

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 212

**Das Verhältnis
von Gesetz und Recht**

**Eine verfassungsrechtliche und
verfassungstheoretische Untersuchung
zu Art. 20 Abs. 3 GG**

Von

Birgit Hoffmann



Duncker & Humblot · Berlin

BIRGIT HOFFMANN

Das Verhältnis von Gesetz und Recht

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 212

Das Verhältnis von Gesetz und Recht

Eine verfassungsrechtliche und
verfassungstheoretische Untersuchung
zu Art. 20 Abs. 3 GG

Von

Birgit Hoffmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden
hat diese Arbeit im Jahre 2001/2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-10935-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden als Dissertation angenommen. Bis Anfang 2002 erschienene Literatur konnte noch berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dieter Wyduckel, der mich bereits während meines Studiums in Münster und Dresden und danach als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl in Dresden in vielfältiger Weise gefördert hat. Durch seine Diskussionsbereitschaft und zahlreiche wertvolle Anregungen hat er zum Fortgang und Abschluß der Arbeit wesentlich beigetragen.

Herrn Professor Dr. Hartmut Bauer bin ich für die Erstellung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet. Für die zügige Erstattung des auswärtigen Gutachtens danke ich sehr Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Werner Krawietz.

Weiterhin habe ich Herrn Dr. Ansgar Hense für seine kritische Durchsicht der Arbeit zu danken. Ganz besonders möchte ich mich bei Herrn Dr. Günther Tschernko für die Mithilfe bei der Fertigstellung der Arbeit und vielfache Unterstützung bedanken.

Dem Geschäftsführenden Gesellschafter des Verlages Duncker & Humblot, Herrn Professor Dr. h. c. jur. Norbert Simon, sei für seine Bereitschaft, die Untersuchung in die Reihe „Schriften zur Rechtstheorie“ aufzunehmen, gedankt.

Schließlich möchte ich meinen Eltern für vielfältige Förderung und stets gewährte Unterstützung herzlich danken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Dresden, im September 2002

Birgit Hoffmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Aufgabenstellung	23
B. Stand der Forschung	24
C. Gang der Untersuchung	25

Erster Teil

Geschichtliche Grundlagen der Bindung an Gesetz und Recht	27
§ 1 Begriffs- und verfassungsgeschichtliche Grundlagen der Dichotomie von Gesetz und Recht	27
A. Die Unterscheidung von ius und lex in der abendländischen Rechtstradition ..	27
B. Verfassungsgeschichtliche Aspekte der Wendung ‚Gesetz und Recht‘	29
§ 2 Die Diskussion um Gesetz und Recht nach 1945 im Zeichen der Naturrechtsrenaissance	32
A. Die Radbruchsche Formel als Ausgangspunkt der Diskussion	32
I. Bedeutungsgehalt und Funktion der Radbruchschen Formel	33
II. Die ‚Wende‘ Radbruchs im Zeichen allgemeiner rechtspositivistischer Kurskorrekturen	38
B. Die Neubegründung des Rechts auf der Grundlage der materialen Wertethik (Coing)	40
C. Gesetz und Recht aus der Sicht christlicher Naturrechtslehren (Rommen u. a.)	43
D. Der naturrechtlich geprägte Rechtsbegriff in der Judikatur der frühen Nachkriegszeit	46
I. Naturrechtsrekurs und Beginn der Radbruchrezeption	46
II. Die Diskussion um das Kontrollratsgesetz Nr. 10: Folgeprobleme des Naturrechtsrekurses	48

