

# Erhard Denninger

## Der Präventions-Staat

### *1. Von der Rechtssicherheit zur Rechtsgütersicherheit*

Die Spur, die ich hier, mit ungewissem Ausgang, verfolgen möchte, kann vorläufig durch eine doppelte These charakterisiert werden: 1. Die vielfach beschriebene sozial- oder wohlfahrtsstaatliche Ausweitung staatlicher Aufgaben, die sich u. a. als Übergang von der traditionellen Gefahrenabwehr zur »modernen« staatlichen Präventionspolitik im weitesten Sinne manifestiert, wird begleitet und getragen von einer tiefgreifenden, die Grundlagen des Rechtssystems berührenden Um-Akzentuierung innerhalb der komplexen Rechtsidee. Schlagwortartig verkürzt meint dies: Von der *Rechtssicherheit* zur *Rechtsgütersicherheit* als sozialer *Gerechtigkeit*.

Und 2.: Aktualität und Brisanz gewinnt diese zunächst nur rechtstheoretisch gefaßte Problematik, wenn man sie *verfassungstheoretisch* wendet. Die dann zu stellenden Fragen lassen sich in die These kleiden: Weder die Grundrechts- noch die Staatszweck- und die Gesetzgebungstheorie einschließlich der Lehre vom Rechtsatzvorbehalt, als die Eckpfeiler einer material, nicht nur formell-organisatorisch verstandenen demokratischen Verfassungstheorie, haben die Akzentverlagerung von einem System der Rechtssicherheit hin zu einem System der Rechtsgütersicherheit ausreichend zur Kenntnis genommen, geschweige denn begrifflich angemessen verarbeitet. Neue Begriffsschöpfungen, wie das »Grundrecht auf Sicherheit«<sup>1</sup>, die in ihren Konsequenzen historisch gewachsene Kategorien auf den Kopf stellen, beschreiben zwar Phänomene und belegen damit den Problemdruck, ohne jedoch Lösungen zu bieten. Gefordert ist vielmehr ein neuerlicher Versuch, die inneren Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, ein Versuch, der allerdings weder im *Humboldt'schen* Sicherheitsbegriff sein Ziel noch in einem neuen liberalen Konstitutionalismus seine historische Wahrheit wird finden können. Nur auf dem Boden einer so grundsätzlichen Fragestellung lassen sich – vielleicht! – auch normative Maßstäbe für eine Antwort auf die Frage nach den rechtlichen Grenzen staatlicher Präventionspolitiken gewinnen.

Der Verfassungsjurist wird versuchen, die ja normativ gemeinte Frage nach den Grenzen der Wirksamkeit des Staates nicht primär sozialanthropologisch oder individualethisch – wie damals *W. von Humboldt*<sup>2</sup> – in den Griff zu bekommen, sondern zunächst verfassungsrechtlich. Wenn er dabei, wie jüngst eindrucksvoll gezeigt wurde,<sup>3</sup> das Ungenügen der auf den bürgerlich-liberalen Rechtsstaat gemünzten Verfassung zur Bewältigung der vom Präventions-Staat ausgelösten

<sup>1</sup> *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983.

<sup>2</sup> *Wilhelm v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792).

<sup>3</sup> *Dieter Grimm*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KrtV 1986, 38 ff., 52, 54.

Rechtsprobleme feststellt, wenn er der Verfassung resigniert »den schleichenden Verlust an innerer Formkraft und Problemnähe« bescheinigt, dann kann das nicht das letzte Wort sein. Ein ähnlicher Verfassungspessimismus, bis hin zur Beinahe-tot-Erklärung des Staates trat schon vor dreißig Jahren (und danach) in der Kontroverse um die Vereinbarkeit von Verfassungsstaat und modernem Sozialstaat zutage,<sup>4</sup> er wirkte in den 60er Jahren weiter in den Auseinandersetzungen um Maßnahmegesetze und Planung, später in der Demokratisierungs- und Partizipationsdebatte der 70er Jahre, bis hinein in die 80er Jahre im Streit um die Möglichkeit »sozialer Grundrechte«. Es folgten die Verrechtlichungs- und die Präventionsdiskussion: durch ihren sachlichen Zusammenhang bestätigen sie, daß klassische Rechtsformen des »Rechtsstaates«, wie das allgemeine Gesetz, unter ganz veränderten sozialen und politischen Voraussetzungen in der Tat zur Farce werden, schlimmer noch, ihre ursprüngliche Rolle als Freiheitssicherungsinstrumente ins Gegenteil verkehren können. Die bisherige Gesetzgebungsarbeit zur Ausfüllung des Gesetzesvorbehalts beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Bereich der Inneren Sicherheit kann hier als abschreckendes Lehrstück dienen.

Der Staat als Sicherheits- und Präventionsstaat in seiner Funktion als Komplement der Industriegesellschaft – das hat *E. Forsthoff* sehr genau gesehen<sup>5</sup> – erweist sich als höchst »lebendig«. Sollte er zählebiger sein als seine Verfassung? Ist vielleicht die Verfassung der Industriegesellschaft – mit ihrer massendemokratischen, verbands- und parteienpluralistischen, aber privategoistischen Wirklichkeit im Normengehäuse eines sozialstaatlich geöffneten bürgerlich-liberalen Rechtsstaates – *strukturell überfordert*? Die Überforderung läge darin, daß die Gesellschaft dem politischen System zwar hemmungslos die Bewältigung neuer Aufgaben zumutet, ihm aber keine verbindlichen Maßstäbe für eine Prioritätensetzung zu liefern vermag, während es selbst seiner Struktur nach unfähig ist, solche Maßstäbe autonom hervorzu- bringen. Also keine Wiederauflage der These von der »Fiscal Crisis of the State«<sup>6</sup>, auch nicht die spätbürgerliche Klage über das Ende der geistigen Selbstdarstellung des Staates<sup>7</sup>, sondern ein Mangel an qualifizierter, positiver wie negativer Selektivität (d. h. an Nein- und Ja-Aber-Entscheidungen) gegenüber gesellschaftlichen Anforderungen.

Der Staat, besser gesagt, das politische Entscheidungssystem spiegelt damit auf der Makroebene einen Konflikt wider, der sich auf der Mikroebene individuelle ethischer Anforderungen an den Einzelnen als das Grunddilemma der liberal-sozialstaatlichen Verfassungsideologie ausmachen läßt: Den Tugenden einer Anpassungs-, Systemeinfügungs- und -unterwerfungsethik werden die Tugenden der Persönlichkeitsentfaltung, der Eigenverantwortung, der Leistungs- und Herrschaftsethik unvermittelt konfrontiert. Da wird auf der einen Seite Funktionspräzision im technischen, ökonomischen oder bürokratischen System verlangt, werden ideologische Konformität und Akzeptanz heteronomer »Sinnstiftungen« erwartet – und da wird auf der anderen Seite, nicht zuletzt bei den obersten Hütern des Rechts, das Hohe Lied des dynamisch-kreativen, phantasievollen, innovativen, eigennützig-eigenverantwortlichen, dabei toleranten Leistungsmenschen gesungen. Das Tableau einer

<sup>4</sup> Vgl. die Kontroversen zwischen *Ernst Forsthoff*, *Wolfgang Abendroth* und *Otto Bachof*, 1954. Dokumentiert in *E. Forsthoff* (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968. Zu: »Beinahe-tot-Erklärung« vgl. *E. Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 46.

<sup>5</sup> *Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, S. 164 ff.

<sup>6</sup> Z. B. *James O'Connor*, *The Fiscal Crisis of the State*, N. Y. 1983; *Rolf Richard Grauhan/Rudolf Hickel* (Hrsg.), *Krise des Steuerstaats? Leviathan Sonderheft 1/1978*. Zur »Überforderung« des Staates vgl. auch *Horst Dreier*, *Der Ort der Souveränität*, in: *Derselbe/Jochen Hofmann*, *Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung*, 1986, S. 11 ff., 39 ff.

