

aus  
politik  
und  
zeit  
geschichte

beilage  
zur  
wochen  
zeitung  
das parlament

Franz Schneider

Die politische Komponente  
der Rechtsstaatsidee  
in Deutschland

Hermann Meyn

Zur Transparenz  
der politischen Ordnung  
der Bundesrepublik

B 40/68

5. Oktober 1968

Franz Schneider, Dr. phil., Dr. jur., Ordinarius für Politikwissenschaft an der Pädagogischen Hochschule München der Universität München, geb. am 12. Januar 1932; Habilitation 1965.

Veröffentlichungen u. a.: Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, München 1961/62; Kabinettsreform und Machtverteilung in England, in: Zeitschrift für Politik, 1965/H. 1; Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit — Studien zur politischen Geschichte Deutschlands bis 1848, Neuwied 1966; Politik und Kommunikation, Mainz 1967; Diskussion und Evidenz im parlamentarischen Regierungssystem, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 6/68 v. 7. 2. 1968; Die große Koalition — zum Erfolg verurteilt?, Mainz 1968.

Hermann Meyn, Dr. phil., Diplom-Politologe, zur Zeit Stipendiat der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Veröffentlichungen u. a.: Die Deutsche Partei, Düsseldorf 1965; Massenmedien in der Bundesrepublik, ergänzte Neuauflage, Berlin 1968; Aufsätze u. a. in „Politische Vierteljahresschrift“ und „Publizistik“.

Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, 53 Bonn/Rhein, Berliner Freiheit 7.

Redaktion: Dr. Enno Bartels

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, 2 Hamburg 36, Gänsemarkt 21/23, Tel. 34 12 51, nimmt entgegen:

Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;

Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT einschließlich Beilage zum Preise von DM 9,— vierteljährlich (einschließlich DM 0,47 Mehrwertsteuer) bei Postzustellung;

Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von DM 5,29 zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer.

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung der herausgebenden Stelle dar; sie dienen lediglich der Unterrichtung und Urteilsbildung.

# Die politische Komponente der Rechtsstaatsidee in Deutschland

## Zur politischen Theorie

### I. Das Problem

Die Frage nach der Rechtsstaatsidee führt heute durch eine nur mehr schwer zu bewältigende Fülle von Literatur, deren vorläufiges Ergebnis nach wie vor durch die Bemerkung Konrad Hesses charakterisiert ist, daß eine „abschließende Antwort“ noch nicht gefunden ist<sup>1)</sup>. Die Antwort wird dadurch erschwert, daß hinter der Frage nach dem Rechtsstaat unentrinnbar die weitere Frage hervortritt: was ist Gerechtigkeit?, und daß diese Frage sich ebenso einer Definition entzieht wie jene Frage des Pilatus: was ist Wahrheit? Plato konnte es noch schlicht beim Begriff der „Gerechtigkeit“ belassen, den er als Forderung an den Staat heranträgt; er sagt im zweiten Buch der Politeia, die Gerechtigkeit sei Sache des einzelnen Mannes wie auch der ganzen Polis<sup>2)</sup>. Heute ist der Aussagewert der „Gerechtigkeit“ so gesunken, daß Ulrich Scheuner die Umschreibung des Rechtsstaats als „Staat der materiellen Gerechtigkeit“ ausdrücklich ablehnt, weil der fehlende Maßstab dem Mißbrauch Tür und Tor öffnet<sup>3)</sup>. Scheuner fordert und leistet deshalb eine genaue Aufgliederung dessen, was zur Gerechtigkeit eines Rechtsstaats gehört<sup>4)</sup>. Gerechtigkeit wird demzufolge nicht mehr definiert, wohl aber gewissermaßen durch ein Punkteprogramm substantiiert, dessen Summe die Rechtsstaatlichkeit bewirkt.

Was heute ein Staat, der Platons Anregung folgt, geben kann und gibt, ist ein Katalog heterogener Bestimmungen, deren Garantie

den Rechtsstaat schafft. Dieser Katalog besteht im wesentlichen aus formal-prozessualen Sicherungen — die der englische Begriff des „rule of law“ noch stärker betont als der deutsche „Rechtsstaat“ —, aus Freiheitsgarantien und aus Gewaltenkontrollen mittels einer wie auch immer gearteten Gewaltenteilung; wo der letzte Punkt überhaupt genannt wird, ist er meist lose angefügt und nicht durch eine zwingende Systematik eingefangen. Man hat sich daran gewöhnt, zwischen einer formalen und materiellen Komponente des Rechtsstaats zu unterscheiden<sup>5)</sup> bzw. von einem formalen

Hermann Meyn:

Zur Transparenz der politischen Ordnung der Bundesrepublik . . . . . S. 21

und materiellen Rechtsstaatsbegriff überhaupt zu sprechen<sup>6)</sup>. Es entsteht allerdings der Eindruck, daß die Abgrenzung des formalen Rechtsstaats nicht einheitlich erfolgt und daß daraus vermeidbare Mißverständnisse resultieren. Von einer politischen Komponente der Rechtsstaatsidee ist jedenfalls bislang in der Wissenschaft nicht die Rede, was nicht besagt, daß die Sache an sich der Forschung entgangen wäre, wohl aber, daß die bisherige Betrachtung um einen neuen Blickwinkel ergänzbar

<sup>1)</sup> K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend, hrsg. von K. Hesse, S. Reicke und U. Scheuner, Tübingen 1962, S. 72.

<sup>2)</sup> Plato, Politeia II, 368 e.

<sup>3)</sup> U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860—1960, Karlsruhe 1960, S. 248.

<sup>4)</sup> Scheuner, ebenda, S. 251 ff.

<sup>5)</sup> z. B. Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München und Berlin 1966<sup>2)</sup>, Bd. I, Art. 20, Rdnr. 58 f.; O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 12, Berlin 1954, S. 39.

<sup>6)</sup> E. Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, passim, bes. S. 7 f.; Hesse, a. a. O., S. 71; A. Albrecht, Rechtsstaat, in: Staatslexikon Recht — Wirtschaft — Gesellschaft, Freiburg 1961<sup>6)</sup>, Bd. VI, Sp. 691 ff.; R. Marcic, Die Sache und der Name des Rechtsstaates, in: M. Imboden (Hrsg.), Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates, Wien 1965, S. 62.

ist, der hier die Zusammenhänge in neuen Entwicklungs- und Bedeutungsschichten aufhellen kann. Um diesen Blickwinkel bemüht sich die Politikwissenschaft.

Die politische Komponente ist zunächst keine Anreicherung des genannten Punkteprogramms, das die Rechtsstaatlichkeit substantiiert, sondern ein Bestandteil der zugrunde liegenden Idee selbst. Dies wird zu zeigen sein, wie überhaupt eine Wesensbestimmung der politischen Komponente erst aus einer Diagnose historischer Voraussetzungen erkennbar und verständlich wird. Was aber bereits einleitend hervorzuheben ist: Allein schon die Begriffsprägung „politische Komponente des Rechtsstaats“ muß herausfordernd wirken gegenüber der verbreiteten Auffassung, Politik und Recht seien Antinomien, sie hätten nichts miteinander zu tun oder sollten zumindest nichts miteinander zu tun haben. So schreibt Theodor Maunz: „Die Staatsform baut auf den politischen Gestaltungsprinzipien auf, die Rechtsstaatlichkeit ist das unpolitische Formprinzip.“<sup>7)</sup> Werner Kägis Untersuchungen, angesetzt auf das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat, verdanken wir die Aufhellung der Gründe, die zu diesem Trennungsdenken führen<sup>8)</sup>. Zudem hat das Dritte Reich die lebende Generation am eigenen Leib erfahren lassen, wie sehr die Politik das Recht korrumpieren kann; es hat das Auseinanderfallen von Recht und Gesetz, von Rechtsstaat und Gesetzesstaat gezeigt, und es hat das

Gesetz zu Positivität ohne Wertgehalt und das Recht zu Wertgehalt ohne Positivität verunstaltet.

Die politische Komponente meint aber gerade das Gegenteil; sie meint jene Durchdringung der Rechtsstaatlichkeit mit politischen Elementen, die ein Abgleiten in den Mißbrauch verhindert und den Staat auf die Observanz eines bestimmten — durch Enumeration substantiierten — Gerechtigkeitsfundus verpflichtet. Diese Problemstellung führt unmittelbar heran an die Fundamente der Politikwissenschaft, insbesondere der politischen Theorie. Die Entwicklung zeigt drei Phasen, deren dritte dadurch gekennzeichnet ist, daß sie die Auffassungen der beiden früheren nicht als *Facta praeterita* betrachtet, sondern kontemporär in polemischer Diskussion hält, wobei der einen Position offenbar zu wenig bewußt ist, daß sie unmittelbar an die Anfänge der Rechtsstaatsidee in Deutschland anschließt. Unsere Betrachtung gliedert sich demnach wie folgt:

1. Die Entstehung des modernen Rechtsstaatsbegriffs, und zwar als Politikum;
2. die bereits Mitte des 19. Jahrhunderts einsetzende Verkümmern der politischen Komponente, was zum Absinken in bloße, formelle Legalität führte, die dann der Unrechtsstaat usurpieren konnte;
3. die Auffassungen, welche die Gegenwart diskutiert, und deren kritische Würdigung.

## II. Die politische Dynamik des liberalen Rechtsstaats

### 1. Absolutismus und Rechtsmonopol

Als die erste Voraussetzung des modernen Rechtsstaats muß man die Entwicklung des Rechtsstaats bezeichnen, das heißt die Überführung der Gerechtigkeitsausübung aus der Hand des einzelnen in die Hand des Staates. Der Fürst als Verkörperung des Staates zieht Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung an sich. Erst dadurch entstand die Situation, daß der Untertan anstelle des mittelalterlichen Sippen-, Faust- und Fehderechts nunmehr das Recht vom Staat in Empfang nahm, und zwar nicht nur als Norm, sondern

auch als Vollzug. Diese Zuständigkeiten realisierten „gutes altes Recht“<sup>9)</sup>, das eben durch die Qualitäten „gut“ und „alt“ (= seit eh und je bestehend, zeitlos gültig) untadelig in seiner Geltkraft war<sup>10)</sup>. Die dezentralisierte rechte-führende Hand des einzelnen wird abgelöst durch das staatliche Gewaltenmonopol, das zum Kernelement des Begriffs „Souveränität“ aufrückt. Die Schwierigkeiten und Bedenklichkeiten, die diese Umschichtung mit sich brachte, hat Heinrich von Kleist in seiner berühmtesten Novelle nachgezeichnet: Michael Kohlhaas greift zur Selbsthilfe, als er Gerechtigkeit vom Kurfürsten nicht erlangen kann.

<sup>7)</sup> Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, München und Berlin 1966<sup>15</sup>, S. 63.

<sup>8)</sup> W. Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 105 — 142.

<sup>9)</sup> Vgl. F. Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, Darmstadt 1958, S. 11 ff.

<sup>10)</sup> Über „rechte“ und „unrechte“ Fehde vgl. O. Brunner, Land und Herrschaft, Darmstadt 1965<sup>5</sup>, S. 41 ff.

Als das neue System nicht funktioniert und das Gewaltenmonopol im Gewaltenmonopol steckenbleibt und nicht zum Gerechtigkeitsmonopol aufsteigt, wandelt sich Kohlhaas von einem der „rechtsschaffensten“ zu einem der „entsetzlichsten Menschen seiner Zeit“; „das Rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder.“

Die Monopolisierung der Rechtsausübung kulminierte im Absolutismus. Von den sich türmenden Prädikaten für den von Gottesgnadentum umwehten Herrscher war wohl die Bezeichnung „lex animata“ die höchste<sup>11)</sup>. Der Wille des Fürsten wird zur Inkarnation des Gesetzes: *Sit pro ratione voluntas*. Bodin umschreibt deshalb in seiner bekannten Definition die Souveränität als „*summa in cives ac subditos legibus soluta potestas*“<sup>12)</sup>. Die Entfaltung der Rechtsstaatsidee kann als Antwort auf diese Formel gedeutet werden. Sie war eine mit juristischen und philosophischen Mitteln versuchte, substantiell aber gleichzeitig eminent politische Antwort. Ziel war die Wiederherstellung jenes Zustandes, der sich im angelsächsischen Raum zwar nicht ungefährdet, wohl aber unzerstört erhalten hatte, nämlich der Primat des Rechts im Staat, die Beugung des Herrschers unter das Gesetz. Hand in Hand damit ging die Zurückdämmung der staatlichen Zwangsbeglückung, die der Dynamik des naturrechtlichen Selbstbestimmungsanspruchs wich. Der aufgeklärte Absolutismus, seine „gute Polizei“ und seine Theoretiker<sup>13)</sup> hatten eine Maximalisierung des Staates betrieben, der mittels eines arrangierten und oktroyierten Beglückungsvorgangs zutiefst in die Intimsphäre des Untertanen eindrang. Nach Justi sollte beispielsweise sogar den Eltern vorgeschrieben werden, von welchem Alter ab sie verstorbene Kinder betrauern dürften und wann nicht<sup>14)</sup>. Der Unfehlbarkeitsanspruch der Glücksdefinition und der

Glücksdosierung, den die sogenannten aufgeklärten Monarchen und ihre Zubringergelehrten erhoben, beinhaltete im Grunde einen kaum geringeren Souveränitätsdünkel und ein kaum geringeres Kompetenzbewußtsein als es das „*l'état c'est moi*“ des Hochabsolutismus offenbarte.

## INHALT

### I. Das Problem

### II. Die politische Dynamik des liberalen Rechtsstaats

1. Absolutismus und Rechtsmonopol
2. Die bürgerliche Gegenbewegung
3. Ernst Ferd. Kleins Zeugnis für die politische Freiheit (1790)
4. Entwicklungsphasen früher Rechtsstaatlichkeit
5. Das Wesen der politischen Komponente der Rechtsstaatsidee

### III. Die Formalisierung des Rechtsstaatsgedankens

1. Friedrich Julius Stahls neuer Ansatz
2. Staatsgläubigkeit der Wilhelminischen Ära
3. Entwertung und Pervertierung der Rechtsstaatsidee

### IV. Die Diskussion nach dem Zweiten Weltkrieg

1. Die Umkehr
2. Demokratie und Rechtsstaat
3. Der soziale Rechtsstaat

## 2. Die bürgerliche Gegenbewegung

Die Gegenbewegung drängte auf eine Reduzierung der staatlichen Eingriffskompetenz

Kutschen, der Trauer vor die Bedienten und nur Leuthen von dem ersten Stande und Würden in dem Staate nachgelassen seyn; und auch hier ist es rathsam, den Aufwand möglichst einzuschränken; weil es auch in der obersten Classe Leuthe giebt, die nur ein mäßiges Vermögen haben. Ueberhaupt aber muß man in diesem Reglement die Zeit der Trauer abkürzen, und bey entfernten Anverwandten, die nicht Eltern, Kinder und Geschwister sind, sowohl als bey Kindern, ganz und gar keine Trauer zulassen, und verordnen, daß Söhne, die unter 14, und Töchter, die unter 12 Jahren sterben, gar nicht betrauert werden dürfen; indem sie in verschiedenen Betracht erst nach diesem Alter zur bürgerlichen Gesellschaft gerechnet werden können. Eben so muß in diesen Ordnungen der Aufwand bey dem Begräbnis und Leichenbegleitung auf alle Art eingeschränket, unnd insonderheit die Trauer-Mahlzeit, oder andere Bewirthung mit Wein und Confect, nicht gestattet werden.“ J. H. G. v. Justi, *Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten; oder ausführliche Vorstellung der gesamten Policey-Wissenschaft*, Band II, Königsberg und Leipzig 1761, S. 358 f.

<sup>11)</sup> Zu diesen Prädikaten siehe E. Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca, Karlsruhe 1955, S. 226 f.

<sup>12)</sup> Zit. nach H. Hantsch, Absolutismus, in: *Staatslexikon Recht — Wirtschaft — Gesellschaft*, Freiburg 1957, Bd. I, Sp. 33. Zum Problem der Souveränität neuerdings J. Dennert, *Ursprung und Begriff der Souveränität*, Stuttgart 1964, bes. S. 58.

<sup>13)</sup> Zum Gesamtproblem der Polizeiwissenschaft: H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, POLITICA Bd. 13, Neuwied 1966.

<sup>14)</sup> „§ 283. Es sind demnach sowohl in denen Monarchien, als allen andern Regierungsformen, Trauer-Ordnungen und Reglements nöthig, worinnen der Aufwand bey diesen Fällen auf alle mögliche Art eingeschränket wird. In denenselben muß ein großer Aufwand bey der Trauer in Ausschlagung und Bekleidung der Häuser, Zimmer und

und mündete in die Minimalisierung zum „Nachtwächterstaat“. Als Kronzeugen gelten Kant („Niemand kann mich zwingen, auf seine Art glücklich zu sein“<sup>15)</sup>) und Wilhelm von Humboldt in seiner berühmten Schrift „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“<sup>16)</sup>. Daneben stehen andere<sup>17)</sup>, unter denen der junge Fichte nicht als letzter zu nennen ist:

„Und ihr alle, die ihr Kräfte dazu habt, kündigt doch jenem ersten Vorurtheile, woraus alle unsere Uebel folgen, jener giftigen Quelle alles unsers Elendes, jenem Satze: daß es die Bestimmung des Fürsten sey, für unsre Glückseligkeit zu wachen, den unversöhnlichsten Krieg an . . .“ Weiß nämlich der Fürst, „was unsere Glückseligkeit befördere . . . und ist er dazu da, uns zu ihr zu leiten, so müssen wir mit verschlossenen Augen unserm Führer folgen; er thut mit uns, was er will, und wenn wir ihn fragen, versichert er uns auf sein Wort, daß das zu unsrer Glückseligkeit nöthig sey; er legt der Menschheit den Strick um den Hals, und ruft: stille, stille! es geschieht alles zu deinem Besten. — Nein Fürst, du bist nicht unser Gott. Von ihm erwarten wir Glückseligkeit; von Dir die Beschützung unsrer Rechte. G ü t i g sollst du nicht gegen uns seyn, Du sollst gerecht seyn.“<sup>18)</sup>

Nicht mehr Glückseligkeit wird hier gefordert, sondern Recht. Und auch dieses Recht hat sich gewissermaßen chemisch gewandelt. Recht bedeutet nicht mehr etwas, was objektiv ist und was befolgt werden muß, sondern etwas, was man hat und geltend machen kann. Recht kommt nun nicht mehr nur auf das Individuum zu, es geht auch vom Individuum aus. Der einzelne rückt damit zum Rechtsträger auch auf Gebieten auf, die jenseits der bisherigen privatrechtlichen Selbstbestimmungssphäre liegen. Das Anspruchs- und Selbstbestimmungsdenken verläßt jenen Bezirk, den

der Staat als Privatrechtsbezirk für den einzelnen disponibel hielt, und dringt gleichzeitig in den „öffentlichen“ Bereich ein, um dort den Ansprüchen des Wohlfahrts- und Polizeistaates entgegenzutreten. Im öffentlichen Recht entwickeln sich somit „subjektive öffentliche Rechte“, wie die Grundrechte heute bezeichnet werden<sup>19)</sup>. Die englische politische Theorie hatte bereits die Formel vorgebildet<sup>20)</sup>, in die damals im Deutschland des auslaufenden 18. Jahrhunderts der Inhalt dieses individuellen Selbstbestimmungsanspruchs gerann: „Freiheit und Eigentum“. Diese Formel war gleichzeitig der Titel eines der politisch bemerkenswertesten Bücher der naturrechtlich aufgeklärten Epoche: Ernst Ferdinand Kleins „Freyheit und Eigenthum“ vom Jahre 1790<sup>21)</sup>.