§ 3 Die Genese des Art. 20 Abs. 3 GG	51
A. Entwürfe und Vorarbeiten zum Grundgesetz	52
B. Die Beratungen im Parlamentarischen Rat	53
C. Das Rechtsstaatsverständnis des Parlamentarischen Rates	55
D. Die vor 1949 erlassenen Länderverfassungen	57
§ 4 Das Verhältnis von Gesetz und Recht in der Rechtsprechung des BVerfG seit 1950	61
A. Die Ausnahmekonstellation: Die Auseinandersetzung mit NS-Normen	62
I. Der realistisch-positivistische Ansatz des Ersten Senats (BVerfGE 3, 58 – Beamtenurteil)	62
1. Ordnungsgemäße Setzung der NS-Beamtengesetze	63
2. Die „soziologische“ Rechtsgeltungslehre	64
3. Der Einfluß des Richters Drath auf den Urteilstopos der soziologischen Rechtsgeltung	65
4. Ablehnende Haltung des Zweiten Senats gegenüber der soziologischen Geltungslehre (BVerfGE 23, 98 – Staatsangehörigkeitsbeschluß)	66
II. Die Rezeption der Radbruchschen Formel im Beamtenurteil	67
III. Delegitimierungsfunktion der Radbruchschen Formel im Staatsangehörigkeitsbeschluß	69
1. Der materialisierte Gerechtigkeitsbegriff	69
2. Der Einfluß der Richter Leibholz und Geiger	70
3. Der Stellenwert des Gerechtigkeitsarguments	71
IV. Vergleich der Rechtsauffassungen der beiden Senate des BVerfG	72
B. Richterliche Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Art. 20 Abs. 3 GG (BVerfGE 34, 269 – Soraya)	74
I. Das Recht als Korrektiv gegenüber dem geschriebenen Gesetz	75
II. Maßstäbe und Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung	77
III. Stellungnahme zum Rechtsbegriff des Ersten Senats im Soraya-Beschluß	78

§ 5 Entwicklungslinien der Judikatur des BGH zum Verhältnis von Gesetz und Recht	80
A. Die Naturrechtseuphorie in der frühen Judikatur unter dem Präsidenten Wein- kauff	81
I. Die Auseinandersetzung mit NS-Unrechtsakten	81
1. Formelle Gültigkeit der NS-Gesetzgebung	81
2. Inhaltliche Beurteilung der NS-Normen	82
a) Beginn der Rezeption der Radbruchschen Formel (BGHZ 3, 94) ...	82
b) Modifizierung der Radbruchschen Formel als Rechtsgeltungs- maßstab (BGHSt 2, 234)	84
c) Zurückweisung der soziologischen Geltungslehre des BVerfG	86
II. Der Naturrechtsgedanke außerhalb des NS-Kontextes: Die umstrittene Berufung auf das Sittengesetz	88
III. Richterliche Rechtsfortbildung im Lichte des Art. 20 Abs. 3 GG	90
IV. Ursachen der Wiederbelebung des Naturrechts in der frühen Recht- sprechung des BGH	91
B. Der Rechtsbegriff des BGH seit den sechziger Jahren	93
I. Der schwindende Einfluß des Naturrechtsgedankens	93
II. Ursachen der Abwendung des BGH vom Naturrechtsargument	95
§ 6 Die Auseinandersetzung um Gesetz und Recht im Schrifttum	97
A. Die fünfziger Jahre: Tendenz zu einem nichtpositivistischen Rechtsverständ- nis	97
I. Der naturrechtlich geprägte Rechtsbegriff (Bachof, Süsterhenn u. a.)	97
II. Das abgeschwächte Recht-vor-Gesetz-Denken (v. Mangoldt, F. Klein u. a.)	99
III. Die spannungslose Deutung des Art. 20 Abs. 3 GG (Maunz u. a.)	102
1. Unterscheidung von gesetzten und ungesetzten Rechtsnormen	103
2. Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG als objektives Recht	104
IV. Gesetz und Recht als weitgehend identische Begriffe (Evers, Forsthoff) ..	105
B. Die Diskussion um Art. 20 Abs. 3 GG seit den sechziger Jahren	108
I. Recht als konkrete Natur der Sache (Maihofer, A. Kaufmann)	108
II. Übergang zu einer positivistischen Interpretation der Bindungsformel	110
1. Die Verfassungsrechtskommentare	110

2. Weitere Stellungnahmen im Schrifttum	111
a) Die sog. verfassungsrechtliche Position	111
b) Zunehmende Hilflosigkeit bei der Deutung des Art. 20 Abs. 3 GG	113

