

Der Rechtsstaat unter Druck

von Peter M. Huber

I. Einleitung

Neben dem Föderalismus¹ ist der Rechtsstaat der wohl wichtigste Beitrag, den das deutsche Staatsrecht zur Hervorbringung des modernen Verfassungsstaates westlicher Prägung geleistet hat. Mit der im 19. Jahrhundert etablierten Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes, mit ihrer Erstreckung auf die Rechtsprechung und der nach 1949 etablierten Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gehört er zum änderungs- wie integrationsfesten Kern unserer Verfassungsordnung (Art. 79 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG).

II. Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes

Das Verfassungsrecht besteht bekanntlich nicht nur aus den einzelnen Normen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus sie verbindenden, innerlich zusammenhängenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die das vom Verfassungsgeber vorgefundene Gesamtbild geprägt haben. Von ihm ist der Verfassungsgeber ausgegangen, auch wenn er es nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat. Das gilt namentlich für das Rechtsstaatsprinzip,² das sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen von Art. 20 Abs. 3 GG, der Bindung der einzelnen Gewalten und den Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ergibt.³ Das für die deutsche Verfassungsentwicklung prägende formelle Konzept des Rechtsstaats hat in den in Art. 20 Abs. 3 GG ausgesprochenen Bindungen der Staatsgewalt allerdings eine ausdrückliche Verankerung erfahren.⁴

1 *de Montesquieu, Ch.*: De L'esprit des lois, Bd. 1, 1748, hier 174: République fédérative d'Allemagne; *ders.*: Meine Reisen in Deutschland 1728-1729, herausgegeben von Overhoff, J., Stuttgart, 2014; zur Rezeption durch *Hamilton, A.*: Federalist 9, 20, November 1787, The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection.

2 *Kunig, Ph.*: Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, hier 80ff., 84 f.; *Sobota, K.*: Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, hier 399ff.

3 BVerfGE 2, 380 <403>.

4 BVerfGE 35, 41 <47>; 39, 128 <143>; 48, 210 <221>; 51, 356 <362>; 56, 110 <128>; 58, 81 <97>; 101, 397 <404>; 108, 186 <234>; 133, 143 <157 f., Rn. 40>; 134, 33 <89, Rn. 129>; stRspr.

III. Bindung und Juridifizierung von Politik als Konsequenz des deutschen Rechtsstaatskonzepts

Eine wesentliche Konsequenz dieses Rechtsstaatskonzeptes ist es, dass Recht als Bindung der Politik verstanden wird, nicht als ihr williger Vollstrecker. Das schließt es zwar nicht aus, es auch als Steuerungsressource zu begreifen und seine Bereitstellungsfunktion zu betonen;⁵ im Rechtsstaatsprinzip wird man diese Dimension jedoch schwerlich verorten können.⁶

1. Rechtsstaat als Teil der nationalen Identität

Der Rechtsstaat im formellen Sinne ist nicht nur Teil der Verfassungsidentität des Grundgesetzes, sondern gehört auch in einem weiteren Sinne zur nationalen Identität Deutschlands.⁷ Letztere ist die „Frucht einer ‚öffentlichen Erzählung‘“, die sich anhand einer Anzahl von „Einträgen in eine Art ‚kollektives Wörterbuch‘“ gebildet hat⁸ und – so sagen Sozialpsychologen – bis zu 400-500 Jahren zurückreichen kann.⁹ Dem kommt zwar keine normative Wirkung zu; für das Verständnis des Prinzips und seines gesellschaftlichen und politischen Stellenwertes kann es jedoch hilfreich sein.

