

CARSTEN BÄCKER

Gerechtigkeit  
im Rechtsstaat

*Jus Publicum*

249

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 249





Carsten Bäcker

# Gerechtigkeit im Rechtsstaat

Das Bundesverfassungsgericht  
an der Grenze des Grundgesetzes

Mohr Siebeck

*Carsten Bäcker*, geboren 1979; 1998–2003 Studium der Rechtswissenschaft in Kiel; 2003–06 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kieler Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie; 2007 Promotion; 2006–08 Referendariat; 2008–13 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kieler Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie; seit 2012 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kieler Hermann Kantorowicz-Institut für juristische Grundlagenforschung; 2015 Habilitation; 2015/16 Vertretung der Mainzer Professur für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-153917-6  
ISBN 978-3-16-153916-9  
ISSN 0914-05034 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Diese Untersuchung hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel im Sommersemester 2014 als Habilitationsschrift vorgelegen. Entstanden ist sie am Kieler Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie und am Kieler Hermann Kantorowicz-Institut für juristische Grundlagenforschung – unter akademischen Bedingungen, die sich ein Habilitand nicht besser wünschen kann. Zur Drucklegung wurde das Manuskript überarbeitet und aktualisiert.

Mein größter Dank gilt Robert Alexy, der diese Studie von ihrer Aufnahme bis zu ihrem Abschluß als Betreuer und Erstgutachter begleitet und in jeder Hinsicht entschieden gefördert hat. Sein Einfluß prägt mein akademisches Werden seit meinen frühen Studententagen; seine Art der Rechtswissenschaft wird mir immer Vorbild und Prüfstein bleiben. Florian Becker danke ich herzlich für die Übernahme des Zweitgutachtens und seine vielfältige Unterstützung während des Verfahrens und darüber hinaus. Rudolf Meyer-Pritzl verdanke ich nicht zuletzt die Sicherstellung der institutionellen Möglichkeiten zur Beendigung der vorliegenden Untersuchung. Stanley L. Paulson danke ich für die unzähligen Gespräche, Projekte und Pläne in den zurückliegenden Jahren. Viele andere haben das Entstehen dieser Arbeit begleitet und ermöglicht. Ihnen allen danke ich herzlich.

Gewidmet ist das Buch Anjali Priya Dutt und unseren Kindern, Lou Rajan und Lia Dewi, deren Dasein auf ganz unermessliche Weise die Gestalt dieses Buches beeinflusst hat.

Kiel, im Juli 2015

*Carsten Bäcker*



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abbildungsverzeichnis . . . . .	XV
Symbolverzeichnis . . . . .	XVI
<i>Einleitung</i> . . . . .	1
I. Gerechtigkeit als verfassungsrechtlicher Maßstab? . . . . .	5
II. Gang der Untersuchung . . . . .	7
<i>A. Überpositives Recht als rechtliches Argument</i> . . . . .	11
I. Die Frühphase . . . . .	11
II. Die Radbruchsche Formel und das Bundesverfassungsgericht . . . . .	25
III. Gerechtigkeit versus Rechtssicherheit . . . . .	112
<i>B. Gerechtigkeit als rechtliches Argument</i> . . . . .	113
I. „Gerechtigkeit“ im Grundgesetz . . . . .	115
II. Zur Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs . . . . .	130
III. „Rechtsstaat“ im Grundgesetz . . . . .	167
IV. Rechtsstaatsprinzip und Rechtsstaatsideal . . . . .	181
V. Rechtsstaat als rechtliches Argument . . . . .	193
VI. Die Inklusion der Gerechtigkeit . . . . .	240
<i>C. Eine diskurstheoretische Kritik</i> . . . . .	245
I. Recht und Gerechtigkeit . . . . .	245
II. Diskurstheorie des Rechts und Gerechtigkeit . . . . .	286
III. Der Übergriff des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	308
<i>Schluß: Gerechtigkeit im Rechtsstaat</i> . . . . .	311
I. Ein Desiderat der Debatte . . . . .	312
II. Keine Inklusion der Gerechtigkeit . . . . .	313
III. Die These der Gerechtigkeitsexklusion . . . . .	314
Literaturverzeichnis . . . . .	317
Autorenverzeichnis . . . . .	339
Stichwortverzeichnis . . . . .	345



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abbildungsverzeichnis . . . . .	XV
Symbolverzeichnis . . . . .	XVI
Einleitung . . . . .	1
<i>I. Gerechtigkeit als verfassungsrechtlicher Maßstab?</i> . . . . .	5
<i>II. Gang der Untersuchung</i> . . . . .	7
A. Überpositives Recht als rechtliches Argument . . . . .	11
<i>I. Die Frühphase</i> . . . . .	11
1. Exkurs: Naturrecht in Art. 6 Abs. 2 GG? . . . . .	12
2. Überpositives Recht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	16
a. BVerfGE 1, 14 – Südweststaat . . . . .	16
b. BVerfGE 1, 208 – Sperrklausel . . . . .	17
c. BVerfGE 2, 237 – Hypothekensicherungsgesetz . . . . .	19
d. BVerfGE 3, 288 – Berufssoldaten . . . . .	19
e. BVerfGE 4, 299 – Zulieferung . . . . .	20
f. BVerfGE 6, 132 – Gestapo . . . . .	22
g. BVerfGE 10, 59 – Stichentscheid . . . . .	23
3. Grundgesetz vor Naturrecht . . . . .	24
<i>II. Die Radbruchsche Formel und das Bundesverfassungsgericht</i> . . . . .	25
1. Die Radbruchsche Formel . . . . .	27
a. Unklarheiten . . . . .	28
b. Die Radbruchsche Formel als Gerechtigkeitsachse . . . . .	30
c. Exkurs: Zur Genese der Radbruchschen Formel . . . . .	31
aa. Vorläufer der Radbruchschen Formel . . . . .	32
(1) Reichels Unsittlichkeitsformel . . . . .	32
(2) Kaufmanns Gleichheitsformel . . . . .	33
(3) Dahms Unsittlichkeitsformel . . . . .	33
bb. Kontinuität oder Diskontinuität . . . . .	35