<sup>7</sup> *Forsthoff*, s. Anm. 5, S. 51 ff.

solchen, Wohlfahrtsstaat und industrielle Leistungsgesellschaft zusammenzwingenden »*konfliktorischen Ethik*« wäre im einzelnen noch zu entwerfen. Auch die Rechnung der »humanen« und sozialen Kosten einer solchen Dauerspannung wäre dazu aufzumachen. Beide gehören zum Gesamtbild unserer Verfassungswirklichkeit, des realen Zustandes unseres Gemeinwesens.

## II. Verfall der Rechtssicherheit

Auf diesem Problemhintergrund kehre ich zu meiner ersten These zurück. Unter Rechtssicherheit ist in unserem Problemzusammenhang nicht nur die Positivität der Rechtsordnung und die Rechts- bzw. Bestandskraft richterlicher oder administrativer Entscheidungen zu verstehen, sondern eine Fülle einzelner, in vielen Einzelschriften positiver Elemente auf allen Stufen des Rechtserzeugungs- und -anwendungsprozesses. Ihre ideale Verwirklichung erfüllt die Idee des formalen Rechtsstaates; sie kann, wie *G. Radbruch* überscharf beleuchtet hat<sup>8</sup>, mit den Anforderungen bloßer Zweckmäßigkeit ebenso wie mit jenen der »materialen«, »sozialen« Gerechtigkeit in Widerspruch geraten. Andererseits gehörte zum Credo des auf Vertragsfreiheit, Wettbewerb, »Markt« setzenden liberalen Bürgertums die Vorstellung, die Verwirklichung des Rechtsstaates im Sinne der *Rechtssicherheit* sei zugleich eine der wesentlichen Voraussetzungen der *gesellschaftlichen* Hervorbringung von sozialer Gerechtigkeit. Eine *direkte* Intention des Staates, bzw. seines Rechtssystems, auf soziale *Gerechtigkeit* und dementsprechende Interventionen waren nicht erwünscht. Dies hat sich gründlich geändert.

Es soll an dieser Stelle – ohne Anspruch auf Neuheit in den Einzelheiten – gezeigt werden, wie die unmittelbare Ausrichtung staatlicher Aktivität auf die Gewährleistung von Rechtsgütersicherheit die klassischen Elemente der *Rechtssicherheit* (oder des formalen Rechtsstaates) modifiziert und auflöst. Diese Zielorientierung erhebt den Anspruch, den Postulaten materialer Gerechtigkeit Genüge zu tun, wie sie dem Menschenwürdesatz und dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte entsprechen. In einem zweiten Schritt ist jedoch zu fragen, ob das Konzept direkten staatlichen Rechtsgüterschutzes wirklich als ein Konzept materialer Gerechtigkeit angesehen werden kann.

Man kann Rechtssicherheit im Hinblick auf *vier* verschiedene Zustände betrachten, die den Funktionsabläufen bei der rechtlichen Steuerung gesellschaftlicher Vorgänge entsprechen. Sie beginnen mit der 1) Rechtsschöpfung oder -setzung, führen weiter über die 2) Rechtsanwendung im Einzelfall einschließlich der richterlichen Kontrolle bis zur 3) Rechtsdurchsetzung. »Quer« zu diesen Phasen ist 4) nach der »Herrschaft des Rechts« im Bewußtsein der Rechtsunterworfenen zu fragen, nach der Verankerung der maßgeblichen Rechtsinhalte in den allgemeinen Wertüberzeugungen der Rechtsgemeinschaft. Spätestens hier muß der Zusammenhang zwischen formaler Rechtssicherheit und materialer Gerechtigkeit deutlich werden.

Das *Ergebnis* eines in allen Phasen unter dem Leitprinzip der Rechtssicherheit funktionierenden Rechtssystems ist die maximale Rechtsgütersicherheit, und zwar nicht nur als normative Unverletzlichkeit der in der Rechtsordnung abstrakt angesprochenen Güter; etwa: »Das Eigentum ... wird gewährleistet« (Art. 14 Abs. 1 GG), oder: »Die Wohnung ist unverletzlich« (Art. 13 Abs. 1 GG), oder auch: »Kunst und Wissenschaft ... sind frei« (Art. 5 Abs. 3 GG). Das Ergebnis ist

<sup>8</sup> *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 168 ff.

vielmehr der maximale Schutz der *real* existierenden Rechtsgüter gegen jede ungesetzliche Beeinträchtigung, das Ideal des Rechtsbewahrstaates, die Sicherung des status quo. Ob die gesellschaftliche Verteilung der realen Güter »materiell« gerecht ist oder nicht, kommt der bloßen Rechtssicherheits-Betrachtung nicht in den Blick. Andererseits bleibt es auch dem freien Belieben des Einzelnen überlassen, mit welchen konkreten Inhalten er rechtliche Rahmen wie »Eigentum«, »Meinung« usw. ausfüllt; diesseits der Schädlichkeitsgrenze mischt sich der Staat da nicht ein.

1. Unsicherheiten bei der Rechtserzeugung:

- »Sicheres« Recht und damit »Rechtssicherheit« war zu erwarten<sup>9</sup>, wenn die Normen
  - in einem genau festgelegten und allgemein anerkannten *Verfahren*,
  - ihrem Gegenstand und ihrem Adressatenkreis nach möglichst *allgemein*,
  - auf *Dauer*,
  - inhaltlich klar und *bestimmt* und damit *vollzugsfähig*
  - *gesetzt* (»gesetzt«) wurden.

Jedes dieser Elemente wird, was hier nur angedeutet werden kann, heute in unterschiedlichsten (rechts-)politischen Zusammenhängen in Frage gestellt. Lassen wir einmal die extreme Position außer Betracht, welche der parlamentarischen Repräsentation Fähigkeit und Legitimation zu »richtigen« Gemeinwohentscheidungen überhaupt abspricht, so bleibt die Kritik an der Eignung des Mehrheitsprinzips zur Entscheidung generationenübergreifender, »irreversibler«, die Weiterexistenz oder Vernichtung des ganzen Volkes oder der Menschheit betreffender Probleme. Die politische Sorge um und Vorsorge für Rechtsgüter der noch Nichtgeborenen, also die besondere Qualität des *Inhalts* einer zu treffenden Entscheidung führt zu Zweifeln an der Angemessenheit des Verfahrens. Unter dem formalen Gesichtspunkt der Rechtssicherheit allein wäre dies keinesfalls zu rechtfertigen. Aber bei Licht besehen handelt es sich doch nur um die besondere Zuspitzung des vom Bundesverfassungsgericht seit langem entwickelten Gedankens der unmittelbaren Verfahrensrelevanz der materiellen Grundrechte.<sup>10</sup>

Die Auszehrung der persönlichen und gegenständlichen Allgemeinheit in der modernen Gesetzgebung ist früh, oft und nuancenreich beklagt worden. Der Faden zieht sich von der berühmten Kontroverse um den Gesetzesbegriff auf der Staatsrechtslehrtagung 1927 über *Forsthoffs* Reprise zum Typus »Maßnahmegesetz« 1955 bis zu *Kloepfers* These 1981, die moderne Gesetzgebung sei geprägt durch den Verlust an »rechtsstaatlicher und demokratischer Distanz.«<sup>11</sup> Das zugrunde liegende Problem ist freilich noch viel älter; es beherrscht die hochscholastische Ratio-Voluntas-Diskussion ebenso wie die Auseinandersetzung *Rousseaus* mit *Hobbes*. *Rousseau*<sup>12</sup> glaubte in seinem Gesetzesbegriff als dem Ausdruck der *volonté générale* den Stein der Weisen, nämlich die Synthese aus den Prinzipien des Willens und der allgemeinen Vernunft, und damit das Ideal der *Gerechtigkeit*, nämlich die Einheit von gegenständlicher Gemeinwohrlichtigkeit und persönlich-individueller Freiheitsgewährleistung, gefunden zu haben. Dieser Rousseauismus, der die »Objektivität«, Allgemeingültigkeit des Naturrechts zugleich mit der Durchsetzungs- und Innovationskraft des Positivismus haben möchte, wirkt, vermittelt in der

<sup>9</sup> Zum Moment der Dauer insbesondere: *Helmut Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1976, S. 137 ff.

<sup>10</sup> Dazu *Erhard Denninger*, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung (Verfahren, Organisation, Finanzierung), in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 101, m.w.N., 1. E.