Fragt man vor diesem Hintergrund nach den Wurzeln der im deutschen Kulturkreis besonders ausgeprägten Neigung, Politik zu binden, so haben die Deutschen – anders als ihre Nachbarn in den aufkommenden Nationalstaaten des Westens – die Erfahrung gemacht, dass sich die komplexe politische Herrschaft im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation nur mit dem Mittel des Rechts einigermaßen bewältigen ließ und dass Gerichte – das Reichskammergericht (1495) etwa oder der Reichshofrat (1497/98) – wichtige Garanten der Interessendurchsetzung waren. Noch heute geläufig sind die Legende vom Müller von Sanssouci und der ihm zugeschriebene Ausspruch „*il y a des juges a Berlin*“¹⁰

5 Zu den Gegenteilstendenzen schon im 19. Jahrhundert siehe *Stolleis, M.*: Entwicklungsstufen der Verwaltungswissenschaft, in: *GVwR* I, 2. Aufl., 2012, hier § 2 Rn. 50 ff.

6 Es liegt nahe, insoweit das Demokratieprinzip für einschlägig zu halten, ggf. auch ein materiell verstandenes Republikprinzip; zur Unterscheidung zwischen Rechtsschutz- und Steuerungsfunktion im Verwaltungsrecht *Huber, P. M.*: Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa, in: v. Bogdandy, A./Cassese, S./ders. (Hg.): *Handbuch Ius Publicum Europaeum* Band V, 2014, hier § 73 Rn. 8ff.

7 Dazu *Huber, P. M.*: Recht und nationale Identität, in: *FS für Jarass*, 2015, hier 205 <209 ff.>.

8 v. *Bogdandy, A.*: Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, in: *VVDStRL* 62 (2003), hier 156, 169 m. w. N.

9 Siehe etwa mit Blick auf Europa *Cinirella, M.*: A Social Identity Perspective on European Integration, in: *Breakwell, G. M./Lyons, E. (Hg.): Changing European Identities*, 1996, hier 253 <267>; *Hilton, D. J. et al. (Hg.): Social Representation of History and Attitudes to European Unification in Britain, France and Germany*, in: a.a.O., hier 275 <293>; zur Bedeutung für den Föderalismus *Huber, P. M.*: Klarere Verantwortungsteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D, 65. DJT, 2004, D 47.

10 *Meyers Großes Konversations-Lexikon*. Band 9, Leipzig, 1905, hier 765.

oder zentrale Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 – das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 10 II 17 ALR) oder die Statuierung von Kompensationsansprüchen bei staatlichen Eingriffen in die Rechtsgüter des Einzelnen (§§ 74, 75 Einleitung PrALR) –, die auf die gerichtlich durchsetzbare Bindung und Mäßigung der monarchischen Exekutive setzten. Nicht von ungefähr konnte *Immanuel Kant* daher ausgangs des 18. Jahrhunderts formulieren: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“¹¹

Dieser Ansatz hat in (öffentlich)rechtlicher Hinsicht auch das 19. Jahrhundert geprägt. Nach vereinzelt Ansätzen im Vormärz¹² kam es im Gefolge der Revolution von 1848/49 zu jenem „historischen Kompromiss“ zwischen monarchischem und demokratischem Prinzip, der Deutschland den Rechtsstaat in seiner formellen oder spezifisch etatistischen Variante beschert hat. Mit Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes wurde die monarchische Exekutive nicht nur im Sinne des Legalitätsprinzips gebunden, sondern dem Bürgertum auch weitgehende persönliche Freiheiten als (unvollständiges) funktionales Äquivalent für die Demokratie garantiert.¹³ Dem (Verwaltungs-)Recht kam dabei – um ein Wort *Otto Mayers* aufzugreifen – die Aufgabe zu, „die flutende Masse der Verwaltungstätigkeit“ einzudämmen und den nach und nach entstehenden Verwaltungsgerichten die Aufgabe, die Regeln des Rechtsstaats zu operationalisieren.¹⁴ Die NS-Diktatur hat dieses Erbe dann verraten.

