

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1390

Gleichgewicht der Staats-Gewalten

Wesen demokratischer Staatsmacht

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER LEISNER

Gleichgewicht der Staats-Gewalten

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1390

Gleichgewicht der Staats-Gewalten

Wesen demokratischer Staatsmacht

Von

Walter Leisner



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.

Alle Rechte vorbehalten

© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: 3w+p gmbh, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-15632-0 (Print)

ISBN 978-3-428-55632-8 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85632-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

„Machtteilung“ ist ein Grundanliegen rechtlichen Ordens in der Demokratischen Staatsform. Diese kann letztlich nur dann auf Einzelmenschen rechtlich zurückgeführt, staatsrechtlich legitimiert, aus Individuen dann der „Volkssouverän“ aufgebaut werden, wenn „die Macht“ grundsätzlich als juristisch teilbar gedacht werden kann – eben „in Gewalten“.

„Gewaltenteilung“ ist denn auch eine gängige verfassungsrechtliche Betrachtungsweise.

Untersuchungsziel der folgenden Ausführungen ist nun aber ein anderes; soweit ersichtlich hat es die Staatsrechtslehre weit weniger beschäftigt: *ob diese Gewaltenteilung auch als eine gleichgewichtige vorgestellt werden dürfte, könne, vielleicht gar müsse*. Dann aber erhebt sich doch notwendig die Frage, wie sich dieses Gleichgewicht der Gewalten zur Gewaltenteilung verhält, in rechtlichem, normativem Denken. Und dies ist dann ein rechtsdogmatisches, und es ist durchaus kein einfaches Problem.

München, im November 2018

Walter Leisner

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Der Untersuchungsgegenstand: Staatsmacht in Gleichgewicht	13
1. Recht als Macht-Ordnung	13
2. Der rechtliche Dreisprung „der Macht“	13
3. Von der „Teilung der Gewalten“ zu deren „Gleichgewicht in Staatseinheit“	14
4. Balance der Macht-Gewalten in Staatseinheit	15
5. Historische Rückblende zur Macht-Balance: Schwindende Religion, als göttliche Machtbalance, im Staatsrecht	16
6. Machtbalance und demokratische Dynamik	17
7. Untersuchungsschritte eines Gewaltengleichgewichts	17
8. Europarecht als Ausblick	18
A. „Macht“ – Gegenstand einer Gleichgewichtsordnung	20
I. Aristokratisch-monarchische Macht: Einheitliche rechtliche Allmacht	20
1. Unterwerfung von Gegenkräften in staatsrechtlicher Institutionalität	20
2. Machtausübung: nur nach Durchsetzungs-Effizienz, nicht nach Formen, Inhalten	20
3. Staats-Macht: Wesentlich virtuelle Allmacht	21
4. Von der Einen Staatsmacht über rechtliche Gegenmächte zu „Machtteilungen“	21
II. Gewaltenteilung als Demokratische Machtteilung	22
1. „Macht“ als (Fort-)Wirkung faktischer Machtlagen	22
2. „Macht“: Im Staatsrecht demokratische „Volonté générale de tous les jours“	23
3. „Macht“: Verfasst in „Organen“ – „Gewalten“	24
4. Demokratische Gewaltenteilung: Gesamtzustand rechtlicher Machtausübung – nicht „Machtteilung“	25
5. Untersuchungsziel: Rechtliche Ordnung (solch) herkömmlicher Gewaltenteilung in Gleichheit: Gleichgewicht der Gewalten	26
<i>Exkurs: Vergleichender Blick ins nahe europäische Ausland</i>	26
B. „Gleich-Gewicht“: Gleichheit in den Machtwirkungen der Staatsgewalten	29
I. Eine neu(artig)e Fragestellung	29
1. Bisher: „Gewaltengewichtung“ durch „Gewaltenteilung“ verdrängt	29
2. Gleichheit als Kategorie der Gewaltenteilung	30
II. Gleichheit als Staatsorganisationsnorm – Ausprägungen	30
1. Die grundrechtliche Gleichheit	30

