

Christian Starck
Woher kommt das Recht?



Christian Starck

Woher kommt das Recht?

Mohr Siebeck

Christian Starck ist emeritierter Professor des Öffentlichen Rechts an der Universität Göttingen und war 1991–2006 Richter des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs und 2008–2012 Präsident der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen.

Gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung

ISBN 978-3-16-154106-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Nehren aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
Einführung	XI

Woher kommt das Recht? (2009)	1
-------------------------------------	---

Erster Teil: Gesetz und Recht

1. Gesetz und Gesetzgebung (2000, 1987, 2002, 1970, 2004)	21
2. Gesetz und Recht (2012)	31
3. Das Gesetz und seine Anwendung durch die öffentliche Verwaltung (2015)	43
4. Rechtsdogmatik und Gesetzgebung (1989)	53
5. Fehlende und verfehlte Wirksamkeit von Gesetzen (1988)	67
6. Rangordnung der Gesetze (1995)	75
7. Unitarisierung des Rechts im Bundesstaat (1997)	89
8. Gesetz und Vertrag (2005)	101

Zweiter Teil: Grundrechte

1. Philosophische Grundlagen der Menschenrechte (2004)	119
2. Grundrechte und Gesetz (2012)	135
3. Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie? (2013)	155
4. Gleichberechtigung und Gleichstellung von Männern und Frauen (2015)	173
5. Gewährleistung der Menschenwürde in der Biowissenschaft (2008)	181
6. Teilnahmerechte (2006)	199
7. Soziale Rechte in Verträgen, Verfassungen und Gesetzen (2007) ...	229
8. Die Entwicklung der Sozialversicherungsgesetzgebung in Deutschland und die europäische Sozialunion (2013)	243

Dritter Teil: Rechtskultur

1. Freiheit (2013, 2003)	257
2. Legitimität als staatsphilosophische Kategorie (2013)	267
3. Maximen der Verfassungsauslegung (2014)	279
4. Gründe, Bedingungen und Formen der Rechtsrezeption (2009/10)	323

5. Völkerrecht, Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht (2015) . .	337
6. Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union (2005) . .	353
7. Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze (1992)	369
8. Rechtswissenschaft in der Zukunft (2002)	375
Register	391

Einführung

Die hiermit vorgelegten gesammelten Aufsätze, die im Wesentlichen aus den Jahren 2000 folgende stammen, versuchen alle, jeweils unter einem bestimmten Gesichtspunkt, eine Antwort darauf, woher das Recht kommt. In dem einleitenden Text aus dem Jahre 2008, meiner Antrittsrede als Präsident der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, frage ich direkt nach der Herkunft des Rechts. Seine Ausarbeitung beruhte auf vorangegangenen Arbeiten und war zugleich Anlass für die vorgelegte Sammlung, die auch Aufsätze enthält, die erst später geschrieben worden sind. Die Vielseitigkeit der Antwort auf die Frage und die Zusammenhänge ergeben sich aus der Gesamtheit der Texte, die den einleitenden Text erläutern. Die Texte können aber auch je nach augenblicklichem Interesse als einzelne gelesen werden. Deshalb sind sie so belassen, wie sie damals geschrieben worden sind. Um Verweisungen zu vermeiden, sind einige wichtige Aussagen im jeweiligen Zusammenhang stehen gelassen worden, auch wenn sie Wiederholungen darstellen, z. B. über die Verfassungsstruktur (Gewaltenteilung und Rechte) und über das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Im *Ersten Teil* geht es um Gesetz und Recht. Zu Beginn stehen hier knappe begriffliche Orientierungen zum Thema Gesetz und Gesetzgebung, die für Fachlexika geschrieben worden sind. Das 2. *Kapitel* ist der Kernfrage des Ersten Teils über das Verhältnis von Gesetz und Recht gewidmet. Dabei ergibt sich, dass die meisten Rechtsordnungen in verschiedenen Konstruktionen ein über den Gesetzen stehendes Recht kennen, was tiefe gemeinsame historische Wurzeln hat. Im 3. *Kapitel* ist dargelegt, wie die öffentliche Verwaltung, die dem demokratischen Gesetzgeber und der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet ist, das Gesetz anwendet. Die hier schon anklingende Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Anwendung des Gesetzes wird im 4. *Kapitel* ausführlich in ihrem Verhältnis zur Gesetzgebung im Verwaltungsrecht behandelt. In einem kurzen 5. *Kapitel* werden die Anwendungsprobleme des Gesetzes unter Gesichtspunkten fehlender oder verfehelter Wirksamkeit von Gesetzen erörtert, die Gegenstand der Gesetzgebungslehre sind. Wenn es um Gesetz und Gesetzgebung geht, stellt sich die Frage nach der Rangordnung der Gesetze. Diese vielschichtige Problematik wird im 6. *Kapitel* hauptsächlich als Stufenordnung von Gesetz und Verfassung untersucht, besonders unter den Gesichtspunkten, wie der Vorrang der Verfassung gesichert wird und welche Probleme dabei die Auslegung der Verfassung aufwirft. Im Bundesstaat ist die Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Die Frage, woher das Recht kommt, vom Bundesgesetzgeber oder vom Landesgesetzgeber, ist bundesverfassungsrechtlich geregelt, dabei aber einem ständigen Unitarisierungsprozess unterworfen, wie im 7. *Kapitel* im Einzelnen

dargestellt wird. Der Erste Teil wird im 8. *Kapitel* abgeschlossen mit Überlegungen zum Verhältnis von Gesetz und Vertrag bei der Entstehung von Recht. Neben dem Vertrag im Rahmen oder gar auf der Grundlage des Gesetzes gibt es dualistische Formen der Gesetzgebung, die eine vertragliche Grundlage haben. Rechtsvergleichend und historisch betrachtet, zeigt sich eine außerordentliche Formenvielfalt, die die Antwort auf die Frage nach der Herkunft des Rechts stark befruchtet.

Der *Zweite Teil* ist den Grundrechten gewidmet, und zwar deren historischen Entstehungsprozess und deren heutigen Wirkung auf das übrige Recht. Im 1. *Kapitel* werden die philosophischen Grundlagen der Menschenrechte vom Ende des 18. Jahrhunderts, der Epoche der ersten Erklärungen der Menschenrechte, zurückverfolgt bis ins Hohe Mittelalter, woraus sich ergibt, dass der Personenbegriff der christlichen Theologie und der Kanonistik geschichtliche Grundlage der Menschenrechte ist, die freilich noch juristischer Ausformungen bedurften. Das Thema des 2. *Kapitels* schließt hieran an und behandelt anhand der Rechtspraxis und der politischen Philosophie die zunächst bestehende Abhängigkeit der Grundrechte von der Gesetzgebung, die sie definieren *und* einschränken konnte. Der Kampf um den Vorrang der Verfassung, gesichert durch ein Oberstes Gericht oder Verfassungsgericht, erbrachte die Bindung der Gesetzgebung an die Grundrechte zunächst in den USA und nach dem Zweiten Weltkrieg auch in Europa. Das 3. *Kapitel* behandelt die Entwicklung der Ende des 18. Jahrhundert proklamierten Menschenrechte unter dem Gesichtspunkt ihrer Wirkung auf das Privatrecht. Die „natürlichen Rechte“ der französischen Erklärung der Menschenrechte betrafen vor allem das Verhältnis der Bürger untereinander. Insoweit war die Kodifizierung des Zivilrechts durch den Code civil (1804) die erste gesetzliche Ausprägung der Menschenrechte. Parallel dazu im öffentlichen Recht treten die Grundrechtsgesetze für das Verhältnis von Staat und Individuum erst in der 2. Hälfte des 19. Jhds. in Erscheinung. Vereinzelt regeln heute Verfassungen die Geltung von Grundrechten im Zivilrecht. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte staatliche Schutzpflichten entnommen, die zu Schutzrechten mit grundrechtlichem Charakter entwickelt worden sind. Im 4. *Kapitel* geht es um eine Spezialfrage der Geltung der Grundrechte im Zivilrecht: Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen wirkte sich erst verzögert auf das Zivilrecht (Familienrecht) aus. Noch in der Weimarer Reichsverfassung galt die Gleichberechtigung nur im Hinblick auf die staatsbürgerlichen Rechte. Erst das Grundgesetz brachte die volle Gleichberechtigung auch im Zivilrecht. Diese Errungenschaft der Rechtskultur wird durch freiheitsfeindliche Quoten zur faktischen Gleichstellung gestört. Das 5. *Kapitel* über die Gewährleistung der Menschenwürde in der Biowissenschaft behandelt aktuelle Probleme der medizinischen Praxis und Forschung, die im Zusammenhang mit der extrakorporalen Herstellung von menschlichen Embryonen stehen. Die gesetzlichen und in manchen Ländern verfassungsrechtlichen Reaktionen darauf werden dargestellt, insbesondere die Konsequenzen aus dem Schutz der Menschenwürde des Grundgesetzes, der jeden Utilitarismus zurückweist, so auch die Verrechnung

des Lebens von Embryonen, als Zugehörige zur Gattung Mensch, gegen medizinische Fortschritte.

Das 6. *Kapitel* über Teilnahmerechte, den sog. status activus des Bürgers – ein ziemlich ausführlicher Handbuchartikel – vermittelt demokratiestaatliche Grundlagen für die Entstehung von Recht. Das sind Wahlen, die die Zusammensetzung der Parlamente als Gesetzgeber bestimmen. Die Parlamente wählen Regierungen, die zumeist die Gesetzentwürfe ins Parlament einbringen. Im 7. *Kapitel* geht es um den status positivus der Menschen, das sind die sozialen Rechte im weitesten Sinne. Das Kapitel beruht auf Vorträgen in Brasilien¹ und geht daher von völkerrechtlichen Gewährleistungen aus, die jedoch sowohl im regionalen, als auch im universellen Völkerrecht nur allgemeine politische Ziele zum Ausdruck bringen. Die Staatsverfassungen besonders der neueren Zeit enthalten auch soziale Rechte, aber zumeist als Forderungen an die Gesetzgebung. Deshalb spielt die staatliche Sozialgesetzgebung in ihren verschiedenen Zweigen eine große Rolle für die Verwirklichung der sozialen Rechte; das zeigt sich auch im Recht der Europäischen Union, die als Staatenverbund von den Mitgliedstaaten nicht die Aufgabe übertragen bekommen hat, für sozialen Ausgleich zu sorgen. Im letzten *Kapitel* wird als Hauptbeispiel die Sozialversicherungsgesetzgebung in ihren verschiedenen Zweigen dargestellt, und zwar am Beispiel von Deutschland, das damit schon Ende des 19. Jahrhunderts begonnen hat und wegen der kontinuierlichen Weiterentwicklung heute vielen Staaten als Orientierung dient. So beruht das 8. Kapitel auf Vorträgen, die ich in China (Xian, Macao und Hongkong) gehalten habe.²