2. Die Entwicklung nach 1949

Nach der Befreiung machte man sich entschlossen an die Wiedererrichtung, Konsolidierung und Perfektionierung des Rechtsstaats. Die Jahre nach 1949 sind geprägt durch den Aufbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, eine flächendeckende Konstitutionalisierung der Rechtsordnung und eine Perfektionierung des gerichtlichen Rechtsschutzes.¹⁵ Sie erscheinen insoweit als konsequente Fortsetzung und Vollendung des bereits im 19. Jahrhundert eingeschlagenen Weges. Das

11 *Kant, I.*: Werke in Zwölf Bänden, Band 7, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, hier 642.

12 v. *Mohl, R.*: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg II, 1831.

13 v. *Bogdandy, A./Huber, P. M.*: Grundlagen des Verwaltungsrechts: Deutschland, in: v. *Bogdandy, A./Cassese, S./Huber, P. M.* (Hg.), IPE III, 2010, § 42 Rn. 39 ff., 41.

14 Preuß. OVG vom 14. Juni 1882, PrOVG Entscheidungen Band 9, S. 353. Im Kreuzbergurteil bestimmt das OVG exemplarisch, dass die gesetzliche Ermächtigung der Polizei, gegenüber dem Bürger Anordnungen zu erlassen, auf die Gefahrenabwehr beschränkt ist, so dass ästhetische Erwägungen – es ging um den Blick auf ein Denkmal – auf dieser Grundlage rechtswidrig sind. Die beiden Kreuzberg-Urteile sind – leichter zugänglich – im Original abgedruckt in: DVBl. 1985, 216–226.

15 v. *Bogdandy, A./Huber, P. M.*, IPE III, § 42 Rn. 60f.

öffentliche Recht der „alten“ Bundesrepublik, das Bundesverfassungsgericht, die Staatsrechtslehre jener Jahre, prägend unter ihnen *Ernst Wolfgang Böckenförde*, *Konrad Hesse*, *Peter Häberle* und *Peter Lerche*, aber auch Zivilrechtler wie *Claus Wilhelm Canaris*¹⁶, konzentrierten ihre Energien auf die immer üppigere Entfaltung der Grundrechte, auf die Konstitutionalisierung der (einfachrechtlichen) Rechtsordnung und auf eine kontinuierliche Ausweitung subjektiver öffentlicher Rechte. Zweifel an dieser Entwicklung gab es kaum. Erst gegen Ende der 1980er-Jahre tauchten Klagen über eine Hypertrophie des Rechtsstaates und eine mangelnde internationale Anschlussfähigkeit der deutschen Grundrechtsdogmatik auf sowie Warnungen vor einem *gouvernement des juges*, einem Rechtswege- und Richterstaat.

3. Die starke Rolle der Dritten Gewalt

Mit anderen Worten: Politik in Deutschland war schon immer nicht nur das demokratische Ringen um politische Mehrheiten, sondern auch Problembewältigung mit Hilfe des Rechts und der Gerichte.

Dieser Akzent auf einem regelorientierten, die Politik begrenzenden Verständnis des (öffentlichen) Rechts zwingt die Rechtsprechung allerdings auch in die Rolle einer strukturellen Opposition zu den herrschenden Mehrheiten.¹⁷ Nicht von ungefähr wird der Schutz der Grundrechte daher als Minderheitenschutz verstanden.¹⁸ Auch die bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren zum Maastrichter Vertrag,¹⁹ zur Euro-Einführung,²⁰ zum Vertrag von Lissabon,²¹ zur Griechenlandhilfe und der EFSF,²² zum ESM²³ und zum OMT-Beschluss der Europäischen Zentralbank²⁴ haben – faktisch und ungewollt – die Funktion erfüllt, Defizite des politischen und parlamentarischen Prozesses zu kompensieren und damit

16 *Canaris, C. W.*: Grundrechte und Privatrecht, AcP184 (1984), 201ff.

