

2. Kapitel

Struktur und Inhalt einer rechtsstaatlichen Normenordnung

I. Die Geltung einer rechtsstaatlichen Normenordnung

Drei Quellen sind für die weitere Untersuchung wichtig: *Erstens* die rechtstheoretischen Analysen, die sich auf die Struktur und die Elemente einer Rechtsordnung im allgemeinen beziehen, insbesondere die »allgemeinen Rechtslehren« von Hans Kelsen und H. L. A. Hart. *Zweitens* die Staatsrechtswissenschaft, insofern sie die besonderen Normen eines Rechtsstaates zum Gegenstand hat. *Drittens* die rechtssoziologische Theorie der institutionellen Eigenheiten des modernen Rechts, wie sie sich vor allem im Werk Max Webers findet.

Vor dem Beginn der Untersuchung ist es notwendig, auf die grundlegende *Voraussetzung* hinzuweisen, die ihr als Prämisse dient. Diese Voraussetzung besteht in der Annahme, daß es sich bei den Normen einer rechtsstaatlichen Zwangsordnung um *geltende* Normen handelt, d.h. um Normen, die ein verhaltenswirksames Wollen zum Ausdruck bringen. Ich setze somit voraus, daß in einem Rechtsstaat nicht nur regelmäßig ein Verhalten festzustellen ist, daß den Normen und Prinzipien eines Rechtsstaates gemäß ist, sondern daß dieses Verhalten als ein normorientiertes Handeln auch *ursächlich* auf die Existenz dieser Normen und Prinzipien zurückgeht – also in der Mehrzahl der Fälle deshalb ausgeführt wird, *weil* die entsprechenden Normen existieren

Diese Voraussetzung ist in der Soziologie umstrittener als die Annahme, daß die Geltung von Normen generell für das Auftreten bestimmter Verhaltensweisen verantwortlich ist. Es gab und gibt immer wieder Soziologen, die bezweifeln, daß die Normen einer staatlichen Rechtsordnung nennenswerten Einfluß auf das Verhalten der Rechtsadressaten haben. Sie sind der Auffassung, daß andere Faktoren – wie etwa die in der jeweiligen Bezugsgruppe existierenden sozialen Normen – eine viel stär-

kere Wirkung ausüben.¹ Ich halte diese Auffassung für empirisch falsch. Ich werde sie jedoch nicht erörtern, sondern von der gegenteiligen Auffassung *ausgehen*.

Die folgende Untersuchung wird allerdings auch dann nicht überflüssig oder entwertet, wenn sich die Annahme der Wirksamkeit rechtsstaatlicher Normen als unhaltbar erwies. Unter dieser Bedingung könnte man sie als Untersuchung der Fragestellung lesen, welche Bedingungen erfüllt sein *müßten* und welche Konsequenzen sich ergeben *würden*, wenn die Zwangsordnung eines Rechtsstaates eine geltende Normenordnung *wäre*.

Die Voraussetzung, daß die Normen des Rechtsstaates ursächlich verantwortlich für die rechtsstaatskonformen Verhaltensweisen sind, muß im vorliegenden Kontext ohnehin nur in einer ›schwachen‹ Version in Anspruch genommen werden. Denn die Annahme der kausalen Relevanz von Rechtsnormen konzentriert sich hier darauf, daß sie als Normen einer Zwangsordnung maßgeblich für eine bestimmte Weise der Ausübung von Zwang und Gewalt in einer Gesellschaft sind. Demzufolge wird zwar vorausgesetzt, daß die Existenz bestimmter Zwangsnormen beispielsweise dafür verantwortlich ist, daß bei entdeckten Diebstählen regelmäßig bestimmte Strafen verhängt werden, es wird aber nicht vorausgesetzt, daß das rechtliche Verbot des Diebstahls auch dafür verantwortlich ist, wenn die Ausführung von Diebstählen in bestimmten Fällen unterlassen wird.

II. Rechtsnormen als Elemente eines Normensystems

A. Die logische Einheit der Rechtsordnung

Die erste rechtstheoretische Erkenntnis, die es zu erörtern gilt, weil sie für eine soziologische Theorie des Rechtsstaates eine zentrale Bedeutung hat, ist noch keine Erkenntnis, die sich speziell auf eine rechtsstaatliche Normenordnung bezieht. Sie ist aber auch und gerade für ein adäquates Verständnis des Rechtsstaates fundamental. Es handelt sich um die Erkenntnis, daß Rechtsnormen in einem spezifischen *logischen Sinnzusammenhang* miteinander stehen. Sie geht zurück auf den Rechtstheoretiker Adolf Merkl² und wurde von Hans Kelsen weiterentwickelt und ›kanonisiert‹.³

¹ Exemplarisch und bis heute einflußreich und fortwirkend hat Eugen Ehrlich diese These formuliert, vgl. Ehrlich 1967, 49 ff.

² Vgl. Merkl 1968, 1311 ff.

³ Für eine aktuelle Darstellung dieser Lehre vgl. etwa Bydlinki 1982, 199 ff., und Walter 1974, 23 ff.

Gemäß dieser Erkenntnis existieren die Normen von Rechtsordnungen nicht als separate und voneinander isolierte Entitäten, sondern sind Elemente einheitlicher *Normensysteme*. Logische Verknüpfungen zwischen seinen Normen verleihen einem solchen System eine interne Struktur und Abgrenzung nach außen: Die Normen von Rechtsordnungen stehen entweder als Prämissen oder als Konklusionen in einem logischen Ableitungsverhältnis zu anderen Rechtsnormen und bilden so *Stufenbauten*, die durch ›Basisnormen‹⁴ abgeschlossen werden. Diese Basisnormen bilden als höchste Normen, auf die alle übrigen Normen zurückführbar sind, die ›Verfassungen‹ der betreffenden Rechtsordnungen.⁵ So lassen sich etwa Verwaltungsakte oder Gerichtsurteile als verbindliche Rechtsnormen aus der gesetzlichen Ermächtigung der zuständigen Behörden und Organe herleiten, während die zugrundeliegenden Gesetzesnormen wiederum auf der Einsetzung eines Gesetzgebers durch die Verfassung beruhen. Eine Rechtsordnung besitzt somit eine durchgehende hierarchische Struktur. Sie hat die Form einer Pyramide aus ›höheren‹ und ›niederen‹ Normen, an deren Spitze die obersten Verfassungsnormen stehen und deren Fundament durch die individuellen Normen gebildet wird, die sich im konkreten Einzelfall an einen bestimmten Rechtsadressaten richten.⁶

⁴ Ich vermeide bewusst den Begriff der ›Grundnorm‹, den Kelsen in diesem Zusammenhang verwendet. Kelsen verbindet diesen Begriff mit einer speziellen erkenntnistheoretischen Position, die mit zahlreichen Problemen verbunden ist. So soll etwa eine Grundnorm keine real geltende Norm sein, sondern als quasi transzendente Annahme nur ›vorausgesetzt‹ werden. Diese Probleme muß man im vorliegenden Kontext nicht behandeln. Bei einer Basisnorm im hier gemeinten Sinn soll es sich um eine ›gewöhnliche‹ Norm einer Normenordnung handeln, die sich nur durch den Charakter ihrer Nicht-Ableitbarkeit von den anderen Normen dieser Ordnung unterscheidet. Der Sache nach beziehe ich mich auf die Position von Hart 1961, 105 ff.

⁵ Es ist eine empirische Frage, ob die Verfassung einer Rechtsordnung *eine* Basisnorm oder *mehrere* Basisnormen enthält, ob also die betreffende Rechtsordnung nur aus *einem* Normensystem besteht oder aus *mehreren*, wobei es im zweiten Fall zu konfligierenden Normen innerhalb des geltenden Rechts kommen kann.