Der *Dritte Teil* enthält Beiträge zur Rechtskultur, er beginnt mit zwei eng miteinander verbundenen kurzen Kapiteln über Freiheit und Legitimität als politikwissenschaftliche/staatsphilosophische Kategorie. Die Grundausrüstung des Menschen mit Willensfreiheit ist die anthropologische Basis von Recht und Freiheit. Die Legitimität staatlicher Herrschaft setzt die Bereitschaft und Fähigkeit des Staates voraus, Frieden und Freiheit zu schützen. Die Legitimitätsvorstellungen der letzten 200 Jahre leiten zur Legitimität der Bundesrepublik über. Da Deutschland Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist, die Staatsgewalt übertragen bekommen hat, ist auch nach der Legitimität der Europäischen Union zu fragen. Am Beispiel der Legitimitätssicherung des Art. 125 AEUV werden aktuelle Legitimitätsprobleme der Europäischen Union deutlich gemacht. Das 3. *Kapitel* über Maximen der Verfassungsauslegung fasst die vereinzelten Ausführungen über Verfassungsauslegung in diesem Band (Erster Teil, Kapitel 6, Zweiter Teil, Kapitel 2, 3, 4, 5, 6, 7) systematisch geordnet zusammen. Damit wird die rechtskulturelle Leistung einer zuverlässigen und berechenbaren Verfassungsauslegung dargestellt. Und wie schon in den einzelnen Kapiteln erkennbar ist, spielt die Auslegung von Rechtstexten eine große Rolle für die Antwort auf

¹ Christian Starck, Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis, in: George Salomão Leite/Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Direitos fundamentais e Estado constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Carnotilho, Coimbra e São Paulo, 2009, S. 279–293.

² Veröffentlicht unter dem Titel dieses Kapitels in chinesischer Sprache in Taiwan Law Journal, Issue 226 (2013) S. 40–48.

die Frage, woher das Recht kommt. Das gilt nicht nur für die Gesetzgebung, die im Rahmen der Verfassung stattfindet, sondern auch für die verfassungskonforme Gesetzesauslegung. Das *4. Kapitel* über Gründe, Bedingungen und Formen von Rechtsrezeptionen schildert hauptsächlich am Beispiel ausländischer Rechtsordnungen, wie neues Recht durch Rezeption entsteht und welche Rolle dabei die Verfassungs- und Gesetzgebung sowie Rechtsprechung und Rechtslehre spielen. Die Frage dieses Buches, woher das Recht kommt, kann am Phänomen der Rezeption im Großen und im Kleinen nicht vorübergehen.

Für die Frage, woher das Recht kommt, spielen Völkerrecht und Unionsrecht eine wichtige Rolle. Ihr Verhältnis zum nationalen Recht ist zu klären. Im *5. Kapitel* über Völkerrecht, Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht geht es zunächst um Normenhierarchie und Kompetenz. Das Verfassungsrecht regelt den Abschluss völkerrechtlicher Verträge und die Rangordnung zwischen nationalem Recht und Völkerrecht. Auch die Errichtung der Europäischen Union als supranationalen Staatenverbund beruht auf verfassungsrechtlicher Ermächtigung, die zugleich rechtliche Voraussetzungen festlegt, die eine einfache Hierarchie ausschließen. Hierarchie besteht allerdings zwischen den völkerrechtlichen Verträgen, die die Europäische Union schaffen, und dem von den Unionsorganen geschaffenen Recht. Die Europäische Union als besonderer Staatenverbund wirft Fragen der allgemeinen Staatslehre auf, die im *6. Kapitel* behandelt werden. Als Staatenverbund verfügt die Europäische Union nicht über Souveränität und Kompetenz-Kompetenz; sie schafft vielmehr Recht auf Grund von Kompetenzübertragungen durch völkerrechtliche Verträge, die die Mitgliedstaaten abschließen. Der Europäischen Union ist keine Dynamik eigen, die sie in einen Bundesstaat verwandelt. Dafür bedürfte es eines besonderen Vertrages der Mitgliedstaaten, die allerdings zu disparat sind, um sich in einen Bundesstaat zusammenschließen zu können. Im *7. Kapitel* wird die Rechtsvereinheitlichung vergleichend zwischen dem Deutschen Reich von 1871 und der Europäischen Union behandelt. Die Rechtsvereinheitlichung folgte der Reichsgründung. Heute geht es um europäische Rechtsvereinheitlichung und bloße Rechtsangleichung im Rahmen eines Staatenverbundes. Das *Schlusskapitel* über Rechtswissenschaft in der Zukunft greift zahlreiche Aspekte der vorangehenden Kapitel zusammenfassend auf und würdigt die drei die Zukunft bestimmenden Tendenzen der Europäisierung, Individualisierung und Utilitarisierung des Rechts.

Woher kommt das Recht?*

I.	Identität von Recht und Staat?	1
II.	Dialektik von Recht und Staat	3
	1. Literarische Beispiele	3
	2. Grundgesetz und andere Verfassungen	4
III.	Rechtserzeugung durch Private	6
	1. Privatautonomie und Gewohnheitsrecht	6
	2. Aspekte der Globalisierung	7
IV.	Rezeption aus anderen Rechtsordnungen	7
	1. Französisches Verwaltungsrecht in Deutschland	8
	2. Deutsches Verfassungsrecht in Japan	8
	3. Europäisches Verfassungsrecht in Taiwan	9
V.	Das Handwerk der Gesetzgebung	10
	1. Beratung des Gesetzgebers	10
	2. Wirkungen der Rechtsdogmatik	11
	3. Stufenordnung des positiven Rechts	13
VI.	Wurzeln abendländischer Rechtsgrundsätze	14
	1. Wirkungen des römischen Rechts	14
	2. Ursprung der Menschenrechte	15
	3. Ursprung der Gewaltenteilung	16
VII.	Schlussbemerkungen	17
	1. Rechtskultur: Geschichte, Empirie und Dogmatik	17
	2. Nochmals Recht und Staat	17

I. Identität von Recht und Staat?

Wenn man das Recht in den Gesetzen verkörpert sieht, scheint die Antwort leicht zu sein. Gesetze werden vom staatlichen Gesetzgeber erlassen. So kommt das Recht also vom Staat. Das gilt auch für kommunale Satzungen, die in irgendeiner Weise auf staatlicher Ermächtigung beruhen. Diese Wendung unserer Frage nach der Herkunft des Rechts zum Gesetzesbegriff, d. h. die Suche des Rechts im Gesetz, ist Ausdruck der neuzeitlichen Vergesetzlichung des Rechts. Danach ist die Gesetzgebung Merkmal der Souveränität des Staates, der durch Gesetze die gesellschaftlichen Verhältnisse zu verändern und zu reformieren bestrebt ist. Konzentrierten Ausdruck findet diese Tendenz in Art. 6 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „La loi est l’expression de la

* Aus: Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller (Hrsg.), *Ars iuris*. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, Göttingen 2009, S. 515–531.

volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur représentants à sa formation.“ Das Gesetz ist Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Bürger haben das Recht, selbst oder durch ihre Repräsentanten an seiner Bildung mitzuwirken. Der Staat in Gestalt der Nationalversammlung, die die Bürger repräsentiert, gibt also die Gesetze und bestimmt damit das Recht.

Hans Kelsen hat in Überspitzung dieser neuzeitlichen Auffassung Recht und Staat geradezu identifiziert. Der Staat schafft nicht nur das Recht, sondern ist seinerseits begrifflich ein System von Rechtsnormen.¹ Ist der Staat ein Normensystem, könne er nur die positive Rechtsordnung sein, weil neben dieser die Geltung einer anderen Ordnung ausgeschlossen sein müsse.

Nun wissen wir aber, dass auch die Europäische Union Recht setzt, und zwar unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnungen (Art. 249 Abs. 2 EGV, jetzt Art. 288 Abs. 2 AEUV) und zielsetzende Richtlinien, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen (Art. 249 Abs. 3 EGV, jetzt Art. 288 Abs. 3 AEUV). Diese europäische Rechtssetzung kann aber auf den Staat zurückgeführt werden. Denn die Mitgliedstaaten haben mittels eines völkerrechtlichen Vertrages Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen. Das ist für Deutschland in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG geregelt. Solange die Europäische Union kein Staat ist, erzeugt sie das Recht auf Grund der Ermächtigung der Mitgliedstaaten.² Das gilt auch für die vertraglich vorgesehene Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof, der gemäß Art. 220 Abs. 1 EGV, jetzt Art. 19 Abs. 1 EUV, die Aufgabe hat, bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages das Recht zu wahren. Rechtsfortbildung und Richterrecht gibt es auch innerstaatlich und ist in den Prozessgesetzen ausdrücklich vorgesehen.

Auch das Völkerrecht, das zum größten Teil Vertragsrecht ist, kann auf den Staat zurückgeführt werden, der am Vertragsschluss beteiligt war.³ Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht wird als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung bezeichnet (Art. 38 Nr. 1 lit. b IGH-Statut). Auch hier sind es die Staaten als Völkerrechtssubjekte, die ein bestimmtes Verhalten als rechtmäßig anerkennen und damit Völkerrecht generieren.

Die Überlegungen zum Europarecht und zum Völkerrecht haben die Antwort auf die Frage, woher das Recht kommt, nicht verändert. Das Recht kommt vom Staat entweder unmittelbar durch staatliche Gesetzgebung bzw. Vertragsschluss mit anderen Staaten oder mittelbar durch Ermächtigung nach unten auf infra-staatliche Einheiten oder nach oben auf suprastaatliche Ebene. Die Verbindung von Recht und Staat ist – wie wir gesehen haben – etatistisch in dem Sinne, dass der Staat Schöpfer allen Rechts ist. Wir lesen dazu bei *Hans Kelsen* 1960 in der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre folgendes (S. 200 f.): Eine Rechtsnorm gelte deshalb, „weil sie in einer bestimmten, und zwar in letzter Linie in einer von

¹ *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 16f.

² *Christian Starck*, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: Festschrift für Volkmar Götze, 2005, S. 73, 75 ff.; *ders.*, Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union, in: *liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 711, 719 ff.; *Claus Dieter Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 23 Rdnr. 23 ff.

³ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 324 f., auch zum Folgenden.

einer Grundnorm bestimmten Weise erzeugt ist.“ Konsequenterweise fügt *Kelsen* an: „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein. Deren Geltung kann nicht darum verneint werden, weil ihr Inhalt dem einer anderen Norm widerspricht, die nicht zu der Rechtsordnung gehört, deren Grundnorm der Grund der Geltung der in Frage stehenden Norm ist. Die Grundnorm einer Rechtsordnung ist nicht eine materielle Norm“. Deshalb könne man aus der Grundnorm nicht den Inhalt sondern nur den Geltungsgrund einer Rechtsnorm ableiten.

