?
	Unfaire Verf.	?/0	?/?

Vorstellbar wäre dieses Modell, wenn wir davon ausgehen, dass die Hobbesseschen Individuen nicht wissen, ob sie zur Mehrheit gehören und auch nicht ob es ihnen einen Vorteil bieten würde, im Staat zu einer Mehrheit zu gehören (?/?). Da sie aber auch nicht wissen, über welches Wissen die anderen verfügen, können sie auch nicht ausschließen, dass es eine sich selbst bewusste Mehrheit gibt. Aufgrund der negativen Erfahrung im Naturzustand gehen die Individuen jedoch davon aus, dass diese, sofern sie existiert, ohne Rücksicht auf die



Minderheit ihren eigenen Vorteil suchen würde und schätzen die eigene Auszahlung entsprechend auf Null (0/? bzw. ?/0).

Die Wahl stellt sich nun individuell folgendermaßen dar:

Wähle ich das faire Verfahren und es kommt zustande, lebe ich unter einer fairen Verfassung und alle Kooperationsvorteile werden verwirklicht (3/3), ich verliere aber die Möglichkeit, eventuelle Exploitationsgewinne zu erlangen, sofern ich zur Mehrheit gehöre. Wähle ich das faire Verfahren und dieses kommt nicht zustande, kann ich noch darauf hoffen, im Unfairen zur Mehrheit zu gehören.

Wähle ich das unfaire Verfahren und es kommt nicht zustande, gibt es keine Mehrheit und damit auch keinen möglichen Gewinn, ich schließe mich also dem fairen Verfahren an. Wähle ich das unfaire Verfahren, kann ich zur Mehrheit gehören und eventuell Exploitationsgewinne durch die unfaire Verfassung erlangen. Gehöre ich zur Minderheit werde ich voraussichtlich ausgebeutet.

Zu erkennen ist, dass ich jeweils in die andere Option hineinfalle, wenn meine eigene Wahl nicht die Mehrheit bildet (siehe dazu oben). Die Abstimmung ist also tatsächlich eine Abstimmung darüber, welches Verfahren ich bevorzuge.

Die individuell beste Lösung ist, zur Mehrheit im Staat zu gehören – ohne Informationen kann ich die Wahrscheinlichkeit dafür mit 50% annehmen – und daraus einen Nettonutzen im Vergleich zur fairen Verfassung zu erhalten; durch die erheblichen Unsicherheiten (siehe Argumente) kann ich dabei auch nur heuristisch 50% annehmen. Wenn das unfaire Verfahren zustande kommt, habe ich somit nur eine Chance von 25% mich besser zu stellen, eine weitere Chance von 25%, maximal den gleichen Nutzen wie in der fairen Verfassung zu erlangen und 50% Chance, mich schlechter zu stellen. Ohne Informationen wäre die Herbeiführung eines unfairen Verfahrens somit irrational. Den durch den Naturzustand verängstigten Hobbeschen Individuen nun eine besondere Neigung zum Risiko zuzumuten, scheint indes abwegig. Da die möglichen Ergebnisse bekannt sind und ihnen zumindest heuristisch eine Wahrscheinlichkeit zugeordnet werden kann, stellt sich die Situation als Entscheidung unter Risiko und nicht als Entscheidung unter Unsicherheit dar. Die Optimierungsregel lautet hier schlicht: „Optimiere den wahrscheinlichen Nutzen“; Annahmen über Risikoneigungen sind hier entsprechend ohnehin unangebracht (vgl. Höffe 1998: 22).

Der **Naturzustand bei Locke** ist gegenüber dem Hobbeschen deutlich freundlicher, die Menschen kooperieren bereits und nutzen dadurch die Natur besser als in ihrer Vereinzelung. Sie leben „nach der Vernunft“ zusammen und haben von Natur aus bestimmte Rechte auf Leben, Freiheit und Eigentum. Lockes Sozialvertrag ist nicht wie bei Hobbes ein Umbruch, sondern Ergebnis einer immer stärkeren Kooperation, das bereits gegebene Rechte nur sichert, aber nicht erst erschafft und die Kooperation auf eine neue Ebene der Sicherheit stellt. Möchte man nun Lockes Naturzustand nachbilden, ergibt sich ein anderes Ergebnis im Vergleich zu Hobbes. Es ergibt sich ein iteriertes Gefangenendilemma, da bereits Interaktionen bestehen und das Naturrecht als übergeordnetes Normengefüge eine übergeordnete Moral zur Verfügung stellt, die als innere Sanktion gedacht werden muss. Der Staat sichert nun diese Kooperation nur stärker durch das zur Verfügungsstellen von äußeren Regelsanktionen (vgl. Schaal/ Heidenreich 2006: 81 ff.).

Hätten die Individuen nun die Erfahrung gemacht, dass die Naturrechte für jeden als so bindend angenommen werden können, dass niemand sie zum eigenen Vorteil bricht, so bräuchten sie keinen Staat, um die Kooperation zu festigen. Sie müssen somit wohl erkennen können, dass auch die handelnde Staatsgewalt nicht ohne weiteren Zwang das Naturrecht sicher akzeptieren wird, wenn es keine äußeren Sanktionsmechanismen gibt. Das Locke dieses Problem erkennt und das Problem der Herrschaftsbeschränkung im Fokus seiner Theorie steht, zeigen sein Vetospielerkonzept in der Legislative und die Gewaltenteilung, die er etabliert. Die Bindung der Legislative an eine Verfassung scheint bei ihm jedoch entbehrlich, da er die naturrechtlichen Freiheitsrechte beibehält, von deren Allgemeingültigkeit er ohnehin ausgeht.

Würden nun die Individuen im Naturzustand das Angebot von Locke oder das faire Verfahren wählen?

Wenn man dem Menschen im Naturzustand von Locke folglich zugesteht, dass er die Naturrechte und damit wesentliche Menschenrechte als gegeben ansieht, kann wohl darauf geschlossen werden, dass er nicht die unfaire Verfassung will. Gerade weil er diese Rechte anerkennt, aber schon die Erfahrung gemacht hat, dass diese strittig sein können, wenn keine starke Sanktion zu erwarten ist, wird er doch versuchen, für alle Handelnden eine solche Sanktion bereitzuhalten. Da bei Locke die in sich begrenzte Willkür der Legislative keine äußere Sanktion zu fürchten braucht, ist hier der wesentliche Schwachpunkt im Schutzgefüge. Da in der fairen Verfassung auch die ÄTR verwirklicht wird, ist diese dem Angebot von

Locke vorzuziehen, da in ihr keine Gewalt ohne Sanktion handeln kann. Es ist mithin auch kein Nachteil zu erkennen, wenn die Individuen Lockes Konzept ansonsten für richtig halten, können sie es im fairen Verfahren als Verfassung erlassen.

**Welche spezifischen Voraussetzungen müssen nun für den Naturzustand der Theorie des Rechtsstaates angenommen werden?**

Als Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage soll folgendes Zitat von Kersting dienen: „Die Naturzustandstheorie präjudiziert das Beweisprogramm der politischen Philosophie;(...)“ (1994: 110)

Der Naturzustand der Theorie des Rechtsstaates ist dabei geprägt von der „Voraussetzung der Voraussetzungslosigkeit“ (Maus über den Kontraktualismus der Aufklärung 1998: 72), jeder Zustand, in dem die Individuen das faire Verfahren in einer freien Entscheidung wählen würden, ist hinreichend, die Begründung der Wahl ist unerheblich. Wenn man die Theiestruktur aus Kerstings Präjudiz heraus erklären will, definiert sich gerade aus dieser Voraussetzungslosigkeit die Legitimationsfigur der Theorie des Rechtsstaats, da sie weder ihren Inhalt noch ihre Legitimation aus einer anderen Quelle als den Individuen selbst schöpft.

Es ergibt sich dabei durch das faire Verfahren eine zweistufige Vertragsstruktur, wobei die zweite Ebene einen eigenen „Naturzustand“ erschafft, in dem dann die Verfassung bestimmt wird. Wo die Individuen typischerweise aufgrund einer dichotomen Entscheidung direkt von dem Naturzustand in einen bestimmten geregelten Zustand treten, treten sie nun durch diese dichotome Entscheidung in das faire Verfahren, welches eine Nähe zum Urzustand (Rawls) aufweist. Erst in diesem wird der geregelte Zustand letztendlich definiert.

Die Legitimation der Theorie des Rechtsstaates, wie auch die der Vertragstheorie schlechthin, ist die freie Zustimmung der Individuen (vgl. Homann 1985: 52). Hier wird diese jedoch rein, ohne Beimischung von naturrechtlichen, moralischen oder anthropologischen Annahmen, verwendet, wenn man die Rationalitätsannahme nicht auch als eine solche sehen möchte.

Die Menge der Bedingungen und Annahmen, die eine Vertragstheorie benötigt, um die freie Zustimmung zu einem bestimmten Zustand zu behaupten, steht in direktem Zusammenhang zu der Freiheit der Zustimmung selbst. Anders ausgedrückt: Je enger die Bedingungen, desto weniger frei ist die Entscheidung und desto weniger legitim ist die damit geschützte Staatsvorstellung. Oder nochmals mit anderen Worten: Der Verdurstende in der Wüste trifft

keine freie Entscheidung, wenn er sich für Wasser wohl zu allem Denkbaren verpflichten wird. Möchte man auf noch bestimmtere Ergebnisse kommen, wie etwa bei Rawls, kann sogar nicht mehr von einer Zustimmung gesprochen werden, wie der folgende Abschnitt nochmals vertiefend darstellt.

Bereits die Annahme der Dichotomie der Entscheidung zwischen Naturzustand und einem bestimmten geregelten Zustand erscheint wenig plausibel, wie bereits oben dargestellt wurde. Inhaltlich kann ein Staatskonzept, das auf einer solchen Vorstellung beruht, überhaupt nur dann legitimierbar erscheinen, wenn jeder Inhalt dieses Konzeptes direkt und alternativlos aus dem Naturzustand ableitbar ist, es wird mithin nur von diesem bestimmt. Teilt man also die jeweiligen Determinanten des Naturzustandes nicht, ist auch die Legitimation des darauf begründeten Staatsmodells nicht gegeben. Laut Kersting ist der Vertrag daher der unwichtigste Teil des Kontraktualismus, da der Naturzustand den Staat determiniert (1993: 116 f.).

In der Theorie des Rechtsstaats muss der Naturzustand jedoch nicht die Last der Begründung eines ganzen Staatskonzeptes tragen, sondern lediglich ermöglichen, dass dem fairen Verfahren zugestimmt wird, aus dem dann der Zustand hervorgeht, in dem das Staatskonzept in Verfassungsform hervorgeht.

Es sind wie dargestellt dennoch Naturzustände denkbar, in denen das unfaire Verfahren gewählt würde. Dieses führt dann auch entsprechend nicht zum Rechtsstaat, da eine Mehrheit sich ihre Gestaltungsmacht erhalten könnte. Aus vielen Naturzuständen heraus kann jedoch m.E. plausibel dargestellt werden, dass das faire Verfahren gewählt würde, aus dessen reiner Verfahrensgerechtigkeit dann der Rechtsstaat hervorgeht.

Die Entscheidungssituation im Naturzustand der Theorie des Rechtsstaats stellt sich entsprechend anders dar. Sie bricht aus der typischen Begründungslogik vieler Vertragstheorien aus, da hier nicht retrograd fiktiv vorgestellt wird, dass einer bestimmten Staatsvorstellung (wäre sie bekannt gewesen) zum Austritt aus dem zu dieser passend gestalteten Naturzustand zugestimmt worden wäre.

### 3.5 Das „faire“ Verfahren als Ideal

Das faire Verfahren steht im Zentrum der Theorie des Rechtsstaates, in diesem werden die Grundnormen des geregelten Zustandes bestimmt und einstimmig legitimiert, die ihn formell und materiell erst als integralen Rechtsstaat bestimmen.

Das Ideal des Verfahrens ist dem Zustand reiner Verfahrensgerechtigkeit bei Rawls nahe, beinhaltet jedoch notwendige Abweichungen, wie im Folgenden dargestellt wird (vgl. Höffe 1987: 48; TJ: 159). Der Zustand ist dadurch geprägt, dass kein Individuum von seiner subjektiven Situation i.N. auf seine subjektive Situation im geregelten Zustand schließen kann, insbesondere bereits erkennen kann, ob es in diesem zur Mehrheit gehören wird und auch nicht, welche Bedeutung seine Fähigkeiten für seine Entwicklung in diesem haben werden. Es besteht lediglich allgemeines Übereinkommen darüber, dass ein geregelter Zustand Vorteile gegenüber dem ungeregelten haben wird. Ziel ist es daher, mit allen anderen den bestmöglichen Vertrag für einen geregelten Zustand zu schließen. Da die Individuen nicht subjektiv (i.d.S. im Hinblick auf ihre eigene zukünftige Situation) aber objektiv (i.d.S. im Hinblick auf alle anderen Gegebenheiten) antizipationsfähig sind, werden sie keiner späteren Mehrheit zu der sie möglicherweise nicht gehören eine Vollmacht geben, durch die diese den Vertrag eigenmächtig ändern könnte; entsprechend werden sie unabhängig von den materiellen Inhalten nur einem Modell zustimmen, welches den Grundsätzen der ÄTR Rechnung trägt (siehe oben). Gleichzeitig können sie nur materielle Werte bestimmen, zu denen alle ihre Zustimmung geben.

Konzeptionell scheint der hier verlangte Zustand zunächst demjenigen des **Urzustandes** von Rawls nahezustehen; wie bereits oben ausgeführt, reicht die Legitimation hinter dem Schleier der Unwissenheit jedoch nicht aus, um die Zustimmung tatsächlich zu fingieren, da die Individuen zu nur einem fiktiven Individuum werden, wenn man sie derart entkernt (TJ: 137, 160, 162 f.; vgl. Nida-Rümelin 1990: 461 f.). Daher soll an dieser Stelle zunächst ein neues Konzept eingeführt werden; der Schleier der Unwissenheit wird ersetzt durch die **Hypothese der Wiedergeburt**. Dieses Konzept lässt dem Individuum alle Informationen, will aber dennoch das Konzept der reinen Verfahrensgerechtigkeit soweit wie möglich verwirklichen. Anstatt das Individuum an sich zu entleeren, wird sein Blick in die Zukunft durch folgendes Gedankenkonzept verhindert:

An einem bestimmten Tag in der Zukunft wacht jedes Individuum als ein beliebiges anderes auf und bleibt dieses für alle Zeit, eine Wahrscheinlichkeit ist dabei nicht bestimmbar, die

Gesellschaftsstruktur ist auch nicht identisch mit einer eventuell bereits bekannten. Vor dem Tag der Wiedergeburt haben alle Individuen zusammen die Möglichkeit, die Verfassungsgrundsätze, die fürderhin gelten sollen, einstimmig zu beschließen.

Das Individuum optimiert auch hier rational, worin dem Ansatz von Rawls gefolgt wird, es ist auch allen anderen Individuen gegenüber insofern desinteressiert, als dass es deren Position nach dem Tag der Wiedergeburt ebenso wenig einschätzen kann, wie seine eigene. Jedoch sind die Individuen sich weiterhin ihrem im Naturzustand wie auch immer gearteten individuellen Selbst bewusst, sind also mithin in der Lage, tatsächlich zuzustimmen und damit das Verfahrensergebnis im notwendigen Sinne zu legitimieren (vgl. Höffe 1987: 446). Hier offenbart sich der wesentliche Unterschied zu Rawls, da nun tatsächlich von einer Mehrzahl heterogener Individuen und einer tatsächlichen möglichen Zustimmung aller gesprochen werden kann. Bei Rawls gibt es effektiv nur ein Individuum oder anders ausgedrückt nur eine Ausgangsposition, diese führt bei Rawls entsprechend nur zu einem Ergebnis aber zu keinem Vertrag (vgl. Nida-Rümelin 1990: 461).

Es kann nun berechtigt eingeworfen werden, dass dadurch, dass den Individuen nur der Blick verstellt wird, sie aber dennoch heterogen bleiben, sie nicht zu einem übereinstimmenden oder direkt vorherbestimmbaren Ergebnis kommen werden.

Dass die Hypothese der Wiedergeburt zu einer vorhersagbaren allgemeinen oder gar allgemeingültigen Gerechtigkeitsvorstellung führt, soll hier auch nicht behauptet werden. Ihr Ziel ist es, zu derjenigen Gerechtigkeitsvorstellung zu kommen, der alle Teilnehmer des Verfahrens zustimmen. Fixpunkt ist daher die allseitige Legitimation der Verfassung durch freie Zustimmung, nicht die Suche nach möglichst allgemeingültiger Gerechtigkeit. Das Verfahren selbst muss daher gerecht in dem Sinne sein, dass es eine freie, also ohne äußeren Zwang erfolgende, Willenserklärung ermöglicht.

Die im Verfahren gefundenen Normen entsprechen damit einer Binnengerechtigkeit, die deshalb Gerechtigkeit ist, weil sie legitim ist. Ob diese von außen betrachtet als Gerechtigkeit erkannt wird, spielt keine Rolle, da die äußeren Maßstäbe ihre Legitimität nicht aus dem Verfahren beziehen und somit keinerlei Geltungsanspruch besitzen (vgl. Habermas 1993: 138)<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Dass die freie Zustimmung zu einer auch von außen als „gerecht“ zu betrachtenden Verfassung führen wird, liegt aufgrund des Verfahrens nahe. Die Binnengerechtigkeit hinterlässt jedoch eine Differenz „allgemeiner“

Aus der Differenz zu Rawls Urzustand ergibt sich notwendig auch ein anderes Verfahren: Anders als Rawls geeichtes Gerechtigkeitswesen, werden die heterogenen Wesen im fairen Verfahren nicht ohne tatsächliche Interaktion zu einer einheitlichen Verfassung kommen; an die Seite der auch im Urzustand gegebenen inneren intrapersonellen Abwägung tritt daher die äußere interpersonelle Abwägung. Die im Folgenden sequenziell dargestellten Phasen sind nach einer ersten inneren Abwägung nicht als schlichtes Nacheinander, sondern als stetes Hin und Her zu verstehen, das sein Ende dann findet, wenn ein intra- und interpersonell konsistentes Normengefüge gefunden ist<sup>38</sup>.