Zweiter Teil

Das Verhältnis von Gesetz und Recht aus verfassungsrechtlicher Sicht	114
§ 7 Die Bindung an das Gesetz	114
A. Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes	115
B. Der Ausdruck Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 GG	116
I. Formelles Gesetz und Verfassung	116
II. Bindung an untergesetzliche Rechtsnormen	117
1. Rechtsverordnungen und Satzungen	117
2. Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften?	119
III. ‚Gesetz‘ als ungeschriebenes Recht, insbesondere Gewohnheitsrecht	120
IV. Völker- und europarechtliche Bindungsmaßstäbe	122
§ 8 Der Wortsinn des Ausdrucks Recht	123
A. Der Rechtsbegriff im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch	123
B. Der Ausdruck Recht im Sprachgebrauch des Grundgesetzes	125
C. Die kumulative Nennung von Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 GG	126
§ 9 Gesetz und Recht – eine tautologische Formel?	127
A. Die Tendenz des Begriffspaares zur Tautologie (Jarass, Schnapp)	128
I. Der scheinbare Widerspruch zwischen Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG	129
II. Rechtsbindung als Leerformel aufgrund der Offenheit des Rechtsbegriffs?	132
III. Legalität gleich Legitimität unter der Geltung des GG?	133
B. Orientierungslosigkeit im Umgang mit ‚Gesetz und Recht‘	135

§ 10 ‚Gesetz und Recht‘ als spannungsloses Begriffspaar	136
A. Unterscheidung zwischen gesetztem Recht und Gewohnheitsrecht	136
B. Bindung an Gesetze im formellen und im materiellen Sinne	138
C. Dichotomie von staatlicher und privater Rechtsetzung	139
§ 11 Die gemäßigt positivistische Sichtweise des Verhältnisses von Gesetz und Recht	141
A. Die appellative Funktion des Rechts gem. Art. 20 Abs. 3 GG	141
B. Rechtsbindung als Legitimität nach Maßgabe der Verfassung	142
I. Unterschiedliche Bindungsmaßstäbe der drei Gewalten	143
II. Rechtsbindung im verfassungsprozessualen Kontext des Art. 100 Abs. 1 GG	145
III. Gesetz und Recht – eine gefährliche Formel?	147
1. Subjektive Wertbeliebigkeit als notwendige Folge einer Öffnung des Rechtsbegriffs?	147
2. Gewaltenteilungsprinzip und Legitimationsfunktion des Parlamentsgesetzes	149
C. Gesetz und Recht als Spannung zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit	151
I. Auflösung des Spannungsverhältnisses unter Rückgriff auf die Radbruchsche Formel (Herzog, Stern)	152
II. Die positivistische Komponente der Radbruchschen Geltungsthesen (Benda)	154
III. Die Radbruchsche Formel als Bestandteil des positiven Rechts (Zippe-lius)	155
D. Stellungnahme	157
§ 12 Der nichtpositivistische Rechtsbegriff des Art. 20 Abs. 3 GG	158
A. Gesetz und Recht als Spannung zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (Alexy, R. Dreier)	158
B. Weitere nichtpositivistische Interpretationsansätze	160
I. Die Grundgesetzkommentare	160
II. Naturrechtliche Deutungsansätze im Schrifttum	162
III. Unverfügbare Menschenrechte als Gerechtigkeitsmaßstab	163
C. Zwischenergebnis	164

§ 13 Das Verständnis von Gesetz und Recht in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung	166
A. Die „Mauerschützen“-Judikatur des BGH	167
I. Bindung des Richters an faktisch geltendes positives Recht?	168
II. Unbeachtlichkeit faktisch geltender Normen wegen Verstoßes gegen übergeordnetes Recht	170
1. Schwierigkeiten bei der Anwendung der Radbruchschen Formel	171
2. Die ‚Neo-Radbruchsche‘ Konzeption des BGH	172
III. Die Schuldfrage: Erkennbarkeit krassen Unrechts	175
IV. Die Problematik des Rückwirkungsverbots	177
1. Die Bindung an übergeordnetes Recht im Kontext des Art. 103 Abs. 2 GG	177
2. Das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK	178
V. Stellungnahme zum Lösungsweg des BGH	179
B. Die Bindung an Gesetz und Recht im Lichte der neueren Rechtsprechung des BVerfG	182
I. Keine Bindung des Richters an gesetzliches Unrecht	182
II. Absolute und eingeschränkte Geltung des Rückwirkungsverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG	184
III. Vergleich der Judikatur von BVerfG und BGH	185
§ 14 Bindung an Gesetz und Recht im Kontext der Rechtsfortbildung	186
A. ‚Recht‘ als Ausdruck der Legitimation richterlicher Rechtsfortbildung	186
B. Maßstäbe und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	188
I. Verfassungsimmanente Rechtsfortbildung	188
II. ‚Recht‘ als Hinweis auf die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen	189
III. Überschießender Sinngehalt des Rechts gegenüber dem Gesetz	191
IV. Art. 20 Abs. 3 GG als Ausdruck des Vorgangs der Normkonkretisierung	192
V. Rechtsbindung als Präjudizienbindung?	193
C. Zwischenergebnis	194