⁶ Kelsen war der Auffassung, daß ein solcher logischer Stufenbau bei jeder Rechtsordnung auftreten muß. Ob diese Auffassung haltbar ist oder ob ein solcher Stufenbau nicht vielmehr ein typisches Merkmal moderner Rechtsordnungen darstellt, kann hier auf sich beruhen bleiben. Eine rechtsstaatliche Rechtsordnung weist das Merkmal eines logischen Stufenbaus mit Sicherheit auf. Die Feststellung ist allerdings wohl in jedem Fall richtig, daß sich die spezifische Struktur dieses Stufenbaus erst mit der modernen Rechtsordnung vollständig und erkennbar herausbildet, bzw. erst mit jenem Typus von staatlicher Ordnung, die Weber als ›legal-rational‹ bezeichnet; vgl. in diesem Sinn Bobbio 1987, 125f.

Rechtsnormen sind in der Regel Bestandteile von *dynamischen* Normensystemen, deren einzelne Normen veränderbar sind, ohne die Einheit des Systems zu zerstören.⁷ Dies ist möglich, weil die Basisnormen von dynamischen Normensystemen von *Ermächtigungsnormen* gebildet werden, die eine Erzeugung neuer Normen und eine Aufhebung bestehender Normen erlauben, indem sie bestimmten Personen als Normgebern die Befugnis zur Normsetzung übertragen. Es handelt sich also um Ermächtigungsnormen mit dem speziellen Inhalt, daß die Handlungsoptionen des ermächtigten Subjekts durch das ›Recht‹ zur Normsetzung erweitert werden sollen.

Die Ermächtigung einer Person zur Normsetzung hat die deontische Bedeutung, daß der Wille dieser Person befolgt werden *soll*: ›Wenn N will, daß p, dann soll p sein.‹⁸ Die Ermächtigung zur Normsetzung wird durch eine Norm erzeugt, deren Sinn darin besteht, die Befolgung *anderer* Normen zu fordern. »Wenn eine Moralnorm den Vater ermächtigt, seinem Kind Befehle zu geben, gebietet sie damit dem Kind, den Befehlen des Vaters zu gehorchen.«⁹ Eine Ermächtigungsnorm, die das ›Recht auf Gesetzgebung‹ überträgt, gebietet demnach, daß die Adressaten der Gesetze so handeln sollen, wie es die Gesetze vorschreiben. Da es sich bei einer Rechtsordnung aber um eine Zwangsordnung handelt, schließt das Recht zur Gesetzgebung die Ermächtigung ein, über die Voraussetzungen und die Art der Verwendung physischen Zwangs zu bestimmen. Die Verfassungsnorm, die einen Gesetzgeber zur Setzung von Gesetzen ermächtigt, hat den konkreten Sinn, daß *Zwang* so ausgeübt werden soll, wie es dem Willen des Gesetzgebers entspricht.¹⁰ Die Ermächtigung zur Gesetzgebung ist vor allem auch die Verleihung einer Macht, die sich auf den Einsatz von physischen Gewaltmitteln stützen kann.

Aus der deontischen Bedeutung von Ermächtigungsnormen ergibt sich das für eine dynamische Rechtsordnung typische logische Ableitungsverhältnis zwischen Ermächtigungs- und Verhaltensnormen:

Verfassungsnorm:	Der Wille des Gesetzgebers soll befolgt werden
Gesetzgebung:	Der Gesetzgeber will p
<hr/>	
Gesetzesnorm:	p soll getan werden

⁷ Vgl. Kelsen 1960, 198 ff.

⁸ Vgl. Weinberger 1981, 62.

⁹ Kelsen 1979, 83.

¹⁰ Vgl. Kelsen 1960, 51.

Die eigentümliche Struktur der Ermächtigungsrelation macht es möglich, daß die Erzeugung und Veränderung des Rechts selber Gegenstände von Rechtsnormen sind. Eine durch einen Gesetzgeber erlassene Norm wird nur deshalb zu einem Bestandteil einer dynamischen Rechtsordnung, weil sie gemäß der Bestimmung einer anderen Norm dieser Ordnung gesetzt wurde – Rechtsetzung ist damit zugleich Rechtsanwendung.¹¹ Indem die Verfassungsnormen als oberste Rechtserzeugungsregeln fungieren, erfüllen sie aber nicht nur die Funktion einheitsstiftender Prinzipien, sondern auch von ›Erkennungsnormen‹ oder ›Identifikationsregeln‹¹² für das geltende Recht. Durch Überprüfung der logischen Ableitbarkeit einer Norm aus der Verfassung läßt sich im Prinzip jederzeit feststellen, ob eine Norm zur geltenden Rechtsordnung gehört oder nicht.¹³

Mit dem logischen Stufenbau des Rechts sind im einzelnen zahlreiche und meist kontroverse rechtstheoretische Probleme verbunden.¹⁴ Diese Probleme können hier auf sich beruhen bleiben. Im folgenden wird es ausschließlich um die Frage gehen, wie sich der grundsätzliche Unterschied zwischen der Geltung isolierter Normen und der Geltung von Normen als Teil eines Normensystems unter soziologisch-empirischen Gesichtspunkten darstellt.

B. Macht durch Ermächtigung

Jede soziologische Erklärung eines normorientierten Handelns muß drei Stufen bewältigen: *Erstens* muß identifiziert werden, *wer* der Normgeber der betreffenden Norm ist, d.h. wessen Willen als kausaler Faktor dem

¹¹ Vgl. Kelsen 1960, 73. Es gibt keinen Grund, in diese ›Reflexivität‹ des Rechts prinzipielle Zirkel oder Paradoxien hineinzulesen (so etwa bei Luhmann 1985; 1993, 38 ff., 496 ff.; Teubner 1989). Bezeichnenderweise wird Hans Kelsen von den Autoren, die heutzutage über die ›Selbstreferenz‹ des Rechts räsonieren, kaum einmal erwähnt, obwohl er bereits vor 50 Jahre feststellte, daß es eine »besondere Eigentümlichkeit« des Rechts sei, »seine eigene Erzeugung« zu regeln (Kelsen 1934, 74). Die Tatsache selber birgt im Grundsatz keine größeren Probleme als sie etwa mein Wille birgt, daß meine jüngere Tochter den Anweisungen meiner älteren Tochter folgen soll.

¹² Vgl. Hart 1961, 97 ff. (»rule of recognition«).

¹³ Damit erhält man das in Aussicht gestellte präzise Kriterium für die Zugehörigkeit einer Norm zu einer Rechts- bzw. Zwangsordnung. Wobei allerdings nicht behauptet werden soll, daß auch die *Anwendung* des Kriteriums der logischen Ableitbarkeit unter jeder Bedingung problemlos möglich ist – die normativen Prämissen können ›Lücken‹ aufweisen, vage Begriffe enthalten, interpretations- und auslegungsbedürftig sein.

¹⁴ Zur aktuellen Diskussion vgl. etwa die Beiträge in den Sammelbänden Paulson/Walter 1986; Weinberger/Krawietz 1988.

normorientierten Handelns des Normadressaten zugrunde liegt. *Zweitens* muß erklärt werden, *warum* die Ausführung einer bestimmten Handlungsweise durch den Normadressaten Inhalt des Willens des Normgebers ist. *Drittens* ist zu erklären, *wie* der Willen des Normgebers Verhaltenswirksamkeit erlangt, bzw. mit welchen Mitteln er seinem Willen gegenüber den Normadressaten Geltung verleiht. Die Erklärung eines normorientierten Handelns beinhaltet also die Erklärung einer *weiteren* Handlungsweise. Es müssen nicht nur die Ursachen für das Handeln des Normadressaten angegeben werden, das Gegenstand der Norm ist, sondern auch die Ursachen für das Handeln des Normgebers, das in der wirksamen Setzung der Norm besteht – wobei die Erklärung für die Ingeltungsetzung einer Norm eine Erklärung sowohl für die *Willensrichtung* des Normgebers als auch für seine *Fähigkeit* zur wirksamen Durchsetzung seines Willens einschließen muß. Im vorliegenden Zusammenhang geht es zunächst um den zweiten Aspekt.