(1) Radbruchs Position 1932 . . . . .	38
(2) Radbruchs Position nach 1945 . . . . .	43
(a) Der Positivismus als Übel . . . . .	45
(aa) Rechtspositivismus als Rechtfertigung . . . . .	49
(bb) Die Fiktion der Unbestrittenheit . . . . .	50
(cc) Kein Verrat an der eigenen Lehre . . . . .	55
(b) Der Rechtsstaat als Heil . . . . .	57
(aa) Zur richterlichen Verwerfungskompetenz . . . . .	59
(bb) Gefahren der Radbruchschen Formel . . . . .	60
(cc) Die Vorwärtsgewandtheit der Radbruchschen Formel . . . . .	61
(dd) Historische Relativität . . . . .	63
(ee) Antinomie der Radbruchschen Formel . . . . .	65
(c) Kontinuität und Diskontinuität . . . . .	66
d. Der Maßstab der Gerechtigkeit in Radbruchs Formel . . . . .	69
aa. Naturrecht, Gottesrecht, Vernunftrecht . . . . .	71
bb. Menschenrechte . . . . .	73
cc. Gleichheit <i>qua</i> Rechtsidee . . . . .	75
dd. Rückwirkendes Gesetz vor richterrechtlicher Nichtigkeit . . . . .	79
ee. Auf der Suche . . . . .	82
e. Konsequenzen der Radbruchschen Formel . . . . .	83
aa. Theorieinterne Widersprüchlichkeit . . . . .	83
bb. Rückfall in den Positivismus . . . . .	84
2. Die Radbruchsche Formel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	86
a. BVerfGE 3, 58 – G 131 . . . . .	87
b. BVerfGE 3, 225 – Gleichberechtigung . . . . .	88
c. BVerfGE 6, 132 – Gestapo . . . . .	93
d. BVerfGE 23, 98 – Ausbürgerung . . . . .	95
e. BVerfGE 54, 53 – Ausbürgerung II . . . . .	100
f. BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen . . . . .	102
<i>III. Gerechtigkeit versus Rechtssicherheit . . . . .</i>	<i>112</i>
B. Gerechtigkeit als rechtliches Argument . . . . .	113
I. „Gerechtigkeit“ im Grundgesetz . . . . .	115
1. Verfassungstextliche Bezugnahmen . . . . .	115
a. Art. 1 Abs. 2 GG: Gerechtigkeit in der Welt . . . . .	116
b. Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG: Gerechte Abwägung . . . . .	119
c. Art. 56 GG: Gerechtigkeit gegen jedermann . . . . .	120
d. Art. 20 Abs. 3 GG: Gesetz und Recht . . . . .	122
aa. Gesetz . . . . .	122
bb. Recht . . . . .	123

cc. Gesetz und Recht . . . . .	127
dd. Neutralitätsthese . . . . .	128
2. Bezugnahmen der Rechtsprechung . . . . .	129
<i>II. Zur Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs . . . . .</i>	<i>130</i>
1. „Rechtsstaat“ als deutscher Begriff . . . . .	131
2. Ideengeschichtliche Grundlagen . . . . .	133
3. Rechtsstaat bis zur Weimarer Republik . . . . .	137
a. Rechtsstaat im konstitutionellen Liberalismus . . . . .	138
b. Der entpolitisierte Rechtsstaat . . . . .	140
c. Rechtsstaat und Verwaltungsrecht . . . . .	142
d. Rechtsstaat in der Weimarer Republik . . . . .	145
4. Rechtsstaat im Nationalsozialismus . . . . .	147
a. „Rechtsstaat“ im Nationalsozialismus . . . . .	148
b. Schmitts „Nationalsozialismus und Rechtsstaat“ . . . . .	151
aa. Der nationalsozialistische Rechtsstaat . . . . .	152
bb. Nationalsozialistischer Gesetzesbegriff und nationalsozialistische Auslegung . . . . .	154
cc. Vollzug: Gerechtigkeit und Gesetzlichkeit . . . . .	157
c. Entpositivierung des Rechtsstaats nach 1945 . . . . .	160
aa. Rematerialisierung des Rechtsstaatsbegriffs . . . . .	161
bb. Übermaterialisierung des Rechtsstaatsbegriffs? . . . . .	162
d. Eine Lehre aus der NS-Zeit . . . . .	164
<i>III. „Rechtsstaat“ im Grundgesetz . . . . .</i>	<i>167</i>
1. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG: Rechtsstaat i.S.d. Grundgesetzes . . . . .	168
2. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG: Rechtsstaatliche Grundsätze . . . . .	170
3. Art. 16 Abs. 2 GG: Rechtsstaatliche Grundsätze . . . . .	173
4. Art. 20 Abs. 3 GG: Gesetz und Recht . . . . .	179
<i>IV. Rechtsstaatsprinzip und Rechtsstaatsideal . . . . .</i>	<i>181</i>
1. Rechtsstaat als Staatsideal . . . . .	182
2. Rechtsstaatsprinzip als rechtliches Argument . . . . .	183
a. Rechtsstaatsprinzip als Abbraviatur . . . . .	185
b. Rechtsstaatsprinzip als Transzendenz . . . . .	186
aa. Das Induktionsproblem . . . . .	190
bb. Das Interpretationsproblem . . . . .	190
cc. Das Infiltrationsproblem . . . . .	190
3. Formale oder materiale, positive oder überpositive Gehalte . . . . .	191
<i>V. Rechtsstaat als rechtliches Argument . . . . .</i>	<i>193</i>
1. Das Rechtsstaatsargument in Zahlen . . . . .	194
a. Rückläufige Tendenz . . . . .	194
b. Interpretationsfähigkeit und -bedürftigkeit . . . . .	197
2. Das Rechtsstaatsargument in paradigmatischen Entscheidungen . . . . .	198

a.	Rechtsstaatsprinzip als Leitidee . . . . .	199
b.	Rechtsstaatlichkeit als Verfassungsmäßigkeit . . . . .	202
c.	Rechtsstaatsprinzip als Rechtsquelle . . . . .	205
aa.	BVerfGE 17, 306 – Mitfahrzentrale . . . . .	205
bb.	BVerfGE 19, 342 – Untersuchungshaft . . . . .	207
cc.	BVerfGE 24, 75 – Rückerstattung . . . . .	209
dd.	BVerfGE 25, 371 – lex Rheinstahl . . . . .	211
ee.	BVerfGE 30, 392 – Vertrauenstatbestand . . . . .	214
ff.	BVerfGE 53, 115 – effektiver Rechtsschutz . . . . .	217
gg.	BVerfGE 63, 343 – Rechtshilfevertrag . . . . .	224
hh.	BVerfGE 84, 90 – Enteignungsentschädigung . . . . .	225
ii.	BVerfGE 108, 1 – Rückmeldegebühr . . . . .	228
jj.	BVerfGE 111, 307 – Görgülü . . . . .	230
d.	Die Verfassungstexttranszendenz des Rechtsstaatsarguments . . . . .	236
3.	Vier Defizite des Rechtsstaatsarguments . . . . .	237
a.	Das Positivitätsdefizit . . . . .	237
b.	Das Begründungsdefizit . . . . .	237
c.	Das Normativitätsdefizit . . . . .	238
d.	Das Demokratiedefizit . . . . .	239
VI.	<i>Die Inklusion der Gerechtigkeit</i> . . . . .	240
C.	Eine diskurstheoretische Kritik . . . . .	245
I.	<i>Recht und Gerechtigkeit</i> . . . . .	245
1.	Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivismus . . . . .	247
a.	Zum Begriff des Rechtspositivismus . . . . .	248
b.	Trennungs- und Verbindungsthese . . . . .	250
aa.	Kontradiktorisches Verhältnis . . . . .	251
bb.	Hauptelemente des Rechtsbegriffs nach Dreier und Alexy . . . . .	253
cc.	Inhaltliche Richtigkeit . . . . .	255
c.	Richtigkeit als Demarkation . . . . .	256
2.	Inklusive und exklusive Varianten . . . . .	256
a.	Rechtspositivismus: Dualität des Exklusiven und des Inklusiven . . . . .	256
b.	Rechtsnichtpositivismus: Alexys Trias . . . . .	258
aa.	Klassifizierende und qualifizierende Zusammenhänge . . . . .	259
bb.	Exklusiver, inklusiver und superinklusiver Rechtsnichtpositivismus . . . . .	260
cc.	Inklusiver Rechtsnichtpositivismus als Mittelweg . . . . .	262
3.	Ein quadrales Modell . . . . .	263
a.	Alexys doppeltriadisches Modell . . . . .	264
aa.	Alexys Notwendigkeitstriade . . . . .	264
bb.	Alexys Quantorientriade . . . . .	265

