

Das Verhältnis von Gesetz und Recht

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

Von

Birgit Hoffmann



Duncker & Humblot · Berlin

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, Forsthoft) ..	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 Begriffspaars 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 Parlagengesetzes	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. Neukonzeptualisierungen 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 Neukonzeptualisierungen	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