**Die Phase innerer Abwägung:** Da die Individuen nicht wissen, wie ihre jeweilige Position in der Gesellschaft aussehen wird, sind sie gezwungen alle trade-offs abzuwägen, die zwischen allen denkbaren Zuständen möglich sind. Die Abwägung ist in diesem Zustand intrapersonell, die Frage ist jeweils: Was wäre für mich in einer Position ideal und was halte ich für gerecht, mir selbst dazu aus einer anderen Position abzuverlangen und vice versa. Wie opportunistisch oder altruistisch das einzelne Individuum ist, spielt dabei keine Rolle; in jedem Fall soll sich eine zumindest weitgehend widerspruchsfreie innere Wertordnung herausbilden, die gleichzeitig auch bereits Argumentationslinien enthält, die aus der inneren Abwägung entstanden sind. Dies kann gleichzeitig als Ziel und Endpunkt dieser ersten Phase gelten.

---

Gerechtigkeit, weil es um den Konsens der Vertragschließenden geht und eben nicht um „Gerechtigkeit“. Exemplarisch mag es gut möglich sein, dass alle Rechte als Bürgerrechte und nicht als Menschenrechte ausgestaltet werden, da nicht ohne weitere Annahmen klar ist, dass es einen Vorteil ergäbe, Fremden Rechte einseitig einzuräumen.

<sup>38</sup> Wie bei Rawls sollen damit die Grundnormen der Gesellschaft einstimmig und vollständig verbindlich in einer Situation mäßiger Knappheit festgelegt werden. Bei den formalen Bedingungen – die bereits oben ausgeführt wurden – wird dabei ebenfalls Rawls gefolgt, da diese als mithin logische Anforderungen an diese Normenkategorie gelten können (im Folgenden TJ: Abschnitt 23):

1. Allgemeinheit

Grundsätze müssen allgemein formuliert werden und dürfen damit logischerweise keine Eigennamen oder ähnliche Umschreibungen beinhalten (154 f.).

2. Unbeschränkte Anwendbarkeit

Die Grundsätze sind vor dem Hintergrund zu wählen, dass jeder sie befolgt. Grundsätze deren Befolgung durch jedermann sich gegenseitig ausschließt, oder die nur bei einem formierten Verhalten mehrerer vernünftig sind, sind damit ausgeschlossen (155).

3. Öffentlichkeit

Die Individuen sollen Gerechtigkeitsvorstellungen als öffentlich anerkannte und voll wirksame moralische Leitlinien des gesellschaftlichen Lebens beurteilen (155 f.).

4. Rangordnung

Die Grundsätze sollen geeignet sein, konkurrierende Ansprüche in eine allgemein transitive Ordnung zu bringen, was sich bereits aus der (mäßigen) Knappheit als logisches Ziel der Grundsätze ergibt (156 f.).

5. Endgültigkeit

Die Grundsätze müssen als letzte Instanz gedacht werden, über und neben diesen existieren keine anderen Grundsätze, auf die man sich zur Begründung von Ansprüchen berufen kann. Sie sind damit die obersten Normen eines gesellschaftlichen Normensystems, deren Anwendung zu endgültigen Ergebnissen führt (157 f.).

Diese Wertordnung ist jedoch noch von einer subjektiven Werthaltung dominiert, sie ist somit nicht nur idiosynkratisch, sondern auch durch eine Informationsasymmetrie gegenüber den anderen Individuen geprägt. Ersteres, weil zur Bedingung eben nicht eine enge Annahme zur inneren Haltung der Individuen gemacht wurde, dementsprechend nicht identische Gedankengänge unterstellt werden können. Letzteres, weil auch die Bedingung gleicher Informationen nicht gestellt wurde.

Nach dieser Phase haben die Individuen somit eine grundsätzliche Vorstellung dessen, was sie individuell als gerechte Ordnung empfinden würden. Dies bedeutet jedoch noch nicht, dass diese mit der Vorstellung der anderen Individuen übereinstimmt.

### **Die Phase äußerer Abwägung**

In der zweiten Phase, dem Diskurs, treffen die Individuen nun aufeinander, wodurch eine Phase der Diskussion eingeleitet wird, die dazu führt, dass sich die Informationsasymmetrien weitgehend auflösen und die individuellen Vorstellungen mit denen der anderen verglichen und abgeändert werden.

Der Diskurs ist eine Phase externer trade-offs; ebenso wie die internen trade-offs zwischen den verschiedenen möglichen Positionen solange abgewogen werden müssen, bis ein stabiler Zustand entsteht, so geschieht dies auch mit den externen trade-offs. Die externen trade-offs sind dann ausreichend abgewogen und erreichen einen stabilen Zustand, wenn alle Individuen bereit sind, die dann als Verfassung dargestellte Lösung anzunehmen. Der Diskurs ist dabei vollkommen herrschaftsfrei, da jede Stimme aufgrund der Einstimmigkeitsbedingung unendliches Gewicht hat und die baldige Wiedergeburt alle Macht negiert.

### **3.6 Ausblick: Das „faire“ Verfahren als tatsächliches Verfahren**

Das faire Verfahren ist, auch wenn eine Zustimmung in ihm im Gegensatz zu Rawls Urzustand ermöglicht wird, noch immer unbefriedigend. Auch wenn Verfahrensgerechtigkeit und Legitimation durch die Hypothese der Wiedergeburt erreicht werden können, ist es doch nicht weniger fiktional als der Schleier der Unwissenheit. Beides sind Gedankenexperimente, in die sich hineinzusetzen es ermöglicht, Verfahrensgerechtigkeit im eigenen Denken nachzustellen, um zu versuchen, von eigener Subjektivität Abstand zu nehmen und objektiv gerechte Maßstäbe zu finden (vgl. Höffe 1977: 35 f.). Dass Menschen diese dann auch entgegen eigenem Opportunismus verwirklichen würden, allein weil sie diese als gerecht



anerkennen, bedarf jedoch Annahmen über die Natur des Menschen, die ihn zu einem so edlen Wesen machen würden, dass ihm jeder Staat Rechtsstaat wäre. Denn wenn jeder jederzeit nach den Maßstäben objektiver Gerechtigkeit oder anders gesagt nach dem kategorischen Imperativ den die Vernunft an ihn richtet, handeln würde und sich nie durch seinen Privatwillen verführen ließe, wäre diese Theorie längst mit Kant und Rousseau versöhnt.

Ohne ein besonders hoffnungsvolles Menschenbild, muss jedoch die reine Verfahrensgerechtigkeit mit legitimierbarem Ausgang, die durch das Ideal der Hypothese der Wiedergeburt verkörpert wird, in ein zumindest als real denkbare Verfahren überführt werden.

Dieses Verfahren soll nun nicht mehr Teil der Ausführungen sein, sondern einen Ausblick auf die Weiterentwicklung des hier vorgestellten Ansatzes bieten, da diese Schrift durch ihre theoretische Einordnung und besonders durch ihren Umfang nicht geeignet erscheint, ein empirisch überprüfbares Verfahren vorzustellen.

Lediglich eine kurze Blaupause über die Herausforderungen, die ein Verfahren zu meistern haben wird, dass die „Reine Verfahrensgerechtigkeit“ im dargestellten Sinne umsetzt, soll hier zum Abschluss gegeben werden:

Der Aspekt, der durch das Ideal vorgegeben wird und als hinreichende Bedingungen für die Legitimation und die reine Verfahrensgerechtigkeit gelten muss, ist die freie Zustimmung aller zu den gemeinsam gefundenen Verfassungsnormen.

Die Freiheit der Zustimmung erfordert die Herrschaftsfreiheit des Diskurses, da jeder Zwang diese schmälern würde. Dies steht jedoch im Widerspruch dazu, dass ein Ergebnis erzeugt werden muss, da jede Verweigerung der Zustimmung dieses verhindern und damit Stagnation bedeuten würde oder selbst Zwang auf die anderen Individuen ausübt, ihre Haltung zu ändern, selbst wenn diese bereits für gerecht gehalten wird und keine vernünftigen Argumente dagegen vorzubringen sind.

Die Verfahrensregeln, die ihre Legitimation bereits auf der Ebene der Entscheidung für das faire Verfahren erhalten und nicht erst in der Entscheidung über die Verfassung selbst, müssen daher eine Art Sicherung dafür enthalten, dass die Verfassung auch zustande kommt. Diese Sicherung kann dabei mit der Maxime „in dubio pro libertate“ umschrieben werden, will heißen, dass wenn über einen Regelungsbereich keine andere Regelung zustande kommt,

jeweils diejenige Regelung in Kraft tritt, die die Freiheit eines jeden in dem größten Umfang gewährleistet, der möglich ist, wenn auch allen anderen die gleiche Freiheit zuteil wird. Dies entspricht zwar auch Rawls erstem Gerechtigkeitsgrundsatz (TJ: 81), soll hier jedoch als reine Deduktion aus der Gleichheit und Freiheit im Urzustand verstanden werden. Wenn der Naturzustand als vollkommen herrschaftsfrei verstanden wird und gerade deshalb Gleichheit und Freiheit herrschen und der Diskurs als kooperative Herrschaft aller gemeinsam über sich selbst verstanden wird, dann folgt aus dem Scheitern der kooperativen Herrschaft, im Sinne der Normsetzung, dass diese für diesen Fall nicht zustande kommt und daher das Übertragen der gleichen Freiheit aller in den positivrechtlichen Rahmen des geregelten Zustandes zu erfolgen hat.

Damit diese Regel nicht ins Leere greift, muss gleichzeitig auch ein Enddatum der Verfassungsfindung festgelegt werden, sowie bereits ein Mindestbestand an formeller Rechtsstaatlichkeit bereitgestellt werden muss. Darunter diejenige Staatskonstellation, die die ÄTR verwirklicht und damit auch ein Rechtsschutz gegen staatliche Handlungen. Dies stellt logisch kein Legitimationsdefizit dar, da die Legitimation als Verfahrensregel bereits gegeben ist.

Neben dieser letzten Sicherung muss der herrschaftsfreie Diskurs auch durch eine Kommunikationsgestaltung gewährleistet werden, die den Individuen ermöglicht, nur über die Überzeugungskraft von Argumenten zu den Normen zu gelangen, wobei dies durchaus im Sinne von Habermas zu verstehen ist (vgl. 1995: 161). Ein Argument darf nicht durch persönliche Überzeugungskraft oder persönliche Sympathie oder Antipathie besondere Geltung erhalten, ebenso wenig darf eine spätere Schlechterstellung im geregelten Zustand durch das Vertreten von Argumenten entstehen können. Das Verfahren muss entsprechend blind sein, die Verhandelnden dürfen sich nicht persönlich erkennen und selbst besondere sprachliche Merkmale dürfen nicht zu erkennen sein, da dies den gleichen Effekt haben könnte, lediglich der „zwanglose Zwang des besseren Arguments“ darf die Entscheidung der Einzelnen beeinflussen (ebd. 144). Eine Lösung dafür könnte die schriftliche Verhandlung in allgemeiner Sprache ohne Hinweis auf den Urheber sein, so dass lediglich das Argument selbst zur Wirkung kommt.

Zuletzt scheint es aufgrund der schieren Anzahl abwegig anzunehmen, dass alle Abstimmenden des ersten Vertrages auch tatsächlich an einer Verhandlung teilnehmen könnten. Solange jedoch alle Gruppenpartikularinteressen vertreten sind, scheint dies

aufgrund der Einstimmigkeitsbedingung und dem damit verbundenen unendlichen Stimmgewicht auch verzichtbar. Um weiterhin die Legitimation der Ergebnisse zu gewährleisten, müssen die Vertreter ebenso einstimmig von den jeweiligen sich als Gruppe definierenden Individuen bestimmt werden und es müssen insgesamt alle Individuen repräsentiert werden; dies würde mithin einen dritten Vertrag notwendig machen.

## 4 Zusammenfassung und Resümee

Wie zu Beginn herausgearbeitet wurde, benennt der Begriff des Rechtsstaats den Staat, der selbst und mit all seinen Gewalten im (zwangsbewehrten) Recht steht und daher nicht selbst über die Grundnormen dieses Rechts verfügen kann. Erst in dieser Form löst der Staat die Dialektik von Recht und Herrschaft zugunsten des Rechts auf, die darin begründet ist, dass Recht Mittel aber auch Grenze der Herrschaft ist. Äußere rechtsstaatliche Attribute sind lediglich ein Anscheinsbeweis: Von außen betrachtet kann jeder Staat rechtsstaatlich sein, ob ein Staat jedoch Rechtsstaat ist, hängt davon ab, ob die äußere Rechtsstaatlichkeit sich unwiderstehlich aus seiner inneren Struktur ergibt und nicht von willkürlichen Entscheidungen abhängt (1.1-1.2; Anhang).

In der Analyse der politischen Theorien offenbart sich die beschriebene Dialektik: Wo bei Hobbes alles Recht von der Herrschaft abhängen soll, so beinhalten die anderen hier vorgestellten klassischen Theorien der Moderne, allen voran diejenige von Kant, den Gedanken unveräußerlicher Rechte, die der Staat gewähren sollte. Als Lösung der Dialektik sollte hier jedoch überpositives unverfügbares Natur-, oder im besonderen Vernunftrecht dienen, das in der gesamten Konstellation als „Übersouverän“ zu betrachten wäre. So sinnleer wie der Begriff einer Übersouveränität, so unwirksam ist dieses Recht als Schutz vor „falschem“ positivem Recht, denn es findet sich in diesen Staatsgebilden kein Richter, der wirksam darüber urteilen und eine Vollstreckung anordnen könnte und auch sonst keine Handhabe, die den Staat nicht zerbrechen ließe, wie die Betrachtungen zum Widerstandrecht zeigen. Kernproblem ist dabei jeweils der im Staat handlungsfähige Souverän, dessen Limitierung sich logisch ausschließt (2.1-2.3). Um noch einmal auf das einleitende Zitat von Gustav Radbruch zurückzukommen, mag es zwar richtig sein, dass die Demokratie den Rechtsstaat zu erhalten vermag, sie kann ihn jedoch nicht ersetzen. Wie die Analyse zeigt, sichert auch die Demokratie nicht die Rechte aller Bürger (gedacht sei dabei vor allem an Minderheiten), solange die Sicherung der Rechtsstaatlichkeit nur durch naturrechtliche oder anthropologische Vorstellungen, nicht jedoch durch die Staatsstruktur selbst gesichert werden soll (2.4).

Den Ausweg aus dem Dilemma ermöglicht erst die Disjunktion von Souveränität im Sinne der *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* als verfasste Gewalt, wodurch das Einsetzen

eines letzten Richters, der nicht selbst an der Herrschaft teilnimmt, ermöglicht wird, was die tatsächliche Auflösung der Dialektik von Recht und Herrschaft zugunsten des Rechtes bewirkt. Dies wird als die äußere oder formale Theorie des Rechtsstaats bezeichnet (3.1).

Ausgehend davon wird die metatheoretische Schwäche der Legitimationswirkung des Vertrages in der Vertragstheorie dargestellt, die aufgrund der direkten Deduktion des Staates aus dem Naturzustand gegeben ist, welche zu einer theoretischen Bagatellisierung der legitimierenden Willenserklärung führt. Bei der Fokussierung auf die Willenserklärung offenbart sich die Annahme einer dichotomen Entscheidungssituation als wenig plausibel, weshalb die Legitimation einer bestimmten Staatsvorstellung auch erfordert, dass diese gegenüber anderen denkbaren Staatsvorstellungen überlegen sein muss und nicht nur gegenüber dem Naturzustand (3.1).

Aufgrund der dargestellten Ablehnung der Entscheidungsdichotomie ist das dominante Staatsmodell jeweils dasjenige, welches die Individuen für das Beste halten, die Zustimmung zu einem ersten (Gesellschafts-) Vertrag kann daher noch nicht die Zustimmung zu einem bestimmten Staat sein, sondern lediglich eine zu der Entwicklung eines Staatsmodells, mithin zur Formierung zum *pouvoir constituant*, der ein zweiter (Verfassungs-) Vertrag folgt (3.1, 3.2).

Dieses Vertragsmodell liegt daher auch dem hier vorgestellten Ansatz zu einer Theorie des Rechtsstaats zugrunde, dessen Beweisprogramm entsprechend die Begründung der Willenserklärung zu einem bestimmten Verfahren der Verfassungsfindung in den Vordergrund stellt. Für das in der Auseinandersetzung mit Rawls Theorie der Gerechtigkeit (3.2) entwickelte „Faire Verfahren“ der Verfassungsfindung (3.4, 3.5) wird daher die entsprechende Argumentation in zweifacher Hinsicht geführt. Zum einen hinsichtlich der Legitimation des Verfahrens selbst durch freie Zustimmung der Individuen im Naturzustand, zum anderen hinsichtlich der Legitimation der Ergebnisse des Verfahrens als grundlegende Normen der neuen Staatlichkeit.

Anhand zweier Betrachtungen aus der Perspektive der allgemeinen Rational-Choice-Theorie (3.3.1) sowie aus der spezielleren Perspektive der Spieltheorie (3.3.2) konnte zunächst dargelegt werden, dass lediglich die Bedingung der Uninformiertheit über Mehrheitsverhältnisse als notwendige Annahme für den Urzustand gelten muss (3.4), um die Legitimation des Verfahrens selbst annehmen zu können.