Das Ich, das gegenüber dem Staat die Bannmeile eines *Noli me tangere* um sich zog, brachte für die spätere Forschung die Gefahr, den Glauben an eine unpolitische Grundhaltung des liberalen Bürgertums zu wecken und zu festigen. „Die Freiheit, die hier in Anspruch genommen wird, wird weithin, ja fast ausschließlich als Freiheit vom Staat und vom Politischen, als eine apolitische Reservatfreiheit verstanden — nicht aber als Freiheit zur Teilnahme und Teilhabe an der Staatsregierung, wie in den angelsächsischen Ländern und im Bereich der alten Gemeindedemokratien Hollands und der Schweiz . . . So wachsen die Grundrechte in Deutschland im 19. Jahrhundert unter der Decke eines formal-rechtsstaatlich fortgebildeten Obrigkeitsstaates empor, ohne daß sie — im Sinne des angelsächsischen *rule of law* — die Mitregierung und Mitbestimmung des Bürgers, die Teilnahme am Staat einschließen.“<sup>22)</sup> Diese scheinbare

<sup>15)</sup> I. Kant, Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, abgedruckt in: Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik, Meinersche Philosophische Bibliothek, Bd. 47, I, Nachdruck, hrsg. von K. Vorländer, Hamburg 1959, S. 87.

<sup>16)</sup> Hierzu Th. Stammen, Der Rechtsstaat — Idee und Wirklichkeit in Deutschland, Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit, H. 19, München 1965, S. 43—55.

<sup>17)</sup> Beispiele bei F. v. Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, in: Recht und Staat, H. 195/196, Tübingen 1957, S. 47.

<sup>18)</sup> J. G. Fichte, Zurückforderung der Denkfreyheit von den Fürsten Europens, die sie bisher unterdrückten, o. O. 1793, S. 21 ff.

<sup>19)</sup> Maunz-Dürig, a. a. O., Bd. I, Art. 1, Rdnr. 96; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a. M. 1966<sup>2</sup>, Vorbemerkungen A VI 2.

<sup>20)</sup> „liberties and properties“ bei John Locke, The Second Treatise of Government, ed. J. W. Gough, Oxford 1956<sup>3</sup>, c. XIX, 227, S. 113.

<sup>21)</sup> E. F. Klein, Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung, Berlin und Stettin 1790.

<sup>22)</sup> H. Maier, Rechtsstaat und Grundrechte im Wandel des modernen Freiheitsverständnisses; in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 29/1966, S. 12 f. Vgl. ferner H. Conrad: Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794, H. 77 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Opladen 1958, S. 42; H. Maier, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Recht und Staat, H. 321, Tübingen 1966, S. 15 f.

Apolizität früher rechtsstaatlicher Ansätze umschreibt aber nur *einen* Wesenszug der Entwicklung, während andere Tendenzen vehement ins Gegenteil weisen. Der Absolutismus und weitgehend auch der aufgeklärte Absolutismus hatten das Signum einer peniblen Arkanpraxis getragen, das heißt, der Hof hatte das Monopol des Politischen beansprucht, während der Bürger in seinem politischen Denken möglichst amorph gehalten und aus dem politischen Entscheiden völlig ausgespart werden sollte<sup>23</sup>). Hätte die sogenannte bürgerliche Bewegung des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts nichts weiter zum Ziel gehabt, als lediglich diese Apolizität zu bewahren bzw. durch eine grundrechtliche Garantierung zu festigen, so bliebe der Kampf um die Presse- und Meinungsfreiheit ebenso unverständlich wie das Ringen um parlamentarische Volksvertretungen im Vormärz. Unbeschadet nicht weniger (meist naturrechtstheoretischer<sup>24</sup>) Dokumente mit egozentrischem<sup>25</sup>) Freiheitsverständnis war die frühe Rechtsstaatsentwicklung stark geprägt von politischer Dynamik, die allerdings von manchen Theoretikern damals nicht wahrgenommen, von anderen mit ungleicher Konsequenz zu Ende gedacht wurde. Ulrich Scheuner hat diese Kerbe der Erkenntnis längst geschlagen: „Der ‚liberale‘ Rechtsstaat . . . ist . . . eine irreführende Bezeichnung, wenn man dabei etwas Unpolitisches verstehen will. Gerade die großen liberalen Vorkämpfer des Rechtsstaats, Mohl oder Gneist, haben ihn durchaus als einen politischen Begriff verstanden.“<sup>26</sup>) Die Mehrzahl der Liberalen des frühen 19. Jahrhunderts, sei es nun Rotteck, Welcker oder der Görres des Rheinischen Merkurs, wollten keineswegs eine Freiheit vom Staat katexochen, sondern eine Freiheit vom konkreten Staatstyp, der vor ihnen stand, dem Obrigkeitsstaat, um ihrerseits einen Staat der bürgerlichen Mitsprache aufzubauen. Keinem der Genannten schwebte die Freiheit vor als ein Asyl des Privatvergnügens, sondern als Startbahn politischen Engagements.

<sup>23</sup>) J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, POLITICA Bd. 4, Neuwied 1962, S. 65 ff. F. Schneider, Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit, POLITICA Bd. 24, Neuwied und Berlin 1966, S. 55 ff.

<sup>24</sup>) Vgl. F. v. Hippel, a. a. O., S. 47.

<sup>25</sup>) So sagt R. v. Mohl sogar über Kant: „Die selbstsüchtige Vereinzelnung des Individuums fand hier ihre volle Rechtfertigung“, in: Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I, Erlangen 1855, S. 243.

<sup>26</sup>) Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, a. a. O., S. 231, Anm. 12.

### 3. Ernst Ferdinand Kleins Zeugnis für die politische Freiheit (1790)

Da die Sache „Rechtsstaat“ sehr viel älter ist als der Name<sup>27</sup>), ist zu fragen, ob sich die Gültigkeit von Scheuners Aussage noch zurückerweitern läßt auf das ausgehende 18. Jahrhundert. Die Interpretation einiger zentraler Stellen aus Ernst Ferdinand Kleins zitierter Veröffentlichung „Freyheit und Eigenthum“ soll hier eine Antwort versuchen und zugleich die Lösung der Ausgangsfrage unseres Themas vorbereiten.

Klein, prominenter Mitverfasser des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, wählt in der Schrift „Freyheit und Eigenthum“ die zeitgenössisch beliebte Form des Dialogs. Die Gesprächspartner vertreten sehr konträre Auffassungen, was der Darstellung ein gewisses Maß an Systemlosigkeit und Widersprüchlichkeit gibt; aber gerade die Widersprüche zeigen die Gärung. Darüber hinaus bot die mit Für und Wider operierende Dialogform jenen Schein der Objektivität, unter welchem auch nonkonforme Auffassungen die von der Französischen Revolution aufgeschreckte Zensur passieren konnten<sup>28</sup>). Bei der Beurteilung von Kleins Äußerungen ist seine Bemerkung aus der Vorrede im Ohr zu halten, daß sein „scheuer Ausdruck zuweilen hinter seiner kühnen Meinung zurückbleibt“<sup>29</sup>). Der Autor unterscheidet grundsätzlich zwischen einer als individualistische Reservatfreiheit gedeuteten bürgerlichen<sup>30</sup>) und einer zunächst nicht eindeutig umschriebenen politischen Freiheit. Es gibt eine Reihe von Stellen, in denen Klein ausführt, daß es ihm „nicht um die politische, sondern um die bürgerliche Freiheit zu tun sei“<sup>31</sup>). Insoweit scheint hier der Apolizität des Bürgertums das Wort geredet.

<sup>27</sup>) Marcic, a. a. O., S. 60; zur Geschichte des Wortes „Rechtsstaat“ vgl. Angermann, Robert von Mohl, in: POLITICA Bd. 8, Neuwied 1962, S. 116, Anm. 2.

<sup>28</sup>) Das 8. Gespräch (S. 162) beginnt mit den Sätzen: „Also wollen Sie unser Gespräch drucken lassen? Kleon. Ja, weil ich glaube, daß es nützliche Wahrheiten enthält. Eubul. Dazu würde ich nicht rathen. Die darinn vorkommenden Lobpreisungen der Freyheit dürften übel ausgelegt werden, und die Feinde der Aufklärung in dem Gedanken bestärken: als ob Geist des Aufruhrs und Aufklärung einerley sey.“

<sup>29</sup>) Klein, a. a. O., S. V.

<sup>30</sup>) „die bürgerliche Freyheit beruht nur auf der Freyheit der Einzelnen, ihre eigene Wohlfahrt nach besten Einsichten zu befördern.“ (Klein, a. a. O., S. 118).

<sup>31</sup>) Klein, a. a. O., S. 163.

Daneben stehen aber andere Partien, welche die beiden Freiheitstypen bemerkenswert miteinander verknüpfen: „Man kann wohl nicht sagen, daß die *bürgerliche* Freyheit ohne die *politische* keinen Werth habe; vielmehr ist sie so sehr die Hauptsache, daß man der politischen Freyheit nur insofern einen Werth beylegen kann, als sie zur *Unterstützung* der bürgerlichen gereicht.“<sup>32)</sup> Das Bindeglied ist die Unterstützung. Über die Unterstützung durch die politische Freiheit ist wenige Zeilen vorher gesagt, daß sie notwendig ist, weil die bürgerliche Freiheit „unzuverlässig“ sei. Um zu der wirklichen politischen Dynamik, die hinter dem Begriff „Unterstützung“ liegt, vorzustoßen, bedarf es einer genauen Analyse jener vielschichtigen und teilweise doppelbödigen Passage, in der die politische Spannung des Werkes kulminiert. Es ist der Dialog über die politische Freiheit zwischen M(enon), dem ‚Extremisten‘ der Gesprächsrunde<sup>33)</sup>, und K(leon = Klein). Da es hierbei auf Nuancierungen und auf jene Gedanken ankommt, die als Folgerungen zwar unausgesprochen bleiben, durch das Gesagte aber zwingend angelegt sind, sei die Passage kurz vorangestellt:

„M.: Mir gefällt der Unterschied zwischen bürgerlicher und politischer Freyheit gar nicht. K.: Und warum nicht? M.: Weil es keine andere, als die politische gibt. K.: Ich kann doch unter dem Schutze der Gesetze frey seyn, ohne daß ich zur Verfertigung dieser Gesetze etwas beygetragen habe. Es kommt ja alles darauf an, daß die Gesetze billig sind. M.: Und daß sie gehalten werden. K.: Darauf hält auch in uneingeschränkten Monarchien die Obrigkeit. M.: Wenn und so lange sie will. K.: Ihre Handlungen können doch nach den Gesetzen geprüft werden? M.: Von wem? K.: Von jedermann. M.: Aber wer kehrt sich an den Jedermann? K.: Auch von den Vorgesetzten. M.: Doch nur, wenn und wie sie wollen? K.: Die Erfahrung zeigt, daß die Staatsverwaltung in Monarchien oft mehr Achtung für die Gesetze hat, als in sogenannten Freystaaten. M.: Dieß geschieht aber nur, weil es geschieht. K.: Auch deswegen, weil es geschehen soll? M.: Aber nicht, weil es geschehen muß. K.: Dem Monarchen ist daran gelegen, daß das Soll auch zum Muß werde. M.: Ja, wenn er seinen wahren Vortheil versteht. K.: Auch seine ersten Diener haben dasselbe Interesse. M.: Wenn sie nicht lieber ihrem

Bauch oder Beutel, als dem Staate dienen. K.: Wohl uns, daß wir in einem Staate leben, wo dergleichen Uebel nicht einheimisch sind.“<sup>34)</sup>

Wir können hier nur auf die Hauptthesen dieses Dialogs eingehen: M. setzt die provozierende These, der Unterschied zwischen bürgerlicher und politischer Freiheit sei untunlich, weil es nur die politische Freiheit gebe. Hier folgt bereits die entscheidende Differenzierung: K. begrenzt die politische Freiheit auf die Teilnahme der Bürger an der Gesetzgebung. Da auch ein Monarch gute und gerechte Gesetze machen kann, ist dieses Mitwirkungsrecht gegebenenfalls überflüssig. M. dagegen bezieht die politische Freiheit auch auf die grundsätzliche Möglichkeit, die „Handlungen“ auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu überprüfen und zu kontrollieren. K. geht auf diesen Gedanken ein und bietet folgenden Circulus vitiosus als Lösung: Die Obrigkeit überwacht das gesetzmäßige Verhalten der Untertanen, die Gesetzmäßigkeit der Obrigkeit aber wird von „Jedermann“ kontrolliert. M. knüpft daran die entlarvende Frage: „Wer kehrt sich an Jedermann?“, die K. zur Kapitulation zwingt. Die hohe Schule der Dialogkunst nützt hier ihre großen Möglichkeiten: Klein äußert die Meinung, indem er seinen Konservativismus durch eine fingierte Person widerlegen läßt. Durch Reden wird festgestellt, durch Schweigen gefordert. Ähnlich ist die Taktik im folgenden. M. entlarvt die reine Monarchie als ein System, in dem Gesetz- und Rechtmäßigkeit, wo sie existieren, nur faktisch, d. h. willkürlich existieren, nicht aber weil ein rechtlicher oder politischer Talbestand dazu zwingt; „dies geschieht nur, weil es geschieht . . . , nicht aber, weil es geschehen muß“. Lediglich der Monarch wird vergleichsweise geschont. Wenn man aber den Kampf der Verfasser des Allgemeinen Preußischen Landrechts gegen die sogenannten „Machtsprüche“ des Herrschers berücksichtigt, so erweist sich diese Schonung nur als ein Akt nötiger Vorsicht und kluger Ehrerbietung. Dem gleichen Motiv dürfte die Laudatio entspringen, die diesen Gesprächsteil abschließt. Sicher ist, daß das Preußen Friedrich Wilhelms II. keineswegs die Ideale Kleins widerspiegelt. Den Staat der Zukunft sieht Klein in einer Entwicklung zum Konstitutionalismus, und Hermann Conrad bezeichnet mit Recht folgende Stelle „als eigentliche Krönung des Werks“<sup>35)</sup>:

<sup>32)</sup> Klein, a. a. O., S. 164.

<sup>33)</sup> Klein, a. a. O., Vorrede S. V.

<sup>34)</sup> Klein, a. a. O., S. 118—120.

<sup>35)</sup> Conrad, a. a. O., S. 43.

„Ist aber das Volk mündig geworden, so wird es der Fürst selbst, wie der Vater seinen erwachsenen Sohn, nach und nach an den Genuß der Freyheit gewöhnen, bis der Zeitpunkt herannahet, da er sagen kann: Geliebtes Volk! Du hast mich bisher als deinen Vater verehret; liebe mich nun als deinen Freund. Bürger sind nicht Kinder; Fürsten sind nicht Väter; Gesetzgebung ist keine Schulzucht. Ihr seydt Männer! Was euch dienlich ist, müßt ihr wissen, oder mit eurem Schaden noch lernen. Ich darf nicht allen die Hände binden, weil es einige Thoren unter euch gibt, die mit ihren Händen Unfug treiben. Meine Gesetze sollen nur dazu dienen, die Freyheit Aller mit der Freyheit eines Jeden zu vereinigen. Prüfet sie! Nicht mein Wille, sondern der eurige giebt ihnen verbindliche Kraft, und auch der eurige verpflichtet die Einzelnen nur, so weit er zum Schutze der gemeinsamen Freyheit gereicht.“<sup>36)</sup>

Kleins Schrift ist ein Gedankenfeld voll Unruhe und explosiver Anregungen. Die Ideen werden nicht imperativisch propagiert, wohl aber dialogisch offeriert. Unseren Zusammenhang berührt die teilweise nur indirekt ausgesprochene, aber in logisch zwingender Folgerung angelegte These, daß der Absolutismus immer auf Willkür reduzierbar bleibt, und daß damit die bürgerliche Freiheit zwar nicht immer faktisch, wohl aber potentiell bedroht ist. Diese Bedrohung wird von der politischen Freiheit beseitigt, die darin besteht, daß 1. die Untertanen an der Gesetzgebung teilnehmen, damit die Gesetze gerecht werden (= Konstitutionalismus), 2. daß auch die gesamte Obrigkeit unter Recht und Gesetz gebeugt wird.

#### 4. Entwicklungsphasen früher Rechtsstaatlichkeit

Die Beugung des Herrschers und seines Verwaltungsstabs unter das Gesetz nannten wir das Kernanliegen in der frühen Entfaltung der Rechtsstaatsidee. Insoweit decken sich Kleins „Politische Freiheit“ und die Rechtsstaatsidee. Verlassen wir aber das Beispiel der Schrift Kleins zugunsten einer gesamten Überschau, so läßt sich die Auffächerung der Rechtsstaatsidee in drei Entwicklungsstufen systematisierend zusammenfassen. Diese drei Phasen sind nicht in einer chronologischen, wohl aber in einer logischen Abfolge zu sehen:

1. Der erste Schritt beinhaltet die *Überführung unkodifizierten bzw. unsicheren Rechts in ein Gesetzesrecht*. Über die aus dem Germanischen herkommende deutsche Rechtstradition hatte sich die Rezeption des römischen Rechts gestülpt; die Zeit des „guten alten Rechts“ war vorbei. Goethe hat etwa gleichzeitig mit dem Beginn seiner Anwaltstätigkeit in Frankfurt am Main (1771) das Problem dieser Rechtsunsicherheit im Urgötz in der pittoresken Gestalt des Olearius auf die Bühne gebracht. Die Szene glossiert die Situation mit wenigen Sätzen: Olearius hatte in Bologna studiert und kehrt als frischgebackener Jurist in seine Heimatstadt Frankfurt zurück: „Der Pöbel hätte mich fast gesteinigt, wie er hörte, ich sei ein Jurist . . . sie halten Juristen so arg als einen Verwirrer des Staats, einen Beutelschneider, und sind wie rasend, wenn einer dort sich niederzulassen gedenkt.“<sup>37)</sup> Auch wenn das römische Recht in der Regel nur subsidiäres Recht war, entstand trotzdem erhebliche rechtliche Zersplitterung und Verwirrung, und das Gefühl der Rechtsunkenntnis führte zum Gefühl der Rechtlosigkeit. Nicht zufällig wurde deshalb das ausgehende 18. und das beginnende 19. Jahrhundert zur Zeit epochaler Gesetzeswerke, an ihrer Spitze das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794<sup>38)</sup>; Wieacker nennt es „das erste große Muster moderner Kodifikationskunst in Europa“<sup>39)</sup>.