17 Das Wort ist mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration verwendet worden; vergleichbare Befunde lassen sich jedoch auch für das Verwaltungsrecht nachweisen und haben etwa dazu geführt, dass immer mehr genuin verwaltungsrechtliche Materien wie das Regulierungsverwaltungs- oder das Vergaberecht (vgl. *Huber, P. M.*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: *Schoch, F.* (Hg.): *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2013, 3. Kap. Rn. 283) den Zivilgerichten zugewiesen wurden.

18 *Hufen, F.*: Staatsrecht II, 4. Aufl., 2014, § 1 Rn. 18; *Rüfner, W.*: Leistungsrechte, in: *Merten, D./Papier, H.-J.* (Hg.), HGR II, 2006, § 40 Rn. 48.

19 BVerfGE 89, 155ff.

20 BVerfGE 97, 350ff.

21 BVerfGE 123, 267ff.

22 BVerfGE 129, 124ff.

23 BVerfGE 132, 195ff.; 135, 317ff.

24 BVerfGE 134, 366ff.

nicht unerheblich zur Akzeptanz der in Rede stehenden Entscheidungen beizutragen.

IV. Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten

Diese starke verfassungspolitische Bedeutung der (Verfassungs- und Verwaltungs-) Gerichtsbarkeit wurzelt im Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG und ist in ihrem Ausmaß ein Spezifikum des deutschen Rechtskreises.²⁵ Zwar ist die rechtsprechende Gewalt auch in anderen Rechtsordnungen Europas nach und nach aus ihrer *Montesquieu'schen* Etikettierung als *en quelque façon nulle* herausgewachsen, wurden auch anderswo Bürgerrechte gegen den Staat anerkannt, das Legalitätsprinzip und/oder die *rule of law* durchgesetzt.²⁶ Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind nicht erst heute – (noch) mehr oder weniger fest etablierte – Rechtsstaaten. Der *État de droit*, der *Stato di diritto* oder die *rule of law* ist auch ihren Verfassungsordnungen inhärent. Was sie vom deutschen Rechtskreis jedoch unterscheidet, ist, dass sie das (öffentliche) Recht nicht so sehr als Bindung und Eindämmung politischer Handlungsmöglichkeiten begreifen, denn als Instrument zur Verwirklichung politischer Ziele. Die in der deutschen Debatte erst in den letzten Jahren wieder aufgekommene Forderung, das (öffentliche) Recht weniger von seiner Begrenzungs-, denn von seiner Bereitstellungsfunktion her zu begreifen, war etwa für die französische Rechtsordnung schon immer prägend. Dass das (öffentliche) Recht dort in wesentlich größerem Umfang als in Deutschland eigenständige Prärogative der Politik anerkennt,²⁷ liegt auf der Hand. So wurde der Satz der früheren französischen Finanzministerin *Christine Lagarde* – „forget about the treaty“²⁸ – in Deutschland als Aufkündigung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft verstanden, während Frau *Lagarde* insoweit vermutlich bis heute kein schlechtes Gewissen hat, weil es dem französischen Verständnis jedenfalls des öffentlichen Rechts entspricht, der Politik (lediglich) final programmierte Zielvorgaben zu machen statt sie mit konditional programmierten Regeln zu binden.

25 Unger, S.: Wettbewerbsverwaltung, Habil., München, 2014.

26 Zu Vorläufern des Verhältnismäßigkeitsprinzips im *Common Law* siehe *Blackstone*, W.: Commentaries on the Laws of England, 4th edition 1899, 115.

27 Siehe etwa zur Anerkennung des *pouvoir administratif* in Frankreich *Gonod*, P.: Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, 2014, § 75 Rn. 2 passim.

28 Siehe *Tait*, N.: EU ministers back harder line on fiscal rules, Financial Times, 21. Mai 2010.

V. Erosion des Rechtsstaatskonzepts

Die deutsche Rechtsstaatskonzeption ist jedoch unter Druck geraten. Auf europäischem Parkett stößt sie an unterschiedliche Grenzen, aber auch im nationalen Kontext ist eine Erosion zu beobachten.