<sup>11</sup> *Hermann Heller/Max Wenzel*, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL Heft 4, 1928, S. 98 ff., *Forsthoff*, Über Maßnahme-Gesetze, in: *Ders.*, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 78 ff.; *Michael Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL Heft 40, 1982, S. 63 ff., 97.

<sup>12</sup> *Jean-Jacques-Rousseau*, Du contract social, 1762, Lib. II cap. 6.

besonderen ethischen Gestalt des *Hegel'schen* Konkret-Allgemeinen, bis heute in der deutschen Staatsrechtslehre nach.

In der – naturrechtlichen – Vorstellung vom Gesetz als *dictatum rectae rationis*<sup>13</sup>, als dem Ausdruck und Gebot einer allgemeinen Vernunft (und zugleich des Befehls Gottes) sind *Gerechtigkeit* und *Rechtssicherheit* als Zielwerte gleichermaßen wirksam. Dies gilt auch für das allgemeine Gesetz auf demokratischer Legitimationsgrundlage. Auch ohne den (freilich niemandem verwehrten) Rückgriff auf *C. Schmitt's* Säkularisierungsthese<sup>14</sup> wird dies in der doppelten Überlegung sichtbar, daß allgemeine gleiche Geltung auch Gleichbehandlung und damit Lastengleichheit, Privilegiensauschluss und insofern Gerechtigkeit bedeutet, und daß ferner mit dem Bewußtsein der allgemeinen gleichen Betroffenheit nicht nur das Bewußtsein von der Richtigkeit einer Regelung, sondern auch von ihrer festen Verbindlichkeit wächst. Mit der gegenseitigen gleichberechtigten Anerkennung als Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft »versichert« man sich zugleich gegenseitig die Verbindlichkeit des gemeinsamen Rechts.

Es muß für den Menschen der Renaissance und der Glaubenskriege, für die Zeitgenossen der *Kepler*, *Galilei* und *Hobbes* eine ebenso beglückende wie abgrundtief erschreckende Erfahrung gewesen sein, eine Erfahrung, die wir heute weder emotional noch intellektuell so nacherleben können, als sie zugleich mit der Erkenntnis der physikalischen Gesetze und also mit dem Schlüssel zur Beherrschung der Natur auch die Erfahrung des Zusammenbruchs der einheitlichen religiös-metaphysischen Ordnung machen mußten. Aus beiden Erfahrungen erwuchs die Notwendigkeit einer neuen legitimierenden Fundierung der sozialen Ordnung. An den äußeren Schrecken der Pariser Bluthochzeit 1572 oder des Dreißigjährigen Krieges kann das Ausmaß der inneren, geistigen Katastrophe, in die die Menschen gestürzt waren, ungefähr ermessen werden. Nur auf diesem Hintergrund kann die enorme Attraktivität des *Hobbes'schen*: »auctoritas non veritas facit legem« begriffen werden, der gewissermaßen »moralische Kredit« auch, der dem Absolutismus als einer in *inem* Willen konzentrierten Ordnungsmacht eingeräumt wurde. Er hat ihn in weniger als zweihundert Jahren verspielt. Sein revolutionärer Erbe, der demokratische Positivismus<sup>15</sup> zog seine Überzeugungskraft nicht nur aus der genetischen Legitimation und auch nicht allein aus der Bewährung in der Ordnungsfunktion, sondern, worauf *N. Luhmann* mit Recht hinweist,<sup>16</sup> wesentlich aus der auf der scheinbar beliebigen *Änderbarkeit* des Rechts beruhenden Fähigkeit zur Bewirkung und Bewältigung des technisch-sozialen *Wandels*. Die am Beginn dieser Entwicklung, etwa bei *Hobbes*, deutlich im Vordergrund stehende voluntaristische Ordnungs- und Befriedungskomponente – elementare Voraussetzung der Rechts- wie der Rechtsgütersicherheit – tritt im weiteren Verlauf immer stärker hinter dem Bestreben zurück, durch ständig »novellierte« Normierungen der politisch folgenreichen technischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Differenzierung »gerecht« zu werden. Im allgemeinen läuft der Gesetzgeber dem technisch-sozialen Wandel hinterher, das sei hier ohne jeden pejorativen Nebenton bemerkt. Ganz im Gegenteil, es muß ernsthaft gefragt werden, ob der Gesetzgeber nicht immer dann, wenn er, sei es durch »Planungs«-Gesetze, sei es durch vorausseilende

13 Z. B. *Hugo Grotius*, *de iure belli ac pacis libri tres*, hrsg. von P. C. Molhuysen, Leiden 1919, Lib. I, cap. 1, § 10.

14 *Carl Schmitt*, *Politische Theologie*, 2. Ausg. 1934, S. 49: »Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe.«

15 Zum Zusammenhang von Voluntarismus und Positivität des Rechts vgl. *Hasso Hofmann*, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, S. 24 ff.

16 *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 1972, Band 1, S. 190 ff., Band 2, S. 207 ff., 294 ff.

Gefahren-Prävention künftige Entwicklungen vorwegnehmen wollte, gescheitert ist. Man darf auch daran erinnern, daß die heutige Art von Gesetzgebung eine neuzeitliche Erfindung zur Bewältigung sozialer Konflikte ist, daß am Beginn der modernen Rechtsentwicklung die *richterliche* Streiterledigung; – retrospektiv und nur vorsichtig abstrahierend und generalisierend – stand.

Dies soll nicht im Sinne eines Plädoyers zur Beschränkung der Rechtsfunktion auf Konflikt- und Schadensregulierung mißverstanden werden, aber doch ein Hinweis darauf sein, daß die Intensivierung der Planungs- und der bis ins flüchtige Detail differenzierenden Sozialgestaltungsfunction des Rechts spezifische Schwierigkeiten verursacht. Eine von ihnen hat das Bundesverfassungsgericht frühzeitig erkannt, wenn es dem Gesetzgeber für den »Bereich der darreichenden Verwaltung«, also in dem der austeilenden Gerechtigkeit, eine größere Freiheit der »vergrößerten«, vereinfachenden Typusbildung zuerkennt als im Bereich der Eingriffsverwaltung.<sup>17</sup> Ein anderer Punkt erscheint mir aber hier wichtiger: Je mehr das Naturrecht seine unbezweifelte Verbindlichkeit als inhaltlich *gerechtes* Recht einbüßte, um so heller erstrahlte das positive Recht als ein zwar nicht per se Gerechtigkeit verbürgendes, aber doch eine gesicherte und realisierbare Ordnung, klare Verantwortlichkeiten und die Fähigkeit der Anpassung an sich wandelnde soziale Verhältnisse versprechendes Recht. Eben dieser Glanz, der wenigstens *sicheres* und günstigenfalls auch gerechtes Recht verhieß, verblaßt im heutigen projektiv-programmatischen Aktivismus zahlloser am Rechtserzeugungsprozeß beteiligter Instanzen. Positivität des Rechts – ehemals gleichbedeutend mit Konzentration und Stärke *eines* legislativen Willens<sup>18</sup> – ist heute vielfach nur noch Ausdruck dezentrierter Willensschwäche, zerfasert in einen mehrstufigen und polyzentrischen Prozeß der Rechtsnormkonkretisierung, in welchem legislative Rechtsnormerzeugung, administrative Rechtsnormverfeinerung und »-anwendung« und judikative Rechtsnorm- und -anwendungskontrolle verflochten sind.

