

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 21 (2013)

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 21

Jahrbuch für Recht und Ethik
Annual Review of Law and Ethics

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd · Joachim Hruschka · Jan C. Joerden

Band 21



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 21 (2013)

Themenschwerpunkt:

Das Rechtsstaatsprinzip /
The Rule of Law-Principle

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

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.

Empfohlene Abkürzung: JRE
Recommended Abbreviation: JRE

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz und Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0944-4610
ISBN 978-3-428-14272-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54272-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84272-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

„Das Rechtsstaatsprinzip – The Rule of Law-Principle“ – so lautet der Themenschwerpunkt dieses Bandes des *Jahrbuchs für Recht und Ethik*. Die Beiträge hierzu geben einen Überblick über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Prinzipien, die oftmals etwas ungenau bloß als wechselseitige Übersetzungen verstanden werden. Untersuchungen zu den Grundlagen der beiden Prinzipien im vorliegenden Band zeigen, dass sie zwar aufeinander bezogen sind, aber durchaus eine unterschiedliche rechtsgeschichtliche Entwicklung genommen haben und deshalb auch die mit ihnen verbundenen Inhalte differieren können. Darüber hinaus befassen sich mehrere Beiträge mit speziellen Anwendungsproblemen der beiden Prinzipien. Es schließt sich weiterhin ein Abschnitt mit Beiträgen zur Interpretation von Kants Rechts- und Moralphilosophie, insbesondere in seinem Werk *Die Metaphysik der Sitten* von 1797, an.

Für ihre Mitwirkung bei der Herstellung der Druckvorlagen ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) *Johannes Bochmann, Dariia Ieremenko, Lydia Ludolph, Susen Pönitzsch* und *Carola Uhlig* zu danken. *Carola Uhlig* danken wir zudem wieder für die sorgfältige Erstellung der Register. Last, but not least gebührt einmal mehr *Lars Hartmann* (Berlin) Dank für die umsichtige Betreuung der Drucklegung im Verlag Duncker & Humblot.

Hingewiesen sei schließlich auf die Internet-Seiten des Jahrbuchs für Recht und Ethik:

**[http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/
intstrafrecht/_projekte/jre/index.html](http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/intstrafrecht/_projekte/jre/index.html)**

Dort sind auch weitere Informationen zum Jahrbuch erhältlich – insbesondere die englische bzw. deutsche Zusammenfassung der Artikel und Bestellinformationen.

Die Herausgeber

Preface

„Das Rechtsstaatsprinzip – The Rule of Law-Principle“ is the thematic priority of this volume of the *Annual Review of Law and Ethics*. The contributions give an overview of similarities and differences between both principles, that are often, and not quite correctly, thought to be mere translations of each other. Examinations concerning the foundations of both principles in this present volume, however, show that although the principles correlate with one another, their legal historical development was different and thus also the content of both principles may vary. Additionally, some articles deal with specific problems in adapting both principles. Furthermore, one section is devoted to the interpretation of Kant's legal and moral philosophy, in particular his work *Metaphysics of Morals* from 1797.

Our gratitude goes to *Johannes Bochmann*, *Dariia Ieremenko*, *Lydia Ludolph*, *Susen Pönitzsch* and *Carola Uhlig*, members of the Chair for Criminal Law and Legal Philosophy at the European University Viadrina Frankfurt (Oder) for their support in preparing the manuscripts for publication. We especially appreciate *Carola Uhlig*'s contribution in preparing the indices. Last, but not least, we would like to thank *Lars Hartmann* at Duncker & Humblot (Berlin) for his comprehensive assistance in printing the volume.

We would also like to draw the readers' attention to our website:

**[http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/
intstrafrecht/projekte/jre/index.html](http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/intstrafrecht/projekte/jre/index.html)**

where they will find further information on the *Annual Review of Law and Ethics*, including English and German summaries of the articles it contains and purchasing procedures.