Weiterhin konnte durch eine als Modifikation der Rawlschen Idee der reinen Verfahrensgerechtigkeit entwickelte Form des Verfahrens dargestellt werden, dass dadurch eine Legitimation und Erzeugung materieller Normen ohne Rückgriff auf außerverfahrensmäßige Maßstäbe ermöglicht wird. Erst dieses Verfahren ermöglicht eine ausschließliche Legitimation durch die Vertragstheorie selbst, ohne Rückgriffe auf theoriefremde Normenquellen (3.4). Dadurch legitimiert der vorgestellte Entwurf einer Theorie des Rechtsstaats nicht nur das formelle, sondern auch das materielle Normengefüge des Rechtsstaats aus nur zwei einfachen Grundannahmen:

1. Da die Menschen im Naturzustand die Erfahrung gemacht haben, dass Rechte ohne Zwang keine tatsächlichen Rechte sind, werden sie keine Rechte ohne Zwang im Staat zulassen, wodurch sie der äußeren Theorie des Rechtsstaats folgen werden.
2. Da sie nicht über umfassende Informationen verfügen, wählen sie das faire Verfahren, da in der Unsicherheit die möglichen Nachteile eines unfairen Verfahrens die möglichen Vorteile überwiegen.

Ein Wermutstropfen mag dabei sein, dass gerade deshalb das Verfahren nicht in der Lage sein kann, eine Aussage über die letztendliche Ausgestaltung der Normen zu machen, da ein Verfahren der reinen Verfahrensgerechtigkeit notwendigerweise durchgeführt werden muss, um seine jeweils spezifischen Normen zu finden. Für Interessierte mögen jedoch die Überlegungen von John Rawls (1971, 1993) bereits Anhaltspunkte bieten.

Gerade diese theoretische Erkenntnisschwelle offenbart jedoch das empirische Potenzial dieses Ansatzes, da dieser sich kaum der Ideologie verdächtig macht, eine bestimmte Verstellung von Normen und Werten zu verteidigen, auch wenn er zweifellos als liberal gelten muss, da er vom Gedanken der Gleichheit und Freiheit der Menschen durchdrungen ist. Der metatheoretische Wechsel der Legitimationsbegründung weg von der Deduktion hin zur rationalen Begründung der Willenserklärung wirkt in diesem Sinne als Demokratisierung der Vertragstheorie und eröffnet den Weg zu einem tatsächlichen Verfahren, dessen Ergebnis gerade aufgrund seiner sparsamen Annahmen und der notwendigen Zustimmung aller als in vollem Umfang legitim gelten muss. Der Grundriss eines möglichen empirischen Verfahrens bildet daher den Abschluss der Ausführungen und gleichzeitig den Ausblick auf die mögliche Weiterführung der Theorie (3.6).

Hinsichtlich der einleitend geschilderten „Good Governance“, deren Grundsubstrat Rechtsstaatlichkeit bildet, bietet der Ansatz daher ein Modell der inneren Legitimation, aus dem der Rechtsstaat aus dem Willen der Menschen hervorgehen kann und nicht als fremdes, äußeres und damit kaum zu legitimierendes Gebilde übergestülpt wird. Letzteres würde ihn in diesem Sinne ohnehin für die Betroffenen zu einem teleologischen Zwangsgebilde verkommen lassen, das nicht Rechtsstaat, sondern eine Diktatur des falschen Rechts wäre; denn der Rechtsstaat ist sich nie selber Zweck, sondern immer nur Mittel der Freiheit und Gleichheit des Einzelnen und kann daher nur aus diesem Keim sprießen.

„Der Rechtsstaat hat nicht zu siegen, er hat auch nicht zu verlieren, sondern er hat zu existieren!“

- Helmut Schmidt 2007: DIE ZEIT, Nr. 36

## **Anhang: Zur empirischen Rechtsstaatlichkeit**

Mit dem Ziel deutlich kontrastierende Rechtsstaatskonzepte vorzustellen, wird im Folgenden die Analyse zur empirischen Rechtsstaatlichkeit anhand der beiden Beispiele Deutschland und England durchgeführt; Länder, die gleichzeitig auch die beiden weltweit dominierenden Rechtskreise<sup>39</sup> repräsentieren.

Deutschland ist in besonderem Maße ein Resultat des kontinentaleuropäischen Konstitutionalismus und setzt diesen in einer Verfassung um, die auf die grausame Diktatur des Nationalsozialismus folgte. Aufgrund dieser späten historischen Zäsur zeigt sie in besonderem Maße ein positivrechtliches formelles und materielles Sicherungskonzept gegen exekutive und legislative Machtausübung, das gegenüber längeren Verfassungstraditionen – wie beispielsweise in Frankreich – kaum als historisch gewachsen angesehen werden kann.

Daher kontrastiert die deutsche Konzeption mehr als andere relevante Länder der kontinentaleuropäischen Rechtstradition mit der historisch gewachsenen Konzeption Englands als Ursprungsland des angloamerikanischen Rechtskreises. Die diesen Rechtskreis prägende Common-Law Tradition und die spezifische damit einhergehende Rechtsstaatlichkeit sind in England noch immer in ihrer originären und stark traditionell verwurzelten Ausprägung zu finden. Die USA, als weiterer relevanter Vertreter dieses Rechtskreises, haben dem entgegen auch Züge der kontinentaleuropäischen Rechtsstaatskonzeption, insbesondere einen Grundrechtekatalog.

Die Darstellung der deutschen und englischen Rechtsstaatlichkeit stellt daher nicht nur die Rechtsstaatskonzepte der beiden großen Rechtskreise anhand relevanter Vertreter gegenüber, sondern aufgrund der Spezifik der gewählten Länder gleichzeitig eine traditionelle nicht positivrechtliche Rechtsstaatlichkeitskonzeption gegenüber einer systematisch

---

<sup>39</sup> Ein Rechtskreis bündelt jeweils verwandte Rechtsordnungen, die wesentliche Prinzipien miteinander teilen, wozu auch grundlegende Konzeptionen von Rechtsstaatlichkeit gehören. In der Gegenwart beherrschen vor allem zwei Rechtskreise das juristische Bild der Welt, zum einen der angloamerikanische (Common Law) mit seinem Ursprung in England und der kontinentaleuropäische, dessen Ursprung nicht auf ein einziges Land festzulegen ist (Civil Law) (vgl. [www.juriglobe.ca/eng/index.php](http://www.juriglobe.ca/eng/index.php)). Die hier vorgenommene Differenzierung in nur zwei relevante Rechtskreise dient an dieser Stelle vor allem der Übersichtlichkeit; für eine nähere Betrachtung ist jedoch in der Regel eine stärkere Differenzierung vor allem des kontinentaleuropäischen Rechtskreises geboten (vgl. zu diesem Abschnitt und vertiefend Zweigert/ Kötz 1996: Abschnitt B).



positivrechtlichen Konzeption, womit gleichzeitig die konzeptionellen Extrempositionen gegenübergestellt werden.

Diese Betrachtung soll jedoch nicht in dem Sinne vergleichend sein, dass die Länder direkt gegenüber gestellt werden. Vielmehr liegt der Fokus auf der jeweiligen Verwirklichung von vor allem struktureller Rechtsstaatlichkeit in den beiden Ländern, die trotz ihrer Unterschiedlichkeit doch die Gemeinsamkeiten teilen, voll entwickelte Industrieländer mit einem stabilen politischen System und vergleichbarer operativer Rechtsstaatlichkeit zu sein<sup>40</sup>. Entsprechend sind die Betrachtungen als Einzelanalysen gehalten, weshalb auch auf ein gemeinsames Fazit verzichtet wird.

## **1 Der deutsche Rechtsstaat**

### **1.1 Der deutsche Rechtsstaat in der Geschichte**

Wie Böckenförde bemerkt, ist der Rechtsstaat „...eine dem deutschen Sprachraum eigene Wortverbindung und Begriffsprägung, die in anderen Sprachen keine Entsprechung findet.“ Gerade entspreche sie auch nicht dem englischen „Rule of Law“ und die französische Rechtssprache hätte überhaupt keine vergleichbare Terminologie (2006: 144).

Die frühen Verwender des Rechtsstaatsbegriffes Anfang des 19. Jahrhunderts sahen den Rechtsstaat als eigene Staatsgattung und Staatsprinzip, womit sie die überkommenen Staatsbegriffe zu bloßen Regierungsformen degradierten. Damit arbeiteten sie den Staatsbegriff der Aufklärung von Kant bis zu einer Ausprägung aus, die dem später vorgestellten aktuellen Rechtsstaatsbegriff viele Elemente vorwegnimmt. Relevant für die spätere Betrachtung ist hier vor allem die Vernunftrechtstradition in die Kant den Rechtsstaat stellt, wonach bestimmte Vernunftprinzipien im Sinne von vorpositiven Rechten die Staatsgründung erst ermöglichen, gar erzwingen und auch während seines Bestands überpositiv gelten (Böckenförde 2006: 144 ff.).

Diese Rechtsstaatsvorstellung hatte für die damalige Zeit und die nicht demokratische Herrschaftsform einen erheblichen Vorteil. Da die materiellen Freiheiten aus überpositiven Vernunftssätzen erwachsen, würde ein Monarch – sofern er diese Vorstellung annimmt – effektiv an diese gebunden sein, da sie natürlich und daher für ihn unverfügbar vorhanden

---

<sup>40</sup> exemplarisch WJP Rule of Law Index, Agrast et al.: 2013 S.92, 149; Worldwide Governance Indicators, [http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc\\_chart.asp](http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_chart.asp) (05.06.2013)

sind. Da sich der Monarch damit bei einem Verstoß gleichsam gegen die Natur versündigen würde, entstünde eine Herrschaft des Rechtes, ohne dass die Souveränität des Herrschers in Frage gestellt würde, da er die allgemeinen Vernunftsätze auch als seine eigenen annimmt.

In Ermangelung der Volkssouveränität war dies die einzige Möglichkeit, einen Rechtsstaat theoretisch zu sichern, ohne die gegebene Herrschaftsform in Frage zu stellen. Würde der Herrscher selbst Recht setzen, könnte er es auch wieder ändern, wodurch er nicht gebunden wäre. Würde eine Entität, die nicht der Souverän ist, diesem Rechte vorschreiben und deren Einhaltung auch kontrollieren und sanktionieren können, wäre letztere Entität der eigentliche Souverän und es würde wieder der Vorsatz gelten. Die einzige Möglichkeit, ohne Volkssouveränität Rechtsstaatlichkeit zu sichern, sind damit naturrechtliche Bindungen, die als objektive Wertordnung eine natürliche und unverfügbare Bindung des Souveräns bewirken, ohne seine Souveränität in Frage zu stellen.

Kriele schreibt dazu jedoch kritisch, dass die dadurch begründete konstitutionelle Monarchie nur einen graduellen Unterschied zur absoluten Monarchie beinhalte, da der souveräne Monarch Rechte nicht aus tatsächlicher konstitutioneller Gebundenheit gewähren würde, sondern nur aus Klugheit und Milde (2003: 273). Auf die hoffnungsvolle Theorie folgte entsprechend eine weitgehend ernüchternde Praxis.

Die tatsächlichen Entwicklungen im 19. Jahrhundert blieben so auch hinter den Hoffnungen zurück, die in diesem Rechtsstaatsbegriff anklangen. Dennoch wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine gewisse Rechtsstaatlichkeit erreicht, wodurch der Rechtsstaat ob des Erreichten zum „Formprinzip“ (Böckenförde) wurde oder – im heutigen Verständnis – zum formellen Rechtsstaat. Parlamentarismus, Konstitutionalismus und ebenso Menschenrechtsdenken bleiben unvollständig und nur partiell realisiert. Ein Rechtsstaat, der bestimmte (Menschen-) Rechte für die Bürger schaffen und schützen konnte, weil die Volksvertreter im Parlament Recht setzten und die Regierung kontrollierten, war in Deutschland durch das Bestehen der „pouvoir constituant“ in Händen des Monarchen nicht möglich, wodurch ein materieller Rechtsstaat der Grundrechte, also Menschen- und Bürgerrechte, sichert, nicht zu erreichen war. Vielmehr war es der formelle Rechtsstaatsbegriff, der angenommen wurde: Die Bindung der Staatsgewalt, vor allem der Verwaltung, an das Gesetz und der Rechtsschutz gegen diese (Diestelkamp 2012: 592). Diestelkamp betont dabei das starke Vertrauen in die Justiz sowie die historisch starke Stellung derselben im deutschen formellen Rechtsstaat und liefert damit eine historische

Begründung für die starke Position des heutigen Bundesverfassungsgerichts (592 ff.). Rechtsschutz erschöpfte sich damit im Schutz gegen die Exekutive vor den Gerichten.

Dennoch war die ursprüngliche Idee durchaus wirkmächtig und zwar in dem Sinne, dass aufgeklärte absolutistische Herrscher Gesetzbücher erstellen ließen um sich – zumindest im Allgemeinen - auch selbst zu binden. Die damit einhergehende Vereinheitlichung des Rechts in den deutschen Teilgebieten ist ab dem 18. Jahrhundert deutlich wahrzunehmen; 1756 für Bayern, 1794 für Preußen und 1811 für Österreich. Der rechtliche Flickenteppich wurde in dieser Zeit nur durch wenige reichsweite Kodifikationen in wirklich relevantem Maße vereinheitlicht. Als Quelle der genannten teilstaatlichen Kodifikationen diente dabei das Pufendorfsche Naturrecht, das 1672 erschien und sich weit verbreitete. Die Rechtsvereinigung durch diese Kodizes war von besonderer Bedeutung, da so das Konglomerat aus lokalem, römischem, kanonischem und aus dem Mittelalter überkommenem und weiterentwickeltem Recht überwunden wurde (vgl. Wesel 2010: 403 ff.).

Dadurch sicherten nicht der vernunftrechtliche Ansatz, der im Grunde keine Kodifizierung benötigt, um gültig und wirksam zu sein, sondern gerade der Rechtspositivismus und damit einhergehend die konstitutionelle Monarchie einen formellen Rechtsstaat.

Diese spezifisch deutsche Entwicklung grenzt sich dabei deutlich von der Entwicklung in anderen europäischen Ländern ab: Im Gegensatz zu Frankreich und England wurde Deutschland erst spät ein zentral regierter Staat; in gleichem Maße mangelte es auch an einem einheitlichen Rechtsraum, aber auch an der Möglichkeit, sich als *ein* Volk gegenüber der überkommenen Herrschaftsstruktur über die Zeit – wie in England oder Frankreich – zu emanzipieren. Daher war es gerade nicht die Revolution, die zur Erzwingung einer Verfassung führte, sondern lediglich die verfasste Selbstbeschränkung einiger Fürsten (vgl. Helms 2003: 44 f.).

Erst im 20. Jahrhundert kam Deutschland zur Volkssouveränität und ebenso wie sich zuvor die Herrscher konstitutionell und damit positivrechtlich beschränkten, erfolgte die Beschränkung der Regierung nun ebenfalls auf diesem Weg. Jedoch ging die Volkssouveränität bereits nach 25 Jahren wieder an Hitler verloren. Letzte Etappe vor dem Nationalsozialismus war dabei die erste demokratische Verfassung Deutschlands, die der Weimarer Republik. Neben dem Problem der Schwäche der Republik selbst, die 1933 in der Machtergreifung endete, sah diese Verfassung auch keine Verfassungsgerichtsbarkeit vor und die kodifizierten Grundrechte wurden laut Wesel nur als „Programmsätze“ verstanden, aus

denen keine unmittelbaren Rechte für den Einzelnen erwachsen, wodurch von keinem effektiven rechtlichen Schutz des Freiheitsraumes des Einzelnen gesprochen werden konnte (2011: 42).

Die bundesrepublikanische Verfassung, die 1949 mit Zustimmung der Alliierten als zweite Verfassung einer deutschen Republik angenommen wurde, ist nicht unabhängig von der Gesamtheit des historischen Konstitutionalismus. Dennoch wirkte der Kontext der Zeit seiner Entstehung – die nahe Erfahrung des Krieges und des Hitlerregimes sowie die Vorbehaltsrechte der Alliierten – in besonderem Maße auf das Grundgesetz ein und hatte Einfluss auf die normative Ausgestaltung der Verfassungsstaatlichkeit wie Helms als Ergebnis vergleichender Betrachtungen betont (2003: 45 f.).

## 1.2 Der Rechtsstaat des Grundgesetzes

Im Gegensatz zu der englischen<sup>41</sup> und französischen Verfassung, aber in Übereinstimmung mit anderen europäischen Verfassungen, die unmittelbar nach der Erfahrung totalitärer Herrschaft<sup>42</sup> entstanden sind, räumt das Grundgesetz den Grundrechten eine starke Rolle ein und positioniert diese an seinem Beginn. Damit definiert das GG bestimmte Menschen- und Bürgerrechte als **materiellen Gehalt des Rechtsstaats** und räumt diesen als **Grundrechten** (Art. 1-19 GG<sup>43</sup>) eine exponierte Stellung ein. Diese Rechte gelten unmittelbar und haben vor allem den Charakter von Abwehrrechten des Bürgers gegen den Staat; sie bestimmen damit die Grenzen seines Handelns und definieren den Freiheitsraum der Bürger. Die Grundrechte als oberste materielle Rechtsnormen werden daher formal durch Art. 1 Abs. 3 abgesichert, sie binden danach als unmittelbar geltendes Recht alle Staatsgewalt (**Verbindlichkeit der Grundrechte**). Für Wesel gilt das Grundgesetz daher als Wiederauferstehung des „alte[n] materielle[n] Rechtsstaatsbegriff[es] des frühen 19. Jahrhunderts in Deutschland“ nach der „Rechts- und Verfassungsverwüstung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus“ (2011: 42). Der materielle Rechtsstaat bindet damit die gesamte staatliche Gewalt vorab an bestimmte oberste Rechtssätze und entzieht diese somit dem politischen Zugriff; mit seinen Gewalten steht der Staat also im Recht und nicht außerhalb dessen. Im Verhältnis zum formellen Rechtsstaat gibt der materielle somit einen Inhalt und eine Richtung vor, begnügt

---

<sup>41</sup> England kennt keine einheitliche Verfassungsurkunde, sondern bezieht seine als Verfassung zu interpretierenden Normen aus einer Reihe von meist historischen Dokumenten sowie ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen (Hagedorn, Maruhn 2003: 5). Ausführlich wird dies im Teil zum englischen „Rule of Law“ behandelt.

