

Schriftenreihe Studentische Forschungsprojekte

Studienjahrgang 2017, 5. Semester, WS 2019/2020

Recht und Transzendenz

Modulverantwortlicher: Prof. Dr. Axel Weiß

Unter der Mitautorenschaft von:

Nikolai M. Hahn
Madlen Hojnik
Nico Lenzendorf
Sophia Reichert
Lisa Rieder
Nicole Zogler

Stand: -März 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Hochschule der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (HGU)

Bad Hersfeld, Hennef; März 2020

www.dguv.de/hochschule

Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil dieser Veröffentlichung darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie oder einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Rechteinhabers reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet werden.

ISSN 2626-0646

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	III
1. Einleitung	1
2. Definition der Begrifflichkeiten	3
2.1 Transzendenz	3
2.2 Wahrheitsbegriff	4
2.3 Recht und Rechtsanwendung	7
2.3.1 Grundlagen	7
2.3.2 Theorie der „einen“ richtigen Entscheidung	8
2.3.3 Richterliche Überzeugung	10
2.3.4 Wahrheit und Recht in der Gesellschaft	12
3. Der deutsche Rechtsstaat	15
3.1 Legitimität und Legalität	15
3.2 Rechtsstaatsprinzip	17
3.3 Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens	20
4. Einfallstore der Transzendenz im Grundgesetz	23
4.1 Begriffsbestimmung Einfallstore	23
4.2 Präambel	24
4.3 Art. 1 Abs. 1 GG – Würde	25
4.4 Art. 79 i.V.m. § 146 GG – Bestandsgarantie	31
4.5 Art. 20 Abs. 3 GG – Ordnung	35
4.6 Artt. 56 und 64 GG – Eide	40
5. Fazit	44

Literaturverzeichnis

Barion, Jakob: Macht und Ethos im Recht. In: Philosophisches Jahrbuch, Band: 59. Fulda 1949, S.191-199.

Battis, Ulrich et al.: Bundesbeamtengesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2017.

Bibliographisches Institut (Hrsg.): ewig, 2020, Online: <https://www.duden.de/rechtschreibung/ewig> [06.03.2020].

Bibliographisches Institut (Hrsg.): Ewigkeit, 2020, Online: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ewigkeit>. [06.03.2020].

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In: Säkularisation und Utopie, Erbracher Studien. Stuttgart et al. 1967.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Vom Ethos der Juristen - Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Band 60. 2. Auflage, Berlin 2011.

Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.): Volksabstimmung, Volksbegehren, Volksinitiative, Volksbefragungen, 2015, Online: <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/recht-a-z/23190/volksabstimmung> [10.03.2020].

De Giorgi, Raffaele: Wahrheit und Legitimation im Recht – Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie. In: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 89, Berlin 1980.

Dreier, Horst: Grundgesetz – Kommentar, Band 1, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Dreier, Horst: Grundgesetz – Kommentar, Band 2, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Dürig, Günther/ Maunz, Theodor: Grundgesetz – Kommentar, Band 1, 7. Auflage, München 1991.

Dürig, Günther/ Maunz, Theodor: Grundgesetz – Kommentar, Band 7, 7. Auflage, München, 1991.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously, Massachusetts 1977.

Heinsheimer, Karl August/ Gutzwiller, Max: Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes, Heidelberg 1929.

Hippel, Ernst v/ Ipsen, Hans P. et. al.: Ungeschriebenes Verfassungsrecht – Enteignung und Sozialisierung. Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Heft 10, Berlin 1952.

Hirsch, Ernst E.: Zur juristischen Dimension des Gewissens und der Unverletzlichkeit der Gewissensfreiheit des Richters. In: Hirsch, Ernst E./ Rehbinder, Manfred (Hrsg.): Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 43, Berlin 1979.

Hömig, Dieter/ Wolff, Heinrich (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar, 12. Auflage, Baden-Baden 2018.

Ingenfeld, Martin: Das Wagnis der Freiheit – Das Böckenförde-Diktum und seine Implikationen für eine moderne Demokratie, o.O. 2009.

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul et. al: Handbuch des Staatsrechts, Band 1: Historische Grundlagen, 3. Auflage, Heidelberg, 2003.

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul et. al: Handbuch des Staatsrechts, Band 2: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg, 2004.

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul et. al: Handbuch des Staatsrechts, Band 3: Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg, 2005.

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul et. al: Handbuch des Staatsrechts, Band 9: Allgemeine Grundrechtslehre, 3. Auflage, Heidelberg, 2011.

Jarass, Hans/ Pieroth, Bodo (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage, Münster 2012.

Kaufmann, Franz-Xaver: Der Sozialstaat als Prozess – Für eine Sozialpolitik zweiter Ordnung. In: Zacher, Hans F. (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1998, S. 307-322.

Kelsen, Hans: Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1953.

Kraatz, Erik: Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung – Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis, Berlin/Boston 2011.

Kretschmer, Gerald/ Püttner, Günter: Die Staatsorganisation – Lernbuch zum Staatsrecht, 2. Auflage, München 1993.

Kunig, Philip/ Münch, Ingo v. (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, Band I, 6. Auflage, München 2012.

Martini, Steffen (Hrsg.): Die Formulierung der Menschenwürde bei Immanuel Kant und die „Objektformel“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Online: <https://akj.rewi.hu-berlin.de/projekte/seminararbeiten/marini2.pdf> [29.02.2020].

Messner, Johannes: Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, Innsbruck 1950.

Müller-Schmid, Peter P.: Das Naturrecht – Grundlage der Gesellschaftsordnung? In: Jahrbuch für Christliche Wissenschaften, Band 22. Münster 1981, S. 35-46.

Neumann, Ulfrid: Wahrheit im Recht. Baden-Baden 2004.

Ossenbühl, Fritz: Soziale Gleichheit in der Zeit. In: Zacher, Hans F. (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 673-688.

Peters, Horst et al. (Hrsg.), Losebl., Stand: 03/2019: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit. Kommentar, Stuttgart 2019.

Popper, Karl R.: Über die Unwiderlegbarkeit philosophischer Theorien einschließlich jener, welche falsch sind. In: Szczesny, Gerhard (Hrsg.): Club Voltaire, Band 1. München 1963, S. 271 -279.

Radbruch, Gustav: Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II, Band 2, München 1993.

Rehbinder, Manfred: Rechtssoziologie, 3. Auflage, Berlin 1993.

Schmidt-Räntsch, Günther/ Schmidt-Räntsch, Jürgen: Deutsches Richtergesetz – Richterwahlgesetz, Kommentar, 6. Auflage, München 2009.

Schneider, Karla: Der Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess, Band 22: Reihe Rechtswissenschaft, 1. Auflage, Köln 2010.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, Staatsorgane, Staatsfunktion, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1994.

Stichelbrock, Barbara: Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2002.

Volk, Klaus/ Engländer, Armin: Grundkurs StPO, 9. Auflage, München 2018.

Walz, Dieter/ Eichen, Klaus et. al: Soldatengesetz mit Vorgesetztenverordnung und Reservistinnen- und Reservistengesetz Kommentar, 3. Auflage, Heidelberg 2016.

Weiß, Axel: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken in: Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (Hrsg.): 20 Jahre Hochschule der Gesetzlichen Unfallversicherung – Brücke zwischen Wissenschaft und Praxis. Baden-Baden 2014, S. 302 – 32.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, München 2006.

1. Einleitung

Die folgende Arbeit ist im Rahmen eines Forschungsprojektes unter dem Titel „Recht und Transzendenz“ im fünften Semester an der Hochschule der gesetzlichen Unfallversicherung (HGU) im Modul 23.2 unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. Axel Weiß im Zeitraum von Januar 2020 bis März 2020 entstanden.

Vor dem Start des Forschungsprojekts, waren bei allen Mitgliedern des Projektteams die Vorstellungen zu welchen konkreten Fragen und Antworten der Titel des Projekts führen würde, vielfältig, konträr und vage. Daher war ein nicht geringer Teil der hier erbrachten Leistung, Austausch, Kontemplation und neben dem Schreiben, in erster Linie ganz viel Lektüre.

Ziel dieser Arbeit ist es, Grundlagen unseres Rechtsbegriffs und -systems zu analysieren, um auf diesem Fundament dem Zusammenhang zwischen Recht und Transzendenz nachzugehen. Schwerpunkte bilden dabei der sogenannte Wahrheitsbegriff, die Entstehung und Ausgestaltung des deutschen Rechtsstaates, die verfassungsrechtlich normierten Prinzipien für die Bundesrepublik Deutschland, sowie transzendente Momente und Einfallstore im Grundgesetz.

Zur Bearbeitung der Zielstellung wurde nach dem ersten Treffen der Gruppe, welches von einem intensiven Brainstorming geprägt war, einschlägige Fachliteratur untersucht. Dabei ist festzuhalten, dass explizite Literatur zum hier aufgeworfenen Thema, jedenfalls fern der Grundlagen, relativ rar ist. Nach zwei weiteren Treffen des Forschungsprojekt-Teams, in denen die Schwerpunkte der Arbeit festgelegt und geordnet wurden, erfolgte die Aufteilung der einzelnen Themenschwerpunkte auf die Gruppenmitglieder. Ab diesem Zeitpunkt untersuchte jedes Teammitglied, auf seinen Schwerpunkt bezogen, entsprechende Fachliteratur (Kommentarliteratur, Urteile, Fachaufsätze...).

In regelmäßigen Abständen erfolgte eine Übersendung des aktuellen Bearbeitungsstandes an Herrn Prof. Dr. Weiß. Dieser gab dazu regelmäßig Feedback und legte in Absprache mit der Gruppe bedarfsmäßig weitere gemeinsame Besprechungstermine fest. Vor den Besprechungen machte sich das Forschungsteam gemeinsam zu den Fragestellungen und Ideen Gedanken, zu denen Herr Weiß in seinen Antworten anregte und legte das weitere Vorgehen und gegebenenfalls weitere Fragestellungen zur Diskussion beim Treffen mit Herrn Prof. Dr. Weiß fest. Unabhängig von diesen gemeinsamen Besprechungen traf sich das Forschungsprojektteam alle 1-2

Wochen, um über neue Erkenntnisse und eventuell aufgetauchte Fragen zu diskutieren. Auch abseits der Treffen kam es zu einem produktiven und anregenden Austausch, der dazu beigetragen hat, die Motivation hoch zu halten und den kollektiven Lernerfolg bei einem solch abstrakten Thema sicher zu stellen.

Die Arbeit beginnt mit den Definitionen von im Folgenden wichtigen Begrifflichkeiten. Dies wurde so nicht nur im Sinne des Lesers festgelegt, sondern trug auch dazu bei, die gemeinsame kognitive Basis in der Gruppe bezüglich des Themas, über die Schaffung eines sprachlichen und inhaltlichen Grundkonsenses, zu garantieren. Es werden die ersten inhaltlichen und methodischen Grundlagen geschaffen, indem der Begriff Transzendenz, der Wahrheitsbegriff sowie Recht und Rechtsanwendung beleuchtet werden. Es schließt sich das Thema „Der deutsche Rechtsstaat“ unter Einbeziehung und im Kontext des Begriffspaares Legitimität und Legalität, des Rechtsstaatsprinzips sowie der Gerechtigkeit an. Den vierten Punkt bildet die Erläuterung einzelner Einfallstore für Transzendenz im Grundgesetz und deren Bedeutung. Dies ist das wissenschaftliche Kernkapitel der vorliegenden Arbeit. Im Fazit werden die gewonnen Erkenntnisse abschließend zusammengefasst.

2. Definition der Begrifflichkeiten

2.1 Transzendenz

Transzendenz liegt jenseits des Bereichs der sinnlichen Erfahrung und außerhalb von Raum und Zeit. Sie geht damit über die Wirklichkeit hinaus. Fern jeder Gegenständlichkeit stellt die Transzendenz ein gedankliches Konstrukt dar, welches das menschliche Sein, sowie die Grundannahmen von Welt und Gesellschaft, vorprägt.

Für die Erfahrungswelt ist die Transzendenz also seiend, aus ihr erkennbar oder erfahrbar, ohne von ihr zu sein. Sie ist Bezugskraft einer geordneten Welt. Die Folge einer geordneten Welt ist ein Wertesystem, welches das Sein positiv prägt. Daraus ergeben sich transzendente Kategorien wie z.B. das Gute, das Schlechte, das Schöne oder auch das Wirkliche. Allerdings sind diese Begriffe weder als wahr oder falsch identifizierbar, da diese als reine Existenzialbegriffe zu verstehen sind.¹ Der Wahrheitsbegriff ist abhängig von dem Erfahrbaren und entzieht sich somit der transzendenten Sphäre, so wie diese nicht erfahrbar ist und nicht unter die Kategorie von Wahrheit fallen kann.²

Transzendenz kann in verschiedenen Kontexten unterschiedliche Bedeutungen haben. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff vor allem mit Religiosität assoziiert. Die Begrifflichkeit wird im Folgenden allerdings wertneutral in Bezug auf den Bereich des Rechts angewandt, da das deutsche Staatsgebilde säkular geprägt ist.

¹ Vgl. *Popper*: Über die Unwiderlegbarkeit, S. 274 u. 279: hier reine Existenzialbegriffe im Sinne *Poppers* reinen Existenzialsatzes: „(...) bezieht sich auf die ganze Welt und ist für uns unwiderleglich, weil es keine Methode gibt, ihn zu widerlegen.“, S. 274, daraus folgt die Notwendigkeit der „kritischen Prüfung der Problemsituation und ihrer Voraussetzungen (...)“, S. 279.

² Vgl. Großer Brockhaus.

2.2 Wahrheitsbegriff

Vorab muss darauf hingewiesen werden, dass es im wissenschaftlichen Diskurs eine Unmenge an verschiedenen Definitionen für den Begriff „Wahrheit“ in unterschiedlichsten philosophischen Kontexten gibt. Zwischen den Wahrheitstheorien existiert eine regelrechter Disput, welche die „Wahre“ sei.³ Es ist aber in aller Deutlichkeit zu konstatieren, dass es nicht die eine wahre Wahrheitskonzeption gibt, sondern alle Theorien auf gewisse Art und Weise ihre Daseinsberechtigung haben und je nach Zweck entschieden werden muss, welche Theorie zur Anwendung kommt.⁴

Jede menschengeschaffene Theorie ist demselben Problem unterworfen. Wann hat sie Gültigkeit, wann ist sie wahr? Eine Theorie zeichnet sich dadurch aus, dass sie versucht eine konkrete Problemstellung, zum Beispiel „Was ist Wahrheit?“, allumfassend zu lösen. Allerdings folgt aus einer reinen Unwiderlegbarkeit einer Theorie noch keine Wahrheit.⁵ Wahrheit muss hier also in zwei Dimensionen verstanden werden. Zum einen als Theorie, welche sich der Begrifflichkeit „Wahrheit“ nähert. Zum anderen muss dann der Wahrheitsgehalt der Theorie über die Wahrheit geprüft werden.

Unwiderlegbarkeit kann in diesem Kontext auf zwei unterschiedliche Arten und Weisen verstanden werden. Aus der reinen Logik folgt, wenngleich eine Theorie widerlegbar ist, muss sie falsch sein. Im Gegensatz dazu resultiert aus einer Widerspruchsfreiheit allerdings keine Wahrheitsgarantie.⁶

Der zweite Aspekt der Unwiderlegbarkeit zielt auf eine empirische Widerspruchsfreiheit ab. Sobald der gesamte bekannte Erfahrungsschatz ausgeschöpft ist und der Theorie empirisch nichts entgegensteht, gilt sie als möglicherweise wahr. Denn, wenn eine Theorie weder empirisch beweisbar noch widerlegbar ist, ist keine Aussage über den Wahrheitsgehalt möglich. Vielmehr könnte man mit Wahrscheinlichkeitsannahmen argumentieren. Es kann zwischen verschiedenen Theorien, die sich derselben Problemlösung widmen, abgewogen werden, welche beweisbaren Tatsachen gegen die Annahme der einzelnen Theorien sprechen. Die große Herausforderung im philosophischen⁷ Zusammenhang stellt dar, wie auch schon *Popper* diskutiert hat, dass

³ Vgl. *Kraatz*: Der Einfluss der Erfahrung, S. 258.

⁴ Vgl. *Neumann*: Wahrheit im Recht, S. 14.

⁵ Vgl. *Popper*: Über die Unwiderlegbarkeit, S. 273.

⁶ Vgl. ebd.