Die rechtstechnischen Einzelphänomene, die diese Entwicklung beleuchten, sind vielfach beschrieben worden und bekannt. Es genügt, hier einige Stichwörter aufzurufen:

(1) Das wachsende Novellierungsbedürfnis, das oft keineswegs aus einer Veränderung der Gerechtigkeitsmaßstäbe oder der maßgeblichen Wertungen, sondern nur aus dem banalen Wandel ökonomisch-sozialer Fakten folgt – man denke an den Inflationsausgleich im Besoldungsrecht o. ä. –, hat schon früh zur Arbeitsteilung zwischen parlamentarischer Legislative und exekutivischer Legislative – Gesetz- und Verordnungsgeber – geführt. Dieses Grundschema läßt sich durch Einschaltung weiterer »sachnäherer«, aber auch interessengebundener Instanzen: z. B. selbstverwaltungs-körperschaftlich organisierter gemischter Ausschüsse als »Richtlinienggeber« usw., fast beliebig ausdifferenzieren. Die Problematik der »dynamischen Blankettverweisung«, die besonders im Recht der technischen Sicherheit praktisch bedeutsam wird, ist weder unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips noch unter dem des Demokratieprinzips zu Ende diskutiert.<sup>19</sup> Das »öffentliche Recht«, das diesem Vorgang der De-Kodifizierung der Normen und der De-Konzentration der Normsetzung in besonderem Maße unterliegt, wird so unter der Hand zu einem nicht-öffentlichen Recht und, gemessen an den Publikationsmaßstäben *I. Kant's*,

<sup>17</sup> Smt BVerfGE 11, 50, 60.

<sup>18</sup> Vgl. G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), bes. §§ 214, 273, 279, 300, 320.

<sup>19</sup> Vgl. Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 114 m.w.N., ferner Denninger, Arzneimittel-Richtlinien und »Verschreibungsfähigkeit«, 1981, S. 36 ff. Zuletzt: Winfried Brugger, VerwArch 78 (1987), S. 1 ff.

schon fast zu einem Nicht-Recht.<sup>20</sup> Solches Recht hat gar keine Chance, ins allgemeine Rechtsbewußtsein einzudringen, womit, wie schon erwähnt, ein wesentlicher Faktor der Rechtssicherheit ausfällt.

(2) Eine Variante ergibt sich, wenn der Gesetzgeber die begrenzte Dauer seiner Produkte von vornherein bewußt einkalkuliert, sei es, indem er die Geltungsdauer befristet, sei es in der abgeschwächten Form, daß ein Termin für ein Verlängerungsgesetz bestimmt wird.<sup>21</sup> Derartige »Zeitgesetze« sind häufig Ausdruck einer »Prognoseunsicherheit«; wir konnten und können sie besonders im Bildungswesen, aber auch im Medienrecht (anläßlich der Einführung neuer Kommunikationstechniken) antreffen. Als »Experimentgesetze«, wohl gar zu »Pilotprojekten«, statuieren sie eine Berichtspflicht der Vollzugsorgane an den seiner Sache noch ungewissen Gesetzgeber – ein schüchterner Ansatz der so dringend notwendigen Implementationskontrolle der Verwaltung. Die Figur des Zeitgesetzes war aber auch stets für den Herrn des *Ausnahmestandes* von Interesse; diese Linie verläuft von der Notverordnungspraxis des Reichspräsidenten bis zum berühmten »Ermächtigungsgesetz« vom 24. März 1933 – dem »Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich« –; die Not dauerte an, das Gesetz wurde zweimal durch Reichstagsgesetz und dann noch einmal am 10. Mai 1943 durch »Führer«-Erlaß verlängert, bis es mitsamt seinen Gegenständen: Reichstag, Reichsregierung und Reichskanzler des Großdeutschen Reiches im Orkus der Geschichte verschwand.

(3) Die vielkritisierte Verwendung von *unbestimmten Rechtsbegriffen* und *Generalklauseln* kann, was oft nicht deutlich gesehen wird, auf sehr verschiedenen, teils negativ, teils positiv zu wertenden Gründen beruhen. Es ist üblich geworden,<sup>22</sup> sie in erster Linie als politische Artikulations- und Entscheidungsschwäche zu verstehen, als Unfähigkeit des kompromißbeugten Gesetzgebers, sich zu klaren Grenzziehungen durchzuringen. Eine andere Möglichkeit, die früher z. B. das Polizeirecht beherrschte, ist die bewußte Überantwortung eines erheblichen Ermessensspielraumes an die Exekutive. Eine dritte Perspektive gewinnt man, wenn man das Gesetz als »Optimierungsstrategie« etwa zur Grundrechtsverwirklichung versteht und der Gesetzgeber deshalb außer mit Rechts»regeln« auch mit Rechts»prinzipien« arbeitet.<sup>23</sup> Eine solche Dynamisierung des Rechtsgüterschutzes hat das Bundesverfassungsgericht in Gestalt der »Grundsätze der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge« ausdrücklich gutgeheißen und empfohlen.<sup>24</sup> *Dynamischer Grundrechtsschutz* durch Abstellen auf den jeweils neuesten Stand wissenschaftlicher Erkenntnis und technischer Machbarkeit ist im Recht der technischen Sicherheit nicht durch starre, freilich genaue Zahlengrenzwerte zu erzielen, sondern nur mit Hilfe unbestimmter Optimierungsformeln: Die unmittelbare Intention auf Rechtsgütersicherheit siegt über das Postulat der Rechtssicherheit.

## 2. Unsicherheit bei Rechtsanwendung und -durchsetzung:

Der Gesetzgeber ist unsicher geworden: sowohl im Hinblick auf die zutreffende Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Sachverhalte als auch im Hinblick auf die Einschätzung sozialer Entwicklungen und Wertungen. So nimmt er, teils bewußt, teils unbewußt die in der einzelfallorientierten Rechtskonkretisierung wirksam werdende Arbeitsteilung als Teilung der Verantwortung, als ein Stück Entlastung von eigener Verantwortung an und in sein Gesetzgebungsprogramm auf.

20 Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden, 1796, Anhang II.

21 Ein Beispiel: das Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetz, KDVG vom 28.2.1983, BGBl. I S. 203, Art. 6 Abs. 2.

22 Seit Carl Schmitt's »dilatatorischen Formelkompromissen«, vgl. Verfassungslehre, 1928, S. 31 f. u. ö.

23 Dazu vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 71 ff.

24 BVerfGE 49, 89, 140, 143.

Er tut dies, wenn er statt mit Maß und Zahl mit Verhältnismäßigkeits-, Zumutbarkeits- oder Härteklauseln operiert, auch, wenn er in der Begründung eines Entwurfs darlegt, die Rechtsentwicklung in dieser oder jener Frage müsse der Praxis, Rechtsprechung und Lehre überlassen bleiben. Die Rechtsprechung, besonders die des Bundesverfassungsgerichts, akzeptiert diese Selbstbescheidung oder Selbstabdankung des Gesetzgebers, nicht nur, indem sie unterlassene, wenig präzise oder schwache Äußerungen der ersten Gewalt mit Hilfe des Palliativs »verfassungskonforme Gesetzesauslegung« zurechtbiegt, sondern auch, wenn sie Generalklauseln u. a. mit dem Hinweis gelten läßt, der Einzelne könne ja jederzeit richterlichen Schutz anrufen und erlangen, wenn er sich durch eine »ungerechte« Anwendung der unbestimmten Formel beschwert fühle. Außerdem habe die Rechtsprechung in langjähriger Praxis die Generalklauseln inhaltlich ausreichend präzisiert.<sup>25</sup> Der Richter, der einerseits und zumal in seinem Selbstverständnis seine Legitimation wesentlich aus der strengen, Unparteilichkeit ermöglichenden Bindung an das Gesetz bezieht, muß andererseits *seine* Rolle (was sonst?) und sein *Verfahren* als Kompensation für Funktionsmängel der Legitimationsgrundlage empfehlen.

»Sicheres« Recht und damit »Rechtssicherheit« ist durch qualifizierte Akte der *Rechtssetzung* allein nicht zu gewinnen. Erforderlich ist außerdem Sicherheit in der Rechtskonkretisierung im Einzelfall durch die Verwaltung, Sicherheit der Rechtsanwendung im Einzelfall im Sinne von Durchsetzungsgewißheit, d. h. *Vollstreckungsgewißheit* – bei welcher die *zeitliche* Dimension eine immer wichtigere Rolle für die Glaubwürdigkeit des sozialen Rechtsstaats spielt –, sodann Sicherheit bei der richterlichen Rechtsanwendungskontrolle im Sinne der – auch *Urteilsprognosen* erlaubenden – *Erkenntnisgewißheit* und der *Befriedungsfunktion* des Richterspruches.