§ 15 Verfassungsrechtliche Konsequenzen der Deutung des Rechtsbegriffs 196

 A. Das Verfassungsänderungsverbot des Art. 79 Abs. 3 GG 196

 B. Das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip 197

 I. Integrales und summatives Rechtsstaatsverständnis 199

 II. Rechtsbegriff und Rechtsstaatsverständnis 200

 C. Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG 202

 I. Bindung an die Faktizität des Rechts? 202

 II. Grundgesetzliches Rückwirkungsverbot und Radbruchsche Formel 204

 III. Stellungnahme 205

 D. Die Bindungsformel des Art. 20 Abs. 3 GG und das Widerstandsrecht 207

§ 16 ‚Gesetz und Recht‘ in den Verfassungen der neuen Bundesländer und in Art. 20 a GG 211

 A. Die Wiederholung der Bindungsformel in den Verfassungen der neuen Bundesländer 211

 I. Die Genese der einschlägigen landesverfassungsrechtlichen Normen 212

 II. Stellungnahmen im Schrifttum zu Gesetz und Recht 215

 B. Die Wiederholung der Wendung in Art. 20 a GG 217

 I. Die Diskussion um den Rechtsbegriff in der Gemeinsamen Verfassungskommission 218

 II. Die Auslegung des Art. 20 a GG im verfassungsrechtlichen Schrifttum ... 221

 C. Rechtsvergleichende Aspekte 223

Dritter Teil

Verfassungstheoretischer Rahmen der Bindung an Gesetz und Recht 225

§ 17 Das Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungstheorie im Kontext des Art. 20 Abs. 3 GG 225

 A. Notwendigkeit einer theoretischen Fundierung des Rechtsbegriffs 226

 B. Das Verhältnis der beiden Disziplinen im Rahmen der Verfassungsauslegung 228

§ 18	Der rechtspositivistische Rechtsbegriff als Grundlage der Tautologie-These	229
	A. Definitionselemente des rechtspositivistischen Rechtsbegriffs	230
	B. Gesetz und Recht aus der Sicht des Gesetzespositivismus und der Reinen Rechtslehre	231
	C. Der Rechtsbegriff des analytischen Rechtspositivismus	233
	I. Der Rechtsbegriff H.L.A. Harts in der Auseinandersetzung mit Radbruch	233
	1. Das disziplinäre Argument	235
	2. Das Klarheitsargument	236
	3. Das Effektivitätsargument: Wirkungskraft des Rechtsbegriffs?	238
	4. Das Argument der Anarchiegefahr	241
	5. Umgehung des Rückwirkungsverbots	243
	II. Der positivistische Rechtsbegriff analytischer Prägung bei Hoerster	245
	1. Die Hoerster / Hruschka-Kontroverse um sprachlich-begriffliche Aspekte der Unterscheidung von Recht und Unrecht	245
	2. Die Nonkognitivismusthese	247
	3. Die abgeschwächte Trennungsthese	248
	D. Das systemtheoretische Modell des Rechts (Luhmann)	249
	E. Zwischenergebnis	251
§ 19	Der theoretische Rahmen des Rechtsbegriffs und das Richtigkeitsproblem	252
	A. Art. 20 Abs. 3 GG als Ausdruck der Spannung von Regeln und Prinzipien des Rechts	252
	I. Das Prinzipienargument als Einwand gegen die Trennungsthese	253
	II. Der Richtigkeitsanspruch des Rechts: Die Alexy / Bulygin-Kontroverse ..	257
	B. Die Korrektivfunktion des Rechts in Grenzfällen	260
	I. Die Radbruchsche Formel als aktuelles „Unrechtsargument“	260
	II. Neukontzeptualisierungen der Radbruchschen Formel	262
	1. Das Unrechtsargument in Gestalt der Krieleschen Formel	262
	2. Die Ansätze R. Dreiers und Alexys	263
	3. Leistungsfähigkeit und Defizite der Neukontzeptualisierungen	264