Rechtstheoretisch lässt sich also zu Rechtsordnungen von demokratischen Verfassungsstaaten und Diktaturen gleich welcher Provinienz Äquidistanz halten. Vor 1989 in der Zeit der Ost-West-Spaltung konnte auf dieser Grundlage rechtstheoretisch, d. h. neutral über Rechtsordnungen gesprochen werden⁴. Heute ließe sich die Rechtsgeltung in Nordkorea und in Frankreich auf Grundlage der Reinen Rechtslehre erklären, ohne dass inhaltliche Unterschiede des Rechts bedeutsam wären. Die Frage „Woher kommt das Recht?“ hat eine formale Antwort gefunden. Diese mag zur Lösung bestimmter Probleme der Geltung von Recht genügen.

Das Problem der Geltung des Rechts ist damit aber nicht erschöpft. Denn die Geltung des Rechts lässt sich nicht allein normlogisch erklären. Der juristische Geltungsbegriff hat auch soziologische und moralische Aspekte. Dabei geht es vor allem um die Akzeptanz und Wirksamkeit des Rechts.⁵ Dafür muß man den Inhalt des Rechts in den Blick nehmen.

Unser Thema, wirft nach dem bisher Gesagten folgende Fragen auf: Besteht wirklich eine Identität von Recht und Staat? (II). Schaffen nicht auch Private Recht? (III). Dann erhebt sich die rechtskulturelle Frage, woher das Recht seinem Inhalt nach kommt. So wird z. B. Recht aus anderen Rechtsordnungen rezipiert (IV). Betrachtet man das Handwerk der Gesetzgebung, zeigen sich vielschichtige Einflüsse auf den Inhalt des Rechts (V). Schließlich wird der Inhalt des Rechts von Rechtsgrundsätzen bestimmt, die tiefe historische Wurzeln haben (VI).

II. Dialektik von Recht und Staat

1. Literarische Beispiele

Wenn man die philosophische und juristische Literatur zum Verhältnis von Recht und Staat durchsieht, zeigt sich entgegen der Reinen Rechtslehre einerseits eine gewisse Eigenständigkeit beider Größen und andererseits, dass sie aufein-

⁴ Dazu treffend *Joachim Hruschka*, Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, S. 429, 430.

⁵ Vgl. dazu *Heinrich Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Auflage 1977, S. 543 ff.; *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Auflage 2007, S. 18 ff.; *Kurt Seelmann*, Rechtsphilosophie, 1994, S. 48 ff.; *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 139 ff.

ander angewiesen sind. Damit wendet sich die Frage den inhaltlichen Problemen des Rechts zu. Zwei Beispiele: *Blaise Pascal* (1623–1662) hat in seinem Spätwerk *Pensées* kurz und klar zum Ausdruck gebracht:⁶ „La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique“. Recht ohne Macht ist ohnmächtig; Macht ohne Recht ist tyrannisch.⁷ Mehr als 300 Jahre später hat der schweizerische Jurist *Dietrich Schindler* (1890–1948) deutlicher, auf den Staat bezogen geschrieben⁸: „Das Recht legitimiert den Staat und der Staat gibt dem Recht die Macht.“ Bei dem Recht, das den Staat legitimiert, handelt es sich nicht nur um das vom Staat gesetzte Recht. Vielmehr erscheint das Recht als eigenständige Größe in Gestalt von Rechtsgrundsätzen, die sich im Laufe der Geschichte bewährt haben und anerkannt worden sind. *Schindler* zeigt, dass Recht in dieser doppelten Gestalt – als positives Recht und Rechtsgrundsatz – einerseits und andererseits Macht dialektische Momente eines Ganzen sind.

2. Grundgesetz und andere Verfassungen

Die These von *Schindler* – 1932 formuliert – wird bestätigt, wenn man das Grundgesetz unter dem Gesichtspunkt der Legitimation des Staates befragt. In Art. 1 Abs. 2 bekennt sich das Deutsche Volk „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“ Damit anerkennt das Grundgesetz den überstaatlichen Charakter der Rechtsgrundsätze, die in den Menschenrechten zum Ausdruck gebracht worden sind, und folgt der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, die in ihrer Präambel an diese Rechte „erinnert“. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“.

Zusammenfassend spricht Art. 28 Abs. 1 Satz 1 im Hinblick auf die Länder von „den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes“. In Art. 79 Abs. 3 ist eine Änderung des Grundgesetzes verboten, durch die u. a. die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden. In Deutschland hat es also die Verfassung als höchste Norm des positiven Rechts übernommen, die Legitimation des Staates positiv-rechtlich zu bestimmen und damit festzulegen.

Rechtsstaat ist folglich nicht der Staat, weil er Recht erzeugt, sondern der Staat, der bei der Erzeugung von Recht an Rechtsgrundsätze formeller und materieller Art gebunden ist. Diese sind weitgehend im Grundgesetz als Verfassungsrecht normiert, sind also positives Recht höherer Ordnung.

⁶ *Pensées*, hrsg. v. Ernest Havet, Paris o. J., Artikel VI Nr. 8, nach anderen Ausgaben Nr. 298 oder Nr. 257.

⁷ Statt vieler anderer Autoren vgl. *Otto von Gierke*, *Johannes Althusius* und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 3. Aufl. 1913, S. 305 ff., 317 ff.

⁸ *Dietrich Schindler*, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932, zitiert nach der 3. unveränderten Aufl. 1950, S. 19, 118 f.

Was am Beispiel des Grundgesetzes gezeigt worden ist, gilt auch für andere Staaten, die in neueren Verfassungen sich als Demokratien und Rechtsstaaten konstituieren und die Menschenrechte anerkennen.⁹ Auch diese Staaten erheben nicht den Anspruch, über den Inhalt des Rechts völlig ungebunden zu bestimmen, sondern stellen sich unter bestimmte Rechtsgrundsätze, wie sie in den Menschenrechten und den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats zum Ausdruck kommen. Auch Staaten ohne geschriebene Verfassung wie Großbritannien oder ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Rechtsgrundsätze in ihrer Verfassung anerkennen die Rule of Law, die Menschenrechte oder einzelne Grundsätze von natural justice¹⁰ etwa im Recht des gerichtlichen Verfahrens: Niemand darf Richter in eigener Sache sein (*nemo iudex in causa sua*) und das rechtliche Gehör vor Gericht (*audiatur et altera pars*).

Die Beispiele der hier genannten demokratischen Verfassungsstaaten zeigen, dass sie ähnliche Rechtsordnungen haben, insbesondere gleichen Rechtsgrundsätzen verpflichtet sind. Die Europäische Gemeinschaft, die 1957 als Wirtschaftsgemeinschaft gegründet worden ist, war von Anfang an auch Rechtsgemeinschaft. Sie konnte nur gegründet und ins Werk gesetzt werden, weil den Mitgliedstaaten Rechtsgrundsätze gemeinsam sind, auf deren Grundlage Gemeinschaftsrecht geschaffen werden konnte. Das gilt für die sechs Gründerstaaten, aber auch für viele der später der Europäischen Gemeinschaft beigetretenen Staaten, die nach der Überwindung autoritärer oder kommunistischer Diktaturen die die Europäische Gemeinschaft bestimmenden Rechtsgrundsätze übernommen haben.

In Polen sind diese Rechtsgrundsätze nach 1989 zunächst nicht in der Verfassung verankert worden. Vielmehr hat das polnische Verfassungsgericht, das schon vor 1989 errichtet worden war, die alte aus der kommunistischen Zeit stammende Verfassung, aus der nur die Souveränität der Vereinigten Arbeiterpartei gestrichen worden war, in Riesenschritten in Richtung auf eine rechtsstaatliche Verfassung fortgebildet¹¹ und damit der Verfassungsgebung von 1997 vorgearbeitet. Polen gehörte damals nicht der Europäischen Union an. Da es die Mitgliedschaft anstrebte, mußte es Voraussetzungen erfüllen, die in Art. 6 Abs. 1 EUV in der Fassung von 2003 so formuliert sind: „Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam.“ Fragen wir konkret nach dem Woher der entsprechenden Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen der dem Kommunismus entronnenen Länder Ost- und Mitteleuropas, ist gewiß die erste Antwort der Hinweis auf den zitierten Art. 6 EUV. Die Antwort ist später noch zu vertiefen.

⁹ Vgl. z. B. Präambel der französischen Verfassung (1958), Art. 1, 2 portugiesische Verfassung (1976), Art. 1 spanische Verfassung (1978), Präambel und Art. 2 slowenische Verfassung (1991), Art. 1 slowakische Verfassung (1992), Präambel und Art. 2 polnische Verfassung (1997), Art. 1 finnische Verfassung (1999).

¹⁰ H. W. R. Wade/C. F. Forsyth, *Administrative Law*, 7. ed., Oxford 1994, S. 463 ff.; P. P. Craig, *Administrative Law*, 3. ed., London 1994, S. 326 ff.

¹¹ Lech Garlicki, *Constitutional Development in Poland*, in: Saint Louis University Law Journal, Vol. 32 Nr. 3, 1998, S. 713 ff.

III. Rechtserzeugung durch Private

Recht entsteht auch aus Verträgen, wie wir gesehen haben, aber nicht nur aus Verträgen, bei denen der Staat Vertragspartner ist. Die Identifikation von Staat und Recht stimmt nicht. Damit werden wir auf weitere Rechtsquellen verwiesen: den Vertrag, der mit Freiheit in Verbindung steht, und Gewohnheitsrecht.

1. Privatautonomie und Gewohnheitsrecht

Durch Vertrag wird zwischen den Parteien ein Sachverhalt rechtlich geregelt, der einen Einzelfall, eine Beziehung oder sich wiederholende Einzelfälle oder eine dauerhafte Beziehung darstellt. Mit Verträgen werden künftige Lebensverhältnisse rechtlich gestaltet. Grundlage der Rechtserzeugung durch Vertrag ist die Freiheit der Person, die hier als Vertragsautonomie wirkt. In diesem Begriff kommt zum Ausdruck, dass durch Verträge selbst, d. h. eigenständig zwischen den Parteien, Recht erzeugt wird. Das Verfahren der Konsensgewinnung kann verschieden ausgestaltet sein. Inhaltlich werden durch Vertrag Austausch von Gütern und Leistungen, gemeinsame Tätigkeiten in Vereinen und Handelsgesellschaften oder Normen – z. B. in Tarifverträgen (§ 1 Abs. 1 TVG), Vereinssatzungen (§ 25 BGB), Satzungen von Gesellschaften (z. B. § 23 AktG) und allgemeine Geschäftsbedingungen – vereinbart¹².