The Editors

Inhaltsverzeichnis – Table of Contents

Grundfragen – Fundamental Questions

<i>Christian Calliess</i> : Rechtsstaat und Vorsorgestaat	3
<i>Stephan Kirste</i> : Die Rule of Law in der deutschen Rechtsstaatstheorie des 19. Jahrhunderts	23
<i>Ulrich H. J. Körtner</i> : Demokratie, Recht und Religion – Das Rechtsstaatsprinzip aus evangelisch-theologischer Sicht	63
<i>Hans-Joachim Lauth</i> : Vermittlungsprobleme zwischen Demokratie und Rechtsstaat	83
<i>Anna Leisner-Egensperger</i> : Rechtsstaatlichkeit: Verfassungsprinzip zwischen Rechtstechnik und ethischer Dimension	99
<i>Alessandro Pinzani/Cristina F. Consani</i> : Jefferson vs. Madison Revisited	111
<i>Sanne Taekema</i> : The Procedural Rule of Law – Examining Waldron’s Argument on Dignity and Agency	133

Probleme der Implementierung – Problems of Implementation

<i>Markus Babo</i> : Das politische Asyl vor den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts – Orientierungen aus der Geschichte	149
<i>Norbert Campagna</i> : Der Rechtsstaat und das Problem der strafrechtlichen Amnestie	167
<i>Frank Dietrich</i> : State Recognition between Justice and Efficiency	187
<i>Jacob Emmanuel Mabe</i> : Zivilcourage im modernen Rechtsstaat	205
<i>Markus Rothhaar</i> : Die Akteursrelativität als Meta-Norm des Rechtsstaats	219

Beiträge zu Kants *Metaphysik der Sitten* – Contributions on Kant’s *Metaphysics of Morals*

<i>Alyssa R. Bernstein</i> : War as Means to Peace? Kant on International Right	237
<i>Reinhard Brandt</i> : Kant ein Pythagoreer? Reflexionen zu Form und Inhalt der <i>Rechtslehre</i> (1797)	261
<i>Bernd Ludwig</i> : „Positive und negative Freiheit“ bei Kant? – Wie begriffliche Konfusion auf philosophi(ehistori)sche Abwege führt	271

<i>Alice Pinheiro Walla</i> : Virtue and Prudence in a Footnote of the <i>Metaphysics of Morals</i> (MS VI: 433n)	307
--	-----

Tagungsbericht – Conference Report

<i>Maximilian Schochow/Jonas Grygier</i> : Tagungsbericht. 1927 – Die Geburt der Bioethik in Halle (Saale) durch den protestantischen Theologen Fritz Jahr (1895–1953)	325
---	-----

Rezension – Recension

Ulli F. H. Rühl: Kants Deduktion des Rechts als intelligibler Besitz (<i>Joachim Hruschka</i>)	333
--	-----

Autoren- und Herausgeberverzeichnis – Contributors and Editors	337
---	-----

Personenverzeichnis/Index of Names	339
---	-----

Sachverzeichnis/Index of Subjects	342
--	-----

Hinweise für Autoren	346
-----------------------------------	-----

Information for Authors	348
--------------------------------------	-----

Grundfragen – Fundamental Questions

Rechtsstaat und Vorsorgestaat

Christian Calliess

I. Der Umgang mit Nichtwissen als Herausforderung an Staat und Gesellschaft

Die dynamische Entwicklung von Wirtschaft, Wissenschaft und Technik bringt neben den vielfältigen Chancen als unbeabsichtigte Nebenfolge auch neue Risiken, die über die Gefahren der ersten Industrialisierungsphase weit hinausgehen, mit sich. Manche Entwicklungen sind mit neuartigen Umwelt- und Gesundheitsrisiken verbunden, deren Tragweite häufig anfangs nicht vorhergesagt werden kann.

In der Vergangenheit galt häufig, dass die Verwendung von Stoffen oder Produkten erst dann eingeschränkt wurde, wenn eindeutige wissenschaftliche Belege für Schadwirkungen vorhanden waren. Beispielsweise war bis 1981 das Chemikalienrecht so ausgestaltet, dass neue Substanzen ohne vorherige Abschätzung der gesundheitlichen Wirkungen und ohne behördliche Prüfung hergestellt und auf den Markt gebracht werden konnten. Diese zunächst auf dem Gedanken von *trial and error* beruhende Herangehensweise, die staatliches Handeln nur unter den Bedingungen der klassischen Gefahrenabwehr und damit sehr spät – ja manchmal zu spät (z. B. im Falle von Asbest) – ermöglichte, ist zunehmend in die Kritik geraten. Denn hier lernten Staat und Wirtschaft immer erst aus der Krise; dies um den Preis eines sich perpetuierenden gesellschaftlichen Vertrauensverlustes.

