

**Prof. Dr. Dr. h. c. Scholler und Dr. Straßmair**

**Grundkurs  
Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland**

**Die geschichtliche Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips**

**I. Einleitung**

Das Grundgesetz hat in den Artikeln 20 Abs. 1 und 28 das Rechtsstaatsprinzip verankert, indem es kraft Verfassungsrecht den Staat auf die Verwirklichung des „Sozialen Rechtsstaates“ festlegt. Um die geschichtliche Entwicklung dieses Begriffes aufzuzeigen, soll im Nachfolgenden nicht nur die rein innerdeutsche Entwicklung betrachtet werden, es muss vielmehr die Entstehung und Verbreitung dieses Grundsatzgedankens im Sinne einer europäischen Rechtsentwicklung interpretiert und dargestellt werden. Denn der engere Begriff des „Rechtsstaates“ taucht in Deutschland tatsächlich erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts auf, aber die Sache, die damit gemeint ist, ist als Gedanke und als Prinzip schon sehr viel früher diskutiert und auch schrittweise entwickelt und garantiert worden. Versteht man daher den Gedanken des Rechtsstaates als Rechtsstaatsgarantie im weiteren Sinne, dann umfasst diese Garantie nicht nur die Bindung der Verwaltung an das Gesetz im formellen und evtl. auch im materiellen Sinne (formeller oder auch formeller und materieller Rechtsstaatsgedanke), sondern eben auch andere Prinzipien: die Garantie der Entscheidung durch unabhängige Gerichte oder unabhängige Richter, die Trennung der Staatsgewalten, die Entwicklung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit sowie die Entstehung des modernen Rechtsbegriffes. Nicht zu übersehen ist dabei, dass ein wichtiger erster Schritt darin bestand, den modernen Rechtsstaat im umfassenden Sinne dadurch herzustellen, dass die Abhängigkeit staatlicher Maßnahmen sowohl im Gesetzgebungs- wie auch im Verwaltungs- und Rechtsprechungsbereich von kirchlicher Genehmigung und Anordnung aufgehoben und beseitigt wurde; insofern, weil die Trennung der weltlichen und geistlichen Gewalt und damit die Herstellung der Zivilgesellschaft der erste große Schritt zur Realisierung des Rechtsstaates war. Deshalb muss jede historische Untersuchung der Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens mit dem 16. Jahrhundert beginnen. Der Begriff Rechtsstaat wurde damals natürlich nicht verwendet, er wird erst Anfang des 19. Jahrhunderts, nach der Französischen Revolution, unter dem System der konstitutionellen Monarchie auch in Deutschland eingeführt. Möglicherweise hat das englischrechtliche Prinzip des „Rule of Law“ hier eine wichtige Rolle gespielt, wie im weiteren Verlauf der Ausführungen gezeigt werden soll.

Wie schon ausgeführt, wird auch die französische und englische Entwicklung zum Rechtsstaat (wie oben „Rule of Law“) und zur französischen Form des Rechtsstaates dargestellt werden. Die Entwicklung in England hat eine besondere Bedeutung gehabt für die Bemerkung der Unabhängigkeit des Richters und der Gerichte, diejenige in Frankreich hat sich vor allem auf die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland ausgewirkt, die lange Zeit als zentraler Baustein der deutschrechtlichen Rechtsstaatsgarantie angesehen wurde.

## **II. Die Beseitigung der geistlichen Gewalt und deren Bedeutung für die Entwicklung des religions- oder konfessionsunabhängigen Staates**

Die Religion war bis in die Neuzeit hinein für den Staat von großer Bedeutung und wurde durch den Kernsatz gut umschrieben: *religio est vinculum societatis*. Es war verständlich, dass die römische Kirche nach dem Zusammenbruch des oströmischen Reiches 1453 eine besondere Gefahr für den Fortbestand auch des weströmischen Reiches im Islam sah und deshalb allen religiösen Neuerungen entschieden entgegenzutreten versuchte. Anfang des 16. Jahrhunderts zeigten sich vor allem von Deutschland ausgehend wirtschaftliche und religiöse Veränderungen und Neuorientierungen. Nachdem der Seeweg nach Indien verschlossen worden war und sich Staat und Wirtschaft auf den neuen Seeweg nach Westen aufmachten, entwickelte sich auch ein neues oder vertieftes Verständnis der christlichen Botschaft. Dies führte zu einem Zustand, den die Rechtsurkunden als die Entstehung der „spaltigen Religion“ bezeichnen. Der Augsburger Religionsfriede von 1555<sup>1</sup> und der Westfälische Friede von 1649 (das *instrumentum partis osnabrogense*) sind staatsrechtliche und völkerrechtliche Urkunden zur Regelung der Beziehungen zwischen Bürger, Staat und Kirche. Die Bedeutung dieser „religiösen Spaltung“ lag aber vor allem auch darin, dass die gegenseitig gewährte Toleranz zur Entwicklung der so genannten Zivilgesellschaft führte, die eine weitere Sicherung eines rechtsstaatlichen Prozedere der beteiligten Mächte wurde. In Bezug auf den Augsburger Religionsfrieden hat Leopold von Ranke den dadurch hervorgerufenen religiösen und rechtsstaatlichen Schwebestand wie folgt charakterisiert: „Noch bestanden aber die beiden Gewalten, von welchen man sich losriss. Noch lebte der Kaiser und war in der Nähe, der den Einrichtungen einen ganz anderen, einen dynastischen und religiösen Charakter zu geben gesucht hatte. Noch hielt das Papsttum alle seine Ansprüche fest und war mächtig genug, um sich nicht in Vergessenheit geraten zu lassen. Wir haben zu betrach-

---

<sup>1</sup> Als Frieden möglich war – 450 Jahre Augsburger Religionsfrieden (nachfolgend als Frieden zitiert), Augsburg 2005, Martin Heckel, Der Augsburger Religionsfriede in Juristen Zeitung 2005, (20), 961ff, Heinz Schilling, Der Augsburger Religionsfrieden als deutsches und europäisches Ereignis, Festvortrag, Augsburg 25.09.2005, s. dazu auch: Festschrift für Gerhard Besier zum 60. Geburtstag, Glaube-Freiheit-Diktatur in Europa und den USA, Heinrich Scholler, Von der Kirche der „spaltigen Religion“ des Augsburger Religionsfriedens zur modernen Garantie des Pluralismus von Religionsgesellschaften, Göttingen 2007.

ten welches Verhältnis sich nach beiden Seiten hin in diesem Augenblick bildete.“<sup>2</sup> Der westfälische Friede brachte einen Zustand der Parität zwischen den beiden Konfessionen und eine gestufte Glaubensfreiheit, deren unterste Ausprägung die Hausandachtsgarantie war, die seitdem für lange Zeit die Bezeichnung Gewissensfreiheit trug. Damit war auch der materielle Rechtsstaat und nicht nur der formelle in seinen Ansätzen entworfen.<sup>3</sup> Unter dem formellen Rechtsstaat verstand man die Notwendigkeit der Legitimation der staatlichen Eingriffs- und Lenkungsmaßnahmen durch Akte der Gesetzgebung, während man vor allem später unter dem materiellen Rechtsstaat die Anreicherung der Rechtssphäre des Bürgers durch eine Erweiterung seiner Grundrechtssphäre verstand.