Als Normgeber fähig zu sein, dem eigenen Willen gegenüber anderen Personen Wirksamkeit zu verleihen, bedeutet – gleichgültig, auf welchem Wege dies geschieht – über eine gewisse *Macht* in der Beziehung zu diesen Personen zu verfügen. ›Macht‹ ist dabei in einem sehr weiten Sinn zu verstehen. Abweichend von der Definition Max Webers, wonach Macht darin besteht, den eigenen Willen »auch gegen Widerstrebende durchzusetzen«,¹⁵ soll hier von Macht im Verhältnis zu anderen Personen auch dann die Rede sein, wenn ein Akteur *überhaupt* den eigenen Willen teilweise oder ganz gegenüber diesen Personen verwirklichen kann. Das setzt nicht unbedingt voraus, daß ein besonderer Widerstand zu überwinden ist. Der betreffende Akteur muß nur grundsätzlich in der Lage sein, die Verhaltensdeterminanten für andere in einem relevanten Maß zu verändern – Erziehung würde demnach ebenso zu der Ausübung von Macht zählen wie der ›Zwang des besseren Arguments‹, die Zahlung eines Lohns oder ideologische Indoktrination. Der Besitz von Macht in diesem Sinne bedeutet auch nicht zwangsläufig das Innehaben einer *überlegenen* Position. Es kann sich um eine ›Machtbalance‹ handeln, in der man *wechselseitig* relevante Gewichte in die Waagschale legt: in der man also etwa die eigene Normkonformität im Austausch gegen das Wohlverhalten des anderen anbietet. Solche gleichgewichtigen Machtbeziehungen spielen eine zentrale Rolle, denn bei zahlreichen Normen befindet man sich gleichzeitig in der Rolle des Normgebers und des Normadressaten.

¹⁵ Weber 1921, 28. Für eine Erörterung der verschiedenen Aspekte einer Definition für ›Macht‹ vgl. Koller 1991 und Wartenberg 1988.

Worauf die Macht eines Normgebers im konkreten Fall auch immer beruhen mag: Die Erklärung eines normorientierten Handelns muß eine Erklärung einschließen, aufgrund welcher Tatsachen der Normgeber diese Macht besitzt, warum also der Normadressat hinreichend starke Gründe hat, dem Willen des Normgebers zu folgen, bzw. – wenn es um eine Erlaubnis oder Ermächtigung geht – warum der Normgeber die Fähigkeit hat, anderen Personen bestimmte Handlungsmöglichkeiten zu eröffnen.

An diesem Punkt werden die rechtstheoretischen Erkenntnisse über die spezifische logische Struktur von Normensystemen für die Theoriebildung des Soziologen wichtig. Für die Frage nach der empirischen Grundlage der Macht eines Normgebers ist es von ausschlaggebender Bedeutung, ob die von ihm gesetzte Norm als vereinzelte, von anderen Normen isolierte Norm Geltung erlangt, oder ob sie als Element eines dynamischen Normensystems aus einer Ermächtigungsnorm abgeleitet werden kann. Dies läßt sich an der einschlägigen normlogischen Struktur verdeutlichen:

Ermächtigungsnorm (EN):	Der Wille von N soll befolgt werden ¹⁶
Normsetzung:	N will, daß A p tut
<hr/>	
Abgeleitete Norm (AN):	A soll p tun
Normorientiertes Handeln:	A tut p

EN und AN bilden ein einfaches Normensystem mit EN als Basisnorm. AN gehört zu einem gemeinsamen System mit EN, weil sie gemäß EN erzeugt worden ist. ›Normgeltung‹ setzt definitionsgemäß voraus, daß eine geltende Norm ursächlich dafür verantwortlich ist, daß das der Norm entsprechende Verhalten auftritt. Im Fall ihrer Geltung ist also sowohl AN die Ursache für die Tatsache, daß A p tut, als auch EN die Ursache dafür, daß N die Norm AN in Geltung setzen kann, daß also sein Wille tatsächlich zu einer wirksamen Normsetzung führt, d.h. dazu führt, daß A p tut.¹⁷

Ausgangspunkt des Soziologen ist das beobachtbare Verhalten p von A. Er muß dieses Verhalten als normorientiertes Handeln mit Hilfe der

¹⁶ Genauer formuliert: Wenn N will, daß ein Handlungssubjekt X die Handlung y ausführt, dann soll X y tun.

¹⁷ Es ist wichtig, daß die Geltung der Ermächtigungsnorm EN *nicht* die Ursache dafür ist, daß N will, daß A p tut. Das Verhaltensgebot einer Ermächtigungsnorm richtet sich nicht an den ermächtigten Normgeber, sondern an seine Adressaten. Eine Ermächtigungsnorm kann allerdings durch eine Verhaltensnorm *ergänzt* werden, die zum Inhalt hat, daß der ermächtigte Normgeber die Ermächtigung in Anspruch nehmen *soll*.

Geltung von AN erklären. Zu diesem Zweck muß er den Normgeber von AN identifizieren und herausfinden, aufgrund welcher Tatsachen dieser Normgeber in der Beziehung zu A über genügend Macht verfügt, um seinen Willen, demgemäß $A \text{ p } \text{tun soll}$, A gegenüber durchzusetzen. Wenn aber AN als Element eines geltenden Normensystems aus EN logisch ableitbar ist, dann ist die Setzung von AN *selber* Gegenstand einer geltenden Norm und insofern *ebenfalls* ein normorientiertes Handeln, das empirisch durch die Geltung einer Norm erklärt, bzw. auf den verhaltenswirksamen Willen des Normgebers von EN zurückgeführt werden muß. Genauer gesagt: Da der Normgeber von EN will, daß der Wille von N befolgt werden soll, muß die Setzung der Norm AN durch N *insoweit* als normorientiertes Handeln erklärt werden, insoweit die *Fähigkeit* von N zur wirksamen Normsetzung durch die Geltung einer Ermächtigungsnorm erklärt werden muß.

Dieser Konstellation kann der Soziologe somit zwei wichtige Informationen entnehmen. *Erstens* kann er identifizieren, *wer* der Normgeber der Norm AN ist: nämlich N als derjenige, der durch die übergeordnete Ermächtigungsnorm EN ausdrücklich als Normgeber eingesetzt wird. *Zweitens* ist die *empirische Grundlage* der Normsetzungsmacht von N erkennbar: nämlich in der Person und der Handlungsweise des Normgebers der Ermächtigungsnorm EN, der will, daß N die Macht hat, Normen in Geltung zu setzen. Der Soziologe weiß also, daß in diesem Fall die Macht des Normgebers einer Verhaltensnorm seine Ursache in dem Willen des Normgebers einer Ermächtigungsnorm hat, der ihm diese Macht ›überträgt‹. Basis seiner Macht ist nicht, daß andere ihn als Autorität akzeptieren *müssen*, sondern daß andere ihn als Autorität einsetzen *wollen*.