1. Isolierte Stellung auf EU-Ebene

Zur Erosion der deutschen Konzeption des Rechtsstaats zunächst trägt bei, dass auf der Ebene der Europäischen Union Kompetenzzuweisungen und Verfahrensanforderungen laxer gehandhabt werden als im nationalen Kontext, während bei materiellen Wertentscheidungen eine eher formalistische, am Wortlaut haftende Herangehensweise vorherrscht.

Das zeigt insbesondere die anhaltende Finanzkrise, deren Bewältigung unter juristischem Blickwinkel eher französischen als deutschen Denkmustern zu folgen scheint. Diese Diskrepanz dürfte eine wesentliche Ursache vieler Missverständnisse, Konflikte und Enttäuschungen sein. Sie erklärt aber, warum der Europäische Gerichtshof in seinem *Pringle*-Urteil den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) mit einer relativ lapidaren Begründung billigen konnte, obwohl damit – jedenfalls nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts²⁹ – die Bedeutung des in Art. 125 AEUV niedergelegten *bail out*-Verbots grundlegend verändert wurde, und weshalb er sich mit einer eher vordergründigen Betrachtungsweise begnügte, die darauf abstellte, dass mit den Hilfsmaßnahmen des ESM keine Schuldübernahme im engeren Sinne stattfindet.³⁰ „Hinter die Fassade“ der Regelungen zu schauen, wie es der irische *Supreme Court* in seinem Vorabentscheidungsersuchen genannt hat, die Wertungen der Verträge zu entfalten und der Politik Grenzen zu setzen, widersprach wohl (noch) dem Selbstverständnis des Gerichtshofes.³¹ Deshalb hatte er auch keine Bedenken dagegen, dass – außerhalb des Rechtsrahmens der Verträge – völkerrechtliche Anbauten wie der ESM-Vertrag stattfanden, obwohl es gerade aus seiner Sicht nahegelegen hätte, die Bestimmungen über Vertragsänderungen – Art. 48 EUV – als abschließende Regelung zu verstehen. In diesem Fall hätten Briten und Tschechen den ESM-Vertrag freilich blockieren können.

29 BVerfGE 132,195 <247f., Rn. 128>; BVerfG, Urte.v. 18. März 2014 - 2 BvR 1390/12 u. a. – juris.

30 EuGH, Urte. v. 27. November 2012, Rs. C-370/12–Thomas Pringle/Government of Ireland, Ireland and Attorney General –Slg. 2012, I-0000 Rn.

31 Siehe aber im Grundrechtsbereich EuGH, Urte. 9. April 2014 - C-293/12 und C-594/12 - Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a. Urteil v. 6.10.2015 - Rs C-362/14 – Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner.

Es versteht sich von selbst, dass sich das deutsche Rechtsstaatskonzept auf europäischer Ebene in einer Union von 28 Mitgliedstaaten nicht ohne weiteres durchsetzen konnte, zumal es dem Interesse der handelnden Akteure strukturell zuwiderläuft. Es lässt sich aber auch nicht feststellen, dass die Bundesrepublik Deutschland etwa im Zusammenhang mit der Finanzkrise besondere Anstrengungen unternommen hätte, ein rigideres Verständnis der Verträge geltend zu machen oder durchzusetzen, wie es der Herangehensweise nach deutscher Lesart entsprochen hätte. Auch wenn sich die Verhandlungen nicht mehr rekonstruieren lassen und insoweit auch nicht beurteilt werden kann, wie die eine oder andere Maßnahmen ohne deutsche Mitwirkung ausgefallen wäre: Tatsache ist, dass der Bundesregierung an einer größeren Debatte und übermäßiger Transparenz insoweit nicht gelegen war.³² Sie ist – anders als etwa Großbritannien³³ – auch nicht vor dem Europäischen Gerichtshof als Klägerin aufgetreten.