⁷ Auch in der Rechtsphilosophie, da diese ein Teilgebiet der Philosophie ist, welches sich im Sinneszusammenhang mit der Rechtslehre beschäftigt, allerdings immer noch in der Philosophie verortet bleibt.

eine von Anfang an nicht beweisbare Theorie nicht diskursfähig ist. Selbst eine kritische Auseinandersetzung führt zwangsläufig zu keinem Ergebnis, da selbst bei Widerspruchsfreiheit keine der möglichen Theorien vollends bestätigt oder verneint werden kann. Mit Hilfe der menschlichen Vernunft kann zwar eine Aussage über die am wahrscheinlichsten wahre Theorie getroffen werden, wenn der aktuelle Zeitpunkt und Erkenntnisstand berücksichtigt wird. Eine Garantie für den Wahrheitsgehalt existiert jedoch nicht. So kann es sein, dass durch Forschung und die Weiterentwicklung des Wissensspektrums in der erfahrbaren Welt im Nachhinein eine wahr geglaubte Theorie sich als falsch herausstellt.⁸

Unter diesen Gesichtspunkten muss eine Wahrheitsdefinition mit Bedacht gewählt werden. Zwar wird der aktuell geltende wissenschaftliche Konsens zu diesem Thema in die folgenden Hypothesen einfließen, dennoch ist dies keine Garantie für die allumfassende Gültigkeit des nachfolgenden Definitionsversuches. Dieses Phänomen ist ein Ausfluss davon, dass es sich bei Theorien niemals um transzendente Inhalte handeln kann, da sie abhängig von Zeit und der erfahrbaren Welt sind.

Da sich hier mit der Transzendenz im geltenden Recht, insbesondere im Grundgesetz, beschäftigt wird, muss sich die Definition des Wahrheitsbegriffs auf das aktuell gültige grundlegende Verständnis von Wahrheit im Recht und der Gesellschaft für das geltende Rechtssystem beziehen.

Die Auslegung von Wahrheit im Recht in der Praxis hat eine Kontrollfunktion für Entscheidungen, welche von Gerichten oder Behörden ergangen sind. Im weitesten Sinne ist demnach die Wahrheit ein Teil der Gewaltenteilung, welche die Judikative in ihrer Funktion einschränkt, aber auch transparent macht. Rechtliche Entscheidungen werden durch den Anspruch an die Wahrheit kritikfähig.⁹

Bei der rechtlichen Wahrheit handelt es sich um eine Eigenschaft von bestimmten Aussagen.¹⁰ Eine allgemeine Annäherung an den Wahrheitsbegriff kann durch eine negative Definition geschehen. Wahr ist, was keine Lüge ist. Dies stellt aber einen wenig zielführenden Definitionsversuch dar, da es sich dabei um eine zirkuläre Aussage handelt. Denn es müsste daraus folgend definiert werden, was eine Lüge ist. Schlussendlich lässt sich eine Lüge aber nur damit definieren, „was nicht wahr ist, ist eine Lüge“.

⁸ Vgl. *Popper*: Über die Unwiderlegbarkeit, S. 273.

⁹ Vgl. *Neumann*: Wahrheit im Recht, S. 10.

¹⁰ Vgl. ebd. S. 8.

In Bezug auf den sprachlichen Begriff „Wahrheit“ ist das Recht unausweichlich mit Legitimation verbunden. Denn sobald ein Tatbestand sprachlich als „wahr“ gewertet wird, folgt daraus unter Berücksichtigung des Art. 20 Abs. 3 GG¹¹ die Berechtigung des Rechtsanwenders das geltende Recht in Anspruch zu nehmen und gegebenenfalls den Täter nach den geltenden Grenzen des Strafrechts zu bestrafen. Anders formuliert ist also legitimiertes Recht die „inhaltliche, materielle Richtigkeit eines Rechtsaktes“¹², welche in der Rechtsanwendung als Wahrheit verstanden werden kann.

Es darf nicht verkannt werden, dass die Sprache im Rechtskontext aber nicht immer eindeutig ist.¹³ Dennoch ist aber das Recht weder vorläufig noch uneindeutig. Eine als falsch erkannte Rechtsauffassung muss nach *Radbruch* im Naturrecht „erbleichen [...] wie der entlarvte Irrtum vor der enthüllten Wahrheit“¹⁴.

¹¹ Vgl. dazu 3.2, Rechtsstaatsprinzip, S. 16.

¹² *Neumann: Wahrheit im Recht*, S. 42.

¹³ Vgl. dazu 2.3.1, Grundlagen, S. 7.

¹⁴ *Radbruch: Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, S. 241.

2.3 Recht und Rechtsanwendung

2.3.1 Grundlagen

Recht und Sprache sind eng und deutlich miteinander verknüpft. Ohne Sprache gibt es kein Recht und keine Rechtsanwendung, da Sprache das verbindende Medium darstellt, wodurch Recht ausgeübt wird.¹⁵ Allerdings ist die Rechtssprache ein in sich sehr komplexes Gebiet der Sprache, sodass die Anwendung dieser dem Erlernen und Sprechen einer neuen Sprache gleicht.¹⁶

Die Rechtsanwendung und damit auch die Wahrheitsfindung sind unwiderruflich mit Sprache verbunden. Wer eine Sprache spricht transformiert „etwas Komplexes (den Gedanken) in eine lineare Form“¹⁷. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass derjenige, der die Sprache versteht die lineare Form des Gedankens in seine ursprüngliche Form schlüsselt, um den Inhalt zu verstehen. Dieser Kommunikationsprozess wird als Linearitätsprinzip bezeichnet. Unzweifelhaft ist, dass dieser Vorgang anfällig für Fehlinformation und falsches Verstehen ist. Beispielweise wenn der Sprechende seinen komplexen Gedanken nicht richtig codiert oder der Empfänger diesen nicht richtig decodiert, schlägt die Informationsweitergabe fehl und der empfangene Gedanke ist „unwahr“ bzw. nicht richtig. Erschwerend kommt hinzu, dass die Sprache wandelbar ist und sich in einem ständigen Fortentwicklungsprozess befindet. Ein weiteres Problem ist die Vielfalt der Sprache, welche dennoch nicht garantieren kann, dass jeder Gedanke grammatikalisch und sinngemäß verbalisiert werden kann.¹⁸

Aus der traditionellen Logik stammend, führt eine „widerspruchsfreie Anwendung einer Allaussage über eine Menge von Elementen auf ein korrektes ausgewähltes Element dieser Menge“ zu einem richtigen Ergebnis¹⁹. Dieses System der Subsumtion (bzw. im rechtlichen Kontext: der sog. *Justizsyllogismus*) ist aus der täglichen Anwendung des Rechts nicht wegzudenken. Zunächst wird eine Definition bzw. eine Feststellung, anhand eines geltenden Gesetzes oder einer Rechtsauslegung vorgenommen (Obersatz). Danach wird der konkrete Sachverhalt unter die Definition subsumiert, ergo angewendet (Untersatz). Zuletzt wird dann die Schlussfolgerung, welche das Ergebnis beinhaltet, dargestellt (Schlusssatz). Dem kann dann entnommen werden, ob die Rechtsfolge eintritt

¹⁵ Vgl. Kraatz: Der Einfluss der Erfahrung, S. 253.

¹⁶ Vgl. Weiß: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken, S. 309 – 310.

¹⁷ Ebd. S. 302 – 303.

¹⁸ Vgl. ebd. S. 303 – 305.

¹⁹ Ebd. S. 311.

oder nicht. Die Verbindung von Obersatz und Untersatz erfolgt über den Mittelbegriff, welcher in beiden Sätzen die entscheidende Komponente darstellt. Allerdings ist dieser Mittelbegriff vage. Das heißt, dass auch eine fehlerfreie Anwendung der oben beschriebenen Technik nicht automatisch zu einem richtigen, „wahren“ Ergebnis führt.²⁰ Um diesem Problem entgegenzuwirken muss eine gut nachvollziehbare Begründung für eine rechtliche Entscheidung vorhanden sein.²¹

In Bezug auf die Rechtsanwendungslehre lässt sich festhalten, dass jenes oben beschriebene Linearitätsprinzip auch in der Praxis bei der Anfertigung von Gutachten, Urteilen oder jedweder anderen rechtlichen Entscheidungsfindung zum Tragen kommt. Als Folge dessen ergibt sich, dass Sprache und Recht grundsätzlich endlich sind und das Kriterium der Widerspruchsfreiheit für den Wahrheitsbegriff im Recht, wie bei der Anwendung jeder anderen philosophischen Theorie, von überragender Bedeutung ist.²² So kann aus Sicht des Rechtsanwenders weder Gerechtigkeit noch Richtigkeit garantiert werden, da durch die sprachliche Vielfalt ein Gedanke auch durch korrekte Anwendung von Sprache und Recht nicht unbedingt wahr sein muss.²³

2.3.2 Theorie der „einen“ richtigen Entscheidung

Die Theorie der „einen“ richtigen Entscheidung und die richterliche Überzeugung sind für die eine Auseinandersetzung mit transzendenten Einfallstoren²⁴ im Grundgesetz unverzichtbar. Denn, dies ist die Basis für die praktische Entscheidungsfindung im deutschen Rechtsstaat und somit auch das Grundfest der Legitimation von juristischen Entscheidungen. Doch vorerst bleibt fraglich, was diese Legitimation beinhaltet und garantiert, sowie wer die Gewalt darüber innehat.

²⁰ Vgl. *Weiß*: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken, S. 312 – 313: Nicht zu vernachlässigen ist, dass es auch weitere legislative Techniken in der Rechtsanwendung gibt. Beispielsweise die Regelbeispieltechnik oder die semantischen und syntaktischen Abstraktionen im Gesetz (vgl. dazu *Weiß* S. 314 ff.). Diese werden in dieser Arbeit jedoch nicht weiter behandelt.

²¹ Vgl. dazu 2.3.2, Theorie der „einen“ richtigen Entscheidung, S. 9.

²² Vgl. *Weiß*: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken, S. 318, vgl. auch dazu *Popper*: Über die Unwiderlegbarkeit.

²³ Vgl. dazu 3.3, Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens, S. 21.

²⁴ Vgl. dazu 4, Einfallstore der Transzendenz im Grundgesetz, S. 25.

Die Theorie der einzig richtigen Entscheidung wird nach heutigem Verständnis durch *Ronald Dworkin* geprägt.²⁵ Er vertritt die Meinung, dass eine juristische Entscheidung durch einen Richter auch in nicht eindeutigen Fällen („Hard Cases“) vollständig festgeschrieben ist. Durch die „Gesamtheit der Rechtsnormen, zu denen neben den Regeln auch die Prinzipien des Rechts zählen“²⁶, ergibt sich kein Spielraum für mehrere vertretbare Meinungen. In Bezug auf die im vorherigen Teil beschriebene Bindung von Recht an die Sprache ergibt sich, dass nicht das Recht mehrdeutig ist, sondern der Rechtsanwender nicht fähig ist, das Recht in seiner Gänze zu erfassen und mit der sprachlichen Vielfalt in Einklang zu bringen. Durch dieses Phänomen kommt es zu einer verschiedenartigen Auslegung von Recht, woraus allerdings keine Zweideutigkeit des Rechts folgt. Diese Theorie baut also auf den ungeschriebenen Prinzipien des Rechts, welche sich aus der gesellschaftlichen Ordnung entwickelt haben. Somit ist die Grundlage für die Anwendbarkeit der Theorie der einzig richtigen Entscheidung, dass eine Gesamtheit von Normen im Rechtssystem vorliegt, welche bereits nach dem Stellenwert der Normen aufgegliedert ist.²⁷

Aus dem Blickwinkel beispielsweise eines Revisionsgerichts, welches der Theorie der einen richtigen Entscheidung folgt, gibt es für einen konkreten Sachverhalt immer nur eine richtige Entscheidung. Die Instanzgerichte kategorisieren eine Entscheidung nur in falsch oder richtig, in schwarz oder weiß. Dies ist zwingend notwendig, da ein Instanzgericht nur fehlerhafte Urteile aufheben kann, nicht jedoch, wenn das Instanzgericht zu einer anderen, aber vertretbaren Lösung kommt.²⁸

Dennoch können in einer juristischen Staatsprüfung bei ein und derselben Fallkonstellation auch mehrere grundverschiedene Entscheidungen als vertretbar gewertet werden. Dabei stellt sich die Frage, wie es sein kann, dass es dann nicht mehr als nur die eine richtige Entscheidung gibt. Denn es existiert neben einer falschen oder richtigen Entscheidung schließlich auch noch eine vertretbare.²⁹ Dies stellt aus logischen Gesichtspunkten einen scheinbaren Widerspruch dar.

Die Lösung des Problems soll, wie bereits im vorhergehenden Teil beschrieben, mittels der Begründung einer juristischen Entscheidung gelingen. Doch aus der Logik ergibt sich

²⁵ Vgl. *Dworkin*: Taking Rights Seriously, S. 81.

²⁶ *Neumann*: Wahrheit im Recht, S. 38.

²⁷ Vgl. *Dworkin*: Taking Rights Seriously, S. 88.

²⁸ Vgl. *Neumann*: Wahrheit im Recht, S. 54.

²⁹ Vgl. ebd. S. 12.

auch, dass eine Entscheidung je detaillierter sie gerechtfertigt werden muss, umso angreifbarer wird.³⁰ Dennoch lässt sich so das Prinzip der Transparenz von Rechtsentscheidungen wahren.

Ebenfalls schwierig in der Anwendung ist diese Theorie bei unbestimmten Rechtsbegriffen, die einer Auslegung bedürfen. Vor allem, wenn mehrere Positionen als vertretbar angesehen werden können.³¹ Fraglich ist demnach, was die Intention des Gesetzgebers bei der Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffes war. Im Zweifelsfall sind auch, dem Binaritätsprinzip³² geschuldet, mehrere Entscheidungen vertretbar. Dies hängt unmittelbar mit der richterlichen Überzeugung zusammen.

2.3.3 Richterliche Überzeugung

Bei der richterlichen Überzeugung handelt es sich um einen Rechtsbegriff. Demnach darf ein Richter oder ein Gericht aus ihrer freien, im Prozess nach den in der objektiven Beweiswürdigung gewonnenen Überzeugung ein Urteil oder eine Rechtsentscheidung fällen.³³ Dies ist in mehreren niedergeschriebenen Gesetzen, wie z.B. § 128 SGG aufgeführt und findet in allen Entscheidungsinstanzen im deutschen Rechtssystem Anwendung.³⁴

Allerdings ist rechtlich festgehalten, wann ein Richter als überzeugt gilt. Ein Richter gilt demnach als überzeugt, wenn keine „angebbare[n] Zweifel seiner Überzeugung [...] mehr entgegenstehen“³⁵. Dafür bedarf es aber nicht einer Zweifelsfreiheit, sondern mehr einer der Gewissheit nahekommenden Wahrscheinlichkeit. Eine Vermutung oder die bloße Möglichkeit reichen nicht aus.³⁶ Dennoch muss die Entscheidung auf objektiv messbaren Tatsachen fußen, sodass diese mittelbar und überprüfbar ist.³⁷

³⁰ Vgl. ebd. S. 52.

³¹ Vgl. ebd. S. 53.

³² Beim Binaritätsprinzip handelt es sich um ein aus der Linguistik stammende Methode sich einem mehrteiligen Begriff durch die Zerlegung einer größeren sprachlichen Einheit in genau zwei Teile (Konstituenten) anzunähern und zu ergründen (segmentieren).

³³ Peters et al.: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, § 128 SGG, II/132-133.

³⁴ Andere Beispiele für die richterliche Überzeugung im deutschen Rechtssystem sind die § 286 ZPO und § 261 StPO. Im Grunde ist deren Auslegung nahezu identisch zu der des § 128 SGG.

³⁵ Weiß: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken, S. 314, 319.

³⁶ Peters et al.: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, § 128 SGG, II/132-133.

³⁷ Vgl. Stichelbrock: Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens, S. 359.

Dies hat zur Folge, dass eine Entscheidung aufgrund richterlicher Überzeugung keineswegs intransparent oder unnachvollziehbar ist bzw. nach Belieben des Richters ergeht. Das Gericht ist dabei in seiner Überzeugungsbildung frei von jeglicher Weisung anderer Stellen und ist lediglich an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)³⁸, sowie an das eigene Gewissen gebunden.

Wahrheit in der richterlichen Überzeugung deckt sich nicht mit der Erkenntnistheorie, in welcher als „wahr“ alle Gedanken gelten, welche sich mit der Wirklichkeit decken. Es bedarf lediglich der Tatsache, dass der Richter eine Tatsachenbehauptung für „wahr“ hält. Daraus folgt, dass Wahrheit in der richterlichen Überzeugung auf Hypothesen baut und schlussendlich eine Abwägung von Wahrscheinlichkeiten ist.³⁹

Im deutschen Rechtsstaat gibt es für einen Sachverhalt immer nur eine zuständige Gerichtsbarkeit, welche dann angehalten ist über den Fall zu urteilen. Die einzelnen Rechtswege sind in deutschen Gesetzen anhand der einschlägigen Normen vorbestimmt. Auch ein nicht eindeutiger Fall muss demnach vom zuständigen Gericht, des Rechtsfriedens willen, entschieden werden. Aus diesem Pragmatismus heraus bedarf es der richterlichen Überzeugung. Gerade bei ethischen Entscheidungen ist das Rechtsgefühl von Bedeutung, welches jeder Mensch, somit auch der Richter, in sich trägt. Wenn eine Person einer anderen etwas stiehlt, sagt uns unser menschliches Gefühl, dass dies falsch ist und bestraft werden muss. Deshalb existiert auch das Laienrichterrecht, da zwangsläufig durch das eigene Gewissen und das uns innewohnende Rechtsgefühl der richtige Entschluss getroffen wird.⁴⁰ Diese Freiheit ebnet den Weg zur Findung der einen richtigen Entscheidung.