Der normative Sinn einer Ermächtigungsnorm und die logische Struktur einer geltenden Normenordnung haben für den Soziologen also in der Tat eine wichtige *empirische* Bedeutung. Sie enthalten für ihn nicht nur Informationen über die Eigenschaften von Normen als bloßen Gedankeninhalten, sondern auch über ihre Beziehungen als real existierende Faktoren. Daß die Normen einer dynamischen Normenordnung gemäß den Bestimmungen anderer Normen dieser Ordnung erzeugt werden, bedeutet aus dem Blickwinkel des Soziologen nicht nur eine Erzeugung in einem logischen, sondern auch eine Erzeugung in einem empirischen Sinn. Die Ursache der Geltung von Normen muß in diesem Fall in der Geltung anderer Normen gesucht werden; die Macht von Normgebern in der Macht anderer Normgeber.

Dieser Schlußfolgerung liegt aber kein geheimnisvoller Übergang von der ›Welt der Logik‹ in die ›Welt der Empirie‹ zugrunde. Eine logische

und damit gedankliche Beziehung zwischen Normen ist kein Zauberstab, der unmittelbar in die soziale Realität hineinwirkt. Der Schluß von der ›Logik‹ auf die ›Empirie‹ ist aber dann möglich, wenn die logischen Beziehungen zwischen einer Ermächtigungsnorm und der aus ihr ableitbaren Normen ein tatsächlich existentes Wollen zum Ausdruck bringen, demgemäß ein bestimmtes Subjekt die Macht zur Normsetzung besitzen soll, *und* wenn die empirische Existenz dieses Wollens die Ursache dafür ist, daß der ermächtigte Normgeber über eine *reale* Macht zur Normsetzung verfügt.

Die Erkenntnis, daß bestimmte Machtpositionen und Machtverhältnisse durch die Geltung von Ermächtigungsnormen erklärt werden müssen, ist für den Soziologen von ebenso fundamentaler Bedeutung wie die Erkenntnis, daß bestimmte Verhaltensregelmäßigkeiten durch die Geltung von Verhaltensnormen erklärt werden müssen. Das Phänomen der Macht läßt sich gerade in wichtigen Bereichen nur dann adäquat verstehen, wenn man berücksichtigt, daß der Wille anderer Personen, einen Machthaber zu ›schaffen‹, ein unverzichtbarer Faktor der Machtentstehung und Machterhaltung sein kann. Die Realität einer solchen ›verliehenen‹ Macht besteht in der Wirksamkeit von Normen, d.h. in der Tatsache, daß *faktisch* diejenigen Normen befolgt werden, denengemäß bestimmte Personen Macht haben *sollen*. Macht ist in diesem Fall ein Produkt des Willens und die ›Oberflächenverteilung‹ der Macht keine direkte Abbildung der wahren Machtstrukturen. Die sichtbaren Zeichen der Macht werden durch die Geltung von Ermächtigungsnormen erst erzeugt.

So kann die Ermächtigung einer Person zur Normsetzung die Folge haben, daß diese Person ihre Macht einfach dadurch ausübt, daß sie schlicht *äußert*, daß eine bestimmte Norm befolgt werden soll. Diese eigentümliche Konsequenz der Geltung von Ermächtigungsnormen führt insbesondere in Rechtsordnungen dazu, daß sich Macht und Machtausübung als greifbare Fakten fast gänzlich verflüchtigen können. *Innerhalb* der Institutionen des Rechts wird fast nur ›geredet‹ und ›geschrieben‹.¹⁸ Und doch wird durch diese unspektakulären Vorgänge ganz reale Macht

¹⁸ Das Faktum, daß eine solche ›lautlose‹ Form der Machtausübung in modernen Rechtsordnungen gang und gäbe ist, zeigt im übrigen, daß es sich bei den Normen des Rechts in der Regel tatsächlich um wirksame Normen handelt – denn wenn die Ermächtigungsnormen der Rechtsordnung *keine* Wirksamkeit entfalten würden, dann könnten sich die meisten Mitglieder des Rechtssystems *nicht* darauf beschränken, Macht allein durch die Äußerung ihres Willens auszuüben.

ausgeübt, spätestens dann nämlich, wenn »jene Leute mit den Pickelhäuben kommen«. ¹⁹

C. Rechtsmacht durch Ermächtigung

Die Macht, Normen zu setzen, die Bedingungen und Art der Anwendung von Zwang zum Gegenstand haben, ist eine Macht mit besonderem Gewicht. Sie hat eine multiplizierende Wirkung, weil sie eine Verfügungsmacht über den Einsatz physischer Gewalt ist – es ist eine Macht über *Machtmittel*. Sie schließt die Ressourcen aller Personen ein, die sich durch die Normen einer Zwangsordnung in dem Gebrauch ihrer Zwangsmittel bestimmen lassen. Kann man Zwangsnormen in Geltung setzen, hat man nicht nur unmittelbar Macht über diejenigen, die als Adressaten der Zwangsnormen die vorgeschriebenen Zwangsakte verhängen, sondern mittelbar auch über diejenigen, die Opfer der Zwangsakte werden – und zwar eine in der Regel erheblich größere Macht als über die Adressaten der Zwangsnormen selber.

Wer in einer sozialen Gruppe die ›Rechtsmacht‹ zur Setzung von Zwangsnormen ausübt, hat in dieser Gruppe folglich eine zentrale *Herrschaftsposition* inne. Sein Wille ist nicht nur gegenüber den eigentlichen Besitzern der Zwangsmittel wirksam. Indem er damit über die Zwangsmittel selber verfügt, hat er eine hervorragende Chance, bei allen anderen Mitgliedern seiner sozialen Gruppe ebenfalls Gehorsam zu finden. Da er durch die Setzung von wirksamen Zwangsnormen die Übertretung *anderer* Verhaltensnormen mit der Verhängung von Zwangsakten sanktionieren kann, besitzt er ein äußerst effektives Instrument, um den eigenen Willen generell durchzusetzen. Wenn deshalb der Soziologe die Frage zu beantworten sucht, auf welcher empirischen Grundlage die Macht beruht, in einer Gesellschaft die Normen der dominierenden Zwangsordnung zu setzen, dann geht es dabei zugleich um das Fundament von Macht und Herrschaft in einer Gesellschaft insgesamt.

Vor diesem Hintergrund erhält die rechtstheoretische Erkenntnis, daß die Normen, die als Bestandteile einer Rechtsordnung Voraussetzungen und Art der Zwangsausübung regeln, Elemente eines dynamischen Normensystems sind, eine besondere Bedeutung. Die normlogische Kernstruktur einer solchen Zwangsordnung hat folgendes Aussehen:

¹⁹ Vgl. Weber 1922, 327.

Ermächtigungsnorm (EN):	Zwang soll so ausgeübt werden, wie N will
Zwangsnormsetzung:	N will, daß A gegen B Zwang ausübt
<hr/>	
Zwangsnorm (ZN):	A soll gegen B Zwang ausüben
Normorientiertes Handeln:	A übt gegen B Zwang aus

Ausgangspunkt für den Soziologen ist auch in diesem Fall ein normorientiertes Handeln, das mit der Geltung einer Norm zu erklären ist: Es geht um einen Zwangsakt, der auf die Geltung einer Zwangsnorm zurückgeführt werden muß. Da diese Zwangsnorm aus einer geltenden Ermächtigungsnorm ableitbar ist, treffen die analogen Feststellungen wie für den zuvor analysierten allgemeinen Fall zu, d.h. der empirische Grund für die Geltung der Norm ZN ist in der Geltung der Norm EN zu suchen, weil die Fähigkeit von N, die wirksame Zwangsnorm ZN zu setzen, auf den Willen des Normgebers der Ermächtigungsnorm EN zurückgeht. Auch die spezifische Zwangsmacht von N beruht auf einer Machtübertragung durch einen anderen Normgeber.