cc. Eine Asymmetrie in Alexys System . . . . .	267
b. Eine doppelduale Unterscheidung . . . . .	268
aa. Begriff und Geltung . . . . .	269
bb. Relationen der Positionen . . . . .	272
c. Das quadrale Modell . . . . .	275
aa. Konvergenz und Divergenz . . . . .	276
(1) Begriffszusammenhang . . . . .	276
(2) Geltungszusammenhang . . . . .	277
(3) Trennung oder Verbindung . . . . .	278
bb. Radbruch im quadralen Modell . . . . .	280
cc. Das Bundesverfassungsgericht im quadralen Modell . . . . .	283
<i>II. Diskurstheorie des Rechts und Gerechtigkeit . . . . .</i>	<i>286</i>
1. Eine relativistische Diskurstheorie des Rechts . . . . .	287
2. Das diskursive Modell des Rechts . . . . .	289
a. Das vierstufige prozedurale Modell des Rechts . . . . .	289
b. Die Verfassung im diskursiven Modell des Rechts . . . . .	291
3. Recht und Gerechtigkeit . . . . .	293
a. Geltung des positiven Rechts . . . . .	295
aa. Diskurstheoretische Ambivalenz . . . . .	298
bb. Unbedingter Vorrang der Rechtssicherheit . . . . .	300
cc. Das Relativismusargument . . . . .	305
b. Begriffsbezogener Rechtsnichtpositivismus und geltungsbezogener Rechtspositivismus . . . . .	308
<i>III. Der Übergriff des Bundesverfassungsgerichts . . . . .</i>	<i>308</i>
Schluß: Gerechtigkeit im Rechtsstaat . . . . .	311
<i>I. Ein Desiderat der Debatte . . . . .</i>	<i>312</i>
<i>II. Keine Inklusion der Gerechtigkeit . . . . .</i>	<i>313</i>
<i>III. Die These der Gerechtigkeitsexklusion . . . . .</i>	<i>314</i>
Literaturverzeichnis . . . . .	317
Autorenverzeichnis . . . . .	339
Stichwortverzeichnis . . . . .	345



## Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Die Radbruchsche Formel als Gerechtigkeitsachse . . . . .	30
Abb. 2: Das Rechtsstaatsargument in Zahlen . . . . .	196
Abb. 3: Die Notwendigkeitstriade . . . . .	265
Abb. 4: Die Quantorentriade . . . . .	266
Abb. 5: Vier Positionen zum Verhältnis von Recht und Moral . . .	272
Abb. 6: Vier Positionen (Referenz: exklusiver Rechtspositivismus) .	273
Abb. 7: Das quadrale Modell . . . . .	276
Abb. 8: Das quadrale Modell (Begriffsparadigma) . . . . .	277
Abb. 9: Das quadrale Modell (Geltungsparadigma) . . . . .	277
Abb. 10: Das quadrale Modell (Verbindungsparadigma) . . . . .	278
Abb. 11: Das quadrale Modell (Trennungsparadigma) . . . . .	279

## Symbolverzeichnis

$\neg$	Negation	(nicht)
$\rightarrow$	Implikation	(wenn ..., dann ...)
$\leftrightarrow$	Äquivalenz	(... genau dann, wenn ...)
$\wedge$	Konjunktion	(und)
$\vee$	Disjunktion	(oder)
$\forall$	Allquantor	(für alle ... gilt, daß ...)
$\square$	Notwendigkeit	(es ist notwendig, daß ...)
$\diamond$	Möglichkeit	(es ist möglich, daß ...)

## Einleitung

Seit bald 65 Jahren wacht das Bundesverfassungsgericht über die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. Es hat mit seinen Entscheidungen das Verfassungsrecht in unserem Land geprägt und gestaltet.<sup>1</sup> Zur Begründung seiner Entscheidungen hält sich das Bundesverfassungsgericht naturgemäß an die Artikel des Grundgesetzes. Es orientiert sich aber auch an Grundsätzen, die jenseits des geschriebenen Verfassungsrechts liegen.

Bis heute führt das Bundesverfassungsgericht insbesondere das verfassungstextferne Argument der Gerechtigkeit zur Lösung verfassungsrechtlicher Fragen an.<sup>2</sup> Ein Höhepunkt dieser an der Gerechtigkeit orientierten Rechtsprechung ist der Mauerschützenbeschluß des Zweiten Senats aus dem Jahre 1996.<sup>3</sup> In diesem Beschluß wendet sich das Bundesverfassungsgericht sogar gegen die geschriebene Verfassung selbst – es setzt mit dem Argument der Gerechtigkeit den ausnahmslos geltenden Verfassungsrechtssatz des in Art. 103 Abs. 2 GG geregelten Rückwirkungsverbots außer Kraft.<sup>4</sup> Diese dem Gegenstand und der eingenommenen Position nach spektakuläre, entsprechend aufmerksam verfolgte und kontrovers diskutierte Entscheidung steht in der Tradition einer ständigen Rechtsprechung, mit der das Gericht die Gerechtigkeit als fundamentales Element des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips ansieht.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, S. IX, nahm dies zum Anlaß, die Verfassungsrechtsprechung selbst zu kommentieren, als „judge-made law in public action“. Kommentiert werde „die Verfassung bzw. das Gesetz ‚durch‘ die Rechtsprechung ‚hindurch‘“. – *Rütbers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, S. 38, bemängelt in diesem Zusammenhang, daß das Verfassungsrecht zu „Verfassungsrichterrecht“ geworden sei.

<sup>2</sup> Von den etwa 3100 bis zum 130. Band in die amtliche Entscheidungssammlung aufgenommenen Entscheidungen enthalten immerhin 210 den Begriff „Gerechtigkeit“. Das entspricht einem Anteil von nahezu sieben Prozent. Allerdings ist nicht in jeder Entscheidung, die den Begriff der Gerechtigkeit enthält, die Gerechtigkeit als rechtliches Argument durch das Bundesverfassungsgericht angeführt worden. In einigen Fällen handelt es sich allein um die Wiedergabe der Argumentation der Beschwerdeführer oder von Stellungnahmen Dritter, die auf die Gerechtigkeit rekurren. – Einen noch höheren Anteil von 8,52% errechnete *Jungbauer*, Die Verwendung des Begriffs der „Gerechtigkeit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 56, auf der Grundlage der in der juris-Datenbank verzeichneten Entscheidungen in seiner 2002 veröffentlichten Studie.