Beim Gesetzesrecht ist jedoch zu unterscheiden zwischen *Gebots- bzw. Verbotsnormen* einerseits und *Garantiegesetzen* auf der anderen Seite. Die ersteren enthalten ein „Du sollst“ bzw. ein „Du darfst nicht“. An ihnen bestand kein Mangel. Im Gegenteil hatten die Verordnungen der sogenannten „guten Polizei“ die Kodifizierungen das ganze 18. Jahrhundert hindurch ständig anschwellen lassen<sup>40)</sup>. Der Rechtsstaatsbegriff formte sich aber gerade im Gegensatz zu den Polizeigesetzen und zum

<sup>37)</sup> J. W. v. Goethe, Götz von Berlichingen, 1. Akt.

<sup>38)</sup> Vgl. R. Koselleck, Staat und Gesellschaft in Preußen, in: Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815—1848, ed. W. Conze, Stuttgart 1962, S. 79 ff.

<sup>39)</sup> F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 203.

<sup>40)</sup> Z. B. beklagt J. Möser 1772, daß „der jetzige Hang zu allgemeinen Gesetzen und Verordnungen der gemeinen Freiheit gefährlich“ sei, weil „wir uns dadurch von dem wahren Plan der Natur entfernen, die ihren Reichtum in der Mannigfaltigkeit zeigt, und den Weg zum Despotismus bahnen, der Alles nach wenig Regeln zwingen will.“ Patriottische Phantasien II. Teil, sämtl. Werke Bd. 2, ed. B. R. Abeken, Berlin 1842, S. 20 f.

<sup>36)</sup> Klein, a. a. O., S. 182 f.

Polizeistaat. Kernstück der Rechtsstaatsidee waren deshalb die *Garantiegesetze*, die ein staatlich zugesichertes Dürfen umschreiben. Die Meinungs- und Pressefreiheit z. B. wurde zuerst ausdrücklich durch Joseph II. garantiert<sup>41)</sup>, während die Garantierung der Religionsfreiheit im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten ihre bis dahin nachdrücklichste Betonung fand<sup>42)</sup>. Mit solchen Kodifikationen begann in Deutschland die Geschichte der modernen Grundrechte. Anselm von Feuerbach schrieb 1814: „Gerechtigkeit findet der Teutsche bloß in dem Heiligthume *gesetzmäßiger Freiheit*.“<sup>43)</sup> Man versagte sich also jener Gerechtigkeit, die sich weigerte, die Form der Gesetzlichkeit anzunehmen. Als Faustregel kann man sagen: Bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts galt ein Freiheitsrecht dann als gewährt, wenn es durch keine zuwiderlaufende Maßregel beengt wurde; später erkannten die Vertreter des Liberalismus nichts als Freiheit an, was nicht auch positives und verbrieftes Recht geworden war<sup>44)</sup>.

2. Dieser erste Schritt hin zum Gesetzesstaat wird nur sinnvoll, wenn eine andere Entwicklung damit parallel geht: die *Verabsolutierung des Gesetzlichen überhaupt*, d. h. seine Herauslösung aus der permanenten Zugriffsmöglichkeit seitens des Herrschers und seine Verfestigung in eine *übergeordnete Norm*, die Fürst und Volk gleichermaßen bindet. Diese bedeutet die Beugung des Herrschers unter jenes Gesetz, das durch den ersten Entwicklungsschritt evident gemacht und festgelegt ist. Carl Gottlieb Svarez sagt in den Vorträgen vor dem Kronprinzen Friedrich Wilhelm (III.) von Preußen: „Dem Gehorsam gegen die Gesetze kann also kein Einwohner desselben,

er sei von noch so hohem Range, sich entziehen. In dieser Rücksicht sind daher alle Untertanen in den Augen des Souveräns völlig gleich, und der Fürst, der unmittelbar an seinem Throne steht, ist seinen Gesetzen ebenso sehr unterworfen als der niedrigste Landbewohner oder Tagelöhner.“<sup>45)</sup> Das Mittel, durch das der Herrscher die gesatzte Gerechtigkeit affizieren konnte, waren die sogenannten *Machtsprüche*<sup>46)</sup>. Der berühmteste Fall ist der des Müllers Arnold gewesen: Friedrich II. von Preußen hob damals nicht nur das *secundum leges* ergangene Urteil auf, er entließ sogar den Großkanzler v. Fürst und schickte die Richter nach Spandau<sup>47)</sup>. Im Entwurf des Preußischen Landrechts sah Svarez deshalb ein kategorisches Verbot von *Machtsprüchen* vor<sup>48)</sup>. Der preußische Kammergerichtsdirektor Leopold Friedrich von Kircheisen betonte 1792 vor höchster Stelle: „Die gesittete Welt, dieses mächtige Tribunal, ist darin übereingekommen, sich mit dem Worte *Machtspruch* Ungerechtigkeit als verschwisterte Idee zu denken.“<sup>49)</sup> Daß dennoch das Verbot der *Machtsprüche* schließlich nicht von den Entwürfen in die Endfassung des Preußischen Landrechts überging — die Französische Revolution hatte dem König den Mut zum Verzicht genommen —, ändert nichts an der Tendenz der Zeit: Beugung des Herrschers unter das Recht<sup>50)</sup>.

3. Aber auch dieser zweite Schritt schließt nicht alle Lücken der Rechtssicherung. Denn noch war ja der Herrscher Gesetzgeber und

<sup>41)</sup> Joseph II. von Österreich: Edikt vom 11. Juni 1781; abgedruckt bei A. Wiesner, *Denkwürdigkeiten der Österreichischen Zensur vom Zeitalter der Reformation bis auf die Gegenwart*, Stuttgart 1847, S. 146.

<sup>42)</sup> Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin 1796<sup>3</sup>, 2. Teil, Bd. 4, Tit. 11, S. 729, § 1—4.

<sup>43)</sup> A. v. Feuerbach, *Über teutsche Freiheit und Vertretung teutscher Völker durch Landstände* (1814), abgedruckt in: *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg 1833, S. 79.

<sup>44)</sup> Speziell auf dem Gebiet des Verfassungsrechts scheint die Bewertung des geschriebenen Gesetzeswortes inzwischen gelegentlich wieder rückläufig geworden zu sein; z. B. spricht E. Forsthoff vom „Zweifel . . .“, ob nicht die Kraft des gesetzten Verfassungswortes (heute) in einem solchen Maße erlahmt ist, daß wir überhaupt dem Ende der kodifizierten Verfassungen entgegen zu gehen drohen“, a. a. O., S. 50.

<sup>45)</sup> C. G. Svarez, *Vorträge über Recht und Staat*, hrsg. von H. Conrad und G. Kleinheyer, Köln und Opladen 1960, S. 246.

<sup>46)</sup> Vgl. J. J. Moser, *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen in Rechts-, Staats- und gemischten Sachen*, Frankfurt am Main 1750.

<sup>47)</sup> R. Stammler, *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*, Charlottenburg 1928, Bd. I, S. 411—429.

<sup>48)</sup> „Durch *Machtsprüche* soll niemand an seinem Rechte gekränkt werden“, § 6 der Einleitung des Entwurfs von 1784; ähnlich im Entwurf von 1791; zit. nach Conrad, a. a. O., S. 44.

<sup>49)</sup> Zit. nach Conrad, *Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preußens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts*, H. 95 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Opladen 1961, S. 24.

<sup>50)</sup> Die Beugung des Herrschers unter das Recht ist ein Faktor der Rechtsstaatsidee, der bis in die griechische Antike zurückreicht und dort im Begriff „*Isonomie*“ gipfelt; dazu H. Schäfer, *Politische Ordnung und individuelle Freiheit im Griechentum*, Beiträge zur europäischen Geschichte Bd. 1, München 1958, S. 11 ff. G. F. Bender, *Aristoteles' Politik*, erscheint demnächst, Kommentar zu Pol. IV 4, 1292 a 24—37.

konnte somit — selbst unter Vermeidung von Machtsprüchen — über ständige Gesetzesmetamorphosen zur Willkür zurückfinden. Zwar gab es im ausgehenden 18. Jahrhundert hier und dort noch Landstände, die bei der Gesetzgebung formell mitwirkten, doch war ihre faktische Wirksamkeit, von Württemberg und Mecklenburg abgesehen, zur Bedeutungslosigkeit degeneriert<sup>51)</sup>. Zwei sich ergänzende Wege wurden eingeschlagen, um die Umgehung der Rechtssicherung durch willkürliche Gesetzesmutationen zu verhindern:

a) Schaffung eines Grundgesetzes, das die Gesetzgebungsbefugnis in Bindung legt. Kant sprach davon, daß eine „Verfassung (constitutio)“ nötig sei, „um dessen, was Rechtens ist, theilhaftig zu werden“<sup>52)</sup>, und Anselm von Feuerbach erweiterte seine oben zitierte These dahin, daß eine „würdige öffentliche Ordnung“ nur dort bestehe, wo die „Freiheit anerkannt und durch eine Verfassung gesichert“ sei<sup>53)</sup>. Hier ist der Punkt erreicht, wo die Rechtsstaatsidee den modernen Verfassungsstaat kreiert. Schon das Preußische Landrecht sollte nach Svarez' Meinung eine solche Verfassung zumindest ersetzen. Svarez spricht ausdrücklich von einer „allgemeinen Gesetzgebung, deren Werk es ist, feste, sichere und fortdauernde Grundsätze über Recht und Unrecht festzustellen, die besonders in einem Staat, welcher keine eigentliche Grundverfassung hat, die Stelle derselben gewissermaßen ersetzen soll, die also für den Gesetzgeber selbst Regeln enthalten muß, denen er auch in bloßen Zeitgesetzen nicht zuwiderhandeln

darf.“<sup>54)</sup> Svarez unterscheidet hier nachdrücklich zwischen *Grundverfassung* und bloßen *Zeitgesetzen*; wer die letzteren gibt, ist an die erstere gebunden.

b) Der zweite Weg hat die *Mitwirkung des Bürgers* an der Gesetzgebung zum Ziel. Auch im Rahmen eines Grundgesetzes soll der Monarch die Regie über die „Zeitgesetze“ nicht mehr in eigener Hand behalten, sondern mit einer Volksvertretung teilen. Die Ratio ist, daß das Recht auf die Dauer nirgendwo gesichert ist, wenn seine Inkraftsetzung in der Kompetenz eines einzelnen ruht. Dieses Mitwirkungsrecht fällt unter die „politische Freiheit“ im Sprachgebrauch Ernst Ferdinand Kleins. Ein Grundgesetz soll nicht nur die Freiheitsrechte der sogenannten bürgerlichen Freiheit beinhalten, sondern eben gerade dieses Mitwirkungsrecht des Volkes an allen Gesetzen garantieren. Mit dieser Forderung hat die Rechtsstaatsidee den Konstitutionalismus begründet, wie er dann nach den Befreiungskriegen in Deutschland Geschichte wurde<sup>55)</sup>.

## 5. Das Wesen der politischen Komponente der Rechtsstaatsidee

Überblickt man die erste Epoche deutscher Rechtsstaatsentwicklung in ihrer Gesamtheit, so findet man eine beachtliche Zahl materiell-rechtlicher Prinzipien verwirklicht. Sie stellen wichtige Teilrealisierungen des modernen Rechtsstaats dar; damit ist aber noch nicht die Rechtsstaatlichkeit insgesamt erreicht. *Ausgereift dagegen ist die politische Komponente*. Sie zeigt von Anfang an die unlösbare Durchdringung der Rechtsstaatsidee mit politischen Intentionen. Die drei dargestellten Stufen der ersten Epoche deutscher Rechtsstaatsentwicklung lassen als das Wesen der politischen Komponente erkennen: die mit politischen Mitteln versuchte Absicherung des Rechts gegen den Einbruch der Willkür; sie garantiert eine Haltung, die sich nicht damit zufrieden gibt, daß Gerechtigkeit existiert (Justitia existens), sondern die das Recht auch in der Zukunft erkannt und gewahrt wissen will. Sucht man für diese Haltung einen Arbeitsbegriff, so ist „Rechtsvorsorge“ (Providentia

<sup>51)</sup> Häberlin, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Berlin 1794, Bd. II, S. 76 ff.: „Landstände gehören allerdings zum Glück eines Landes, wenn sie ihrer Pflichten eingedenk sind, und es nie vergessen, daß sie Repräsentanten des Volks und diesem eigentlich Rechenschaft von ihren Handlungen zu geben schuldig sind. Aber wie selten ist dies wirklich der Fall? Wie selten wagen sie es, dem Regenten über sein, oder seiner Räte Handlungen zwar bescheidene, aber doch standhafte Vorstellungen zu thun? Wie wenig sehn sie oft bey ihren Rathschlägen auf das Beste des ganzen Landes? Wie gleichgültig sind sie nicht zuweilen gegen den Druck und die Ungerechtigkeiten, welche der arme Unterthan leiden muß? Nur dann erheben sie ein großes Geschrey, wenn ihre eignen Rechte auf dem Spiel sind; dann führen sie wohl Processe und bestreiten die Kosten aus der allgemeinen Landescasse, wozu der ohnehin gedrückte Unterthan das seinige beysteuern muß.“

<sup>52)</sup> Kant, Die Metaphysik der Sitten. Der Rechtslehre zweiter Teil: Das öffentliche Recht, § 43, ed. K. Vorländer, Meinersche Philosophische Bibliothek Bd. 42, Hamburg 1954, S. 133.

<sup>53)</sup> v. Feuerbach, a. a. O., S. 79.

<sup>54)</sup> Zit. nach Conrad, Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794, a. a. O., S. 35.

<sup>55)</sup> Überblick über die deutschen Verfassungen des Vormärz bei E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. I, Stuttgart 1957, S. 656 f.

juris) wohl am treffendsten, also die politisch-institutionelle Prävention des Unrechts<sup>56)</sup>, verbunden mit der Vorausberechenbarkeit obrigkeitlicher Akte. Diese Haltung muß den Absolutismus ablehnen, weil in dessen System die politische Rechtsvorsorge nicht angelegt ist. Willkür bildet nicht den Gegensatz zu Gerechtigkeit, sondern zu Rechtssicherheit und

Rechtssicherung. Die Rechtsstaatsidee affiziert die Form des absolutistischen Staates und sucht sie durch ein System der Rechtsvorsorge zu ersetzen. Der Weg vom Absolutismus zum aufgeklärten Absolutismus und vor allem dann zur konstitutionellen Monarchie ist deutbar als Ergebnis einer politisch konzipierten Auffassung vom Rechtsstaat.

### III. Die Formalisierung des Rechtsstaatsgedankens

#### 1. Friedrich Julius Stahls neuer Ansatz

Dem Preußischen Landrecht ist seit der ersten Auflage ein Titelbild beigegeben: Justitia hält die Waage; auf der einen Schale ruhen die Insignien der Krone, auf der anderen die Symbole des Bürgertums. Das Recht hält die Balance der Macht im Staate; und weil die Balance besteht, ist das Recht verwirklicht. Die zweite Epoche sogenannter — man muß hier betonen: sogenannter — deutscher Rechtsstaatlichkeit wird gekennzeichnet sein durch das Zurücktreten des Rechts in eine bloße Funktion der Macht; die Balance mußte damit verlorengehen. Dieser zweiten Entwicklungsepoche wenden wir uns nun zu.

Die berühmteste und folgenreichste Definition des Rechtsstaats, die in Deutschland je gegeben wurde, ist jene, die Friedrich Julius Stahl

1846 in seiner Rechts- und Staatslehre gab<sup>57)</sup>. Diese Definition stellt die Weichen der zweiten Epoche des Rechtsstaatsdenkens. Der entscheidende Satz lautet: „Rechtsstaat bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.“ 1847 ergänzt Stahl: „Mit dem Charakter des Rechtsstaats ist überhaupt nur die Unverbrüchlichkeit der gesetzlichen Ordnung gegeben, nicht aber ihr Inhalt.“<sup>58)</sup> Dies besagt: Die Verfassung eines Staates und die Rechtsstaatlichkeit haben nichts miteinander gemein. Die erstere ist das materielle, die letztere das bloß formelle Prinzip. In diametralem Gegensatz zur ersten Phase wird hier das Politische und das Rechtsstaatliche mit einem Hieb getrennt. „Unverbrüchlichkeit der gesetzlichen Ordnung“ bedeutet nichts weiter als Legalität = Gesetzmäßigkeit, d. h. die Rechtsstaatsidee kontrolliert zwar den Weg vom Gesetz zur Gesetzesanwendung, nicht aber jenen entscheidenderen Weg vom politischen Zweck zur Gesetzeswerdung. Die Frage: Was wird Gesetz? tangiert den Rechtsstaat Stahlscher Prägung nicht. Der Staat ist in seinem norm-schaffenden Willen freigesetzt, ist faktisch unter kein Rechts- und Ordnungsprinzip mehr gebeugt, das er nicht selbst aus sich entläßt. Zwar fährt Stahl a. a. O. fort, der Inhalt der gesetzlichen Ordnung müsse „anderwärts herkommen, und kommt eben aus höheren sittlichen und politischen Principien“<sup>59)</sup>. Das heißt: Nicht das Recht bestimmt die Prinzipien, sondern die Prinzipien bestimmen das Recht. Die Behauptung, daß diese Prinzipien

<sup>56)</sup> Unter dem Gesichtspunkt institutioneller Unrechtsprävention wird man vor allem Kant nicht jene Führungsrolle zuerkennen können, die ihm häufig als Wegbereiter des Rechtsstaats nachgerühmt wird (vgl. z. B. Th. Ellwein, Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise, München 1954, S. 18 f.). Obwohl Kant den Verfassungsstaat und das „republikanische“ Prinzip (Erster Definitivartikel zum ewigen Frieden) fordert, bleibt der Gesichtspunkt der Rechtsvorsorge merkwürdig matt: In der Antwort an Hobbes (Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht) bezeichnet er gegenüber Ungerechtigkeiten der Obrigkeit die „Freiheit der Feder“ als „das einzige Palladium der Volksrechte“, und in der Rechtslehre (Teil II, § 49) versteht er unter „Heil des Staats“ den „Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien, als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht“. Der Gleichklang von Verfassung und Rechtsprinzipien ist nicht gesucht durch institutionelle Absicherungen, sondern durch das ethische Postulat des kategorischen Imperativs. Die Möglichkeit, den potentiell ungerechten Herrscher durch politische Mittel zur Gerechtigkeit zu zwingen, schöpft Kant im Grunde nicht aus.