Auch die menschliche Vielfalt, welche sich aus der freien Entfaltung der Persönlichkeit ergibt, stellt kein Hindernis bei der richterlichen Entscheidungsfindung dar, denn durch das vorgeprägte Wertesystem der Gesellschaft, aber auch insbesondere durch das Grundgesetz, kommt der Richter und auch die Laienrichter zu der richtigen Entscheidung.

Analog zur richterlichen Überzeugung sind nach Art. 38 Abs. 1 GG auch Abgeordnete des deutschen Bundestages, welche die politischen Repräsentanten des deutschen Volkes sind, bei ihrer Entscheidungsfindung lediglich ihrem Gewissen unterworfen. Der Begriff

³⁸ Vgl. dazu 3.2, Rechtsstaatsprinzip, S. 18.

³⁹ Vgl. *Stichelbrock*: Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens, S. 359.

⁴⁰ Vgl. dazu: Schriftreihe Studentische Forschungsprojekte: Das Laienrichterelement im deutschen Recht (2016), online: https://www.dguv.de/medien/hgu/04_lehre-und-forschung/forschungsprojekt_laienrichterelement_endformatierung_20190726.pdf [20.03.2020].

Gewissen ist in diesem Fall als das „politische Verantwortungsgefühl gegenüber dem ganzen Volk“⁴¹ zu verstehen. Jeder einzelne Abgeordnete ist bei der Stimmabgabe nur seinen eigenen politischen Überzeugungen, vorgeprägt durch die jeweiligen gesellschaftlichen Wertvorstellungen, unterworfen. Das Bewertungssystem soll sich dabei am Grundgesetz, welches das gemeinschaftliche Werte- und Normenverständnis beinhaltet, orientieren. Gleichzeitig soll es als Maßstab der jeden Einzelnen obliegenden Sorgfaltspflicht in Verantwortung vor dem gesamten deutschen Volk dienen.⁴²

Somit baut das deutsche Rechtssystem auf der Annahme, dass die Einbindung menschlicher Vernunft, des Gewissens, des freien Willens und auch der Verantwortung gegenüber des Volks, für welches stellvertretend die gerichtlichen Entscheidungen getroffen werden, zu einer richtigen Abwägung der Rechtsgüter führt und damit verbunden zu einer vertretbaren bzw. richtigen Entscheidung.

2.3.4 Wahrheit und Recht in der Gesellschaft

Bei dem Menschen handelt es sich um ein soziales Wesen. Der Mensch ist auf andere Menschen angewiesen. Freilich gibt es hierfür immer Ausnahmen, wenn beispielsweise Einzelne eine Existenz in der Einsamkeit bevorzugen. Aber der überwiegende Anteil der Menschheit lebt in Kooperation mit anderen Artgenossen. Doch es gibt keine gesellschaftliche Konstellation, welche ohne Regeln für das Zusammenleben auskommt. Dieses Phänomen ist auch in der Tierwelt beobachtbar. Beispielsweise am Herdenverhalten von Wölfen, in dem es ein Alphetier gibt, welches die Aktivitäten und die soziale Rangordnung bestimmt.⁴³

Im Gegensatz zur Tierwelt hat die hochentwickelte Gattung der Homo Sapiens einen freien Willen, welcher nach überwiegender Überzeugung dazu da ist, Gutes zu tun. Dennoch haben Menschen auch den freien Willen „Schlechtes“ zu tun. Diese Verantwortung, die der Mensch durch die vielen Möglichkeiten die ihm die Willensfreiheit bietet, innehat, impliziert die Notwendigkeit der Orientierung um das große Ganze nicht aus dem Blick zu verlieren. Ein extremes Beispiel wäre, brächte der Mensch alle Tiere auf der Erde um, wozu er ohne Zweifel im Stande wäre, würde das natürliche Gleichgewicht auseinanderbrechen. Die Folge wäre, dass es keine Bestäuber mehr gäbe und der

⁴¹ Hirsch: Zur juristischen Dimension des Gewissens, S. 16.

⁴² Vgl. ebd. S. 16 -17.

⁴³ Darunter fällt auch beispielsweise die Futterordnung, welches Tier als erstes die besten Teile vom erbeuteten Futter erhält.

Mensch vermutlich verhungern würde. Dem könnte durch einfache, gemeinschaftliche Regeln vorgebeugt werden. Natürlich bedarf es dazu einer gewissen Legitimation, sodass jeder, der Teil der gesellschaftlichen Ordnung sein möchte, sich auch daran hält.⁴⁴

Aus diesem Beispiel wird deutlich, wie wichtig zum Zusammenleben Regeln in einer menschlichen Gesellschaft sind. Sowohl die gemeinschaftlichen Überzeugungen als auch das in jeglicher schriftlichen Form niedergeschriebene Gesetz dient als Grundlage für das gesellschaftliche Recht.⁴⁵ Im deutschen Rechtssystem stellt dieses vorangestellte Konstrukt von Grundregeln das Grundgesetz, als Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, dar.

Es ist an dieser Stelle wichtig erneut zu bemerken, dass Recht an Sprache gebunden ist. Das Sprachgefüge verändert sich unweigerlich und kann deshalb niemals als abgeschlossene Einheit angenommen werden. So bedarf es auch einer kontinuierlichen Anpassung und Weiterentwicklung des Rechts an die verändere Sprache, aber auch an die veränderte Zeit und die veränderten Werte der Gesellschaft.

Als Beispiel kann das ehemalige deutsche Gesetz aus dem BGB dienen, welches den Ehemann dazu berechtigte, seiner Ehefrau ohne eine Angabe eines Grundes das Arbeiten zu verbieten. In unserer heutigen, weitgehend emanzipierten deutschen Gesellschaft wäre, durch den ergangenen Wertewandel, eine derartige Regelung anhand des geltenden Werteverständnis nicht mehr denk- und legitimierbar.⁴⁶

In Bezug auf die Rechtsanwendung ist die gesellschaftliche Anschauung bei der freien Entscheidungsfindung des Richters von größter Bedeutung.⁴⁷ Auch wenngleich die Überzeugung des Richters überprüfbar gemacht werden muss, ist er mit der Ideologie, dem Werteverständnis und der Kultur der deutschen Gesellschaft sozialisiert. Wie jeder Mensch orientiert sich der Richter bei seinen Entscheidungen an dem ihm Bekannten und an den Überzeugungen, die er im Laufe seines Lebens erlangt hat. Als Grundlage muss hier das deutsche Grundgesetz dienen, welches auf der gesellschaftlichen Ordnung des deutschen Volkes fußt. Aus diesem Grund nimmt auch die Gesellschaft mittelbar auf die

⁴⁴ Vgl. dazu 3.3, Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens, S. 21.

⁴⁵ Vgl. *Weiß*: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken, S. 308.

⁴⁶ Dieses Gesetz wurde 1977 geändert, sodass auch Ehefrauen eigenmächtig, ohne Zustimmung oder Mitentscheidungsrecht des Ehemanns, entscheiden konnten, ob sie arbeiten wollen oder nicht.

⁴⁷ Vgl. dazu 2.3.3, richterliche Überzeugung, S. 10.

Entscheidungen des Richters Einfluss.⁴⁸ Das aktuelle deutsche Rechtsverständnis leitete sich zum großen Teil von den grundlegenden Prinzipien des römischen Rechts ab, welches aber im Kontext der wissenschaftlichen Erkenntnisse und des vorherrschenden gesellschaftlichen Konsens tagesaktuell durch die Richter und Gerichte ausgelegt werden. Dabei ist nochmals zu betonen, dass das Recht nicht vorläufig oder wandelbar ist, die Sprache, in welche dieses gefasst ist, jedoch schon.

Auch der Gesetzgeber ist in gewisser Art und Weise „nur“ ein Reflektor des aktuellen gemeinschaftlichen Zeitgeistes. Er erwirkt neues Recht bzw. ändert altes Recht als „Ausdruck kommende[r] Ziel- und Zweckmäßigkeitserwägungen“⁴⁹.

So nimmt die Gesellschaft durch ihre Sichtweisen auf die (Weiter-) Entwicklung der Rechtssprache und des Rechtsverständnisses mittelbar Einfluss.⁵⁰ Dieses orientiert sich demnach an der aktuellen Zeit und den aktuellen Umwelteinflüssen, wie zum Beispiel auch technische Erneuerungen, welche sich auch aus der Gesamtbetrachtung der Gesellschaft ergeben.

⁴⁸ Vgl. *Neumann: Wahrheit im Recht*, S. 43, aus *Kantorowicz: Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906).

⁴⁹ *Kraatz: Der Einfluss der Erfahrung*, S. 253.

⁵⁰ Vgl. ebd.

3. Der deutsche Rechtsstaat

3.1 Legitimität und Legalität

Im Absolutismus und über weite Strecken auch in der konstitutionellen Monarchie leiteten sich Prerogative (Vorrechte), bzw. die absolute Staatsgewalt aus religiösen Prinzipien⁵¹ ab. Diese religiösen Prinzipien haben der herrschenden Ordnung eine kaum anzuzweifelnde Legitimität verliehen. Mit der Aufklärung und der französischen Revolution begann diese Legitimität zu erodieren⁵², was zu bis heute gültigen Lösungsansätzen des Problems rechtlicher Bindung politischer Herrschaft führte.⁵³ Diese Herrschaft kam unter demokratischen Prinzipien⁵⁴ nur noch als abgeleitetes, nicht mehr als originäres Recht in Betracht.⁵⁵ Hierauf ist die Notwendigkeit einer Konstitution zurückzuführen, welche den Herrschaftsauftrag verbindlich macht.⁵⁶ Aus diesem Kontext stammt auch das Begriffspaar *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué*.⁵⁷

Die *pouvoir constituant* ist grundsätzlich rechtlich nicht ableitbar⁵⁸ und „ihrem Wesen nach unabhängig“⁵⁹, konkret auf die Bundesrepublik bezogen aber, geprägt und gebunden durch völkerrechtliche Komponenten⁶⁰, sowie an überpositive Rechtsgrundsätze.⁶¹ Die verfassungsgebende Gewalt soll die Verfassungsordnung schaffen, sowie deren

⁵¹ Vgl. *Böckenförde*: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24, S. 435: Religiöse Prinzipien hier insbesondere bezogen auf das Prinzip der Herrschaft Gottes, wonach Herrschaft im Namen Gottes oder durch einen Mittler Gottes ausgeübt wird.

⁵² Vgl. ebd. S. 431 – 434: Politische Selbstbestimmung des Einzelnen, abseits vorgegebener Autoritäten, wichtige Autoren hierzu: *Kant, Locke, Rousseau*, was sich z.B. in der Unabhängigkeitserklärung der „Neu-England-Staaten“ von 1776 und der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 manifestiert hat.

⁵³ Vgl. *Grimm*: Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I, § 1, S. 7.

⁵⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 2, Artt. 18 u. 21 GG: Ursprung in der griechischen Antike, verschiedene Verständnisse und Ausformungen, im Folgenden bezogen auf das Demokratieprinzip, welches dem Grundgesetz zu Grunde liegt.

⁵⁵ Vgl. *Grimm*: Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I, § 1, S. 11.

⁵⁶ Vgl. ebd. S. 11, 14: vorausgesetzt man geht davon aus, dass ein purer Konstitutionsakt nicht ausreicht, da mit diesem, z.B. unveräußerliche Menschenrechte, nicht bindend gemacht werden können.

⁵⁷ Vgl. ebd. S. 14: *pouvoir constituant* – verfassungsgebende Gewalt, *pouvoir constitué* – verfasste Gewalt.

⁵⁸ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 146.

⁵⁹ BVerfGE 1, 61: aber die Möglichkeit der Selbstbindung, Verweis zu: 4.4 Bestandsgarantie.

⁶⁰ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 145: hierzu insbesondere zu beachten: Drei-Elemente-Lehre; Frankfurter Dokumente vom 01.07.1948.

⁶¹ BVerfGE 1, 61.

Legitimität gewährleisten.⁶² Diese Legitimität bestimmte sich nach Siéyès⁶³ und C. Schmitt durch den Willen der *pouvoir constituant*.⁶⁴ Der moderne Verfassungsstaat gewinnt diese durch die „Übereinstimmung mit den überwiegend im Volke bestehenden Werte-, Gerechtigkeits-, und Sicherheitsvorstellungen.“⁶⁵

Das Subjekt der *pouvoir constituant* ist nach Siéyès die Nation, respektive das Volk.⁶⁶ Die Feststellung folgt dem Diktum der Volkssouveränität⁶⁷ als Legitimationsprinzip.⁶⁸ Diese lässt das Volk als Souverän im gegebenen Kontext erst durch die funktionelle Trennung in verfassungsgebende Gewalt und verfassungsunterworfenen Staatsorgan deutlich bestimmbar werden.⁶⁹ Das Volk ist einerseits Verfassungsgeber, aber andererseits nach Vollendung des Akts der Verfassungsgebung, Träger der Legitimation der Staatsgewalt an sich.⁷⁰ In dieser Funktion ist die Souveränität des Volkes eingeschränkt, ist konstituierte Gewalt und verfassungsgesetzlich formiert.⁷¹ Die Legitimität, welche vom Volk ausgeht, bezieht sich also auf eine vorrechtliche Legitimität der *pouvoir constituant*, als auch auf die Legitimität der *pouvoir constitué*, durch konsensuale Legitimierung.⁷²

Die verfasste Gewalt konstituiert Legalität⁷³ und ist an die Verfassung gebunden. Sie gliedert sich auf in Legislative, Exekutive und Judikative. Das Volk ist in der Ausübung der Staatsgewalt durch die verfasste Ordnung, konkret das Grundgesetz, zum Beispiel auf den Wahlakt, allgemein also durch Repräsentationsregeln, begrenzt.⁷⁴

In der *pouvoir constituant*, bzw. der ihr notwendigerweise innewohnenden Legitimität ist im Bezug zu der oben stehenden Definition von Transzendenz im Kontext von Recht, trotz

⁶² Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 151.

⁶³ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 146: Siéyès wird als wissenschaftlicher Entdecker der verfassungsgebenden Gewalt betrachtet.

⁶⁴ Hinzutreten müsste auch die Billigung (verbindliche Anerkennung durch Normunterworfenen) nach Heller: Staatslehre, S. 277.

⁶⁵ Vgl. ebd. S. 149, sog. Legitimationsideen.

⁶⁶ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 144.

⁶⁷ Vgl. Böckenförde: Demokratie als Verfassungsprinzip, in HStR II, § 24, S. 431: Das Prinzip der Volkssouveränität wird in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG anerkannt.

⁶⁸ Vgl. Grimm: Ursprung und Wandel der Verfassung, in HStR I, § 1, S. 28; Vgl. Böckenförde: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24, S. 430 ff.

⁶⁹ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, S. 22.

⁷⁰ Vgl. ebd. S. 23.

⁷¹ Vgl. ebd. S. 23; mit Verweis auf: Schmitt, Verfassungslehre, S. 251.

⁷² Vgl. dazu: 3.3 – Legitimierende Wirkung – Gerechtigkeit und Konsens.

⁷³ *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 149: Legalität als „Übereinstimmung mit gesetztem Recht“.

⁷⁴ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, S. 23.

ihrer Bezogenheit auf überrechtliche oder auch naturrechtliche Grundsätze⁷⁵, kein transzendentes Moment zu konstatieren. Zwar finden sich im Naturrecht mannigfaltige transzendente Bezüge.⁷⁶ Im Kontext der hier erbrachten Bemühung Recht und Transzendenz voneinander getrennt zu betrachten und aus den Einzelperspektiven der Trennung heraus das Verhältnis von beiden anhand des Grundgesetzes näher zu bestimmen, wäre die Bearbeitung von transzendenten Aspekten naturrechtlicher Anschauungen nicht zielführend. Im Naturrecht sind originär rechtliche und transzendente Aspekte schwer trennbar miteinander vermischt. Daher wird die Herangehensweise über das Naturrecht zum vorliegenden Thema im Weiteren weitestgehend ausgeklammert.