Die Tatsache, daß die Normen, die in einer Rechtsordnung über die Verhängung von Zwangsakten bestimmen, abgeleitete Normen einer dynamischen Normenordnung sind, impliziert also, daß die gewichtigen Machtpositionen, die mit einem Bestimmungsrecht über physische Gewaltmittel verbunden sind, in einer Rechtsgemeinschaft ein Produkt der Geltung von Normen sind. So geht die Verhängung rechtlicher Zwangsmaßnahmen durch Angehörige der Polizei oder des Gefängnispersonals auf gerichtliche Anordnungen zurück, die von Richtern erlassen werden, die das Recht zur Setzung solcher Zwangsnormen wiederum aus einer Ermächtigung durch den Gesetzgeber ableiten. Daß der Wille eines Richters wirksam ist und Zwang so ausgeübt wird, wie er vorschreibt, beruht darauf, daß der Wille des Gesetzgebers wirksam ist, demgemäß Zwang so ausgeübt werden *soll*, wie der Richter vorschreibt.

Mehr noch als in anderen Bereichen vermittelt diese normative Fundierung rechtlicher Zwangsmacht eine Einsicht in wesentliche Strukturen sozialer Realität, die unter der ›Oberfläche der Macht‹ sonst leicht verborgen bleiben. Da die Ausübung von Rechtsmacht im Endeffekt unabweisklich mit dem *faktischen* Besitz von Zwangsmitteln verbunden ist, kann leicht der Eindruck entstehen, daß der faktische Besitz dieser Mittel auch ausschlaggebend für die effektive Verfügung über die Zwangsmacht ist, die sich mit ihnen verbindet. Im Rahmen einer Rechtsordnung ist aber der faktische Besitz von Zwangsmitteln in der Regel weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für eine autonome Entscheidungs-

macht über die Verwendung dieser Mittel. Die Bestimmungsmacht über ihren Gebrauch beruht vielmehr auf der Wirksamkeit von Normen, die fordern, daß Zwang so ausgeübt werden soll, wie das von dazu autorisierten Instanzen vorgeschrieben wird.

Die Rechtsmacht zur Setzung von Zwangsnormen, die eine real wirk-same Verfügungsmacht über physische Gewaltmittel darstellt, ist deshalb keine Macht, die *selber* ihren Ursprung in der Verfügungsmacht über Zwang und Gewalt haben kann. Die Tatsache, daß Zwangsmittel so eingesetzt werden, wie ein ermächtigter Normgeber will, kann nicht darauf zurückgeführt werden, daß dieser Normgeber selber Zwang und Gewalt gegen diejenigen ausüben könnte, die Zwangsmittel nicht so einsetzen, wie er will. Obwohl also der Inhaber der Rechtsmacht anderen Personen durch den Einsatz und die Androhung von Gewalt seinen Willen auf-zwingen kann, so kann doch das Fundament seiner eigenen Macht nicht die Furcht vor seinem persönlichen Gewaltpotential sein.

Ohne die Existenz von Ermächtigungsnormen, d.h. ohne die Existenz von Normgebern, die wollen, daß andere Personen eine bestimmte Macht-position einnehmen, könnte allerdings die Verfügung über Zwangsmacht in der Tat nur in dem faktischen Besitz physischer Zwangsmittel gründen. Eine Rechtsordnung macht dagegen das Phänomen der Zwangsmacht und die auf ihr beruhende Herrschaft zu einem normativ erzeugten, zu einem *rechtlichen* Phänomen. Eine Rechtsordnung normiert nicht nur, unter welchen Bedingungen Zwang ausgeübt werden soll. Sie *schafft* auch selber die Macht, diese Bedingungen festzulegen. Der bei Juristen beliebten Rede-weise, daß die Macht aus den Normen des Rechts ›fließt‹, läßt sich so eine zweifache Interpretation geben: Zum einen die normative Interpretation, daß Macht, die sich aus einer rechtlichen Ermächtigungsnorm ableitet, rechtlich *legitimiert* ist. Zum anderen aber auch die handfeste empirische Interpretation, daß eine solche Macht *ursächlich* auf die Geltung rechtli-cher Ermächtigungsnormen zurückgeht.

Mit der Entstehung einer Rechtsordnung ist demnach nicht nur im ju-ristisch-normativen, sondern auch im soziologisch-empirischen Sinn der Übergang zur *legalen* Herrschaft vollzogen, d.h. zu Macht und Autorität, die durch die Normen des Rechts nicht nur legitimiert, sondern auch tat-sächlich erzeugt werden. Eine Rechtsordnung produziert neue Macht-und Herrschaftspositionen, anstatt die vorhandenen Machtverhältnisse nur ›abzubilden‹ und ihnen eine nachträgliche Rechtfertigung zu ver-schaffen. *Jede* Rechtsordnung ist insofern ein *erster* Schritt von der Herr-schaft von Menschen zu der Herrschaft von Gesetzen, indem Über- und Unterordnung nicht mehr allein das Ergebnis gegebener persönlicher

Macht- und Gewaltverhältnisse ist. Dieser erste Schritt darf allerdings auch nicht überbewertet werden, denn er läßt, wie wir später sehen werden, noch zahlreiche Formen von Willkürherrschaft zu.

Eine normativ-rechtlich verliehene Macht zur Ausübung von Herrschaft läßt sich terminologisch als ›Befugnis‹ zum ›hoheitlichen Handeln‹ von rein faktischer Macht und Befehlsgewalt abgrenzen. Die ermächtigten Personen handeln als ›Organe‹ der Rechtsordnung aufgrund von ›Kompetenzen‹ und ›Zuständigkeiten‹, die durch die Normen der Rechtsordnung übertragen werden, und nicht aufgrund ihrer ›natürlichen‹ Eigenschaften, die sie unabhängig von der rechtlichen Ermächtigung besitzen. Der durch eine rechtliche Ermächtigung eingesetzte Normgeber ist ein künstliches Geschöpf des Rechts, seine Macht eine Konstruktion der Rechtsordnung. Trotzdem ist seine Macht eine durchaus reale Macht. Seine Macht ist die Wirksamkeit der Rechtsordnung.²⁰

Das Phänomen der Macht verliert damit aber auch in der Form der Zwangsmacht seine ›Unschuld‹ als handfestes *factum brutum*, auf das sich der Soziologe stützen könnte, um die Geltung von Normen und die Durchsetzungsfähigkeit von Normgebern zu erklären. Macht erweist sich auch in diesem Fall als ebenso ›weich‹ wie die Normen, deren Geltung mit dieser Macht erklärt werden soll – weil sie als soziale Tatsache selber ein Ergebnis der Geltung von Normen ist.

D. Die empirische Einheit der Rechtsordnung

Die Tatsache, daß rechtliche Zwangsnormen aus Ermächtigungsnormen abgeleitet sind, enthält für einen Soziologen wichtige Informationen. Sie macht ihm klar, wer die Normgeber der Zwangsnormen sind und daß ihre Macht selber auf die Geltung von Normen und damit den Willen anderer Personen zurückgeht. Das ›eigentliche‹ empirische Fundament der in einer Rechtsordnung verkörperten Zwangsmacht ist damit aber noch nicht freigelegt. Denn die Fragen, die diese Informationen im Hinblick auf die Geltung der abgeleiteten Zwangsnormen beantworten, stellen sich im Hinblick auf die Geltung der übergeordneten Ermächtigungsnormen erneut – insbesondere auch die Frage nach der Machtbasis *ihrer* Normgeber.