Schließlich stehen alle diese Modalitäten der Rechtssicherheit in einer durch die Praxis vermittelten Wechselwirkung mit der *Sicherheit des allgemeinen Rechtsbewußtseins*: diese wird durch jene produziert und gekräftigt, jene beruhen nicht zum geringsten Teil auf dem Vertrauen der Organe, sich in Einklang mit diesem zu wissen. Wo dieses Rechtsbewußtsein unsicher wird, wo *unentscheidbar* wird, ob eine (»irrende«) lautstarke Minderheit gegen eine (»rechtstreue«) schweigende Mehrheit antritt oder ob umgekehrt die Minderheit nur verlaubar, was die Mehrheit so oder ähnlich auch denkt und will, oder ob drittens einer sich artikulierenden Minderheit in einer bestimmten Frage eine gefügte Mehrheit, mangels Interesses, gar nicht gegenübersteht – man nehme Reizstichwörter wie Plutoniumwirtschaft, Schwangerschaftsabbruch, Hausbe- oder -instandsetzung, Kronzeugenregelung, Volkszählung, Berufsverbote, Ausländerwahlrecht u. v. a. –, wo also der Verwaltungsmann und der Richter dem Volke weder aufs Maul schauen noch ihm nach dem Munde reden können und dürfen, da tun beide sich auch mit den anderen Elementen der Rechtssicherheit schwer.

### III. Unmittelbarer Rechtsgüterschutz als Grund des Versagens der Rechtssicherheit

Fragt man weniger rechtspsychologisch und -soziologisch, vielmehr verfassungsrechtlich nach den *Gründen* für Rechtssicherheitsdefizite in der Rechtsanwendung, -durchsetzung und -kontrolle, so wird man zuerst auf die soeben beschriebenen »mangelhaften« Leistungen des Gesetzgebers zurückverwiesen. Wenn dieser keine

<sup>25</sup> Schutzwährung durch gerichtliche Verfahren statt durch präzise Gesetze: z. B. BVerfGE 66, 337, 356.

klaren Verbindlichkeiten produziert, können die (zeitlich und funktional, nicht hierarchisch) »nach-geordneten« Gewalten eine Verbindlichkeit weder »ausführen« noch »kontrollieren«; sie können (und müssen unter dem Zwang zur Entscheidung) nach selbstgewählten Maßstäben die unbestimmte Verbindlichkeit zu einer bestimmten machen. Soweit den Verfahrensbeteiligten dabei eine Chance effektiver inhaltlicher Mitbestimmung eingeräumt wird, kann man die allenthalben erhobene Forderung nach einer »Prozeduralisierung« des Rechts verstehen. Davon abgesehen sollte man illusionsfrei einräumen, daß die bloße Gewährung verfahrensrechtlicher Positionen anstelle klarer materiellrechtlicher Befugnisse die Situation des Betroffenen keineswegs bessert.

Bei der folgenden Überlegung sehen wir bewußt von der tausendfach realisierten Möglichkeit ab, daß der Gesetzgeber infolge menschlichen, politischen oder institutionellen Versagens (was immer das im einzelnen sein mag) »schlechte«, d. h. juristisch-technisch wie im Hinblick auf den Regelungsgegenstand unzulängliche Gesetze produzieren kann. Rein heuristisch unterstellen wir, er habe seine Möglichkeiten in optimaler Weise genutzt und fahre fort, dies zu tun. Dann tritt, im Gedankenexperiment, der gemeinsame Grund für den Verlust an Rechtssicherheit in *allen* Phasen der Rechtskonkretisierung um so klarer hervor. Das oft nur Vorläufige, vielfach Unbestimmt-Unentschiedene, andererseits aber Detaillistisch-Perfektionistische der Gesetzgebung – man denke an weite Bereiche des technischen Sicherheitsrechts, des Sozialrechts oder des Steuerrechts – wird nur zum geringen Teil durch Erfordernisse formaler Rechtsstaatlichkeit erzwungen (und auch das nur scheinbar), eher schon durch den Umstand, daß fast alle Gesetzgebung heute *Änderungs-Rechtssetzung* ist. Der wirkliche Grund für diesen legislativen Aktivismus ist, unfein gesagt, die gruppenplurale Interessendurchsetzung, vornehmer ausgedrückt: das Streben nach optimaler Rechtsgütersicherheit als scheinbarer Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit. In den Phasen der *Rechtsanwendung* und der judikativen *Rechtskontrolle* kommt dieses Streben durch verschiedene Rechtsfiguren zur Geltung. Gemeinsam ist ihnen der gesetzesrelativierende Effekt: das Gesetz wird nicht »unbesehen«, sondern gefiltert, einzelfallorientiert angewendet. Die bekanntesten und wirksamsten dieser »Korrigentien« sind die *Grundrechte* und ihr methodischer Schrittmacher, das Verhältnismäßigkeitsprinzip (»Übermaßverbot«). Sie relativieren die unbedingte Gesetzesdurchsetzung nicht nur im Rahmen des polizeirechtlichen Opportunitätsprinzips, sondern, wie die Diskussion um die »Kronzeugen«-Regelung gezeigt hat, tendenziell bis hinein in den Bereich des strafrechtlichen Legalitätsprinzips. Sie werden als grundrechtsgesteuerte Ermessenserwägungen ebenso wirksam wie als *zusätzliches ungeschriebenes Versagungsermessen* der Exekutive (gegenüber an sich allen gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Genehmigungsanträgen).<sup>26</sup> Daß dieses letztere, das klassisch-rechtsstaatliche Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen Individualfreiheit und staatlicher Beschränkung grundsätzlich zerstörende Instrument bisher nur in der besonderen Materie des Umgangs mit Atomenergie Anwendung findet – s. § 7 Abs. 2 AtomG –, ist kein Einwand gegen, sondern ein Beleg für meine These: Wo besondere Gefährdungslagen auftreten, trifft der Gesetzgeber Regelungen mit unmittelbarer Intention auf Rechtsgüterschutz. Auch altbewährte, dem Einzelnen Rechtssicherheit qua Rechtsgewißheit verbürgende rechtsstaatliche Verfahrensgestaltungen werden dann der Prävention geopfert.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 146. Zu: Verhältnismäßigkeitsprinzip und Legalitätsprinzip vgl. z. B.: *Manfred Schreiber*, Duldung von Rechtsbrüchen, Neue Strategie und Taktik der Polizei? In: *Derselbe* (Hrsg.), *Polizeilicher Eingriff und Grundrechte*, FS für Rudolf Samper, 1982, S. 17 ff. Ferner bereits *Denninger*, *Polizei und demokratische Politik*, JZ 1970, 145, 151 f.

Die Umorientierung des gesamten Prozesses der Rechtskonkretisierung von der primären Gewährleistung von Rechtssicherheit zur unmittelbaren Intention auf Rechtsgütersicherheit tritt unverhüllt in der letzten und intensivsten Phase richterlicher Rechtskontrolle zutage, in der Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Typisch ist hier, sieht man einmal von Kompetenzstreitigkeiten und von der eher hilflosen Willkürverbots-Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG ab, die »Abwägung« zwischen zwei Grundrechtsgütern – z. B. Kunstfreiheit gegen Persönlichkeitsrecht<sup>27</sup> – oder zwischen einem Grundrecht und einem »objektiven« Verfassungsrechtsgut wie etwa der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr oder der Strafrechtspflege oder des Tarifsystems der Arbeitspartner.<sup>28</sup> Steht Grundrecht gegen Grundrecht, so kann die Entscheidung »nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden«<sup>29</sup> – kasuistisches Gerechtigkeitsdenken prävaliert über generalisierendes Rechtssicherheitsdenken. Das Bundesverfassungsgericht hat, beginnend mit der Wechselwirkungslehre<sup>30</sup> und dem Prinzip der »streitbaren Demokratie«<sup>31</sup> ein ganzes Arsenal von Begriffen und Prinzipien, von von mir so genannten »verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriffen«<sup>32</sup> entwickelt, mit denen die Konsequenzen der unmittelbaren Rechtsgüterschutzintention rechtsbegrifflich bewältigt werden sollen.