Bis zum Ende des Kaiserreiches hatte sich trotz der Lockerung der Zentralgewalt eine Art staatliche Kontrolle des Reiches erhalten, die dem Bürger einen gewissen Schutz durch die Entwicklung des älteren Justizstaatssystems bot. Rüfner spricht von der Ausübung einer Reichsaufsicht als eine Art „Rechtmäßigkeitsaufsicht“ zum Schutz der Bürger.<sup>4</sup>

### III. Die Unabhängigkeit des Richters und der Gerichte

Es entwickelte sich im aufgeklärten Absolutismus die Unabhängigkeit des Richters als Teil des *jus publicum universale*.

Die Garantie des unabhängigen Gerichtes entsprach aber eher einer Selbstbeschränkung oder Selbstverpflichtung eines an und für sich absoluten Monarchen. In § 79 der Einleitung des ALR (allgemeines preußisches Landrecht 1794) wird beispielsweise die Unabhängigkeit der Gerichte als Teil einer Selbstverpflichtung des Monarchen garantiert.<sup>5</sup>

Quelle der Unabhängigkeit des Richters und damit der Justizgewalt ist also nicht das Volk oder ein vom Volk beschlossenes Gesetz, sondern die Selbstverpflichtung und Gewährleistung des Monarchen, wenn diese auch auf Druck der Stände vom Monarchen eingegangen worden war. Die späteren Verfassungsurkunden spiegeln diese Entwicklung nicht immer deutlich genug wieder. Allerdings lag noch die Idee der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung dieser Konzeption fern, wie man aus den sog. Kronprinzenvorträgen entnehmen kann.

In der Strömung des Liberalismus verlangte die bürgerliche Öffentlichkeit, mit einem modernen Ausdruck die „civil society“, die gesetzliche Regelung der Aufgaben und Befugnisse und

<sup>2</sup> Leopold von Ranke, Weltgeschichte/Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation, Bd.5, Hamburg 1925, S. 341.

<sup>3</sup> Fürstenau, Das Grundrecht der Religionsfreiheit nach seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen Gestaltung in Deutschland, Topos Rugell, 1891.

<sup>4</sup> Diese Rechtmäßigkeitsaufsicht muss durchaus als ein Element der Entwicklung zum System der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden. In: W. Rüdiger, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, Bonn 1962, S. 26.

<sup>5</sup> U. Seif, Recht und Justizhoheit, Berlin 2003, S. 38

damit auch der Unabhängigkeit der Gerichte und des Richters. Paul Anselm Feuerbach trat mit diesen Forderungen 1830 in einer anonymen Schrift als erster Wissenschaftler deutlich hervor und lehnte sich damit an die Realisierung der Forderungen Kants an mit der Schrift „Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch bloße Ordnungen rechtsgültig geändert werden?“<sup>6</sup> Dort heißt es: „Juge naturel, natürlicher, ordentlicher Richter ist der gesetzliche, d.h. der vom Gesetz bezeichnete, mit anderen Worten, derjenige Richter, welcher jedem Unterthan vermöge des Gesetzes d.i. nach der gesetzlich angeordneten Gerichtsverfassung und in Kraft der Gesetze über Zuständigkeit (Competenz) der Gerichte zukommt [...].“<sup>7</sup> Andere Rechtswissenschaftler folgten dieser Forderung wie z.B. Klüber<sup>8</sup> und Mittermaier.<sup>9</sup> Als subjektives Recht des Bürgers begreift sich die Garantie des gesetzlichen Richters erst in den Diskussionen, die im Vormärz des Jahres 1848 geführt werden und die dann in die Festlegung der Grundrechtsgarantien der Paulskirchenverfassung von 1848/49 münden.<sup>10</sup> Doch wird in der Reichsverfassung von 1871 dieses Grundrecht nicht aufgenommen, da die Reichsverfassung überhaupt die Grundrechtsgarantien den Reichsländern und ihren Verfassungen überlässt, findet aber doch Eingang in die Weimarer Verfassung vom 11. August 1919, Art. 105. Das Grundgesetz hat sich in Art. 101 Abs. 1 dieser Entwicklung angeschlossen. Eine Ausdehnung auf die gerichtsinterne Organisation, die durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erfolgt, ist eine Reaktion auf die Verletzung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die nationalsozialistische Herrschaft von 1933 bis 1945. Damit wird die Zurückweisung der Schaffung von sog. Ausnahmegerichten durch das Grundgesetz selbst sanktioniert.

In Frankreich fehlt in der Verfassung von 1852 die Garantie des gesetzlichen Richters, sie wird aber in der Verfassung der Dritten Republik von 1875 wieder zum Ausdruck gebracht. Auch die Französische Verfassung vom 13. Oktober 1946, die Verfassung der 4. Republik, hat keine Garantie der Unabhängigkeit des Richters.

In Großbritannien findet sich aber dennoch eine sehr klare Übereinstimmung mit der kontinentalen Rechtsentwicklung insofern, als es aufgrund des Prinzips „Rule of Law“ und der Parlamentsouveränität unzulässig ist, durch Akte der Krone einseitig in die Gerichtsorganisation einzugreifen oder Sondergerichte zu schaffen. Dagegen besteht ein Unterschied zwischen der britischen Entwicklung und der kontinentaleuropäischen insofern, als hinsichtlich der innerorganisatorischen Geschäftsverteilung die britischen Gerichte eine viel größere Unabhängigkeit und Selbständigkeit haben und hier nicht einer gesetzlichen Regelung bedürfen. In Großbritannien hat der Rechtssuchende kein subjektiv öffentliches Recht im Voraus auf die Zuständigkeit eines bestimmten Richters oder eines bestimmten voraus festgelegten

---

<sup>6</sup> Feuerbach, in: Kleine Schriften gemischten Inhalts, Nürnberg, 1833, S. 178-228 aus U. Seif, a.a.O, S. 288 ff.

<sup>7</sup> Ebd. S. 178, 206 – s. auch U. Seif

<sup>8</sup> (1762-1837), Publizist, preußischer Legationsrat

<sup>9</sup> (1787-1867), Präsident des Vorparlamentes und Professor an der Universität Heidelberg

<sup>10</sup> Scholler, Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation, Darmstadt 1973; 2. überarb. Aufl., Darmstadt 1982.

Richters oder Gerichtes. Die Richterbänke sind keine festen Spruchkörper im Sinne des kontinentaleuropäischen Gerichtswesens. Damit sind die entscheidenden Richter austauschbar und gelten als pares in toto, weshalb ihre Mitwirkung nicht im Voraus generell geregelt werden muss oder auch geregelt werden kann. Die „allocation of cases“ ist Aufgabe der Gerichtsverwaltung und wird grundsätzlich nicht durch ein Gesetz geregelt.