<sup>3</sup> BVerfGE 95, 96.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE 95, 96, 135 f.

<sup>5</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 7, 89, 92; vgl. BVerfGE 27, 167, 173; 45, 142, 167; 49, 148, 164; 74, 129, 152.

Dieser noch im Einzelnen zu analysierende Gebrauch der Gerechtigkeit im Rechtsstaat ist bedenklich. Er führt zur Frage des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit. Um das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit kreisen rechtsphilosophische Debatten seit den Anfängen.<sup>6</sup> Diese Frage markiert eines der größten Themen der Rechtsphilosophie.<sup>7</sup> Die vertretenen Positionen streiten entweder für eine Inklusion oder eine Exklusion der Gerechtigkeit in das Recht.

Ein Beispiel für eine Position, die den Ausschluß des Gerechtigkeitsarguments verlangt, ist die Auffassung von Hans Kelsen. Er rückt diese Forderung in den Fokus seiner Bemühungen um eine Reine Rechtslehre:

Die Reine Rechtslehre „beschränkt sich auf das positive Recht und verhindert so, [...] daß die Diskrepanz zwischen einem irgendwie vorausgesetzten Gerechtigkeitsideal und dem positiven Recht zu einem juristischen Argument gegen dessen Geltung mißbraucht“<sup>8</sup> wird.

Mit seinem Rechtsstaatsprinzip und der an der Gerechtigkeit orientierten Rechtsprechung positioniert sich das Bundesverfassungsgericht entgegen der Kelsenschen Position. Es vertritt die These der Inklusion der Gerechtigkeit in das Recht.

Die Relevanz der rechtsphilosophischen Debatte um Recht und Gerechtigkeit für die Beurteilung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich jedoch nicht nur in diesem Widerspruch zu Kelsen. Denn das Bundesverfassungsgericht sieht in der Gerechtigkeit nur ein Hauptelement des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips – dem ein zweites, potentiell konfligierendes Hauptelement, die Rechtssicherheit, gegenüberstehe. Hiermit hat das Bundesverfassungsgericht die beiden fundamentalen Antipoden des Rechts im Rechtsstaatsprinzip als einem Gebot des Rechts vereint. Gustav Radbruch schreibt dazu:<sup>9</sup>

Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt.

Es ist den Karlsruher Richtern nicht vorzuwerfen, daß sie kaum auf rechtsphilosophische Debatten eingehen. Ein Gericht hat ihm vorgelegte Fälle zu entscheiden, nicht Theorien des Rechts zu studieren oder gar zu entwickeln. Zwischen der Praxis des Verfassungsgerichts und manchem rechtsphilosophischen Ansatz zum Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit liegen an dieser Stelle jedoch Welten, die zu einer näheren Durchmessung anregen.

Es mag ganz allgemein an der Distanz von Praxis und Theorie liegen, daß der Inklusionsthese des Bundesverfassungsgerichts in der Staatsrechtslehre

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Isensee*, Gerechtigkeit – die vorrechtliche Idee des Rechts, S. 18.

<sup>7</sup> Vgl. *Lindner*, Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft, S. 9, dort Fn. 45.

<sup>8</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), S. 38.

<sup>9</sup> *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, S. 107.

und in der Rechtsphilosophie bisher noch nicht die gebührende monographische Aufmerksamkeit zuteil geworden ist – auch wenn das Gerechtigkeitsargument selbst bereits untersucht worden ist.<sup>10</sup> Dazu mag beigetragen haben, daß die Frage nach der Moralität des Rechts, die mit der Inklusionsthese aufgeworfen ist, in unserer konkreten historischen Situation als irrelevant betrachtet wird. Denn der moderne Verfassungsstaat, mit seinen Grundrechtskatalogen, seiner Gewaltenteilung, seiner Verfassungsgerichtsbarkeit, läßt sich als befriedigende Antwort auf diese Frage begreifen – zumindest, wenn sich hinter der Frage nach der Moralität des Rechts die Konnotation einer Dichotomie verbirgt.

Diese zugespitze und sohin simplifizierte Dichotomie besteht zwischen einem vollständig wertblinden, machthörigen Gesetzesstaat einerseits und einem überzeitlichen, naturrechtlichen Gerechtigkeitsstaat andererseits.<sup>11</sup> Der moderne Verfassungsstaat, nicht zuletzt der des Grundgesetzes, atme, wie es Matthias Herdegen formuliert,<sup>12</sup>

das Bemühen, den Gesetzgeber kraft positiven Rechts an Standards zu binden, die überzeitlichen Vorstellungen von menschlicher Gemeinschaft, Frieden und Gerechtigkeit (Art. 1 Abs. 2 GG) geschuldet sind.

Mit dem im Grundgesetz also Gestalt gewordenen Fortfall der Dichotomie des verkommenen unmoralischen und des vollkommenen moralischen Staates durch die Entfaltung des rechtsstaatlichen Verfassungsstaates habe, so die naheliegende Konklusion, zugleich die Frage nach der Moralität des Rechts ihre Bewandnis verloren. Die Gerechtigkeit ist im Rechtsstaat des Grundgesetzes.

Die erkennbare Positivierung überzeitlicher Gerechtigkeitsvorstellungen in modernen Verfassungen, im Grundgesetz etwa in Gestalt des Bekenntnisses zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG, der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 GG und der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 GG, die allesamt mit gutem Grund von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG geschützt sind, muß die Frage nach der Moralität des Rechts tatsächlich in den meisten Zusammenhängen dem deutschen Verfassungsbürger als beantwortet erscheinen lassen. Das Grundgesetz hat moralische Ideale, namentlich men-

---

<sup>10</sup> Die vorliegenden Arbeiten zum Thema zielen vornehmlich auf eine Analyse des Begriffs der Gerechtigkeit des Bundesverfassungsgerichts, nicht auf eine Kritik des Gerechtigkeitsarguments vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit. Zu nennen sind vor allem die im Jahre 1980 erschienene Analyse von *Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, und die ebenfalls als Dissertation angelegte Untersuchung von *Jungbauer*, Die Verwendung des Begriffs der „Gerechtigkeit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, erschienen 2002.

<sup>11</sup> Vgl. *Herdegen*, Art. 1 Abs. 2, Rn. 13.

<sup>12</sup> *Herdegen*, Art. 1 Abs. 2, Rn. 13.

schenrechtliche Grundsätze, weitgehend positiviert und damit realisiert. Auch dies bringt Herdegen zum Ausdruck:<sup>13</sup>

Mit ihrer rechtlichen Positivierung erlangen diese Standards eine konstitutionelle Geltungsgrundlage und gewinnen ein von volatilen Vorstellungen überpositiven Rechts unabhängiges Eigenleben, das in ihrer staatsrechtlichen Begründung wurzelt.