3.2 Rechtsstaatsprinzip

Der deutsche Rechtsstaat beruht in seinen Grundkonstituenten auf das sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ableitbare Rechtsstaatsprinzip. Dieses elementare Verfassungsprinzip⁷⁷ bindet alle staatliche Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung. Hier drückt sich explizit der Vorrang der Verfassung vor dem Gesetzgeber, respektive der Legislative aus, und gibt abgesehen vom Verfassungsgesetzgeber, der rechtlichen Ordnung einen Rahmen. Damit ist das Rechtsstaatsprinzip „eine Leitidee des Grundgesetzes“⁷⁸ Die Verfassungsbindung des Verfassungsgesetzgebers findet sich in Art. 1 u. Art. 79 Abs. 3 GG (Unantastbarkeitsgarantie)⁷⁹. Exekutive und Judikative sind an Recht und Gesetz gebunden. Dem ist die Bindung an die Verfassung immanent.⁸⁰

Die Grundrechte, welche über den Grundrechtskatalog (Art.1 – 19 GG) des ersten Abschnitts des Grundgesetzes hinaus gehen⁸¹, gelten nach Art.1 Abs. 3 GG gar als

⁷⁵ Vgl. *Messner*: Das Naturrecht, S. 73, S. 202 ff., 389 ff.: Naturrechtliche Grundsätze bilden einen Teil des „sittlichen Apriori“, nur teilweise direkt anwendbar, vermittelt Gehorsam gegenüber dem menschlichen Gesetzgeber. Die sittlichen Prinzipien sind unmittelbar oder durch Schlussfolgerung bezüglich unmittelbarer Erfahrung einsichtig. Das Völkerrecht speist sich maßgeblich aus Naturrechtsprinzipien. Diese sind eng mit Legitimitätserwägungen verbunden.

⁷⁶ *Müller-Schmid*: Das Naturrecht, S. 36: Die Naturrechtslehre kommt um die transzendente Verankerung ethischer und rechtlicher Normen nicht herum.

⁷⁷ Vgl. BVerfGE 1, 28; BVerfGE 20, 331.

⁷⁸ BVerfGE 7, 196.

⁷⁹ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 1072 ff; zur Begriffsproblematik, Verweis zu: 4.4 –Bestandsgarantie.

⁸⁰ Verweis zu: 4.5 –Ordnung.

⁸¹ Vgl. *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Art. 1 Abs. 3 GG, S.43; Vgl. *Münch/Kunig*, Vorbemerkungen zu den Artt. 1 – 19 GG, S. 23; Es gibt keinen formalen Grundrechtsbegriff. Unterschiedliche Wirkungs- und Bestimmungsarten, Stichwort „Drittwirkung“. Man spricht von einem „prozessrechtlichen Grundrechtsbegriff“, wonach mittels der Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG über den Grundrechtskatalog hinausgehend sogenannte Justizgrundrechte (Art.

unmittelbares Recht für die drei Gewalten der *pouvoir constitué* und darüber hinaus für das Volk als Souverän⁸² und damit letztendlich jeden Einzelnen. Die Gewaltenteilung in Legislative, Exekutive und Judikative wird begrifflich wie funktionell in Art. 20 Abs. 2 GG normiert und stellt einen existentiellen Grundsatz des Rechtsstaatsbegriffs dar.⁸³ Die dazugehörige Unabhängigkeit der Gewalten ist für die Rechtsprechung in Art. 97 GG geregelt. Die Unabhängigkeit von Legislative und Exekutive ist, dem politischen System der parlamentarischen Demokratie innewohnend, nicht in aller Klarheit zu gewährleisten.⁸⁴

Das Rechtsstaatsprinzip wird auch in anderen Vorschriften des Grundgesetzes konkretisiert. Aus diesen sind weitere Grundsätze abzuleiten wie die der materiellen Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und Bestimmtheit, der Verhältnismäßigkeit und das Erfordernis eines rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens.⁸⁵ Weiter bestimmt wird der Rechtsstaat in Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG. Dabei regelt Art. 28 GG die für die Länder geltenden Bundesfundamentalnormen.⁸⁶ Das Landesverfassungsrecht, welches grundsätzlich Gestaltungsfreiheit besitzt, wird damit gegenüber dem Bund an ein Mindestmaß an Homogenität bezüglich des Grundgesetzes gebunden.⁸⁷ Wenn es den Art. 28 Abs. 1 S.1 GG nicht gäbe, „folgte dasselbe aus dem in Art.73 Abs. 3 GG garantierten Prinzip des Bundesstaates.“⁸⁸

Der Rechtsstaat soll republikanisch, demokratisch und sozial sein. Republikanisch heißt hier nur „Nicht-Monarchie“. Bezüglich des demokratischen Rechtsstaats ist ein Verweis auf Artt. 18 u. 21 GG sinnvoll. Der Demokratiebegriff wird im Besonderen in seinem freiheitlichen Wesen definiert.⁸⁹ Aus der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ ergeben sich entsprechende Rechtsgewährleistungen des Rechtsstaats, wie die

101, Art. 103 GG) als grundgesetzgleiches Recht miteingeschlossen werden., Vgl. Herdegen in: *Maunz/Dürig*, Band VII, Art. 146 GG, S. 18 ff.: Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt und Bindung an das Verfahren der Verfassungsablösung; damit fällt Art. 146 GG unter den Grundrechtsbegriff, da dieser ein wesentliches, dauerhaftes Recht des Volkes gegenüber dem Staat ausdrückt.

⁸² Vgl. ebd. S. 43-45.: Die Grundrechte sind keine bloßen Programmsätze, sie sollen vollziehbar sein und dabei das „Verhaltenssollen“ jedes Staatsangehörigen.

⁸³ Vgl. *Püttner/Kretschmer*: Staatsorganisation, S. 49.

⁸⁴ Vgl. ebd. S.51: Dieses Defizit wird nach herrschender Meinung durch unabhängige demokratische Institutionen wie z.B. der Bundesbank ausgeglichen.

⁸⁵ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff*, Art. 20 GG Rn 10.

⁸⁶ Vgl. *Wolff* in: *Hömig/Wolff*, Art. 28 GG, S. 352; BVerfGE 1, 34: z.B. „unter welchen Voraussetzungen ein Landtag sein Ende findet.“

⁸⁷ Vgl. ebd. Rn 2.

⁸⁸ *Kirchhof*: Die Identität der Verfassung in: HStR II, § 21, S.287.

⁸⁹ Vgl. *Wolff* in: *Hömig/Wolff*, Art. 28 GG Rn 3.

Grundwerte Freiheit und Gleichheit⁹⁰, die in unterschiedlichen z.B. materiellen oder prozessualen Normen und Entscheidungen ihren Ausdruck finden.

Der deutsche Rechtsstaat ist säkular geprägt. Zunächst ist kurz zu erläutern wie sich die Begriffe Säkularismus⁹¹ und Laizismus zueinander verhalten. Säkularismus ist im Wortsinne die Lehre von der Verweltlichung und meint dabei auch das Resultat der Säkularisierung, im gegebenen Kontext die Trennung des Staates von christlicher Daseinsdeutung. Die Herrschaftsgewalt ist von jeder göttlichen Instanz losgelöst.⁹² Laizismus meint die strikte Trennung von Staat und Kirche mit dem Hintergrund einer grundsätzlich antiklerikalen Haltung.⁹³ Säkular, als weltlich übersetzt, sagt über den Rechtsstaat aus, dass dieser auf religiöse Bezugspunkte im eigentlichen Sinne verzichtet. Diese können sich nur zeitigen, wenn das Volk einen göttlichen Willen in seinen Willen aufnimmt.⁹⁴ Dies gilt auch für den deutschen Rechtsstaat. Dieser ist explizit nicht laizistisch, da religiösen Werten und Kirche noch immer ein wichtiger Platz eingeräumt wird.⁹⁵ Grundsätzlich ist die Emanzipation von religiösen Prinzipien im säkularen Staat aber festzuhalten, auch wenn diese teils über Umwandlung oder Vereinnahmung ursprünglich christlicher Werte funktioniert.

Der Begriff des sozialen Rechtsstaats, drückt die Pflicht aus, für einen „Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Rechtsordnung zu sorgen.“⁹⁶ Das Sozialstaatsprinzip, welches sich aus den sogenannten Sozialstaatsklauseln Art. 20 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG ergibt⁹⁷, soll für die „Staatstätigkeit allgemein richtungsweisendes Gestaltungs-, Abwägungs- und Auslegungsprinzip“⁹⁸ sein. Hier kommt die hohe Bedeutung des Prinzips der (materiellen) Gerechtigkeit⁹⁹ als ein Kern des Rechtsstaatsprinzips zum Ausdruck.¹⁰⁰ Dabei sind die Sozialstaatsklauseln naturgemäß in

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 2, 12, Verweis zu: 3.3 – Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens.

⁹¹ Vgl. *Brockhaus*: Band 19: Säkularisation bezeichnet explizit den Vorgang der Einziehung oder Nutzung kirchlichen Besitzes; Säkularisierung meint den gesamtulturellen Prozess und die allgemeinen historischen Vorgänge, aber auch die ideelle Transformation christlicher Werte fern der Religion.

⁹² Vgl. *Böckenförde*: Demokratie als Verfassungsprinzip, in. HStR II, S. 435.

⁹³ Vgl. *Brockhaus*: Band 13.

⁹⁴ Vgl. *Böckenförde*: Demokratie als Verfassungsprinzip, in. HStR II, S. 435.

⁹⁵ Verweis zu: 4.2 – Präambel; Stichwort: Kirchensteuer etc.

⁹⁶ BVerfGE 20, 204.

⁹⁷ Vgl. *Kaufmann*: Der Sozialstaat als Prozess, S. 309 ff.

⁹⁸ *Wolff* in: *Hömig/Wolff*, Einführung, Rn 3.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE, 7, 196: sowohl die Prinzipien von Rechtssicherheit, wie Gerechtigkeit haben Verfassungsrang.

¹⁰⁰ Vgl. BVerfGE 20, 331: Das Prinzip der Gerechtigkeit bestimmt z.B. das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge.

hohem Maße auslegungsbedürftig und enthalten keine genauen Handlungsanweisungen für den Gesetzgeber¹⁰¹ und bleiben damit hinter den Ausgestaltungen zurückbleibende Orientierungssätze. Besondere Konkretisierungen des Sozialstaats sind zum Beispiel die Regelungsinhalte der Sozialgesetzbücher.

3.3 Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens

Der soziale Rechtsstaat, bzw. das Sozialstaatsprinzip kann als ein bestimmender Faktor dafür gesehen werden, dass eine Majorität der Bürger sich mit der verfassungsmäßigen Ordnung in Deutschland identifizieren kann. Insoweit kommt dem Sozialstaatsprinzip eine erhebliche legitimierende Wirkung zu.¹⁰² Die Sozialstaatsklausel zielt auf eine gerechte und ausgeglichene Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse¹⁰³ und ist damit funktional von erheblicher Bedeutung für das menschliche Zusammenleben in einem Staat. Gerechtigkeit und Gleichheit sind Begriffe welche deutlich auf vor-, bzw. überrechtliche Identifikationsmomente verweisen. Das Sozialstaatsprinzip ist somit ein wichtiges Bindungselement zwischen Bürgern und Staatsordnung, insbesondere durch die Überprüfbarkeit der sozialstaatlichen Maßnahmen anhand der Schablone der Gerechtigkeit¹⁰⁴. Was Gerechtigkeit, besonders im Kontext der Gleichheit, sein kann und wie diese unser Rechtssystem prägt ist daher im Folgenden näher zu bestimmen.

Der Rechtswissenschaftler *Hans Kelsen* hat festgestellt, was Gerechtigkeit ist, weiß man nicht und kann man auch nicht wissen.¹⁰⁵ Aber man kann die allgemein akzeptierten Konstituenten derselben bestimmen. Die Gerechtigkeit ist in unserer Gesellschaft ein wichtiger Grundwert, jedoch kein feststehender, leicht zu fassender Begriff. Er beschreibt dabei nicht nur einen Zustand oder ein Ideal, sondern auch ein Recht.¹⁰⁶

In unserem Rechtssystem basiert die Gerechtigkeit grundlegend auf dem allgemeinen Gleichheitssatz¹⁰⁷ aus Art. 3 Abs. 1 GG, wonach „alle Menschen vor dem Gesetz gleich“

¹⁰¹ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff*, Art. 20 GG Rn 4.

¹⁰² Vgl. *Rehbinder*: Rechtssoziologie, S. 35 ff.: Stichwort Rechtssoziologische Legitimierung, durch Überzeugung der „Rechtsgenossen“ mit z.B. soziologischen Argumenten.

¹⁰³ Vgl. BVerfGE, 22, 204.

¹⁰⁴ Vgl. *Zippelius*: Juristische Methodenlehre, S. 9: Neben der Gerechtigkeit sind Rechtssicherheit und Interessenbefriedigung mit zu beachten.

¹⁰⁵ Vgl. *Kelsen*: Was ist Gerechtigkeit, S. 43.

¹⁰⁶ Über Art. 3 GG und die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Verfassung.

¹⁰⁷ Vgl. *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Art. 3 Abs. 1 GG, S. 9 - 21: Mit egalitärem Standard aus dem Axiom der gleichen Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG.

sind, was als zentrale Grundnorm für die gesamte Rechtsordnung¹⁰⁸ gilt und damit für alle natürlichen Personen.¹⁰⁹ Das Prinzip der Gleichheit ist an überpositives Recht gebunden¹¹⁰ und insbesondere ein wichtiger Faktor in der Beurteilung von Gerechtigkeit. Denn meistens dann, wenn Menschen gleichbehandelt werden, erscheint dies als gerecht. Würde beispielsweise ein Rechtsanwender Person A schwer bestrafen und Person B bei gleicher Tat und Umständen gar nicht oder erheblich anders, so würde dies willkürlich oder ungerecht erscheinen. Auch hier ist auf die menschliche Vielfalt Bezug zu nehmen und als relevanter Faktor zur Beurteilung der Gleichheit, respektive der Gerechtigkeit zu konstatieren.¹¹¹

Das Gesetz ist an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gebunden. Nach *Schaumann* ist der Gleichheitssatz ein Annäherungswert, was zu dem Diktum „Das Gesetz als Gleichheitsfaktor“ führt¹¹². Der Rechtsatz an sich ist allgemein¹¹³, abstrakt¹¹⁴ und dauerhaft¹¹⁵ und stellt damit selbst einen wichtigen Faktor der Gleichheit dar.¹¹⁶ Dies bedeutet letztendlich, dass im deutschen Rechtssystem versucht wird¹¹⁷, durch entsprechende Gesetze und auch die Rechtsanwender eine Gerechtigkeit zu normieren und allem Handeln der Staatsgewalt zugrunde zu legen.

Der Rechtsanwender ist eine fehlerfreie Anwendung des geltenden Rechts schuldig und nicht in erster Linie die Gerechtigkeit im Einzelfall. Aufgrund des Erkenntnisproblems, so können Menschen lügen oder Abweichendes als wahr empfinden¹¹⁸, schuldet der Rechtsanwender zwar das Bemühen um Gerechtigkeit, kann diese aber nicht garantieren.

¹⁰⁸ BVerfGE 38, 228; 41, 13.

¹⁰⁹ Vgl. *Wolff* in: *Hömig/Wolff*, Art. 3 GG Rn. 2.

¹¹⁰ Vgl. *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Art. 3 Abs. 1 GG, S. 9: Inhaltlich bestimmt sich die Gleichbehandlung durch eine der „konkreten Verfassung zugrundeliegenden konkreten Wertentscheidung.“

¹¹¹ Vgl. ebd. S. 21: Hier Bezug zu der sogenannten „relativen, aristotelischen, Gerechtigkeitsgleichheit“, die heruntergebrochen so viel meint wie Ungleichbehandlung entsprechend der Verschiedenheit der Menschen und ihrer Verhältnisse.

¹¹² Vgl. *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Art. 3 Abs. 1 GG, S. 19, 20.

¹¹³ Gilt bezüglich der Gleichheit, weil diese für jedermann gilt.

¹¹⁴ Ähnlich gelagerte Sachverhalte werden unter einem Rechtsatz zusammengefasst und bilden damit Gleichheit.

¹¹⁵ Hier ist die Gleichheit durch dauerndes, zeitliches Bestehen der Norm gemeint; Vgl. *Ossenbühl*: Gleichheit in der Zeit, S. 682 u. 683; Zeit als „offene Flanke“ des Gleichheitssatzes, damit Relativierung der Dauerhaftigkeit, Norminhalt ändert sich aufgrund des ständigen Wandels des Umfelds.

¹¹⁶ Vgl. *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Art. 3 Abs. 1 GG, S. 20.

¹¹⁷ Vgl. *Ossenbühl*: Gleichheit in der Zeit, S. 683 u. 684: Es bleibt durch (Verfassungs-) Gesetzgebung nur beim Versuch, da sich die Vergleichsmaßstäbe verändern und mit Eintritt der Wandlungen, Normen einen neuen Inhalt erhalten.

¹¹⁸ Vgl. dazu 2.2, Wahrheitsbegriff, S. 6.

Die Rechtsanwendungslehre selbst ist dahingehend weder Gerechtigkeits- noch Richtigkeitslehre.

Um dem Gerechtigkeitsempfinden der betroffenen Laien in sämtlichen Instanzen Genüge zu tun, bedarf es einer nachvollziehbaren Begründung der Rechtsanwender.¹¹⁹ Nichts Anderes als die Richtigkeit der Rechtsanwendung - unter den Aspekten der Folgerichtigkeit, Widerspruchsfreiheit, etc. - wird daher unbedingt geschuldet.