Aber auch wenn es um das Machtpotential der Normgeber von Ermächtigungsnormen geht, landet man keineswegs notwendig auf dem harten Boden reiner ›Tatsachen der Macht‹. Es ist durchaus möglich, daß auch der Normgeber einer Ermächtigungsnorm seinerseits erst durch eine

²⁰ So die Formulierung von Kelsen 1960, 293.

Ermächtigungsnorm die Macht zur Normsetzung erhalten hat. Auch eine Ermächtigungsnorm kann logisch aus einer ›höheren‹ Ermächtigungsnorm ableitbar sein. Eine Ermächtigungsnorm, auf deren Grundlage weitere Normen erzeugt worden sind, ist deshalb auch nicht zwangsläufig die Basisnorm eines Normensystems.

In den Rechtsordnungen moderner Gesellschaften sind solche mehrfach gestuften Ableitungsbeziehungen zwischen Ermächtigungsnormen regelmäßig festzustellen. Die Richter oder Verwaltungsbeamten, die Zwangsnormen setzen oder Verwaltungsakte erlassen, handeln aufgrund von Ermächtigungsnormen, die durch den Gesetzgeber erlassen wurden. Aber auch der Gesetzgeber leitet seine Macht zur Gesetzgebung wiederum aus Normen ab, nämlich aus seiner Ermächtigung durch die Verfassung. Eine entwickelte Rechtsordnung weist eine Stufenfolge logisch voneinander ableitbarer ›höherer‹ und ›niederer‹ Ermächtigungsnormen auf, die nicht nur das Recht zur Setzung von Verhaltensnormen, sondern auch zur Setzung von weiteren Ermächtigungsnormen verleihen.

Unter soziologischen Gesichtspunkten wiederholen sich damit auch die empirisch-explanativen Schlußfolgerungen, die man aus der Beziehung zwischen Ermächtigungsnormen und den aus ihnen abgeleiteten Normen ziehen kann. Wenn sich Ermächtigungsnormen in der Struktur einer geltenden Normenordnung iterieren, dann iteriert sich auch die Erklärungshierarchie eines normorientierten Handelns. Unter dieser Voraussetzung muß nicht nur die Macht des ermächtigten Normgebers mit der Geltung einer Ermächtigungsnorm erklärt werden, sondern auch die Macht des Normgebers der Ermächtigungsnorm. *Beide* Normgeber – der ermächtigte und der ermächtigende – verdanken dann ihre Macht der Geltung einer Norm bzw. dem Willen anderer Personen.

Die Iteration solcher normativer und kausaler Strukturen stellt auf der einen Seite eine Verkomplizierung für den Soziologen dar, der an seinem Ausgangspunkt ›nur‹ eine bestimmte Verhaltensregelmäßigkeit erklären wollte. Eine Verhaltensregelmäßigkeit läßt sich unter dieser Bedingung nicht mehr auf die Geltung einer einzelnen Norm zurückführen. Es türmt sich – bildlich gesprochen – eine ganze ›Pyramide‹ von miteinander verbundenen Normen über ihr auf. Eine solche ›Pyramide‹ von Normen bedeutet aber für den Soziologen das Vorliegen komplexer empirischer Zusammenhänge und kausaler Verknüpfungen zwischen verschiedenen Willensdispositionen, Handlungsweisen und Machtfaktoren.

Auf der anderen Seite vermittelt jedoch der Stufenbau einer Rechtsordnung wichtige Erkenntnisse über die Machtstrukturen in einer Rechtsgemeinschaft. Die Geltung einer Vielzahl miteinander verknüpfter Ermäch-

tigungsnormen zeigt, daß Machtausübung im Rahmen einer Rechtsordnung ein hochgradig arbeitsteiliges Unternehmen ist. Innerhalb einer Rechtsordnung existieren in der Regel eine große Anzahl von unterschiedlich gewichtigen Machtorganen. Der Inhalt der Ermächtigungsnormen verdeutlicht den Bereich und Umfang ihrer Macht und ermöglicht es, die konkreten Individuen zu identifizieren, die als ›Organwalter‹ tätig sind. Man darf diese *Arbeitsteilung der Macht* allerdings noch nicht mit einer *Gewaltenteilung* im rechtsstaatlichen Sinne gleichsetzen. Sie ist nicht notwendig mit der Unabhängigkeit bestimmter ›Gewalten‹ oder mit wechselseitigen Kontrollbefugnissen verbunden. Erkenntnisse über die Organisation und Verteilung der Zwangsmacht in einer sozialen Gruppe sind aber als Erkenntnisse über ihr tragendes Herrschaftsgerüst in jedem Fall sozialwissenschaftlich relevante Informationen.

Entscheidend ist unter soziologischen Gesichtspunkten, daß auch die iterierten Ableitungsbeziehungen zwischen Rechtsnormen nichts daran ändern, daß sie gemeinsam Elemente einer einheitlichen Normenordnung sind, indem sie sich letztlich ohne Ausnahme aus den – geschriebenen oder ungeschriebenen – Verfassungsnormen dieser Ordnung ableiten lassen. Eine *logische* »Einheit in der Vielheit der Normen«²¹ ist aber unter soziologischem Blickwinkel zugleich eine *empirische* Einheit – und zwar eine empirische Einheit der *Macht*, eine empirische Einheit in der Vielheit der *Machtorgane*. Die Tatsache, daß Normen als Bestandteile einer geltenden Normenordnung gemeinsam aus den Verfassungsnormen dieser Ordnung ableitbar sind, bedeutet empirisch, daß die Macht der Normgeber der abgeleiteten Normen auch einen *gemeinsamen empirischen Ursprung* besitzt, daß die Wirksamkeit ihres Wollens letzten Endes in der Wirksamkeit eines einheitlichen ›Basiswillens‹ gründet. Die Macht, die in einer Rechtsordnung insgesamt manifestiert ist und durch ihre einzelnen Organe ausgeübt wird, hat in der Geltung ihrer Verfassungsnormen ein ›Gravitationszentrum‹, von dem *kausal* alle Macht ausgeht. Gleichgültig, wie sehr sich diese Macht in der Folge der Setzung von Ermächtigungsnormen und der damit verbundenen Schaffung zusätzlicher Machtorgane ›zersplittert‹ und aufteilt.

Die Verfassungsnormen einer Rechtsordnung sind aber nicht nur die – logisch und empirisch – einheitsverbürgenden Prinzipien dieser Ordnung. Mit den Verfassungsnormen hat auch die Iteration von Normenstufen innerhalb einer Rechtsordnung ihr unwiderrufliches Ende. Welche Konsequenzen hat das für den Soziologen? Bei seiner Suche nach den

²¹ Kelsen 1960, 209.

Grundlagen der Macht der Normgeber einer Rechtsordnung wird er – indem er in ihrer Hierarchie ›aufsteigt‹ – schließlich mit denjenigen Normgebern konfrontiert, deren Macht als Organe der Rechtsordnung unmittelbar auf der Ermächtigung durch die Verfassung beruht. Auch die Macht dieser obersten Organe muß im Prinzip ebenso erklärt werden wie die Macht aller untergeordneten Rechtsorgane, nämlich durch die Geltung von Ermächtigungsnormen und die Wirksamkeit des Willens der Normgeber dieser Ermächtigungsnormen. Das heißt in diesem Fall, da es sich um die ›höchsten‹ Normen einer Rechtsordnung, um die Normen ihrer Verfassung handelt: Ihre Macht muß erklärt werden durch die Wirksamkeit des Willens der Verfassungsgeber.