Jedoch ist diese Perspektive, in der heute wieder verbreitete Zweifel gegenüber der Rationalität überpositiver Rechtsgrundsätze deutlich mitschwingen, aus rechtsphilosophischer Sicht reduziert. Sie ist, zum einen, relativ auf diejenigen Verfassungsstaaten, in denen, wie im Grundgesetz, eine kritische Menge moralischer Vorstellungen positiviert ist. Wenigstens für andere Staaten bleibt die Frage nach der Moralität des Rechts von ungebrochener Bedeutung.

Zum anderen aber – und das ist für die vorliegende Untersuchung, die sich auf den Staat des Grundgesetzes beschränkt, das entscheidende Moment – ist mit der Positivierung überpositiver Gerechtigkeitsgrundsätze im Grundgesetz die Dichotomie zwischen Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivismus auch für unsere Rechtsordnung nur unvollkommen überwunden.<sup>14</sup> Denn solange das Bundesverfassungsgericht das Gerechtigkeitsargument einsetzt und damit auf ungeschriebene, moralische Grundsätze des Rechts zurückgreift, steht es im Spannungsfeld dieser rechtsphilosophischen Debatte. Es kann und darf sich hier den Erträgen „rechtsphilosophischer Gedankenakrobatik“<sup>15</sup> nicht verschließen. Die Tatsache der fortgeschrittenen Positivierung moralischer Grundsätze in das Verfassungsrecht ändert daran nichts. Im Gegenteil: Je höher das Ausmaß der Positivierung moralischer Grundsätze ist, um so größer muß das Maß an Reflektion sein, wenn das Bundesverfassungsgericht gleichwohl unmittelbar auf moralische oder sonst überpositive Grundsätze zurückgreifen will.

Die vorliegende Arbeit unternimmt es vor diesem Hintergrund, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für den Fall des Gerechtigkeitsarguments im Rechtsstaatsprinzip als einen besonders exponierten, mindestens potentiellen Rückgriff auf überpositive Grundsätze zu untersuchen. Weil es derartige Rückgriffe gibt, was für das Gerechtigkeitsargument des Bundesverfassungsgerichts belegt werden kann, sind die Argumente im Streit um den Rechtspositivismus für die Bewertung der Richtigkeit der entsprechenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur zu berücksichtigen, sondern entscheidend.

Die Untersuchung wird die Praxis der Verfassungsrechtsprechung in diesem Sinne einem Test der Theorieadäquanz unterziehen. Soweit die Karlsruher Praxis Anforderungen aus der Welt der Theorie der Rechtsbegriffe nicht

<sup>13</sup> Herdegen, Art. 1 Abs. 2, Rn. 13.

<sup>14</sup> Vgl. Isensee, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, S. 91 f.

<sup>15</sup> Herdegen, Extrakonstitutionelle Grundnormen der deutschen Rechtsordnung?, S. 697.

genügt, was für das Gerechtigkeitsargument im Lichte eines relativistischen diskurstheoretischen Verständnisses des Rechts zum Schluß der Arbeit dargelegt wird, genügt das Bundesverfassungsgericht auch nicht seiner Rolle als „Hüter der Verfassung“<sup>16</sup>. Darin liegt ein Anlaß, die Rechtsprechungspraxis der Karlsruher Verfassungsgerichtsbarkeit zu überdenken.<sup>17</sup>

## I. Gerechtigkeit als verfassungsrechtlicher Maßstab?

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nach Maßgabe des Grundgesetzes, und damit, wie jedes Verfassungsgericht, nach Maßgabe der Verfassung. Wenn das Bundesverfassungsgericht die Gerechtigkeit als Argument zur Begründung seiner Entscheidungen einsetzt, dann sollte die Gerechtigkeit demnach ein Element der Verfassung sein. Tatsächlich begreift das Bundesverfassungsgericht die Gerechtigkeit als Element des Rechtsstaatsprinzips, und das Rechtsstaatsprinzip als Leitidee der Verfassung.<sup>18</sup> Die Gerechtigkeit erscheint damit als verfassungsrechtlicher Maßstab. Die Maßstäbe der Gerechtigkeit, die für sich genommen der Welt der Moral in einem weiten Sinne zuzuordnen sind, sind insoweit rechtlich, wie die Moral Bestandteil des Rechts ist. Wer die Gerechtigkeit als rechtlichen Maßstab verwendet, befindet sich damit im Spannungsfeld des Verhältnisses von Recht und Moral.

Wird die Gerechtigkeit dagegen nicht als Element, sondern als Ziel des Rechts angesehen, so ist das Recht ihr Medium. Im Recht kann Gerechtigkeit jenseits des Zusammenlebens etwa in Kleingruppen oder in Religionsgemeinschaften ausgestaltet und, mehr noch, real werden.<sup>19</sup> Wer bei Radbruch nachschlägt, findet diesen Gedanken in seiner wahrscheinlich schönsten Form:<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Selbstzuschreibend schon BVerfGE 1, 184, 196: „Wird also die Gültigkeit irgendeiner Rechtsverordnung wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit in Frage gestellt, so haben alle höchsten Exekutivorgane – und zwar unabhängig voneinander – die Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung anzurufen“. – Zu Hintergründen dieser Bezeichnung *Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, S. 1008.

<sup>17</sup> Damit soll nicht gesagt sein, daß die Praxis des Rechts stets der Theorie des Rechts zu folgen habe. Aber doch, daß die Praxis innehalten sollte, wenn ihr aus der Theorie Einwände entgegen gehalten werden. – In der Tendenz zurückhaltender, in Bezug auf die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit, *Schlink*, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, S. 435: „Der Rechtsbegriff, den die strafrechtliche Rechtsprechung zur Überspielung des Rückwirkungsverbots verwendet, ist nicht nur rechts- und staatsphilosophisch falsch. Das wäre von minderer Bedeutung.“

<sup>18</sup> Dazu im Einzelnen unten, B. V. 2.

<sup>19</sup> So wird in der Diskurstheorie das Recht als *die* Möglichkeit der Überwindung notwendig bestehender diskursiver und praktischer Ungewißheit in einer reinen allgemeinen praktischen Sollensordnung verstanden. Vgl. für eine knappe Darstellung *Bäcker*, Begründen und Entscheiden, S. 198 ff.

<sup>20</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 29 f.

Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen. [...] Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit.

Nach dieser Einsicht wäre das Recht kategorial von der Gerechtigkeit zu trennen: Die Gerechtigkeit als Rechtsidee – das Recht als die Wirklichkeit, die der Rechtsidee dient.<sup>21</sup>

Dieses Verständnis steht der Praxis des Bundesverfassungsgerichts entgegen, die Gerechtigkeit als Element des Rechts, nämlich des rechtsnormativ wirkenden verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips, zu begreifen.<sup>22</sup> Wer bei Radbruch weiterliest, könnte auf den Gedanken kommen, das Bundesverfassungsgericht habe zwei Arten der Gerechtigkeit miteinander vermengt, statt sie strikt zu unterscheiden:<sup>23</sup>

Man kann gerecht nennen die Anwendung oder Befolgung eines Gesetzes oder aber dieses Gesetz selbst. Jene erste Art der Gerechtigkeit, insbesondere die Gerechtigkeit des gesetzestreuen Richters, würde man besser Rechtlichkeit nennen. Hier jedenfalls ist nicht von jener Gerechtigkeit die Rede, die am positiven Recht, sondern an der das positive Recht gemessen wird.