2. Bisher: Keine „staatsorganisatorisch gleichen Gewalten“	31
3. Gleichheit: wirksam aber nicht nur als Verrechtlichung von Machtwirkungen, sondern auch von Machtorganisation(en)	32
4. Faktische und rechtliche Erscheinungen: zu ordnen in Gleichheit	32
5. Quantitative und qualitative Wirkungsgewichte eines Ordnen in Gewaltenteilung	34
6. Gegenständliche Ordnungsbetrachtung nach verfassungsrechtlich gegliederten Bereichen	35
III. Zusammenfassung der Beurteilungs-Gestaltungsaufgabe einer Erhaltung, gegebe- nenfalls Herstellung, gleichgewichtender Gewaltenteilung	35
C. Gleichgewicht der Gewalten und Grundsätze des Demokratischen Verfassungs- rechts	37
I. Verfassung als Normenvielfalt nach Mitteln und Zielen einer rechtlichen Ordnung	37
1. „Verfassungszustand“ als Gleichgewicht	37
2. Verfassung nach ihrem Geltungsziel: Ordnung in Gleichgewicht	38
3. Verfassungsrechtliches Gewaltengleichgewicht in vertikaler Verfassungsordnung	40
II. Verfassung als Form eines Gewaltengleichgewichts	42
1. Ein Mehr gegenüber Gewaltenvielfalt in Gewaltenteilung	42
2. Verfassung in Spannung zwischen Freiheit und organisatorischem Gewalten- gleichgewicht	43
III. Gleichgewichtsregelungen der Gewalten in allgemeinen Grundgesetz-Bestimmungen	43
1. Das Problem „prinzipieller Gleichgewichtsregelungen“	43
2. Die allgemeinen Verfassungsgrundsätze des Grundgesetzes als Ordnungskatego- rien eines Gleichgewichts unter ihnen	45
IV. Ergebnis zu „Gewaltengleichgewicht und demokratischen Prinzipien“	49
1. Gleichgewicht als Gestaltungsziel der Demokratie?	50
2. Kein Gewaltengleichgewicht als organisatorisches, formalrechtliches Gestal- tungsmittel in der Demokratie?	51
3. Und doch: Betrachtungen zu einem „Gleichgewicht der Gewalten im demokrati- schen Verfassungsrecht“	52
V. Gesamtzustand eines (solchen) „Staatsrechts im Gleichgewicht der Gewalten“	53
1. Meer in gleicher Wellenbewegung	53
2. Gegensatz zu „Revolution“, einer „romantischen Versuchung“	54
3. Rechtliche Ordnung nach Tatsachenlage(nentwicklung)	54

D. Staatsrechtliche Gestaltungen in (Formen eines) Gleichgewicht(s)	56
I. Gleichgewicht von normativierten und nichtnormativierten demokratischen Gewalten	57
1. Rechts-Normen-Ordnung als Gleich-Gestaltung: ungeeignete Beurteilungskategorie	57
2. Das „Revolutionäre“ als Gegensatz zu den „Normativierten Staatsgewalten“	58
3. Das Vordringen der Gleichheit	59
4. Gewalten-Gleichgewicht: eine demokratie-wesentliche Norm-Tatsachenlage	60
5. Staatsrecht der Demokratie: „offen“ zu/in einem Gleichgewicht der Gewalten ...	61
6. Folgerungen für eine staatsorganisatorische Gleichgewichtsgestaltung	62
II. Gleichgewicht von staatlich und gesellschaftlich Geordnetem	64
1. Bisher: Keine „Staatsorganisation in Gleichgewicht“	64
2. „Gesellschaft“ – nicht nur als grundrechtlicher Individualismus: Vorsorgestaat ..	65
3. „Kammern“ als Gleichgewichtsorgane von Staat und Gesellschaft	66
4. Gegenwärtige Demokratie: Organisationsdynamik in grundrechtlicher Statik	67
III. Gleichgewicht im Staatsrecht zwischen grundrechtlich und organisationsrechtlich zu Ordnendem	67
1. Gleichgewicht von staatsrechtlich-demokratischem Schutz des gesellschaftlichen Ordens und der Organisation hoheitlicher Ordnungsformen	67
2. „Staatliche Ordnung“: bereits als solche in verfassungsrechtlichem Gleichgewicht von „Schutz“ und „Organisation“	68
3. Gleichgewicht in der Zeit: „Gefahren vermeiden – Gegenwart bewahren“	69
IV. Gleichgewicht im Staatsrecht: „Ordnung in/durch Freiheit“ und „Ordnung in/durch Zwang“	71
1. Die Dualität der Ordnungsmittel „Freiheit und Zwang“	71
2. Gleichgewicht(igkeit) dieser rechtlichen Ordnungsmittel/kräfte – in demokratischem „Fluten“(?)	72
3. Demokratie – Ordnung nur für einen Augenblick?	72
4. Volksherrschaft: Keine ordnende Staatsform in Gleichgewicht?	73
5. Gegenthese: Demokratie als ständiges Gleichgewicht von Freiheit und Zwang ..	74
V. Ergebnis: Staat in Gleichgewicht	76
E. Gleichgewichte in der Staatsorganisation	77
I. Gleichgewichte innerhalb der Organisation der Staatsgewalt	77
1. Die Fragestellung	77
2. Eine neuartige Problemstellung	77
3. Ein Anfang – für organisationsrechtliche Fortsetzungen	78