2. Erosionstendenzen im Innern

Auch im Innern hat die Bindung der Politik durch das Recht an Wirkmächtigkeit verloren. Die Gründe dafür sind vielfältig. Sie reichen von einer überbordenden Komplexität des Rechts, die zwar der immer komplizierteren Lebenswirklichkeit, divergierenden Vorgaben unterschiedlicher Ebenen und der offeneren Programmierung moderner Gesetze geschuldet ist, seine Gebote und Verbote jedoch verunklart, bis hin zur gesellschaftlichen Marginalisierung der Juristen und ihrer Verdrängung aus den Vorstandsetagen der Unternehmen, der steuer- und wirtschaftsberatenden Berufe und zunehmend auch der Verwaltung.³⁴

So mehren sich die Fälle, in denen die Recht- und Verfassungsmäßigkeit des Handelns von Regierung und Parlament mit gewichtigen Argumenten bezweifelt wird. Stichworte aus den vergangenen Jahren sind die Aussetzung der Wehrpflicht, der Atomausstieg, die Euro- oder die Flüchtlingskrise sowie die Tätigkeit nicht nur der deutschen Geheimdienste. Auch an den unzureichenden oder illoyalen Vollzug von – politisch nicht genehmtem – Bundesrecht durch einzelne Länder haben wir uns längst gewöhnt.³⁵

Zwar gehört es im freiheitlichen Verfassungsstaat des Grundgesetzes gerade wegen des an sich hohen Stellenwerts des Rechtsstaats zum gängigen Arsenal

32 Siehe BVerfGE 131, 152ff.

33 EuGH, Urt. v. 22.1.2014 - ECLI:EU:C:2014:18, United Kingdom/European Parliament and Council.

34 Huber, P. M.: Ultima ratio: Law School, in: ders.: Beiträge zu Juristenausbildung und Hochschulrecht, 2010, 116.

35 BVerfGE 81, 310 <331ff.>; 84, 25ff.; 104, 249ff.; 104, 238ff.

politischer Auseinandersetzungen, die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns in Frage zu stellen; 137 Bände der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts legen davon ein beredtes Zeugnis ab. Das Interesse der Öffentlichkeit an den deutlichen Erosionstendenzen des Rechtsstaats jedoch sinkt. Sie nimmt diese vielmehr mit gelangweilter Indifferenz zur Kenntnis.

VI. Besinnung tut not

Das berühmte Resümee *Bärbel Bohleys* – wir wollten Gerechtigkeit und bekamen den Rechtsstaat – ist in den Jahren nach 1990 wohl nicht nur als lakonischer Hinweis darauf verstanden worden, dass es auch im Rechtsstaat des Grundgesetzes Ungerechtigkeiten und Härten gibt, sondern als Legitimation, sich im Interesse individueller Gerechtigkeits- oder Moralvorstellungen über das Recht auch einmal hinwegsetzen zu dürfen. Das hat dazu beigetragen, dass das Verständnis für die Bedeutung von Form-, Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften geschwunden ist und diese manchem als juristische Quisquilien erscheinen.³⁶ Damit gerät jedoch nicht nur aus dem Blick, dass gerade diese formellen Anforderungen des Rechtsstaats Garanten von Legitimität und Rechtssicherheit der staatlichen Ordnung sind. Da es in ihm keine verbindliche Moral gibt, kann die Berufung auf individuelle Moral- und Gerechtigkeitsvorstellungen oder politische Opportunitätsabwägungen die Abweichung vom Recht auch nicht rechtfertigen. Der Rechtsstaat existiert durch das Gesetz oder er existiert nicht!

36 Siehe *R. Marx*, Interview mit dem Münchner Merkur vom 12.9.2015: „Sie [scil. die Bundeskanzlerin] hat sich sogar über das Gesetz hinweggesetzt. Das gehört auch zur politischen Führung!“