<sup>57)</sup> F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, 2. Abt. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Heidelberg 1846<sup>2</sup>, S. 106.

<sup>58)</sup> Ders., Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judentum, Berlin 1847, S. 62.

<sup>59)</sup> Ders., ebenda; vgl. E. W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958, S. 170, Anm. 8.

„höhere Principien“ seien, ist nichts weiter als eine Flucht in gefährlichen Optimismus. Die Amalgamierung des Politischen mit dem Rechtlichen in der ersten Phase der Rechtsstaatsidee hatte schon vor Stahl den Zweifel an diesem Optimismus propagiert, und das 20. Jahrhundert hat Stahl endgültig widerlegt. Die „höheren Principien“ sind nur der Wille des Staats (d. h. gegebenenfalls der Wille des Diktators) und gelten im deutschen Denken nur deshalb als „höher“, weil es eben der Staat ist, der sie will. Rechtsstaatlichkeit bedeutet nach Stahl die handlangerische Durchführung einer politischen Konzeption, ohne den Standort dieser Konzeption zu beeinflussen. Kelsens spätere These, daß jeder Staat ein Rechtsstaat ist<sup>60)</sup>, schließt sich nahtlos an den Stahlschen Ansatz an.

Die These Stahls ist theoretisch und historisch verständlich aus dem flagranten Konflikt um den Staatszweck, zu dem die Rechtsstaatsidee erstrangigen Gärungsstoff lieferte. Kontrapunktisch stehen die beiden Positionen bei Joh. Chr. v. Aretin einander gegenüber: „Will man aber behaupten, die Rechtsherrschaft und die Wohlfahrt seien der Staatszweck, so nimmt man z w e i Zwecke an, die überdies einander geradezu aufheben.“<sup>61)</sup> Robert v. Mohl hat wenig später versucht, zwischen dem herkömmlichen System der „guten Polizei“ und dem liberalen Rechtsstaatsgedanken eine Brücke des Ausgleichs zu schlagen unter dem Titel „Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates“. Die Lösungsformel dieses letzten Anlaufs, den Polizeibegriff des 18. Jahrhunderts im 19. Jahrhundert zu rehabilitieren, lautete: „Ein Rechtsstaat kann also keinen andern Zweck haben, als den: das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freien und allseitigen Übung und Benützung seiner sämtlichen Kräfte *unterstützt* und *gefördert* werde.“<sup>62)</sup> Mohls Vermittlung fand nicht das Ohr seiner Zeit; um so effektvoller war Stahls Hieb durch den gordischen Knoten. Stahl löste den Rechtsstaatsbegriff aus der aktuellen Staatszweck-Kontroverse heraus. Mit dieser „Entgiftung“

<sup>60)</sup> H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 44 und 91.

<sup>61)</sup> J. Chr. v. Aretin und K. v. Rotteck, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 1824—1828, zit. nach Angermann, a. a. O., S. 105.

<sup>62)</sup> R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen 1832, Bd. I, S. 7.

bewältigte aber Stahl das Problem nicht, sondern umging es, indem er die historisch gewachsene politische Valenz und Prägestkraft aus dem Begriff Rechtsstaat ausklammerte. Die Entwicklung der politischen Komponente kommt damit nicht nur zum Stillstand, sondern gerät in entscheidender Hinsicht in gewollte Vergessenheit. Die Rechtsstaatsidee erfährt eine „Verengung extremsten Charakters“<sup>63)</sup>, die bis in die Weimarer Zeit begriffsbestimmend bleibt. Diejenige Rechtsstaatsidee, die in der Wilhelminischen Ära zur vollen Ausprägung kommt, bescheidet sich — diesmal mit Otto Mayer gesprochen — mit der „Justizförmigkeit der Verwaltung“<sup>64)</sup>: Während Otto Bähr<sup>65)</sup> die Kontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte vertrat, wurde Rudolf v. Gneist zum Wegbereiter einer gesonderten Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gneist geht ausdrücklich von dem Grundgedanken aus, „daß die höchste Gewalt im Staate jederzeit Recht erteilen *will*“<sup>66)</sup>. Diese Hypothese ist für Gneist ein gesichertes politisches Faktum mit dem Gewicht einer „*praesumptio juris et de jure*“, und gerade diese Prämisse macht das große Leck in dieser Rechtsstaatsdeutung sichtbar.

## 2. Staatsgläubigkeit der Wilhelminischen Ära

Beginnend mit Baden (1863), Preußen und Hessen (1875) etablierten sich bis 1918 in fast allen Gliedstaaten des Reichs die Verwaltungsgerichte. Der Bürger der Wilhelminischen Ära genoß weitgehende persönliche Freiheit, und die Verwaltungsgerichte schützten ihn überdies vor der Willkür der Exekutive. Alles dies war und ist im Sinne des Rechtsstaats wichtig; aber es trübt den Blick für Wichtigeres: für die Rechtsvorsorge auf der obersten Ordnungsebene, auf der die Selbstgestaltung des Staats den „Willen zum Recht“ (Gneist)

<sup>63)</sup> Stammen, a. a. O., S. 61.

<sup>64)</sup> O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, S. 65. In der 3. Auflage 1923 heißt es: „Wir können also kurz sagen: Der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung“, Nachdruck Berlin 1961, S. 62.

<sup>65)</sup> O. Bähr, Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze, Kassel—Göttingen 1864.

<sup>66)</sup> R. v. Gneist, Der Rechtsstaat, Berlin 1872, S. 160; Hervorhebungen nicht im Original. Zu Gneist vgl. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, S. 240 ff. Ferner Chr.-F. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953, S. 14 f.

politisch permanent absichern muß<sup>67)</sup>. Gegenüber der Etablierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist es ein Symptom für den Verlust der politischen Komponente der Rechtsstaatsidee, wenn gleichzeitig das Reichsgericht die Möglichkeit einer materiellen Normenkontrolle ablehnte<sup>68)</sup>. Da nur der Kaiser „zum Wächter und Hüter der Reichsverfassung gesetzt“ ist, konstatiert allein die Ausfertigung durch die Majestät, daß das Gesetz verfahrensmäßig und inhaltlich verfassungskonform zustande gekommen ist<sup>69)</sup>. Wenn es richtig ist, daß die Fürsten des deutschen Absolutismus zu human waren, als daß eine Parallelentwicklung zur Französischen Revolution in Deutschland hätte entstehen können, dann ist es mindestens ebenso richtig, daß die Monarchie des Zweiten Kaiserreichs zu gerecht erschien und zu beliebt war, als daß der Gedanke politischer Prophylaxe in Form des parlamentarischen Regierungssystems, gerichtlicher Normenkontrolle oder gar republikanischer Bestrebungen hätte ausreichend Echo finden können. Theodor Eschenburg hat dies überzeugend in seinem Buch „Die improvisierte Demokratie“<sup>70)</sup> nachgewiesen. Das Ver-

67) Vgl. Scheuner, Die rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes, in: Theologische Existenz heute; Der Rechtsstaat — Angebot und Aufgabe, München 1964, Nr. 119, S. 19: „Es wäre ungerecht zu verkennen, daß in diesem Zeichen die Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen, der Rechtsschutz ausgebaut und im spätkonstitutionellen Staate ein Zustand bürgerlicher Sicherheit und Bewegungsfreiheit erreicht wurde, in dem man eine echte rechtsstaatliche Ordnung erkennen darf. Aber die formale Deutung des Rechtsstaates, die damit sich durchsetzte, steckte ihre Grenzen zu eng. Sie legte das Gewicht auf die Herrschaft des Gesetzes, die Gesetzesbindung der Verwaltung und den Ausbau des Rechtsschutzes, sie rief nach gesetzlicher Durchformung der Staatstätigkeit und Begrenzung des Ermessens, gab aber die Bestimmung des Rechts ganz in die Hand des positiven Gesetzgebers, ohne diesen noch irgend zu binden. Die in den Landesverfassungen enthaltenen Grundrechte, wenn auch durch die Gesetzgebung weitgehend realisiert, blieben ohne große Bedeutung. — Das alles stand im Einklang mit der Grundhaltung eines bürgerlichen Zeitalters, das Reichsgründung und Reichsbau als Vollendung seines Strebens annahm und sich mit der Deutung der Gegenwart begnügte.“

68) RGZ 9, S. 232 ff.; vgl. Huber, a. a. O., Bd. III, S. 1058 f.

69) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1911, Bd. 2, Kap. 6, § 55, S. 44 und 46.

70) Th. Eschenburg, Die improvisierte Demokratie, München 1963, S. 11 ff.

trauen in die bestehende Ordnung<sup>71)</sup>, der Glaube an den ‚Vater Staat‘, der seit 1871 endlich die Sehnsüchte nach dem ‚Vaterland Kaiserreich‘ erfüllte, dies alles brachte das Politische an sich, sofern es in *bürgerlichem* Engagement bestand, in den Verruf des Schlechten. Die Deutschen lernten die Staatsgläubigkeit von Treitschke nicht minder als von Hegel: Der Staat „will, daß ihm gehorcht werde, sein Wesen ist, zu vollbringen was er will“<sup>72)</sup> ... Es ist die Weise der unreifen Jugend, den Parteien eine idealistische Begeisterung zu widmen, die der feste Mann nur für das Vaterland empfindet<sup>73)</sup> ... Der Einzelne soll ein Glied seines Staates sein und daher den Mut haben, auch die Irrtümer des Staates auf sich zu nehmen. Von dem Recht des Widerstandes der Untertanen gegen eine Obrigkeit, die nach ihrer Meinung unsittlich ist, kann gar keine Rede sein ... Festzuhalten bleibt immer, daß der Staat, eine sittliche Macht an sich, vor allem als ein hohes Gut zu betrachten ist.“<sup>74)</sup>

Die Ratio dieses Denkens ist: monolithische Einheit aller politischen Kräfte, und zwar im Staat, der „eine sittliche Macht an sich ist“ und der deshalb keiner pluralistischen Kontrollen bedarf. Und selbst wo und wenn der Staat im Irrtum sich befindet, ist der einzelne nicht berufen, diesen Irrtum zu beheben und sich von ihm zu distanzieren, sondern er soll „die Irrtümer des Staates auf sich nehmen“. Diese Fehlhaltung trägt bei Treitschke überdies die Glorie des Mutes. Die Staatsgläubigkeit entbehrt jener kritischen Unruhe, in der die politische Komponente der Rechtsstaatsidee hätte fortleben können. Noch 1918 schrieb Thomas Mann in den „Betrachtungen eines Unpolitischen“ die berühmten Sätze:

„Ich bekenne mich tief überzeugt, daß das deutsche Volk die politische Demokratie niemals wird lieben können, aus dem einfachen Grunde, weil es die Politik selbst nicht lieben kann, und daß der vielverschriene Obrigkeitsstaat die dem deutschen

71) H. Lutz verfolgt die Spuren des Autoritätsdenkens in: Wandlungen der Autorität, in: Autorität — was ist das heute?, München 1965, S. 14 ff.; zum Autoritätsbegriff vgl. ferner D. Sternberger, Autorität, Freiheit und Befehlsgewalt, Tübingen 1959, S. 3 ff.

72) H. v. Treitschke, Politik (1897) Bd. 1, Leipzig 1922<sup>5</sup>, S. 33.

73) Ders., Parteien und Fraktionen (1871), zit. nach Th. Schieder, Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit, München 1958, S. 123.

74) Ders., Politik, S. 112.

Volke angemessene, zukömmliche und von ihm im Grunde gewollte Staatsform ist und bleibt ... Ich will nicht die Parlaments- und Parteiwirtschaft, welche die Verpestung des gesamten nationalen Lebens mit Politik bewirkt ... Ich will nicht Politik. Ich will Sachlichkeit, Ordnung und Anstand. Wenn das philisterhaft ist, so will ich ein Philister sein. Wenn es deutsch ist, so will ich denn in Gottes Namen ein Deutscher heißen ..." <sup>75)</sup>.

### 3. Entwertung und Pervertierung der Rechtsstaatsidee

Richten wir den Blick jedoch wieder zurück auf die Entwicklung der Rechts- und Staatstheorie. Hier sehen wir um die Wende zum 20. Jahrhundert, daß die Krise der politischen Komponente des Rechtsstaats in eine Krise der Legitimität einmündet. Wir haben die These schon zitiert, wonach jeder Staat ein Rechtsstaat ist. Wo dies gilt, ist die Rechtsstaatlichkeit nicht durch Rechtlichkeit, sondern durch Staatlichkeit bedingt. Es gilt dann der Satz Gustav Radbruchs: „Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist.“ <sup>76)</sup> Die Frage nach der Legitimität, also die Frage: Woher nimmt der Staat das allgemeine Recht, das konkrete Recht zu setzen?, wird durch bloße Existenzialität ersetzt. „Damit“, so schreibt Hasso Hofmann, „ist die Frage nach der Legitimität als eine Frage nach der Qualität der Staatsgewalt durch die einfache Frage nach der Existenz dieser Staatsgewalt abgelöst, die Antithese von Sein und Sollen durch die Antithese Sein oder Nicht-Sein ersetzt.“ <sup>77)</sup> Legitimität ist nunmehr bereits gegeben, wenn das Volk gehorcht; der Begriff der Gefolgschafts-Chance rückt in den Mittelpunkt der Legitimität <sup>78)</sup>. Die Legitimität hat nichts mehr zu tun mit apriorischen, naturrechtlichen Wert- und Rechtsvorstellungen. Die Formel von der normativen Kraft des Faktischen kommt in Umlauf, und sie hat — freilich in anderer Weise als Ihering dies meinte — zur Folge, „daß sich die Jurisprudenz durch die Geschichte nicht

mehr in Verlegenheit bringen läßt“ <sup>79)</sup>. Das beklemmendste Bild für die Freisetzung des Staates verwendet Kelsen: Der Staat ist „ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird“ <sup>80)</sup>. Indem das Recht sich auf die Bedingung einer Midas-Berührung durch den Staat zurückzieht, erteilt die ‚reine Rechtslehre‘ dem Staat einen politischen Freibrief, dessen historische Konsequenzen nach 1933 kaum jemand weniger wünschte als Kelsen selbst. Kelsen betont, nur die Rechtswissenschaft distanzieren sich von der Politik, nicht aber sei das Recht selbst vom Politischen zu trennen <sup>81)</sup>. Mag mit diesem Verzicht der Rechtswissenschaft für die Exaktheit wissenschaftlicher Systematik vieles gewonnen sein, so ist es doch ein Rückzug aus entscheidenden Positionen. Vielleicht machte sich gerade hier die Beobachtung Mayer-Malys am stärksten bemerkbar, daß „Begriff, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates ... vor allem Gelehrtenrecht“ war und ist <sup>82)</sup>. Fritz Kern hat unpolemisch und rein deskriptiv vor dem Hintergrund der mittelalterlichen Rechtsauffassung den Inhalt der positivistischen Rechtslehre zusammengefaßt:

„Für uns hat das Recht, damit es gelte, nur eine einzige Eigenschaft nötig: die unmittelbare oder mittelbare Einsetzung durch den Staat. Dem mittelalterlichen Recht dagegen sind zwei andere Eigenschaften anstatt dieser einen wesentlich: es ist ‚altes‘ Recht und es ist ‚gutes‘ Recht. Dagegen kann es das Merkmal der Einsetzung durch den Staat entbehren. Ohne jene zwei Eigenschaften des Alters und des Gutseins ... ist Recht kein Recht, selbst wenn es vom Machthaber in aller Form eingesetzt sein sollte.“ <sup>83)</sup>

In den Jahren 1932 und 1933 ging der Rechtsstaat sowohl als wissenschaftlicher Begriff wie auch als materielles Faktum endgültig verloren. Carl Schmitt, der noch 1928 in seiner „Verfassungslehre“ den Rechtsstaat auf an-

<sup>75)</sup> Th. Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen, Ges. Werke Bd. 12, Oldenburg 1960, S. 30 und 261.

<sup>76)</sup> G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1932<sup>3</sup>, S. 81.

<sup>77)</sup> H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, POLITICA Bd. 19, Neuwied 1964, S. 21.

<sup>78)</sup> M. Weber, Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft, abgedruckt in: Staatssoziologie, hrsg. von J. Winkelmann, Berlin 1965, S. 99 ff.

<sup>79)</sup> R. Ihering, Unsere Aufgabe, 1857, in: Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1, Jena 1881, S. 14.

<sup>80)</sup> H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 44.

<sup>81)</sup> Ders., Was ist reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 152.

<sup>82)</sup> Th. Mayer-Maly, Rechtswissenschaft und Rechtsstaat, in: Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für R. Schmidt, Berlin 1966, S. 22.

<sup>83)</sup> F. Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, Darmstadt 1958, S. 11.

nähernd hundert Seiten abhandelte, erklärte 1932 in der Schrift „Legalität und Legitimität“: „Das Wort ‚Rechtsstaat‘ soll hier nicht (mehr) gebraucht werden“<sup>84)</sup>; denn, und das ist seine Begründung, der Begriff Rechtsstaat ist eine Schablone, in die alles paßt und die wissenschaftlich deshalb nicht mehr tragfähig ist. Der Rechtsstaatsbegriff ist damit als wertlos weggelegt. Schmitt zieht hier die letzte Konsequenz aus jener These, die Stahl fast ein Jahrhundert zuvor aufgestellt hatte und die Schmitt nach wie vor als gültig betrachtet<sup>85)</sup>. Der Entwertung folgte nach 1933 die Perversion. 1934 lesen wir in der Juristischen Wochenschrift, es gebe gute und schlechte Wortverbindungen: Das Wort „Nationalsozialismus“ sei eine gute, das Wort „Rechtsstaat“ eine schlechte, „weil es sich ... nicht selber genügt“<sup>86)</sup>. Bei Roland Freisler verzerrt sich das Gesicht des Rechtsstaats zur Fratze einer Stürmer-Karikatur:

„Rechtsstaat ist die organisierte Lebensform des Volkes, die alle völkische Lebenskraft zur Sicherung des Rechts des Volkes auf Leben nach Innen und Außen zusammenfaßt ... Hierzu taugt nur zusammengeballte Volkskraft, wie nur die geballte Ladung den Front-bedrohenden Tank zu bändigen vermochte. Dies organisierte Zum-Einsatz-Bringen der geballten Ladung der völkischen Kraft zum Schutz des Volkslebens ist unser Begriff des Rechtsstaats.“<sup>87)</sup>

Das faktische Ende der bestehenden rechtsstaatlichen Formen kam 1933 mit dem Ermächtigungsgesetz. Lothar Gruchmann hat die Aufrichtung des Willkürstaats aus dem Blick-

winkel der Rechtsstaatsidee beschrieben<sup>88)</sup>. Sehr bezeichnend, wie der nationalsozialistische Historiker Walter Frank die Szene am 24. März 1933 in der Berliner Kroll-Oper skizziert; die nackte Gewalt, die ‚normative Kraft des Faktischen‘ marschierte ein, und sie trug die braune Uniform:

„Ein Parlament im alten Sinne war das nicht mehr. Die Hälfte des Hauses braun uniformiert. Der Präsident Göring, der die Sitzung mit militärischer Knappheit leitet. Hilfspolizei der SA und SS an den Wänden und Ausgängen. Zentrum schweigend und gedrückt. Sozialdemokraten schweigend und in ständiger — unbegründeter — Todesangst. Die Tribünen fast durchweg nationalsozialistisch, mit Beifall und Mißfallen gegen die Linke eingreifend. Vor den Toren SA und SS ... In manchem wie der Konvent in der Französischen Revolution.“<sup>89)</sup>

Die zweite Epoche deutschen Rechtsstaatsdenkens reicht von Stahl bis zum Ende der Weimarer Republik. Der Hauptfehler dieser Epoche bestand darin, daß man der obersten gesetzgebenden Instanz einräumte, auch die oberste recht- und gerechtigkeitgebende Instanz zu sein. Man identifizierte Recht und Gesetz, ohne zu beachten, daß es auch Gesetze geben kann, die nicht Recht beinhalten. Peter Schneider hat betont, daß es gerade das Zeichen eines Unrechtsstaats sei, „sich als den selbstgerechten, sich grundsätzlich ins Recht setzenden Staat zu begreifen“<sup>90)</sup>. Der Rechtsstaat zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, daß er die Möglichkeit der eigenen Unzulänglichkeit in Rechtsprechung und Rechtsetzung erkennt und gegen diese Insuffizienz Korrekturinstitutionen zuläßt, die der Idee der Rechtsvorsorge folgen. Jeder Staat ist ein Gesetzesstaat, aber nicht jeder Staat ist ein Rechtsstaat.