Im Einzelfall sollte die Rechtsfolge immer durch den Rechtsanwender selbst begründet und transparent gemacht werden. Die Richtigkeit der Lösung sollte sich durch die Nachvollziehbarkeit sowie Überzeugungskraft ergeben,¹²⁰ wofür nicht zuletzt die Beweislasten eingeführt wurden. Wenn also eine Partei einen Rechtsstreit verliert und es nachvollziehen kann, könnte man darin ein Indiz für Gerechtigkeit erkennen. Insofern das Urteil auf allseitige Akzeptanz stoßen würde, könnte man von einem zu diesem Zeitpunkt gerechten Urteil ausgehen. Hier bedarf es wieder aufgrund der menschlichen Vielfalt einer endlichen Begründung.¹²¹

Der Freiheitsbegriff, ebenso wie der Gleichheitsbegriff, ergo zu weiten Teilen der Gerechtigkeitsbegriff stammen in ihrer gesellschaftlichen Bedeutung aus den Prinzipien der Französischen Revolution (Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit). Sie bilden über das oben ausgeführte hinaus den Urgrund unseres Verständnisses von politischen Werten. Die geistesgeschichtlichen Traditionen dahinter¹²² sind für unser Denken, unsere Werte, Philosophie und Politikverständnisse so bestimmend und grundsätzlich¹²³, dass diese transzendente Elemente überrechtlicher Natur darstellen, die Gesellschaft und Staats-, bzw. Rechtsordnung miteinander verbinden und nicht allein im positivistischen Sinne normiert werden können, um nicht Teile ihrer Bedeutung und Anziehungskraft zu verschütten. Der darin immanente Wertekonsens über die grundsätzlichen Konstituenten von Gerechtigkeit und Gleichheit ist als bestimmende konsensuale Kraft im Staatswesen der Bundesrepublik Deutschland zu identifizieren.

¹¹⁹ Vgl. dazu 2.3, Recht und Rechtsanwendung, S.8.

¹²⁰ Vgl. *Weiß*: Rechtstheorie, Methodenlehre und Selbstdenken, S. 319.

¹²¹ Vgl. ebd.

¹²² Im kollektiven Gedächtnis verankert, Vgl. dazu 4.2, Präambel, S. 26.

¹²³ Vorprägungen menschlichen Seins, die meist unbewusst, bewussten Gedanken vorangestellt sind.

4. Einfallstore der Transzendenz im Grundgesetz

4.1 Begriffsbestimmung Einfallstore

Im rechtlichen Kontext wird eine mittelbare Drittwirkung des Staates über die sogenannten „Einfallstore“, beispielsweise Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe, ermöglicht. Ihre Formulierungen lassen dabei Raum für soziale Anschauungen und das Wertesystem des Grundgesetzes, die dann das zunächst geschlossen wirkende Gesamtgefüge gesetzlicher Regelungen beeinflussen. Als Beispiel eines zivilrechtlichen Einfallstores in Form einer Generalklausel kann „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ des § 242 BGB angeführt werden.

Dieser Mechanismus lässt sich im Allgemeinen auch auf Einfallstore der Transzendenz im Grundgesetz übertragen. Dabei handelt es sich um Passagen im Grundgesetz, welche einen Übergang in die Sphäre jenseits der sinnlichen Erfahrung ermöglichen. Im Kontext der natürlichen Ordnung stellt diese Metaebene, als etwas Übergeordnetes, die Verfassung stets auf ein sittlich-moralisches Fundament.

Die Artikel des Grundgesetzes, in denen mögliche Einfallstore der Transzendenz zu finden sind, werden im Folgenden thematisiert.

4.2 Präambel

Die Präambel ist ein Vorspruch zum Grundgesetz, der die Beweggründe der Verfassungsgebung, aber auch den Zweck und das Ziel des Grundgesetzes ausdrückt.¹²⁴ Des Weiteren soll in ihr der Grundkonsens des deutschen Volkes für das verfasste Gemeinwesen formuliert werden.¹²⁵ Sie ist dabei ein selbstständiger Teil des Grundgesetzes und hat somit Verfassungscharakter.¹²⁶ Der Präambel kommt in erster Linie politische Bedeutung zu, stellt aber auch rechtlich erhebliche Feststellungen und Rechtsverwahrungen auf, welche bei der Auslegung des Grundgesetzes zu beachten sind.¹²⁷ Im Kontext dieser Arbeit ist insbesondere der Ausdruck „Verantwortung vor Gott und den Menschen“ zu beachten. Darin sollten sich alle großen Weltanschauungsgruppen wiederfinden können, gerade bezüglich des Wortes Gott.¹²⁸

Diese invocatio dei, hier allerdings keine Anrufung im engeren Sinne¹²⁹, sollte der „Verwurzelung gottbezogener religiöser Vorstellungen“¹³⁰ in der deutschen Bevölkerung Rechnung tragen, was gerade bezüglich der Wiedervereinigung¹³¹ und dem allgemeinen Zurückgehen religiöser Bezugnahmen in der Gesellschaft heutzutage nicht gänzlich plausibel erscheint.¹³² Versteht man den Einbezug des Gottesbegriffs im historischen Kontext, ist dieser als Kontrapunkt und Absage an den Totalitarismus zu begreifen¹³³ und damit auch von aktueller Relevanz.

Der Formulierung liegt darüber hinaus zugrunde, dass die Mitglieder des Parlamentarischen Rates nicht von einer unbegrenzten Volks- und Staatssouveränität ausgegangen sind und überstaatlichen Normen Rechnung tragen wollten.¹³⁴ Somit stellt der genannte Passus einen Bezug zum Naturrecht und transzendenten Welt-, Wert- und Seinsvorstellungen dar. Da die Präambel jedoch keinen Rechtscharakter im eigentlichen

¹²⁴ Vgl. *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Präambel, S. 4.

¹²⁵ Vgl. *Kunig* in: *Münch/Kunig*, Band I, Präambel, S. 3.

¹²⁶ Vgl. ebd.

¹²⁷ BVerfGE 5, 127.

¹²⁸ Vgl. *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Präambel, S. 8f.

¹²⁹ Vgl. *Kunig* in: *Münch/Kunig*, Band I, Präambel, S. 6.

¹³⁰ Ebd.

¹³¹ Wegen der geringen religiösen Verwurzelung in den neuen Bundesländern.

¹³² Vgl. dazu; 3.2 – Rechtsstaatsprinzip.

¹³³ Vgl. *Kunig* in: *Münch/Kunig*, Band I, Präambel, S. 7.

¹³⁴ Vgl. ebd. S. 8.

Sinne besitzt¹³⁵, so sind aus ihr beispielsweise keinerlei subjektive Rechte Einzelner ableitbar¹³⁶, kann hierin kein Einfallstor¹³⁷ erkannt werden.

4.3 Art. 1 Abs. 1 GG – Würde

Artikel 1 des Grundgesetzes behandelt den Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte und die Bindung an die Grundrechte. Artikel 1 Abs.1 GG besagt „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“. Dieser Artikel entspricht einem Rechtssatz mit Verbindlichkeitsanspruch und bildet den Ausgangspunkt der im Grundgesetz folgenden Ideen von Gleichheit, Freiheit, Demokratie und vom Rechtsstaat.¹³⁸

Dem Grundgesetz, als Verfassung der Bundesrepublik Deutschland (BRD), liegt der Gedanke zugrunde, dass „der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbstständigen Wert besitzt und die Freiheit und Gleichheit dauernde Werte der Grundordnung sind.“¹³⁹ Die Menschenwürde entspricht dem höchsten Rechtswert und bildet den zentralen Ausgangspunkt für das Wertesystem des Grundgesetzes der BRD, sowie die Grundlage für die Menschenrechte.^{140, 141, 142}

Voraussetzung für das Entstehen von Menschenwürde ist allein der Beginn einer individuellen menschlichen Existenz.¹⁴³ Weitere Anforderungen an die Individuen werden nicht gestellt. Die Fähigkeiten, die allgemein ans menschliche Sein geknüpft sind, reichen aus, um Menschenwürde zu erlangen und damit zum Schutzobjekt des Artikel 1 des Grundgesetzes zu werden.^{144,145}

Würde besitzt demnach jeder Mensch, jede natürliche Person, aber keine juristischen Personen. Eigenschaften, wie Staatsangehörigkeit, Religion, geistiger Gesundheitszustand und „würdeloses“ Verhalten (z.B. im Falle von Straftätern) bleiben

¹³⁵ Vgl. *Kunig* in: *Münch/Kunig*, Band I, Präambel, S. 2ff; vielmehr ein „formeller Textbestandteil“.

¹³⁶ Vgl. *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, Band I, Präambel, S. 4.

¹³⁷ Verweis zu: 4.1 – Begriffsbestimmung Einfallstor.

¹³⁸ Vgl. *Di Fabio*, Einführung zum GG, S. X f.

¹³⁹ BVerfGE 2, 1.

¹⁴⁰ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff* Art. 1 GG Rn. 1f.

¹⁴¹ BGBl 1990 II, S.246.

¹⁴² BVerfGE 45, 187.

¹⁴³ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff* Art. 1 GG Rn. 3.

¹⁴⁴ Vgl. *Dreier* in: *Dreier* Art. 1 GG Rn. 66f.

¹⁴⁵ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff* Art. 1 GG Rn. 3.

ungeachtet. Würde beispielsweise durch einen Menschen Mord begangen, so hat dieser zwar durchaus mit einer harten konsequenten Strafe zu rechnen, muss aber nicht mit einer Ausgrenzung aus dem Kreis des Menschlichen fürchten, da er genauso, wie eine Person, die sich immer würdevoll verhalten hat, Anspruch auf ein faires Verfahren und damit eine gerechte Behandlung hat. Selbst, wenn massiv gegen das Grundgesetz und dessen Bestimmungen vorgegangen wird, verbleibt ein Mindestanspruch an Respekt vor dieser Person als Rechtssubjekt.¹⁴⁶ Grund dafür ist die Menschenwürde aus Art. 1 des GG. Sie ist weder verwirkbar noch verzichtbar noch über eine Dritte Person verfügbar. Daraus begründet sich folglich, dass jeder versuchte Eingriff in die Würde eines anderen Menschen verfassungswidrig und eine einschränkende Auslegung nicht zulässig ist.¹⁴⁷ Es handelt sich bei dem Begriff Menschenwürde sozusagen um eine „absolute Schranke für die Beschränkbarkeit der Grundrechte“.¹⁴⁸ Jedoch stellt sie auch keinen „Argumentationsschatz“ dar, mit dem jegliches Verhalten und jede Forderung gerechtfertigt werden kann. Es ist demzufolge nicht möglich für alle Dinge, die man erreichen will, wie z.B. den Mindestlohn, über die Menschenwürde zu argumentieren.¹⁴⁹

Eine einfache, klare Definition von Menschenwürde gibt es nicht. Für die Individuen selbst hängt es von den ethischen Auffassungen jedes Einzelnen bzw. der ganzen Gemeinschaft ab, wie Menschenwürde definiert wird.¹⁵⁰ Jedoch versuchten sich verschiedene Philosophen, wie z.B. *Kant* und *Leibniz* an Definitionsversuche für den Begriff der Menschenwürde. Nach *Kants* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten bedeutet die Würde des Menschen im weitesten Sinne, dass dieser „als Zweck an sich“ gesehen werden muss und nie nur „Mittel zum Zweck“ sein darf.¹⁵¹ Die wesentlichen drei Prinzipien, die er in der Menschenwürde sieht sind Achtung vor dem Anderen, die Anerkennung des eigenen Rechts zu existieren und die Anerkennung der prinzipiellen Gleichwertigkeit aller Menschen.

Man unterscheidet allgemein zwischen Positiv- und Negativdefinitionen. Eine Positivdefinition zu finden, die den Begriff konkret beschreibt, stellt sich für den Begriff der

¹⁴⁶ Vgl. *Di Fabio*, Einführung zum GG, S.X f.

¹⁴⁷ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff* Art. 1 GG Rn.2.

¹⁴⁸ Vgl. BayVerfGH 11, 164.

¹⁴⁹ Vgl. *Di Fabio*, Einführung zum GG, S. XI.

¹⁵⁰ Vgl. *Martini*, <https://akj.rewi.hu-berlin.de/projekte/seminararbeiten/marini2.pdf>, S. 1 ff.

¹⁵¹ Vgl. ebd.

Menschenwürde als schwierig dar. Für eine solche Definition am konkreten Begriff lassen sich drei Haupttheorierichtungen bestimmen.¹⁵² Man unterscheidet sowohl zwischen Wert- oder Mitgifttheorien, die einen christlichen oder naturrechtlich-idealistischen Hintergrund haben, als auch Leistungstheorien und Kommunikationstheorien. Die Leistungstheorie geht davon aus, dass die Menschenwürde über die Prozesse der Identitätsbildung und Selbstdarstellung erlangt werden muss, das bloße Menschsein demzufolge zur Erlangung von Menschenwürde nicht ausreichend ist. Der Mensch hat sie sich über die genannten Leistungen sozusagen zu erarbeiten.¹⁵³ Die Kommunikationstheorie ist der neuste Ansatz einer Positivdefinition für den Begriff der Menschenwürde. Nach dieser Theorie besteht die Menschenwürde „in sozialer Anerkennung durch positive Bewertung von sozialen Achtungsansprüchen“. Schutzgut ist demnach die „mitmenschliche Solidarität“.¹⁵⁴ Hierbei lässt sich eine Loslösung des Bezuges der Menschenwürde zum einzelnen Individuum feststellen, es ist eher ein Bezug auf die Menschheit bzw. zumindest auf eine Gesellschaft von Menschen erkennbar. Jedoch gibt es bisher unter den Positivdefinitionen keine „absolute“ Definition des Begriffs Menschenwürde, da es neben den Argumenten, die für die Richtigkeit des entsprechenden Ansatzes sprechen, ebenso viele Gegenargumente gibt.¹⁵⁵

Aus diesem Grund kommen meist Negativdefinitionen zum Einsatz. So fällt es leichter den zentralen Begriff des Artikel 1 GG darzustellen. Die Menschenwürde wird in dem Fall durch den Eingriff in jene, nach dem Schema „*Die Menschenwürde ist verletzt, wenn ...*“, definiert. Über eine Negativdefinition kann zwar keine abstrakte allgemeingültige Begriffserklärung geschaffen werden, es wird jedoch eine Begriffseingrenzung vorgenommen und somit ermöglicht im jeweiligen konkreten Einzelfall zu entscheiden.¹⁵⁶ Der oben genannte Definitionsversuch von *Kant* stellt eine solche Negativdefinition dar. Als eine Weiterentwicklung dieses Entwurfes kann die *Dürig'sche* Objektformel angesehen werden. Diese besagt: „*Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.*“¹⁵⁷

¹⁵² Vgl. Schneider: Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess, S. 129.

¹⁵³ Vgl. ebd.

¹⁵⁴ Hofmann in: Die versprochene Menschenwürde, in: AöR 118 118 (1993), 353, 368.

¹⁵⁵ Vgl. Schneider: Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess, S.129.

¹⁵⁶ Vgl. ebd. S.128 ff.

¹⁵⁷ Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG Rn.28.

Die Objektformel wird als hilfreiches Instrument betrachtet, allerdings wird sie auch immer wieder kritisiert. Dies geschieht aufgrund ihrer Vagheit, die sich daraus ergibt, dass in jedem Einzelfall versucht werden muss einen Konsens zu finden.¹⁵⁸

Trotzdem orientiert sich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung an der *Dürig'schen* Objektformel, ergänzt und modifiziert diese jedoch meist, da die Formel allein als unzureichend betrachtet wird.^{159, 160} Generell kann man bei Betrachtung der Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Verletzung der Menschenwürde sagen, dass dieses eine Verletzung meist dann sieht, wenn die „Subjekthaftigkeit des Menschen prinzipiell ignoriert wird und er sich dieser Behandlung nicht entziehen kann.“¹⁶¹.

Aufgrund der Existenz und Anwendung der *Dürig'schen* Formel zur Prüfung der Verletzung der Menschenwürde kann man den Art.1 Abs. 1 S. 1 GG zum einen als reine Rechtsanwendungsproblematik sehen. Allerdings bieten sich bei genauere Hinterfragung der „Unantastbarkeit der Menschenwürde“ auch einige transzendente Momente und damit Einfallstore für die Transzendenz im beschriebenen Artikel des Grundgesetzes.