#### IV. Der Präventionsstaat: Unbegrenzte Aufgabenlast

Die auf vielen Feldern zu beobachtende Ausweitung präventiver Politik – sie reicht von der technischen Sicherheit über die innere Sicherheit und Kriminalpolitik bis zur Krankheitsvorsorge und zu anderen Formen der sozialen Sicherheit – ist nur ein, allerdings wichtiger Teilaspekt der hier skizzierten Gesamtentwicklung des Rechtssystems hin zu einem System unmittelbar intendierter Rechtsgütersicherheit. Ohne Antwort ist bisher die Frage nach den Ursachen dieser Entwicklung, ohne Antwort auch die eingangs als These 2 gestellte Frage nach der Bedeutung dieser Entwicklung im Hinblick auf die reale Leistungsfähigkeit des modernen Verfassungsstaates. Dazu abschließend einige ganz vorläufige Bemerkungen.

Die Problematik, auf die hier aufmerksam gemacht werden soll, kommt in der Verbindung zweier Begriffe zum Ausdruck, die jeweils den Titel eines Buches bilden, das jeweils die eine Seite der unteilbaren Gesamthematik beleuchtet: Die »Risikogesellschaft« von *Ulrich Beck*, 1986, und »Der Sicherheitsstaat«, 1980, von *Joachim Hirsch*. Beide Systeme leben, in der Sprache bourgeoiser Moral gesagt, »über ihre Verhältnisse«, die Risikogesellschaft, indem die industrielle Reichtumsproduktion zugleich umweltzerstörende und lebensbedrohende Risiken mitproduziert, der Sicherheitsstaat, indem er, von der Industriegesellschaft einseitig in Pflicht genommen, sozialen, ideologischen und technologischen Konflikten präveniert, ihre offene politische Austragung reprimiert und damit die Legitimitätsressourcen auf-

27 Exemplarsch: BVerfGE 30, 173, 195; 67, 213, 228.

28 Funktionsfähigkeit der Bundeswehr: seit BVerfGE 28, 243, 261 (»Notwendigkeit eines ungestörten Dienstbetriebes der Bundeswehr« und »Bedürfnis nach Aufrechterhaltung der Disziplin«); zu: Strafrechtspflege vgl. *Winfried Hassemer*, Die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« – ein neuer Rechtsbegriff?, Strafverteidiger 1982, 275 ff. Zum ganzen Problem: *Denninger*, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: FS für R. Wassermann, 1985, S. 279 ff., 292, (N. 54).

29 S. Anm. 27: E 30, 195.

30 BVerfGE 7, 198, 208 f.

31 Seit BVerfGE 2, 1 ff.

32 S. Anm. 28.

zehrt, von denen er als Rechtsstaat leben muß. Das Bild rundet sich aber erst, wenn man die ideologische – Stichwort: streitbare Demokratie – und zugleich legalistische Introversion des demokratischen Verfassungsstaates – *Werner Süß* hat sie prägnant als »Friedensstiftung durch präventive Staatsgewalt« (1984) gekennzeichnet – als den Versuch einer Antwort, einer freilich verfehlten Antwort auf die überzogenen Sicherheits-Erwartungen und Aufgaben-Zumutungen aller gesellschaftlichen Gruppen an den Staat versteht.

Um dies zu verdeutlichen, gestatte man ad hoc den Gebrauch eines idealtypisch-abstrahierenden Epochen-Schemas, also ohne jeden Anspruch auf geschichtswissenschaftliche Detailtreue.

Am Beginn des neuzeitlichen Staates dominiert die Funktion der Friedenssicherung, die äußere und innere Befriedung der oft durcheinander gewürfelten Territorien eines Fürsten. Stehende Söldnerheere, die Ausbildung einer zentralisierten professionellen Bürokratie, Kodifizierung des Rechts und seine Anwendung durch eine »gelehrte«, d. h. gleichfalls professionelle Justiz sind die Hauptinstrumente des äußeren und inneren Sicherheit, Rechtsgüterschutz durch gesichertes Recht, kurzum: Frieden garantierenden frühabsolutistischen Staates. Seine Weiterentwicklung zum spätabsoolutistischen, mehr oder weniger aufgeklärten Wohlfahrtsstaat erfolgt ohne tiefgreifende Zäsur. Eine ganz neue Gestalt stellt jedoch der nachrevolutionäre Staat vor, sei es in republikanischer, sei es, wie in Deutschland bis 1918, in »konstitutioneller«, dualistischer Variante: entscheidend ist beide Male die Anerkennung und Gewährleistung grundrechtlich geschützter Individualfreiheiten. In der so ausgegrenzten Bürgersphäre hat der Staat keine Rechte, aber auch, abgesehen von Unterlassungen, und darauf kommt es *hier* an: *keine Pflichten*. Der Gesamtkreis staatlicher Aufgaben bleibt auf diese Weise begrenzt. Vor allem wird der Staat in der Vorstellungswelt des bürgerlich-liberalen Konstitutionalismus zwar mit der *Friedens-* und mit der *Freiheitssicherung*, aber nicht mit der Aufgabe unmittelbarer Herstellung sozialer Gerechtigkeit belastet. *Bismarcks* Antwort auf die »soziale Frage« durch die Sozialversicherungsgesetzgebung der 80er Jahre entspringt einer komplexen politischen Motivation, aber jedenfalls nicht der Auffassung, daß es eine zentrale Aufgabe des Staates sei, eine gerechte Güter- oder auch nur Chancenverteilung und -umverteilung ins Werk zu setzen.<sup>33</sup>

Eine ganz neue Stufe staatlicher Aufgabenverantwortung wird mit dem Übergang zur »Volkssouveränität«, mit dem Wechsel vom monarchischen zum demokratischen Prinzip erreicht. Was dieser Wechsel nicht nur für die Staatswillensbildung, für die Staatsfunktionenteilung und für die Legitimation des Staatshandelns, sondern vor allem für die *Inhalte* der Staatsstätigkeit bedeutet, wird erst in der Gegenwart, angesichts der ökologischen und ökonomischen Grenzen eines voll ausgereiften Sozialstaates in vollem Ausmaß sichtbar. Wenn man staatsrechtlich argumentiert, betrachtet man die Ereignisse 1918/19 in Deutschland – 1949 brachte insofern nichts grundsätzlich Neues – für gewöhnlich unter dem Aspekt des Wechsels der *Subjekte*: Mit den Inhabern der Regierungsgewalt wechselt die Regierungsform und, tiefgreifender: es wechselt auch das Subjekt der verfassunggebenden Gewalt; an die Stelle souveräner Fürsten tritt das souveräne Volk. Bedeutsam genug, wechselt damit auch die Legitimationsgrundlage des Staates. Weniger Aufmerksamkeit fällt dabei meistens auf die Frage nach Kontinuität und Wandel in den Staatsaufgaben, am wenigsten aber auf die Frage nach der *inhaltlichen* Aufgabenverantwortung. M. a. W.: Die Frage, die staatsrechtlich seit dem Ende der Fürstenherrschaft auf dem Tisch (des Volkes) lag und noch liegt, die aber freilich mit

<sup>33</sup> Dazu *Lothar Gall*, *Bismarck. Der weiße Revolutionär*, 1980, S. 648 ff.

staatsrechtlichen Mitteln nicht zu beantworten ist, lautet: Wie findet eine Gesellschaft, die sich demokratisch als Staat selbst organisiert hat, *inhaltlich* das »Gemeinwohl«, das »Wohl der Allgemeinheit«, das »Allgemeininteresse« oder die »soziale Gerechtigkeit«? Die Frage überrascht vielleicht, denn erstens wird man einwenden, das Problem der »gemeinwohrlichtigen« Staatsleitung sei kein spezifisch demokratisches; es habe auf gekrönten Häuptern gleichermaßen gelastet. Und zweitens sei die Antwort ja bekannt; sie ergebe sich unter der Herrschaft des Grundgesetzes jedenfalls aus den Staatszielbestimmungen der Verfassung, aus dem öffentlichen Wettstreit der Meinungen und dem demokratischen Ringen um die Macht. Und man verweist den Frager auf die schon als klassisch zu bezeichnenden Formulierungen im KPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>34</sup>, in denen der »Fortschritt zu sozialer Gerechtigkeit« als ein leitendes Prinzip aller staatlichen Maßnahmen herausgestellt wird, dessen Konkretisierungen sich im politischen Machtkampf als einem »Prozeß der Klärung und Wandlung« der konkurrierenden Gemeinwohlvorstellungen ergäben. Beide Einwände gehen fehl, der erste, weil die Gemeinwohlfrage für das Gottesgnadentum wohl ein theoretisch-philosophisches, aber kein verfassungsrechtlich-praktisches war: mit der Legitimation des Subjekts der Staatsgewalt verband sich die für seine Handlungen; der tyrannus »quoad exercitium« kommt zwar vor, aber selten deshalb zu Fall. Die Erwartungen der Untertanen an die Leistungen des Herrschers bleiben begrenzt.