<sup>42</sup> wie Italien, Griechenland, Portugal und Spanien (Helms 2003: 47)

<sup>43</sup> Im folgenden zitierte Artikel sind dem Grundgesetz in seiner am 01.01.2013 geltenden Fassung entnommen.

sich also nicht damit, nur formell die Gesetzmäßigkeit des staatlichen Handelns zu sichern (vgl. Benda 1995: 721 f.). Im Sinne eines integralen Rechtsstaatsbegriffs beinhaltet das Grundgesetz somit materielle Normen, allen voran die Grundrechte, und ebenso formelle Normen, die den materiellen Rechtsstaat in seinem Bestand schützen, da erst der verbindliche und wirksame rechtsförmige Schutz der bestimmten materiellen Werte den integralen Rechtsstaat als solchen begründet.

Besonders abgesichert gegenüber dem Gesetzgeber werden durch **Art 79 Abs. 3<sup>44</sup>** die Art. 1 und 20, die durch den Gesetzgeber nicht geändert werden können; sie werden damit in ihrem materiellen Gehalt, nicht in ihrer jeweiligen Form, geschützt. Nach herrschender Meinung gilt diese „**Ewigkeitsgarantie**“ ebenso für den Art. 79 Abs.3 selbst, da sonst der Zweck der Ewigkeitsgarantie nicht erreicht würde (vgl. Schnapauff 2010: 474 f.). An die Seite der Ewigkeitsgarantie, die die Änderung anbelangt, tritt Art. 19 mit der „**Wesensgehaltsgarantie**“ (Abs. 2), welche die Einschränkung des Wesensgehaltes eines Grundrechts durch gesetzliche Regelungen verbietet.

Art 19 Abs.1 konkretisiert weiterhin den „**Gesetzesvorbehalt**“, der besagt, dass Grundrechte nur aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden können und nur, sofern das jeweilige Grundrecht dies vorsieht. Im entsprechenden Fall muss das eingeschränkte Grundrecht im Gesetz genannt werden (**Zitiergebot**), gleichzeitig muss das Gesetz allgemeinen Charakter haben und darf nicht nur den Einzelfall regeln (vgl. Antoni 2010: 231 ff.).

Als Prinzip der staatlichen Ordnung erfolgt die Absicherung der formellen Rechtsstaatlichkeit weiterhin über **Art. 20 Abs. 3**, wonach der Gesetzgeber an das Grundgesetz und die anderen Staatsgewalten an Recht und Gesetz gebunden sind (**Vorrang der Verfassung, Vorrang des Gesetzes**). Dieser Absatz wird in der herrschenden Meinung der Rechtswissenschaft und in der Deutung des Bundesverfassungsgerichts als **Kern des Rechtsstaatsprinzips** gesehen, da in diesem die Herrschaft des Rechts klargestellt wird (vgl. Antoni 2010: 246).

Ausgangspunkt des individuellen **Rechtsschutzes gegenüber dem Staat** ist Art. 19 Abs. 4, wonach jedem der Rechtsweg offen steht, der in seinen Rechten durch die öffentliche Gewalt verletzt wurde. Die zur tatsächlichen Gewährung des Rechtsschutzes gegen den Staat notwendige Unabhängigkeit der Richter sichert Art. 97 Abs.1.

---

<sup>44</sup> Der Absatz schützt weiterhin die Gliederung des Bundes in Länder und deren Mitwirkung bei der Gesetzgebung, was hier jedoch nicht von Bedeutung ist.

Weiterhin sind über Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a weitere Rechte als grundrechtsgleiche Rechte definiert; die Gleichheit zu den Grundrechten bezieht sich darauf, dass die nummerierten Rechte ebenso unmittelbar gelten und wie die Grundrechte vom Einzelnen per Verfassungsbeschwerde einklagbar sind. Besonders die Verfahrensrechte der Art. 101, 103 und 104, werden in dieser Ausprägung zu Garantienormen der **Rechtsstaatlichkeit im Verfahren**<sup>45</sup>. Konsequenterweise wird im Sinne der gegenseitigen Kontrolle und Begrenzung der Gewalten, die **Gewaltenteilung** (Art. 20 Abs. 2), von Benda im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht ebenso zum Kern der Rechtsstaatlichkeit gezählt (1995: 737).

Geschützt werden das Grundgesetz insgesamt und insbesondere der Freiheitsraum der Grundrechte durch das **Bundesverfassungsgericht** (Art.93 f.), welches über die Auslegung des Grundgesetzes unanfechtbar entscheidet und damit insbesondere die Gesetzgebung auf Übereinstimmung mit den Maßstäben des Grundgesetzes prüfen kann. Dabei steht ihm unter anderem die Kompetenz zu, Gesetze zu verwerfen, wodurch das BVerfG in Deutschland der **Hüter der Verfassung** ist (BVerfGG §31).

Die Vorstellung darüber, welche Artikel des Grundgesetzes zum Rechtsstaatsprinzip zu zählen sind und ob es auch Grundsätze gibt, die zusätzlich gelten, auch wenn sie nicht explizit genannt sind, ist in der juristischen Fachwelt nicht einheitlich. Das Grundgesetz selbst enthält auch keine Legaldefinition des Rechtsstaatsbegriffes, vielmehr enthält nur Art. 28 Abs.1 S.1 den Begriff selbst: „Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.“ Somit ist Deutschland zwar als Rechtsstaat bezeichnet, jedoch ist dieser Begriff noch nicht gefüllt. Die bisher genannten, dem GG direkt entnommenen, Bestandteile werden dem Rechtsstaat im weiten Konsens zugerechnet, wie die einschlägigen Kommentierungen zu Art. 20 Abs.3, der als Kernnorm der rechtsstaatlichen Verfasstheit der BRD betrachtet wird, verdeutlichen (statt vieler Jarass 2012: 508 ff., Antoni 2010: 246 ff.). Für die Rechtsrealität sind jedoch das Rechtsstaatsverständnis des BVerfG sowie die durch

---

<sup>45</sup> Die Normen beinhalten dabei folgende wesentliche Grundsätze:

Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs.1 S.1)

Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs.1 S. 2)

Anspruch auf rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren (Art. 103 Abs.1)

Strafrechtsbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2)

Verbot der Mehrfachbestrafung (Art. 103 Abs. 3)

Schutz gegen Freiheitsbeschränkungen (Art. 104 Abs.1S. 1)

Misshandlungsverbot (Art. 104 Abs. 1 S. 2)

Schutz gegen Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2-4)

dieses erfolgte Auslegung und Weiterentwicklung des Rechtsstaatsprinzips von tragender Bedeutung, wie im folgenden Abschnitt vorgestellt wird.

### 1.3 Der Rechtsstaat des BVerfG

Die Perspektive des BVerfG stellt dabei seine Weichen an bestimmten Auslegungen im Kontext von Art. 28 Abs. 1 S.1 und Art. 20 Abs.3.

Art. 28 Abs. 1 Satz 1 nennt den „...Rechtsstaat im Sinne des Grundgesetzes.“, der nach herrschender Meinung seinen Kern durch die Bindung der Staatsgewalt an die Verfassung (Gesetzgeber) bzw. an Gesetz und Recht (Exekutive und Judikative) erhält (Art. 20 Abs.3). Grundsätzlich wäre ein **summarisches Verständnis des Rechtsstaatsprinzips** denkbar, so wie es im vorhergehenden Abschnitt betrieben wurde. Danach verwirklicht sich der Rechtsstaat durch auffindbare Normen im GG und ist letztlich nur die Summe dieser.

Das BVerfG nimmt aber den **Rechtsstaat als eigenständiges abstraktes Prinzip und einen elementaren Grundsatz des Grundgesetzes** an und deduziert direkt aus diesem Prinzip (BVerfGE 1, 14 Leitsatz 28, vgl. exemplarisch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Jarass 2012: 529). Das BVerfG hat dazu bereits 1953 (BVerfG 2, 403) seinen Standpunkt klargemacht: Danach lässt sich das Rechtsstaatsprinzip nicht ausschließlich aus einzelnen Normen des GG ableiten, sondern gilt als übergreifendes Prinzip, das vorverfassungsmäßige allgemeine Grundsätzen und Leitideen, die aufgrund ihrer grundsätzlichen Verbindlichkeit nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert worden sind, beinhaltet und sich aus einer Zusammenschau der Art. 20 Abs.3, 19 Abs.4, 28 Abs. 1 und aus der Gesamtkonzeption des ergibt, womit dem Rechtsstaatsprinzip selbst Verfassungsrang zukommt (vgl. kritisch Bäumlín/ Ridder 1989: 1374 ff.).

Zum Verständnis des BVerfG gehört weiterhin eine aus seinem eigenen materiellen Rechtsstaatsverständnis abgeleitete **materielle Gerechtigkeit**, die seinen Urteilen innewohnen solle. Den Auftrag dazu entnimmt es seiner Bindung an „Recht und Gesetz“ aus Art. 20 Abs. 3, die eben nicht nur als Bindung an das „Gesetz“ verstanden wird, sondern nach Meinung des Gerichtes ebenso den Auftrag zur Herstellung materieller Gerechtigkeit enthält (vgl. Forscher 2003: 19ff.). Es werden somit zur Herstellung materieller Gerechtigkeit auch **überpositive Normen** herangezogen: „Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden, Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen.“ (BVerfGE 1, 14 Leitsatz Nr. 27). Ein Rückgriff auf

überpositives Recht contra legem wird jedoch nur im Falle unerträglicher materieller Ungerechtigkeit, im Sinne der Lehre von Gustav Radbruch, vorgenommen. Dieser extrem seltene Fall, in dem das Gericht bei korrekter Anwendung der Gesetze Unrecht statt Recht sprechen müsste, hatte daher seine primäre Bedeutung bei der Rechtsprechung, die nationalsozialistisches oder DDR-Recht in Bezug nehmen mussten (vgl. Radbruch 1946, Forscher 2003).

Die Annahme überpositiven Rechtes führt nach rechtspositivistischer Deutung dazu, dass materielles und formelles Rechtsstaatsverständnis auseinander fallen, da in dieser Lesart alles staatliche Handeln seine Schranke und Begründung im positiven Recht finden muss (kritisch dazu Jarass 2012: 508 f.). Auch wenn dieses Selbstverständnis, zumal aus Sicht eines restriktiven Begriffs der formalen Rechtsstaatlichkeit, kritisch betrachtet werden muss, ist es doch und vielleicht gerade deshalb vor allem die Rechtsprechung des BVerfG, die den aktuellen juristisch-empirischen Rechtsstaat in Deutschland geprägt hat. Die vom BVerfG eingenommene Sichtweise nutzt der Sicherung des Rechtsstaates in formellem wie materiellem Sinne, zu beachten ist dabei jedoch, dass dies in diesem Fall natürlich nur der Rechtsstaat aus Perspektive des Gerichtes ist, der dadurch geformt wird. Die Erhebung des Rechtsstaates zum Prinzip, der Rückgriff auf überpositives Recht sowie seine Stellung als „Hüter der Verfassung“ ermöglichen es dem Gericht, den Rechtsstaat auszuformulieren und wehrhaft gegen wechselnde Anforderungen zu machen, was jedoch auch eine verstärkte Rechtsschöpfung durch das Gericht bedeutet (vertiefend und kritisch dazu Lietzmann 1988: 45, 69 ff.).

Die Position des BVerfG ist vor allem deshalb prägend, weil §31 Abs.1 BVerfGG diese folgendermaßen bestimmt: **„Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.“**

Dies hat zwei wesentliche Konsequenzen im Kontext des Rechtsstaats:

Zum einen ist die vom BVerfG vorgenommene **Ausarbeitung des Rechtsstaates** allgemein verbindliches Recht. Unabhängig davon, ob man die Feststellung überpositiver Prinzipien somit für gerechtfertigt hält, folgt aus dem in § 31 BVerfGG festgehaltenen **„Souveränitätsprinzip“** die Endgültigkeit der Rechtsprechung (vgl. Bäuml, Ridder 1989: 1374). Durch die Deduktion aus einem überpositiven Prinzip „Rechtsstaat“ wird dabei durch richterrechtliche Rechtssetzung die tatsächliche Verwirklichung dieses Prinzips bewirkt.



Zum anderen ist das BVerfG damit letzte Instanz im Staat und **sichert den Rechtsstaat** formell dadurch, dass die letzte Entscheidung über die Auslegung der Verfassung eine formell juristische und keine politische ist.

#### **1.4 Wesen des deutschen Rechtsstaats**

Gehen wir zum Verständnis des Wesens des Rechtsstaates zunächst einer Aussage von Bäumlin und Ridder nach: Im Unterschied zum „systembegründenden Rule of Law“, sei der „Rechtsstaat ein staatsgewaltbegrenzendes Prinzip“ (1989: S. 1343). Der Rechtsstaat ist nach dieser Aussage also nicht systembegründend, sondern nur machtbegrenzend. Folgt man diesem Gedanken zurück zum Ursprung des Rechtsstaatsbegriffes, in seinem von Kant beeinflussten und von Welcker, Moll und Aretin ausgearbeiteten Verständnis (siehe oben, vgl. Böckenförde 2006: 145 f.), lässt sich eine bestimmte Linie erkennen:

**Es geht darum, den Bürger vor dem Staat zu schützen, indem letzterer an materielle Grundsätze und formelle Verfahren gebunden wird, deren Grundsätzlichstes seinem Einfluss vollständig entzogen ist.**

Die Erfahrung der Naziherrschaft, die der Entstehung der Bundesrepublik und der Schaffung des Grundgesetzes vorausging, ließ eine derartige Sicherung weithin sinnvoll und notwendig erscheinen; entsprechend entfaltet sich diese im empirischen System der Rechtsstaatlichkeit der BRD (vgl. Denninger 1989: 175 f.). Dass auch das Hitlerregime unter weitgehender Wahrung formeller Rechtsstaatlichkeit entstehen und sich vollziehen konnte, verdeutlichte die Notwendigkeit einer positivrechtlichen materiellen Rechtsstaatlichkeit, die durch die Volkssouveränität nunmehr möglich war (vgl. Benda 1995: 721).

Da das Volk 1949 im Unterschied zum 19. Jahrhundert souverän war, ergaben sich zwei wesentliche Unterschiede:

Zum einen konnten die für notwendig gehaltenen **materiellen Regelungen unmittelbar und verbindlich positivrechtlich** verankert werden, wodurch der in der alten Rechtsstaatskonzeption noch notwendige Rückgriff auf den souveränen Fürsten bindendes, überpositives Recht nicht mehr notwendig war.

Zum anderen ruht der Volkssouverän, anders als der souveräne Fürst, in der Regel solange die Verfassung in Kraft ist, daher wird eine **letztentscheidende Kraft notwendig, die den Souverän vertritt**. Grundsätzlich ist dies sein in der Verfassung kondensierter Wille; dieser

bedarf jedoch einer verbindlich letztentscheidenden Instanz für seine Auslegung, um das einheitliche Verständnis und damit die verbindliche Wirkung zu gewährleisten. Die vor dem 2.ten Weltkrieg zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt geführte Debatte darüber, wer letzte Instanz im Staat sein sollte, lohnte keiner weiteren theoretischen Debatte mehr, da das „Führerprinzip“ nach der Erfahrung des „Führerstaates“ kaum mehr in Erwägung zu ziehen war, wodurch das BVerfG seine starke Stellung erhielt (Mayer 2004: 411 ff.). Praktisch muss jedoch attestiert werden, dass Schmittsches Gedankengut bei den Überlegungen zur Funktionsweise des Gerichts durchaus eine Rolle spielte (vgl. Lietzmann 1988: 45).

## **1.5 Systematik des empirischen deutschen Rechtsstaates**

Im Folgenden emanzipiert sich die Darstellung von der Nennung der juristischen Normen, da die einzelnen Prinzipien nur noch zum Teil direkt zuzuordnen sind und stellt die durch GG und BVerfG entwickelte Systematik des gegenwärtigen deutschen Rechtsstaates dar. Aufgrund der Vielzahl der entwickelten Prinzipien, die im Kontext des Rechtsstaates zu verorten sind, wird im Folgenden kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben, vielmehr soll das System des aktuellen empirischen Rechtsstaats deutlich werden.

Dieses System enthält eine Abstufung von materiellen Normen und ihnen zugeordneten formellen Sicherungsmechanismen.

### **Normen mit Ewigkeitsgarantie**

Die obersten Normenebenen bilden Art. 1 und Art. 20 sowie die im Folgenden nicht näher betrachtete Garantie der Aufteilung des Bundes in Länder und deren grundsätzliche Mitwirkung bei der Gesetzgebung. Über Art. 79 Abs. 3 sind diese Normen vor jeder Änderung der dort niedergelegten Grundsätze geschützt; diese sind somit nur vom Souverän – dem Volk – zu ändern (Art. 146).

Der Grundgedanke bei der Festlegung der Grundrechte, als unmittelbar geltendes und allverbindliches Recht, war die Positivierung von vor- und überstaatlichem Natur- bzw. Vernunftrecht (vgl. Kriele 1990: 387, 501 f.; Weber-Fas 1977: 31 ff.). Die Positivierung in der gewählten Form hat insofern die notwendige Funktion der Schaffung von Rechtsklarheit, der Festlegung des Bekenntnisses zu einem bestimmten Naturrechtsverständnis, das dies unmittelbar aus der positivrechtlichen Verankerung anwendbar macht (vgl. Denninger 1989: 229 f.). Dennoch haben diese Rechte einen anderen Charakter als sonstige Normen. Sie sind

nur Manifestationen von Rechten, die dem Menschen bereits aufgrund seines Menschseins zukommen (Karpen 1992: 39); sie sind also nicht gegeben, weil der Staat diese gewährt, sondern der Staat muss sie gewähren, weil sie jederzeit gegeben sind. Die Grundrechte sind somit zwar in ihrer Ausformulierung kontingent, jedoch nicht in ihrem Gehalt, daher wird dieser besonders geschützt.