II. Föderalismus als Gleichgewicht	79
1. Föderalismus als staatsrechtliche Hierarchieform?	79
2. Gegenthese: Bundesstaat: Gleichmäßig-gleichgewichtige Horizontalisierung der Staatsorganisation	79
3. Verfassungs-Gleichgewicht im Bund-Länder-Verhältnis	81
4. Föderale Gleichgewichtigkeit in der Verwaltungsorganisation	82
III. Gleichgewichtigkeit innerhalb der Gesetzgebung	83
1. Legislative als „Erste“ – also „Höchste Verfassungsgewalt“?	83
2. Verfassungsrecht: nicht nur punktuelle Detailregelungen	84
3. Gesetze als Orientierungen – „Offen“ für Exekutive und Legislative in „verfassungsrechtlichem Fortdenken“	85
4. Das Zweikammersystem als demokratisches Gleichgewicht	85
5. Demokratisches Wahlrecht: Gleichgewicht der Systeme von Listen- und Persönlichkeitswahl	87
IV. Gleichgewichtigkeit im Bereich der Exekutive	88
1. Gleichgewicht (innerhalb) der „Vollziehenden Gewalt“ – ein Verfassungsproblem?	88
2. Kein festes organisatorisches Gewichtsverhältnis innerhalb der Exekutive	89
3. Gleichgewichtigkeit in Zentraler – Dezentralisierter Exekutive	91
4. Gleichgewicht in Bestimmung der Exekutivträger durch Wahl oder in Hierarchie?	92
5. Kollegiale oder Mon-Archische Exekutive	94
V. Gleichgewicht in (der) Judikative	95
1. Gerichtsbarkeit als (Staats-)Gewalt von Gewicht?	95
2. Judikative Formen – Legislatives Wirken	96
3. Judikative Gefahren für ein demokratisches Verfassungsgleichgewicht	97
4. Probleme und Gestaltungen eines „Inneren Gleichgewichts in (der) Judikative“	98
5. Organstreitigkeit und Normenkontrolle als Judikativen sui generis	100
VI. Gleichgewichtigkeiten im gesamten Staatsrecht	101
1. Vorrang der Grundrechtlichkeit?	101
2. Gleichgewichtigkeit von Grundrechten und Organisationsrecht – (gerade) in Freiheit	102
F. Ergebnis(se): Verfassungs(-rechtliche) Bedeutung eines Grundsatzes „Gleichgewicht der Gewalten“	103
G. Gerade Demokratie: Staat im Gleichgewicht aus gleichgewichtigen menschlichen Kräften	105
I. Bisherige Prüfungsschritte	105

II. Demokratie-Staatlichkeit: Wirkungen in Gleichgewicht	106
1. „Mäßigung“ – „Übermaßverbot“ (?)	106
2. Dauer des Herrschens – Ruhe der Macht	107
3. „Staat in/als Schönheit“: Gleichgewicht in Organisations-Harmonie	108
4. „Friede“ und „Gleichgewicht“	109
5. „Gleichgewicht der Gewalten“ und „Durchsetzungs-Gewalt“	110
III. Der Mensch als demokratischer „Bürger im Gleichgewicht seiner Potenzen“	111
1. „Bürger wie Staat“: in Gleichgewicht	111
2. Der „Staat als Bürger“: Rechtlich erfassbar in der menschlichen Gleichgewichts- lage seiner Kräfte	111
3. Demokratischer Staat aus Bürgern: In Macht-Gleichgewicht „Gott auf Erden“ ...	113

Einführung:

Der Untersuchungsgegenstand: Staatsmacht in Gleichgewicht

1. Recht als Macht-Ordnung

Gegenstand des Rechts ist, nach allgemeinem Sprachgebrauch wie herkömmlicher Juristen-Terminologie, alles, was *menschliche Wesen mit ihrer Macht* verändern oder erhalten können, was „in des Menschen Kräften steht“, „allein oder mit anderen“. Es wird *geordnet, geregelt, normiert*, mit Wirkung für einen Sachverhalt, einen „Lebensbereich“ der Menschen, Rechtsunterworfenen – von Rechtssubjekten. Lässt sich ein solcher für eine – auch größere – Zahl von menschlichen Einzelwesen bestimmen¹, so erfolgt dies in Formen und zu Gegenständen des *Privatrechts*, im Rahmen einer rechtlich, formal oder inhaltlich, näher festgelegten Ordnungsbefugnis von Interessen, durch deren Träger/Inhaber. Löst dagegen rechtliches Ordnen bestimmbarer Wirkungen auf einen „offenen Kreis von Menschen als Rechtssubjekte“ aus, als Festlegung von Rechten und Pflichten mit normativ festlegbaren Folgen, so wird ein derartiger Normzustand (Status) als eine Ordnung nach Öffentlichem Recht angesehen².

2. Der rechtliche Dreisprung „der Macht“

a) Dieses Öffentliche Recht lässt sich, eben als eine Erscheinung von „Macht“, erfassen in den *beiden Ordnungsformen der Verfassung*³: *grundrechtlich und organisationsrechtlich*, im Sinne eines „Könnens und daher rechtlichen Dürfens“. Da es, gerade aus seiner *Organisationsmacht* heraus, höchste Ordnungskraft ausstrahlt, alle anderen Rechte als solche „erstmalig konstituiert“⁴, wirkt es, in einem „Ersten Macht-Sprung“, als „*die (Form einer Rechts-)Macht schlechthin*“, als „*Staats-Macht*“.

b) Innerhalb dieses Groß-Bereiches des Öffentlichen Rechts wird sodann *geordnet* in „Staatsformen“. Denn diese einheitliche Staatsmacht verlangt begrifflich nach der Bestimmung von ausübenden Trägern, ihren „Inhabern“, nur darin wird sie

¹ Quod ad singulorum utilitatem spectat.

² Quod ad Statum Rei publicae spectat.

³ I. S. v. Fn. 2.

⁴ Auch die, welche über private Befugnisse Wirksamkeit erlangen.

überhaupt rechtlich fassbar. Antworten darauf gibt, bereits in staatsrechtlichen Termini, die Lehre von den *Staatsformen*: Ein Mensch (Monarch), eine Gruppe (Aristokratie) oder eine unbestimmte Vielzahl menschlicher Wesen (Demokratie) ist Träger dieser einen, höchsten Staatsgewalt – der *Souveränität*; gegenwärtig wird diese dem *Volk*⁵ zugeordnet, als dem Inhaber demokratischer Staatsmacht.

c) Der dritte Konkretisierungsschritt staatlicher Macht erfolgt in der *Bestimmung der Ausübungsformen der Staatsgewalt in ihrer jeweiligen Staatsform*, in der Gegenwart also dieser demokratischen Staatsmacht, durch die *Staatsgewalten*. Die „Macht als solche“, „das Staatsvolk als ihr Träger“ – sie werden im Recht damit, an dessen normativer Spitze, dem Staats-, dem Verfassungsrecht⁶, „erst rechtlich fassbar“, „normierbar“, in diesem Staat – in der Form der *Verfassungsgewalten*.

Darin versucht sich die Jurisprudenz erstmals nicht mehr nur in einer „Konkretisierung der Macht im Sinne begrifflicher Verengungen“, wie beim Schritt von „Ordnungsmacht zu Öffentlichem Recht“, von „Staatsform zu Demokratie“: Nun soll vielmehr die *Macht als solche organisatorisch aufgeteilt werden*. In diesem Vorgehen liegt etwas wie eine Art von „Aufspaltung der Macht, aber unter Erhaltung ihrer letzten Einheit“, in einer *organisationsrechtlichen Untergliederung der demokratischen Staatsform*. In dieser als solcher konnte noch immer die Einheit der Macht wie die des Staates als solchen zum Ausdruck kommen, rechtlich-grundsätzlich gewahrt werden. Droht nun aber nicht, in der *Gewaltenteilung in verfassungsrechtliche Pouvoirs* nach herkömmlichen Sprachgebrauch, eine *grundsätzliche begriffliche Gefahr für die Staatseinheit*, damit für ein Verständnis der Staatsmacht? Werden nicht einzelne Stücke der Staatsmacht einzelnen Trägern der demokratischen Staatsform überlassen, zugeordnet als ihr „Hausgut“ – zerbricht so nicht die rechtliche Staatseinheit, löst sich damit nicht sogar der Begriff der Macht des Staates als solcher auf?