Die Gerechtigkeit im Sinne der Rechtlichkeit anzusehen, hieße, sie mit der Einhaltung des im Verfassungsgesetz gesetzten Rechts zu identifizieren. Diese Gerechtigkeit kann und soll das Bundesverfassungsgericht wahren; sie bildet den Kerngedanken der Bindung der staatlichen Gewalt an das Recht, sie ist das Wesen der Rechtsstaatlichkeit. Die Rechtlichkeit im Sinne des Grundgesetzes zu schützen ist Behuf des Bundesverfassungsgerichts. Es ist, in diesem Sinne, der Garant der Rechtsstaatlichkeit in unserem Land, eben der Hüter der Verfassung.

Wie zu zeigen sein wird, versteht das Bundesverfassungsgericht die Gerechtigkeit nicht im Sinne der Rechtlichkeit, sondern im Sinne einer übergesetzlichen Gerechtigkeit – an der das Recht, oder jedenfalls das Gesetz, zu messen ist. Es verfährt nach der Maxime, es stehe ihm als Verfassungsgericht zu, am Maßstab der Gerechtigkeit das positive Recht zu messen. Doch die Gerechtigkeit

<sup>21</sup> Bei Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 70, erschöpft sich die Rechtsidee allerdings, anders als es im Zitat den Anschein hat, nicht in der Gerechtigkeit: „An der Gerechtigkeit vermochten wir zwar den Rechtsbegriff zu orientieren, aber nicht den erschöpfenden Leitgedanken für die Ableitung des Rechtsinhalts zu gewinnen“. Die vollständige Rechtsidee habe drei Elemente: die Gerechtigkeit, die Zweckmäßigkeit und die Rechtssicherheit. Über das Verhältnis dieser Elemente wird bis heute debattiert. Radbruch selbst gibt dazu ungebrochen Anlaß, wenn er von einem unbestimmten Verhältnis der Antinomien der Rechtsidee spricht: „Allgemeingültige Elemente der Rechtsidee sind Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, relativistisches Element aber nicht nur die Zweckmäßigkeit selbst, sondern auch das Rangverhältnis der drei Elemente zueinander“ (S. 71 f.).

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 21, 378, 388: „Im Rechtsstaatsgedanken ist die Idee der Gerechtigkeit enthalten.“

<sup>23</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 29. – Die gleiche Differenzierung findet sich übrigens bei Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), S. 13.

keit könnte sich als Trojanisches Pferd einer schlechten Moral im Recht erweisen.<sup>24</sup> Davor warnte Detlef Merten schon 1975, mit dem Blick auf die Gerechtigkeit als materiales Superkriterium des Rechtsstaatsprinzips.<sup>25</sup>

Trotz dieser Befürchtungen hat man Gerichten eine solche Bestimmung überpositiver Grenzen positiven Rechts zugestanden, zumindest in extremen Ausnahmekonstellationen. Der entscheidende Wegweiser war, um bei Radbruch zu bleiben, dessen nach 1945 gefundene formelhafte Formulierung des Verlustes der Geltung positiven Rechts im Falle unerträglicher Ungerechtigkeit. Auf Radbruchs Formel hat sich das Bundesverfassungsgericht auch wiederholt bezogen. Das Bundesverfassungsgericht scheint sich jedoch mit dem gemäßigten Rechtsnichtpositivismus oder Neo-Naturrecht der Radbruchschen Formel noch nicht zu begnügen. Mit der Eingliederung der Gerechtigkeit in das Rechtsstaatsprinzip als „subsumtionsgeeigneter Einzelnorm“<sup>26</sup> wird die Rechtsidee der Gerechtigkeit zum alltagsgebräuchlichen rechtlichen Argument, das nicht auf die extremen Ausnahmekonstellationen beschränkt bleibt, die Radbruch im Sinn hatte.<sup>27</sup>

## II. Gang der Untersuchung

Die Analyse konzentriert sich auf die Frage, wie die Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsstaatsprinzip im Lichte der rechtsphilosophischen Debatte um das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit zu bewerten ist. Um diese Frage zu beantworten, wird im ersten Kapitel der Gebrauch überpositiven Rechts als rechtliches Argument beleuchtet. Dazu werden Stellungnahmen zum überpositiven Recht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts untersucht. Die ausdrücklichen Bezüge beschränken sich auf die Findungsphase des Bundesverfassungsgerichts, die jedenfalls mit dem zehnten Band der amtlichen Entscheidungssammlung als abgeschlossenen betrachtet werden kann. Wesentlich länger zieht sich die Verwendung der

---

<sup>24</sup> *Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, S. 166, kommt in seiner mit dem Untertitel *Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* versehenen Studie zu einem gegensätzlichen Fazit: „In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fehlt die Anbindung sowohl an ein mit der Natur gegebenes Recht wie an einen Grundkonsens der Gemeinschaft. Was bleibt, ist die Entscheidung der Verfassung und das parlamentarische Gesetz“. *Robbers* erkennt in der Gerechtigkeit als verfassungsrechtliches Argument daher auch kein Einfallstor des Rechts für die Moral, sondern eine „Einbruchsstelle einfachen Gesetzesrechts in die Verfassung“, S. 165. Auch damit sind große Probleme beschrieben, die in dieser Arbeit aber ausgespart bleiben sollen.

<sup>25</sup> Vgl. *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 19: „Materielle Kriterien können zum Trojanischen Pferd für den Rechtsstaat werden, wenn veritas und auctoritas das Wesen des Rechts ausmachen soll“.

<sup>26</sup> *Kunig*, Rezension Sobota, S. 487.

<sup>27</sup> Dazu näher unten, A. II. 1.

Radbruchschen Formel durch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Besonders prominent findet sie im Mauerschützenbeschluß im 95. Band Verwendung.<sup>28</sup>

Die Anwendung der Radbruchschen Formel durch das Bundesverfassungsgericht gibt Anlaß, diese berühmte Formel zum Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit näher in den Blick zu nehmen. Der Schilderung der entsprechenden Entscheidungen geht deswegen eine Auseinandersetzung mit der Radbruchschen Formel voraus. Zugleich beschreibt die Formel eine besonders prominente Lösung für die Dichotomie von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit – und damit auch eine Position zu dem Problem, dem sich diese Untersuchung annimmt.

Im zweiten Kapitel wird die Gerechtigkeit als rechtliches Argument erörtert. Dabei wird zunächst die Verwendung des Begriffs der Gerechtigkeit im Grundgesetz betrachtet. Sollte die Gerechtigkeit im Sinne einer materiellen, moralischen Größe als rechtliche Vorgabe in das Grundgesetz inkorporiert sein, so wäre der Gebrauch der Gerechtigkeit als rechtliches Argument nicht dem Bundesverfassungsgericht anzulasten. Es erweist sich jedoch, daß das Grundgesetz die Gerechtigkeit zwar ausdrücklich in Bezug nimmt, diese Bezüge aber nicht die Gerechtigkeit als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz in das Grundgesetz inkorporieren. Gleichwohl wiederholt sich im Rechtsstaatsprinzip, wie es das Bundesverfassungsgericht judiziert, die in der Radbruchschen Formel behandelte Frage nach dem Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit vereinen sich, so das Bundesverfassungsgericht, im Rechtsstaatsprinzip als dessen wesentliche Elemente.