Da in der Forschung allenfalls begrenzt effektive Ansätze zur Selbstbegrenzung und Folgenverantwortung existieren und im Wettbewerb des freien Marktes grundsätzlich keine andere Grenze als die der Wirtschaftlichkeit gilt, wird an den Staat als Träger des Gewaltmonopols eine aus den Grundrechten und Art. 20a GG folgende Schutzpflicht herangetragen, im Zuge derer er der gesellschaftlichen Risikoproduktion Grenzen zu setzen hat.

Als Problem erweist sich in diesem Zusammenhang, wenn der Staat mangels erfahrungsbasierter Kenntnis aller Schadensquellen und -folgen keine präzisen und wirkungssicheren Auflagen zur Schadensverhütung machen kann. Problematisch ist überdies, dass die klassischen Instrumente staatlicher Steuerung, staatliche Genehmigungspflichten und privater Schadensersatz, dort versagen, wo mit Blick auf die ubiquitäre Dimension potentieller Schäden entweder Verursacher und Kausalitäten nicht feststellbar sind, oder aber die Schäden ein Ausmaß erreichen, das vom Verursacher nicht finanziell zu ersetzen ist.¹

II. Rechtsstaatlichkeit: Staatstheoretische und verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Bundesrepublik Deutschland ist ebenso wie die Europäische Union auf Rechtsstaatlichkeit verpflichtet (vgl. Art. 20, 28 GG, Art. 2 EUV).

Der Rechtsstaat definiert sich einerseits durch Verfahrensvorgaben, wie z. B. die Gewaltenteilung,² Vorbehalt des Parlamentsgesetzes und effektiven Rechtsschutz, und andererseits materiell durch die Anerkennung der Grundrechte.³ Angelpunkt ist insoweit die Grundnorm unserer Verfassung, die Menschenwürde, die als Kernbestandteil aller Grundrechte über Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG die elementaren rechtsstaatlichen Pflichten der Achtung und des Schutzes für die nachfolgenden grundrechtlichen Schutzgüter der Art. 2 ff. GG formuliert.

Staatstheoretisch betrachtet kommt der Staat seiner Schutzpflicht mittels des – im historischen Kontext der Bürgerkriege in Frankreich und England von Jean Bodin und Thomas Hobbes entwickelten und hernach Schritt für Schritt durchgesetzten – staatlichen Gewaltmonopols nach. Der Begriff des Gewaltmonopols entstammt an sich der Lehre Max Webers, der den Staat deskriptiv durch sein spezifisches Mittel, das Monopol legitimer physischer Gewaltanwendung, definiert.⁴ Entscheidend ist die Zuständigkeit des Staates, die ihm, und allein ihm, den Einsatz von physischer Gewalt gestattet. Aufgrund dieser Tatsache nimmt die Staatsorganisation eine besondere Qualität an, die sie von privaten Machtorganisationen unterscheidet. Sichtbar wird das Gewaltmonopol des Staates in Polizei, Zwangsvollstreckung und Armee.

Das Gewaltmonopol erlegt dem Bürger in staatstheoretischer Perspektive eine „Friedenspflicht“ auf, im Zuge derer er sich privat – abgesehen von Notwehrsituationen – der Anwendung und Androhung von körperlicher Gewalt zu enthalten und Konflikte nur im Rahmen des Rechts auszutragen hat. Dem korrespondiert eine Schutzpflicht des Staates, die als eine Art Kompensation für die Akzeptanz des Gewaltmonopols zu verstehen ist. Die vertragstheoretische Vereinbarung „privater Gewaltverzicht gegen staatlichen Schutz“ wird solchermaßen zur staatstheoretischen Grundlage des Zusammenlebens der Staatsbürger.⁵

¹ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 211 f.

² Instruktiv dazu und zu den aktuellen Verschiebungen *Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 19 ff. und 121 ff.

³ Ausführlich *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 38 ff. und 253 ff.