3. Von der „Teilung der Gewalten“ zu deren „Gleichgewicht in Staatseinheit“

a) Das Problem „Auflösung/Verlust der Staatseinheit durch Gewaltenteilung in der Demokratie“, damit notwendig gerade in dieser Staatsform, stellte sich bereits der Ersten Deutschen Demokratie, in der *Staatslehre der Weimarer Zeit*. *Hans Kelsen*⁷ versuchte diese doch wesentlich „horizontale“ Problematik im vertikalen Staatsaufbau seiner Normstufenordnung zu umgehen: Alle Staatsgewalten wurden verstanden als Funktionen einer einheitlichen Staatsmacht, „durchvertikalisiert“, von der verwaltungsordnenden Staatstätigkeit bis in die Verfassungshöhen der

⁵ Vgl. dazu *Leisner*, W., *Das Volk. Realer oder fiktiver Souverän*, 2005.

⁶ Wobei hier bereits normative Stufenvorstellungen der Staatslehre Kelsens eingesetzt werden.

⁷ *Kelsen*, H., vor allem in seiner *Allgemeinen Staatslehre*, I. A. 1925, S. 231 ff.

Staatsgewalt. In der „Grundnorm“ fand „der Staat zu seiner normativen Einheit“, die dann seinen gesamten Bau hielt und durchwirkte. Carl Schmitt⁸ opferte bereits die Gewaltenteilung, als reines Organisationsschema, seinem „Besten“, das sollte aber doch ein „Befehl sein“. Bei Rudolf Smend verdämmerte die Staatseinheit zu einem Postulat staatsorganisationsrechtlichen Organisationsbemühens in „Integration“⁹.

b) Doch die politische Entwicklung der Demokratie ging über all diese Konstruktionsversuche der Staatslehre hinweg. Erhalten blieb die Grundidee staatlicher Macht. Aus dem „Ein Volk, ein Reich, ein Führer!“ der nationalsozialistischen Periode blieb „das Eine Volk“: *Staatseinheit im demokratischen Volkssouverän*. In der Einheit seines Mehrheitsvotums ist nun, stets und laufend, *Staatseinheit rechtlich gegenwärtig, wirksam, ja – allmächtig*.

Welchen Platz finden in dieser einen, „blockhaften“ demokratischen Staats-Macht mehrere organisationsrechtlich „zugeschnittene“ Staatsgewalten – welchen findet jede von ihnen? Muss „demokratische Machteinheit in Staatseinheit“ nicht jedenfalls gewahrt werden, auch in „Gewalten als Gewichten“, sodass dann in einem „Gleichgewicht“, die Staatseinheit sich findet und (er)hält?

4. Balance der Macht-Gewalten in Staatseinheit

Der „Dreisprung der Macht“, in ihren Äußerungen, ihren Formen und Begrenzungen (vorsteh. 2.) scheint verfassungsdogmatisch gelungen, spätestens seit 1949: Die Staats-Macht in Staatseinheit

- äußert sich in der *verrechtlichten* Gestalt des Öffentlichen Rechts (oben 2. a));
- in der „Demokratie“ erscheint sie verfassungsrechtlich *verpersönlicht*, in der Trägerschaft des Volkes (oben 2. b)),
- in Gewaltenteilung *begrenzt*, in Zuordnung zu den Kompetenzen der einzelnen Organe (oben 2. c)).

Nun aber muss für diese 3. Stufe der Gewalten-Teilung eine Betrachtung nach näheren Kriterien folgen, in denen *Staatseinheit gewahrt wird, in, trotz, ja durch Gewaltenmehrheit*. Diese letztere muss in Einheit wirken, in einer Verschränkung der Gewaltenmehrheit. Damit erhebt sich die *Gleichgewichtsfrage*, als eine solche nach der *wesentlichen Art von Wirkung(en)* der als solcher getrennt erkannten, aber in Einheit wirkenden öffentlichen Machtäußerungen der Staatsgewalt. Deren Beziehungen untereinander, im Sinne einer Zusammenordnung, sind rechtlich zu erfassen.

Gerade eine Prüfung auf (ihre) Gleich-Gewichtigkeit, als deren Ausgangspunkt wie als ihr Ziel, setzt dabei voraus, dass die *Einheit des Staates* sich nicht in geteilter

⁸ Schmitt, Carl, Legalität und Legitimität, 1932, S. 13.

⁹ Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 4. A. 2010, S. 119 (142 ff.).