Prima facie mag wundern, warum die Ewigkeitsgarantie nicht alle Grundrechte umfasst. Dies ist jedoch insofern entbehrlich, als dass wesentliche Grundsätze dieser sich aufgrund ihres Menschenwürdegehalts aus dem Menschenwürdebegriff ableiten lassen und mithin spezielle Ausprägungen der Menschenwürde sind (vgl. Leisner 2002: 373). In diesem Sinne sind die sonstigen Grundrechte, sofern die in ihnen festgehaltenen Grundsätze spezielle Ausflüsse der Menschenwürde darstellen, *lex specialis* zu Art. 1. Dies bedeutet nicht nur, dass Art. 1 die Menschenwürde als subsidiäre Norm auch dann schützt, wenn keine sonstige Norm einschlägig wird, es bedeutet auch und vor allem, dass dies geschieht, wenn keine anderen Normen mehr existieren (vgl. Wilms 2006: 26).

Geschützt sein soll dadurch ein Mindestbestand an Grundrechten in den Bereichen:

- Persönliche Autonomie
- Demokratische Willensbildung
- Justizstaatliche Garantien
- Eigentumsgarantie

Durch die Ewigkeitsgarantie für die in Art. 20 festgehaltenen Grundsätze schützt der Souverän seine wesentlichen Entscheidungen hinsichtlich des Staatsziels und der Staatsstruktur und damit durch das Demokratieprinzip die Stellung des Volkes als oberste Instanz innerhalb der bestehenden Verfassung.

Nach herrschender Meinung sind damit neben der Volkssouveränität geschützt:

- Bundesstaatsprinzip
- Demokratieprinzip
- Rechtsstaatsprinzip (formell, materieller Gehalt über Art.1) und
- Sozialstaatsprinzip jeweils in ihrem Kerngehalt (vgl. Wilms 2006: 25 f./ Leisner 2002: 373)



## Grundrechte

Die nächste Ebene bilden materiell die Grundrechte, die über Art. 1 Abs. 3 alle Gewalten unmittelbar binden und dem Einzelnen unmittelbare Rechte gewähren. Formell werden diese und die ihnen gleichgestellten Rechte (siehe oben) vor allem durch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde beim BVerfG über 93 Absatz 1 Nr. 4a und einer Vielzahl von weiteren Grundsätzen geschützt. Mit der Verfassungsbeschwerde kann jeder die vermutete Verletzung seiner aus den genannten Normen erwachsenden Rechte dem BVerfG nach Erschöpfung des Rechtsweges zur Entscheidung vorlegen, welches dann für alle Staatsgewalten bindend entscheidet.

Einschränkungen der Grundrechte sind möglich, aber an bestimmte formelle und inhaltliche Voraussetzungen und Schranken gebunden. Formell sehen verschiedene Grundrechte den Gesetzesvorbehalt vor; sie können nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Wenn der Gesetzgeber solche Grundrechte beschränkt, unterliegt er auch dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs.1S. 2, er muss also das eingeschränkte Grundrecht im Gesetzestext nennen. Weiterhin darf der Gesetzgeber ein Grundrecht nicht nur für einen Einzelfall, z.B. für eine einzelne Person einschränken, sondern kann dies nur allgemein tun (Art. 19 Abs. 1 S. 1).

Weiterhin existiert eine materielle Schranke, danach darf der Wesensgehalt eines Grundrechts nicht angetastet werden (Art. 19 Abs. 2), dies bedeutet, dass der Gesetzgeber das Grundrecht zwar einschränken, dies aber nicht dazu führen darf, dass die getroffene Wertentscheidung ihre Gültigkeit verliert. Die exakte Auslegung ist strittig und wird regelmäßig durch die unten dargestellte Verhältnismäßigkeit gewahrt (vgl. Jarass 2012: 468 f.)

Daneben hat das BVerfG bestimmte Grundsätze aufgestellt, denen die Grundrechtseingriffe genügen müssen; der Oberbegriff ist dabei das **Verhältnismäßigkeitsprinzip**.

Danach muss ein Grundrechtseingriff folgenden materiellen Anforderungen genügen:

1. Er muss einen legitimen Zweck verfolgen,
2. geeignet sein diesen zu erreichen,
3. erforderlich sein, in dem Sinne, dass eine ähnlich effiziente Lösung, die weniger stark in den Schutzbereich des Grundrechtes eingreift, nicht ersichtlich ist
4. und verhältnismäßig (im engen Sinne) sein. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vergleicht abschließend, ob das, was durch den Eingriff erreicht werden soll,

tatsächlich einen solchen Wert hat, dass der Grundrechtseingriff gerechtfertigt erscheint.

Der Eingriff muss sich also spätestens im Falle einer Verfassungsbeschwerde als verhältnismäßig erweisen, daher ist der die Grundrechte einschränkende Gesetzgeber gehalten, diesen Anforderungen bei der Rechtssetzung zu genügen.

### **Grundgesetz insgesamt und Sicherung der formellen Rechtsstaatlichkeit**

Die nächste Ebene bilden die Normen der Verfassung, die wiederum die Grundrechte mit einschließen. Diese können nur durch ein Gesetz geändert werden, das deren Wortlaut ausdrücklich ändert oder ergänzt (Art. 79 Abs.1 S.1) und eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat erhält (Art.79 Abs.2).

Der Gesetzgeber ist in seinem Handeln an das Grundgesetz gebunden (Art.19 Abs. 3, **Vorrang der Verfassung**), wodurch sichergestellt wird, dass alle einfachen Gesetze dem GG entsprechen. Durch die an gleicher Stelle festgelegte Bindung von Legislative und Exekutive an Recht und Gesetz ist gleichzeitig gesichert, dass diese ihr Handeln und ihre Normensetzung auf Basis und im Rahmen des GG und diesem nicht widersprechenden Gesetzen vornehmen. Für die Exekutive bedeutet dies insbesondere, dass jeder Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen seine Grundlage in einem Gesetz haben muss (**Gesetzesvorbehalt**) und die eigene Normensetzung sowie jede andere Äußerung des Staatswillens dem Gesetz nachrangig ist (**Vorrang des Gesetzes**).

Geschützt wird der Einzelne vor staatlicher Willkür formell weiterhin durch den **Grundsatz der Rechtssicherheit**, der die Klarheit und die Bestimmtheit aller Rechtsvorschriften fordert; weiterhin muss das Handeln des Staates in einem bestimmten Grad messbar und vorhersagbar sein. Normen müssen so gesetzt werden, dass deren Grenzen erkennbar sind und willkürliches Handeln des Staates verhindert wird, ferner entstehen dadurch Anforderungen an die Verkündung. Zusätzlich gebietet das Rückwirkungsverbot, dass zumindest vollendeten Tatbeständen nicht nachträglich eine neue Rechtslage untergeschoben werden darf (vgl. Antoni 2010: 246 f.).

### **Rechtsweg**

Sollte der Einzelne der Meinung sein, dass er in seinen Rechten durch öffentliches Handeln verletzt wurde, ist ihm der Rechtsweg garantiert (Art.19 Abs. 4 **Rechtsweggarantie**). Eine

effektive Wahrung der Rechte des Einzelnen ergibt sich aus den Verfahrensrechten und den Rechtsfortbildungen des BVerfG. Dazu zählen insbesondere die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs.1), der gesetzliche Richter (Art. 101) und die Verfassungsgerichtsbarkeit (Art.93).

Neben diesen und anderen Verfahrensrechten leitet das BVerfG das **Recht auf ein faires Verfahren** aus dem Rechtsstaatsprinzip in der Zusammenschau mit Art.1 Abs.1 und Art. 2 Abs. 1 ab und bestimmt es vor allem insofern, als dass das Verfahren in jedem Fall rechtsstaatlichen Anforderungen genügen muss. Im Sinne eines „allgemeinen Prozessgrundrechtes“ ist es somit eine Auffangnorm, die das rechtsstaatliche Verfahren selbst dann schutzfähig macht, wenn sich keine andere Norm als einschlägig erweist(vgl. Jarass 2012: 509).

### **Zusammenfassung**

Der deutsche Rechtsstaat im Sinne eines machtbegrenzenden Systems:

- Es entzieht bestimmte oberste Grundwerte und Entscheidungen vollkommen den Staatsorganen und behält die Verfügung über diese dem Souverän vor. Keine Norm oder Handlung des Staates darf diesen zuwiderlaufen.
  - o Eine oberste materielle Norm ist dabei so ausgestaltet, dass sofern notwendig, aus ihr allein der vom Souverän bestimmte Mindestbestand an Menschen- und Bürgerrechten abgeleitet werden kann, die dem Einzelnen als unmittelbare Rechte zustehen.
  - o Eine oberste formelle Norm sichert die Stellung der Demokratie, die Dreiteilung der Gewalten sowie deren Bindung an das Gesetz. Zur Gewährleistung der genannten Rechte sichert diese Norm auch den Zugang zur unabhängigen und „fairen“ Justiz für jedermann.
  
- Ein weiterer Bereich von oberen Normen ist nur durch eine  $\frac{3}{4}$  Mehrheit in beiden Organen der Gesetzgebung zu ändern. Diese binden alle niedrigeren Normen.
  - o Dieser Bereich beinhaltet Ausformulierungen der oben genannten Grundnormen, Normen sowie die Festlegung der grundlegenden Staatskonstruktion.

- Die verbindliche Letztauslegungskompetenz über die Rechtmäßigkeit jedes staatlichen Handelns obliegt einem judikativen Organ; diese Kompetenz ist ebenfalls auf der letztgenannten Normenebene verhaftet.

## **1.6 Kritische Betrachtung**

Trotz der augenscheinlich stark ausgeprägten rechtsstaatlichen Form, bleiben doch auch kritische Aspekte zu bemerken, auf die in ihrer Gänze angesichts der Begrenztheit dieser Schrift nicht eingegangen werden kann. Dennoch soll eine Betrachtung anhand ausgewählter Aspekte erfolgen.

Zum einen darf die Erwähnung des Geburtsfehlers des Grundgesetzes nicht ausbleiben, da er aus der Perspektive der volkssouveränen Begründung des Rechtsstaates von nicht geringer Bedeutung ist: Sowohl die inhaltliche Entstehung als auch die Legitimation des Grundgesetzes können kaum als Produkt der Volkssouveränität betrachtet werden; seine Legitimation wird vielmehr nur nachträglich durch die Zustimmung der Bevölkerung begründet. Ob eine solche Begründung jedoch wirklich überzeugen kann, ist in erheblichem Maße fragwürdig (vgl. Grimm: 2001: 48 ff.; zur Entstehung Lietzmann, 1988: 30 f.). Diese Überlegung ist m.E. aus legitimationstheoretischer Sicht – und ich bitte die Polemik zu entschuldigen – in etwa damit vergleichbar, als würde man annehmen, dass ein eintretendes Stockholm-Syndrom eine Entführung ex tunc zu einem gemeinsamen Ausflug umqualifiziert (vgl. Gegenmeinung Scholz 1993: 5ff.). Dieser Aspekt soll jedoch trotz seiner Relevanz an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden. Das Augenmerk soll vielmehr auf einer Betrachtung des Verfassungsgerichts liegen, die im Kontext des formulierten Ideals des Rechtsstaats von besonderem Interesse ist.

Anknüpfungspunkt der folgenden kritischen Betrachtung sind dabei die naturrechtlichen Residuen, die im Grundgesetz vorhanden sind insb. der offene Begriff der Menschenwürde und das allgemeine Bekenntnis zu Menschenrechten (Art. 1 Abs. 1, 2). Derart offene Begriffe erlauben der Verfassungsrechtsprechung, sich sehr kreativ zu entfalten, gerade weil es in diesen, der Ewigkeitsgarantie unterfallenden Bereichen, keine Klarstellungen der Legislative geben kann (vgl. Eberl 2006: 23). Da das Verfassungsgericht weiterhin bereits früh für sich erkannt hat, dass es überpositives Recht anerkennt, das wohlgerne auch den Verfassungsgesetzgeber binden soll und auch für die Auslegung dieses Rechtes zuständig sei,



nimmt sein Gestaltungsspielraum noch größere Ausmaße an. Es soll dabei nicht der Sinn der Norm des Art. 1 in Frage gestellt oder über möglicherweise einleuchtende Argumente aus der Naturrechtsperspektive hinweggegangen werden. Die Frage ist jedoch, ob ein Gericht, das die Normen nach denen es urteilt zum Teil selbst schöpfen kann, nicht die Schwelle zur Legislative überschreitet?

Die Funktion eines Verfassungsgerichts soll – zumindest nach dem in dieser Schrift dargestellten Verständnis – darin bestehen, dass es im Staat dafür sorgt, dass der Wille des schlafenden Volkssouveräns nicht missachtet wird. Dass die offenen Rechtsbegriffe des Grundgesetzes diesen Willen von der Interpretation abhängig machen, ist dabei offenkundig. Wenn aber das Verfassungsgericht sich das Naturrecht im Allgemeinen dienstbar macht, greift es dann nicht an dem Souverän vorbei in den „übersouveränen Raum“ und wird vom Wächter zum heimlichen Souverän, was der Volkssouveränität und dem Demokratieprinzip gleichermaßen widerstrebt?

Wenn mit Kriele davon auszugehen ist, dass der Verfassungsgesetzgeber durch die Positivierung desjenigen Naturrechts, das er anerkennt, beide Rechtsperspektiven bereits versöhnt hat (vgl. 1990: 501 f.), so kann es für ein Verfassungsgericht keine Berechtigung geben als der verfassten Gewalt zusätzliche Normen zu der Grundentscheidung der verfassungsgebenden Gewalt hinzuzufügen, da es sich dadurch mit dieser gleichstellt. Gerade Aspekte des Sachverhalts, dass ein Verfassungsgericht auch eine Legislativfunktion wahrnimmt, prägten die Diskussion zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen und hinterlassen auch in der neuen deutschen Verfasstheit ihren Eindruck (Kelsen/ van Ooyen 2008: VIII). Die bundesdeutsche Lösung kann dementsprechend durchaus dahingehend hinterfragt werden, ob Demokratieprinzip und Gewaltenteilung hier nicht im Einzelfall einer Expertokratie der Rechtsgelehrten weichen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Ausgangspunkt der Problematik die in der Verfassung offengelassene Tür zum Naturrecht ist, durch die das BVerfG bereitwillig gegangen ist. Da die Prärogative des Gesetzgebers zur Rechtsgestaltung gerade in diesem Bereich – insbesondere aufgrund der Ewigkeitgarantie – nicht gegeben ist, kann dieser auch seine abweichende Meinung durch spätere Kodifizierung nicht geltend machen. Auch wenn ein Verfassungsgericht wohl ohne ein gewisses Maß an Legislativfunktion nicht denkbar ist, so hätte doch ein klareres Bekenntnis der Verfassung zum Rechtspositivismus die Dimension

dieser möglicherweise geringer halten können und die aus der Rechtsstaatsperspektive ungünstigen Konflikte verringern können.

Da aber bereits bei der Verfassungsgestaltung im Parlamentarischen Rat in einem kreativen Rückgriff auf Schmittsche Ideen ein durchaus gesetzgebungsaffines, wenn nicht sogar besser zu sagen ist verfassungsgesetzgebungsaffines, politisch stabilisierendes Verfassungsgericht begrüßt wurde (vgl. Lietzmann 1988: 43 ff.), wird deutlich, dass dieser Problembereich, sofern er bemerkt wurde, nicht als solcher begriffen wurde.

Aus der hier einzunehmenden theoretischen Perspektive der strukturellen Rechtsstaatlichkeit muss die über das notwendige, will heißen unvermeidbare, Maß hinausgehende Legislativfunktion im Schafspelz der Judikative als Schwächung des Rechtsstaats gelten. Zum einen wird der formelle Rechtsstaat dadurch geschwächt, dass durch die Rechtsschöpfung und Anwendung in uno acto, sofern sie auf das Recht allgemein und nicht auf das Gesetz zugreift, die Allgemeinverbindlichkeit der Gesetze in Frage gestellt ist und damit gleichermaßen die Grundlage des Rechtsstaates, nämlich, dass die vom Souverän erlassenen Grundnormen letzter Bezugspunkt aller verfassten Gewalt sind. Der vom Rechtsstaat ausgehende besondere Schutz, der seine Eigenart erst bestimmt, ist eben jener Natur, dass die Trennung von verfassungsgebender und verfasster Gewalt die willkürliche Herrschaft unmöglich macht. Aus dieser Perspektive ist der Rückgriff auf überpositives Recht, das selbst den Souverän binden soll, unerträglich und torpediert den Gedanken der Volkssouveränität als solche.

Zum anderen wird auch der materielle Rechtsstaat durch die damit einhergehende Bevormundung geschwächt. Betroffen sind dabei das Demokratieprinzip und damit entsprechend die Partizipationsrechte des Einzelnen, da eine über die vom Souverän festgelegte Begrenzung von Entscheidungsoptionen hinausgehende Begrenzung die Bevormundung des Souveräns auch auf die innerstaatliche Ebene zurückwirken lässt.

Damit muss neben den Geburtsfehler der mangelnden Legitimation aus rechtsstaatstheoretischer Sicht auch der fragwürdige Machtumfang des Bundesverfassungsgerichts treten.

## **1.7 Fazit**

Der deutsche Rechtsstaat ist in vielerlei Hinsicht mit dem idealen Rechtsstaat vergleichbar, die grundlegende Trennung von verfassungsgebender und verfasster Gewalt scheint

folgerichtig verwirklicht und die positivrechtliche Verankerung des Freiheitsraumes der Bürger scheint eine effektive Abgrenzung des privaten vom politischen Raumes zu bewirken, die durch ein letztentscheidendes Verfassungsgericht gegen alle Staatsgewalten verteidigt wird.

Dennoch sind einige Aspekte kritisch zu betrachten, zu denen besonders die Umsetzung der Volkssouveränität sowie die Verfassungsgerichtsbarkeit zählen.

Dass die Entstehung und die Legitimation des Grundgesetzes an dem Prinzip der Volkssouveränität vorbeigehen, ist theoretisch problematisch und wirkte auch auf die empirische Ebene in dem Sinne ein, dass es zu mehr als einem Anlass Überlegungen gab, diesem Mangel abzuhelpfen.