Demgegenüber ist die französische Rechtsentwicklung im Ergebnis viel mehr mit dem deutschen Recht und der deutschen Rechtsentwicklung zu vergleichen. Diese Gleichheit liegt darin, dass auch im französischen Recht der handelnde Richter oder die handelnde Richterbank von vornherein durch Rechtsvorschrift generell abstrakt bestimmt ist. Der Unterschied liegt mehr in der rechtlichen Begründung dieser Garantie. Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter ist im französischen Recht eine Konkretisierung des Anspruches auf Gleichheit vor dem Gericht oder dem einzelnen Richter. Zum Teil wird auch das Argument benutzt, dass es zur Figur des „natürlichen Richters“ gehört, von vornherein generell und abstrakt für den zu entscheidenden Streitfall bestimmt worden zu sein.<sup>11</sup>

Im Unterschied zu § 547 Nr. 1 ZPO begründen Eingriffe in die innere Geschäftsverteilung nach französischem Recht keinen Anspruch auf gerichtlichen Schutz und gerichtliche Korrektur, es sei denn, dass diese Maßnahmen rein willkürlich erfolgt sind. Dass es sich um willkürliche Erwägungen handelt, muss zudem auch offenkundig erkennbar sein. In einem solchen Fall sieht man dann eine Verletzung von Art. 6 der generellen Erklärung der Menschenrechte vom 26. August 1789 in Verbindung mit der Präambel der Verfassung von 1958 als gegeben an. Nach deutschem Recht besteht allerdings keine Freizeichnung für nicht offenkundig willkürliche Verletzungen der innerorganisatorischen Gerichtsentscheidungen, weil auch sie dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter unterliegen, was in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eindeutig herausgestellt wurde.<sup>12</sup>

#### **IV. Die Gewaltenteilung**

Die Gewaltenteilung ist ein Produkt der so genannten „Gemischten Verfassung“, die zwischen der gesetzgebenden Gewalt des Volkes und der exekutiven Gewalt einer monarchischen Ordnung unterscheidet. Die Entwicklung unabhängiger Gerichtsbarkeit tritt dann zu diesen beiden Gewalten hinzu, so dass die klassische Gewaltenteilung über drei politische Organisationen oder Funktionen verfügt, die eine gegenseitige Kontrolle und Balance im

---

<sup>11</sup> Bei einer Reihe von Bestimmungen des französischen Code de l'Organisation Judiciaire besteht keine Sanktion bei ihrer Nichteinhaltung oder Verletzung, s. auch H. Dalle, À la recherche du juge naturel français, Les Épisodiques 7 (1992), 26.

<sup>12</sup> Plenarbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8.4.1997 BVerfGE 95, 322, 329.

Staat als dem politischen Gemeinwesen herstellen soll. In der Neuzeit haben Locke und Montesquieu diese bereits in der Antike entwickelten Gedanken wieder aufgegriffen und zu einem wichtigen Instrument moderner Rechtsstaatlichkeit gemacht. Das Organ, das vom Volk gewählt die Gesetze als generelle und abstrakte Anordnungen erlässt (der Gesetzgeber als Parlament oder Rat oder das Volk unmittelbar), soll nicht mit der vollziehenden und anordnenden Gewalt verbunden oder gar identisch sein. Diese anordnende Gewalt erlässt als Exekutive immer nur konkrete und individuelle Maßnahmen, d.h. Maßnahmen, die einen einzelnen Fall regeln (Konkretheit) und die gleichzeitig auch gegenüber einem bestimmten Personenkreis (Spezialität) ergehen müssen. Kommt es zum Streit über die Frage, ob die Anordnung den gesetzgeberischen Willen zutreffend erfasst und umgesetzt hat, sollen persönlich und sachlich unabhängige Gerichte über hieraus resultierende Streitigkeiten entscheiden. Es geht nach Meinung von Kägi<sup>13</sup> bei der Gewaltenteilung um die für die Freiheitssicherung effektive Verbindung von „Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung“. Montesquieu ist der zweite wichtige moderne Autor, der sich neben Locke mit der Frage beschäftigt, auf welche Weise die Freiheitssicherung im Staat am besten gewährleistet werden kann, obschon beide sich dahingehend wohl irrten, dass in Großbritannien diese freiheitssichernde Gewaltenteilung schon beispielhaft verwirklicht worden war. Bei zutreffender Verteilung der ursprünglich einheitlich verstandenen Staatsgewalt auf die drei Teilgewalten (*puissance législative*, *puissance exécutive* und *puissance de juger*) erreicht der Staatsmann ein gemäßigtes Staatswesen mit weitgehender Freiheitssicherung, sodass die Garantie von Grundrechten im Wege von Grundrechtskatalogen als weniger wichtig erscheint als die Erreichung des gemäßigten Staates als Staatsziel. Dabei geht Montesquieu soweit, dass er in der gegenseitigen Behinderung „*le pouvoir arrête le pouvoir*“ nicht den Stillstand aktiver Staatlichkeit, sondern die größtmögliche Freiheit, die *liberté d'âme*, erblickt. Im 19. Jahrhundert ist es unzweifelhaft, dass die Idee Montesquieus von der Gewaltenteilung eine Vorwegnahme zentraler Elemente des Rechtsstaatsprinzips war. Wenn im *Esprit de Loi* (1740) die Gewaltenteilung noch nicht so deutlich diesen Charakter der Rechtsstaatsgewährleistung zeigt, so ist dies spätestens im 19. Jahrhundert im System der konstitutionellen Monarchie deutlich erkennbar geworden. Denn von diesem Zeitpunkt an benötigt der konstitutionelle Monarch für Eingriffe in die bürgerliche Freiheitssphäre der Legitimation durch ein Gesetz und muss die Kontrolle durch unabhängige Gerichte akzeptieren. Zwei verschiedene Staatsformen versuchen die Gewaltenteilung in klarer oder weniger eindeutiger Weise zu verwirklichen. Während in der nordamerikanischen Präsidialverfassung die Gewaltenteilung besonders stark hervortritt, ist in der parlamentarischen Demokratie weniger deutlich, wie die Parlamentsmehrheit, also die Mehrheit des Gesetzgebungsorganes, gleichzeitig die Exekutivgewalt darstellt. Aus diesem Grunde wird die Gewaltungs- und Verfassungsgerichtbarkeit

---

<sup>13</sup> W. Kägi, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, Festschrift für H. Huber. Bern 1961, S. 151 ff.

von größerer Bedeutung sein, weil sie einer eventuellen rechtsstaatlichen Lücke entgegentritt.

Im Anschluss an die Konzeption Montesquieues von der Gewaltenteilung hat Paul Anselm Feuerbach, der große bayrische Strafrechtslehrer, die rechtsstaatliche Bedeutung der Gewaltenteilung betont, welche der Gesetzgeber der genauen Beschreibung der strafrechtlichen Tatbestände beilegt. Radbruch hat sich hierzu in seiner Biographie Feuerbachs geäußert, womit er genau das Wesen der rechtsstaatlichen Garantien trifft:

„Die scharfe Umreiung der Tatbestände, die enge, allzu enge, Begrenzung der Strafrahmen seines Gesetzbuches haben, wie der von ihm geprägte Wahlspruch „nulla poena sine lege“, wie seine, allein auf die vorherige gesetzliche Androhung gegründete Rechtfertigung der Strafe den Sinn, das Strafgesetzbuch nicht nur zur Quelle, sondern auch zur Schranke der Strafe zu machen, in ihm nicht nur den Schutz des Bürgers vor dem Rechtsbrecher, sondern auch den Schutz des Bürgers vor der Staatsgewalt zu verwirklichen, nicht nur den Schutz des Staates vor dem Rechtsbrecher, sondern auch den Schutz des Rechtsbrechers vor dem Staate, kurz den Rechtsstaat im Gebiete des Strafrechts durchzuführen.“<sup>14</sup>