Die Tragweite dieser Inklusion der Gerechtigkeit in das Rechtsstaatsprinzip wird anhand einiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts analysiert, in denen es sich auf das Rechtsstaatsprinzip stützt. Dieser Analyse geht ein begriffsgeschichtlicher Überblick voraus, der insbesondere die nationalsozialistische Materialisierung des Rechtsstaatsbegriffs betrachtet. Das Ergebnis stimmt hinsichtlich der gegenwärtigen Inklusion der Gerechtigkeit in das Rechtsstaatsprinzip nachdenklich – denn auch den Nationalsozialisten war die Inklusion der Gerechtigkeit in das Rechtsstaatsprinzip nicht fremd.

Eingeleitet wird die Analyse der Rechtsprechung zum Rechtsstaatsprinzip von einem Blick auf die zwei vorherrschenden Paradigmen des Rechtsstaatsprinzips in der Staatsrechtslehre, dem summativen oder abbreviatorischen Verständnis einerseits und dem übersummativen oder transzendenten Verständnis andererseits. Abgeglichen werden diese Auffassungen mit denjenigen Bestimmungen im Grundgesetz, die den Ausdruck „Rechtsstaat“ enthalten.

---

<sup>28</sup> Es folgten begründete Nichtannahmebeschlüsse durch die 2. und 3. Kammer des 2. Senats, die sich auf den Mauerschützenbeschluß stützen, vgl. BVerfG EuGRZ 1997, 413, 416; BVerfG NJW 1998, 2585; BVerfG NJW 2000, 1480.

Im Ergebnis wird die Inklusion der Gerechtigkeit als das wesentliche Problem des Rechtsstaatsprinzips des Bundesverfassungsgerichts herausgestellt.

Der Analyse folgt, im dritten Kapitel, die rechtsphilosophische Bewertung der Entscheidungspraxis. Sie bedient sich eines diskurstheoretischen Rahmens, eingeschlagen in ein relativistisches Verständnis der Diskurstheorie. Die Besonderheit dieser Perspektive erfordert es, die diskurstheoretische Bewertung und die mit ihr eingenommene Position zuvor in das Gefüge der möglichen Positionen zum Verhältnis von Recht und Moral einzugliedern. Dafür wird ein Modell vorgestellt, in dem sich die denkbaren Positionen zu dieser Frage kategorisieren lassen. Die Folgerungen des diskurstheoretischen Zugangs für die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit wird schließlich als Maßstab an die Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts angelegt.

Die Arbeit schließt mit der Feststellung, daß das Bundesverfassungsgericht mit dem Gerechtigkeitsargument die Grenzen des Grundgesetzes überschreitet. Es bleibt zu wünschen, daß dieses Ergebnis in Karlsruhe nicht einfach als übertheoretisierte und damit praxisferne Kritik abgetan, sondern als Aufforderung wahrgenommen wird, sich auf das Hüten des Grundgesetzes zu konzentrieren – und diese Aufgabe nicht zugunsten des Hüten der Gerechtigkeit zu vernachlässigen.



## A. Überpositives Recht als rechtliches Argument

Die Frage nach den Grenzen des Grundgesetzes ist nicht neu; jedenfalls nicht, soweit damit nach den Grenzen des Rechts gefragt ist. Neu ist es auch nicht, die Judikative dahingehend zu überprüfen, ob sie diese Grenzen einhält, wie auch immer sie zu bestimmen sind. Im Zentrum dieses Kapitels steht die dennoch bis heute nicht erschöpfend erörterte Frage, ob und inwiefern das Bundesverfassungsgericht trotz oder wegen seiner für die deutsche Rechtsgeschichte zeitenwendenden Stellung als Verfassungsgericht auch überverfassungsgesetzliches oder überpositives Recht herangezogen hat. Besonders dringlich stellt sich diese Frage für die ersten Jahre seines Wirkens, in denen dem Gericht der Umgang mit den Folgen des Unrechtsregimes des Nationalsozialismus aufgegeben war.<sup>1</sup>

### I. Die Frühphase

Die in der Frühphase der Entscheidungspraxis getroffenen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum überpositiven Recht zeichnen ein uneinheitliches Bild. In den ersten Jahren seiner Rechtsprechung bekennt sich das Gericht zwar ausdrücklich zur Existenz überpositiven oder zumindest übergesetzlichen Rechts. Es bleibt aber weitgehend unklar, was es darunter versteht. In

---

<sup>1</sup> Der rege Mahner *Arndt*, Das Bundesverfassungsgericht, S. 299, sah sich schon im Mai 1951 dazu veranlaßt, das Bundesverfassungsgericht daran zu erinnern, als „den einzigen Maßstab seiner Jurisdiktion das Grundgesetz“ anzuerkennen. Denn „vor dem Forum des Bundesverfassungsgerichts“ stehe „die Frage nach dem Naturrecht nicht zur Entscheidung“. Ähnlich vernimmt sich der Eindruck, den *Mallmann*, ... la bouche qui prononce les paroles de la loi?, S. 245, 1951 von den parlamentarischen Beratungen zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht gibt. Mallmann selbst allerdings warnt vor einer „allzu enge[n] Gesetzlichkeit“ (S. 246). – Die Lösung erschien zeitgenössischen Kommentatoren im Verständnis eines weiten Verfassungsbegriffs, wonach dem Grundgesetz nicht nur geschriebenes Recht unterfalle. In diese Richtung, neben *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 37, der ebenfalls noch 1951 einen entsprechenden materiellen Verfassungsbegriff proklamierte (vgl. noch unten, Fn. 46), auch etwa *Nawiaskey*, Positives und überpositives Recht, S. 718, dem 1954 sehr daran gelegen war, überpositives Recht von jenen „Staatsfundamentalnormen“ zu unterscheiden, die als „aus der Rechtssetzung als inhärente Bestandteile erschlossene, also gesetzte Normen, die nicht von außen her selbstherrlich hinzugefügt werden“, zu verstehen seien.

beidem entsprach das Gericht dem juristischen Zeitgeist in der jungen Bundesrepublik Deutschland, die sich auch juristisch in der Findungsphase nach den „bitteren Erfahrungen mit einem zu jedem Verbrechen entschlossenen System“<sup>2</sup> befand.<sup>3</sup> Dieser Zeitgeist wird bis heute als „Naturrechtsrenaissance“<sup>4</sup> verschlagwortet.<sup>5</sup>

### 1. Exkurs: Naturrecht in Art. 6 Abs. 2 GG?

Einen deutlichen Beleg der Besinnung auf das Naturrecht in dieser Zeit gibt bis heute, dem Wortlaut nach, Art. 6 des Bonner Grundgesetzes vom 23.5.1949. Darin heißt es, die Anerkennung von Pflege und Erziehung des Kindes sei „das natürliche Recht der Eltern“.