Die in der Vertragsautonomie verbürgte Bürgerfreiheit steht unter dem Gesetz¹³. Man unterscheidet zwischen Gesetzen, die die Freiheit sichern oder überhaupt erst ermöglichen¹⁴, und Gesetzen, die die Freiheit beschränken. So enthalten das Vereinsrecht und das Gesellschaftsrecht Verfahren, Organisation und Rechtsformen, in denen Privatrechtssubjekte gemeinsame Ziele verwirklichen können, die sie autonom im Einzelnen rechtlich ausgestalten. Zum Ausgleich verschiedener Mächtigkeit der Vertragsschließenden enthält das Gesetz zwingende Normen. Bei Gefahr der Überrumpelung des Vertragspartners werden z. B. Widerrufsrechte gewährleistet. Sittenwidrige Rechtsgeschäfte sind nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). Damit wird die reale Vertragsfreiheit gesichert. Selbst wenn der Staat gesetzlich auf die Vertragsgestaltung Einfluss nimmt, insbesondere Grenzen zieht, bestimmen die Vertragspartner Inhalt und Geltung des vertraglich vereinbarten Rechts.

Die neuzeitliche Vergesetzlichung des Rechts hat dazu geführt, dass Gewohnheitsrecht stark zurückgedrängt worden ist. Im Privatrecht, um das es hier geht, hat es aber noch einen gewissen Platz, etwa im Arbeitsrecht, im Nachbarrecht und im Handelsrecht in Gestalt von Handelsbräuchen (§ 346 HGB), die als Ergänzung von Verträgen bedeutsam sind.

¹² Grundlegend *Ferdinand Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 181 ff.

¹³ Zum gesetzlich gezähmten Vertrag siehe *Christian Starck*, Gesetz und Vertrag, in: Behrends/Starck (Hrsg.), Gesetz und Vertrag II, 2005, S. 9, 14 ff., siehe in diesem Band das 8. Kapitel des Ersten Teils.

¹⁴ *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. Band 1, 2010, Art. 1 Rn. 287.

2. Aspekte der Globalisierung

Die Vertragsfreiheit ist ein Globalisierungsmotor. Transnationale wirtschaftliche Rechtsbeziehungen werden vertraglich geregelt und dabei wird das zugrundeliegende staatliche Recht frei gewählt oder es wird versucht, eigenständig Recht zu bilden, und daraus entstehende Streitigkeiten werden Schiedsgerichten unterworfen¹⁵. Die dafür notwendigen Verfahrensregelungen werden von der International Chamber of Commerce mit Sitz in Paris (ICC) in Anlehnung an das Schweizerische Recht entwickelt. Die Schiedsgerichte entfalten ihre eigene Spruchpraxis, bilden das Recht fort und haben ihre eigenen Publikationsorgane.¹⁶ Manche sprechen schon von einer dritten Rechtsordnung neben staatlichem und Völkerrecht und prophezeien eine weltumspannende entstaatlichte Zivilrechtsordnung, die sie schon in der *lex mercatoria*, der *lex sportiva* und der *lex technica* zu erblicken meinen. Private Rechtssetzung als Ausdruck der Freiheit bedarf staatlicher Gewährleistung. Das gilt auch auf globaler Ebene.¹⁷ Wichtig in unserem Zusammenhang ist aber die Einsicht in den Einfluß international handelnder Privater auf den Inhalt der Rechtsordnung. Das stellt einen weiteren Baustein für die Antwort auf die Frage dar, woher das Recht kommt.¹⁸

Die bisherigen Darlegungen relativieren die Vorstellung, dass der Inhalt des Rechts vom Staat kommt, in doppelter Weise. (1) Der Staat ist bei der Erzeugung von Recht an Rechtsgrundsätze gebunden. Diese Bindung wird z. T. allerdings in Verfassungen, also im positiven Recht zum Ausdruck gebracht. (2) Das innerstaatlich erzeugte Recht entspringt z. T. Verträgen, die Privatpersonen schließen und dabei von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch machen, oder dem privat generierten Gewohnheitsrecht. Das staatliche Gesetz steckt einen rechtlichen Rahmen ab, ist aber nicht eigentliche Quelle des privatautonom gesetzten Rechts z. B. über Lohntarife, die Einzelheiten des Innenlebens einer Handelsgesellschaft oder eines Vereins und so fort.

IV. Rezeption aus anderen Rechtsordnungen

Im Folgenden wollen wir Maßstäbe für staatliches Recht näher betrachten, die dessen Inhalt beeinflussen. Es handelt sich um drei Beispiele für Rezeptionsvorgänge durch Rechtsdogmatik, Gesetzgebung und Rechtssprechung.

¹⁵ Horst Eidenmüller, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, in: JZ 2007, S. 487, 488 ff.; Klaus Peter Berger, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts 1996, S. 66 ff.

¹⁶ Z. B. International Business Lawyer, Hrsg. v. der International Bar Association.

¹⁷ Johannes Hellermann, Private Standardsetzung im Bilanzrecht – öffentlich- rechtlich gesehen, in: NZG 2000, S. 1097, 1100.

¹⁸ Gregor Bachmann, Private Rechtsordnung, 2006, S. 37 f.; Matthias Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., 2007, S. 22 f.; Anne Rötbel, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica* – Private Rechtssetzung jenseits des Nationalstaates?, in: JZ 2007, S. 755 ff.

1. Französisches Verwaltungsrecht in Deutschland

In Frankreich hat der Conseil d'Etat, der im Rahmen der Verwaltungsorganisation Gerichtsfunktion ausübt, im 19. Jahrhundert das französische Verwaltungsrecht „in stetiger zielbewußter Arbeit geschaffen und ausgebildet“ und „ein wundervolles Kunstwerk, dem römischen Zivilrecht nicht unebenbürtig“ hervorgebracht. *Otto Mayer*, von dem dieses Zitat stammt¹⁹, hatte 1886 sein Werk „Theorie des Französischen Verwaltungsrechts“ veröffentlicht, das seine spätere, für die Praxis maßgebende Bearbeitung des deutschen Verwaltungsrechts²⁰ methodisch und inhaltlich beeinflusst hat. Dabei sind zentrale Begriffe wirkungsmächtig ins deutsche Recht überführt worden: Gesetz und Rechtssatz, Gesetzesvorbehalt, Verwaltungsakt, öffentliche Anstalt, öffentlich-rechtliches Eigentum, öffentlich-rechtliche Entschädigung u. a. Damit wurde das deutsche Verwaltungsrecht der bis dahin gültigen zivilrechtlichen Begrifflichkeit weitgehend entzogen.²¹ Da das allgemeine Verwaltungsrecht nicht kodifikationsreif war, fand die Rezeption durch Rechtsdogmatik und dieser folgend durch die Rechtsprechung statt.

2. Deutsches Verfassungsrecht in Japan

Für das „Woher des Rechts“ gibt es noch eine andere Grundkonstellation. Das ist der Wunsch, die Gesellschaft zu modernisieren, indem das Recht eines anderen Staates, dessen Gesellschaft weiter entwickelt ist, rezipiert wird. Solche Rezeptionsvorgänge sind zu allen Zeiten und weltweit zu beobachten.²² Um dieses Phänomen in seiner Globalität zu verdeutlichen, greife ich das Beispiel Japans Ende des 19. Jahrhunderts auf. 1868 fand eine Umwälzung des politischen Systems in Japan statt, dessen Herrschaftssystem in der Auseinandersetzung mit den seefahrenden Westmächten versagt hatte. Die Erneuerung (*ishin*) der gesamten japanischen Gesellschaft wurde rechtlich abgesichert. Japanische Juristen, die in Europa studiert hatten, wurden konsultiert, europäische und amerikanische juristische Werke wurden ins Japanische übersetzt, vor allem die Bücher von *Hermann Schulze*²³ und *Ludwig von Rönne*²⁴ über deutsches und preußisches Staatsrecht. Dadurch erkannten die Japaner die Vorbildlichkeit der oktroyierten preußischen Verfassung von 1850 und der süddeutschen Verfassungen für die japanische Situation. England hatte keine geschriebene Verfassung und konnte deshalb nicht als Modell dienen, ebenso wenig wie die republikanischen Verfas-

¹⁹ *Otto Mayer*, Rezension zu G. Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, 1913, in: AöR 32 (1914), S. 275, 277.

²⁰ *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 1895 und 1896.

²¹ Dazu ausführlich *Erk Volkmann Heyen*, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981.

²² Vgl. *Rainer Grote*, Rechtskreise im öffentlichen Recht, in: AöR 126 (2001), S. 10 ff.

²³ *Hermann Schulze*, Das Preußische Staatsrecht. Auf der Grundlage des Deutschen Staatsrechts dargestellt, 2 Bände 1872, 1877.

²⁴ *Ludwig von Rönne*, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 1856, 2. Aufl. 1864.

sungen der USA und Frankreichs. Die Eignung der deutschen Verfassungen für eine Teilrezeption wurde vor allem darin gesehen, dass sie zumeist vom Fürsten oktroyiert, d. h. gewährt worden waren, der über der Verfassung stehend gedacht war. Die deutschen Fürsten verstanden sich von Gottes Gnaden. Der Tenno, der himmlische Kaiser, führte seine Abstammung auf die Sonnengöttin Amaterasu zurück. Die 1889 in Kraft getretene Verfassung des Kaiserreichs Groß-Japan, im Westen als Meiji-Verfassung bezeichnet, ist mit Unterstützung zweier deutscher Juristen²⁵ verfasst worden, die den monarchischen Konstitutionalismus vertraten, der zur politischen Situation Japans passte.²⁶

Einige aus dieser Grundkonzeption der Verfassung folgenden Regelungen, z. B. über die Gesetzgebung, das Budgetrecht, den Kaiser, das Parlament (2 Häuser), die monarchische Regierung sowie die Rechte und Pflichten der Japaner zeigen markante Übereinstimmungen mit den deutschen Verfassungen. Der deutsche Einfluss erstreckte sich auch auf das Bürgerliche Recht. Nachdem zunächst an eine Übernahme des französischen Code civil gedacht war, kam es zu einer Umorientierung zugunsten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, das frisch fertig gestellt war (1895) und kurz vor dem Inkrafttreten stand. 1898 trat das Japanische Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft, das freilich keine reine Kopie des deutschen Rechts war.