Diese horizontale Gewaltenteilung gehört schon seit der französischen Revolution durch eine Forderung nach vertikaler Gewaltenteilung<sup>15</sup> ergänzt. Sie besteht darin, dass man unter der Ebene des Zentralstaates und der Länder oder Regionen<sup>16</sup> eine dritte Ebene organisiert oder vorfindet, die man als kommunale Gewalt (*pouvoir municipal*) bezeichnet. Allerdings ist die Grundidee dieser dritten vertikalen Ebene eigentlich wesentlich älter als die Phase der französischen Revolution, denn die Entstehung der Gemeinden basierte vor allem in Deutschland auf der Entwicklung von zwei Grundtypen der Dorf- und der Stadtgemeinde. Diese Idee der Ursprünglichkeit der kommunalen Gewalt der Dorfgemeinschaft im Gegensatz zur abgeleiteten Gewalt der Stadtgemeinde wird auch von Art. 11 der bayerischen Verfassung von 1946 aufgegriffen, der von den Gemeinden als „ursprüngliche Gebietskörperschaften“<sup>17</sup> spricht. Die Effektivität der kommunalen Freiheit zeigte sich in dem Rechtsspruchwort „Stadtluft macht frei“<sup>18</sup>, das die Befreiung von der Stellung als Untertan bedeutete, wenn sich die Person mindestens ein Jahr lang in der Stadt ungestört aufhalten konnte. Das Grundgesetz

<sup>14</sup> S. dazu: Gustav Radbruch, Feuerbach, Heidelberg 1997, S. 123

<sup>15</sup> Zur vertikalen Gewaltenteilung siehe: *L'administration communale autonome: repartition verticale des pouvoirs*, in: *Problemas de la ciencia Jurídica, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, Bd. 2, Santiago de Compostela 1991, S. 433 ff.

<sup>16</sup> Zur Bedeutung der Region bzw. der Länder in Europa der Gegenwart siehe: Fritz Ossenbühl (Hrsg.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, Baden-Baden 1990, sowie die dort besonders untersuchten rechtlichen Systeme in Deutschland, Frankreich, Italien und der Schweiz.

<sup>17</sup> Das kommunale Recht wird in Deutschland als Landesrecht von den Ländern geregelt, in denen sich folgende Grundtypen der örtlichen Autonomie (der Gemeindehoheit) finden lassen: der norddeutsche und der süddeutsche Typus sowie verschiedene Formen der Magistratsverfassung. Zur Wiederbelebung der lokalen Selbstverwaltung in Entwicklungsländern, insbesondere Afrika, siehe: Rösel, von Trotha (Hrsg.), *Dezentralisierung, Demokratisierung und die lokale Repräsentation des Staates*, Köln 1999.

<sup>18</sup> Siehe dazu: Ruth Schmidt-Wiegand, *Deutsche Rechtsregeln und Rechtsspruchwörter*, München 1996, S. 230 f.

hat in Art. 28 die kommunale Selbstverwaltung bundesverfassungsrechtlich garantiert, so dass diese regionale Ebene einen verfassungsrechtlichen Status hat mit der Wirkung, dass eine Beschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 4b GG vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden kann. Durch diese verfassungsgerichtliche Garantie ist die vertikale Gewaltenteilung ein Teil der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung geworden.<sup>19</sup>

## V. Rule of Law und Rechtsstaat

1. Die spezielle Prägung, die das angelsächsische Rechtsprinzip "Rule of Law" in der geschichtlichen Entwicklung hatte, wurde von Dicey unter den folgenden drei Gesichtspunkten prägnant zusammengefasst:

a) Absolute supremacy or predominance of regular law

Hierunter versteht er den Ausschluss von Ermessensbefugnissen der Exekutivgewalt, insbesondere die Beseitigung der so genannten Prerogative der monarchischen Gewalt auf dem Gebiet der Rechtsetzung.

b) Equality before the law

Hierunter versteht Dicey mit der herrschenden angelsächsischen Auffassung die Alleinzuständigkeit des „ordinary law“ und der „ordinary law courts“, also der ordentlichen Zivilgerichte. Das angelsächsische Recht ist bis zur Gegenwart der Entwicklung von speziellem Verwaltungsrecht und von Verwaltungsgerichten feindselig gegenübergetreten. Man sah darin eine Gefahr der „Kabinettsjustiz“ und der ungleichen Behandlung vor Gericht.

c) Constitution is the result of the ordinary law

Auch dieses Verständnis des Begriffes „Rule of Law“ ist dem kontinentalen Recht entgegengesetzt. Die Verfassung ist in all den Staaten, die über kodifiziertes Recht, insbesondere geschriebenes Verfassungsrecht verfügen, die höchste Autorität und Quelle im Rahmen einer Hierarchie oder Stufung von Rechtsvorschriften. Das Problem von starken oder schwachen Normen, also Rechtshierarchien innerhalb der Verfassung, das auch mit dem Schlagwort „verfassungswidrige Verfassungsnormen“ gekennzeichnet wurde, sei hier nur angedeu-

---

<sup>19</sup> Siehe dazu: Oscar Gabriel, Die politische Stellung der Gemeinden im föderativen Verfassungssystem, in: Kommunalpolitik im Wandel der Gesellschaft, 1979, S. 26 ff. sowie: Wolf-Rüdiger Schenke, Föderalismus als Form der Gewaltenteilung, in: JuS 1989, S. 698 ff.

tet. Im angelsächsischen Recht, das primär vom Common Law als einem judge made law ausgeht, ist das Verfassungsrecht eine Emanation des vom Richter gefundenen und verwirklichten Rechtes. So ist Verfassungsrecht unter dem Prinzip „Rule of Law“ Konsequenz oder Produkt eines allgemeinen law making process der Gerichte. (Selbstverständlich gibt es auch im modernen anglo-amerikanischen Verfassungsrecht „statutory law“ und „parliamentary conventions“.)

2. Für den rezipierten Rechtsstaatsbegriff ist ein weiteres Prinzip des anglo-amerikanischen Rechts von Bedeutung geworden, das als „Due Process of Law Clause“ bezeichnet wird. Es hat ebenfalls seinen Ursprung in der englischen Rechtstradition, gelangte aber vor allem durch die US-Verfassung und die Rechtsprechung des Supreme Court zu einer zentralen Bedeutung.

a) Ausgangspunkt war Chapter 39 der Magna Charta von 1215, die folgenden Wortlaut hat: „No free man shall be taken or imprisoned or dispossessed, or outlawed, ... except by the legal judgment of his peers or by the law of the land.“ 1642 interpretierte der berühmte englische Richter Edward Coke in seinem Kommentar zur Magna Charta diese Bestimmung „law of the land“ als „by lawful proceeding of which he has full notice and in which he has full and fair hearing“.

b) Diese Interpretation wurde vom Supreme Court in den USA übernommen. Daniel Webster hat diese Grundsätze dahingehend zusammengefasst: „There must always be law which proceeds upon inquiry and renders judgment only after trial.“

Wie schon erwähnt, ist die Due Process of Law Formel in die amerikanische Verfassungsurkunde aufgenommen worden, die im Amendment XIV ausdrücklich dieses Prinzip zum Verfassungsgrundsatz erhebt. Als im Jahre 1803 in der Entscheidung Marbury v. Madison die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten anerkannt und die Zuständigkeit der Gerichte zur Nachprüfung von Gesetzen des Kongresses bejaht wurde, hat diese Entscheidung gleichzeitig auch die englische Vorstellung des Verhältnisses von Recht und Verfassung im Ergebnis aufgegeben. Der Supreme Court bejaht seit dieser Entscheidung das Prinzip, dass die Verfassung „paramount law“ ist. Die Entscheidung bringt an einer der zentralen Stellen folgende Gedanken zum Ausdruck: „Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts as well as other departments, are bound by that instrument.“