Ein erstes Einfallstor ergibt sich durch den Einfluss geistesgeschichtlicher Traditionen und aus der ethisch-philosophischen Gestalt des Menschenwürdesatzes. Die Verfassungsnorm beansprucht eine vom Glauben, der Philosophie und der Ethik unabhängige Geltung. Das erweist sich als schwierig, da sich hinter dem Satz eine jahrtausendelange Philosophiegeschichte verbirgt.¹⁶² In der mittelalterlichen Philosophie und Theologie wurde die Menschenwürde noch als Pflichtgebundenheit des Menschen gegenüber dem göttlichen Schöpfer betrachtet. Auch später sahen einige Philosophen noch das Christentum als Urheber der Würde an und wiesen damit den Einfluss humanistischer und aufklärerischer Erkenntnisse in den Menschenwürdebegriff ab. Diese Ansicht ist vor allem bei Betrachtung des tatsächlichen Handelns und der politischen Praxis der christlichen Kirchen (christlicher Vorrang gegenüber subjektiver individueller Freiheit) bedenklich, da damit eine nichtreligiöse Begründung der Menschenwürde

¹⁵⁸ Vgl. *Schneider*. Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess, S.128 ff.

¹⁵⁹ BVerfGE 45, 187; BVerfGE 109, 279; BVerfGE 87, 209.

¹⁶⁰ BVerfGE 30, 1.

¹⁶¹ Vgl. *Martini*, Online: <https://akj.rewi.hu-berlin.de/projekte/seminararbeiten/marini2.pdf> S. 7.

¹⁶² Vgl. *Pieroth/Schlink* in: Grundrechte, Rn.368.

ausgeschlossen wird.¹⁶³ Diese Tatsache widerspricht der Annahme, das Christentum als Urheber der Menschenwürde zu betrachten. Weiterhin spricht dagegen, dass die christlichen Kirchen bis in das 20. Jahrhundert hinein politische Ordnungen, die die Menschenwürde unbeachtet ließen, z.B. in Bezug auf Sklaverei, tolerierten.¹⁶⁴

Die Menschenwürde, wie wir sie heute kennen und achten ist nicht als „bloßes Säkularisat christlicher Glaubenssätze anzusehen, sondern erwuchs aus einer Gemengelage antiker, humanistischer und aufklärerischer Traditionen“¹⁶⁵, „für die Durchsetzung des Menschenwürdegedankens im staatlich-politischen Raum haben die christlichen Lehren keineswegs eine exklusive, kaum eine relevante und oft retardierende Rolle gespielt“¹⁶⁶, vielmehr ist ein Menschenwürdekonsens entstanden, dem sich auch die christlichen Kirchen angepasst haben.¹⁶⁷

Die Abgrenzung des Begriffes der Menschenwürde vom religiösen Sinne ist in diesem Kontext besonders wichtig, da es sich bei der BRD um einen säkularen Staat handelt.¹⁶⁸ Hier sind neben den dargelegten Hintergründen weiterhin die Wandlungsfähigkeit und die Zeitbedingtheit des Menschenwürdebegriffs, sowie der Einfluss von Wert- und Achtungsansprüchen, die dem Mensch allein durch sein Menschsein zukommen, zu beachten.¹⁶⁹

Im 20. Jahrhundert ging man noch von einer sogenannten „dualistischen Anthropologie“ aus. Daraus geht die Annahme hervor, dass die Menschenwürde vor dem Hintergrund der Gegensätzlichkeit von Natur und Geist etabliert wurde. Als ihr Ursprung wurde die Höherrangigkeit der Menschen gegenüber anderen Lebewesen und der außermenschlichen Natur gesehen. Inzwischen geht es jedoch mehr um den Schutz des Individuums vor der allmächtigen Staatsgewalt. Es handelt sich bei der Menschenwürde folglich um eine „stets gefährdete aber philosophisch nicht weiter begründungsbedürftige Größe“^{170, 171}

¹⁶³ Vgl. *Dreier* in: *Dreier*, Art. 1 GG Rn. 10.

¹⁶⁴ Vgl. ebd.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Ebd.

¹⁶⁷ Vgl. ebd.

¹⁶⁸ Vgl. dazu 3.2 Rechtsstaatsprinzip, S. 19.

¹⁶⁹ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff* Art. 1 GG Rn. 4.

¹⁷⁰ *Dreier* in: *Dreier*, Art. 1 GG Rn.18.

¹⁷¹ Vgl. ebd.

Ein weiteres transzendentes Moment findet sich durch den bestimmten Artikel „des“ im Artikel 1 Abs. 1 GG und den dortigen Zusammenhang. Der Satz „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ könnte implizieren, dass es ein konkretes Menschenbild gibt, von dem das Grundgesetz ausgeht. Folglich lässt sich mutmaßen, dass hier nicht die Gesamtheit der Menschen gemeint ist, denn dann könnte es heißen „Die Würde der Menschen ist unantastbar.“. Aus der Annahme geht hervor, dass das Grundgesetz ein bestimmtes Menschenbild vorgeben muss, das auch den Würdebegriff näher bestimmt.¹⁷² Verallgemeinert wird der Mensch als eine „in der Gemeinschaft stehende und ihr vielfältig verpflichtete Persönlichkeit“¹⁷³, „die von grundsätzlicher rechtlicher Gleichheit aller Menschen ausgeht“ bezeichnet.¹⁷⁴ Jedoch ist die Bestimmung eines einheitlichen Menschenbildes als problematisch anzusehen, da dieses eine Einheit suggeriert, obwohl dem eine Vielfalt von Selbstverständnissen, Lebensentwürfen und Sinnstiftungen gegenüberstehen.¹⁷⁵ Demzufolge gibt es eine große Bandbreite an Menschenbildern, sodass sich auch das Bundesverfassungsgericht seit geraumer Zeit von einer folgenreichen Bezugnahme auf ein vorgegebenes Menschenbild distanziert.¹⁷⁶ Es handelt sich beim vom Grundgesetz vorgegebenen Menschenbild wohl eher um ein „Trugbild“ statt einem Leitbild, zumal es keine prinzipien- oder leitbildartig wirksame Orientierung gibt und somit mehr als Gutdünken einsetzbares Konstrukt dient.¹⁷⁷ Aufgrund der Ideologiefälligkeit der Menschenbildformel in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 GG, empfiehlt es sich diese, irreführende Annahme besser zu vermeiden.¹⁷⁸

Die Unantastbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich aus Art. 79 Abs. 3 GG. Dieser Artikel wird auch als Bestandsgarantie bezeichnet. Nach Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes zwar möglich, aber eine Änderung, die die Grundsätze der Artikel 1 und 20 des GG betrifft, unzulässig. Auch hier nimmt der Artikel 1 des GG eine Sonderstellung ein. Bei dieser Norm gibt es keine gestuften Schutzzonen, Inhalt und Grundsätze des Art. 1 Abs. 1 GG sind deckungsgleich. Bedingungen dafür sind die

¹⁷² Als Indiz dafür ist auch die Beschreibung eines Menschenbildes in der Einführung zum GG, sowie in der Kommentarliteratur zur GG anzusehen.

¹⁷³ BVerfGE 12, 51.

¹⁷⁴ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff*, Art. 1 GG Rn. 4.

¹⁷⁵ Vgl. *Dreier* in: *Dreier*, Art. 1 Abs.1 GG Rn. 167.

¹⁷⁶ Vgl. ebd.

¹⁷⁷ Vgl. ebd.

¹⁷⁸ Vgl. ebd. Rn. 168.

restriktive Auslegung der Menschenwürdegarantie und die Nichteinbeziehung der mannigfaltigen Ausprägungen des Menschenwürdesatzes.¹⁷⁹

4.4 Art. 79 i.V.m. § 146 GG – Bestandsgarantie

Thema des Artikel 79 GG ist die Änderung des Grundgesetzes. Absatz 3 des Artikels besagt: „*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden ist nicht zulässig.*“. Mit diesem Artikel des Grundgesetzes wird der Bestand der Artikel 1 und 20 GG¹⁸⁰, sowie die Gliederung in Bund und Länder und die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung geschützt, sowie ein Leitrahmen für mögliche Veränderungen vorgegeben.¹⁸¹ An der Stelle des Art. 79 Abs. 3 GG öffnet sich das Verfassungsrecht damit für Rechtsentwicklungen.¹⁸² Dies ist wichtig, da durch die Möglichkeit zur Verfassungsänderung das Verfassungsrecht (mit der Zeit) mitschreiten kann und somit Verfassungsbruch und Revolution bis zu einem gewissen Punkt vorgebeugt werden kann. Das erhöht die Wahrscheinlichkeit für einen länger anhaltenden Bestand einer Verfassung.¹⁸³ Man spricht daher auch von einer Ewigkeits- oder Bestandsgarantie.¹⁸⁴

Zweck der Bestandsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG ist es zu verhindern, dass das Grundgesetz in seinen Grundzügen verändert werden kann, und dadurch ein totalitärer Staat legalisiert würde.¹⁸⁵ Eine Revolution könnte durch die Bestandsgarantie zwar nicht vermieden werden, aber der Schutz der „Scheinlegalität“ entzogen.¹⁸⁶ Oft wird in diesem Zusammenhang auch davon gesprochen einer solchen Revolution die „Maske der Legalität zu entreißen“.¹⁸⁷

Artikel 79 Absatz 3 GG ist im Zusammenhang mit Art. 19 GG und Art. 146 GG zu sehen. Artikel 19 behandelt die Einschränkung von Grundrechten. Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf

¹⁷⁹ Vgl. Dreier in: Dreier, Art. 79 Abs. 3 GG Rn. 27.

¹⁸⁰ Vgl. dazu 3.1 Legalität und Legitimität, S. 16.

¹⁸¹ Vgl. Kirchhof, Die Identität der Verfassung, in: HStR II, § 21, Rn. 42 ff.

¹⁸² Badura (N 87), Rn.3.

¹⁸³ Vgl. Kirchhof, Die Identität der Verfassung, in: HStR II, § 21, Rn. 61.

¹⁸⁴ Zur Verwendung der unterschiedlichen Begrifflichkeiten für diese Garantie siehe im Folgenden dieses Kapitels, insbesondere S. 36.

¹⁸⁵ Vgl. Schnapauß in: Hömig/Wolff Art. 79 GG Rn. 4.

¹⁸⁶ Vgl. Dreier in: Dreier Art. 79 Abs. 3 GG Rn. 5.

¹⁸⁷ Kirchhof, Die Identität der Verfassung, in: HStR II, § 21, Rn. 42 ff.

ein Grundrecht „*in keinem Falle in seinem Wesensgehalt angetastet werden*“. Aus diesem Grund wird Art. 19 Abs. 2 GG auch als Wesensgehaltgarantie bezeichnet.

Das Wort „*berührt*“ aus Artikel 79 Abs.3 GG stellt die Beziehung zu Artikel 19 Abs. 2 des GG her. „*Berührt*“ entspricht in diesem Falle der Bezeichnung „*in seinem Wesensgehalt angetastet*“ aus Artikel 19 Absatz 2 GG.¹⁸⁸ Allerdings ist dies bei Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kritisch zu hinterfragen. Demnach ist der Schutz der Grundsätze aus den Artikeln 1 und 20 weder mit den sich aus den entsprechenden Grundrechten der Normen gleichzusetzen, noch mit deren Wesensgehalt (vgl. Art.19 Abs. 2 GG). Es hat hier eine Unterscheidung zwischen dem Wesensgehalt (im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG) und dem Menschenwürdegehalt einer Norm zu erfolgen. Der Menschenwürdegehalt einer Norm lässt sich als „der Grundsatz der von der Menschenwürde umfassten Kerngehalte“¹⁸⁹ beschreiben. Geschützt von Artikel 79 Abs. 3 GG ist nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer der Menschenwürdegehalt der Norm und nicht der klassische Wesensgehalt aus Art. 19 Abs. 2 GG. Deshalb ergibt sich aus der Bestandsgarantie ein Schutz für z.B. folgende Prinzipien: Schutz der Menschenwürde mit Bekenntnis zu „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit (Art. 1), sowie Elemente des Rechts- und Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3).¹⁹⁰ Sinn und Zweck der Wahrung dieser Prinzipien ist, neben dem geschichtlichen Hintergrund, die Wahrung der Identität des Verfassungsgesetzes und der damit inkludierten elementaren Verfassungsvoraussetzungen und -inhalte.¹⁹¹

Damit wird der Kerninhalt der Verfassung gewahrt, welcher dem Grundgesetz seine Identität und Struktur verleiht.¹⁹² Allerdings gilt zu beachten, dass positivrechtlich ausgeprägte Modifikationen der genannten Grundsätze durch das Bundesverfassungsgesetz aus sachgerechten Gründen zulässig und damit keine Verletzung des Art. 79 Abs. 3 GG darstellen. Es ist lediglich darauf zu achten, dass der Menschenwürdegehalt der Normen nicht berührt werden darf.¹⁹³

¹⁸⁸ Vgl. Dreier in: Dreier Art. 79 Abs. 3 GG Rn. 5.

¹⁸⁹ Vgl. Schnapauff in: Hömig/Wolff Art. 79 GG Rn. 4.

¹⁹⁰ BVerfGE 109, 279.

¹⁹¹ Vgl. Kirchhof, Die Identität der Verfassung, in: HStR II, § 21, Rn. 65.

¹⁹² Vgl. ebd., Rn. 79.

¹⁹³ BVerfGE 109, 279.

Die Wesensgehaltsgarantie stellt eine absolute Eingriffsgrenze für den Gesetzgeber dar und hat somit die Funktion einer Verfassungsschutzbestimmung¹⁹⁴. Diese Grenze soll insbesondere für Fälle gelten, in denen der Gesetzgeber Gebrauch von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG macht.¹⁹⁵ Bevor es zur Anwendung des Art. 19 GG kommen kann, muss zunächst der Wesensgehalt, also der „absolut feststehende Kern“ der entsprechenden Norm bestimmt werden. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich dieser aus der „besonderen Bedeutung des jeweiligen Grundrechts im Gesamtsystem“.¹⁹⁶

Ein transzendentes Moment findet sich bei Art. 79 Abs. 3 GG durch die Bezeichnung als „Ewigkeitsgarantie“. Hier muss zunächst hinterfragt werden, was „ewig“ und „Ewigkeit“ eigentlich ist. Mit diesen beiden Begriffen ist etwas Zeitloses, zeitlich unbegrenztes, dauerhaft Bestehendes, völlig von der Zeit unabhängig Bestehendes oder auch etwas Unvergängliches, für alle Zeiten Bestehendes gemeint.^{197,198} Daraus leitet sich die Frage ab, ob es sich bei Art. 79 Abs. 3 GG tatsächlich um eine von der Zeit unabhängige Norm handelt, die immerzu fortbestehen wird, egal welche Entwicklungen in Deutschland vor sich gehen.

Um diese Frage beantworten zu können, ist Artikel 146 GG einzubeziehen. Dieser beschäftigt sich mit der Geltungsdauer des Grundgesetzes. Kernaussage des Artikels ist, dass das Grundgesetz erst an dem Tage seine Gültigkeit verliert, *„an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“*. Der Artikel knüpft zwar an die Wiedervereinigung Deutschlands an, ist aber nicht auf diese Phase beschränkt.¹⁹⁹ Art. 146 GG ermöglicht dem deutschen Volk jederzeit, insofern Einigkeit darüber herrscht, auch eine neue Verfassung, als Nachfolger des Grundgesetzes, zu erlassen. Es wird sozusagen die *pouvoir constituant* durch das Volk verrechtlicht.²⁰⁰ Es handelt sich hierbei jedoch nicht um ein „Muss“. Durch Artikel 146 wird lediglich eine Option dargestellt, die dem deutschen Volk offensteht. Allerdings muss es sich bei Gebrauch dieses Artikels um eine neue Verfassung handeln, nicht um eine Änderung des Grundgesetzes. Eine Änderung wäre von Art. 146 GG nicht umfasst. Für

¹⁹⁴ Vgl. Dreier in: Dreier, Art. 79 Abs. 3 GG Rn. 61.

¹⁹⁵ Vgl. Antoni in: Hömig/Wolff, Art. 19 GG Rn. 5.

¹⁹⁶ Vgl. BVerfGE 22, 219.

¹⁹⁷ Vgl. Bibliographisches Institut (Hrsg.), 2020, Online: <https://www.duden.de/rechtschreibung/ewig>.

¹⁹⁸ Vgl. Bibliographisches Institut (Hrsg.), 2020, Online: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ewigkeit>.

¹⁹⁹ Vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 146 Rn. 1f.