<sup>84)</sup> C. Schmitt, Legalität und Legitimität, München und Leipzig 1932, S. 19.

<sup>85)</sup> Ders., Verfassungslehre (1928), Neudruck der 3. Auflage, Berlin 1957, S. 125 f.

<sup>86)</sup> Juristische Wochenschrift 1934, Jg. 63, H. 12/13, S. 715.

<sup>87)</sup> R. Freisler, Rechtsstaat, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 8: Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36, Berlin und Leipzig 1937, S. 572 f.

<sup>88)</sup> W. Frank, Zur Geschichte des Nationalsozialismus, Hamburg 1934, S. 32 f.

<sup>89)</sup> P. Schneider, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen 1964, H. 1, S. 17.

<sup>88)</sup> L. Gruchmann, Nationalsozialistisches Herrschaftssystem und demokratischer Rechtsstaat, Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Zeitgeschichte Heft 14, 1962.

## IV. Die Diskussion nach dem Zweiten Weltkrieg

### 1. Die Umkehr

Die dritte Phase des deutschen Rechtsstaats ist für uns jene des Bonner Grundgesetzes. Ein radikales Umdenken war nötig, aber welche Richtung nahm dieses Umdenken? Gustav Radbruch äußerte sich zur Frage nach dem Wesen des Rechts vor und nach dem Dritten Reich. Die Dokumentation seiner Auffassungen wird uns die Antwort erleichtern. 1932 schrieb Radbruch:

„Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsgefühl zu opfern, nur zu fragen, was rechtens ist und niemals, ob es auch gerecht sei . . .“

Radbruch knüpfte damals an die These den Vergleich von Pfarrer und Richter: Verachtenswert sei ein Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predige, „aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt“<sup>91)</sup>. Zwei Jahre nach dem Zusammenbruch, im Jahre 1947, äußert derselbe Radbruch in der Zeitschrift „Die Wandlung“:

„Die Rechtswissenschaft muß sich wieder auf die jahrtausendalte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung besinnen, daß es ein höheres Recht gebe als das Gesetz, ein Naturrecht, ein Gottesrecht, ein Vernunftrecht, kurz ein übergesetzliches Recht . . .“<sup>92)</sup>.

Der Vergleich dieser Texte und die in ihnen enthaltene Metamorphose des wissenschaftlichen Bekenntnisses mag dem Spötter geben, was er sucht. Uns zeigt das Zitat die *Ergebnisse der Rückbesinnung*: nämlich die *Forderung nach Legitimierung der Macht und die Forderung nach überpositiver, materieller Gerechtigkeit und Freiheit*. Beides ist heute gesichertes Gut unserer Verfassungswirklichkeit.

Im Gegensatz dazu blieb jedoch die politische Komponente des Rechtsstaatsdenkens im Sinne der Rechtsvorsorge merkwürdig im Hintergrund, wenn nicht gar überhaupt in Verges-

senheit. Es wäre sonst nicht denkbar, daß das Bismarck-Reich nach wie vor ohne Bedenken als Rechtsstaat bezeichnet wird. Dies geschieht in Schulbüchern, es geschieht in wissenschaftlichen Werken. Ich zitiere nur Theodor Eschenburg: „Das Bismarck'sche Reich war in jeder Beziehung ein Rechtsstaat.“<sup>93)</sup> Die Selbstverständlichkeit, mit der dies gesagt ist, offenbart die tiefe Verwurzelung der Carl Schmitt'schen These, daß die Rechtsstaatlichkeit „für sich allein . . . keine Staats-Form enthält“<sup>94)</sup>. Bei der Behandlung der ersten Phase des deutschen Rechtsstaats sahen wir oben, daß der Unrechts-Präventions-Gedanke die Staatsform keineswegs unberührt ließ und auch gar nicht lassen konnte, sondern versuchte, sich ihr aufzuprägen. In dieser Hinsicht kann Hermann Conrad vom Allgemeinen Preußischen Landrecht mit viel größerer Berechtigung von einer „Aufrichtung eines Rechtsstaates im modernen Sinne“<sup>95)</sup> sprechen, als sich dies von der Bismarck-Ära sagen läßt. Das Bismarck-Reich verwirklichte viele wichtige rechtsstaatliche Voraussetzungen; andere aber fehlten. Es fehlte vor allem — wie gezeigt — die Idee der Rechtssicherheit auf der Ebene der Gesetzgebung, und diese Lücke im rechtsstaatlichen Denken vererbte sich auf die Weimarer Zeit. *Man geht eben fehl im bloßen Vergleich des materiell gewährten Rechts; man muß es auf die politische Dynamik abstellen, die hinter den Intentionen steht, die vorhandene Gerechtigkeit zu erhalten und zu vertiefen*. Diese politische Dynamik als Komponente des Rechtsstaats erneut und in Anknüpfung an die erste Phase rechtsstaatlichen Denkens wiederzuerkennen und festzuhalten, ist Aufgabe der Gegenwart.

### 2. Demokratie und Rechtsstaat

Es ist Konrad Hesse zuzustimmen, daß das Problem der Gesamtgestalt des Rechtsstaats ungelöst bleibt, solange man „ausgesprochen oder stillschweigend auf dem Boden des Auseinandertretens von Rechtsstaat und politischer Form stehenbleibt oder die Frage nach ihrem Verhältnis offenläßt“<sup>96)</sup>. Das Schwan-

<sup>91)</sup> G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1932<sup>3</sup>, S. 84.

<sup>92)</sup> Ders., Die Erneuerung des Rechts, in: Die Wandlung, Heidelberg 1947, Jg. 2, H. 1, S. 9. Die Gegenüberstellung dieser beiden Stellen verdanke ich E. v. Hippel: Der Rechtsgedanke in der Geschichte, Düsseldorf 1955.

<sup>93)</sup> Eschenburg, a. a. O., S. 15.

<sup>94)</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre (1928), Neudruck der 3. Aufl., Berlin 1957, S. 200.

<sup>95)</sup> Conrad, Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794, a. a. O., S. 41.

<sup>96)</sup> Hesse, a. a. O., S. 73.

ken zwischen antinomischem und synthetischem Denken war auch auf der 12. Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer spürbar, wo das Thema „Rechtsstaat“ diskutiert wurde. Während Bachof den Rechtsstaat als den „auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zielenden Staat“<sup>97)</sup> bezeichnete, sprach Bühler unter Hinweis auf Stahl, Otto Mayer und Thoma von „unrichtigen, politisch beeinflussten Deutungen, die wir Wissenschaftler nicht mitmachen“<sup>98)</sup>.

Das ‚Politische‘ ist nicht eine Einheit, sondern aufgespalten in Formprinzipien und materielle Gehalte. Von den ersteren soll zunächst die Rede sein. Sie sind das institutionelle Ordnungsgefüge, das in der Terminologie Forsthoffs kein „Wertsystem“<sup>99)</sup> beinhaltet, aber natürlich insoweit selbst ein Wertsystem ist, als seine Existenz gegebenenfalls einen ungeheuren Wert darstellen kann. Dieses institutionelle Ordnungsgefüge meint in bezug auf den Rechtsstaat ein politisches Verfaßtsein des Staates, das — neben anderem — die Rechtswahrung sichert. U. Scheuner hat dies klar ausgedrückt: „Nur selten wird die unentbehrliche Grundlegung des Rechtsstaats in einer gemäßigten politischen Verfassung erkannt und hervorgehoben. Nur von diesem Fundament her aber kann es deutlich werden, daß der Rechtsstaat ein politisches Formprinzip darstellt.“<sup>100)</sup> Ähnlich formuliert Hesse: „Im Rechtsstaat gibt das Recht dem Staat, der Wirksamkeit des Staates, dem Gesamtleben innerhalb des Staates Maß und Form.“<sup>101)</sup>

Von hier aus ist weiter zu fragen, wie das Verhältnis unserer konkreten Staatsform, der Demokratie<sup>102)</sup>, zum Rechtsstaat zu sehen ist, denn Einigkeit besteht bei Forsthoff, Scheuner, Hesse und Kägi darin, daß die der Rechtsstaatlichkeit zugeordnete Verfassungsform nur die Demokratie sein kann. Die Frage ist lediglich, welche Art der Zuordnung vorliegt.

<sup>97)</sup> Bachof, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 12, Berlin 1954, S. 39; Hervorhebung nicht im Original.

<sup>98)</sup> Bühler, ebenda, S. 98 f.

<sup>99)</sup> Forsthoff, a. a. O., passim, bes. S. 152.

<sup>100)</sup> Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, a. a. O., S. 232.

<sup>101)</sup> Hesse, a. a. O., S. 73.

<sup>102)</sup> Demokratie ist hier als Gesamtprinzip zu nehmen, gleichgültig ob dabei die Gewaltenteilung durchgeführt ist in Form des parlamentarischen Systems oder des präsidentiellen Systems amerikanischer Prägung. Ausgenommen ist die totale plebiszitäre Demokratie; vgl. hierzu Kägi, a. a. O., S. 121.

W. Kägi charakterisiert sie als „Synthese“<sup>103)</sup>, Hesse konkretisiert diese Aussage zu einem „Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit und Ergänzung“<sup>104)</sup>. Auch wenn man unter Bedingtheit keine bloße Geburtshilferelation, sondern eine Existenzbedingung versteht, so gewinnt die Formel „Demokratie = Bedingung des Rechtsstaats“ durch den Rückgriff auf die erste Epoche deutscher Rechtsstaatsentwicklung noch an Deutlichkeit. Denn wenn man, anknüpfend an diese erste Epoche, die Unrechtsprävention mit politischen Mitteln als die politische Komponente des Rechtsstaats bejaht, und wenn man andererseits das demokratische Regierungsprinzip mit seiner Volkssouveränität und seinen checks and balances als das Optimum an Rechtsvorsorge anerkennt, so muß man heute sagen: Die Demokratie übernimmt die Funktion einer Komponente der Rechtsstaatsidee, unter dem Gesichtspunkt der Rechtswahrung besteht sie als pars sine qua non der Rechtsstaatlichkeit.

Diese These steht in unüberbrückbarem Gegensatz zu der in der Weimarer Zeit verbreiteten und schließlich in der politischen Praxis mit Mißerfolg versuchten Auffassung, man könne das parlamentarisch-demokratische Regieren sistieren, ohne den Rechtsstaat zu verlieren<sup>105)</sup>. Dieser Glaube ist heute keineswegs erloschen. Richard Jaeger, bis November 1966 Bundesjustizminister, schrieb 1963: „Ich möchte doch prinzipiell dem Gedanken des Rechtsstaates einen höheren Rang geben als der Demokratie. Ein Rechtsstaat ist auch ohne Demokratie möglich.“<sup>106)</sup> Das reine Gegenteil ist richtig. Dies zeigen die politische Theorie und die Geschichte. Aristoteles drückt die Abhängigkeit der Gerechtigkeit von der Staatsform auf seine zeitlos gültige Weise aus: „Es ist klar, daß mit innerer Notwendigkeit die Gesetze guter Verfassungen gerecht sind, die der entarteten aber ungerecht.“<sup>107)</sup>

### 3. Der soziale Rechtsstaat

Den wichtigsten Kristallisationspunkt der Diskussion bildet heute der Begriff des Art. 28 GG „Sozialer Rechtsstaat“. Die eine Position sieht in Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit polare Gegensätze. Ein halber Rechtsstaat und

<sup>103)</sup> Kägi, a. a. O., S. 134 und 141.

<sup>104)</sup> Hesse, a. a. O., S. 92.

<sup>105)</sup> Vgl. A. J. P. Taylor, Bismarck, London 1955, S. 267 f.

<sup>106)</sup> R. Jaeger, Interview im Spiegel, 1965, Nr. 47, S. 51.

<sup>107)</sup> Aristoteles, Politik, 1282 b.

ein halber Sozialstaat, so sagt Forsthoff<sup>108</sup>), ergeben keinen sozialen Rechtsstaat; denn „man kann nicht gleichzeitig beides: jedermann in seinen Rechten schützen und zugleich in der Verfassung das Tor für soziale Umwälzungen offenhalten, die immer nur zugunsten der einen und auf Kosten der anderen realisierbar sind“<sup>109</sup>). Der Rechtsstaat muß hiernach formal aufgefaßt werden, während die Sozialstaatlichkeit ein „Staatsziel“ darstellt, das eo ipso auf der rechtlich-institutionellen Ebene nichts zu suchen hat. „Rechtsstaat“ sei ein Rechtsbegriff, „Sozialstaat“ sei eine politische Zielkonzeption; wo beide sich begegnen, so nur durch gegenseitiges Einschränken und störendes Eingreifen. Hans Huber hat hierzu das Wort von der Überanstrengung des Rechts geprägt, das, wenn es gesellschaftlichen Wechsel und wechselnde Bedürfnisse nur noch registrierend in sich aufnehme, kein Recht mehr sei, sondern nur mehr ein „Situationsspiegel“<sup>110</sup>). Der Sozialstaat verdrängt den Rechtsstaat um so mehr, wenn — wie Bernd Bender kürzlich hervorhob — dieser Wohlfahrtsstaat der Gegenwart mit Zwangsbeglückungstendenzen verbunden ist<sup>111</sup>). Demgegenüber haben zahlreiche andere Juristen (z. B. Scheuner, Hesse, Badura) die Homogenität des Begriffes Sozialer Rechtsstaat bejaht. Badura sieht die Vereinbarkeit wie folgt:

„Im sozialen Rechtsstaat sind Eigentum, Gewerbe und Vertrag, da sie sich als untauglich zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit erwiesen haben, in dem Maß vergesellschaftet, in dem sie an dieser Unfähigkeit leiden. Damit ist nicht ein Gegensatz zum Rechtsstaat aufgerissen, derart, daß die soziale Gerechtigkeit mit dem Abbau des Rechtsstaates erkauf werden müßte, sondern es ist dem Rechtsstaat ein neuer Inhalt gegeben worden.“<sup>112</sup>)

Das Problem des sozialen Rechtsstaats in seiner Gesamtheit zu lösen, kann im Zusammenhang der vorliegenden Betrachtung nicht einmal versucht werden. Es ist lediglich zu fragen, ob nicht das, was wir die politische Kom-

ponente der Rechtsstaatsidee nannten, einige Anhaltspunkte für die Koordinierung von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit liefert.

Unser Ergebnis war, daß der Rechtsstaat ohne das institutionelle Ordnungsgefüge „Demokratie“ in seiner Existenz akut bedroht ist. Um die optimale Selbsterhaltungschance zu nützen, muß deshalb der Rechtsstaat alles beinhalten, was dieses Ordnungsgefüge stützt. Ein institutionelles Gefüge ist keine Säule, die allen Angriffen trotzt, sondern es ist selbst wiederum auf Stützung angewiesen. Es macht deshalb hellhörig, wenn die Bonner Verfassung die Notwendigkeit erkannt hat, eine „wehrhafte Demokratie“ zu sein. Einer ihrer wichtigsten Bestandteile ist das Parteienverbot nach Art. 21 (2) des GG. Die Wehrhaftigkeit der Demokratie verbietet radikale Parteien, welche das bestehende institutionelle Ordnungsgefüge bedrohen. Die soziale Gerechtigkeit aber, die das Ziel echter Sozialstaatlichkeit darstellt, trägt — wie Geschichte und Gegenwart lehren — wesentlich dazu bei, solche Parteien in ihrem Entstehen überhaupt zu verhindern. Insoweit zählt die soziale Gerechtigkeit unter dem Gesichtspunkt der Rechtsvorsorge zur politischen Komponente des Rechtsstaats. Die große Gegenfrage hierzu ist allerdings, inwieweit nicht auf der anderen Seite die Sozialstaatlichkeit mit ihren Vorstellungen vom erzwungenen sozialen Ausgleich die Unantastbarkeit der liberalen Freiheitsidee zerstört. Die heutige doktrinär-liberale Freiheitsinterpretation im Sinne einer Staatsferne und Staatsfremdheit darf sich aber nur sehr bedingt als Nachfahrin der klassischen Rechtsstaatsidee des Liberalismus interpretieren. Solch ein Versuch rückgreifender Verknüpfung wird den politischen Intentionen des frühen Liberalismus nicht gerecht. Denn diese Anknüpfung übersieht, daß die subjektiv-liberale Freiheitsidee, die als gegen den absolutistischen Staat gerichtet, avantgardistisch im Sinne der Rechtsvorsorge war, während sie heute restaurativ wäre, wenn sie — in absolutem Geltungsanspruch — nichts weiter garantierte als die Möglichkeit, in einem System der kooperativ wirkenden Volkssouveränität das Ordnungsgefüge individualistisch zu atomisieren. Die Freiheitsidee war um die Wende zum 18. Jahrhundert zum großen Teil kein Ausgrenzungsdenken mit Selbstzweck, sondern mit dem Zweck einer Neuintegration des Individuums in den Staat — allerdings in eigener Regie. Fundament ist und

<sup>108</sup>) Forsthoff, a. a. O., S. 34.

<sup>109</sup>) Ders., a. a. O., S. 9.

<sup>110</sup>) H. Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 79 und 82.

<sup>111</sup>) B. Bender, Rechtsstaat und Sozialstaat, in: Laissez-faire-Pluralismus, hrsg. von G. Briefs, Berlin 1966, S. 381 f.