Die Rezeption des angelsächsischen Begriffes „Rule of Law“ wurde vor allem von Robert v. Mohl<sup>20</sup>, dem Heidelberger Professor des Öffentlichen Rechts, der sich zu Beginn seiner akademischen Laufbahn mit englischem Parlamentsrecht beschäftigt hatte, beschleunigt, wenn nicht überhaupt begründet. Er schreibt 1840 über den Rechtsstaat folgendes: „Das Wesen des Rechtsstaates, und namentlich also auch der Einherrschaft mit Volksvertretung, besteht darin, dass der Staatsbürger nicht bloß Mittel für die Zwecke des Staatsoberhauptes ist, nicht bloß Pflichten gegenüber diesem hat, sondern dass auch ihm nicht zu verletzende Rechte zustehen, dass auch er Selbstzweck ist. Die Verfassungsurkunde wird deshalb aufgezeichnet, um das gegenseitige Rechte und Pflichten Verhältnis zwischen Oberhaupt und Bürgern genau festzusetzen, so dass weder über den Inhalt noch über die Form desselben so leicht Streit entstehe, damit für Fordern und Nachgeben eine feste Landmarke wäre.“

In der Paulskirche wurde der Rechtsstaat deutlich dem Polizeistaat gegenübergestellt und mit freiheitlich demokratischem Gedankengut angefüllt. Wenn auch der Rechtsstaatsbegriff somit vom Zeitgeist eine Belebung und Anpassung an die deutschen Verhältnisse erfuhr, so kann man doch noch deutlich die Spuren des angelsächsischen „Rule of Law“ in dem Verfassungswerk der Paulskirche erkennen. So wurde beispielsweise die Abschaffung aller Verwaltungsgerichtsbarkeit gefordert, weil dies der Idee des Rechtsstaates abträglich sei. Auch die Verbindung zwischen dem „Due Process of Law“ Gedanken und der Garantie des Rechtsstaates ist deutlich, weil in den Entwürfen und Beratungen übereinstimmend das Habeas Corpus Recht für jeden gefordert wurde. Dieses Recht ist seit der Interpretation der Magna Charta<sup>21</sup> durch die englischen Gerichte des 17. Jahrhunderts Bestandteil der Due Process of Law Garantie gewesen. Bezeichnend für die Verbindung von Freiheitsrechten und Rechtsstaatsgedanken ist vielleicht eine Äußerung des Abgeordneten Spatz in der Paulskirche: „... dass jeder befugt sei, alles zu tun, was durch die Gesetze nicht verboten wird ... Dieser Zusatz ist deshalb nötig, weil wir bisher in einem Polizeistaat lebten. ... Im Polizeistaat galt bisher der Grundsatz, dass nur das geschehen darf, was speziell erlaubt ist.“

Für die Rezeption des Rechtsstaatsbegriffes war aber noch die Idee der Legalität von Bedeutung, wie sie im französischen öffentlichen Recht entwickelt worden war. Otto Mayer<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> E. Angermann, Robert v. Mohl, Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten, *Politica*, Bd. 8, Neuwied 1962; Scheuner hat auf Adam Müller hingewiesen: U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 229. Zum Spannungsverhältnis Sozialstaat und Rechtsstaat siehe: O. Bachoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, *VVDStRL* 12 (1954) 37, Wiederabdruck in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, S. 201; E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, *VVDStRL* 12 (1954) 8, Wiederabdruck ebd., S. 165.

<sup>21</sup> Zur Entwicklung des Common Law vgl. R. Pound, *Readings on the History and System of the Common Law*, 2. Aufl. Boston 1913, insbes. S. 37 ff. Siehe dazu auch: D. Blumenwitz, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, München 1971, S. 5 ff.

<sup>22</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., Leipzig 1895/96; 2. Aufl., Leipzig, 1914/17; 3. Aufl. München Leipzig 1924, I, S. 92/93.

hat diesen Grundsatz in seinem Lehrbuch des Verwaltungsrechts in das deutsche öffentliche Recht eingeführt. Nach ihm bedeutet Rechtsstaatlichkeit Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die wiederum in drei Teilinhalte aufgeschlüsselt wird:

- a) Mehrwert des Gesetzes
- b) Vorbehalt des Gesetzes
- c) Vorrang des Gesetzes

In der heutigen Diskussion wird der Inhalt des formalen Rechtsstaates mit dem Vorrang oder dem Vorbehalt des Gesetzes gleichgesetzt. Unter dem Vorbehalt des Gesetzes versteht man den Grundsatz, dass jeder belastende Verwaltungsakt (partieller Vorbehalt) oder auch jeder begünstigende Verwaltungsakt (Total- oder Globalvorbehalt) von einem Gesetz im materiellen Sinne (Vorbehalt des materiellen Gesetzes) oder in besonderen Fällen von einem formellen Gesetz (Vorbehalt des formellen Gesetzes) abhängig ist. Der Grundsatz des Vorranges des Gesetzes bedeutet, dass kein Rechtssetzungsakt durch einen im Rang nachfolgenden Rechtssetzungsakt oder einen Verwaltungsakt geändert oder aufgehoben werden kann (eine Ausnahme hiervon bildet die Gesetzgebungsdelegation an die Verwaltung im Rahmen des Art. 80 Abs. 1 GG).<sup>23</sup>

Die Idee des Mehrwertes des Gesetzes und damit der demokratische Ansatzpunkt im Rechtsstaatsbegriff ist, wie Scheuner<sup>24</sup> bemerkt hat, verloren gegangen und durch die Idee des Rechtsstaates als ein „System rechtstechnischer Kunstgriffe“<sup>25</sup> ersetzt worden.

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes hat man sich bemüht, an die Stelle des so erstarrten rechtstechnischen oder formalen Rechtsstaates den materiellen oder sozialen<sup>26</sup> Rechtsstaat zu setzen. Das Grundgesetz bekennt sich selbst zum „sozialen Rechtsstaat“, eine Verfassungsleitidee, die im weitgehenden Maße der Konkretisierung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bedarf. Die Schaffung eines formellen Hauptgrundrechtes in Art. 19 Abs. 4 GG<sup>27</sup> hat auch für das deutsche Recht den Rechtsschutzgedanken mit dem Rechtsstaatsgedanken verbunden und in dieser Prozessgarantie die Krönung aller Rechtsstaatlichkeit

<sup>23</sup> Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, Rdn. 2 zu Art. 80 Abs. 1 GG, bezeichnen das Prinzip als Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Exekutive.

<sup>24</sup> S. Anm. 19.

<sup>25</sup> Der Rechtsstaat sei seinem Wesen nach nicht eine organisierte Gesinnungs- oder Erlebniseinheit, sondern ein institutionelles Gefüge oder, um es krass zu formulieren, ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit. S. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 35.

<sup>26</sup> Zum sozialen Rechtsstaat: I.W. Sarlet, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, Frankfurt, 1997, S.556 ff; siehe auch: H. Zacher, Der Sozialstaat, in: HBdStR, Bd.I, München, 1987, S.1043 ff.

<sup>27</sup> F. Klein, VVDStRL 8 (1950), 67 ff (88, 123) im Anschluss an eine frühere Äußerung von R. Thoma zu Art. 107 WRV.

gesehen.<sup>28</sup> So hat sich neuerdings in weiterer Annäherung an das US-Recht der Rechtsstaat zum Primat<sup>29</sup> des Rechtes und der Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt.

Es ist hier nicht möglich, die verschiedenen Ausstrahlungen des Rechtsstaatsgedankens, z. B. in die Lehre von der Gewaltenteilung, der Unabhängigkeit der Gerichte oder der Verfassungsgerichtsbarkeit darzustellen. Es ist aber noch erforderlich, die Bedeutung dieses fundamentalen Begriffes in der allgemeinen Staatslehre zu betonen.