Aus der theoretischen Rechtsstaatsperspektive bedenklicher ist jedoch vor allem der Rückgriff des BVerfG auf überpositive Normen, womit es am Rechtsstaatsideal vorbei zieht. Ursache dieses Bruches im sonst schlüssigen integralen Rechtsstaatskonzept ist dabei der im Grunde unnötige Rückgriff auf überpositive Rechtsnormen und die im GG hinterlassenen Residuen, die als undefinierte Rechtsmaße neben oder sogar über dem Grundgesetz wabern, womit eine „Übersouveränität“ erzeugt wird, die die Tür zur Willkür immer einen Spalt breit offenhält.

Auch wenn sicher nicht wenige – ganz im Sinne von Gustav Radbruch (1946) – die Möglichkeit im höchstrichterlichen Verfahren gesetzliches Unrecht mit überpositivem Recht zu verhindern aus verschiedenen Gründen für geboten halten, und es für unerträglich halten, dass der „richtige“ Staat das „Falsche“ tun müsse, um sich selbst nicht zu verraten, so ist das Dilemma doch, dass Rechtsstaat und Gerechtigkeitsstaat nicht dasselbe sind. Wenn der deutsche Rechtsstaat versucht, beiden zu genügen, kann er dies nicht tun ohne dem einen oder dem anderen in manchen Fällen nicht zu genügen.

## **2 Rule of Law**

Die Rule of Law Englands ist nicht die Übersetzung von Rechtsstaat im deutschen Sinne; auch wenn im Ergebnis dem Einzelnen gegenwärtig in beiden Ländern in vergleichbarem Maße Rechtsstaatlichkeit zuteilwird.

Wo der deutsche Rechtsstaat der Gegenwart sich in weiten Teilen aus der positivrechtlichen Verfassung rekonstruieren lässt und zum grundlegenden Verständnis kaum Rückgriffe auf die Geschichte notwendig sind, so zeigt sich hinsichtlich der Rule of Law ein umgekehrtes Bild. Zum grundlegenden Verständnis ist es vor allem notwendig, zunächst die institutionelle und rechtliche Geschichte Englands nachzuvollziehen, da die reine Vorstellung des Prinzips vor dem Hintergrund eines deutschen Rechts- und Politikverständnisses unverständlich bleiben muss.

Die Rekonstruktion aus einer geschriebenen Verfassung nach dem Schema des Vorkapitels wäre ohnehin nicht möglich, da eine solche nicht existiert. An historischen Dokumenten steht hingegen eine lange Reihe zur Verfügung, die ihrerseits Teil der englischen Verfasstheit ist. Im Folgenden wird jedoch auch weitgehend auf die Rekonstruktion der Rule of Law aus diesen Dokumenten verzichtet. Das Verständnis der Rule of Law ergibt sich vielmehr unmittelbar aus dem Rechtsverständnis des Common-Law wie im Folgenden dargestellt wird.

### **2.1 Der englische Weg zum Rule of Law**

Die geschichtlichen Voraussetzungen für den Weg zum Rule of Law ergaben sich als Konsequenz der Eroberung Englands durch den Normannen Wilhelm I. im Jahr 1066, der ein zentralistisches System errichtete und das angelsächsische Vorgängersystem verdrängte. Wilhelm teilte England in 15000 kleinere Lehensgebiete (shires) auf, die er dann als Lehen an normannische Gefolgsleute begab und zusätzlich unter die Verwaltung von königlichen Beamten den shire reeves, verkürzt Sheriffs, stellte (vgl. Wesel 2010: 247f.). Als Konsequenz der Zerstückelung waren die einzelnen Lehensnehmer ersten Ranges, die Adligen, allein nicht in der Lage, Forderungen gegen den König durchzusetzen. Aus diesem Grund war es notwendig sich zu organisieren, um Anliegen gegenüber dem König vorbringen zu können, woraus das Parlament und seine Vorgänger entstanden. Innerenglische Konflikte wurden somit im Wesentlichen zwischen Institutionen und nicht zwischen Territorien ausgetragen, wodurch die territoriale Geschlossenheit des Gebietes dauerhaft erhalten blieb.

Die englische Geschichte ist daher geprägt vom Widerstreit zwischen Parlament bzw. seiner Vorgänger und der Krone (vgl. Gosalbo-Bono 2010: 256). In diesem Sinne zwei Institutionen, die Verträge abschließen, wodurch die Krone bereits früh begann, selbst im Recht zu stehen. Brach sie dieses, war das Parlament regelmäßig fähig, ihr Verhalten zu sanktionieren.

Das was in England als – weitgehend ungeschriebene – Verfassung gilt, beruht zum großen Teil auf eben diesen Rechten, die das Parlament der Krone abgerungen hat und die in verschiedenen Dokumenten seit der Magna Charta festgehalten sind, sowie auf einer spezifischen Rechtsvorstellung, die im folgenden Abschnitt dargestellt wird und das vor allem ungeschriebene Verfassungsrecht hervorbringt. Das, die Rule of Law bedingende, Prinzip findet sich unmittelbar in diesem Dokument, der Magna Charta von 1215 wieder, auch wenn die Deutung im Sinne des heutigen Verständnisses ein Produkt des 19. Jahrhunderts ist (vgl. Bäuml/Ridder 1989: 1344). Artikel 39 des Dokuments wird im Allgemeinen in der späteren Deutung als das wesentliche Prinzip angesehen und lautet:

„No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.“ ([http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc\\_trans.html](http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html))

Bereits hier zeigen sich typische Elemente des Rechtsstaats, vor allem die Bindung aller Staatsgewalt an das Recht, aber auch spezifische Aspekte des Common-Law Denkens wie sie im folgenden Abschnitt dargestellt werden (law of the land). Auch wenn die Rechte bereits in dieser Urkunde erklärt wurden, mussten sie dennoch in ihrer modernen Form erkämpft werden bzw. sich über die Jahrhunderte entwickeln. Die Magna Charta selbst wurde mehrfach von nachfolgenden Monarchen und Parlamenten bestätigt und es folgten über die Jahrhunderte weitere Dokumente, Gesetze und Gerichtsurteile, die rechtsstaatliche Aspekte verbindlich machten (vertiefend Chestermann 2008: 5 ff.). Eine Aufzählung und Beschreibung dieser erscheint zum Verständnis des Rule of Law jedoch nicht notwendig. Wichtig sind vielmehr das institutionelle Setting, in dem die Rule of Law sich entwickelte, das schlussendlich zur Parlamentsouveränität führte, sowie die spezifische Rechtssicht des Common-Law.

## 2.2 Entstehung und Rechtsphilosophie des Common-Law

Der normannische Eroberer Wilhelm I. und seine Nachfolger, besonders Heinrich II. (1133-1189), vereinheitlichten das Gerichtswesen, was in der Folge die Herausbildung eines Juristenstandes und eines einheitlichen Rechtes hervorbrachte (vgl. Schuster 2006: 4). Für die erfolgreiche Vereinheitlichung des Gerichtswesens waren laut Hattenhauer vier Aspekte maßgeblich:

- „die Reisetätigkeit der Königsrichter, judges itinerant,
- die bereits im 13. Jahrhundert eingerichtete Residenz oberster Gerichtshöfe in London,
- die Beteiligung von Geschworenen, jury, an der Rechtspflege,
- die Technik der königlichen Gerichte, durch Königsbefehl, „writ“, Rechtssachen aus dem ganzen Land an sich zu ziehen“(1994, S.429).

Die ersten beiden Punkte zeigen den schnellen Aufbau einer zentralisierten Rechtsprechungsinfrastruktur, deren Dienst vor allem in der Vereinheitlichung, aber auch in der dauerhaften Einheit des Rechts liegt, da sich das materielle Recht im Common-Law vor den Gerichten entwickelt. Die Jury stellt dabei eine Legitimationsressource dar, wohingegen die genannten „Writs“ hoheitliche Gewalt zur Verfügung stellen, die die Durchführung des Prozesses und die Durchsetzung der Rechte erzwingt.

### Das Instrument der Writs

Die „Writs“ spielten für die Beliebtheit der Königsgerichte und den effektiven Rechtsschutz eine bedeutende Rolle, denn diese waren hoheitlicher Garant für das Recht auf ein Verfahren und die daraus folgende Vollstreckung.

Der Rechtsuchende beantragte einen Writ gegen eine Gebühr beim Kanzler des Königs. Dieser war ein Befehl des Königs an seinen zuständigen Lehensmann oder direkt an den zuständigen Sheriff zur Verhandlung des Falles; dies beinhaltete vor allem die amtliche Ladung des Beklagten, die Einrichtung der Jury und die amtliche Vollstreckung des Urteils, sofern erforderlich. Weigerte sich der Lehensmann dies zu tun, wurde das nächstgelegene Königsgericht und damit der entsprechende Sheriff zuständig (vgl. Wesel 2010: 248 ff.). Durch das System der Writs ergab sich somit ein effektiver Rechtsschutz, da nicht nur ein verhältnismäßig einheitliches und faires Verfahren gewährt wurde, sondern vor allem auch

die öffentliche Ladung und besonders die öffentliche Vollstreckung den Rechtssuchenden auch tatsächlich zu seinem Recht kommen ließ.

Die Art des Writs definierte sich über den Anspruch, den der Klagende im Verfahren verwirklichen wollte; dieser entschied gleichzeitig den Verfahrensablauf in weiten Teilen, beinhaltete somit das geltende Verfahrensrecht. Die Gerichte ihrerseits ordneten den Writs bestimmte materielle Rechtsgrundsätze zu. Das Common-Law entwickelte sich also vom Rechtsbehelf her, der nicht nur den Verfahrensablauf bestimmte, sondern gleichermaßen auch das anzuwendende materielle Recht, somit galt der Grundsatz „no writ, no right“ (Schuster 2006: 4,7).

### **Technik der Rechtsfindung**

Für das Verständnis der Rule of Law, wie es später vorgestellt wird, ist die Rechtsschöpfungstechnik wichtig, mit der das Common-Law vor allem als Case-Law und damit als Juristenrecht entstanden ist. Rechtstechnisch versuchen Juristen im englischen Rechtssystem aus bereits entschiedenen Fällen die richtige Entscheidung für den ihm vorliegenden Fall abzuleiten. Die Inns of Court, als genossenschaftliche Anwaltsvereinigungen, übernahmen dabei die Ausbildung der Juristen, wodurch gewährleistet war, dass das Rechtswissen und Technik weitgehend einheitlich waren und als solche tradiert wurden. Daraus folgte ein einheitliches Recht im materiellen Sinne, das allgemeine Recht: Common-Law. Dieses bildete bereits früh ein für das gesamte Territorium geltendes einheitliches Zivil- und Strafrecht aus, das im Gegensatz zum Kontinent, auf dem eine mehr oder weniger starke Zerstückelung und Rückbesinnung auf römische Rechtstraditionen herrschte, eine eigenständige unabhängige Rechtsentwicklung darstellt (vgl. Wesel 2010: 247 ff.).

### **Die Herkunft des Rechts im Common-Law**

Keine Antwort gibt das bisher Gesagte auf die eigentliche Herkunft des Rechts, wofür es grundsätzlich zwei Möglichkeiten gibt, die hier zunächst in ihren Ansätzen vorgestellt werden:

1. Das Recht wird als Willensakt gesetzt, ist damit Instrument des Willens (instrumentelles Rechtsverständnis). Seine Form ist dabei in der Regel die des geschriebenen Gesetzes, dem grundsätzlich unabhängig von seinem Inhalt durch die dem Willen Unterworfenen Folge zu leisten ist (Rechtspositivismus). Wirksam ist es

dann, wenn der Rechtssetzende über ausreichend Autorität (*auctoritas*) und/oder Macht zur Sanktionierung von Verstößen (*potestas*) verfügt (Kriele 2003: 11f.).

2. Das Recht wird erkannt, seine Herkunft ist nicht der Wille des Erkennenden, sondern es ist bereits als Naturrecht vorhanden. Es kann in Gesetzesform gegossen werden, benötigt diese jedoch nicht um gültig zu sein, es ist aufgrund seiner eigenen Autorität verbindlich (vertiefend Dreier 2007: 128).

Da das Common-Law nur verhältnismäßig wenige Gesetze (Statute-Law) kennt und auch heute noch vornehmlich auf tradiertem „Erkennen“ des „richtigen“ Rechts beruht, wird deutlich, dass die dahinterstehende Rechtsphilosophie der zweiten Kategorie angehört (vgl. Gosalbo-Bono 2010: 251). Die naturrechtliche Vorstellung, die in diesem Fall zugrunde liegt, ist die eines allgemeinen „Law of the Land“.

Kontinentaleuropäische Naturrechtsvorstellungen, die z.B. auf Gott oder die Vernunft abstellen, aber auch Verfassungen mit Grundrechtskatalogen, wie die der BRD, bilden in der Regel Systeme aus, die oberste Prinzipien setzen und aus diesen Folgeprinzipien deduzieren (vgl. Santoro 2007: 168). Will man z.B. das Grundgesetz als positiviertes Naturrecht begreifen, so wäre hier materiell gesehen die Menschenwürde das oberste Prinzip, die prinzipielle Möglichkeit der Ableitung eines Großteils der Grundrechte aus diesem Prinzip wurde bereits weiter oben dargestellt. Derartiges ist dem englischen Verständnis fremd, es bildet nämlich gerade nicht ein Stufensystem aus, sondern entwickelt sich durch die Rechtsprechung, die spätere Rechtsprechung bindet, so dass das erkannte Recht für jeden Einzelfall für gleiche Fälle weiter gilt. Es ist deshalb legitim, weil es das Recht ist, das natürlich zutage tritt (vgl. Kriele 2003: 287 f.). Dieses wird bisweilen noch mit einer gewissen Mystifizierung unterlegt, mit der Vorstellung von einer jahrtausendealten, nicht schriftlich überlieferten Verfassung, deren Ausfluss eben dieses Recht sein soll. Diese Verfassung selbst erhält ihre Legitimation zum einen durch ihr Alter, aus ihrem transzendenten und mystischen Ursprung, aber auch aus den universellen Werten, die sie verkörpert (vgl. Zolo 2007: 9).

Das englische Recht ist somit naturrechtlich verwurzelt und galt damit als weitgehend unverfügbar, in diesem Sinne erkannten Richter nur das ohnehin gegebene Recht; selbst das Parlament fixierte in diesem Sinne nur bereits bestehendes Recht, sofern es in diesem Bereich tätig wurde (vgl. Tamahara 2004: 27 f., 56).



## **Konzept der Rule of Law**

Als der Vordenker der Rule of Law gilt Albert van Dicey, der den von William Edward Hearn erstmals 1867 gebrauchten Begriff Rule of Law in seinem vielbeachteten Werk „Introduction to the Study of the Law of the constitution“ 1885 als Verfassungsprinzip darstellte und inhaltlich ausfüllte. Seither wird Diceys Begriffsprägung von vielen Autoren als Ausgangspunkt von Ausführungen zur Rule of Law genutzt (vgl. Zolo 2007: 7)

Dicey gibt diesem Verfassungsprinzip drei Bedeutungen bzw. beschreibt drei Sichtweisen:

1. Als erstes bedeutet es die absolute Dominanz bzw. Vormachtstellung des gewöhnlichen Rechts gegenüber aller Staatsgewalt.

Wesentlicher Aspekt der Rule of Law ist damit, dass jeder in gleichem Maße dem „ordinary law of the land“ verpflichtet ist und nur nach diesem verurteilt und bestraft werden kann.

2. Als zweites bedeutet es die absolute Gleichheit aller Rechtssubjekte vor den ordentlichen Gerichten.

Gleichheit meint in diesem die vollständige Gleichheit des Rechts und des Rechtswegs. Zum einen kann es keine Sonderrechte geben, z.B. ein Beamter ist in seinen Amtshandlungen somit nicht einem besonderen Verwaltungsrecht oder ähnlichem unterworfen, sondern muss seine Handlungen ebenso am Common-Law messen lassen. Zweitens bedeutet dies ebenso, es kann keine Sondergerichte geben: Jeder ist vor den „ordinary law courts“ zur Rechenschaft zu ziehen (vgl. Dicey 1959: 117).

3. Als drittes bedeutet es, dass die Grundrechte, wie sie in anderen Ländern in die Verfassung aufgenommen werden, in England nicht die Quelle, sondern die Konsequenz der Rechte des Einzelnen sind, wie sie von den Gerichten entwickelt und verteidigt werden (vgl. Dicey 1889: 189 ff.).

Grundrechte wie wir sie in Deutschland kennen, sind insofern nicht vorhanden, das englische Recht differenziert Rechte nicht, denn sie sind aufgrund ihrer Entstehung alle in gleichem Maße legitimiert. Aus der englischen Perspektive sind die Rechte somit durch die Verquickung mit der Common Law Tradition und den Gerichten als Institution, ihrer traditionellen Fixierung durch die Gerichte und durch den Rechtsschutz vor den Gerichten besser geschützt, als wenn diese legislativ gesetzt wären. Diese Darstellung von Santoro unter Rekurs auf Dicey zeigt die Spezifik der Rule of Law besonders im Vergleich zum deutschen

Rechtsstaat (2007: 169). Das englische Recht entsteht im Grunde Bottom-Up durch seine natürliche Entwicklung vor den Gerichten, wohingegen eine geschriebene Verfassung immer Top-Down durch Setzung entsteht und gerade diese Setzung macht es – so die Argumentation – weniger sicher gegen Änderungen und damit garantiert es die Rechte des Einzelnen nicht so sicher wie das Common-law. Das grundlegende Prinzip ist auch hier die Verfügbarkeit des Rechtes, wo sich das aus vielen Entscheidungen speisende Common-law im Grunde nur entwickeln kann, so kann das Top-Down Recht vom Souverän und zum Teil auch von der Legislative beliebig geändert werden, wenn es rein rechtspositivistisch gesehen wird (vgl. Dicey 1889: 188f.). Da es dadurch langfristig voll verfügbar ist, kann es materielle Rechtsstaatlichkeit nicht gewähren. Nimmt man diesen Gedankengang an, ist das Common-Law inhärent souverän, da unverfügbar, weshalb dann tatsächlich von der Herrschaft des Rechts zu sprechen wäre<sup>46</sup>.