<sup>112</sup>) P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat; Recht und Staat, H. 328, Tübingen 1966, S. 26.

bleibt immer das individuelle Freiheitsrecht *und seine Erhaltung*. Gerade diese Erhaltung aber fordert jene „Mithilfe am Staat“, die dem Staat nach innen und außen die Kraft und Mäßigung gibt, diese Erhaltung zu gewährleisten. Insoweit trägt die Rechtsvorsorge heute keinen Ausgrenzungscharakter, sondern einen Teilnahme-, Teilhabe- und Teilgabecharakter. Die Erhaltung der Demokratie und dadurch der Rechtsstaatlichkeit rechtfertigt die

notwendigen Opfer, die für die Erhaltung zu bringen sind. Die Gefahr einer Eintrübung der Freiheit durch überwuchernde politisch-soziale Zwecke wird erst dann alarmierend, wenn die Ratio der Begründung dieses Opfers nicht gleichzeitig als sein Maß und seine Grenze anerkannt wird.

---

Bemerkung: Vorliegende Abhandlung ist gleichfalls abgedruckt in der Politischen Vierteljahrsschrift 1968, H. 3.

# Zur Transparenz der politischen Ordnung der Bundesrepublik

## I. Transparenzprinzip und Parlament

Die demokratisch-rechtsstaatlichen politischen Ordnungen der Gegenwart garantieren ihren Staatsbürgern die Möglichkeit der Einflußnahme auf politische Entwicklungen. Hält man an dem Grundsatz fest, daß Entscheidungen im politischen Bereich eher rationale Erwägungen als emotionale Regungen zugrunde liegen sollten, wird ein Mindestmaß an Überschaubarkeit der politischen Aktionen und Konzeptionen zu einer der wichtigsten Voraussetzungen für eine sinnvolle Mitwirkung der Staatsbürger. Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland bekennt sich in mehreren Artikeln ausdrücklich zu diesem Transparenzprinzip<sup>1)</sup>. Ob und inwieweit es verwirklicht wurde, ist Gegenstand der folgenden Erörterungen.

Auf der parlamentarischen Ebene kommt das Transparenzprinzip am eindeutigsten in den Bestimmungen des Grundgesetzes und der Länderverfassungen zum Ausdruck, die den Volksvertretungen vorschreiben, öffentlich zu verhandeln, sofern diese nicht ausdrücklich anders beschließen. Das gilt jedoch nur für die Plenarsitzungen. Nach den Geschäftsordnungen des Bundestages und der Länderparlamente sind die Ausschusssitzungen dagegen in der Regel nicht öffentlich. Eine Ausnahme bildet nur der bayerische Landtag. Zu den Beratungen seiner Ausschüsse sind normalerweise „Publikum und Presse“<sup>2)</sup> zugelassen.

### 1. Argumente für die Öffentlichkeit von Ausschusssitzungen

#### a) *Teilnahmemöglichkeit aller am Entscheidungsprozeß*

In der Diskussion über eine Reform des Bundestages sind die Anhänger<sup>3)</sup> wie die Gegner<sup>4)</sup> von öffentlichen Ausschusssitzungen bisher eine ausführliche Begründung ihres Standpunktes schuldig geblieben. Ausgangspunkt unserer Betrachtungen ist die These, daß dem Bundestag, der zugleich ein Diskussions- und Arbeitsparlament, eine „Mischform“ zwischen dem englischen und amerikanischen

Modell ist und bleiben muß<sup>5)</sup>, ein größeres Maß an Transparenz nicht abträglich wäre.

Ein erster Schritt in dieser Richtung war zweifellos die Änderung der Geschäftsordnung des Bundestages am 6. Dezember 1951, in der die Möglichkeit eingeräumt wurde, nichtöffentlichen Sitzungen öffentliche Informationssitzungen vorausgehen zu lassen. Davon hat der Bundestag, wie viele mit Recht bedauern<sup>6)</sup>, in den ersten vier Wahlperioden nur in sieben Fällen Gebrauch gemacht; doch ist hier in der fünften Legislaturperiode, in der bisher allein 44 Anhörungen stattfanden, ein deutlicher Wandel eingetreten. Öffentliche Anhörverfahren machen nicht nur das legitime Wirken der Verbände durchsichtig<sup>7)</sup>, sondern geben darüber hinaus dem Staatsbürger Gelegenheit, die einzelnen Stadien der Meinungs- und Willensbildung im Parlament zu verfolgen. Damit sind wir zugleich beim ersten Argument für die öffentliche Beratung der Ausschüsse. Wenn in diesen Gremien Korrekturen an Gesetzentwürfen vorgenommen werden, dann erfährt zwar der Bundestag und damit die Öffentlichkeit vom Berichtersteller des

<sup>1)</sup> Vgl. u. a. Hans Windsheimer, Die „Information“ als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG (= Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 69), Berlin 1968, S. 42.

<sup>2)</sup> Vgl. Carl-Hermann Ophoff, Geschäftsordnung des Landtags von Nordrhein-Westfalen vom 25. Mai 1965, Düsseldorf 1966, S. 61.

<sup>3)</sup> Vgl. Franz Schneider, Diskussion und Evidenz im parlamentarischen Regierungssystem, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 6/68 vom 7. 2. 1968, S. 23.

<sup>4)</sup> Vgl. Heinz Rausch, Parlamentsreform. Tendenzen und Richtungen, in: Zeitschrift für Politik, 14. Jg. 1967, H. 3, S. 282.

<sup>5)</sup> Vgl. Winfried Steffani, Amerikanischer Kongreß und Deutscher Bundestag, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 43/65 vom 27. 10. 1965, S. 19.

<sup>6)</sup> Vgl. Wilhelm Hennis, Der Deutsche Bundestag 1949—1965, in: Der Monat, 18. Jg., H. 215, August 1966, S. 36.

<sup>7)</sup> Vgl. Heinz Josef Varain, Hat der Bundestag noch eine Chance?, in: Die Mitarbeit, 15. Jg., H. 1, Januar/Februar 1966, S. 37.

Ausschusses, wie die Verhandlungen in großen Zügen verlaufen und zu welchem Ergebnis sie gelangt sind, aber welcher Abgeordnete mit welchen Argumenten zum Zuge kam und welcher als Experte eingeladene Verbandsvertreter am eindrucksvollsten seine Interessen vertrat, bleibt offiziell unbekannt, sickert bestenfalls inoffiziell durch. Dem Außenstehenden ist es verwehrt, den Entscheidungsprozeß in einer wichtigen Phase mit- und nachzuvollziehen; er ist auf die Rechtfertigungsreden im Plenum angewiesen. In diesem Zusammenhang ist es von zweitrangiger Bedeutung, ob überhaupt viele die Ausschußbesprechungen so genau verfolgen möchten oder ob nicht sogar das Interesse der Engagierten angesichts der Behandlung so zahlreicher trockener Sachverhalte<sup>8)</sup> schnell in Desinteresse umschlagen würde. Über die Nutzung von Chancen kann erst geurteilt werden, wenn sie geboten worden sind.

Die Publizitätsscheu der Ausschüsse ist noch unter einem anderen Gesichtspunkt zu bedauern. Gerade in ihren Beratungen wird ein Kernstück der politischen Alltagsarbeit in der Demokratie sichtbar: das Aushandeln von Kompromissen. Um dem Kompromiß den ihm völlig zu Unrecht anhaftenden Beigeschmack des Faulen zu nehmen, ist Einblicknahme in die Prozedur des Nehmens und Gebens notwendig. Das wird allerdings nicht immer möglich sein, da sich häufig von Fall zu Fall Gruppen innerhalb der Ausschüsse außerhalb in wichtigen Fragen einigen<sup>9)</sup>.

#### b) Politische Bedeutung der Ausschußberatungen

Der Bundestag überweist die meisten Gesetzentwürfe in der ersten Lesung ohne Aussprache an die Ausschüsse. Das Plenum verzichtet darauf, die politischen Linien vorzuzeichnen, an denen sich die Beratungen zu orientieren hätten<sup>10)</sup>. Die parlamentarische Diskussion beginnt also erst in den Ausschüssen<sup>11)</sup> — ein Grund mehr, sie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der Einwand, das Plenum könne bei der zweiten oder dritten Lesung zu den Ergebnissen der Ausschußbera-

tungen Stellung nehmen und jetzt seinen politischen Willen kundtun, ist theoretisch richtig, geht aber an der parlamentarischen Praxis vorbei. In der vierten Legislaturperiode des Bundestages wurden zum Beispiel 260 von insgesamt 429 Gesetzen ohne jede Debatte verabschiedet<sup>12)</sup>. Wer daraus die Forderung ableitet, das Plenum müsse mehr diskutieren, hat abzuwägen, ob es sinnvoll ist, dem ohnehin oft unter Zeitdruck operierenden Parlament eine zusätzliche Pflichtübung aufzuerlegen, die unter Umständen zu einer Vernachlässigung der Diskussion über jene Fragen führen könnte, die im Mittelpunkt des Interesses stehen. Denn daß die erwähnten 260 Gesetze in der überwiegenden Mehrheit keine hochpolitischen kontroversen Probleme behandelten, darf unterstellt werden, da sich sonst mindestens die Opposition zu Wort gemeldet hätte. Immerhin verzeichnet der stenographische Bericht bei einer nicht geringen Zahl dieser Gesetze Gegenstimmen oder Enthaltungen<sup>13)</sup>. Das Verlangen nach einer Begründung dieses Abstimmungsverhaltens im Plenum läuft wiederum auf eine Belastung des gesamten Parlaments hinaus; öffentliche Ausschußsitzungen würden genügen, um Abstimmungen im Bundestag transparenter zu machen. Hierbei wird allerdings von der nicht immer zutreffenden Voraussetzung ausgegangen, daß sich die unterschiedlichen politischen Auffassungen in den Ausschüssen im Plenum widerspiegeln.

#### c) Bewährungschance für stille Arbeiter

Die Plenardebatten zeigen nach den Auszählungen von Wilhelm Hennis eine „Oligarchisierung der Redechancen“<sup>14)</sup>. In der vierten Legislaturperiode des Bundestages hielten acht Prozent der CDU-Abgeordneten 34 % der Reden der Fraktion, bei der SPD elf Prozent sogar 52 % und bei der FDP 16 % der Abgeordneten 50 % der Reden. Daran wird schwerlich etwas zu ändern sein. In der richtigen Erkenntnis, daß heute in den Plenardebatten vor der Öffentlichkeit um Wähler geworben werden muß, schicken die Fraktionen bei Fragen von allgemeiner politischer Bedeutung ihre Starredner und bei Spezialfragen ihre Spezialisten<sup>15)</sup> immer wieder auf die Tribüne. Die

<sup>8)</sup> Vgl. Heinz Rausch, a. a. O., S. 282.

<sup>9)</sup> Vgl. Gerhard Loewenberg, *Parliament in the German Political System*, Ithaca, New York, S. 330.

<sup>10)</sup> Vgl. Friedrich Schäfer, *Der Bundestag. Eine Darstellung seiner Aufgaben und seiner Arbeitsweise, verbunden mit Vorschlägen zur Parlamentsreform* (= Demokratie und Frieden, Bd. 4), Köln und Opladen 1967, S. 301.

<sup>11)</sup> Vgl. Gerhard Loewenberg, a. a. O., S. 144.

<sup>12)</sup> Vgl. Wilhelm Hennis, *Rechtfertigung und Kritik der Bundestagsarbeit*, in: *Die neue Gesellschaft*, 14. Jg., H. 2, März/April 1967, S. 108.

<sup>13)</sup> Vgl. ebda.

<sup>14)</sup> Vgl. Wilhelm Hennis, a. a. O., S. 111.

<sup>15)</sup> Vgl. Thomas Ellwein u. a., *Parlament und Verwaltung*, 1. Teil: Gesetzgebung und politische Kontrolle, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967, S. 253.

anderen dürfen sich höchstens in den Fragestunden hervortun; sonst haben sie wenig Gelegenheit, ihre Qualitäten im Parlament öffentlich zu beweisen. Eine Revision der Form der Ausschußberatungen böte ihnen eine zusätzliche Bewährungschance. Die wertvolle Arbeit, die sie jetzt möglicherweise hinter verschlossenen Türen leisten, könnte dann öffentlich honoriert werden.

d) *Korrektur des Klischeebildes vom Bundestag*

Verhandlungen der Ausschüsse in Anwesenheit von Publikum, Presse, Rundfunk und Fernsehen erscheinen ferner als ein geeignetes Mittel zur Korrektur des vornehmlich durch die Plenarsitzungen geprägten Klischeebildes vom Bundestag, in dem vermeintlich sehr wenige Abgeordnete sehr viel und sehr viele sehr wenig arbeiten. Auch die Vorstellung von 60 % der Bevölkerung, die Tätigkeit der Abgeordneten erschöpfe sich im Anhören von Vorträgen und in Abstimmungen<sup>16)</sup>, könnte so revidiert werden. Einige Ausschüsse, denen vorgeworfen wird, sie vertrieben sich die Zeit<sup>17)</sup>, wären durch die Öffentlichkeit der Ausschußsitzungen in der Lage, diese Behauptung zu widerlegen.

e) *Verstärkung der Machtkontrolle*

Schwerer wiegt das Problem der Verschleppungstaktik. Sie zielt darauf ab, Gesetzentwürfe im Ausschuß — zuweilen im Einverständnis aller Mitglieder, wie beispielsweise beim Parteiengesetzentwurf<sup>18)</sup> — so zögernd zu behandeln, daß sie bis zum Ende der Legislaturperiode nicht wieder ins Plenum gelangen<sup>19)</sup>. Um diesen Begräbnissen erster Klasse vorzubeugen, hat Friedrich Schäfer vorgeschlagen, eine Berichterstattungspflicht der Ausschüsse sechs Monate nach Überweisung einer Vorlage einzuführen<sup>20)</sup>. Die berechtigte Frage nach dem Schuldigen bliebe allerdings auch bei Realisierung dieses Reformansatzes offen.

Hierher gehört die Forderung, die Machtkontrolle zu verstärken<sup>21)</sup>. Öffentliche Ausschußsitzungen könnten klarstellen, ob und wann

Vertreter der Ministerialbürokratie und der Verbände die Abgeordneten auf Grund ihres überlegenen Fachwissens „überfahren“. Und wie ergeht es den Minderheiten in den Ausschüssen? Werden sie niedergestimmt, bevor ihre Argumente der Mehrheit ausreichend zu

INHALT

**I. Transparenzprinzip und Parlament**

1. Argumente für die Öffentlichkeit von Ausschußsitzungen
  - a) Teilnahmemöglichkeit aller am Entscheidungsprozeß
  - b) Politische Bedeutung der Ausschußberatungen
  - c) Bewährungschance für stille Arbeiter
  - d) Korrektur des Klischeebildes vom Bundestag
  - e) Verstärkung der Machtkontrolle
2. Die „geschlossenen Ausschüsse“
3. Argumente gegen die Öffentlichkeit von Ausschußsitzungen
  - a) Beschränkung der freien Aussprache
  - b) Gefährdung der Sachlichkeit der Beratungen
  - c) Verlagerung in andere Gremien

**II. Transparenzprinzip, Parteien und Verbände**

1. Der Sinn der Rechenschaftslegung über die Herkunft der Mittel
2. Das Parteiengesetz
3. Mehr Licht in die Lobby

**III. Transparenzprinzip und Massenmedien**

1. Mißachtung des Transparenzgebots durch die Rundfunkräte
2. Fehlende Strukturöffentlichkeit in der Presse

Gehör kamen? Die Ausschußberichte geben nur ein undeutliches Bild. Schließlich werden auch die gerade gegen Ende der Legislaturperiode zum schnellen Durchpeitschen von Gesetzesvorlagen tendierenden Regierungsparteien, die sich mit Hinweisen auf die ausführliche Erörterung des Für und Wider in den Ausschüssen zu rechtfertigen suchen, der Kritik an diesem Verhalten nur dann die Spitze nehmen können, wenn zu erfahren ist, wie die Ausschußmitglieder diskutiert haben.

**2. Die „geschlossenen Ausschüsse“**

Die Geschäftsordnungen des Bundestages und — mit Ausnahme Bayerns — aller Parlamente der Länder haben natürlich nicht ganz unmotiviert die Nichtöffentlichkeit der Ausschuß-

<sup>16)</sup> Vgl. Heinz Rausch, a. a. O., S. 264.

<sup>17)</sup> Vgl. ebda.

<sup>18)</sup> Vgl. Gerhard Loewenberg, a. a. O., S. 146.

<sup>19)</sup> Vgl. Winfried Steffani, a. a. O., S. 20.

<sup>20)</sup> Vgl. Friedrich Schäfer, a. a. O., S. 301.

<sup>21)</sup> Vgl. dazu — im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit von Ausschußsitzungen — Erich Mende, Das manipulierte Staatsvolk, in: Politische Studien, 18. Jg., H. 172, März/April 1967, S. 136.

sitzungen zur Regel gemacht. Voraus zu schicken ist, daß die sogenannten „geschlossenen Ausschüsse“, für deren Sitzungen im Gegensatz zu den anderen selbst für Abgeordnete ein beschränktes Zutrittsrecht besteht, eine Ausnahmestellung einnehmen. Nach einem Beschluß des Bundestages in der zweiten Legislaturperiode, nach dem auch heute noch unwidersprochen verfahren wird, gehören zu dieser Kategorie der Auswärtige Ausschuß, der Verteidigungsausschuß, der Ausschuß für gesamtdeutsche und Berliner Fragen und der Innenausschuß, soweit er die Befugnisse des früheren Ausschusses zum Schutze der Verfassung übernommen hat<sup>22)</sup>. Die Öffentlichkeit und ein großer Teil der Abgeordneten sind von den Beratungen dieser Ausschüsse letztlich aus Gründen der nationalen Sicherheit ausgeschlossen. Nun wird allerdings im Atomzeitalter eine Politik, die den Gegner unter anderem davon überzeugen will, daß er nicht erfolgreich angreifen kann, und die gleichzeitig Abrüstungspolitik zu sein beansprucht, davon auszugehen haben, daß es nicht nur nicht schädlich, sondern sogar nützlich sein kann, wenn der angenommene Gegner über einen bestimmten Datenkranz verfügt<sup>23)</sup>. Überlegungen in dieser Richtung würden zugegebenermaßen nur gelegentlich die Zulassung der Öffentlichkeit zu den Verhandlungen der „geschlossenen Ausschüsse“, die von den weiteren Überlegungen ausgeklammert bleiben, rechtfertigen.

### 3. Argumente gegen die Öffentlichkeit von Ausschußsitzungen

Drei Argumente werden hauptsächlich für die Nichtöffentlichkeit aller Ausschußsitzungen ins Feld geführt: 1. Es müsse einen Ort geben, der eine freie und sachliche Diskussion gewährleisten; 2. sobald man diesen Diskretionsraum öffne, werde sich die Debatte in andere Zirkel verlagern<sup>24)</sup>; 3. öffentliche Ausschußberatungen entmachtet das Parlament<sup>25)</sup>.