Die allgemeine Staatslehre untersucht den Rechtsstaatsgedanken unter dem Gesichtspunkt der Staatszwecke<sup>30</sup> oder Rechtszwecke. Damit wird der Rechtsstaatsgedanke über seine Funktion als staatliches Strukturprinzip hinausgehoben und erhält eine den Staat transzendierende Bedeutung. Der Zweck der staatlichen Organisation wird aus dem Bereich des Seins in den des Normativen, der Werte und des Sollens<sup>31</sup> verlegt.

Die allgemeine Staatslehre, die rechts- und institutionsvergleichend arbeiten muss, hat bei der Übernahme und Auslegung solcher Begriffe wie „Rule of Law“ und „Rechtsstaat“ die Möglichkeiten und Grenzen solcher rechtlichen Transplantate zu erforschen. Die Tatsache, dass es sich beim Begriff „Rechtsstaat“ nicht um eine Anlehnung, sondern auch gerade sprachlich mehr um eine Eigenschöpfung des deutschen Rechtskreises gehandelt hat, ist für das Schicksal dieser Rechtseinrichtung bedeutend gewesen. Von daher mag die Bemerkung Taylors: „They believed that they could have the rule of law without democracy“<sup>32</sup> besser verstanden werden.

## **VI. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>33</sup> in ihrer Bedeutung für die Weiterentwicklung des Rechtsstaatsprinzips**

<sup>28</sup> H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie - zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG, Berlin 1973; Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln 1962, S. 622 und passim sowie S. 947.

<sup>29</sup> Während C. Schmitt, Verfassungslehre, Nachdruck, Berlin 1954, S. 136, definiert: „Die rechtsstaatliche Zentralnorm ist die Herrschaft des Gesetzes“, hatte R. Thoma, HDStR II, 1. Auflage, Tübingen, 1930, S. 233, auf den Rechtsschutz abgestellt.

<sup>30</sup> R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. München 1971, § 21, S. 138; R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/M. 1971, S. 141, 152, 183, 228 ff., 363 ff.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu die rechtsontologischen und naturrechtlichen Beiträge in den Sammelbänden: A. Kaufmann (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, und W. Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt 1962; W. Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt/M. 1968

<sup>32</sup> A. J. P. Taylor, Bismarck, Mensch und Staatsmann, (Originalausgabe 1955), (dt.) München 1962, S. 267; vgl. dazu auch U. Scheuner, a.a.O., S. 463, Anm. 7.

<sup>33</sup> S. zur Geschichte von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit: F. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 3. Auflage, München 1998; K. Jeserich, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 5 – Die BRD, Stuttgart, 1987, P. Lerche, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin 1953; H. Scholler, Die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: Reformen in der Mongolei und Weltpraxis, Hanns-Seide-Stiftung Ulaanbaatar 2004, S. 91 ff.

Schon im 18. Jahrhundert war in Deutschland gegen die Verletzung eines subjektiven Rechtes, d. h. gegen ein Recht, das einem Privatmann zustehen kann, die Anrufung des Richters möglich. Dies galt jedoch nicht gegenüber dem Landesherrn, also dem Monarchen, denn seine hoheitlichen Akte, insbesondere die Akte der Gesetzgebung konnten nur vor dem Reichsgericht angegriffen werden.<sup>34</sup> Eine solche Zuständigkeit galt vor allem auch bei Polizeisachen und so genannten Domänenstreitigkeiten. Hierbei gab es aber neben der ordentlichen Justiz auch eine so genannte Kammerjustiz. Allerdings entspricht die Abgrenzung zwischen beiden Justizfunktionen oder Justizeinrichtungen nicht der heutigen dogmatischen Grenzziehung. Insbesondere entsprach die Unterscheidung auch nicht der heutigen Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht.

In Frankreich wurde durch die Verfassung der französischen Revolution vom 03. September 1791 ein neuer Weg beschritten. Mit dieser Verfassung wurde völlige Unabhängigkeit der Verwaltung von der Justiz verkündet, wobei gleichzeitig Streitigkeiten verwaltungsrechtlicher Art neu geschaffenen Justiz- und Verwaltungsgerichten zugewiesen wurden. Bei diesem Zustand der Verweigerung des Rechtsschutzes gegenüber adligen bzw. fürstlichen Hoheitsakten konnte es auch in Deutschland nicht bleiben. Es musste also eine Lösung gefunden werden, welches Gericht für den Rechtsschutz gegenüber staatlichen Hoheitsakten zuständig sein sollte. Dabei ergab sich eine Lösung für Norddeutschland und eine andere für Süddeutschland, die nachfolgend getrennt dargestellt werden soll.

Somit folgte schließlich die herrschende Meinung der Neuschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, obwohl noch die Paulskirchenverfassung 1849 in § 182 das Ende der „Verwaltungsrechtspflege“ verfassungsrechtlich festlegen wollte. Aus dieser Formulierung entstand eine negative Schule, die sich gegen jede verwaltungsgerichtliche Sonderorganisation wandte und von Otto Bähr<sup>35</sup> vertreten wurde, aber auch eine positive Schule, die sich für den Ausbau einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit aussprach. Einer ihrer Hauptvertreter war Rudolf von Gneist.<sup>36</sup>

#### 1. Die norddeutsche Lösung:

In zunehmendem Maße wurden nun auch die Akte der nachgeordneten Behörden als staatliche Hoheitsakte angesehen. Hinzu kam, dass die stärkere und straffere Organisation der landesherrlichen Staatsgewalt es durchaus als zutreffend ansehen ließ, diese unteren Staatsakte der obersten Staatsgewalt zuzurechnen. So entwickelte sich auch die Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Steuererhebung als ein Recht gegen die Steuereinzahlung im Einzelfalle. Da durch die Besetzung der sog. „Kammerjustiz“ in den mittleren und oberen

<sup>34</sup> Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen 1749-1842, Bonn 1962.

<sup>35</sup> Otto Bähr (1817-1895), maßgebend für seine Orientierung ist sein Werk „Rechtsstaat“ (1864).

<sup>36</sup> Rudolf von Gneist (1816-1895), verfasste u.a. „Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland“, Berlin, 1879; s. dazu auch: H. Ule in VerwArch 87 (1996).

Instanzen die Trennung von Justiz und Verwaltung aufgehoben worden war, bestand nur noch die Möglichkeit, die Anfechtung vor den Justizgerichten (Beschreitung des Rechtsweges), oder die Verwaltungsbeschwerde vor den höheren Verwaltungsbehörden zuzulassen. Die bekannte Verordnung in Preußen von 1808 wurde „justizfeindlich“ ausgelegt und damit in wachsendem Maße der Rechtsweg zu den Gerichten ausgeschlossen. So wurde in Polizeisachen, einem anderen zentralen Gebiet des Verwaltungsrechtes, der Rechtsweg durch das Gesetz vom 11. Mai 1842 ausdrücklich ausgeschlossen, weil § 1 dieser Rechtsvorschrift bestimmte, dass in Polizeisachen nur der Weg zur nächst höheren Aufsichtsbehörde eingeräumt werde. Der Rechtsweg vor die Justizgerichte also sei bezüglich solcher Polizeiverfügungen nur dann zulässig, wenn die Verletzung eines zum Privateigentum gehörenden Rechtes behauptet wurde. So erscheint es, dass dem preußischen Recht die französische Trennung von Verwaltung und Justiz zugrunde gelegen haben könnte.