⁴ *Weber*, Politik als Beruf, 1992, S. 5 ff.; *ders.*, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie, 1972, S. 821 ff.

⁵ Dazu ausführlich *Willoweit*, Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, 1986, S. 313 (insbesondere 314, 317 ff.); *Isensee*, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: FS Sandler, 1991, S. 39 (46 f.); *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 35 ff.; *Willke*, Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht, in: Grimm, Staatsaufgaben, 1996, S. 685 (688 ff.); *Koller*, Moderne Vertrags-

Verfassungsrechtlich wird die staatliche Schutzpflicht über die Grundrechte vermittelt. Die Existenz staatlicher Schutzpflichten – im Hinblick auf Objekt und Rechtsgrund des Schutzes wird besser von grundrechtlichen Schutzpflichten gesprochen – ist heute in Rechtsprechung⁶ und Lehre allgemein anerkannt, auch wenn über viele Einzelfragen gestritten wird.⁷

Konflikte werden im Kontext des staatlichen Gewaltmonopols aber nicht etwa unterdrückt, sondern durch staatliche Institutionen und Verfahren, die – quasi kompensatorisch – bestimmte Mitwirkungs-, Partizipations- sowie andere Verfahrensrechte garantieren, kanalisiert.⁸ Diese hat der Staat aufgrund seiner Schutzpflicht bereitzustellen. So gesehen ist der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten oder der Justizgewährleistungsanspruch der rechtsstaatliche Ausgleich für das Verbot von Eigenmacht und Selbstjustiz.⁹

Mit Blick auf die dem Gewaltmonopol immanente Missbrauchsgefahr¹⁰ darf hoheitliche Gewalt im demokratisch verfassten Rechtsstaat jedoch andererseits auch nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Gesetze¹¹ und vor allem beschränkt durch die Grundrechte in ihrer klassischen abwehrrechtlichen Dimension ausgeübt werden.¹² Dementsprechend sind Grundrechte im Kontext ihrer Entstehungsgeschichte auch primär als Abwehrrechte gegen den Staat konzipiert und ausgerichtet worden.

theorie und Grundgesetz, in: Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, S. 361 ff.; differenzierend *Gusy*, *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit“*, DÖV 1996, S. 573 (575 f.); *Haverkate*, *Verfassungslehre – Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, 1992, S. 31 f.; kritisch *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 214 ff., 272 ff.

⁶ BVerfGE 39, 1, 41 – Schwangerschaftsabbruch I; 46, 160, 164 – Schleyer; 49, 89, 140 f. – Kalkar I; 53, 30, 57 – Mülheim-Kärlich; 56, 54, 73 – Fluglärm; 88, 203, 251 – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfG, NJW 1998, S. 3264 und BGHZ 102, 350, 365 – jeweils zu Entschädigung für Waldschäden.

⁷ Ausführlich *Calliess*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, S. 38 ff. und 253 ff.

⁸ *Isensee*, *Staat und Verfassung*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 2004, § 15, Rn. 93.

⁹ Vgl. BVerfGE 54, 277 (292); 61, 126 (136); *Isensee*, ebd.; *Merten*, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, S. 29 ff.

¹⁰ *Isensee*, in: FS Sendler, S. 39 (48); *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süb (Hrsg.), *Konsens und Konflikt*, 1986, S. 322; *Doehring*, *Der Verlust der Autorität des Rechts als Problem der aktuellen Rechtsentwicklung*, in: Stein (Hrsg.), *Die Autorität des Rechts*, 1985, S. 77 (78 ff.); aus rechtsphilosophischer Sicht dazu der Beitrag von *Koller*, *Moderne Vertragstheorie und Grundgesetz*, in: Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, S. 361 ff.

¹¹ Zur diesbezüglichen Entwicklung *Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994, S. 202 ff.; ausführlich zum ganzen *Merten*, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, S. 29 ff.; *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süb (Hrsg.), *Konsens und Konflikt*, 1986, S. 321 ff.; *Ress*, *Die Autorität des Verfassungsrechts*, in: Stein (Hrsg.), *Die Autorität des Rechts*, 1985, S. 5 ff.

¹² *Isensee*, *Staat und Verfassung*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 2004, § 15, Rn. 90.