#### a) Beschränkung der freien Aussprache

Sicherlich bedarf freie Aussprache der Abgeschlossenheit. Wer diese Voraussetzung je-

doch bei nichtöffentlichen Ausschußsitzungen als gegeben betrachtet<sup>26)</sup>, verkennt Grundstrukturen parlamentarischer Praxis in der Parteiendemokratie. Da in den Arbeitskreisen und Vorständen der Fraktionen die Grundlinien politisch wichtiger Gesetzentwürfe für die Ausschußberatungen vorgezeichnet werden, kann das einzelne Ausschußmitglied nur bedingt frei diskutieren. In der „Arbeitsordnung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion“ heißt es ausdrücklich: „Die Mitglieder eines Ausschusses werden gebeten, daran zu denken, daß sie nicht nur ad personam dem Ausschuß angehören, sondern als Vertreter der Gesamtfraktion im Bundestag und in der Öffentlichkeit gesehen werden.“<sup>27)</sup> Wenngleich die SPD- und die FDP-Fraktion derartige Regelungen nicht in ihren Geschäftsordnungen aufgenommen haben, so gehen doch auch sie von ähnlichen Erwartungen aus. Ausschußmitglieder sind Delegierte der Fraktionen<sup>28)</sup>. Diese Bindung an die Fraktionen, vor allem an die Meinung in deren Arbeitskreisen, bleibt für die Ausschußmitglieder für die Dauer der Beratungen bestehen. Deshalb findet die Bereitschaft des einzelnen Abgeordneten, im Ausschuß Kompromisse zu schließen, von vornherein dort eine klare Grenze, wo keine Aussicht mehr besteht, sie nachträglich vor der Fraktion verteidigen zu können. Normalerweise akzeptieren die Fraktionen zwar die Empfehlungen ihrer Ausschußmitglieder<sup>29)</sup>, aber das läßt sowohl den Schluß auf eine relative Unabhängigkeit der Abgeordneten als auch auf eine vorherige richtige Einschätzung ihrer Möglichkeiten zu. Trotzdem hätten öffentliche Ausschußsitzungen sicherlich eine weitere Einengung des Bewegungsspielraumes zur Folge — ein Nachteil, der nur dann nicht mehr als solcher gewertet werden könnte, wenn die Fraktionen es für ratsamer hielten, die öffentliche Demonstration der Meinungsbreite über die „Fiktion der Meinungskonformität“<sup>30)</sup> in den eigenen Reihen zu stellen.

<sup>22)</sup> Vgl. Hans Troßmann, *Parlamentsrecht und Praxis des Deutschen Bundestages*, Bonn 1967, S. 128.

<sup>23)</sup> Vgl. Gerhard Brandt u. a., *Aufgaben der Militärpublizistik in der modernen Gesellschaft* (= Sammlung „res novae“, Bd. 49), Frankfurt a. M. 1966, S. 21/22.

<sup>24)</sup> Vgl. Heinz Rausch, a. a. O., S. 282.

<sup>25)</sup> Vgl. Friedrich Schäfer, a. a. O., S. 127.

<sup>26)</sup> So zum Beispiel Karl Josef Partsch, *Parlament und Regierung im modernen Staat*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, H. 16, Berlin 1958, S. 83.

<sup>27)</sup> *Arbeitsordnung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion*, veröffentlicht in: Friedrich Schäfer, a. a. O., S. 351 ff.

<sup>28)</sup> Vgl. Bruno Dechamps, *Macht und Arbeit der Ausschüsse. Der Wandel der parlamentarischen Willensbildung* (= *Parteien, Fraktionen, Regierungen*, Bd. IV), Meisenheim am Glan 1954, S. 148.

<sup>29)</sup> Vgl. Gerl.ard Loewenberg, a. a. O., S. 351/352.

<sup>30)</sup> Franz Schneider, a. a. O., S. 24.

### b) Gefährdung der Sachlichkeit der Beratungen

Verschlossene Türen, so heißt es weiter, kämen der Sachlichkeit der Beratungen zugute<sup>31)</sup>. Damit ist nicht nur der Stil der Verhandlungen, sondern auch ihr Inhalt gemeint. Die generelle Annahme, Sachfragen könnten am besten unter Ausschluß der Öffentlichkeit sachlich gelöst werden — eine Annahme, die im übrigen an die These von der Notwendigkeit „überparteilicher“ Institutionen in der Parteiendemokratie erinnert —, bedarf allerdings einer Differenzierung. Sofern nämlich Sachfragen von untergeordneter Bedeutung anstehen, vertragen sie ohne Schaden die öffentliche Behandlung. In diesem Fall erledigt sich der Hinweis auf die ungünstigen Einwirkungen von außen von selbst, da kein Interesse an der Beeinflussung des Ausschusses besteht. Sind aber Sachprobleme mit weitreichenden Konsequenzen zu lösen<sup>32)</sup>, so verlangen sie letztlich eine politische Entscheidung, die ohnehin der Öffentlichkeit erläutert werden müßte, deshalb also auch bereits an dem Ort begründet werden könnte, wo sie getroffen wird: im Ausschuß.

### c) Verlagerung in andere Gremien

Wenden wir uns nun der Behauptung zu, bei Öffnung der Ausschußtüren verlagerten sich die Beratungen zwangsläufig in andere Gremien. Bruno Dechamps hat schon vor 15 Jahren festgestellt, die Entwicklung der Ausschüsse des Bundestages zu entscheidenden Institutionen und das wachsende Interesse der Öffentlichkeit an ihrer Arbeit habe den Verhandlungen weitgehend den unverbindlichen Charakter genommen und „... eine immer größere, immer nuanciertere Anzahl von halboffiziellen quasiformellen und teilweise öffentlichen Verhandlungsgremien...“<sup>33)</sup> entstehen lassen. Gerhard Loewenberg gelangt in seiner kürzlich erschienenen Studie zu ähnlichen Ergebnissen<sup>34)</sup>, so daß sich in der Tat die Frage

aufdrängt, ob sich die Öffentlichkeit der Beratungen überhaupt auf ihren Inhalt auswirken könnte. Denn auch heute sind die Ausschüsse ohnehin „... nur sehr bedingt der Ort agonaler oder gar symbuleutischer Entscheidungsdiskussion über wesentliche politische Probleme.“<sup>35)</sup>

Nicht sehr überzeugend klingt schließlich auch der Hinweis auf eine Entmachtung des Parlaments — korrekt müßte es heißen: des Plenums — durch öffentliche Diskussionen in den Ausschüssen<sup>36)</sup>. Hierbei wird übersehen, daß es das Plenum durchaus in der Hand hat, die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit von den Verhandlungen in den Ausschüssen auf die eigenen Beratungen zu lenken, indem es beispielsweise die politischen Akzente für die bedeutsamen Gesetzesvorlagen setzt. Auch die zweite und dritte Lesung müssen kein Aufguß der Ausschußdebatten sein, da sich das Plenum im Gegensatz zu den Ausschüssen weniger um die Details kümmert und mehr auf die Einordnung der Vorlagen in größere politische Zusammenhänge konzentriert.

Die für die Öffentlichkeit der Ausschußsitzungen angeführten Argumente — Transparenz des Prozesses der Meinungs- und Willensbildung, Aufwertung des Kompromisses, Entlastung des Plenums, Aufhebung der Oligarchisierung der Redechancen, Korrektur des Klischeebildes vom Bundestag, Verbesserung der Machtkontrolle — und die Widerlegung der gegen die Öffentlichkeit von Ausschußberatungen vorgebrachten Einwände behalten auch bei einer Reform des Parlaments im Sinne der Vorschläge von Thomas Ellwein und seinen Mitarbeitern zum größten Teil ihre Gültigkeit<sup>37)</sup>, ja, sie gewinnen streckenweise noch an Gewicht. Wenn zum Beispiel der in Aussicht genommene Hauptausschuß die politisch als „unwichtig“ eingestuftes Gesetzesvorlagen unter Ausschaltung des Plenums verabschieden darf, ist der Zutritt der Öffentlichkeit zu seinen Beratungen systemnotwendig.

Im übrigen bestätigt ein — wenn auch keineswegs repräsentativer — Vergleich von öffentlichen mit nichtöffentlichen Ausschußberatungen tendenziell die Richtigkeit unserer Argu-

<sup>31)</sup> Vgl. Ernst Friesenhahn, *Parlament und Regierung im modernen Staat*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, H. 16, Berlin 1958, S. 32.

<sup>32)</sup> Arndt Morkel nimmt sogar an, daß in jeder Sachfrage politische Entscheidungen schlummern; vgl. Arndt Morkel, *Das Parlament als öffentliches Forum*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, B 40/66 vom 5. 10. 1966, S. 15/16.

<sup>33)</sup> Bruno Dechamps, a. a. O., S. 159.

<sup>34)</sup> Vgl. Gerhard Loewenberg, a. a. O., S. 330.

<sup>35)</sup> Franz Schneider, a. a. O., S. 17.

<sup>36)</sup> Vgl. Friedrich Schäfer, a. a. O., S. 127.

<sup>37)</sup> Vgl. Thomas Ellwein u. a., a. a. O., S. 257 ff.

mentation. So behandelten beispielsweise die Ausschüsse des Landtags von Nordrhein-Westfalen Presse- und Rundfunkgesetze hinter verschlossenen und die Ausschüsse des

bayerischen Landtags die entsprechenden Gesetze bei geöffneten Türen, ohne daß sich Unterschiede hinsichtlich der Form und des Inhalts der Beratungen ergaben.

## II. Transparenzprinzip, Parteien und Verbände

### 1. Der Sinn der Rechenschaftslegung über die Herkunft der Mittel

Angesichts der ausführlichen wissenschaftlichen Diskussion über die Praktizierung des Transparenzprinzips auf der Ebene der Parteien und Interessenverbände können wir uns hier auf einige Anmerkungen beschränken. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß die Fraktionen des Bundestages 18 Jahre zur Verabschiedung jenes Gesetzes benötigten, das die Parteien unter anderem zur Rechenschaftslegung über die Herkunft ihrer Mittel zwingt. Nach dem Parteienfinanzierungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Juli 1967 trieben allerdings selbst jetzt noch ganz andere Motive als der Wille zur Realisierung des in Art. 21 Abs. I Satz 4 ausdrücklich verankerten Transparenzprinzips die Beratungen über den Parteiengesetzentwurf voran. Die Tragweite dieses Grundsatzes, die unterschätzt wird, wenn man die Rechenschaftslegung vorrangig als Instrument zur Ausschaltung „undemokratischer Einflüsse“ interpretiert<sup>38)</sup>, ist vom Bundesverfassungsgericht mit Rückgriff auf Gedankengänge im Bericht der Parteienrechtskommission<sup>39)</sup> im Urteil zur Parteienfinanzierung klar herausgearbeitet worden. „Das Verfassungsgebot zielt darauf ab“, so heißt es im Urteil, „den Prozeß der politischen Willensbildung für den Wähler durchschaubar zu machen und ihm zu offenbaren, welche Gruppen, Verbände oder Privatpersonen im Sinne ihrer Interessen durch Geldzuwendungen auf die Parteien politisch einzuwirken suchen. Es will Zuwendungen, mit deren Hilfe finanzkräftige Geldgeber die Werbemöglichkeiten einer Partei erhöhen und damit ihren eigenen politischen Einfluß verstärken, durch Offenlegung

<sup>38)</sup> Diese auf die Entstehungsgeschichte von Art. 21 Abs. I Satz 4 abstellende Interpretation findet sich in Ansätzen auch noch bei Heiko Plate, Parteienfinanzierung und Grundgesetz. Rechtsfragen von Rechenschaftspflicht und Staatszuschüssen (= Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 30), Berlin 1966, S. 24.

<sup>39)</sup> Vgl. Rechtliche Ordnung des Parteiwesens. Probleme eines Parteiengesetzes. Bericht der vom Bundesminister des Inneren eingesetzten Parteienrechtskommission, Frankfurt a. M., Berlin 1957, S. 180/181.

unter die Kontrolle der Öffentlichkeit stellen. Damit soll zugleich die Chancengleichheit der Parteien gesichert werden.“<sup>40)</sup>

### 2. Das Parteiengesetz

Das Parteiengesetz wird diesen Anforderungen nur in begrenztem Umfang gerecht, da es zum Beispiel in § 25 vorschreibt, daß die Namen von Spendern nur dann angegeben werden müssen, wenn der Spendenbetrag bei natürlichen Personen 20 000 DM und bei juristischen Personen 200 000 DM im Jahr übersteigt — Summen also, die voraussichtlich weder bei natürlichen noch bei juristischen Personen ein einzelner im Hinblick auf das Risiko, öffentlich genannt zu werden, spenden wird<sup>41)</sup>.

Immerhin kommt § 24, der unter anderem die gesonderte Ausweisung von Einnahmen aus Vermögen, Veranstaltungen, Beiträgen und Spenden im Rechenschaftsbericht zur Pflicht macht, der bescheidenen Erwartung Ulrich Dübbers, daß mit einem Parteiengesetz „... die bisherige Finsternis wenigstens durch ein Halbdunkel ersetzt ...“<sup>42)</sup> werden könnte, ein wenig näher.

### Mehr Licht in die Lobby

Dem Transparenzprinzip im Bereich der Interessenverbände Geltung zu verschaffen ist auch das Ziel der im Mai 1968 von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Bundestag einge-

<sup>40)</sup> BVerfGE 20, 106.

<sup>41)</sup> Vgl. Heinz Laufer, Institutionelle Leistungen und Versuche. Zur Innenpolitik der Großen Koalition, in: Zeitschrift für Politik, 14. Jg. (NF), H. 4, 1967, S. 416. — Zur Kritik am Parteiengesetz vgl. auch Rupert Breitling, Kritische Betrachtungen zum Parteiengesetz von 1967, in: Politische Vierteljahresschrift, 9. Jg. 1968, H. 2, S. 223 ff. In unserem Zusammenhang verdient der Vorschlag Breitlings, das Parteiengesetz durch ein Gesetz zur Offenlegung politischer Finanzierungen zu ergänzen, besondere Beachtung.

<sup>42)</sup> Ulrich Dübber, Parteienfinanzierung in Deutschland. Eine Untersuchung über das Problem der Rechenschaftslegung in einem künftigen Parteiengesetz (= Staat und Politik, Bd. 1), Köln und Opladen 1962, S. 89.

brachten Anträge zur Ergänzung bzw. Änderung der Geschäftsordnung des Bundestages und der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien<sup>43)</sup>. Die für Interessenvertreter vorgesehene Registrierungspflicht, die an entsprechende, wenn auch in bezug auf die Verpflichtung zur Rechnungsführung über Einnahmen und Ausgaben jedes Lobbyisten ungleich schärfere Regelungen in den USA erinnert<sup>44)</sup>, und die auf Ideen von Wilhelm Hennis zurückgehende Bestimmung<sup>45)</sup>, wonach die Bundesregierung bei der Begründung von Gesetzentwürfen die Stellungnahmen der heran-

gezogenen Interessenverbände darlegen soll, sind erste Schritte, um mehr Licht in die Lobby zu bringen. Gleichwohl kann nicht übersehen werden, daß auf diese Weise nur ein Teil des Drucks der Verbandsvertreter auf Regierung und Parlament von „außen“, nicht aber jener noch schwerer kontrollierbare Einfluß von „innen“ erfaßt wird, der sich nach Herausbildung fester Kontakte aufgrund ideologischer Affinitäten und interessegebundenen Sachverständes mit der Zeit zwischen den staatlichen Institutionen, den Parteien und Verbänden ergeben hat<sup>46)</sup>.

### III. Transparenzprinzip und Massenmedien

#### 1. Mißachtung des Transparenzgebots durch die Rundfunkräte

Ohne Frage hängt die Transparenz der politischen Ordnung der Bundesrepublik entscheidend von den Massenmedien ab, deren politische Funktion in der Demokratie ja gerade in der Herstellung bestmöglicher Überschaubarkeit besteht<sup>47)</sup>. Wie unvollkommen sie dieser Funktion aus strukturellen und anderen Gründen gerecht werden können, soll hier nicht erörtert werden. Auffällig ist jedoch, daß sich Presse, Rundfunk und Fernsehen, die in ihrer Arbeit auf die Beachtung des Transparenzgebots durch andere angewiesen sind, im eigenen Bereich sehr wenig um die Verwirklichung dieses Prinzips kümmern. So tagen zum Beispiel die Rundfunkräte, die obersten, als Vertretung der Öffentlichkeit im Rundfunk konzipierten Anstaltsorgane<sup>48)</sup>, weitgehend hinter verschlossenen Türen. Ausnahmen sind die Rundfunkräte des Bayerischen und des Süddeutschen Rundfunks, die normalerweise öffentlich beraten. Der Rundfunkrat des Hes-

sischen Rundfunks hält nur die Hauptversammlung öffentlich ab. Die Stellung der Mitglieder dieser Gremien, der unabhängigen Repräsentanten der Allgemeinheit, die keinen Aufträgen oder Weisungen Dritter unterliegen, wenngleich ihre persönliche Unabhängigkeit bei einigen Anstalten durch unterschiedlich ausgestaltete Rückrufrechte der Auswahlberechtigten eingeschränkt wird, weist „... deutliche Parallelen zu der des Abgeordneten auf, der sich ebenfalls nach bestem Wissen und Gewissen für das Gemeinwohl einzusetzen hat.“<sup>49)</sup>

Auch die — im einzelnen allerdings recht unterschiedlich geregelten — Kompetenzen der Rundfunkräte (Wahl des Intendanten, Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Programmgrundsätze und Genehmigung des Haushaltsplanes) erinnern durchaus an Befugnisse des Parlaments. Darum ist es besonders erstaunlich, daß die meisten Rundfunkräte, die eine Vertretung der Interessen der Hörer und Zuschauer sein wollen, in einem zentralen Punkt ihre parlamentsähnliche Struktur verleugnen, indem sie das Transparenzprinzip mißachten und die Öffentlichkeit von ihren Sitzungen ausschließen. Das Argument, die Sachlichkeit der Beratungen leide, wenn sie öffentlich seien, hält einer näheren Nachprüfung nicht stand. Bei ausgesprochenen unpolitischen Debatten im Rundfunkrat, beispielsweise über die Häufigkeit moderner Musiksendungen oder den Ausbau der technischen Sendeleistungen, liegt kein Grund vor, in einer

<sup>43)</sup> Vgl. Deutscher Bundestag, 5 WP., Drucksache V/2954 und V/2955.

<sup>44)</sup> Vgl. Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, a. a. O., S. 92 ff.

<sup>45)</sup> Vgl. Wilhelm Hennis, Verfassungsordnung und Verbandseinfluß, in: Politische Vierteljahresschrift, 2. Jg., 1961, H. 1, S. 34.