Will man die historische Rule of Law zusammenfassen, kann dies daher folgendermaßen geschehen: Die Rule of Law ist die Vorstellung davon, dass ein überpositives Gewohnheitsrecht, das vor den Gerichten erkannt wird, und *nur* dieses jeden in gleichem Maße bindet und ihm Rechte gewährt.

Die empirische Rule of Law zeigt sich entsprechend als Umsetzung dieser normativen Vorstellung und soll ihr Geltung verschaffen. Diese spezifische historische Vorstellung, die nie eine Zäsur erlebt hat, sondern vielmehr von historischer Kontinuität geprägt ist, ist der Schlüssel zum Verständnis, weshalb dem Rule of Law im Verhältnis zum deutschen rechtspositivistischen System bestimmte formelle Sicherungsmechanismen fehlen. Denn folgt man dieser Vorstellung, sind diese Mechanismen nicht notwendig, da das Recht nicht Gegenstand des Willens und daher unverfügbar ist.

### **2.3 Parlamentsouveränität und Rule of Law**

Wie bereits erwähnt, existiert der Unterschied zwischen Verfassungs- und sonstigem Recht in England nicht, daher ist das Parlament mit einfacher Mehrheit berechtigt, jedes Gesetz zu erlassen oder zu ändern. Aus deutscher Perspektive erscheint dies problematisch, da der Gesetzgeber somit allmächtig ist, er könnte damit den schlafenden Souverän, das Volk, seiner Souveränität berauben. Aus der englischen Perspektive heraus ist dies jedoch absolut

---

<sup>46</sup> Dieses Denken steht in einem offensichtlichen Widerspruch zur Parlamentsouveränität, worauf im folgenden Abschnitt noch eingegangen wird.

folgerichtig, denn das Parlament ist der Souverän. Der historische Wiederstreit zwischen Parlament und Krone führte also schließlich dazu, dass die Souveränität von der Letzteren auf das Erstere übergegangen ist (vgl. Sturm 2009: 266 f.).

In England fehlt somit die letzte Schicht des Schutzes, welche im deutschen materiellen Rechtsstaat gegeben ist, der Schutz des Volkes vor seinen gewählten Vertretern (insb. Art. 78 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 20, ferner Art. 1-19 insb. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sowie Art. 78 Abs.1 und 2). Das Prinzip Rule of Law bedeutet somit auch, dass jeder sich jedem Parlamentsgesetz unabhängig von seinem Inhalt zu beugen hat (vgl. Sturm 2009: 266).

Die souveräne Stellung des Parlaments ist umso problematischer, als man die institutionelle Situation des heutigen Englands mit einbezieht.

Da das Parlament – genauer das Unterhaus – **die** zentrale Gewalt ist, ist eine vertikale Gewaltenteilung nicht denkbar, lediglich eine Delegation auf kleinere Gebietskörperschaften, die das Parlament jedoch jederzeit mit einfacher Mehrheit wieder zurücknehmen kann; was kein rein hypothetischer Fall ist, selbst dann nicht, wenn es sich um gewählte Volksvertreter handelt<sup>47</sup>. England ist daher ein unitaristischer Staat mit einer Allzuständigkeitsvermutung zugunsten des unteilbar souveränen Parlaments, welches dieser Logik entsprechend auch keiner höheren Rechtsprechung unterworfen sein kann. Ein weiteres Ergebnis dieses Grundprinzips ist die unvollkommene Gewaltenteilung, die vielmehr eine Gewaltenverschränkung ist. Die Regierung und die Mehrheitspartei im Unterhaus (House of Commons) sind eng verbunden, da sie der gleichen Partei entstammen; gepaart mit der Verortung des obersten Gerichtshofs im Oberhaus, dessen Richter effektiv von der Exekutive berufen werden, wird nicht viel Raum für Konflikte zwischen den Staatsgewalten gelassen. Die geringe Rolle des Oberhauses im Legislativverfahren – es kann Gesetze maximal ein Jahr verschieben<sup>48</sup> – ergibt eine ebenso geringe Konflikthanfälligkeit im Parlament selbst (vgl. Sturm 2009: 269)<sup>49</sup>. Es fehlt somit ein institutionelles Korrektiv in der Gesetzgebung, eine Mehrheitsregierung hat damit bei Abstimmung nur ihre eigenen Hinterbänkler zu fürchten, die jedoch regelmäßig um ihre politische Zukunft fürchten müssen, wenn sie gegen ihre Regierung stimmen. Der Premierminister kann, durch eine der deutschen

---

<sup>47</sup> Nordirland 2002, Übernahme der Direktregierung, 1986 Auflösung von sechs Stadträten und der Londoner Stadtregierung unter Thatcher (Sturm 2009: 267)

<sup>48</sup> Parliament Act von 1949

Richtlinienkompetenz gegenüber überlegene Machtfülle, Exekutive und Legislative gleichermaßen steuern. Er ist nicht nur traditionell auch Parteivorsitzender, er kann zudem seine Parteigenossen umfangreich mit Exekutivpositionen versorgen und Geheimhaltung sowie Informationsflüsse nach außen steuern (vgl. Krumm/ Nötzel 2006: 186 ff.).

Berühmt geworden ist dabei die Charakterisierung des englischen Regierungssystems als „elective dictatorship“ durch den früheren Lord Chancellor Lord Haisham 1976 (Sturm 2009: 274). Checks and Balance zwischen der Krone bzw. Regierung, dem Unterhaus und dem Oberhaus sind durch die Dominanz des Unterhauses verlorengegangen, das einzige wirkliche Korrektiv für dieses, überspitzt formuliert, „elective dictatorship“ ist daher die Wahl, die das Parlament und die Regierung zwingt, sich selbst auch der allgemeinen Grundrechtvorstellung zu beugen und dadurch eine materielle Rule of law zu erhalten.

Die im Mittelalter vorhandene Bindung der souveränen Gewalt ergab sich daraus, dass gewohnheits- und naturrechtliche Vorstellungen diese verlangten; mit dem verstärkten Einsetzen des Rechtspositivismus im 19. Jahrhundert und der damit einhergehenden Vorstellung, dass Recht gesetzt und nicht gefunden wird und auch Instrument der Herrschaft ist, erscheint ein darauf gründender Schutz zunehmend labil (vgl. Tamanaha 2004: 28). Auch bei Dicey und anderen Rechtstheoretikern war der Schutz vielmehr ein politischer oder moralischer, nicht ein Schutz de jure. Letztendlich beruht der Schutz der Rule of Law also vor allem auf dem Glauben an die traditionellen Prinzipien, die diese verkörpert (vgl. ebd. 57 f.).

## **2.4 Dilemma und Wandel der Rule of Law in der heutigen Zeit**

England mag zwar als Bastion der Rechtsstaatlichkeit gelten, was durch die spezifische Geschichte, das Common-Law und das daraus resultierende Denken aktuell gerechtfertigt zu sein scheint. Eine differenzierte Betrachtung ergibt jedoch ein anderes Bild. Teilt man die Rechtsstaatlichkeit in mehrere Schichten auf, so ist England, was die operative Rechtsstaatlichkeit anbelangt, also die Rechtsstaatlichkeit die seine Einwohner gegenwärtig erleben, sicher als Rechtsstaat zu bezeichnen (vgl. Gosalbo-Bono 2010: 251).

Auf der Ebene einer strukturellen Rechtsstaatlichkeit, die als Proto-Rechtsstaatlichkeit die Sicherung für die Dauerhaftigkeit der operativen Rechtsstaatlichkeit darstellt, kann dies jedoch nicht festgestellt werden. Institutionell sind Exekutive und Legislative eng verquickt und konform, gleichzeitig darf die Judikative legislative Maßnahmen nicht prüfen. Einziges theoretisch mögliches Korrektiv de jure wäre die Verweigerung der Unterschrift durch den

Monarchen, wodurch ein Gesetzesvorschlag erst seine Gesetzeskraft erhält; da dies 1707 das letzte Mal passiert ist, ist allgemein umstritten, ob es sich dabei um mehr als einen rituellen Akt handelt (vgl. Zander 2004: 57).

So ist jedes Recht und die Rechtsstaatlichkeit selbst nur ein Gesetz mit einfacher Mehrheit davon entfernt, für nichtig erklärt zu werden, wobei der einzige Schutz dagegen der Glaube daran ist, dass das Parlament sich an die Rule of Law gebunden fühlt, also selbst an seine Gebundenheit glaubt. Würde das Parlament diese Bindung nicht mehr anerkennen, existierte aufgrund der Parlamentssouveränität keine rechtsförmige Möglichkeit, dies zu sanktionieren, nicht einmal die Möglichkeit zur Überprüfung des Rechtsaktes wäre gegeben. Auch wenn man nicht davon ausgehen muss, dass in England in nächster Zeit eine Machtergreifung gefolgt von der Abschaffung der Rule of Law und der Demokratie zu befürchten ist, so ist der fehlende Schutz dagegen doch problematisch. Beispielsweise finden Eingriffe in Rechte von kleineren Gruppen, die gegen Interessen der Mehrheit stehen, oder langsame Erosion von Grundrechten durch die Gesetzgebung kein Korrektiv (vgl. Tamahana 2004: 138). Natürlich spielen die öffentliche Meinung und die Medien als „vierte Gewalt“ eine Rolle, jedoch nur dann, wenn die Tragweite einer Gesetzgebung auch erkannt wird, eventuell auch nur dann, wenn das Interesse der Allgemeinheit daran groß genug ist.

In England selbst funktioniert diese Rechtsstaatlichkeit zwar bisher aufgrund seiner Tradition und den damit verbundenen idiosynkratischen Vorstellungen, da diese jedoch kaum übertragbar sind, kann das englische Konzept nicht als Vorbild für andere Länder gelten.

## **2.5 Langsamer Systemumbruch**

Dass selbst in England trotz des Stolzes auf die eigene Tradition ein gewisser Reformbedarf gesehen wird, zeigt sich in den folgenden Ausführungen zu neueren Ereignissen, die bisher nicht berücksichtigt wurden, um vor allem das klassische Konzept der Rule of Law darzustellen. Gleichzeitig erzwingt auch die Zugehörigkeit zur Europäischen Union, die eher kontinentaleuropäisch konstitutionalistische Züge trägt, auch eine stärkere Orientierung an dem entsprechenden Rechtsstaatlichkeitskonzept, wodurch das englische Konzept in neuerer Zeit einige Systembrüche aufweist.

Von Außerhalb bindet das Europäische Recht das englische Parlament und dies nicht nur durch die reguläre Rechtssetzung, sondern auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Mit der Übernahme der europäischen Menschenrechtskonvention in das

britische Recht seit dem Jahre 1998 ergibt sich gleichzeitig ein verbindlicher materieller Rahmen individueller Rechte des Bürgers, die schlussendlich auch in einem Gerichtsverfahren gegen das Parlament verteidigt werden können.

Die teilweise kaum umkehrbare Abgabe von Souveränität an Parlamente der nicht englischen Nationen unter der Regierung Blair lässt die Parlamentssouveränität auch innerhalb Großbritanniens erodieren. Verschiede Reformakte, darunter nicht zuletzt die Einrichtung eines vom Parlament weitgehend unabhängigen Supreme Courts als oberstes Gericht 2009 und politische Bestrebungen zur Wahl des Oberhauses (House of Lords), könnten das bestehende System auf Dauer ändern, es wohlmöglich mehr dem beschriebenen deutschen System annähern (vgl. Sturm 2009: 266 f.).

## **2.6 Fazit**

Auch wenn England als moderner Industrienation eine dementsprechende operative Rechtsstaatlichkeit gewährt, ist das dahinterliegende System doch in vielerlei Hinsicht archaisch. Die kontinentaleuropäische Trennung von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitue* ist entsprechend nicht vorhanden, da die Souveränität sich nie aus dem Staat verabschiedet hat; verfassungsgebende Gewalt und einfache Legislative sind daher Eins und logisch aufgrund ihrer Souveränität unbegrenzt (vgl. XI 156, Unruh 1993: 194 ff.). Die moderne Auffassung von Rechtssetzung als Willensäußerung der Herrschaft ist daher im Widerstreit dem naturrechtlich fundierten Common-Law überlegen, weshalb diese Sicherung nur von labiler Natur ist und eine unverbrüchliche Rechtsstaatlichkeit nicht strukturell garantiert. Durch die Dominanz des Unterhauses ist auch das sichernde Vetospielerkonzept in der Legislative, das John Locke in seiner Theorie vorschlug, nicht (mehr) verwirklicht (vgl. Schaal/ Heidenreich 2006: 83). Selbst die effektive Gewaltenteilung, die er oder auch Montesquieu vorschlägt, die zumindest die klassische formale Rechtsstaatlichkeit sichern könnte, ist nur (noch) begrenzt vorhanden (vgl. ebd.; Montesquieu 1804: 288 ff.).

Die in neuerer Zeit hinzugekommenen kontinentalrechtsstaatlichen Elemente sind aufgrund der Parlamentssouveränität Systembrüche, da sie mit der Logik einer souveränen Macht im Staat nicht zu vereinbaren sind. Eine effektive „Verfassungsgerichtsbarkeit“ kann nicht von demjenigen ins Recht gesetzt werden, den sie kontrollieren soll, da die Macht der Einsetzung nicht ohne die Macht der Absetzung gedacht werden kann. Erst ein Wechsel zur Volkssouveränität würde eine Etablierung von außerhalb des Staates ermöglichen, in der die

Staatsgewalten dann als nur verfasste Gewalten in einen stabilen strukturell rechtsstaatlichen Funktionalzusammenhang gebracht werden können.

Die von außen und innen aufkommende Modernisierung mag die operative Rechtsstaatlichkeit damit zwar um Merkmale moderner Rechtsstaatlichkeit bereichern; ohne den Wechsel der Souveränitätsperspektive beruht der eigentliche strukturelle Schutz des Englischen „Rechtsstaats“ jedoch auf der Tradition und dem Bewusstsein der Engländer, in einem solchen zu leben.

## Literaturverzeichnis

### Monographien

Achenwall, Gottfried (1763): *Juris naturalis pars posterior complectens jus familiae, jus publicum et jus gentium in usum auditorum. Editio quinta emendatior.* Göttingen.

Agrast, M.; Botero, J.; Martinez, J. Ponce A.; Pratt, C.: *The World Justice Project rule of law index,* 2012-2013. Online verfügbar unter [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/WJP\\_Index\\_Report\\_2012.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/WJP_Index_Report_2012.pdf).

Bevc, Tobias (2007): *Politische Theorie.* Konstanz: UVK Verlagsges. (UTB, 2908).

Blackie, Malcolm J. (1989): *Sub-Saharan Africa. From crisis to sustainable growth : long-term perspective study.* Washington, D.C: World Bank.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006): *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Erw. Ausg.* Frankfurt am Main: Suhrkamp (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 914).

Brehmer, Karl (1980): *Rawls' "Original position," oder, Kants "Ursprünglicher Kontrakt". Die Bedingungen der Möglichkeit eines wohlgeordneten Zusammenlebens.* Königstein/Ts: Forum Academicum (Monographien zur philosophischen Forschung, 190).

Buchanan, Charles M. (1975): *Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan* Indianapolis : Liberty Fund, Inc.

Diekmann, Andreas (2008): *Spieltheorie. Einführung, Beispiele, Experimente.* Reinbek: Rowohlt-Taschenbuch (rororo - rowohlts enzyklopädie, 55701).

Dworkin, Ronald; Wolf, Ursula (1984): *Bürgerrechte ernstgenommen.* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Eberl, Matthias (2006): *Verfassung und Richterspruch: rechtsphilosophische Grundlegungen zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit.* Berlin: De Gruyter Recht.

Gauthier, David (1986): *Morals by agreement.* Oxford: Clarendon press.



Habermas, Jürgen (1993): Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1995): Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1176).

Haensel, Werner (1926): Kants Lehre vom Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantschen Rechtsphilosophie. Berlin: Pan-Verlag Rolf Heise (Kant-Studien, Ergänzungshefte im Auftrag der Kant-Gesellschaft, herausgegeben von P. Menzel und A. Liebert, 60).

Hobbes, Thomas (1918): Grundzüge der Philosophie. Zweiter und dritter Teil: Lehre vom Menschen und Bürger. Deutsch herausgegeben von Max Frischeisen-Köhler, (Philosophische Bibliothek, Bd. 158). Leipzig: Felix Meiner.

Hobbes, Thomas (1999): Leviathan. New York: Adegis Graphics LLC.

Hobbes, Thomas (2009): Der Leviathan. Köln: Anaconda Verlag.

Höffe, Otfried (1987): Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Hoffmann-Negulescu, C. Roland (2001): Anarchie, Minimalstaat, Weltstaat: Kritik der libertären Rechts- und Staatstheorie R. Nozicks. Marburg: Tectum-Verlag.

Jellinek, Georg (1914): Allgemeine Staatslehre. 3, unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. Walter Jellinek. Berlin: O. Härling.

Justi, Johann Heinrich Gottlob von (1760): Die Natur und das Wesen des Staates als Grundwissenschaft der Staatskunst, der Polizei und aller Regierungswissenschaft. Berlin, Stetin, Leipzig: J.H. Rüdigers.

Kant, Immanuel; Weischedel, Wilhelm (1977): Werke [in zwölf Bänden]. 8. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Karpen, Ulrich (1992): Der Rechtsstaat des Grundgesetzes: Bewährung und Herausforderung nach der Wiedervereinigung Deutschlands. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Kelsen, Hans (1920): Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Kelsen, Hans; van Ooyen, R.C (2008): Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie: Mohr Siebeck GmbH & Company K.

Kern, Lucian; Nida-Rümelin, Julian (1994): Logik kollektiver Entscheidungen. München: R. Oldenbourg.

Kersting, Wolfgang (1993): John Rawls zur Einführung. 1. Aufl. Hamburg: Junius (Zur Einführung).

Kersting, Wolfgang (1994): Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Kersting, Wolfgang (2001): John Rawls zur Einführung. 1. Aufl. Hamburg: Junius (Zur Einführung).

Khakzadeh-Leiler, Lamiss (2011): Die Grundrechte in der Judikatur des obersten Gerichtshofs. Wien, New York: Springer Wien (Forschung aus Recht und Staat, 161)..