²⁰⁰ Vgl. ebd. Rn. 2; Vgl. dazu 3.1 Legalität und Legitimität, S.15 f.

diese müsste der Rahmen, den Art. 79 GG vorgibt, und damit die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Prinzipien, eingehalten werden.²⁰¹

Jedoch ist die Anwendbarkeit des Art. 146 GG in der Praxis als schwierig zu bewerten. Das zeigt sich bei der Überlegung nach dem Zustandekommen einer neuen, vom GG abweichenden, Verfassung. Die Verfahrensvorgabe aus Art. 146 GG besagt nur, dass ein Verfassungswandel „*vom deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen*“ werden soll. Es würde also naheliegen eine Neuverfassung im Rahmen einer Volksabstimmung (oder alternativ über die Wahl einer Nationalversammlung) zu beschließen.²⁰² Problematisch ist hierbei jedoch, dass Volksabstimmungen in der BRD, als repräsentative Demokratie, eine eher untergeordnete Rolle spielen und nur bei der Neugliederung des Bundesgebietes (Art. 29 GG) und bei einer neuen Verfassung (Art. 146 GG) in Betracht kommen. Nach herrschender Meinung ist jedoch auch bei einer Abstimmung über diese beiden Punkte eine direkte Beteiligung des Staatsvolkes unzulässig.²⁰³ Sieht man von einer direkten Beteiligung des Staatsvolkes ab, scheint allerdings der Grundsatz aus Art. 146 GG wiederum nicht erfüllbar zu sein. Aus diesem Grund wird der Artikel zur Geltungsdauer des Grundgesetzes erst nach Erlass einer Ausführungsregelung nutzbar sein, da ohne diese die verlangte „freie Abstimmung“ nicht sicherzustellen scheint.²⁰⁴ Eine weitere Möglichkeit ergibt sich daraus, auf Grundlage des Art. 79 Abs. 2 GG den Entwurf einer neuen Verfassung aufzustellen und dann die wahlberechtigte Bevölkerung darüber abstimmen zu lassen. Nach Verfassungsinitiative des deutschen Volkes oder auf Beschluss von Bundestag oder -rat hin eine Volksabstimmung lediglich auf Grundlage des Art. 146, scheint hingegen nicht ausreichend vertretbar, um zugelassen zu werden.²⁰⁵

Würde es der Theorie nach auf Grundlage der Maßgaben des Art. 146 GG zur Ablösung des GG durch eine Folgeverfassung kommen, stellt sich die Frage, ob Artikel 79 Abs. 3 GG als „Ewigkeitsgarantie“, losgelöst von der zeitlichen Komponente, auch in dieser Bestand haben müsste. Diese Frage ist umstritten. Nach extensiver Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG durch das Bundesverfassungsgericht, ist dies jedoch eher abzulehnen.²⁰⁶

²⁰¹ Vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 146 Rn. 2 ff.

²⁰² Vgl. ebd. Rn. 3.

²⁰³ Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), 2015, Online:
<https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/recht-a-z/23190/volksabstimmung>.

²⁰⁴ Vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 146 GG Rn. 4.

²⁰⁵ Vgl. ebd.

²⁰⁶ Vgl. ebd.

Grund dafür ist, dass es sonst zu einer zu starken Beschränkung der *pouvoir constituant*, also der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes käme.²⁰⁷

Die „Ewigkeitsgarantie“ würde also wahrscheinlich durch den Erlass einer Neuverfassung wegfallen, und danach eben nicht mehr für die Ewigkeit existieren.

Bei Betrachtung des Grundgesetzes als gegenwärtige Verfassung, mitsamt möglichen Verfassungsänderungen, stellt Art. 79 Abs. 3 GG jedoch die deutlichste Schranke dar und wird somit, inklusive der geschützten Prinzipien, immer bestehen, solange auch das Grundgesetz besteht. Artikel 79 Abs. 3 GG selbst ist noch nie geändert worden, bedingt durch ein materielles Verbot zur Änderung dieser Norm zum Schutze des durch den Art. 79 Abs. 3 GG aufgestellten Katalog an Unantastbarkeiten.²⁰⁸ Aus den genannten Gründen wird in der Literatur berechtigterweise eher von einer „Bestandsgarantie“ oder auch einer „Identitätsgarantie“ statt von einer „Ewigkeitsgarantie“ gesprochen. Diese Begriffe beziehen sich auf das Grundgesetz und sind daher zutreffender. Die Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Grundgesetz und damit Art. 79 Abs.3 GG ihren Bestand verlieren scheint gegenwärtig zwar eher gering, doch der Begriff „Ewigkeit“ ist in diesem Zusammenhang zu absolut, um Anwendung zu finden.²⁰⁹

4.5 Art. 20 Abs. 3 GG – Ordnung

In einem freiheitlich demokratischen Rechtsstaat hat Art. 20 Abs. 3 GG eine besondere Bedeutung, denn durch diesen wird die gesamte Staatsgewalt dem Recht unterworfen.²¹⁰ Dies beschreibt im Kern das Rechtsstaatsprinzip, als „eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes“. ²¹¹

Das Ausmaß dieser „Unterwerfung“ oder Bindung des Gesetzgebers umschreibt der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung. Dieser wird im Rahmen des Grundgesetzes in verschiedenen Kontexten gebraucht und kann stets nur vor dem Hintergrund des konkreten Anwendungsfalles verstanden werden. In Art. 20 Abs. 3 GG ist damit die Verfassung im formellen Sinne „als Inbegriff der im GG enthaltenen Bestimmungen“

²⁰⁷ Vgl. *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 146 GG Rn. 4.

²⁰⁸ Vgl. *Dreier* in: *Dreier*, Art. 79 Abs. 3 GG Rn. 5 ff.

²⁰⁹ Vgl. *Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: HStR II, § 21, Rn. 79 ff.

²¹⁰ Vgl. *Antoni* in: *Hömig/Wolff*, Art. 20 GG Rn. 10.

²¹¹ BVerfGE 20, 331; Vgl. dazu: 3.2 – Rechtsstaatsprinzip.

gemeint.²¹² Unter Verwendung von „Schleusenbegriffen“ oder „Einfallstoren“ ist jedoch auch eine Bindung über das positive Verfassungsrecht hinaus möglich.²¹³

Durch Betrachtung früherer „Verfassungen“ erkennt man diese meist als historisch gewachsenen Spiegel, welche sich an den aktuellen, realen Machtverhältnissen oder „an den naturrechtlichen Lehren“ orientierten. Zugeschnitten auf die jeweilige Staatsform und die Herrschaftsgewalt²¹⁴, legten sie in der Regel Zeugnis darüber ab, was der Herrscher momentan nicht gedachte zu tun, wobei dieser Status jederzeit verworfen werden konnte.²¹⁵ Insbesondere die traditionelle Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat entsprach damals nicht dem Gedanken der Verfassung.²¹⁶

Aus der Verschmelzung der Idee der Grundrechte und der Verfassungsidee erwuchsen „die Grenzen der Wirksamkeit des Staates“²¹⁷. Diese nunmehr „positive Verfassungsurkunde“ ist der Leitstern des grundrechts-determinierten Rechtsstaats. Ihre inhaltliche Substanz sind dabei die Grundlagen, Werte und Legitimation des deutschen Verfassungsstaates. Ein starrer Positivismus allein brachte die Gesellschaft bereits in der Vergangenheit an den äußersten Rand der Vernunft.

Dieses positive Verfassungsrecht steht in ständiger Wechselwirkung mit dem ungeschriebenen positiven Verfassungsrecht, dessen Essenz jedoch zunächst aus dem Übergeordneten extrahiert werden muss.²¹⁸ Die Verfassung erhält durch die Prinzipien der „moralischen Weltverfassung“ ihre Konkretisierung in Form einer „Auslegung [und] Ausgestaltung (...) des bereits Bestehenden“.²¹⁹ Um zukünftigen Verfinsterungen vorzubeugen musste der Positivismus durch eine entfremdete und philosophische Vernunft legitimiert werden.²²⁰

Dabei gilt es die beiden Aspekte des Rechts einzubeziehen. Die eine Seite ist der dem Recht immanente Sinn, dabei handelt es sich um einen übergeordneten Wert. Die andere

²¹² Grzeszick in: *Maunz/ Dürig*, Art. 20 GG Rn. 30.

²¹³ Vgl. *Schulze-Fielitz* in: *Dreier*, Art. 20 GG Rn. 83.

²¹⁴ Vgl. *Stern*: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: HStR IX, § 184 Rn. 41.

²¹⁵ Vgl. *Stern*: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: HStR IX, § 184 Rn. 42.

²¹⁶ Vgl. ebd.

²¹⁷ *Wilhelm von Humboldt*.

²¹⁸ Vgl. *Hippel*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 13.

²¹⁹ Ebd.

²²⁰ Vgl. *De Giorgi*: Wahrheit und Legitimation im Recht, S. 95.

Seite ist die weltliche und geschichtliche Existenz des Rechts als Tatsache. Wobei der zweite Aspekt stets zu etwas Negativem degenerieren kann.²²¹

Bereits die Formulierung „an Recht und Gesetz“ ist Ausdruck des Bewusstseins, dass sich diese beiden Komponenten „zwar faktisch im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken“. ²²² Deshalb ist es Aufgabe der Rechtsprechung das Mehr an Recht in ihren Entscheidungen zu verwirklichen. Dieser Umstand ist die Konsequenz der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als Sinneinheit. Sie soll so gegenüber dem geschriebenen Gesetz „als Korrektiv“²²³ fungieren. Eine Rechtsanwendung, die sich auf den bloßen möglichen Wortsinn beschränkt, setzt den faktisch unmöglich erreichbaren Zustand der „grundsätzliche(n) Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung“ voraus.²²⁴

Die der verfassungsmäßigen Ordnung immanenten Wertvorstellungen ergänzen das geschriebene Gesetz, wenn dieses eine Rechtsproblematik nicht mehr gerecht²²⁵ zu lösen vermag, die Entscheidungsfindung hat sich dabei stets an den Maßgaben der Rationalität und Willkürfreiheit ²²⁶ zu orientieren. Weiterhin muss eine Gesetzesnorm stets vor dem Hintergrund der aktuellen gesellschaftspolitischen Verhältnisse und dem Stand der Wissenschaft gesehen werden. Andernfalls besteht die Möglichkeit, dass zwischen dem exakten Wortlaut des Gesetzestextes und der veränderten materiellen Gerechtigkeitsvorstellung Differenzen entstehen. ²²⁷

Eine solche Betrachtung kann nur funktionieren, wenn bestimmte Begriffe stets mit einem moralischen Wertesystem hinterlegt werden, denn Allgemeinbegriffe ohne festgelegten objektiven Inhalt dezimieren die Rechtsfrage auf eine Frage des politisch Möglichen und der Machtverhältnisse.²²⁸ Die „mechanische Weltverfassung als moralisch leer gibt der Willkür Raum“. ²²⁹ Die Verfassung verwendet den Begriff der „Demokratie“ in einem rechtsbedeutsamen Sinne. So nebulös der Sinn des Demokratiebegriffs an seinen äußersten Grenzen auch sein mag, so erhält er in seinem Wesen immer den Aspekt der Freiheit. Dieser wiederum erschöpft sich aus freien Wahlen oder Abstimmungen. Zum

²²¹ Vgl. ebd.

²²² BVerfGE 34, 269.

²²³ BVerfGE 34, 269.

²²⁴ Ebd.

²²⁵ Vgl. dazu: 3.3 Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens, S. 21 ff.

²²⁶ Vgl. dazu: 2.3.1 Recht und Rechtsanwendung: Grundlagen, S. 7 f.

²²⁷ Vgl. BVerfGE 34, 269.

²²⁸ Vgl. BVerfGE 34, 269.

²²⁹ Ebd.

Beispiel eine bolschewistische Auslegung des Begriffs der „Demokratie“ konvergiert eher mit der Tyrannei, als mit der Freiheit. Die Konservierung der äußeren Form der Verfassungsbegriffe mit gleichzeitiger Verkehrung ihrer inhaltlichen Bezogenheit ins Gegenteil eröffnete wiederum dem Dritten Reich die Möglichkeit, ihre Diktatur auf legale Weise zu implementieren.²³⁰

Das Fundament des Rechts kann sich nicht nur aus seinem Positivismus erschöpfen. "Das Recht ist nicht das Gesetz. Das Recht ist Ausdruck der Gerechtigkeit".²³¹

Die Bindung der legislativen Gewalt ist im Vergleich den anderen Gewalten vorangestellt und von umfassender Natur. Diese These wird zum einen durch die Systematik innerhalb der Gesetzesnorm und zum anderen durch die Logik der Aufgaben im Rahmen der Gewaltenteilung bekräftigt. Die Rangfolge im Sinne einer umfassenderen Bindung wird bereits durch die Reihenfolge innerhalb des Absatzes drei zum Ausdruck gebracht. Die Eröffnung jenes Absatzes wird durch die Beschreibung der umfassenderen Bindung der „Gesetzgebung (...) an die verfassungsmäßige Ordnung“ vollzogen, dem schließt sich eine in ihrer Restriktionskraft abgeschwächte und der verfassungsmäßigen Ordnung innewohnende Bindung der „vollziehenden Gewalt und [der] Rechtsprechung (...) an Gesetz und Recht“ an.

Weiterhin kann vor dem Hintergrund der Funktion der einzelnen Gewalten nur jene, welche die Grundlagen bildet und damit auch den Weg der anderen beiden Gewalten ebnet, von einer übergeordneten und umfangreicheren Bindung betroffen sein. Die Bindung der legislativen Gewalt geht über Recht und Gesetz hinaus. Diese weitergehende Bindung manifestiert sich durch die Formulierung der „verfassungsmäßigen Ordnung“ als „Einfallstor der Transzendenz“.

Die Begrifflichkeit der verfassungsmäßigen Ordnung konvergiert inhaltlich mit der Frage der faktischen Stabilität von freiheitlich, säkularisierten Demokratien wie sie – unter anderem – im Rahmen des *Böckenförde-Diktums* thematisiert wird.²³² Demnach lebt „der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“.²³³ Durch die Abhängigkeit des Staates von der demokratischen Gesinnung seiner Bürger fußt seine zukünftige Existenz auf einer Dynamik, deren Richtung er nicht zu

²³⁰ Vgl. *Hippel*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 14-15.

²³¹ *De Giorgi*: Wahrheit und Legitimität im Recht, S. 94; Verweis zu: 3.3 – Legitimierende Wirkung: Gerechtigkeit und Konsens.

²³² Vgl. *Ingenfeld*: Wagnis der Freiheit, S. 9.

²³³ *Böckenförde*: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, S. 93.

lenken und deren Ressourcen er nicht aus eigener Kraft zu garantieren vermag.²³⁴ Nach *Böckenförde* kann das Fortbestehen der politischen Ordnung nur gewährleistet werden, wenn sich die Freiheit, „von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert“.²³⁵

Ausgehend von seiner These, die „historische Genese des Staates“ sei ein Prozess andauernder Säkularisation²³⁶, befindet sich die deutsche Zivilgesellschaft im Brennpunkt der untersuchten Problematik. In einem Staat dessen Fundament nicht mehr tief mit den Lehren des christlichen Glaubens verwachsen ist, stellt sich die Frage nach der „homogenitätsverbürgenden Kraft und der inneren Regulierungskr[af]ft (...) der Freiheit“ umso dringlicher.²³⁷

Diese erschöpft sich aus dem vernunftbegabten²³⁸ Wesen des Menschen und dem ihm eigentümlichen sittlich-moralischen Kompass. Diese Komponenten ermöglichen eine Reflexion der Ordnung der äußeren Welt im Mikrokosmos des Seins jedes Menschen. Wurde dieses Bewusstsein im Kontext einer christlichen Philosophie beispielsweise als „Einwirkung göttlichen Lichts – impressio divini luminis“²³⁹ bezeichnet, so wird der Anker der Sittlichkeit in säkularisierten Gesellschaften eher als Gewissen bezeichnet.

Die Grundlagen unseres Rechtssystems müssen deshalb auch im Sittlichen liegen, da sich die menschliche Existenz ständig im Spagat zwischen einem friedlichen, wohlwollenden Miteinander und dem Zustand ständiger Auseinandersetzung befindet. Wobei Erstgenanntes durch die Pflicht des Gewissens als höhere Instanz gebunden wird.²⁴⁰ Die Frage nach dem „Woher“ des menschlichen Gewissens ist im Kontext rechtsphilosophischer Betrachtungen unerheblich. Diese moralische Entität entspricht der tatsächlichen seelischen Wirklichkeit und wird bei jedweder Grenzüberschreitung im Entscheidungsprozess aktiv.²⁴¹ „Wo sich der Wille vom Gewissen löst, da wird der Mensch in seinem Handeln richtungslos“.²⁴² *Barion* folgend „[sucht] Recht (...) die soziale

²³⁴ Vgl. *Ingenfeld*: Wagnis der Freiheit, S. 9.

²³⁵ Ebd. S. 8; aus *Böckenförde*: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, S. 93.

²³⁶ Vgl. ebd. S. 6.

²³⁷ Ebd. S. 92.

²³⁸ Vgl. *Böckenförde*: Vom Ethos der Juristen, S. 45 beziehend auf *Kant*: Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Metaphysik der Sitten IV.

²³⁹ *Böckenförde*: Vom Ethos der Juristen, S. 45 beziehend auf v. Aquin: Summa Theologiae.

²⁴⁰ Vgl. *Barion*: Macht und Ethos im Recht, S. 193.

²⁴¹ Vgl. ebd. S. 198.

²⁴² Ebd.