<sup>46)</sup> Vgl. Rolf Ebbighausen, Die doppelte Institutionalisierung der Verbände, in: Neue Politische Literatur, 11. Jg., 1966, H. 3, S. 302

<sup>47)</sup> Vgl. Peter Glotz, Demokratische Kommunikationspolitik in der entwickelten Industriegesellschaft, in: Junge Republik. Beiträge zur Mobilisierung der Demokratie, hrsg. von Michael Hereth, München, Wien 1966, S. 81.

<sup>48)</sup> Das trifft auch für den NDR und den WDR zu, obwohl hier der Verwaltungsrat einen viel stärkeren Einfluß hat als bei den anderen Anstalten.

<sup>49)</sup> Klaus Peter Jank, Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes. Eine systematische Darstellung ihrer organisatorischen Grundlagen (= Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 60), Berlin 1967, S. 43.

öffentlichen Sitzung anders zu argumentieren als in einer nichtöffentlichen. Sobald es aber um hochpolitische Fragen wie die Ansichten eines Kommentators oder Moderators geht, die möglicherweise sogar dessen Abberufung zur Folge haben können, ist es eine Fiktion zu glauben, der Vertreter einer Partei oder eines Interessenverbandes nähme hinter verschlossenen Türen eine „unabhängigere“ Stellung ein als bei geöffneten. In jedem Fall wird das einzelne Mitglied im Rundfunkrat nur solche Positionen beziehen können, die nachträglich vor der entsendenden Instanz zu rechtfertigen sind.

Wenn es schließlich noch eines schlagenden Beweises für die Richtigkeit unserer Annahme bedurft hätte, so sind es die Protokolle der Verhandlungen der Rundfunkräte des Bayerischen und Süddeutschen Rundfunks. Wer diese Niederschriften mit den entsprechenden über die nichtöffentlichen Sitzungen der Rundfunkräte anderer Anstalten vergleicht, wird im Hinblick auf die Sachlichkeit, aber auch die Härte der politischen Auseinandersetzungen so gut wie keine Unterschiede antreffen<sup>50)</sup>. Die Zulassung der Öffentlichkeit zu den Beratungen aller Rundfunkräte ist eine Konsequenz, die aufgrund der quasi-parlamentarischen Stellung dieser Gremien gezogen werden muß. Sie erscheint darüber hinaus als ein geeignetes Mittel, daß Versuche zu systemwidrigen Kompetenzausweitungen der Rundfunkräte, Bemühungen einzelner Gremienmitglieder, unbecome journalistische Mahner zum Schweigen zu bringen, und Tendenzen von Landesregierungen, Rundfunkräte unter Druck zu setzen, zum Teil bereits im Ansatz aufgedeckt werden könnten oder aus Scheu vor dem Licht der Öffentlichkeit ganz unterblieben.

## 2. Fehlende Strukturöffentlichkeit in der Presse

Auf dem Pressesektor ist die Forderung nach mehr Transparenz in letzter Zeit wiederholt in der Diskussion über die Konzentrationstendenzen in der deutschen Presse erhoben worden. Jeder Zeitungs- und Zeitschriftenverlag sollte nach Meinung von Helmut Arndt verpflichtet werden, „die Beteiligungen bekanntzugeben,

<sup>50)</sup> Da sich der Verfasser gegenüber den Rundfunkanstalten, deren Aufsichtsgremien nicht öffentlich tagen, verpflichten mußte, erst in einer umfangreicheren Studie die Informationen aus den nichtöffentlichen Sitzungsprotokollen zu verwerten, muß hier auf eine genauere Beweisführung verzichtet werden.

aus denen eine Beeinflussung der redaktionellen Richtung und der wirtschaftlichen Beziehungen einer Zeitung resultieren könnte.“<sup>51)</sup> Derartige Vorschriften über die Offenlegung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse enthalten heute nur noch das bayerische und hessische Landespressegesetz<sup>52)</sup>. In allen anderen Bundesländern wurden die zum Teil bestehenden ähnlichen Regelungen bei der Verabschiedung neuer Landespressegesetze 1964 bis 1966 außer Kraft gesetzt<sup>53)</sup>.

Die Länderparlamente entschieden sich 1949 für die Strukturöffentlichkeit der Presse, weil für sie „... die Sichtbarmachung anonymen Kapitals in der Presse eine Grundvoraussetzung der Pressefreiheit ...“<sup>54)</sup> war. Sie sahen in der Offenlegung einen „... Schritt zur Aufhellung der wirtschaftlichen und politischen Hintergründe eines Verlagsunternehmens ...“<sup>55)</sup> und hofften dadurch, „... ungesunde Konzernbildungen zur Generalanzeigerpresse mit einem Hugenberg an der Spitze als Pressediktator zu vermeiden“<sup>56)</sup>. Mit anderen Worten: Transparenz der Besitzverhältnisse in der Presse als Anti-Konzentrationsinstrument. Von vornherein bestanden allerdings bei einigen Beteiligten Zweifel, ob die Bestimmungen ihren Zweck erfüllen würden<sup>57)</sup>. Als sich der Beratende Ausschuß für das Pressewesen der Hansestadt Hamburg 1950 in anderen Bundesländern nach den Erfahrungen mit den Publizitätsvorschriften erkundigte, zeigte sich, wie berechtigt die früher geäußerte Skepsis war. In der Antwort des Hessischen Ministers des Innern auf die Anfrage des Beratenden Ausschusses für das Pressewesen heißt es: „Zusammenfassend wird man sagen dürfen, daß

<sup>51)</sup> Helmut Arndt, Die Konzentration in der Presse und die Problematik des Verleger-Fernsehens, Frankfurt a. M., Berlin 1967, S. 43.

<sup>52)</sup> Vgl. § 8 Abs. 3 LPG Bayern, § 5 LPG Hessen. — Die von der Bundesregierung eingesetzte Pressekommission hat jetzt den Ländern die Ergänzung ihrer Landespressegesetze nach dem Muster des bayerischen Pressegesetzes und seiner Ausführungsverordnung vorgeschlagen; vgl. Deutscher Bundestag, 5. WP, Drucksache V/3122.

<sup>53)</sup> Vgl. Martin Löffler, Presserecht. Kommentar, Bd. II: Die Landespressegesetze der Bundesrepublik Deutschland, zweite völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1968, S. 10.

<sup>54)</sup> Bayerischer Landtag, 1. WP, Sten. Ber., 114. S., v. 22. 6. 1949, S. 362.

<sup>55)</sup> Landtag von Nordrhein-Westfalen, 1. WP, Sten. Ber., 110. S., v. 13. 10. 1949, S. 3198.

<sup>56)</sup> Verhandlungen des Württemberg-Badischen Landtags, 1. WP, Sten. Ber., 101. S., v. 10. 12. 1948, S. 2442.

<sup>57)</sup> Vgl. zum Beispiel Bürgerschaft zu Hamburg, Sten. Ber., 1. WP, 24. S., v. 28. 9. 1949, S. 957.

die Bestimmung des § 5 des Pressegesetzes (betr. Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse)<sup>58)</sup> nur recht platonische Bedeutung hat.“<sup>59)</sup> Das Presse- und Informationsamt der Bayerischen Staatskanzlei berichtete dem Ausschuß: „Die in Ihrem Schreiben geäußerte Mutmaßung, daß die Tarnungsmöglichkeiten bei der Bekanntgabe der Eigentumsverhältnisse bei Zeitungsverlagen gewisse Schwierigkeiten bieten könnten, trifft allerdings zu.“<sup>60)</sup>

In den parlamentarischen Debatten über die neuen Pressegesetze, die in den Jahren von 1964 bis 1966 in insgesamt neun Landtagen stattfanden — nur Hessen und Bayern blieben bei den alten Regelungen —, ist bezeichnenderweise lediglich in Hamburg und Berlin die Frage der Offenlegung von Besitz- und Beteiligungsverhältnissen angesprochen worden<sup>61)</sup>. Die anderen Landtage gaben sich mit folgender Erklärung zufrieden, die von der jeweiligen Landesregierung in übereinstimmendem Wortlaut als Begründung für den Verzicht auf die Aufnahme von Publizitätsvorschriften im neuen Pressegesetzentwurf abgegeben wurde: „Die Bestimmungen über die Offenlegung der Eigentums- und Finanzierungsverhältnisse entspringen dem im Prinzip billigen Grundsatz, dem Wirken verfassungsschädlicher Kräfte unter dem Deckmantel der Anonymität entgegenzutreten. Es hat sich jedoch erwiesen, daß die hierüber ergangenen Vorschriften nicht praktikabel waren. Auf der einen Seite waren sie nicht präzise genug, um aus der Fülle der durchaus positiv zu bewertenden Presseorgane An-

haltspunkte für das Wirken ‚verfassungsschädlicher Organe‘ zu gewinnen. Andererseits waren sie jedoch so weit gezogen, daß dadurch ein unangemessener Verwaltungsaufwand notwendig wurde, der in keinem vertretbaren Verhältnis zu dem erreichten Zweck steht. Aber auch ein besserer Ausbau dieser Vorschriften würde letzten Endes nicht zu dem Erfolg führen, weil mit Rücksicht auf die privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eine Umgehung nicht verhindert werden kann. Im übrigen haben die Maßnahmen bei der Durchführung des Verbots verfassungswidriger Parteien gezeigt, daß auf diesem Wege in der Regel auch ihren Presseorganen Einhalt geboten werden kann.“<sup>62)</sup>

In der Begründung wird also der Zweck der Offenlegung — ähnlich wie zeitweilig in der Diskussion über die Rechenschaftslegung der Parteien über die Herkunft ihrer Mittel — auf die Abwehr „verfassungsschädlicher Kräfte“ eingeeengt. Diese Verkennung, um nicht zu sagen Verdrehung viel weitergehender Intentionen des früheren Gesetzgebers<sup>63)</sup> ist insofern besonders unverständlich, als sich 1964 die Konzentrationstendenzen in der deutschen Presse erheblich verschärft hatten<sup>64)</sup>. Dem Transparenzprinzip wäre allerdings nicht schon Rechnung getragen, wenn die Landespressegesetze durch Publizitätsvorschriften ergänzt würden, um die Konzentration aufzuhalten<sup>65)</sup>, sondern erst dann, wenn dieser Novellierung die Absicht zugrunde läge, die politische Ordnung im Interesse einer freien Meinungs- und Willensbildung des einzelnen so überschaubar wie möglich zu gestalten.

In der oben zitierten Begründung für den Verzicht der Landesregierungen auf Regelungen bezüglich der Strukturöffentlichkeit der Presse wird mit Recht auf die Schwierigkeiten hingewiesen, Bestimmungen über die Offenlegung von Besitz- und Beteiligungsverhältnissen zu formulieren, die tatsächlich praktikabel sind<sup>66)</sup>. Trotz schlechter Erfahrungen wäre allerdings die Übernahme der entsprechenden

<sup>58)</sup> Zusatz des Verfassers.

<sup>59)</sup> Brief des Hessischen Ministers des Innern an den Beratenden Ausschuß für das Pressewesen vom 13. 11. 1950 (Archiv der Hansestadt Hamburg).

<sup>60)</sup> Presse- und Informationsamt der Bayerischen Staatskanzlei, Schreiben vom 23. 8. 1950 an den Beratenden Ausschuß für das Pressewesen (Archiv der Hansestadt Hamburg). — Unter Hinweis auf § 7 des Hamburger Pressegesetzes von 1949 betr. Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse schrieb der Bundesminister des Innern übrigens am 11. 4. 1950 unter anderem an den Beratenden Ausschuß: „Eine Bestimmung ähnlicher Art wird auch in dem kommenden Bundes-Pressegesetz nicht zu entbehren sein. Denn die Öffentlichkeit hat ein Anrecht darauf, zu wissen, aus welchen Quellen die in der Demokratie so bedeutsame öffentliche Meinung gespeist wird. Insbesondere sind größere Konzernbildungen im Zeitungswesen aufmerksam zu beobachten.“ Brief des Bundesministers des Innern vom 11. 4. 1950 an den Beratenden Ausschuß für das Pressewesen (Archiv der Hansestadt Hamburg).

<sup>61)</sup> Bürgerschaft zu Hamburg, 5. WP., 1. S., v. 15. 1. 1964, S. 18; 2. S. v. 27. 1. 1965, S. 52 und 56. Abgeordnetenhaus von Berlin, 4. WP, 37. S. v. 24. 9. 1964, S. 505; 54. S. v. 3. 6. 1965, S. 287.

<sup>62)</sup> Bremische Bürgerschaft (Landtag), 6. WP, Drucksachenabteilung I, Nr. 48 v 19. 1. 1965, S. 7/8.

<sup>63)</sup> Vgl. Anm. 54—56. — Ähnliche Mißverständnisse u. a. auch bei Wilhelm R. Beyer, Die Offenlegung der Eigentumsverhältnisse am Presseunternehmen, in: Archiv für Presserecht, Beilage zum Zeitungsverlag und Zeitschriften-Verlag, Nr. 21/1958, S. 4. WP., Drucksache V/3122.

<sup>64)</sup> Die Hoffnungen, auf diese Weise die Konzentrationstendenzen aufzuhalten, sind ohnehin als minimal, wenn nicht gar als illusionär zu bezeichnen.

<sup>65)</sup> Vgl. S. 28 f.

Vorschriften aus dem bayerischen oder hessischen Pressegesetz in die Pressegesetze der anderen Länder besser als der gegenwärtige Zustand. Hier bietet sich zudem die Mitarbeit des Deutschen Presserates an, der in seiner Geschäftsordnung ausdrücklich die Zuständigkeit für die Beobachtung struktureller Entwicklungen der deutschen Presse und die Abwehr freiheitsgefährdender Konzern- und Monopolbildungen hervorhebt<sup>67)</sup>. Der Presserat könnte zum Beispiel in seinen Tätigkeitsberichten jene Verlage, die sich nicht an die Publizitätsvorschriften halten, namentlich auführen. Die Ent- und Aufdeckung der bei den Beteiligungen an Verlagen vorgeschobenen „Strohmannern“ ist dagegen wohl eher von einzelnen publizistischen Organen als vom Presserat zu erwarten. Die auch dann noch bestehenden Umgehungsmöglichkeiten dürfen jedenfalls nicht als Alibi für die Aufgabe eines Prinzips dienen.

Ein anderer Anlauf, dem Transparenzgebot in der Presse Geltung zu verschaffen, hat u. a. in Baden-Württemberg zum Erfolg geführt. In Stuttgart orientierte sich der Gesetzgeber in diesem Fall im großen und ganzen an dem von der Ständigen Konferenz der Innenminister am 1. Februar 1963 verabschiedeten Modellentwurf für ein Landespressegesetz und bestimmte in § 8 Abs. 3: „Zeitungen und An-schlußzeitungen, die regelmäßig ganze Seiten des redaktionellen Teils fertig übernehmen, haben im Impressum auch den für den übernommenen Teil verantwortlichen Redakteur und den Verleger zu benennen. Kopfzeitungen müssen im Impressum auch den Titel der Hauptzeitung angeben.“ Gerade angesichts des verbreiteten Systems von Kopfblättern, Redaktions- und Verlagsgemeinschaften<sup>68)</sup> käme es der Transparenz des Pressewesens in der Bundesrepublik sehr zugute, wenn nicht nur das Impressum, sondern auch die Titelseite der betroffenen Zeitungen einen Vermerk trügen, der die zentrale Redaktion bzw. den Eigentümer erkennen ließe<sup>69)</sup>.

Erstaunlicherweise begnügte sich die von der Bundesregierung eingesetzte Pressekommission in diesem Punkt mit der Empfehlung, die

<sup>67)</sup> Die Geschäftsordnung ist u. a. veröffentlicht in: Deutscher Presserat. Tätigkeitsbericht 1966, Bad Godesberg 1967, S. 70 ff.

<sup>68)</sup> Zu Einzelheiten vgl. Hermann Meyn, Massenmedien in der Bundesrepublik Deutschland (= Zur Politik und Zeitgeschichte, H. 24/25), Berlin 1968<sup>2</sup>, S. 37 ff.

<sup>69)</sup> Vgl. Helmut Arndt, a. a. O., S. 43.

Landespressegesetze sollten analog den Bestimmungen des § 8 Abs. 3 des Hamburgischen Pressegesetzes ergänzt werden<sup>70)</sup>, obwohl darin — abweichend von der baden-württembergischen Lösung — nicht einmal die Nennung der Hauptzeitung im Impressum gefordert wird. Im übrigen ist diese Empfehlung offenbar schon ohnehin vor Jahren in den meisten Landespressegesetzen berücksichtigt worden. Außer Bayern, Hessen und Schleswig-Holstein kann sich kein weiteres Bundesland angesprochen fühlen.

Bei der Untersuchung der Frage, inwieweit das Transparenzprinzip des Grundgesetzes in der politischen Ordnung der Bundesrepublik verwirklicht ist, haben sich drei formal voneinander abweichende Intentionen dieses Prinzips herausgeschält: 1. Transparenz als Mittel zur Einsichtnahme in den Prozeß der politischen Meinungsbildung innerhalb von Gremien (Parlamentsausschüsse, Rundfunkräte); 2. Transparenz als Mittel zur Einsichtnahme in Versuche, von außerhalb auf den Prozeß der politischen Meinungsbildung einzuwirken (Interessenverbände); 3. Transparenz als Mittel zur Aufdeckung ökonomischer Strukturen (Parteien, Presse). Diese unterschiedlichen Ausprägungen des Transparenzprinzips treffen sich jedoch schließlich in dem gemeinsamen Ziel, jedem die Chance zu geben, ausgerüstet mit einem Maximum an Information an der politischen Meinungs- und Willensbildung mitzuwirken — ein Ziel, von dem die politische Ordnung in der Bundesrepublik noch ein beträchtliches Stück entfernt ist.

<sup>70)</sup> Vgl. Deutscher Bundestag, 5. WP., Drucksache V/3122.

#### Berichtigung

Der „Deutsch-Amerikanische National-Kongreß“ (DANK) verweigert sich in einem an „Das Parlament“ gerichteten Schreiben vom 16. Mai 1968 gegen die Erwähnung im Bericht über den Rechtsradikalismus in der Bundesrepublik im Jahre 1967 (Seite 33), der in der Beilage B 15/68 vom 10. April 1968 abgedruckt war; er legt Wert darauf, festzustellen, daß

- a) der DANK eine amerikanische, überkonfessionelle, überparteiliche, kulturell und politisch interessierte, von den amerikanischen Länder- und Staatsregierungen anerkannte, „nation-wide“ (über alle 50 Staaten verbreitete) Organisation ist;
- b) Professor Austin J. App, Ph. D., nicht Schriftführer, sondern Ehrenmitglied des DANK ist;
- c) es die Privatsache von Dr. App sei, was und für wen er schreibe.