III. Der Radbruchsche Lösungsansatz im Lichte neuerer Gerechtigkeits- theorien	266
1. Das kontraktualistische Gerechtigkeitsmodell (Rawls)	267
2. Diskurstheoretische Gerechtigkeitsmodelle (Habermas, Alexy)	269
a) Diskursmodell als rational-universalistische Gerechtigkeitskonzeption	270
b) Konsequenzen der Theorie für die Rechtfertigung zivilen Ungehorsams	273
3. Kritik aus der Perspektive eines nachpositivistischen Rechtsrealismus	275
4. Stellungnahme	278
 Zusammenfassung und Ausblick	 280
 Literaturverzeichnis	 285
 Personenverzeichnis	 330
 Sachverzeichnis	 332

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AK-GG	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2 Bde., Reihe Alternativkommentare, Gesamthrg.: R. Wassermann, 3. Aufl., Neuwied 2001
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARA	Allgemeiner Redaktionsausschuß
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
Bde.	Bände
Bearb.	Bearbeiter
bearb.	bearbeitet
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. von R. Dolzer und K. Vogel, Loseblattausgabe, Heidelberg, Stand: März 2002
BR	Bundesrat
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
cap.	capitulum
CDU	Christlich-Demokratische Union
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Dig.	Digesten
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
dt.	deutsch
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
ed.	editor, edidit
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung

EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
entspr.	entsprechend
Erl.	Erläuterung
erw.	erweitert
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EV	Einigungsvertrag
evtl.	eventuell
Ex.	Das Buch Exodus
f./ff.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
Frhr.	Freiherr
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
G.R.G.	Gustav Radbruch Gesamtausgabe, hrsg. von A. Kaufmann, Heidelberg 1987 ff.
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVK	Gemeinsame Verfassungskommission
G 131	Gesetz zu Art. 131 Grundgesetz
H.	Heft
HA	Hauptausschuß
Halbbd.	Halbband
HBStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von J. Isensee und P. Kirchhof, Heidelberg 1987 ff.
HBVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von E. Benda (u. a.), 2. Aufl., Berlin 1994
HChE	Verfassungsentwurf des Herrenchiemseer Verfassungskonvents

h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
IPbürgR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
Inst.	Institutiones
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb.	Jahrbuch
Jh.	Jahrhundert
jur.	juristisch
Jura	Juristische Ausbildung
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
Komm.	Kommentar
KRG	Kontrollratsgesetz
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
l.	links
lat.	lateinisch
Lfg.	Lieferung
lib.	liber
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung

LS	Leitsatz
LT	Landtag
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
neubearb.	neubearbeitet
Neudr.	Neudruck
n. F.	neue Fassung
N. F.	neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus / nationalsozialistisch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften
NuR	Natur und Recht: Zeitschrift für das gesamte Recht zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
o.	oder
o. ä.	oder ähnlich
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus
PR	Parlamentarischer Rat
Prot.	Protokoll
qu.	quaestio
RA	Rechtsausschuß
re.	rechts
revid.	revidiert
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st.	ständig
sten.	stenographisch
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
StV	Strafverteidiger
TA	Technische Anleitung
u.	und
u. a.	und andere / unter anderem
u. ä.	und ähnlich
u. d. T.	unter dem Titel
unveränd.	unverändert
UPR	Umwelt- und Planungsrecht: Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis
u. U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
v.	von / vom
v. a.	vor allem
VDI	Verein Deutscher Ingenieure
Verf.	Verfassung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vhdl.	Verhandlung
VO	Verordnung
vol.	volume, volumen

Vorbem.	Vorbemerkung
VU	Verfassungsurkunde
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRS	Die Wiener Rechtstheoretische Schule, hrsg. von H. Klecatsky (u. a.), 2 Bde., Wien 1968
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZfSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil

Einleitung

A. Aufgabenstellung

Das Grundgesetz normiert an exponierter Stelle die Bindung der vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Unterscheidung von Gesetzes- und Rechtsbindung der Staatsgewalt ist damit geltendes Verfassungsrecht und keine bloße philosophische Differenzierung. Eine präzise dogmatische Bestimmung des Rechtsbegriffs anhand der verfassungsrechtlichen Auslegungsmethoden ist daher unverzichtbar. Indessen nehmen sich die Verfassungsinterpreten der dogmatischen Auslegung des Rechtsbegriffs nur unzureichend an. Bei der Analyse des Art. 20 Abs. 3 GG sind insbesondere die häufig zu kurz kommenden rechtssystematischen Bezüge der Norm zu berücksichtigen.