Die Grundlage für die Macht *dieser* Normgeber kann nun aber nicht mehr eine Ermächtigungsnorm der Rechtsordnung sein, denn sie setzen als Verfassungsgeber die obersten Ermächtigungsnormen einer Rechtsordnung erst in Geltung. Ihre Macht kann nicht durch das Recht erzeugt werden, sondern ist die unverzichtbare empirische Grundlage für rechtliche Macht jeder Art – vor allem ist sie die empirische Grundlage für die Geltung der Verfassungsnormen, durch die eine logisch und empirisch einheitliche Rechtsordnung überhaupt erst geschaffen wird. Die *Machtbasis* einer Rechtsordnung, auf der alle Rechtsmacht letztlich gründet, ist also notwendig *außerrechtlicher, rein gesellschaftlicher* Natur.

Die Normen einer Rechtsordnung können umfassend regeln, wessen Wille für die Ingeltungsetzung untergeordneter Rechtsnormen ausschlaggebend sein soll. Ihre Normen können aber nicht regeln, wessen Wille für die Geltung der Verfassungsnormen der Rechtsordnung ausschlaggebend sein soll. Durch die Geltung von Normen kann zwar reale Macht erzeugt und reale Macht genommen werden. Normen können aber nicht die Macht schaffen, die ihrer eigenen Geltung zugrunde liegt. Jede Normenordnung kann insofern Machtverhältnisse immer nur *unvollständig* normieren. Ob die Normgeber von Basisnormen genügend Macht besitzen, um diese Normen durchzusetzen, ist immer eine außerhalb der betreffenden Normenordnungen liegende und somit – von diesen Normenordnungen aus gesehen – rein *faktische* Machtfrage.²²

An dieser Stelle in der Hierarchie einer Rechtsordnung endet für den Soziologen auch endgültig die Iteration in seiner ›Erklärungshierarchie‹.

²² Daraus folgt allerdings nicht, daß die Macht der Verfassungsgeber einer Rechtsordnung nicht ihrerseits auf außerrechtliche *Normen* – etwa religiöser oder sozialmoralischer Art – zurückgehen kann. Worin die Grundlage *ihrer* Macht besteht, ist eine offene empirische Frage. Die Existenz weiterer Normensysteme in einer Gesellschaft kann hier durchaus eine Rolle spielen.

Die unmittelbar durch die Verfassung ermächtigten ›Grenzorgane‹²³ einer Rechtsordnung sind die ›letzten‹, weil ›höchsten‹ Normgeber, die durch Rechtsnormen identifizierbar sind und deren Macht durch die Geltung einer rechtlichen Ermächtigungsnorm erklärt werden kann. Die Erklärungsaufgabe des Soziologen ist damit freilich nicht beendet. In gewisser Weise fängt seine Arbeit jetzt erst an. Er ist mit der Erklärung für die Geltung der Verfassungsnormen einer Rechtsordnung an einem Punkt angelangt, an dem er von der Rechtswissenschaft und ihrer Beschreibung der Struktur und des Inhalts einer Rechtsordnung nichts mehr ›lernen‹ kann. Da es sich jetzt um die Erklärung der außerrechtlichen Grundlage einer Rechtsordnung, um eine gesellschaftliche Macht handelt, kann der Soziologe den Normen der Rechtsordnung auch nicht mehr entnehmen, wo er nach den Quellen dieser Macht zu suchen hat.

Wenn man die Geltung der Verfassungsnormen einer Rechtsordnung erklären will, dann geht es um eine Erklärung für die Entstehung und Existenz einer positiven Rechtsordnung *insgesamt*. Es geht damit aber auch um die empirische Grundlage der zentralen Macht- und Herrschaftspositionen in einer Gesellschaft. Solange nicht geklärt ist, wer die Normgeber der Verfassungsnormen sind, auf welcher Basis *ihre* Macht und auf welchen Motiven *ihre* Willensrichtung beruht, solange bleiben auch die tragenden Fundamente von Macht und Herrschaft in einer Gesellschaft im Dunkeln.

Welche Personen als Normgeber und Garanten der Verfassungsnormen einer Rechtsordnung nun auch immer identifiziert werden und worin ihre Machtbasis auch bestehen mag: Sie müssen *genügend* Macht besitzen, um den von ihnen ermächtigten Rechtsorganen eine gesellschaftlich wirksame Zwangsmacht zu verleihen. Die unverzichtbare Grundlage für die Existenz einer Rechtsordnung ist die *Übertragung* von Macht. Das Erklärungsproblem besteht deshalb auch nicht darin, das Problem zu lösen, warum sich Menschen anderen Menschen beugen, die über mehr Macht als sie selber verfügen. Es besteht darin, das Problem zu lösen, warum Menschen an andere Menschen einen Teil ihrer Macht *abgeben*. Einfach zu erklären ist es, warum jemand das tut, was ein Mächtiger will. Viel schwieriger zu erklären ist es dagegen, warum jemand will, daß ein anderer mächtig ist²⁴ – genau dieser Willen aber liegt jeder geltenden Rechtsordnung als Ursprung und empirische Basis zugrunde.

²³ Wie man in Anlehnung an Alfred Verdross solche Organe nennen kann. Verdross verwendet den Begriff des ›Grenzorgans‹ allerdings in einer etwas anderen Bedeutung, vgl. Verdross 1987, 42 ff.

²⁴ Aus diesem Grund ist auch das Phänomen der Diktatur ein soziologisch ›schwierig-

III. Die Institutionen des Rechtsstaates

A. Das Gewaltmonopol der Rechtsordnung

Eine Rechtsordnung muß als ›Ordnung des Zwangs‹ nicht unbedingt umfassend sein. Sie muß nicht notwendig den *gesamten* Bereich, in dem physische Gewaltmittel zum Einsatz kommen können, durch ihre Normen abdecken. Sie kann für bestimmte Fälle die Verhängung von Zwangsakten verbindlich vorschreiben und für bestimmte Fälle die Verwendung von Zwang ausdrücklich verbieten – ansonsten aber die Anwendung physischer Gewalt der autonomen Entscheidung der Individuen überlassen. Eine Rechtsordnung *kann* die Anwendung von physischem Zwang in einer Gesellschaft aber auch ausnahmslos normieren, d.h. sie kann durch ihre Normen erschöpfend festlegen, welche Personen unter welchen Bedingungen Zwang und Gewalt anwenden dürfen. In einem solchen Fall kann man von dem *Zwangs- oder Gewaltmonopol* einer Rechtsordnung sprechen.²⁵

Die Existenz eines Gewaltmonopols der Rechtsordnung wird nicht zu den charakteristischen Merkmalen eines Rechtsstaates gezählt. Ein solches Gewaltmonopol kann in sehr unterschiedlichen Staatsformen existieren, auch in einer Diktatur. Es spricht aber trotzdem einiges dafür, ein Gewaltmonopol der Rechtsordnung in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den ansonsten für einen Rechtsstaat typischen Institutionen zu sehen. Ebenso wie die Gewaltenteilung oder die Gewährung von Grundrechten ist auch das Gewaltmonopol der Rechtsordnung eine zumindest *notwendige* Voraussetzung für die Entwicklung des Rechts zu einer freiheitlichen Sicherheits- und Friedensordnung. Während die rechtsstaatlichen Institutionen ›im engeren Sinne‹ aus dem Blickwinkel des Bürgers dazu dienen – wie wir im einzelnen noch sehen werden –, die Anwendung von Gewalt *durch die Rechtsorgane* einzugrenzen und berechenbar zu machen, ist das Zwangsmonopol der Rechtsordnung ein unverzichtbares Instrument, um den Bürger vor der eigenmächtigen Gewaltanwendung *durch Privatpersonen* zu schützen.

Welche Schlußfolgerungen ergeben sich aus der Existenz eines Gewaltmonopols unter einer soziologischen Perspektive? In einer Rechtsordnung mit einem Gewaltmonopol ist die Gewaltanwendung zwischen

ges‹ Explanandum, denn auch – und gerade – der Machtausübung eines Diktators liegt notwendig eine Ermächtigung, eine Machtübertragung durch andere zugrunde; vgl. dazu Teil II.