Kriele, Martin (1990): Recht, Vernunft, Wirklichkeit. Berlin: Duncker & Humblot.

Kriele, Martin (2003): Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates. 6. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer (Studienbücher : Rechtswissenschaften und Verwaltung).

Krumm, Thomas; Noetzel, Thomas (2006): Das Regierungssystem Grossbritanniens. Eine Einführung. München [u.a.]: Oldenbourg (Lehr- und Handbücher der Politikwissenschaft).

Kunz, Volker (1996): Empirische Ökonomik. Handlungstheoretische Grundlagen der Erklärung politischer und sozialer Prozesse. Marburg: Metropolis (Hochschulschriften, 26).

Kunz, Volker (2004): Rational choice. Frankfurt am Main, New York: Campus (Campus Einführungen).

Leisner, A. (2002): Kontinuität als Verfassungsprinzip: Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts: Mohr Siebeck GmbH & Company K.

Lietzmann, Hans (1988): Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschaftliche Studie über Wertordnung, Dissenting Votes und funktionale Genese. Opladen: Leske + Budrich (Forschungstexte Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 24).

Locke, John (1906): Zwei Abhandlungen der Regierung. nebst "Patriarchie" von Sir Robert Filmer. Deutsch von Hilmar Wilmanns. Halle: Max Niemeyer.

Lorberg, Daniel (2013): Erfolgsfaktoren und Relevanz des persönlichen Verkaufsgespräches. Theoretische Analyse und empirische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des stationären Bekleidungseinzelhandels. Aachen: Shaker-Verlag (Schriften aus dem Institut für Angewandte Wirtschaftswissenschaften, Kooperations- und Weiterbildungspartner der Hochschule Niederrhein, 2).

Maus, Ingeborg (1994): Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1153).

Mayer-Tasch, Peter Cornelius (1965): Thomas Hobbes und das Widerstandsrecht. Dissertation, vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz: Mohr.

Miebach, Bernhard (2006): Soziologische Handlungstheorie. Eine Einführung. 2. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Montesquieu, Charles de (1804): Der Geist der Gesetze. neu übersetzt, und mit berichtigenden Anmerkungen versehen von A.W. Hauswald kurfürstlich sächsischer Geheimsekretair. Görlitz: C.G. Anton.

Nida-Rümelin, Julian; Schmidt, Thomas (2000): Rationalität in der praktischen Philosophie. Eine Einführung. Berlin: Akademie Verlag (Edition Philosophie).

Nohlen, Dieter; Schulze, Rainer-Olaf (2010): Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe. 4. Aufl. München: C.H. Beck (Beck'sche Reihe, 1463-1464).

Nuscheler, Franz (2012): Lern- und Arbeitsbuch Entwicklungspolitik. [eine grundlegende Einführung in die zentralen entwicklungspolitischen Themenfelder Globalisierung, Staatsversagen, Armut und Hunger, Bevölkerung und Migration, Wirtschaft und Umwelt]. 7. Aufl. Bonn: Dietz.

Radbruch, Gustav (1950): Rechtsphilosophie. Herausgegeben von Erik Wolf. 4. Aufl. Stuttgart: Koehler.

Rawls, John (1971): A theory of justice. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.

Rawls, John (1975): Eine Theorie der Gerechtigkeit. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Rawls, John (1993): Political liberalism. New York: Columbia University Press (The John Dewey essays in philosophy, 4).

Reiss, Hans (1977): Kants politisches Denken. Bern [etc.]: Peter Lang.

Rieck, Christian (2012): Spieltheorie. Eine Einführung. 11. Aufl. Eschborn: Rieck.

Rousseau, Jean-Jacques; Heine, Alexander (1997): Der Gesellschaftsvertrag. Essen: Phaidon (Bibliothek der Philosophie, 15).

Rühl, Ulli F. H. (2010): Kants Deduktion des Rechts als intelligibler Besitz. Kants "Privatrecht" zwischen vernunftrechtlicher Notwendigkeit und juristischer Kontingenz. Paderborn: Mentis.

Šarčević, Edin (1996): Der Rechtsstaat. Modernität und Universalitätsanspruch der klassischen Rechtsstaatstheorien : eine Bilanz der Rechtsstaatslehren zwischen aufgeklärtem Liberalismus und Nationalsozialismus. Leipzig: Leipziger Univ.-Verl ([Leipziger juristische Studien / Öffentlich-rechtliche Abteilung], 1).

Schaal, Gary S.; Heidenreich, Felix (2009): Einführung in die politischen Theorien der Moderne. 2. Aufl. Opladen, Farmington Hills, Mich: Budrich (UTB, 2791).

Schmalz-Bruns, Rainer (1995): Reflexive Demokratie. Die demokratische Transformation moderner Politik. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Schmidt, Manfred G. (2008): Demokratietheorien. Eine Einführung. 4. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Lehrbuch).

Scholz, Rupert (1993): Grundgesetz zwischen Reform und Bewährung. Berlin, New York: Walter de Gruyter.

Tamanaha, Brian Z. (2004): On the rule of law. History, politics, theory. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Unruh, Peter (1993): Die Herrschaft der Vernunft. Zur Staatsphilosophie Immanuel Kants. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5).

Welcker, Carl Theodor (1813): Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt. Giesen: Heyer.

Wesel, Uwe (2010): Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon. München: Beck.

Wilms, Helmut (2006): Staatsrecht 1: Staatsorganisationsrecht unter Breücksichtigung der Föderalismusreform. Stuttgart: Kohlhammer W.

World Bank (1992): Governance and development. Washington D.C: The World Bank (A World Bank publication).

Zander, Michael (2004): The law-making process. 6. Aufl. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press (Law in context).

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein (1996): Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts. Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck).

### **Sammelwerke und Gesetzeskommentare**

Alexy, R.; Dreier, R.; Neumann, U. (Hg.) (1991): Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute: Beiträge zur Standortbestimmung: David Brown Book Company.

Antoni, Michael et al. (2010): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 9. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.

Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans Jochen; Hesse, Konrad (Hg.) (1995): Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin, New York: de Gruyter.

Boettcher, Erik; Herder-Dornreich, Philipp (Hg.) (1985): Die Vertragstheorie als Grundlage der parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr (Jahrbuch der Politischen Ökonomie, 4).

Brunkhorst, Hauke; Voigt, Rüdiger (Hg.) (2008): Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos (Staatsverständnisse, 16).

Denninger, Erhard (Hg.) (1989): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : in zwei Bänden. 2. Aufl. Begründet von Axel Azzola und et al. Neuwied: Luchterhand (Alternativkommentare hrsg. von Rudolf Wassermann).

Hippel, Ernst von; Kelsen, Hans; Layer, Max; Triepel, Heinrich (Hg.) (1929): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Berichte [der] Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928 ; mit einem Auszug aus der Aussprache. Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin [u.a.]: de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 5).

Höffe, Otfried (Hg.) (1977): Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Theorie).

Höffe, Otfried (Hg.) (1998): John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Berlin: Akademie Verlag (Klassiker auslegen, 15).

Ihne, Hartmut (Hg.) (2006): Einführung in die Entwicklungspolitik. 2. Aufl. Münster: Lit (Einführungen - Politikwissenschaft, 4).

Ismayr, Wolfgang (Hg.) (2009): Politisches System westeuropas/ political systems of western europe. [S.l.]: Vs Verlag.

Jarass, Hans D., Pierot Bodo (2012): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 12. Aufl. Begründet von Hans-D Jarass und Bodo Pieroth. München: C. H. Beck.

Jesse, Eckhard; Sturm, Roland (Hg.) (2003): Demokratien des 21. Jahrhunderts im Vergleich. Historische Zugänge, Gegenwartsprobleme, Reformperspektiven. Opladen: Leske + Budrich.

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (Hg.) (2007): "Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts. Freiburg im Breisgau: Herder.

Krawietz, Werner; Topitsch, Ernst; Koller, Peter (Hg.) (1982): Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Symposium "Ideologiekritik und Politische Theorie bei Hans Kelsen". Berlin: Duncker & Humblot (Rechtstheorie. Beiheft, 4).

Lietzmann, Hans J. (Hg.) (2001): Moderne Politik. Politikverständnisse im 20. Jahrhundert. Opladen: Leske + Budrich.

Lietzmann, Hans J.; Nitschke, Peter (Hg.) (2000): *Klassische Politik. Politikverständnisse von der Antike bis ins 19. Jahrhundert.* Opladen: Leske + Budrich.

Llanque, Marcus; Münkler, Herfried (Hg.) (2007): *Politische Theorie und Ideengeschichte. Lehr- und Textbuch.* Berlin: Akademie Verlag.

Maunz, Theodor et al. (2012): *Grundgesetz. Kommentar. Begründet von Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog.* München: Beck

Nohlen, Dieter; Schulze, Rainer Olaf (Hg.): *Lexikon der Politikwissenschaft.* 4. Aufl. München: Beck (Beck'sche Reihe, 1463).

### **Beiträge in Sammelbänden und Gesetzeskommentaren**

Antoni, Michael (2010): Art. 1-20 GG. In: Michael Antoni, Dieter Hömig und Karl-Heinz Seifert: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.* 9. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. (Nomos-Kommentar).

Bäumlin, Richard; Ridder, Helmut (1989): 1-20 GG. Erhard Denninger (Hg.): *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.* In 2 Bden. 2. Aufl. Neuwied: Luchterhand (Reihe Alternativkommentare), S. 1340–1389.

Benda, Ernst (1995): *Der soziale Rechtsstaat.* In: Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans Jochen Vogel und Konrad Hesse (Hg.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* 2. Aufl. Berlin, New York: de Gruyter, S. 719–798.

Benda, Ernst (2010): *Rechtsstaat.* In: Dieter Nohlen und Rainer Olaf Schulze (Hg.): *Lexikon der Politikwissenschaft.* 4. Aufl. München: Beck (Beck'sche Reihe, 1463), S. 890–892.

Denninger, Erhard (1989): Art. 1. In: Erhard Denninger (Hg.): *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.* In 2 Bden. 2. Aufl. Neuwied: Luchterhand (Reihe Alternativkommentare).

Dreier, Horst (2007): *Vom Rechte, das mit uns geboren ist.* In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (Hg.): "Vom Rechte, das mit uns geboren ist". *Aktuelle Probleme des Naturrechts.* Freiburg im Breisgau: Herder

Grimm, Dieter (1982): *Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen.* In: Werner Krawietz, Ernst Topitsch Ernst; Koller, Peter

(Hg.): Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Berlin: Duncker & Humblot (Rechtstheorie. Beiheft, 4), S. 149–158.

Helms, Ludger (2003): Verfassung. In: Eckhard Jesse und Roland Sturm (Hg.): Demokratien des 21. Jahrhunderts im Vergleich. Historische Zugänge, Gegenwartsprobleme, Reformperspektiven. Opladen: Leske + Budrich, S. 37–60.

Höffe, Otfried (1977): Kritische Einführung in Rawls`Theorie der Gerechtigkeit. In: Otfried Höffe (Hg.): Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Theorie), S. 11–42.

Höffe, Otfried (1998): Einführung in Rawls` Theorie der Gerechtigkeit. In: Otfried Höffe (Hg.): John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Berlin: Akademie Verlag (Klassiker auslegen, 15), S. 3–26.

Homann, Karl (1985): Legitimation und Verfassungsstaat. Theoretische Interpretation der Demokratie. In: Erik Boettcher und Philipp Herder-Dornreich (Hg.): Die Vertragstheorie als Grundlage der parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr (Jahrbuch der Politischen Ökonomie, 4), S. 48–72.

Jarass, Hans-D (2012): Art. 1-28. In: Hans-D Jarass und Bodo Pieroth: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 12. Aufl. München: C. H. Beck.

Kliemt, Hartmut (1998): Rawls Kritik am Utilitarismus. In: Otfried Höffe (Hg.): John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Berlin: Akademie Verlag (Klassiker auslegen, 15), S. 97–116.

Kriele, Martin (1991): Die demokratische Weltrevolution. Warum sich die Freiheit durchsetzt. In: R. Alexy, R. Dreier und U. Neumann (Hg.): Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute: Beiträge zur Standortbestimmung: David Brown Book Company, S. 201–211.

Lepsius, Oliver (2008): Zu Kelsens demokratietheoretischer Begründung einer sozialen Ordnung aus der individuellen Freiheit. In: Hauke Brunkhorst und Rüdiger Voigt (Hg.): Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos (Staatsverständnisse, 16), S. 15–39.



Lietzmann, Hans J. (2001): Politik und Verfassung: Politischer Konstitutionalismus. In: Hans J. Lietzmann (Hg.): Moderne Politik. Politikverständnisse im 20. Jahrhundert. Opladen: Leske + Budrich, S. 237–263.

Llanque, Marcus (2007): Politische Institutionen. In: Marcus Llanque und Herfried Münkler (Hg.): Politische Theorie und Ideengeschichte. Lehr- und Textbuch. Berlin: Akademie Verlag, S. 225–340.

Llanque, Marcus (2008): Hans Kelsens politikwissenschaftliche Konzeption des materiellen Rechtsstaats. In: Hauke Brunkhorst und Rüdiger Voigt (Hg.): Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos (Staatsverständnisse, 16), S. 365–384.

Ludwig, Bernd (2000): Politik als "ausübende Rechtslehre". Zum Politikverständnis Immanuel Kants. In: Hans J. Lietzmann und Peter Nitschke (Hg.): Klassische Politik. Politikverständnisse von der Antike bis ins 19. Jahrhundert. Opladen: Leske + Budrich, S. 175–200.

Maus, Ingeborg (1994): Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit. In: Werner Goldschmidt und Lothar Zechlin (Hg.): Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit. Hamburg: Meiner (Dialektik, 1994/1), S. 9–18.

Maus, Ingeborg (1998): Der Urzustand. In: Otfried Höffe (Hg.): John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Berlin: Akademie Verlag (Klassiker auslegen, 15), S. 71–96.

Oeter, Stefan (2008): Souveränität und Staat bei bei Kelsen. In: Hauke Brunkhorst und Rüdiger Voigt (Hg.): Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos (Staatsverständnisse, 16), S. 283–298.

Robbers, Gerhard (1987): Emmanuel Joseph Sieyes - Die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Französischen Revolution. In: W. Zeidler, W. Fürst, R. Herzog und D.C Umbach (Hg.): Festschrift für Wolfgang Zeidler: (1987). Berlin, New York: de Gruyter (1), S. 247–264.

Schmidt, Siegmund (2006): Good Governance als Entwicklungsvoraussetzung. In: Hartmut Ihne (Hg.): Einführung in die Entwicklungspolitik. 2. Aufl. Münster: Lit (Einführungen - Politikwissenschaft, 4), S. 109–115.

Schnappauff, Klaus-Dieter (2010): Art.79-81. In: Michael Antoni, Dieter Hömig und Karl-Heinz Seifert: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 9. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. (Nomos-Kommentar).

Schulze, Rainer-Olaf: Staat. In: Dieter Nohlen und Rainer Olaf Schulze (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. 4. Aufl. München: Beck (Beck'sche Reihe, 1463), S. 1012–1013.

Seidelmann, Reimund: Souveränität. In: Dieter Nohlen und Rainer Olaf Schulze (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. 4. Aufl. München: Beck (Beck'sche Reihe, 1463), S. 961–963.

Sturm, Roland (2009): Das politische System Großbritanniens. In: Wolfgang Ismayr (Hg.): Politisches System westeuropas/ political systems of western europe, 265-306. [S.l.]: Vs Verlag.

### **Zeitschriftenaufsätze**

Diestelkamp, Bernhard (2012): „DIE HISTORISCHEN WURZELN DER DEUTSCHEN RECHTSSTAATSKONZEPTION“. In: *Der Staat* 51 (4), S. 591–600.

Dreier, Horst (2004): Kants Republik. In: *Juristenzeitung* 59 (15/16), S. 745–756.

Gosalbo-Bono, Ricardo (2010): THE SIGNIFICANCE OF THE RULE OF LAW AND ITS IMPLICATIONS FOR THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES. In: *lawreview* 72 (2), S. 231–360.

Herb, Karlfriedrich; Ludwig, Bernd (1993): Naturzustand, Eigentum und Staat. Immanuel Kants Relativierung des "Ideal des hobbes". In: *Kant-Studien* (84), S. 283–317.

Nida-Rümelin, Julian (1990): Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls - eine kritische Rekonstruktion. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (76), S. 457–466.

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: *Süddeutsche Juristenzeitung*, S. 105–108.

Wesel, Uwe (2011): Recht, Gerechtigkeit und Rechtsstaat im Wandel. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 61 (35-36), S. 41–47.

## Sonstiges

British Library: Treasures in full: Magna Charta. Online verfügbar unter [http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc\\_trans.html](http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html), zuletzt geprüft am 11.08.2013.

Bundesministerium der Justiz: <http://www.gesetze-im-internet.de/>, zuletzt geprüft am 11.08.2013.

BVerfG: BVerfGE 2, 403. v. 1.3.1953

BVerfG: BVerfGE 1, 14. v. 23.10.1951

Forschner, Steffen (2003): Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen "Mauerschützenurteilen". Univ, Tübingen. Online verfügbar unter <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:21-opus-7182>, zuletzt geprüft am 11.08.2013.

Giovanni di Lorenzo (2007): Ich bin in Schuld verstrickt. In: *Die Zeit*, 30.08.2007 (36). Online verfügbar unter <http://www.zeit.de/2007/36/Interview-Helmut-Schmidt>, zuletzt geprüft am 08.08.2013.

Hagedorn, Franziska; Maruhn, Roman (2003): Verfassungsvergleich der 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, C·A·P Working Paper, Bertelsmann Forschungsgruppe Politik, Centrum für angewandte Politikforschung Ludwig-Maximilians-Universität München, Online verfügbar unter <http://www.cap.uni-muenchen.de/publikationen/cap/vergleich.htm>, zuletzt geprüft am 11.08.2013.

University of Ottawa: Juriglobe. Online verfügbar unter <http://www.juriglobe.ca/eng/index.php>, zuletzt geprüft am 11.08.2013.