Das Begriffspaar des Art. 20 Abs. 3 GG kann man zudem in seiner ganzen Tragweite nur erfassen, wenn man auch seinen historischen Kontext und seine rechtstheoretischen Implikationen berücksichtigt. Über die verfassungsrechtliche Bedeutung der Bindungsformel hinaus hat die Unterscheidung von Gesetz und Recht eine bedeutsame historische Tiefendimension. Dies zeigt die altbekannte Dichotomie von *ius* und *lex* sowie die Genese der Verfassungsnorm. Die Wendung „Gesetz und Recht“ darf insoweit nicht isoliert gesehen, sondern muß in ihren entstehungsgeschichtlichen Kontext, in dem auch die Erfahrungen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft eine maßgebliche Rolle spielen, eingeordnet werden.

Über die historische Dimension hinaus weist das Begriffspaar rechtstheoretische und rechtsphilosophische Bezüge auf. Die Frage nach dem Verhältnis von Gesetz und Recht gehört zu den Grundproblemen und beständigen Kontroversen der Rechtsphilosophie. In der Diskussion um die Wendung spiegelt sich dementsprechend das vielfältige Spektrum an Meinungen wider, die im rechtsphilosophischen Grundlag Streit zwischen positivistischen und nichtpositivistischen Konzeptionen des Rechts vertreten werden. Die Explikation eines Theorierahmens ist daher bei der Analyse der Verfassungsnorm erforderlich.

Die Bindungsformel des Art. 20 Abs. 3 GG hat die Interpreten bereits früh in Verlegenheit gebracht und löst nach wie vor erhebliche Irritationen aus. So konnte man in ihr teilweise nur eine „mysteriöse Alternative“¹ oder „sibyllinische For-

¹ Hans F. Zacher, Ratifizierungsgesetz und Normenkontrolle, in: DVBl. 1955, S. 649/650. In jüngerer Zeit schließt sich Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 5, Fn. 19 explizit an das „schöne Wort“ Zachers an.

mel² entdecken. Heute mehr denn je wissen die Interpreten mit der Wendung nicht allzu viel anzufangen und sprechen von einer „ebenso plastischen wie unscharfen“³, „unglücklichen“⁴ und „schwer zu deutenden“⁵ Formulierung oder von einem „unerfüllbaren und daher leerlaufenden Postulat“.⁶ Bisweilen wird dem Begriffspaar explizit bloßer tautologischer Charakter oder eine Tendenz zur Tautologie unterstellt.⁷ Der Rechtsbegriff fristet danach neben dem Gesetz ein Schatten-dasein.

Die vorliegende Untersuchung soll dazu beitragen, die aktuelle Bedeutung der Wendung, um die nach wie vor Unsicherheiten bestehen, aufzuhellen und den Rechtsbegriff insbesondere unter verfassungsdogmatischem Aspekt in einem Mehrebenen-zugriff zu klären. Dazu ist es unerlässlich, die Bandbreite der verfassungsrechtlich noch zulässigen Interpretationsmöglichkeiten aufzuzeigen und zu klären, ob die Wendung ausschließlich retrospektiv zu verstehen ist und das Grundgesetz sie als bloßen Erinnerungsposten mitschleppt oder aber ihr gegenwärtig noch Bedeutung zukommt.

B. Stand der Forschung

Zwar gibt es umfangreiches Schrifttum, das sich mit dem Rechts- und Gesetzesbegriff im allgemeinen befaßt. Dabei wird aber der Blick meist nicht spezifisch auf das Verhältnis von Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG fokussiert. Umfangreichere Untersuchungen, die sich der Bindungsformel des Art. 20 Abs. 3 GG widmen, befinden sich auf älterem Bearbeitungsstand. Soweit ersichtlich stammen die letzten einschlägigen Monographien aus dem Ende der fünfziger Jahre und Anfang der sechziger Jahre.⁸ Die vorliegenden Abhandlungen über Gesetz und Recht haben überwiegend jeweils nur einzelne Aspekte des Themas zum Gegenstand oder sind methodologisch eng umgrenzt.⁹ So wird die Bindung an Gesetz und

² *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbbd., 15. Aufl. 1959, S. 318.