Der zweite Einwand erweist sich als *petitio principii*, indem er liberales Marktmodelldenken, den Glauben an die »Invisible Hand« mit rousseauisch-demokratischer Willensautonomie verknüpft. Auch wenn die höchst voraussetzungsvollen Bedingungen für das Funktionieren dieses Modells empirisch gewährleistet werden könnten, bleibt das theoretische Problem, wie denn aus nahezu unendlich vielen partikularen »Irrrümern« die Einheit eines »Richtigen« soll werden können. Praktisch bedeutet dies, daß aus der Vielzahl von Einzel- und Gruppeninteressen, denn jeder soll im demokratischen Staat seine Wünsche zur Berücksichtigung anmelden dürfen, durch das Filter gestufter Mehrheitsentscheidungen schließlich eine »Resultante« der Willen und Interessen hervorgeht. Diese ist aber nicht mehr als eine gedankliche Zusammenfassung, günstigenfalls ein Koalitionspapier oder eine Regierungserklärung, aber kaum ein sachlich widerspruchsfreies, längerfristig durchzuhaltendes Handlungsprogramm. Wer sich darin nicht oder nicht ausreichend »wiederfindet«, wird seine Interessen als »Neben-, Sub- und Gegenpolitik«<sup>35</sup> weiterverfolgen. Der Versuch des politischen Systems, die Komplexität der Erwartungs- und Anspruchsvielfalt auf ein in sich stimmiges Konzept zu reduzieren, das den Namen »Gemeinwohl« verdienen könnte, gelingt nur vorübergehend, unvollkommen und um den Preis der Entstehung zahlreicher oppositioneller Epizentren der Politik.

#### V. Unzureichende Antworten auf die Krise der Rechtersicherheit

Die theoretischen wie praktisch-politischen Antwortversuche auf diesen Befund sind sehr verschieden, teilweise entgegengesetzt. Was den einen als Krise und Not erscheint, begreifen die anderen als demokratische Tugend und als Chance, neue Werte, Verfahren und Institutionen zu entwickeln. Wo die einen den Verlust der Regierbarkeit beklagen,<sup>36</sup> andere die »Neue Unübersichtlichkeit« diagnostizieren,<sup>37</sup>

<sup>34</sup> BVerfGE 5, 85, 198.

<sup>35</sup> Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 368.

<sup>36</sup> Wilhelm Hennis/Peter Graf Kielmannsegg/Ulrich Matz (Hrsg.), Regierbarkeit, Band 1, 1977, Band 2, 1979; Zur Regierbarkeit der parlamentarischen Demokratie, Cappenberger Gespräche Band 15, 1979, mit Referaten von J. Isensee und Hans Meyer.

da antworten wieder andere auf die »Entgrenzung« und »Entörtlichung« der Politik mit Konzepten pluralisierter Rechtsordnung(en)<sup>37</sup>: an die Stelle des linearhierarchischen Steuerungsmodells treten miteinander vernetzte Handlungsarenen oder auch die Interaktion von Teilsystemen, die »selbstreferentiell« und »autopoietisch« ihre eigenen Rechtselemente produzieren.<sup>38</sup> Unterschiedlich wird auch der Nutzen wissenschaftlicher Politikberatung beurteilt, euphorische Erwartungen an die Leistungsfähigkeit institutionalisierter »Technikfolgen-Abschätzung« (Technology Assessment) haben einer eher nüchternen Einschätzung Platz gemacht.<sup>39</sup> Allgemein scheint sich aber die Einsicht durchzusetzen, daß die Erzeugung »richtigen«, »sachgerechten« Rechts und damit »gemeinwohrlichtiger« Entscheidungen nur in komplexen Verfahren unter Beteiligung Interessierter, Betroffener und Sachverständiger erfolgversprechend ist. Insofern ist die »Prozeduralisierung« des Rechts ein demokratiegemäßes Element, auf das sich Pessimisten wie Optimisten, Zentralisten wie Pluralisten verständigen können.

Es wundert nicht, daß die überwiegende deutsche Staatsrechtslehre, traditionell an der Einheit des Staates als dem Zentrum der Macht, der Politik und des Rechts orientiert, diese neuen Entwicklungen und ihre rechtstheoretischen und -soziologischen Deutungsversuche entweder gar nicht oder nur mit heimlichem Schauer und offener Kritik zur Kenntnis nimmt. Sie versucht, am Modell der zentralen Steuerung gesellschaftlicher Vorgänge durch zentral erzeugtes Recht durch eine Reihe von begrifflichen Strategien samt praktisch-politischen Konsequenzen festzuhalten, um die parlamentarische Demokratie »gegen die Angriffe des demokratischen Utopismus« – so z. B. die Kampfformel von *J. Isensee*<sup>41</sup> – zu retten. Einige dieser Strategien seien hier stichwortartig aufgelistet, um einen ausreichenden Eindruck von der Weite des Diskussionsfeldes zu vermitteln:

- 1. Die Ethisierung der Verfassung.<sup>42</sup> Von ihr war unter dem Teilaspekt »streitbare Demokratie« schon die Rede. Es geht um eine »künstliche«, politisch durchzusetzende Verengung der im Rahmen der Verfassung möglichen Gemeinwohlfalternativen. Die Interpretation von Freiheitsspielräumen als bereits ausgefüllte Raster sozialem Verhalten im Sinne von Wertverwirklichung dient der Legitimation handfester politischer Restriktionen.
- 2. Der Bürger wird dementsprechend weniger als Grundrechtssubjekt, sondern als Grundpflichtadressat gesehen. Der alte *Hobbes*'sche Zusammenhang von Schutz und Gehorsam wird als »Grundrecht auf Sicherheit«<sup>43</sup> neu proklamiert, nur, daß nicht deutlich gesagt wird, daß damit ein Recht des Staates auf (unbegrenzte) Produktion von »Sicherheit« (bei entsprechenden Freiheitsbeschränkungen) gemeint ist, und daß Schutz nur dem geleistet wird, der nicht nur den Gesetzen, sondern auch deren Interpretation durch den Machthaber gehorcht.
- 3. In potenziertem Maße soll dies für den demokratischen Repräsentanten, den

<sup>37</sup> Jürgen Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, 1985, bes. S. 141 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *U. Beck*, Anm. 35, und *Karl-Heinz Ladeur*, *Abwägung – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts*, 1984.

<sup>39</sup> *Gunther Teubner* (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986; dort ein guter Überblick von demselben, *After Legal Instrumentalism?*, S. 299 ff.; ferner derselbe, *Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*, in: *Michael Schmid/Hans Haferkamp* (Hrsg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, 1987, S. 89 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Jürgen v. Kruedener/Klaus v. Schubert* (Hrsg.), *Technikfolgen und sozialer Wandel*, 1981, dort besonders *Herbert Paschen/Gothard Bechmann/Bernd Winger*, *Funktion und Leistungsfähigkeit des Technology Assessment (TA) im Rahmen der Technologiepolitik*, S. 57 ff. Ferner: *Carl Böhrer*, *Technikfolgen und Verantwortung der Politik*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 19–20/1987, S. 3 ff.

<sup>41</sup> *J. Isensee*, *Demokratie – verfassungsrechtlich gezähmte Utopie*, in: *U. Matz* (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen der repräsentativen Demokratie*, 1985, S. 43 ff., 45.

<sup>42</sup> Dazu vor allem: *Ulrich K. Preuß*, *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität*, 1984, bes. S. 240 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Anm. 1.