3. Europäisches Verfassungsdenken in Taiwan

Bleiben wir in Asien und betrachten wir einen modernen Rezeptionsvorgang als weiteres Beispiel für das „Woher des Rechts“. Die chinesische Verfassung von 1947, die heute in Taiwan gilt, enthält keine Garantie der Menschenwürde. Allerdings findet sich in Art. 10 Abs. 6 der Zusatzbestimmungen zur Verfassung (1991–2000) eine besondere Garantie der Würde der Frauen. Danach muss der Staat ihre persönliche Sicherheit schützen, geschlechtliche Diskriminierung bekämpfen und die tatsächliche Gleichheit der Geschlechter fördern. In zahlreichen Auslegungen der Hohen Richter – eine Art Verfassungsgericht – wird in dem Würdeartikel hauptsächlich eine Bestärkung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes gesehen.²⁷ In einer Auslegung aus dem Jahre 2005 ist dann jedoch allgemein von der Personenwürde die Rede, es ging um das Recht auf Privatsphäre, das in der Verfassung nicht ausdrücklich geschützt ist. Die Würde des Menschen wird von den Hohen Richtern als Argument benutzt, um ein Recht auf Privatsphäre begründen und schützen zu können. Damit erweist sich die Menschenwürde als ein ungeschriebener Grundsatz jeder „freien und demokratischen Verfassungsordnung“, wie es in der Auslegung heißt. In dieser Auslegung zeigt sich etwas substanziell Neues, und zwar eine Rezeption europäischen Ver-

²⁵ Albert Mosse und Hermann Roesler.

²⁶ Vgl. ausführlicher Christian Starck, Deutsches Verfassungsrecht in Japan, in: Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen 2005, S. 95 ff. mit Literatur (S. 100).

²⁷ Abgedruckt in: The Republic of China. Constitutional Court. Reporter: Interpretation, Vol. I, S. 169 ff., 253 ff., Vol. II, S. 313 ff.

fassungsdenkens. Mehr als ein Drittel der damals amtierenden 15 Hohen Richter hat in Deutschland studiert und wurde dort promoviert, nach der letzten Richterwahl waren es sieben.

Solche Rezeptionsentscheidungen des Gesetzgebers oder des Verfassungsgerichts sind nicht die Regel. Gleichwohl sind sie zusammen mit Rezeptionen durch die Rechtsdogmatik besonders eindrucksvolle Antworten für die Fragestellung, woher das Recht kommt.

V. Das Handwerk der Gesetzgebung

Weitere Einblicke in das Woher des Rechts gewinnen wir, wenn wir uns das Handwerk der Gesetzgebung genauer ansehen. Dabei werde ich nicht auf die zum Staat gehörende Ministerialverwaltung eingehen, die bekanntermaßen die meisten Gesetzentwürfe erstellt, auch nicht auf die jetzt durch die Kritik des Bundesrechnungshofs bekannt gewordene Tätigkeit von Lobbyisten der Verbände bei der Herstellung von Gesetzentwürfen für die Regierung. Vielmehr möchte ich drei Aspekte beleuchten, die mir besonders wichtig erscheinen: Die Beratung des Gesetzgebers, die Wirkung der Rechtsdogmatik auf die Gesetzgebung und die Bedeutung der Stufenordnung des positiven Rechts für die Gesetzgebung.

1. Beratung des Gesetzgebers

Die Inhalte des Rechts kommen von der Rechtspolitik, die eine Regierung verfolgt und für die sie eine Mehrheit im Parlament benötigt. Wir wissen, dass Gesetzentwürfe zu komplizierten Materien häufig mit Hilfe von Sachverständigen erarbeitet werden. Das nennt man Politikberatung. Im Februar hat die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK) von Bund und Ländern die Leopoldina zur Deutschen Nationalakademie erhoben und ihr die Aufgabe der Politikberatung übertragen. Die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften hat am 16. April 2008 „Leitlinien Politikberatung“ veröffentlicht. Anforderungen und Angebote sind also vorhanden. Über die Probleme und Schwierigkeiten wissenschaftlicher Politikberatung ist hier nicht zu handeln.

In der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages ist eine Enquete-Kommission vorgesehen (§ 56), die gesetzgeberische Entscheidungen über umfangreiche und bedeutsame Sachkomplexe vorbereitet. Die Kommission setzt sich aus Sachverständigen und aus Bundestagsabgeordneten zusammen. Für Technikfolgenabschätzung ist ein besonderer Ausschuss zuständig (§ 56a), der Institutionen außerhalb des Bundestages beauftragen kann. In beiden Fällen geht es vor allem um wissenschaftliche Analysen und Beratungen etwa für die Gesetzgebung auf Gebieten der Arzneimittel, der Lebensmittel, schädlicher Immissionen, des Strahlenschutzes, der Gentechnik, der Geräte- und Produktsicherheit, des Schutzes vor Infektionen, der Organtransplantation, Kernenergie usw. Information

über einen Gegenstand der Beratung kann auch durch Anhörung von Sachverständigen und Interessenvertretern in einem Bundestagsausschuss stattfinden. Solche Sitzungen sind öffentlich, damit die Öffentlichkeit erfährt, wer welchen Rat gegeben hat.

Informierte Gesetzgebung ist heute die Regel. Deliberation und Öffentlichkeit genügen für gute Gesetzgebung nicht mehr.²⁸ Es leuchtet unmittelbar ein, dass die zuverlässige Erfassung der sozialen Wirklichkeit, auf die das Gesetz ordnend und steuernd einwirken soll, und die Kenntnis der voraussichtlichen Wirkungen der beabsichtigten Regelungen den Inhalt des Gesetzes beeinflussen. Bekommt der Gesetzgeber darüber zuverlässige Informationen vermittelt – eventuell auch durch Betroffene und Lobbyisten – und verarbeitet er diese, wird er verunglückte Gesetze weitgehend vermeiden können.²⁹

Soweit die Rechtsetzung durch die Europäische Union stattfindet, müssen die Sachverständigen, Wissenschaftler und Betroffenen von der Europäischen Kommission spätestens von einem Ausschuss des Europäischen Parlaments angehört werden, damit die für die Rechtsetzung notwendigen Kenntnisse verfügbar sind. Diese sind für den europäischen Gesetzgeber noch schwerer zu ermitteln als für den nationalen Gesetzgeber. Denn die tatsächlichen Verhältnisse unterscheiden sich in den verschiedenen Mitgliedstaaten, in denen das Gemeinschaftsrecht gelten soll.

2. Wirkungen der Rechtsdogmatik

Die mit oder ohne sachverständige Beratung entstandenen und in Geltung gebrachten Gesetze bedürfen der rechtswissenschaftlichen Aufbereitung durch die Rechtsdogmatik. *Gustav Radbruch* nannte die Rechtsdogmatik die „Wissenschaft vom geltenden, nicht vom richtigen Recht, vom Rechte, das ist, nicht vom Rechte, das sein soll“³⁰. Die Rechtsdogmatik wird zumeist im Sinne *Radbruchs* als eine Wissenschaft betrachtet, die der Gesetzgebung nacharbeitet: d. h., die gegebenen Gesetze nach allgemeinen Gesichtspunkten interpretiert, harmonisiert, Widersprüche durch systematische Interpretation ausgleicht, Regeln aufstellt, dadurch die Gesetzesanwendung rationalisiert und berechenbar macht und die gleichmäßige Handhabung des Rechts fördert. Zur Antwort auf die Frage, woher das Recht kommt, gehört deshalb die Rechtsdogmatik, weil sie inhalt-

²⁸ Vgl. *Christian Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 158, 160, 162; *Edwin Loebenstein*, Fachwissen und Rechtssetzung, in: Schäffer (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, 1988, S. 167, 192 ff.: Methoden und Möglichkeiten der Verknüpfung technisch-, natur-, medizinisch-wissenschaftlichen Sachverstandes mit der Gesetzgebung und Umsetzung derartiger Erkenntnisse in der Rechtsetzung; *Fritz Ossenbühl*, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter (Nordrhein-Westf. Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 367, 2000; *Georg Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2006, S. 230 ff.

²⁹ Beispiele für das Gegenteil bei *Diederichsen/Dreier* (Hrsg.), Das mißglückte Gesetz. 8. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 1987.

³⁰ *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, hrsg von Dreier und Paulson, 2. Aufl. 2003, S. 106.

Register*

- Abstimmungen 213 f.
Abwehrrechte 199
Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 108 f.
Allgemeine Staatslehre, *siehe Staatslehre*
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 119 f., 156
Amerikanische Unabhängigkeitserklärung 120 f., 145
Aristoteles 40
Aquín, Thomas von 40, 127
Ausbrechende Rechtsakte 348
Auslegung
– canones der 289, 291 f., 301, 304
– der Strukturprinzipien der Verfassung 315 ff.
– der Verfassung, *siehe Verfassungsauslegung*
– des Gesetzes, *siehe Gesetz*
– des Grundgesetzes 288 f.
– Grundrechtsauslegung, *siehe Grundrechte*
– und Anwendung des Gleichheitssatzes, *siehe Gleichheitssatz*
– verfassungskonforme, *siehe Verfassungskonforme Auslegung*
– verfassungsrechtlicher Organisations-, Kompetenz- und Verfahrensnormen 319 ff.
Auslegungsregeln 47
– canones 289, 291 f., 301, 304
– historische Auslegung 47, 291
– systematische Auslegung 47, 290
– teleologische Auslegung 47, 291 f.
– Wortlaut 47, 294
Befreiungsvorbehalt, *siehe Verwaltung*
Bentham, Jeremy 387
Berufskammern 222, *siehe auch Partizipation*
Bill of Rights 120 f., 141, 156
Bills of Rights (nordamerikanisch) 120 f., 156
Blackstone, William 123
Bodin, Jean 40, 355
Boqi, Wang 328
Boutmy, Emile 131 f.
Budgetrecht 9
Bundesgesetz 55
Bundeskanzler 213
Bundesrat 27, 29, 71, 200, 347
Bundesrecht
– Vorrang gegenüber Landesrecht 76
Bundesregierung 28 f., 71, 115
Bundesstaat 215, 315, 316, 319, 363
Bundesstaatlichkeit 215, *siehe auch Bundesstaat*
Bundestag 27, 28, 44, 86, 218, 347
Bundesverfassungsgericht
– Grundrechtsschutz 13
– Hierarchieverhältnis zum Völkerrecht 341
– Interpretationsprärogative 76, 82
– Lissabon-Urteil 343 f., 345
– Maastricht-Urteil 225
– Normenkontrolle 75, 80, 133, 149, 237, 262
– Numerus-clausus-Urteil 297
– Rechtsfortbildung 14, 262
– Rechtsprechung des 71
– Schutz des Verfassungsrechts 286
– Soraya-Entscheidung 34
– Verfassungsbeschwerde 162, 170, 261
– Ultra-vires-Kontrolle 347 f., 349
– Urteilsverfassungsbeschwerde 329 f.