Allerdings ist die Bedeutung der Wendung „natürliches Recht“ in Art. 6 Abs. 2 GG nicht eindeutig. Sie kann, mit Gerhard Robbers, in drei Weisen interpretiert werden: erstens als „enge Eltern-Kind-Beziehung“ als „natürliches Phänomen“, also in einem biologischen Sinne, zweitens als „Anerkennung einer vorstaatlichen, ‚natürlichen‘ Position des Einzelnen im Sinne eines vorgegebenen Gutes“, also in einem naturrechtlichen Sinne, und drittens als eine „Bindung der Eltern an natürliche – [...] auch kulturelle – Entwicklungen“, wie „das Bestreben des Kindes nach Reifung und Verselbständigung“, die dem Elternrecht inhärente Schranken zögen, also in einem kulturellen Sinne.<sup>6</sup>

Nur die zweite Bedeutungsvariante, die naturrechtliche, ist hier von Interesse. Wäre das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG als positivrechtliche Bestätigung einer natürlichen Rechtsposition zu verstehen, so wäre dies ein starkes Indiz dafür, daß der Verfassungsgeber von der Existenz zumindest eines na-

<sup>2</sup> Kübler, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, S. 105.

<sup>3</sup> Vgl. Künnecke, Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem historischen Kontext, S. 92–96.

<sup>4</sup> Die Wendung „Renaissance des Naturrechts“ findet sich etwa im Vorwort des 1962 erschienenen Sammelbandes „Naturrecht oder Rechtspositivismus?“, vgl. Maibofer, Einleitung, S. IX, der mit den ausgewählten, ausnahmslos wieder abgedruckten 31 unselbständigen Beiträgen von Radbruch bis Weinkauff einen aussagekräftigen Überblick zur Naturrechtsdebatte in den Jahren 1945–1960 verschafft.

<sup>5</sup> Zum Begriff kritisch Wittreck, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, S. 9 ff., der darauf hinweist, daß sich auch die Nationalsozialisten einer naturrechtlichen Argumentationsweise bedient hätten. Ähnlich auch schon Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?, S. 338. Deziert rechtshistorisch zur Situation der Naturrechtslehre im Nationalsozialismus Scheuren-Brandes, Der Weg von Nationalsozialistischen Rechtslehren zur Radbruchschen Formel, S. 41–128. – In der Sache gegen die Naturrechtsrenaissance aus zeitgenössischer Perspektive insb. Evers, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart; zum rechtsphilosophischen Echo bis heute vgl. Künnecke, Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem historischen Kontext, S. 104 f.

<sup>6</sup> Robbers, Art. 6, Rn. 183–187.

turrechtlichen Satzes ausging. Mit der Anerkennung eines einzigen naturrechtlichen Satzes aber hätte er das Naturrecht überhaupt anerkannt. Für Art. 6 Abs. 2 GG ließe sich daraus die Folgerung ziehen, daß „deshalb der Staat nicht über das elterliche Erziehungsrecht disponieren“ könnte, also in „seinen gesetzlichen Regelungen von vornherein beschränkt wäre“.<sup>7</sup>

Gemeinhin wird Art. 6 Abs. 2 GG heute anders verstanden. Rechtlich maßgebend sei allein, so Peter Badura, „die Verfassungsnorm, nicht eine etwa vorpositiv faßbare Rechtsvorstellung eines ‚natürlichen[‘] Elternrechts“<sup>8</sup>, selbst wenn das Grundgesetz von einer naturrechtlichen Position der Eltern auf Pflege und Erziehung ihres Kindes gegenüber dem Staat ausgegangen sein mag. Denn „vor- und überpositiven Rechtsvorstellungen“ sei „eine selbständige normative Geltung neben dem oder gegen das staatliche Recht“ im modernen Rechts- und Verfassungsstaat verwehrt.<sup>9</sup> Es sei eben erst, wie Robbers beipflichtet, die Aufnahme des „natürlichen Rechts“ der Eltern in die Verfassung, die diesem Recht „positiv-rechtliche Geltung“<sup>10</sup> verleihe.<sup>11</sup> Die Bezeichnung des Elternrechts als natürliches sei daher nurmehr, aber doch immerhin, ein „naturrechtliche[s] Spurenelement“<sup>12</sup>.

Dieser das Naturrecht als Rechtsposition ablehnende, aber eine rechtlich unbedeutende Koexistenz eines Naturrechts nicht ausschließende Grundton,<sup>13</sup> den man als naturrechtsneutrale Interpretation bezeichnen kann, wird

<sup>7</sup> Für beide Anführungen *Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, S. 45, der sich dieser Debatte allerdings mit dem Hinweis entzieht, das seien „Fragen, die vom juristischen Standpunkt allein kaum lösbar oder einem Konsens zugänglich sein dürften“ (S. 46).

<sup>8</sup> *Badura*, Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 91.

<sup>9</sup> Für beide Anführungen *Badura*, Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 91.

<sup>10</sup> *Robbers*, Art. 6, Rn. 184: „Wengleich ein überpositiver, natürlicher Rechtsbereich als bestehend anerkannt wird, erlangen diese Gehalte positiv-rechtliche Geltung doch erst durch die Entscheidung des Grundgesetzes, sie in die staatliche Rechtsordnung zu inkorporieren“.

<sup>11</sup> Gleichwohl komme der Wendung „natürliches Recht“ doch eine heraushebende Bedeutung zu: „Mit der Selbstcharakterisierung der Erziehungsverantwortung der Eltern als ‚natürliches‘ Recht wird deren Wesensgehalt, der gemäß Art. 19 Abs. 2 GG der Verfügung des Gesetzgebers entzogen ist, den Grundsätzen des Art. 1 GG zugeordnet, die auch der verfassungsändernden Gesetzgebung eine Grenze setzen (Art. 79 Abs. 3 GG)“, *Badura*, Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 91. Ähnlich *Robbers*, Art. 6, Rn. 187, der einen „besonders engen Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1“ sieht, „der den Kerngehalt der Elternverantwortung zum änderungsfesten Bestand des Art. 79 Abs. 3 werden“ lasse.

<sup>12</sup> *Isensee*, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, S. 89.

<sup>13</sup> Vgl. auch *Coester-Waltjen*, Art. 6, Rn. 69: „Damit mag zwar Art. 6 Abs. 2 in seinem Kern naturrechtlich unterlegt sein; es handelt sich aber um positives Verfassungsrecht, das auf einen natürlichen Sachverhalt Bezug nimmt und für die Geltungsdauer des GG Bestandskraft hat“; ferner *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, S. 55, der das „Elternrecht als ‚Naturrecht‘ im Rahmen der katholischen Naturrechts- und Staatslehre“ von dem „Elternrecht als Verfassungsrecht, wie es in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes und der Länderverfassungen enthalten ist“, strikt trennt.