Abgeordneten gelten. Seine angeblich ethisch indifferente demokratische Urnatur müsse durch Verpflichtung auf das »Amtsethos« erst gebändigt, veredelt und auf diese Weise gemeinwohlrelevant gemacht werden. Soweit hier Tugenden wie Unbestechlichkeit, möglichste Unparteilichkeit und Lernwilligkeit gemeint sind, ist das zu akzeptieren; sobald man aber nach objektiven Inhalten »des Amtsethos« in bezug auf das demokratische »Gemeinwohl« fragt, bleibt jede Antwort aus – natürlich doch!

– 4. Die Reduktion auf ein einziges Legitimationszentrum (im Parlament) kann nur gelingen, wenn man die Herrschaftsform der repräsentativen Demokratie ein für alle mal als die einzig mögliche, sinnvolle Form von Demokratie überhaupt behauptet.<sup>44</sup> Da gibt es dann keine Spannung mehr zwischen einem Ideal der *Selbstbestimmung* und einer Wirklichkeit der *Mitbestimmung* (als Wähler); unmittelbare Demokratie wird zur Undemokratie. Man fällt zurück auf *Kants* Probestein eines *hypothetischen* Konsensus,<sup>45</sup> auf dem sich aber der aufgeklärte Monarch ebenso gut ausruhen kann wie der volksmüde Republikaner.

– 5. In diesem Kontext sind endlich die Präventionsstrategien zu sehen. Sie sollen schon die Kristallisationskeime künftiger Konflikte, Devianzen und Epizentren ausräumen. Wo sie unmittelbar die Sicherheit bedrohter, allgemein wichtiger Rechtsgüter intendieren, verbinden sie zwar den Befriedungs- mit dem Legitimationseffekt. Aber »soziale Gerechtigkeit« wird nur scheinbar erreicht, wenn ein Maximum verschiedener, divergenter, auch konträrer Interessen befriedigt wird. Denn unausweichlich gerät man dabei an den eingangs anvisierten Punkt einer strukturellen Überforderung des Staates.

## VI. Klarstellungen – auf dem Weg zu einer Antwort

Wenn man wie hier, idealtypisch vereinfacht, den bürgerlich-liberalen Rechtsstaat, der die staatsrechtlichen Kategorien des Bürger-Staat-Verhältnisses historisch geprägt hat, als *Rechtssicherheitsstaat* kennzeichnet und ihn dem demokratischen Sozialstaat als einen »*Rechtsgütersicherheitsstaat*« konfrontiert, so sind einige Klarstellungen angebracht:

1. Auch der (liberale) Rechtssicherheitsstaat produziert, und das ist sogar seine ratio essendi, *Rechtsgütersicherheit*. Der entscheidende Unterschied zu dem hier so genannten »*Rechtsgütersicherheitsstaat*« = *Präventionsstaat* liegt aber darin, daß jener
  - a) die Realsubstrate der zu schützenden Rechtsgüter nicht selbst hervorbringt und daß er
  - b) die *reale* Verteilungsordnung dieser Güter im wesentlichen unangetastet der Gesellschaft überläßt.
2. Der *Rechtsgütersicherheitsstaat* sive *Präventionsstaat* soll hingegen viererlei leisten. Er soll nämlich
  - a) die Realgüter, jedenfalls im Infrastrukturbereich, in weitem Maße selbst pro-

<sup>44</sup> Vgl. *Ernst-Wolfgang Bockenförde*, *Demokratie und Repräsentation – Zur Kritik der heutigen Demokratie*, 1983, S. 14: »Das Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß Demokratie als Staatsformbegriff nicht im Sinne einer unmittelbaren Demokratie konzipiert werden kann.« Die notwendige Auseinandersetzung mit Bockenfördes scharfsichtiger Analyse und Kritik kann an dieser Stelle nicht erfolgen.

<sup>45</sup> *Kant*, *Über den Gemeinspruch: ...* (1793), II. Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht (Gegen Hobbes), Folgerung.

- duzieren bzw. die Versorgung mit diesen Gütern organisieren und gewährleisten – *Daseinsvorsorge*;
- b) die gesellschaftlich produzierten realen Rechtsgüter und die Möglichkeiten ihrer Produktion optimal schützen – *Rechtssicherheit* –, aber gleichzeitig
- c) die dabei mitproduzierten externen Risiken und negativen Folgen neutralisieren<sup>46</sup> – *Risikoversorge* – und
- d) schließlich die permanente Revision der realen Verteilungsordnung wenigstens als realemögliche Alternative offenhalten – *soziale Gerechtigkeit*.

Wie stark diese Zielsetzungen miteinander konfliktieren, zeigt sich zum Beispiel, wenn Steuerreformen, die als wirtschafts- und finanzpolitisch »richtig« erkannt worden sind, zu ihrer Verwirklichung Maßnahmen des »Subventionsabbaus« und damit Eingriffe in »Besitzstände« verlangen. Da es eine und dieselbe verbände- und parteienstaatlich organisierte Gesellschaft ist, die ihr technologisch-soziales Sicherheitskonzept (oben, 2a, b, c), sofern sie eines besitzt, und ihr soziales Gerechtigkeitskonzept (sofern sie eines hat, oben, 2d) gegen ihr eigenes Anspruchs- und Besitzwahrungdenken (oben, 2a und b) durchsetzen müßte, ist im wesentlichen Immobilismus zu erwarten, ist inkrementeller Fortschritt schon ein Glücksfall.

Ein Ausweg aus dieser Situation im Sinne einer »Patentlösung« ist weder in Sicht noch zu erhoffen. Programme einer prinzipiell gedachten »Entstaatlichung« der Aufgabenbewältigung<sup>47</sup> oder auch nur einer Autonomisierung von Teilbereichen (wobei Rechtsform und -verfahren zweitrangige Fragen sind) erweisen sich bald als schlechte Utopien. Die Analyse des Idealtypus »Präventionsstaat« zeigt, daß dieser nicht nur schon weitgehend begriffslose Wirklichkeit ist, sondern daß die Gesellschaft auch in Zukunft nicht ohne ein zentrales Koordinationssystem auskommen wird. Dieses muß mindestens die Teilsysteme der sozialen Verteilungsgerechtigkeit (Tarifsystem, Marktwettbewerb, Daseinsvorsorge, Sozialversicherung), der technologisch-ökologischen Risikosteuerung und der »klassischen« Rechtssicherheit miteinander koordinieren und zu einem funktionsfähigen Ausgleich bringen.

Die Analyse hat außerdem gezeigt, wo der institutionelle Ansatz zur Bewältigung dieser Daueraufgabe gesucht werden muß: In allererster Linie muß der *demokratische Gesetzgeber*, bei aller Rückbindung seiner Mitglieder an verbandsmäßig organisierte Partikularinteressen, das Bewußtsein entwickeln und die Anstrengung und Kraft aufbringen, die notwendigen positiven wie negativen Selektionsentscheidungen zu treffen.<sup>48</sup> Das *Gesetz* darf nicht nur ein Register mehr oder weniger schlecht abstrakt verhüllter Gruppeninteressen sein; es muß wieder »allgemein« werden, nicht (nur) im Sinne formal gleicher allgemeiner Geltung, sondern im Sinne inhaltlicher Zuordnung der vier Aufgabenkomplexe des Präventionsstaates. Andernfalls fallen wir in einen Zustand des Rechtsbewußtseins zurück, den schon die alten Römer, diese Rechtsdenker *par excellence*, überwunden hatten: Denn ihre frühen Bilder der *Justitia* zeigten diese nicht mit Waage und Schwert, sondern mit Waage und *Füllhorn*: Wir hätten es unserer prometheischen Hybris zuzuschreiben, wenn sich das Füllhorn der *Justitia* im dritten Jahrtausend schließlich doch als Büchse der Pandora erwies.

<sup>46</sup> Vgl. *Martin Jänicke*, *Staatsversagen*, 2. Aufl. 1987, S. 136 ff.

<sup>47</sup> Etwa im Sinne des »Minimalstaates« von *Robert Nozick*, *Anarchie/Staat/Utopia*, o. J., bes. S. 143 ff.

<sup>48</sup> In diesem Sinne wohl auch *Peter Badura*, *Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie*, Walter-Raymond-Stiftung Kleine Reihe Heft 43, *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, 1987, S. 9 ff.