* Zusammengestellt von Aleksej Raisch

- Bundesverwaltungsgericht 51, 58
 – Unitarisierungspotential des 99
 Bürgerentscheid 222
 Bürgerrechte, *siehe Menschenrechte*
 Burlemaqui, Jean-Jacques 122
- Chancengleichheit 235
 Charta der Vereinten Nationen 107
 Cicero 129
 Code civil 9, 24, 156
 Code de procédure civile 24
 Code pénal 24
 Common Law 324
 Communis opinio 279
 Conseil constitutionnel 37 f., 132
 Conseil d'Etat 38
 Contractual treaty 107
 Corpus Iuris Civilis 14, 324 *siehe auch*
 Römisches Recht
 Corruptio naturae, *siehe Gewaltenteilung*,
 Ursprung der
 Cour de Cassation 38
- Demokratie 5, 215, 220, 315, 383
 Demokratieprinzip 44, 109, 209, 212, 273,
 316, 319
 Demokratische Freiheit(sidee) 201
 Deutsche Bundesakte 110
 Deutsche Gesellschaft für Rechtsverglei-
 chung 56
 Deutsche Nationalakademie 10
 – Politikberatung 10
 Deutsche Reichsverfassung (1871) 142 ff.
 Dicey, Albert Venn 141
 Differenzierungsverbote 176 f.
 Diktatur 3, 33, 113, 325
 Diskriminierungsverbot 209
- Eingriffsgesetz 68
 Einzelfallgerechtigkeit 70
 Effet-Utile-Regel 346 f.
 Embryo und Menschenwürde
 – Entdeckung der weiblichen Eizelle
 191 f.
 – Kant 194 f.
 – Schutz des Embryos 195 f.
 – Selektionsverbot 186
 Embryonale Stammzellenforschung
 182
 Embryonenschutzgesetz 184 f.
 Enquetekommission 28 f.
- Ermessensbegriff 49, *siehe auch Verwal-*
 tung
 Europäische Grundrechte-Charta 185 f.,
 350 f.
 Europäische Kommission 275
 Europäische Menschenrechtskonvention
 (EMRK) 38 f., 133, 209, 294, 340, 342
 Europäische Sozialcharta 230, 253
 Europäische Sozialunion 241 f.
 Europäische Union/Gemeinschaft 2 f.,
 5, 11, 110, 203, 214, 225, 242, 254, 338,
 343, 345, 361 f., 365 ff.
 – Ermächtigung durch Mitgliedstaaten 2
 – Grundrechte in der, *siehe Grundrechte*
 – keine Kompetenz-Kompetenz 348
 – Kompetenzverantwortung der Mit-
 gliedsstaaten, *siehe Kompetenzverant-*
 wortung
 – Kooperationsverantwortung der, *siehe*
 Kooperationsverantwortung
 – Richtlinie der 77, 343, 367
 Europäische Verfassung 214
 Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
 336, 361
 Europäische Zentralbank 346
 Europäischer Gerichtshof 2, 56, 203, 338,
 342, 371
 Europäischer Gerichtshof für Menschen-
 rechte 151, 209, 294, 308, 338, 340 f.
 Europäischer Verfassungsvertrag 110, 225
 Europäisches Parlament 274
 – Wahlen 225 f.
 Europarecht, *siehe Europäische Union/*
 Gemeinschaft
 Exekutive 68
- Federalist 132
 Finanzverfassungsrecht 300
 Folgenbeseitigungsanspruch, *siehe Ver-*
 waltung
 Fortpflanzungsmedizin 180, 185
 Französische Erklärung der Menschen-
 und Bürgerrechte 1 f., 120 f., 136 f., 156,
 260, 280, 356
 Freiheit 141, 144, 259 f., 264, 311
 – Frieden und 158 ff., 264 f.
 – nach Locke 141
 – natürliche 119 ff., 123, 156 f.
 – Recht und, *siehe Recht und Freiheit*
 – und Wahrheit 263 f.
 – verfassungsrechtlicher Schutz der 261 f.

- Freiheitsrechte 308
- Friedenssicherung als Staatszweck 158, 385
- Friedensvertrag von Shimonaseki 328
- Gemeinschaftsrecht 5, 11, *siehe auch Unionsrecht*
- Gemeinschaftssouveränität, keine 364 f.
- Generationenvertrag 249
- Gerber, Carl Friedrich von 199, 358
- Gerichtshof der Europäischen Union/
Gemeinschaft, *siehe Europäischer Gerichtshof*
- Gesetz(e) 8, 44 f., 82, 115, 126
 - Allgemeinheit des 22, 40, 44
 - Anwendung durch die Verwaltung 23, 44, 46, 48
 - Auslegung des 28
 - Begriff des 21, 101
 - Bestimmtheit des 44
 - freiheitsbeschränkende 105
 - freiheitssichernde 105
 - im formellen Sinne 22
 - im materiellen Sinne 22
 - immanente Stimmigkeit von 65
 - Inhalt des 26, 47, 115
 - innere Kohärenz von 65
 - Parlament 115
 - Rangordnung der 77 f.
 - Rangprobleme der 75 ff.
 - Souveränität des 136 f.
 - und Wirklichkeit 45, 47
 - unerwünschte Abstraktheit des 72
 - Ursachen der fehlenden oder verfehlten Wirksamkeit von 69 ff.
 - Verfassungsmäßigkeit von 308
 - verfehlte Wirksamkeit des 68 f.
 - verfehlte Wirkung des 67 f.
- Gesetz und Recht, *siehe Grundgesetz*
- Gesetz und Vertrag 101 ff.
 - Verhältnis von 103 f.
- Gesetzesanwendung, *siehe Gesetz*
- Gesetzesauslegung, *siehe Gesetz*
- Gesetzesbegriff
 - naturrechtlich 75
 - positivistisch 75
- Gesetzes-Marketing 72
- Gesetzes-public-relation 72
- Gesetzesystematik 77
- Gesetzesvorbehalt 8, 12, 27, 41, 44, 140, 150, 270
 - Ausdehnung des 70
 - Sicherung der Bürgerrechte 140
- Gesetzgebung 2, 9, 11, 22, 28, 43, 71 f., *siehe auch Sozialversicherungsgesetzgebung*
 - Bedeutung für Inhalt des Gesetzes 26 f.
 - Bindung an Grundrechte 159
 - Bindung an Verfassung 280
 - Bindung an verfassungsmäßige Ordnung 4, 35
 - Bundestagsausschuss 11
 - dualistische Formen der 103
 - durch die Europäische Union 11
 - im Verwaltungsrecht, *siehe Verwaltungsrecht*
 - konkurrierende 24, 337
 - monistische Formen der 104
 - Monopolisierung der 23
 - Parlament 10
 - plebiszitäre 25
 - quasidualistische Formen der 104
 - Rahmengesetzgebung 97 ff.
 - repräsentative 25
 - und Kodifikation, *siehe Kodifikation*
 - und Rechtsdogmatik, *siehe Rechtsdogmatik*
 - und Rechtspolitik, *siehe Rechtspolitik*
 - Vermittlungsausschuss 72
 - wissenschaftliche Analysen 10
 - Zweikammersystem und Einigungsverfahren 114
- Gesetzgebungsinitiative 29
- Gesetzgebungsklugheit 62
- Gesetzgebungskompetenz
 - ausschließliche und konkurrierende 77, 90
 - der Länder 93 ff., 106
 - des Bundes 90 ff.
 - Rahmenkompetenz 91 f.
 - Selbstkoordination der Länder durch Übernahme von Bundesrecht 94
 - Staatsvertrag 106
- Gesetzgebungsverfahren 33, *siehe auch Gesetzgebung*
 - im engeren Sinne 27
- Gesetzgebungswissenschaft 25
- Gewaltenteilung 78, 260 f., 280, 286, 316
 - Sicherung des Verfassungsvorrangs durch 80
 - Ursprung der 16

- Gewohnheitsrecht 6
- Gleichberechtigung 172, 175
- Gleichheitssatz 61, 291
 - Auslegung und Anwendung des 312 f.
 - Differenzierungsverbote 176 f.
 - Diskriminierungsverbote 175, 209
 - neue Formel 313
- Göttliches Recht 127
- Gratian 129
- Grotius, Hugo 40, 121, 125
- Grundfreiheiten 5, 349 f.
- Grundgesetz 145, 280, 288
 - Änderung des 4
 - Auslegung des, *siehe Auslegung*
 - Gesetz und Recht 31 f., 42
 - Rechtsstaatlichkeit des 36
- Grundrechte 13, 36, 78, 83 f., 201, 261
 - als Teilnahmerechte, *siehe Teilnahmerechte*
 - Auslegung der 303 f.
 - Einschränkung der 273, 307
 - Entstehungsprozess und Deklaration 119 ff.
 - gerichtlicher Schutz der 149 ff., *siehe auch Bundesverfassungsgericht*
 - Grundrechtsschranken und Verhältnismäßigkeitsprinzip 306 ff.
 - im Verwaltungsrecht 50
 - institutionelle Probleme der Wirkung im Privatrecht 165
 - leistungsstaatliche Grundrechtsauslegung 311 f.
 - mittelbare Drittwirkung im Zivilrecht 162 f., 166, 313 f.
 - nationale und unionale 349 ff.
 - objektiv-rechtliche Funktion der 162, 309 ff.
 - Stärkung der, *siehe Grundrechtsgesetze*
 - status activus 200, 202, 205, 216, 281
 - status negativus 136, 150, 159 f., 202, 205, 260
 - status passivus 200
 - status positivus 161, 231, 314
 - Souveränität der 149 ff.
 - subjektive Rechte 309
 - und Sozialrechte, *siehe Soziale Rechte*
 - unmittelbare Geltung im Zivilrecht 160, 262, 314
 - Unterscheidung von Schutzbereich und Schranken 304 f.
- Grundrechtliche Schutzpflichten 161 f.
- Grundrechtsauslegung 95 ff., 303 ff.
- Grundrechtsdogmatik 385, 388
- Grundrechtsgesetze 142 ff., 155
- Grundrechtskonkurrenzen 82
- Grundsatzgesetz 77
- Habeas-Corpus Akte 121
- Hamilton, Alexander 123, 145 f., 285
- Haushaltspolitik 274 f.
- Herrschaftsvertrag 108, 145
- Hobbes, Thomas 41
- Homogenitätsgrundsatz 77, 208
- Human Fertilisation and Embryology Authority 183 f.
- Implied-powers-Doktrin 347
- In vitro Fertilisation 180 f., 184, 186, 191 f., 193, 196, 388
- Individualisierung der Sozialversicherungssysteme 386 f.
- Individualisierung des Rechts 384
- Individualismus 130
- Institutionellen Garantien 304, 309
- Institutsgarantie 161
- International Chamber of Commerce 7
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte 187, 2010
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 230
- Interpretationsbegriff, *siehe Verfassungsauslegung*
- Iura Libertatis 129
- Jaup, Karl Heinrich 217
- Jefferson, Thomas 123
- Jellinek, Georg 148, 198, 358
- Judicial self-restraint 287
- Judikative 68
- Kant, Immanuel 109, 124, 139 f., 156, 194 f.
- Kelsen, Hans 2 ff., 357
- Klugheitsregeln, *siehe Rechtsdogmatik*
- Kodifikation 23, 25
 - in der Gegenwart 24
 - und Rechtsdogmatik 61
- Kommunale Selbstverwaltung, *siehe Verwaltung*
- Kommunen 220 f.
- Kommunikationsfreiheit 202
- Kommunikationsgrundrechte 216 f.