## 2. Die süddeutsche Lösung:

Um 1800 herrschte noch im Großherzogtum Hessen und im Herzogtum Baden die Neigung, den ordentlichen Gerichten ganz die Kontrolle über die Verwaltung zu übertragen. In Württemberg wurde bereits 1813 in Justizgerichten die Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen verboten, so dass von diesem Zeitpunkt an die Trennung von Verwaltung und Justiz durchgeführt war. Dem geheimen Rat in Württemberg wurde dann die Kompetenz zur Rechtsprechung über Verwaltungssachen übertragen. Die Verfassung Bayerns aus dem Jahre 1808 (Titel 5, § 5) sowie die bayerische Verfassung von 1818 (VIII, § 5) enthielten nur die Bestimmungen, dass der königliche Staatsapparat in fiskalischen (privatrechtlichen) Angelegenheiten Recht nehmen wird, das heißt, vor den Gerichten klagen und verklagt werden konnte. Der bayerische Staatsrat, der die Verwaltungsangelegenheiten überprüfen sollte, verlor aber bis 1870 immer mehr an Kompetenzen und war daher viel weniger zuständig als der geheime Staatsrat Württembergs.

Im Übrigen setzte sich in den 60iger Jahren des 19. Jahrhunderts bald die Meinung durch, dass ein ordnungsgemäßer Rechtsschutz nur durch eigene Verwaltungsgerichte möglich sei. Den Anfang hierzu machte die neue Gesetzgebung in Baden. Dies geschah durch die Errichtung des badischen Verwaltungsgerichtshofes. 1872 bzw. 1875 folgte Preußen, während sich das Deutsche Reich auf die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte beschränkte. Es bildeten sich zwei Systeme heraus: das preußische oder auch norddeutsche System genannt und das süddeutsche System.

### 1. Das Süddeutsche System:

Es beschränkte den Schutz vor den Verwaltungsgerichten auf die Geltendmachung subjektiver Rechte, d. h. auf Rechte, die dem einzelnen Bürger durch die Rechtsordnung eingeräumt waren. Aus diesem Grunde wurde in den süddeutschen Ländern nur der Verwaltungsgerichtshof als einzige Instanz errichtet, zu dem Beschwerde eingelegt werden konnte und der von den Verwaltungsbehörden völlig getrennt war. Der geistige Vater dieser süddeutschen Lösung war Otto von Sarvay, der sich aber damit an das französische Vorbild des Conseil d'état anlehnte. Der Rechtsstaat bestand daher nach dem süddeutschen Modell in der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung. Die neueren Aspekte der Bedeutung des Rechtsstaates für die Organisation und Ausübung der Verwaltung werden im Referat Dr. Harbich im vorliegenden Band erläutert.

## 2. Das Norddeutsche System:

Anders war dies im norddeutschen oder preußischen Modell. Hier diente der Rechtsschutz primär dem Schutz des objektiven Rechtes, also der Richtigkeit der Entscheidung und weniger dem Interesse des Bürgers. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erfüllte somit mehr die Aufgabe einer Aufsicht.<sup>37</sup> Nur das preußische Oberverwaltungsgericht war mit unabhängigen Richtern besetzt und von der Verwaltung getrennt, die erste Instanz, die Verwaltungsgerichte dagegen setzten sich aus Verwaltungsbeamten der unteren Behörde und ehrenamtlichen Mitgliedern zusammen. Diese unteren Instanzen übten also gleichzeitig Recht sprechende Gewalt und aktive Verwaltungsgewalt aus. Es war bald der allgemeine Wunsch entstanden, ein Reichsverwaltungsgericht zu errichten. Im Jahre 1912 hat der Reichstag einen solchen Antrag auch angenommen, doch der erste Weltkrieg, der zwei Jahre später ausbrach, verhinderte die Realisierung dieses Antrages. Die Weimarer Reichsverfassung aus dem Jahre 1919 sah dann im Art. 107 vor, dass zum Schutze der Rechte der Bürger im Reich und in den Ländern Verwaltungsgerichte vorgesehen werden müssen.<sup>38</sup> Das Reichsgericht, das für Zivil- und Strafsachen zuständig war, hatte noch im Band 92, 310 zu einer Notlösung gegriffen und vom Begriff der „Zivilsachen kraft Überlieferung“ gesprochen. Damit meinte man die Zuständigkeit der Zivilgerichte zum Schutz des Bürgers gegenüber der Verwaltung begründen zu können und begründen zu müssen. Ein anderes Problem war die Frage, ob alle Verwaltungsakte vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden könnten (Generalklausel), oder ob der Gesetzgeber vielmehr nur eine bestimmte Zahl für anfechtbar und damit angreifbar aufzählen sollte (Enumerationsprinzip). Damit war die Frage aufgeworfen, ob eine lückenlose oder nur eine punktuelle Garantie des Rechtsstaates geschaffen werden sollte. In den einzelnen Ländern der amerikanischen Besatzungszone im Süden Deutschlands trat 1946 das VGG (Verwaltungsgerichtsgesetz) in Kraft, während in den Ländern der britischen Sohle in Norddeutschland die Militärregierungsverordnung 165 ebenfalls eine Verwaltungsgerichtsbarkeit anordnete. Sie war zweistufig, so dass neben dem Verwaltungsgericht der

---

<sup>37</sup> Von Sarvay, das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege 1880, S. 73.

<sup>38</sup> Grawert, Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik, Festschrift für Menger, München 1985.

ersten Instanz und über ihr jeweils in den einzelnen Ländern in Süddeutschland Verwaltungsgerichtshöfe (VGH) und Oberverwaltungsgerichte (OVG) in den norddeutschen Ländern entstanden.

## VII. Der moderne Rechtsbegriff

Schließlich ist für den Rechtsstaatsbegriff von Bedeutung geworden, welchen Inhalt der Rechtssatz gegenüber dem verpflichteten Bürger oder Menschen schlechthin hat. Meistens wird diese Frage unter dem Begriff der Geltung abgehandelt, so dass geradezu eine Geltungslehre des Rechtes entstanden ist. Diese Lehre fragt nach der Natur der Verpflichtung des staatlichen gesetzlichen Gebotes: Ist diese Natur nur ein Erzwingen einer äußeren Handlung, ohne dass es auf eine innere Zustimmung oder Akzeptanz ankommt? Dem gegenüber steht die Auffassung, dass das Recht, der Sitte verwandt, immer auch auf Akzeptanz und Zustimmung angelegt sein muss. Dabei erhebt sich die Frage, welche Bedeutung einer im weltlichen Raum gelegenen Gewissensfreiheit für die moderne Geltungslehre zukommt.

Die Eigenständigkeit der Garantie der Gewissensfreiheit – gegenüber der Glaubensfreiheit – wirft die Frage auf, wie weit die ethischen Inhalte (*fundamenta conscientiae*) als Sittengesetz dem Rechtsstaat vorgegeben sind. Das naturrechtliche Sittengesetz würde somit über Art. 1 II i. V. m. Art. 4 I GG weit hineinragen in das Rechtsstaatsverständnis. Diese Frage nach der institutionellen Funktion des Art. 4 I GG (Gewissensfreiheit) teilt sich in zwei Problemstellungen: der Ausgrenzungsfunktion entspricht eine beschränkende institutionelle Garantie, der fundierenden Funktion eine naturrechtlich prägende. Die Antwort hängt somit davon ab, ob auch die Institution eine ausgrenzende und (oder) fundierte Funktion ausüben und welche dieser Funktionen im konkreten Fall überwiegt.