Wirklichkeit so zu gestalten, daß sie Ordnung wird“²⁴³ um damit ein sittliches Gut in Form einer sozialen Ordnung zu erschaffen.²⁴⁴ Verbindlichkeit erlangt dieses System von Rechtsnormen, zum einen da die Menschen jenes selbst auf der Grundlage ihrer sittlich-moralischen Intuition geschaffen haben, zum anderen da menschliches Dasein einer solchen Ordnung bedarf.²⁴⁵ Dieser wertgebundenen Ordnung liegt „die Vorstellung zugrunde, daß der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbstständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind“.²⁴⁶ Sie bildet damit den Gegenpol zum totalen Staat.²⁴⁷ Folglich muss auch jedes positive Recht im Einklang mit dieser Grundordnung und ihren elementaren Rechtsgrundsätzen stehen, da sie der natürlichen Rechtsauffassung des Menschen entsprechen und daher vom Gewissen anerkannt werden.²⁴⁸

Die politische Ordnung kann als Symbiose aus Recht und Moral angesehen werden. Wobei das Recht die Handlungen der Menschen anhand „ihrer Tragweite für die soziale Ordnung“²⁴⁹ beurteilt und somit die „äußere Perspektive“ einnimmt. Durch die Moral wird die eigene Handlung im inneren nach der Gesinnung des Handelnden bewertet.²⁵⁰ Unter stärkerer Bezugnahme auf die aktuelle politische Kulisse beschreibt *Böckenförde* das Rechtssystem als „Mediation, als (dialektische) Vermittlung von präsenter normativer Ethik und Politik“.²⁵¹

4.6 Artt. 56 und 64 GG – Eide

Ein transzendentes Moment, der die Rechtsanwender betrifft, befindet sich im Artikel 56 des Grundgesetzes. Gemäß diesem Artikel hat der Bundespräsident bei seiner Vereidigung folgendes zu sagen: "Ich schwöre, daß ich meine Kraft dem Wohle des deutschen Volkes widmen, seinen Nutzen mehren, Schaden von ihm wenden, das Grundgesetz und die Gesetze des Bundes wahren und verteidigen, meine Pflichten gewissenhaft erfüllen und Gerechtigkeit gegen jedermann üben werde. So wahr mir Gott

²⁴³ Vgl. ebd. S. 193.

²⁴⁴ Vgl. ebd.

²⁴⁵ Vgl. ebd.

²⁴⁶ BVerfGE 2, 1.

²⁴⁷ Vgl. ebd.

²⁴⁸ *Barion*: Macht und Ethos im Recht, S. 196.

²⁴⁹ Vgl. *Barion*: Macht und Ethos im Recht, S. 194.

²⁵⁰ Vgl. ebd.

²⁵¹ *Böckenförde*: Vom Ethos der Juristen, S. 47 beziehend auf *Böckenförde*: Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, S. 36 ff.

helfe." Ebenfalls heißt es, dass dieser Schwur „ohne religiöse Beteuerung geleistet werden [kann]“.

„Der promissorische Amtseid stellt eine Sicherung im Sinne öffentlicher Selbstverpflichtung dar [, ...] die rechtliche Bedeutung [ist] für die Wahrung der Gemeinwohlpflichtigkeiten des Amtsträgers [...] allerdings als gering zu veranschlagen.“²⁵² Mit anderen Worten lässt sich sagen, dass der Amtseid an sich weniger eine rechtliche Verpflichtung ist, als vielmehr eine gesellschaftliche. Dies wird durch folgendes Zitat unterstützt: „Die faktischen Wirkungen öffentlicher Selbstverpflichtungen basieren auf einem sozialen Mechanismus; daß sein Gesicht verliert und moralisch diskreditiert ist, wer einen öffentlich abgelegten Eid bricht“.²⁵³

Denkt man jetzt einen Schritt weiter und überträgt das Wissen auf Recht und Transzendenz, lässt sich Schlussfolgern, warum der Bundespräsident beim Leisten des Amtseids auf die religiöse Beteuerung verzichten kann. Für einen nicht gläubigen Menschen²⁵⁴ hätte ein Schwur auf/vor Gott keinerlei Bedeutung; wenn die Person glaubt, dass Gott nicht existent ist, besteht für diesen keine beeidete Bindung. Anders sieht es bei der deutschen Bevölkerung als Auditorium des Eides aus; der Bundespräsident kann diese enttäuschen und letztendlich seine politische Legitimität verlieren.

Für die Vereidigung der Bundesminister und des Bundeskanzlers gilt das Gleiche wie für den Bundespräsidenten, da der Eid gemäß Artikel 56 Absatz 2 des Grundgesetzes auch der Eid aus Artikel 56 Anwendung findet.

Dies stellt ein transzendentes Moment im Recht dar, da der Gesetzgeber hier die Möglichkeit eröffnet, dass der Amtseid vor einer höheren Macht als dem Volke (zumindest aus der Sicht der Gläubigen) geleistet werden kann. Genau genommen setzt das Recht zunächst sogar voraus, dass der Amtseid vor einer göttlichen Macht geleistet wird, räumt aber die Möglichkeit ein, dies nicht zu tun. Der Grund dafür lässt sich beispielsweise auf den vierten Artikel des Grundgesetzes zurückführen: Die Freiheit des Glaubens beinhaltet zwangsläufig auch den „Glauben“ an das Nicht-Glauben.

²⁵² *Depenheuer*: Das öffentliche Amt, in: HStR III, § 36 Rn. 37.

²⁵³ *Depenheuer*: Das öffentliche Amt, in: HStR III, § 36 Rn. 37.

²⁵⁴ Hier ist zwischen Agnostiker und Atheist zu unterscheiden. Der Agnostiker geht von der Unbeweisbarkeit, der Atheist von der Unmöglichkeit der Existenz Gottes aus.

Eine Bestätigung für die im vorherigen Absatz getätigten Annahme befindet sich in einem Kommentar zum Bundesbeamtengesetz. Dort heißt es, dass „der Wortlaut der Eidesformel [...] die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigen [darf]. Deshalb darf der Eid gem. Abs. 2 ohne religiöse Beteuerung geleistet werden.“²⁵⁵ „Der ohne Anrufung Gottes geleistete Eid hat nach der Vorstellung des Verfassungsgebers keinen religiösen oder in anderer Weise transzendenten Bezug (BVerfGE 33,23)“²⁵⁶

Grigoleit bezieht sich auf den Eid, den die Bundesbeamten gemäß § 64 Abs. 1 BBG leisten müssen. Dort heißt es „Beamtinnen und Beamte haben folgenden Diensteid zu leisten: ‚Ich schwöre, das Grundgesetz und alle in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gesetze zu wahren und meine Amtspflichten gewissenhaft zu erfüllen, so wahr mir Gott helfe.‘“ Der Eid kann gemäß Absatz 2 „auch ohne die Worte ‚so wahr mir Gott helfe‘“, geleistet werden. Somit sind die Eide, den der Bundespräsident und ein Bundesbeamter ablegen müssen, ähnlich genug, um die jeweiligen Kommentierungen im Folgenden analog anwenden zu können.

Der Schwur für die Soldaten befindet sich im § 9 des Soldatengesetzes.²⁵⁷ Dieser lautet: "Ich schwöre, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen, so wahr mir Gott helfe." Ansonsten ist der Paragraph 9 des Soldatengesetzes mit dem Paragraphen 64 BBG vom Wortlaut und Sinn her ähnlich aufgebaut. Im Soldatengesetz wurde das, was im Beamtengesetz in 4 Absätzen normiert wurde, in zwei Absätzen wiedergegeben. Die Abschnitte 2 und 4 des § 9 Soldatengesetz regeln den Inhalt des Schwurs für diejenigen, die den freiwilligen Wehrdienst leisten. Interessanterweise wurden bei dem Schwur die Worte „so wahr mir Gott helfe“ weggelassen.

Sohm sieht es bei den Soldaten wie *Grigori* bei den Bundesbeamten: werden die Worte „so wahr mir Gott helfe“ ausgespart, entfällt der religiöse oder in anderer Weise transzendente Bezug. Weiter führt *Sohm* auf, dass „Der Eid vom Eidgeber (Soldat)

²⁵⁵ *Grigoleit* in: *Battis et al.*, § 64 Rn. 4.

²⁵⁶ Ebd.

²⁵⁷ Darüber hinaus gibt es weitere in deutschen Gesetzen normierte Eidesformeln: -Der Eid der Parlamentarischen Staatssekretäre im § 3 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre, -Der Eid des Bundesbeauftragten für den Datenschutz im § 11 des Bundesdatenschutzgesetzes, -Der Eid, welchen Notare gemäß § 13 der Bundesnotarordnung leisten müssen, - Der Eid, welchen Rechtsanwälte gemäß § 12a der Bundesrechtsanwaltsordnung leisten müssen, etc.

gegenüber einem Eidnehmer (Bundesrepublik Deutschland) geleistet [wird]; bei der Anrufung Gottes übernimmt dieser die Funktion des Eidwächters. Die Bedeutung des Eides liegt weniger im rechtlichen Sinne als im ethischen Bereich“²⁵⁸

Auch der Richter²⁵⁹ hat gemäß § 38 Absatz 1 des deutschen Richtergesetzes (DRiG) einen Schwur mit den Worten „so wahr mir Gott helfe“ zu leisten. Der Richter kann gemäß Absatz 2 den Schwur ohne diese Worte leisten. Der größte Unterschied zwischen dem Richtereid und zuvor bearbeiteten Eiden ist, dass Richter keine anderen Worte als die Worte „ich schwöre“ verwenden dürfen.²⁶⁰ Ansonsten lassen sich die in den vorigen Abschnitten gesammelten Informationen zur Transzendenz auch auf den Richtereid übertragen.

Laut *Sohm* finden sich „Die Formulierung des § 9 Abs. 1 Satz 2 [...] in fast allen Eidesvorschriften wieder.“²⁶¹ Gemeint ist das Weglassen der Worte „so wahr mir Gott helfe“. Es ließ sich kein Eid finden, der nach aktueller Rechtslage definitiv ein transzendentes Moment fordert.

²⁵⁸ Vgl. *Sohm* in: *Walz/Eichen*, § 9 Rn. 20.

²⁵⁹ Beim Richter handelt es sich um wichtige Rechtsanwender, da deren Rechtsprechung durch die Auslegung von Gesetzen direkte Einwirkung auf diese hat.

²⁶⁰ Vgl. *Schmidt-Räntsch* in: *Schmidt-Räntsch/Schmidt-Räntsch*, § 38 Rn. 5.

²⁶¹ Ebd. Rn. 15.

5. Fazit

Abschließend soll nochmals das *Böckenförde-Diktum* aufgegriffen werden, welches bereits im Rahmen des Einfallstors für Transzendenz in Art. 20 Abs. 3 GG erwähnt wurde. Der deutsche Rechtsstaat beruht auf einer Basis, welche er nicht aus eigener Kraft geschaffen hat und ist auf Stützpfeiler angewiesen, auf die er primär keinen Einfluss hat. Die Legitimation des *pouvoir constituant* gründet auf der Homogenität des Volkes, welches als Souverän sich selbst an die deutsche Verfassung, das Grundgesetz, gebunden hat. Die Gesellschaft muss also in weitgehenden Teilen der Bevölkerung eine persönliche Identifikation besitzen, welche die grundlegenden Werte, auf welchen auch das Grundgesetz wurzelt, vertreten. Als Ausprägung des natürlichen Gerechtigkeits- und Freiheitsgefühl, welches durch das Gewissen Ausdruck findet, kann über das positive Gesetz hinaus, das geltende Recht in jeden einzelnen deutschen Bürger fortbestehen. Diese Legitimität durch das Volk stellt allerdings kein transzendentes Momentum dar.

Aus der Gesamtbetrachtung des Rechtsstaats ergibt sich, dass die obersten und elementarsten Werte in einem demokratischen, republikanischen und sozialen Staat, die Freiheit, die Gerechtigkeit, die Homogenität und die Verbindlichkeit sind. Die Frage an dieser Stelle war, wodurch diese Güter der Gemeinschaft garantiert werden können. Ein Gegenwirken gegen das Problem sind die Einfallstore der Transzendenz im Grundgesetz. Sie sichern zum einen das Weiterbestehen der Prinzipien des deutschen Volkes und sind gleichzeitig auch eine Berechtigung für dessen Existenz. Unabhängig von den Gegebenheiten wird so die freiheitliche und gerechte Behandlung jedes Einzelnen Menschen gesichert. Diese transzendenten Inhalte distanzieren sich klar von einem religiösen Bezug und sichern trotzdem die Rechtfertigung der politischen Ordnung.

Bemerkenswert ist auch, dass nicht jede in Betracht kommende Passage für Transzendenz des Grundgesetzes ein Einfallstor dieser darstellt, sondern nur bestimmte Gesetzesstellen. Beispielsweise die unter Gliederungspunkt 4. c) beschriebene „Ewigkeitsgarantie“ aus Art. 79 Abs. 3 GG stellt keine Schleuße zu transzendenten Inhalten dar, da der Begriff „Ewigkeit“ nicht als absolut angenommen werden kann. Vielmehr könnte bei einer neuen Verfassung durch Art. 146 GG, dieser Zusatz vollkommen wegfallen, was grundsätzlich nicht zum Verlust der in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Prinzipien führt, sondern nur diesen Zusatz entfernt. Somit kann in diesem Passus kein transzendierender Bezug hergestellt werden.

Die Präambel des Grundgesetzes stellt, wegen des fehlenden Verbindlichkeitscharakters, ebenfalls kein Einfallstor für Transzendenz dar. Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass durch sie ein Bezug zum Gottesbegriff und zum Naturrecht gegeben ist, wodurch ein Bezug zu transzendenten Inhalten durchaus vorliegt.

Einen Spezialfall stellen die Eide im Grundgesetz für beispielsweise den Bundespräsidenten dar. Dort ist ein Einfallstor für Transzendenz verankert, allerdings mit der Einschränkung, dass dieses nur vorhanden ist, wenngleich der Zusatz „so wahr mir Gott helfe“ verwendet wird. Die den Eid sprechende Person bindet sich dadurch über das positive, geschriebene Gesetz hinaus, was den transzendieren Aspekt darstellt. Ohne den Zusatz ist die Eidesformel lediglich eine gesellschaftliche Verpflichtung vor dem deutschen Volk, jedoch ohne über das Erfahrbare hinauszugehen.

Auch bei der Menschenwürde in Art. 1 GG ist es kritisch zu hinterfragen, ob es sich um ein transzendentes Momentum des Grundgesetzes handelt. Unverkennbar ist, dass dort ein sprachliches Problem vorherrscht, welches durch die menschliche Vielfalt und breite Spektrum der Sprache verhindert, dass eine (Legal-)Definition oder eine Auslegung erfolgt. Dennoch kann durch die Formulierung „des“ ein Transzendenzbezug hergestellt werden, wenngleich auch nur sehr undeutlich und dieser umstritten ist. Nach einigen wissenschaftlichen Meinungen bezieht sich der Schutzbereich der Menschenwürde, der Wortwahl zufolge, nicht auf die Gesamtheit aller Menschen, sondern auf ein Menschenbild, was ein sprichwörtliches Portal zur Transzendenz darstellen könnte.

Ganz im Gegenteil zu Art. 20 Abs. 3 GG, welcher das Paradebeispiel eines Einfallstors für Transzendenz im Grundgesetz angesehen werden kann. Die verfassungsmäßige Ordnung geht über das positive Gesetz weit hinaus und übersteigt sogar das in der materiellen Welt bewusst Wahrnehmbare. Es bindet sowohl den einzelnen Rechtsanwender als auch das *pouvoir constitué* an die überrechtlichen Inhalte in der Entscheidungsfindung und der Ausübung, sowie Erneuerung des positiven Rechts. Dabei ist dies stets vor dem Angesicht der Zeit, dem Wahrheitsbegriff im Recht und den Grundfesten der Rechtsanwendung zu sehen.

Das Gewissen stellt dabei eine Symbiose des niedergeschriebenen Rechts und der Sittlichkeit, sowie den Moralvorstellungen und des Gewissens der Menschen dar. Aus diesen verwurzelten Grundgeflecht resultiert schlussendlich dann der gelebte Rechtsstaat und garantiert zu gewissen Teilen die Freiheit, die mit dem Wesen einer Demokratie einhergeht.

Die Einfallstore der Transzendenz im Grundgesetz sind also als überrechtliche Voraussetzungen des deutschen Rechtsstaats zu begreifen. Aus ihnen wird ersichtlich, dass das positive Recht, aber auch insbesondere der säkulare Staat auf die Legitimation durch transzendente Inhalte angewiesen ist. So sichert es auch das Fortbestehen der grundlegenden Werte, welche in Grundzügen als positives Recht im Grundgesetz beschrieben sind, aber unabhängig davon ihre Gültigkeit innehaben. Somit überschreiten die transzendenten Einfallstore des Grundgesetzes die Grenzen der Erfahrung, des Bewusstseins und der Erkenntnis der bekannten Welt und bilden einen Übergang zu einer Wahrheit jenseits der materiell fassbaren Ordnung bzw. Logik.