- Kompetenz 337 ff., *siehe auch Gesetzgebungskompetenz*
 Kompetenz-Kompetenz 338, 346, 366
 Kompetenzergänzungsklausel 347
 Kompetenzverantwortung 365 f.
 Kompetenzverteilung 320
 Kompetenzvorschriften 76
 Kooperationsverantwortung 365 f.
- Laband, Paul 358
 Landesgesetze 55
 Landesverfassungen 36
 Landesregierung 28, 71
 Las Casas, Bartolomé de 128
 Law-making treaties 106
 Leges fundamentales 76, 108, 145, 284
 Legislative 25
 – Verfahren der 25
 Legitimität
 – der Bundesrepublik 271 ff.
 – Europäische Union und 274 ff.
 – monarchische Legitimität 270
 – politikwissenschaftliche Kriterien der 275 f.
 – Vorstellungen in den letzten zweihundert Jahren 269 ff.
 – Wilhelm Hennis über 267 f.
 Legitimitätsprinzipien 268
 Leistungsrecht 63 ff., 68
 Lex posterior derogat legi priori-Regel 339
 Lex specialis-Regel 292
 Limbisches System 258
 Locke, John 41, 121, 141
 Loi et droit 37
- Madison, James 16, 123
 Magna Charta Libertatum 120
 Marbury vs. Madison 132, 146
 Marshall, John 80, 285
 Mayer, Friedrich Franz 53 f.
 Mayer, Otto 8, 54
 Menschenrechte 22, 217
 – am Ende des 18. Jahrhunderts 120
 – Deutschland und Kant 139 ff.
 – England und USA und Locke 141 ff.
 – Erklärung der 121 ff.
 – Gewaltenteilung als Garantie für 16
 – in philosophischen Büchern 121 f.
 – Säkularisierung der 130 f.
 – Schutz der Menschenrechte 131 ff.
 – Ursprung der 15, 119 ff.
- Menschenwürde 9, 185
 – geistesgeschichtliche Wurzeln der 188 f.
 – Maßstabscharakter der 186 ff.
 – und Biowissenschaft und -praxis 181 ff.
 – Träger der 190 f.
 – Zweck und normativer Gehalt der 189
- Menschenwürdegarantien 186 f., 189 f.
 Ministerialbürokratie 71
 Mittelalterliche Kanonistik 128 ff.
 Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, *siehe Grundrechte*
 Mitwirkungsrecht 202
 Mitwirkungs- und Betätigungsrechte im Verwaltungsverfahren 218 f.
- Monarchie
 – repräsentative Erbmonarchie 147 f.
- Moser, Johann Jakob 108
 Moralordnung 263
- Nationaler Geistiger Rat 169 f.
 Nationalsozialismus, *siehe Diktatur*
 Natural Justice 5
 Naturrecht 40, 75, 122, 125, 127, 188
 Neue Formel, *siehe Gleichheitssatz*
 Nidation 193
 Norm
 – Geltungsgrund der Rechtsnorm 3
 – Grundnorm 3
 – Rechtsnorm 3 f.
- Normenhierarchie 337 f., 340
 Normenkontrolle, *siehe Bundesverfassungsgericht*
- Objektive Verfassungsprinzipien 310
 Ockham, Wilhelm von 128 f.
 Öffentlich-rechtliche Entschädigung 8
 Öffentlich-rechtlicher Vertrag 106
 Öffentlich-rechtliches Eigentum 8
 Öffentliche Anstalt 8
 Öffentlicher Dienst, Zugang zum 215
 Organisation Amerikanischer Staaten 229, 232
 – Satzung der 229
- Pacta sunt servanda 108
 Parlament 28, *siehe auch Bundestag*
 – in Japan 9
 – Souveränität des 38, 147

- Parlamentarischer Rat 149, 160, 189, 211, 309, 320, 321
 Parteienfinanzierung 86
 Parteienfreiheit 202, 217f.
 Parteienrecht 205
 Partizipation
 – Berufskammern 222
 – Schüler- und Elternmitwirkung 219f.
 – Universitäre Selbstverwaltung 223 ff.
 Pascal, Blaise 4
 Personenbegriff der Kanonistik 129f.
 Personeneigenschaft der befruchteten Eizelle 192
 – Identitätsargument 194
 – Kontinuitätsargument 193
 – Potentialitätsargument 193
 – Spezies-Argument 193
 Plebiszit, *siehe Repräsentation*
 Polizeirecht 63
 Präimplantationsdiagnostik 182, 185f., 390
 Präjudizien 294, 309
 Praktische Konkordanz 176
 Preußen, *siehe Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*
 Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung 345, 347
 Privatautonomie
 – Bürgerfreiheit 6
 – Privatrechtssubjekte 6
 – Vertragsfreiheit 6, 105
 Privatrecht 165
 – in der Verwaltung, *siehe Verwaltung*
 – Einfluss der Grundrechte auf das 168
 Pufendorf, Samuel 121 ff.
 Pütter, Johann Stephan 109
 Quotenregelungen 177
 Radbruch, Gustav 11, 375
 Radbruchsche Formel 33
 Rahmenvorschriften 91f.
 Realien des Soziallebens 69f.
 Recht
 – Akzeptanz und Wirksamkeit des 3
 – durch die Europäischen Union 2
 – Gemeinschaftsrecht, *siehe Unionsrecht*
 – Herkunft des 1f.
 – in Abgrenzung zum Gesetz 21
 – Inhalt des 12, 14
 – Instrumentalisierung des 24
 – natürliches 156f.
 – objektives 200
 – positives 4
 – subjektives 50, 128f., 200, 206f.
 – supranationales 76
 – Vergesetzlichung des 6
 – vertraglich vereinbartes 6
 – Wirkungen des römischen 14
 Recht und Freiheit 259f.
 Recht und Staat 1 ff., 17
 Rechtliches Gehör, *siehe Natural Justice*
 Rechtsbeziehung
 – transnationale wirtschaftliche 7
 – vertragliche 6
 Rechtsdogmatik
 – beratende Wirkung der 62
 – des europäischen Verwaltungsrechts 56
 – die Zukunft der 380 ff.
 – Europäisierung und Globalisierung 381 ff.
 – im Verwaltungsrecht, *siehe Verwaltungsrecht*
 – immanente Stimmigkeit des Gesetzes 65
 – Individualisierung, *siehe Individualisierung des Rechts*
 – innere Kohärenz von Gesetzen 65
 – Klugheitsregeln 379f.
 – Leistungen der 376f.
 – Stufen der 61 ff., 377f.
 – Utilitarisierung, *siehe Utilitarisierung*
 – Wirkung auf Gesetzgebung 11, 369
 Rechtsetzung/Rechterzeugung
 – durch Private 5
 – Vertrag als Form der 104 ff.
 Rechtsfortbildung 299, *siehe auch Bundesverfassungsgericht*
 – durch Schiedsgerichte 7
 – richterliche 29, 34
 Rechtsgemeinschaft, *siehe Europäische Union/Gemeinschaft*
 Rechtsgrundsätze 2 ff, 5, 14
 Rechtsgut 261 f.
 Rechtslehre 2, 54, 336
 – allgemeine 102
 – Reine, *siehe Kelsen, Hans*
 Rechtsordnung 7
 Rechtsphilosophie 102
 Rechtspolitik
 – Begriff der 28
 – Beteiligte 28
 – Gesetzesinitiative 29

- in der Europäischen Union 29
- Maßstäbe der 29
- Rahmen der 29
- Verfahren der 28
- Rechtsrezeption, *siehe Rezeption*
- Rechtssatz 8
- Rechtssprechung 8, 34, 54, 56, 335
- Rechtsstaat 315, 317
 - Demokratie und 5
 - demokratischer 4, *siehe auch Verfassungsstaat*
 - republikanischer 4
 - Souveränität des 268, 345, 355, 364
 - sozialer 4, 68, 231, 235, 298, 318 f.
- Rechtsstaatliche Grundsätze der Verwaltung 44 ff., *siehe auch Verwaltung*
- Rechtsstaatsprinzip 62
- Rechtstheorie 35
- Rechtsvereinheitlichung 369 ff., 382
 - europäische 369 f.
 - durch den Europäischen Gerichtshof 371 f., 382
 - in Deutschland 370 f.
 - in Deutschland nach Beitritt der DDR 372 f.
- Rechtsvergleichung 102 f., 381
- Rechtsverordnung 207
- Rechtsweggarantie 68
- Rechtswissenschaft 375 ff., *siehe auch Rechtsdogmatik*
- Regierung 28 f., *siehe auch Bundesregierung*
- Reichstag 200, 201
- Religionsfreiheit 170
- Rentensystem, *siehe Generationenvertrag*
- Repräsentation
 - behauptete 113
 - reale 112
 - und Plebiszit 113
- Republik 137, 315
- Res publica 355
- Rezeption 7 ff.
 - Begriff der 323 f.
 - der verfassungsrechtlichen Bändigung der politischen Parteien 334
 - des Verhältnismäßigkeitsprinzips 332 f.
 - deutsches Verfassungsrecht in Japan 326 f.
 - Formen der 335 f.
 - Gründe und Bedingungen für die 325 f.
 - in Brasilien 329 f.
 - in China 327 f.
 - von Instituten der Verfassungsgerichtsbarkeit 330 f.
- Richter in eigener Sache, *siehe Natural Justice*
- Römisches Recht 14 f., 323 f., 361
- Rönne, Ludwig von 8, 326
- Rousseau, Jean-Jacques 122, 137, 260
- Rule of Law 120, *siehe auch Rechtsstaat*
- Rundfunkfreiheit 85 f., 97
- Säkularisierung 189
- Satzungsrecht 26 f.
- Savigny, Friedrich Carl von 289
- Schiedsgerichte 7
- Schindler, Dietrich, sen. (1890–1958) 4
- Schmitt, Carl 353
- Scholastik
 - mittelalterlicher 128 ff.
 - spanische Spätscholastik 124 ff.
 - und Kanonistik 128 ff.
- Schulrecht 98 f.
- Schulze, Hermann 8
- Schutzpflichten, *siehe staatliche*
- Selbstverwaltung 220 ff.
- Sepúlveda, Juan Ginés de 128
- Simmel, Georg 264
- Smendschen Integrationsfaktoren 268 f.
- Souveränität
 - der Grundrechte, *siehe Grundrechte*
 - des Staates, *siehe Rechtsstaat*
 - und Supranationalität 342 ff., 363, 364 f., 367
- Souveränitätsbegriff 106, 342 ff.
- Soziale Rechte 238
 - Gleichgewicht zu anderen Staatszwecken 240
 - im Konflikt zu Grundrechten 231 f.
 - im Völkerrecht 229 f.
 - in den Staatsverfassungen 231 ff.
 - in Gesetzen, *siehe Sozialgesetzgebung*
 - Struktur der 236 f.
- Sozialgesetzgebung
 - Schule und Bildung 239
 - Sozialhilfe 239
 - Sozialversicherung 238 f., *siehe auch Sozialversicherungsgesetzgebung*
 - Zivilrecht 239 f.
- Sozialrecht 68 f., 72, *siehe auch Soziale Rechte*