³ *Roman Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Bearb. 1980, Art. 20 GG, VI, Rn. 49.

⁴ *Horst Kratzmann*, Die Erscheinungsformen der Volkssouveränität und die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Methodenlehre (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG), 1981, S. 65.

⁵ *Georg Brunner*, Fortgeltung des Rechts der bisherigen DDR, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 1997, § 210, Rn. 41.

⁶ *Peter Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung. Offene Probleme einer juristischen Entdeckung, 1977, S. 59.

⁷ *Friedrich E. Schnapp*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2001, Art. 20, Rn. 43; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. 2002, Art. 20, Rn. 38.

⁸ *Dieter Baumeister*, Die Bedeutung von „Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG, 1964; *Ekkehard Stein*, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz, 1958.

⁹ *Ernst Forsthoff*, Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat, in: DÖV 1959, S. 41 ff.;

Recht entweder nur unter verfassungsrechtlichem, rechtstheoretischem oder methodologischem Blickwinkel behandelt. Darüber hinaus ist das Verhältnis von Gesetz und Recht Gegenstand interdisziplinärer Forschung; nicht nur die juristische und philosophische Forschung interessiert sich für die Thematik, sondern zunehmend auch die theologische.¹⁰ In neuerer Zeit sind bedingt durch den Zusammenbruch des DDR-Systems einige wichtige Aspekte des Themas wieder stärker ins Blickfeld gerückt, wie die sog. Radbruchsche Formel und ihre Relevanz für den verfassungsrechtlichen Rechtsbegriff.¹¹

Die vorliegende Arbeit strebt demgegenüber eine nicht auf einzelne Gesichtspunkte begrenzte Untersuchung des Themas an, sondern setzt sich zum Ziel, das Verhältnis von Gesetz und Recht unter mehrperspektivischem Zugriff zu erschließen. Dabei gilt das besondere Augenmerk der bisher nicht immer hinreichend gewürdigten verfassungsrechtlichen Auslegung des Art. 20 Abs. 3 GG. Die Analyse der Grundgesetznorm wird durch eine historische Untersuchung abgesichert. Darüber hinaus werden die rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Bezüge der Norm aufgezeigt. Eine solche umfassende Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG auf neuem Stand fehlt bislang.

C. Gang der Untersuchung

Das Verhältnis von Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG soll in drei Schritten untersucht werden. Die Arbeit gliedert sich entsprechend in drei Teile, einen historischen, einen verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Teil.

Der erste Teil der Arbeit ist den geschichtlichen Grundlagen der Diskussion um die Bindungsformel gewidmet. In diesem Rahmen wird die Entstehungsgeschichte des Art. 20 Abs. 3 GG unter der Fragestellung untersucht, ob das Begriffspaar ‚Gesetz und Recht‘ einen bloß feierlichen Pleonasmus darstellt oder aber mit gutem Grund gewählt wurde. Dabei ist auf die als Naturrechtsrenaissance bezeichnete Phase nach 1945 einzugehen. Anschließend soll der Verlauf der in Judikatur und Schrifttum geführten Diskussion um Gesetz und Recht phasenweise verfolgt

Werner Maihofer, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. III GG), in: *Annales Universitatis Saraviensis*, Vol. VIII (1960), Fasc. 1/2, S. 5 ff.; *Gerhard Schnorr*, Die Rechtsidee im Grundgesetz. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20 Abs. 3 GG, in: *AöR* 85 (1960), S. 121 ff.; *Jörg Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992.

¹⁰ *Reinhard Nordsieck*, Recht und Gesetz in philosophischer, theologischer und juristischer Perspektive, 1990; *Behrendt*, Rechtsstaat im Verzug, insbes. S. 22 ff.; siehe auch *Wolfgang Huber*, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik, 1996.

¹¹ Siehe *Robert Alexy*, Mauerschützen – Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993; *Silke Buchner*, Die Rechtswidrigkeit der Taten von „Mauerschützen“ im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, 1996; *Henning Rosenau*, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, 1996; *Frank Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995; *Björn Schumacher*, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, 1985; *Knut Seidel*, Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse, 1999.