Die Formulierung „l'état, c'est l'homme sans conscience“<sup>39</sup> versucht die Rechtsimmanenz des Staates damit zu rechtfertigen, dass der Gemeinschaft kein Gewissen im Sinne des ethischen Bewusstseins zukomme. Dies geschieht aber als Fiktion, um den Übergriff auf das Individualgewissen des Bürgers durch die Konstruktion des Staates als radikal-immanentes Ordnungsgefüge zu verhindern. Der Rechtsstaat ist dies kraft gewillkürter Konstruktion. Ähnlich wie die Gewaltenteilung Montesquieus nicht einer vorgegebenen apriorischen Struktur des Gemeinwesens entspricht, sondern mit der Sicherung der „tranquillité d'âme“ gerechtfertigt wurde, ist der Rechtsstaat als Gesamtheit rationaler Einrichtungen zur Eliminierung von religiösen, weltanschaulichen und ethischen Spannungen gegründet worden, nachdem der Versuch der absoluten Monarchie zur Neuintegration gescheitert war. Auch hier machen –

---

<sup>39</sup> S. dazu: Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für C. Schmitt, Berlin 1959 und ders., Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961.

jedenfalls für die späteren Generationen – Kleider Leute<sup>40</sup>, und aus dem Zufälligen wird das Notwendige, aus dem Akzidentellen das Essentielle.

### **VIII. Der Verfassungsstaat und die Verfassungsgerichtsbarkeit**

Entstanden sind die Verfassungsgerichte nach dem Ersten Weltkrieg auf den Vorschlag von Hans Kelsen hin, doch in Wirklichkeit hat es Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten bereits seit 1803 gegeben. Man darf aber noch weiter zurückgehen und zwar auf den französischen Richter und Rechtsdenker Montesquieu und sein berühmtes Werk „De l'esprit des lois“ aus dem Jahre 1748. Sein System der Gewaltenhemmung (le pouvoir arrête le pouvoir) war ein eingebauter Mechanismus der Kontrolle, der Balance und der Korrektur, nur dass diese Funktionen nicht von einer Sondergerichtsbarkeit, sondern von den drei Gewalten und ihrer funktionellen Aufgliederung selbst vorgenommen wurden. Die Verfassungsgerichtsbarkeit nach Montesquieu war gleichsam das Urwerk der Gewaltenteilung.

In den föderativ aufgebauten Staaten wie in den Vereinigten Staaten von Nordamerika oder der Bundesrepublik gab es natürlich immer einen weiteren Grund für eine verfassungsgerichtliche Kontrolle, nämlich die Notwendigkeit einer Streitschlichtungseinrichtung für Konflikte zwischen dem Zentralstaat und den Ländern bzw. zwischen den Ländern untereinander. So haben Gewaltenteilung und Föderalismus Pate an der Wiege der Verfassungsgerichtsbarkeit gestanden. Über die föderativen Streitigkeiten wurde schon in der Bismarckschen Reichsverfassung von 1871 der damalige Bundesrat als Streitschlichter berufen. Streitschlichtung war damals unter der Herrschaft und der Federführung des Bundesrates der kaiserlichen Verfassung nicht ein juristischer, sondern ein politischer Prozess. Daher mag es auch kommen, dass gegen Hans Kelsen Carl Schmitt noch lange darauf beharrt hat, dass Verfassungsgerichtsbarkeit kein juridisches, sondern ein politisches Procedere sei. Die Juridifizierung der Verfassungsgerichtsbarkeit folgt einem Grundanliegen und Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit, nämlich der Umwandlung von Politik in Rechtsförmlichkeiten, soweit dies immer möglich ist. Wenn man mit Forsthoff den Rechtsstaat als System „rechtstechnischer Kunstgriffe“ ansieht, was von seinem Opponenten heftig bestritten wurde, dann ist eben die Verfassungsgerichtsbarkeit ein wesentliches Element in der Sammlung dieser „rechtstechnischen Kunstgriffe“ zur Herstellung eines geordneten staatlichen Lebens.

Das Grundgesetz hat sich 1949 durch Artikel 92 an das Vorbild der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit angeschlossen. Damit ist sie der Lösung der Vereinigten Staaten wie auch der Schweiz nicht gefolgt, welche die Verfassungsgerichtsbarkeit als Sondergerichtsbarkeit aus der allgemeinen oder ordentlichen herausgelöst und zur besonderen Gerichts-

---

<sup>40</sup> Siehe die Novelle „Kleider machen Leute“ (1784) von Gottfried Keller.

barkeit erhoben hat. Ein dritter Weg wurde von Frankreich beschritten, das zwar für Deutschland vorbildlich in der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit war, nicht aber dem österreichischen und deutschen Beispiel der besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit folgen wollte.

Von besonderer Bedeutung ist das Rechtsstaatsprinzip auch im Zusammenhang mit einer selbständigen europäischen Gerichtsbarkeit für die Sicherung des europäischen Rechts als abgesicherte und durchsetzbare eigenständige normative Ordnung. Der Europagedanke und seine Verwirklichung im europäischen Verfassungsverbund ist ohne die Verankerung und Realisierung des Rechtsstaatsprinzips nicht möglich, wie die Ausführungen von Prof. Scheuing in seiner Darstellung zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union (vor und nach dem Vertrag von Lissabon) zeigen. Wegen der europäischen Dimension des Gedankens und seiner Verwirklichung ist diesem Aspekt ein eigener Abschnitt gewidmet worden, was auch für das besondere Problem der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips im Bereich der Strafgewalt und der Strafrechtssprechung des Staates zu gelten hat. Der Artikel von Prof. Schünemann hat sich dieser Aufgabe besonders gewidmet.<sup>41</sup>

Nach der Wende hat sich in Osteuropa die Verfassungsgerichtsbarkeit rasch durchgesetzt und eine beherrschende Rolle in der Entwicklung und Sicherung des Rechtsstaates gespielt.<sup>42</sup> Bemerkenswert ist, dass die osteuropäischen Verfassungen die Garantie des Rechtsstaates besonders hervorheben und zu seinem Schutz ein System der Verfassungsgerichtsbarkeit statuieren, das sich am mitteleuropäischen Vorbild der Verfassungsgerichtsbarkeit orientiert. Es ist von Interesse, dass dabei nicht nur der formelle, sondern auch der materielle Rechtsstaat, d.h. der zum Schutze der sozialen und liberalen Menschenrechte garantierte Rechtsstaat Schutzgut der Verfassung ist. So heißt es in einer führenden Analyse der Entwicklung der osteuropäischen Länder wie folgt: „Der Rechtsstaat ist neben den Prinzipien der Demokratie und der Marktwirtschaft einer der Schlüsselbegriffe des Übergangs von der kommunistischen Diktatur zu einer pluralistischen Staats- und Gesellschaftsordnung in den Ländern Mittel- und Osteuropas seit dem großen Umbruch von 1989/90.“<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Bernd Schünemann, Strafrecht und Strafprozess im Rechtsstaat.

<sup>42</sup> Den Übergang vom Verfassungsrat in Ungarn zu Elementen einer echten Verfassungsgerichtsbarkeit im Jahre 1984 schildert der Aufsatz von Imre Takács „Die zentralen Organe des Justizwesens und die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit“ auf dem Budapester Symposium 1989 in: Die Verfassung als Katalysator, von Ádám/Scholler, München 1990, S. 60 f. Zur allgemeinen Entwicklung s.: Frowein/Marauhn, Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Heidelberg 1998.

<sup>43</sup> Rainer Grote, Das Rechtsstaatsprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungspraxis, in: Frowein/Marauhn, Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Heidelberg 1998, S. 3.