- Sozialstaatsprinzip, *siehe Rechtsstaat*
 Sozialversicherungsgesetzgebung
 – Anfänge der 243 f.
 – Arbeitslosenversicherung 251
 – Individuelle Belastung und Gesamtaufkommen 252
 – Invalidität- und Altersversicherung 246, 248
 – Krankenversicherung 250 f.
 – nationalsozialistische Diktatur 247
 – Pflegeversicherung 251
 – Sozialversicherungsgesetze der 1880er Jahre 245 f.
 – Unfallversicherung 245, 247, 251
 – vor dem Ersten Weltkrieg 246
 – Weimarer Demokratie 246 f.
 Sprache und Wirklichkeit 46
 Staat 1 ff., *siehe auch Verfassungsstaat*
 – als Völkerrechtssubjekt 2
 – Begriff des 355
 – Eingriffe des 68
 – Legitimation des 4, 269, 271 ff.
 – Souveränität des 1 f., 106, 342 f.
siehe auch Rechtsstaat
 Staatenbund 363
 Staatenverbindung/Staatenverbund 366 f.
 Staatliche Schutzpflichten 158, 237, 262, 314, 385 f.
 Staatsangehörigkeitsvorbehalt 203
 Staatsaufgaben
 – Expansion der 70
 Staatsgewalt 143, 200, 260, 337
 – Begrenzung der 78 f.
 – Schranken der 126
 Staatshaushalt 69, 86, 238, 253
 Staatslehre
 – allgemeine 102 f., 353 f., 361, 367
 – Bedeutung für die Europäische Union 361 ff.
 – Europäische Union in den Kategorien der 363 ff.
 – Gegenstand der 354 f.
 – Methoden 357 ff.
 – Nutzen der 359 f.
 – Staatszweck, *siehe Staatszwecklehre*
 – im Konflikt zu Grundrechten 308
 Staatsstrukturprinzipien 315 f., *siehe auch Rechtsstaat*
 – Auslegung der 315 ff.
 Staatsvertrag, *siehe Gesetzgebungskompetenz*
 Staatszwecklehre 233 f., 236
 – Trias der Staatszwecke 234, 356
 Status activus, *siehe Grundrechte*
 Status negativus, *siehe Grundrechte*
 Status passivus, *siehe Grundrechte*
 Status positivus, *siehe Grundrechte*
 Stinnes-Legien-Abkommen 112
 Stourzh, Gerald 108
 Suárez, Francisco 125 f.
 Sujets en corps vs. Einzelpersonen 138
 Subjektives Recht, *siehe Recht*
 Supranationalität 363 f., *siehe auch Souveränität*
 Teilnahmerechte
 – als staatsrechtliche Kategorie 199
 – auf supranationaler Ebene 225 ff.
 – auf unterstaatlicher Ebene 220 ff.
 – bei der Verfassungsgebung 211
 – gesetzliche Ausgestaltung und Beschränkung der 204 f.
 – im Rahmen der Volkssouveränität 201 f.
 – in der staatlichen Normenhierarchie 206 f.
 – Kommunalwahlen 203
 – status activus, *siehe Grundrechte*
 – status negativus, *siehe Grundrechte*
 – status passivus, *siehe Grundrechte*
 – subjektive 201
 – Träger der 202 f.
 – völkerrechtliche Anerkennung der 208 ff.
 Therapeutisches Klonen, *siehe Zellkerntransplantation*
 Tierney, Brian 129
 Topik, *siehe Verfassungsauslegung*
 Übereinkommen des Europarates über Menschenrechte und Biomedizin 186
 Übermaßverbot, *siehe Verfassung, Verhältnismäßigkeitsprinzip*
 Übertragung von Hoheitsrechten 343 ff., 363, 365 ff.
 Ultra-vires-Kontrolle, *siehe Bundesverfassungsgericht*
 Unbestimmte Rechtsbegriffe, *siehe Verwaltung*
 Unionsrecht 5, 253 f., 338
 – Anwendungsvorrang des 348
 – Hierarchie innerhalb des 346 f.

- Unitarisierung des Rechts im Bundesstaat 89f.
- Untermaßverbot 152f.
- Utilitarisierung des Rechts 387f.
- Verfassung
 - als Grundlage und Schranke staatlicher Tätigkeit 281ff.
 - Änderung der 77, 300
 - Bedrohung für den Vorrang der 79
 - Begründung des Vorrangs der 145ff.
 - Einheit der 291
 - Identität der, *siehe Verfassungsrechtliche Identität*
 - in Taiwan 9
 - Meiji 9, 326
 - Rahmencharakter der 167f., 282f., 288, 301
 - rechtsstaatliche Verfassung 5
 - Sicherung des Vorrangs der 79f., 145ff.
 - Übermaßverbot 83ff.
 - verankerte Rechtspositionen 169ff.
 - Verfassungsgerichtsbarkeit 285f.
 - Vorrang der 13, 22, 25, 29, 35, 42, 61, 78ff., 139, 145, 159, 284ff., 295, 337, 377f.
- Verfassungsänderung, *siehe Verfassung*
- Verfassungsauslegung 82, 289
 - canones der 289, 291f., 301, 304
 - Fortentwicklung der 290ff.
 - integrierende Funktion der 296ff.
 - Interpretationsbegriff 295
 - Normativität der Verfassung 279ff.
 - Topik 293f.
 - Verfassungsfortbildung 299f.
 - wirklichkeitswissenschaftliche Verfassungsinterpretation 295
- Verfassungsgebende Gewalt 210f., 285
- Verfassungsfortbildung, *siehe Verfassungsauslegung*
- Verfassungskonforme Auslegung 39, 301f.
- Verfassungsrecht 4, 36ff., 54f.
 - in der Schweiz 36
 - in England 38
 - in Frankreich 37
 - in Japan 8, 9, 326f.
 - in Spanien 37
 - Inhalt und Funktion des 281
 - nationales 338f., 340
 - Verdichtung des 81f.
- Verfassungsrechtliche Identität 345, 346, 349
- Verfassungsstaat
 - demokratischer 5, 167, 360, 362
- Verfassungsverträge 108f.
- Verfassungsvollzug 81
- Verhältnismäßigkeitsprinzip 13, 50f., 62, 149, 151, 261, 273, 307, 332, 349
 - im Verwaltungsrecht 50f., 60
 - Übermaßverbot 83ff.
- Verordnungsrecht 26
- Versailler Vertrag 271
- Vertrag
 - als Form der Rechtsetzung, *siehe Rechtsetzung/Rechtserzeugung*
 - Begriff des 101f.
 - der gesetzlich gezähmte 105
 - Entschließungsfreiheit und Bindungswille 259
 - im Rahmen des Gesetzes 106
 - Institut des Konsenses 104
 - über den Inhalt des Gesetzes 111f.
 - über die Geltung des Gesetzes 111
 - völkerrechtlicher, *siehe Völkerrechtliche Verträge*
 - Wettbewerbsabrede 163
- Vertragsfreiheit, *siehe Privatautonomie*
- Vertrauensschutz
 - im Verwaltungsrecht, *siehe Verwaltung*
- Verwaltung
 - Anwendung der Gesetze durch die 47, 48
 - Befreiungsvorbehalt 62
 - Ermessen der 48f., 58, 60, 62, 68, 307
 - Folgenbeseitigungsanspruch 62
 - Gesetzgebung und Einfluss auf Dogmatik 57
 - Gesetzmäßigkeit der öffentlichen 44, 48, 144
 - Innenräume der 13, 62
 - kommunale Selbstverwaltung 96, 208, 220, 317
 - unbestimmte Rechtsbegriffe 49f., 58, 59, 68
 - und Privatrecht 54
 - und Rechtsstaat 44
 - und Willkür 44
 - Vertrauensschutz 51
- Verwaltungsakt
 - gerichtliche Überprüfung 44, 58

- teleologische Ausdehnung aus Gründen des Rechtsschutzes 57f.
- Verwaltungsermessen, *siehe Verwaltung*
- Verwaltungsgerichtsordnung
 - Einfluss auf die rechtliche Qualifikation des Verwaltungsaktes 58
 - Inkrafttreten der 58
- Verwaltungsrecht
 - als Wohnheitsrecht 55
 - Behörden- und Organisationsrecht 56
 - besonderes 61, 63
 - Ermessen im 49, *siehe auch Verwaltung*
 - französisches 8, 54
 - gerichtlicher Rechtsschutz im 57f., 68f.
 - Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im 53f., 55, 56, 58, 64
- Vitoria, Francisco de 126ff.
- Völkergewohnheitsrecht 338f.
- Völkerrecht 2, 208, 338, 383
- Völkerrechtliche Verträge 106f., 108, 338f.
 - und nationales Verfassungsrecht am Beispiel der EMRK 340f.
- Volksabstimmungen, *siehe Abstimmungen*
- Volkssouveränität 112f., 120, 137f., 145, 201, 209, 284f., 317
- Volonté générale 137, 260
- Vorbehalt des Gesetzes, *siehe Gesetzesvorbehalt*
- Vorrang der Verfassung, *siehe Verfassung*
- Vorrang des Gesetzes 25, 27, 41, 44
- Wahlakt 213
- Wahlen 212f., 259, *siehe auch Demokratieprinzip*
- Wahlgesetz 44
- Wahlrecht 172, 200, 221, 270, 319
 - Sperrklausel 205
- Wahlrechtsgrundsätze 205f., 273
- Wehrverfassungsrecht 300
- Weimarer Verfassung 144, 159, 187, 321
- Wiener Vertragsrechtskonvention 107, 340
- Willensfreiheit 123, 257f.
- Willkür
 - als subjektive Freiheit 260
 - der Verwaltung, *siehe Verwaltung*
 - legitime 260
- Wirtschafts- und Sozialrat 230
- Wise, John 122
- Wissenschaftliche Hochschulen 222ff.
- Wissenschaftsfreiheit 222f.
- Wohlfahrtszweck des Staates 234
- Wolff, Christian 121ff., 355
- Zellkernfusion 191
- Zellkerntransplantation 183
- Zivilrecht 159
- Zugang zum öffentlichen Dienst 215
- Zweikammersystem und Einigungsverfahren, *siehe Gesetzgebung*