²⁵ Vgl. Kelsen 1960, 37 ff.

Menschen *generell* verboten, *außer* unter der Bedingung, daß sie durch eine Rechtsnorm ausdrücklich erlaubt oder angeordnet wird. Unter der Voraussetzung eines Gewaltmonopols beruht also *jede* rechtlich zulässige Anwendung von Zwang und Gewalt auf einer *Erlaubnis* bzw. *Ermächtigung* durch rechtliche Normen. Nur die Rechtsordnung selber kann dann – sozusagen als Ausnahme von der Regel – einer Person das Recht verleihen, Zwangsmaßnahmen gegen andere Menschen durchzuführen.

Soziologisch bedeutet diese vollständige Erfassung physischer Gewaltanwendung durch die Normen des Rechts, daß unter einem wirksamen Gewaltmonopol die tatsächlich stattfindenden Zwangs- und Gewaltakte im wesentlichen als Ergebnis der *Anwendung und Befolgung von Normen* zustande kommen und infolgedessen als normorientiertes Handeln mit der Geltung dieser Normen erklärt werden müssen. Die Praxis der Zwanganwendung wird dann auch empirisch tendenziell zu einem *ausschließlich* rechtlichen, ›normativ erzeugten‹ Phänomen, das der Soziologie mit der Geltung rechtlicher Ermächtigungen, Verbote und Gebote erklären muß.

Das gilt freilich *nicht* ohne Ausnahmen. Auch in einer Rechtsgemeinschaft mit einem wirksamen Gewaltmonopol gibt es ›außerrechtliche‹, durch die Rechtsordnung nicht ermächtigte Gewaltanwendung. Es handelt sich um *Delikte*, um Verhaltensweisen, die durch die Rechtsordnung verboten und dementsprechend in der Regel ihrerseits mit rechtlich legitimer Zwangsausübung bedroht sind. Mit der Wirksamkeit eines Gewaltmonopols der Rechtsordnung soll nur unterstellt werden, daß es »faktisch ein solches Gewicht besitzt«, daß »in praktisch relevantem Maß« eine Chance besteht, daß Zwang gemäß den Normen dieser Ordnung ausgeübt wird.²⁶

Diese Einschränkung ändert jedoch nichts an der besonderen sozialwissenschaftlichen Bedeutung, die ein Gewaltmonopol der Rechtsordnung hat. Sie besteht vor allem in der außergewöhnlich starken Machtposition, die durch dieses Monopol für die Rechtsorgane geschaffen wird. Der Besitz einer solchen Rechtsmacht entspricht der Einnahme der *einzigsten* Position in einer Gesellschaft, von der aus regelmäßig und mit Erfolg auf die Anwendung von Zwang und Gewalt zurückgegriffen werden kann. Es ist also eine Position mit herausragender Machtfülle. Die Geltung einer Rechtsordnung ist immer verbunden mit Herrschaft, die sich auf die Anwendung physischer Gewalt stützen kann. Die Geltung einer Rechtsordnung mit einem Gewaltmonopol ist jedoch verbunden mit

²⁶ Weber 1921, 183.

Herrschaft, die sich auf einen *exklusiven* Zugang zu den Mitteln physischer Gewalt stützen kann.

Das wird im Normalfall auch schon rein äußerlich an der Konzentration von tatsächlichen Machtmitteln in der Hand spezieller Rechtsorgane deutlich. Theoretisch ist zwar ein Gewaltmonopol der Rechtsordnung auch durch Selbsthilfe der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft denkbar.²⁷ Praktisch ist es allerdings kaum vorstellbar, auf diesem Weg ein Gewaltmonopol effektiv durchzusetzen. Zu diesem Zweck bedarf es besonderer Exekutivorgane, die mit den nötigen Zwangsinstrumenten ausgestattet sind, um schnell und wirksam tätig zu werden. Eine Rechtsordnung muß zur Durchsetzung ihres Gewaltmonopols in aller Regel über einen erheblichen Grad an institutioneller *Zentralisation*, über einen organisierten ›Zwangsapparat‹ verfügen.²⁸ Mit anderen Worten: Eine Rechtsordnung mit einem Gewaltmonopol wird in aller Regel eine *staatliche Rechtsordnung* sein, ein rechtliches Gewaltmonopol wird gleichbedeutend mit einem *staatlichen Gewaltmonopol* sein.

B. Der Rechtsstaat als Verfassungsstaat

Jede Rechtsordnung verkörpert nicht nur eine Erzeugung von Macht *durch* Normen, sondern auch eine ›Unterwerfung‹ von Macht *unter* Normen. Die Verfassung einer Rechtsordnung überträgt Bestimmungsmacht über die Anwendung physischer Gewalt auf die Organe dieser Rechtsordnung. Die Verfassungsgeber verzichten damit auf die autonome Ausübung ihrer Macht im Umfang der verliehenen Ermächtigung und ordnen sich insoweit dem Willen der Rechtsorgane und den von ihnen erlassenen Normen unter.

Diese ›Unterwerfung‹ physischer Machtausübung unter die Normen des Rechts gilt verstärkt und in bestimmter Hinsicht sogar ausnahmslos unter einem Gewaltmonopol der Rechtsordnung. Unter dieser Bedingung ist die Ausübung von Zwang für jeden Fall entweder ausdrücklich erlaubt oder ausdrücklich verboten. Voraussetzungen und Art des Gebrauchs von Gewalt festzulegen, liegt dann allein in den Händen der rechtlich legitimierten Organe. Das Gewaltmonopol etabliert eine Rechts- und Staatsgewalt, die andere Gewaltinhaber dominiert und damit die Grundlage schafft, die Verwendung von Gewalt als Mittel der Auseinandersetzung zu minimieren.

²⁷ Vgl. Kelsen 1960, 38 ff.

²⁸ Vgl. Weber 1921, 182 ff.

Doch ist mit der Existenz eines staatlichen Gewaltmonopols noch keineswegs sichergestellt, daß auch die Anwendung physischer Gewalt, die *aufgrund* einer rechtlichen Erlaubnis oder Ermächtigung erfolgt, durch die Rechtsordnung so reglementiert wird, daß die Willkür der rechtlichen Machtorgane selber ausgeschlossen ist. Eine Ermächtigungsnorm beinhaltet nicht zwangsläufig auch eine Beschränkung der übertragenen Macht. Sie kann eine Ermächtigung sein, diese Macht nach freiem Ermessen auszuüben. Die Übertragung von Macht bedeutet zunächst nur eine Vermehrung der Handlungsmöglichkeiten der ermächtigten Person. Ob ihre Wahl zwischen diesen Alternativen dann ihrerseits normativen Grenzen und Bestimmungen unterworfen wird, ist eine davon unabhängige Frage. Allein die Tatsache, daß ein Machthaber den Besitz seiner Macht der Geltung einer Ermächtigungsnorm verdankt, muß auf die Art und Weise, wie er diese Macht verwendet, keinen Einfluß haben. Auch wenn die *Entstehung* von Macht ein Produkt von Normen ist, muß das für ihre *Ausübung* nicht ebenfalls gelten.

So kann ein staatliches Gewaltmonopol dazu führen, daß – anstatt Zwang und Gewalt generell durch Normen zu ›zügeln‹ – die Anwendung von Zwang und Gewalt geradezu ›entfesselt‹ wird. Die Errichtung eines staatlichen Gewaltmonopols läßt sich nicht nur unter dem Gesichtspunkt sehen, daß die Freiheit zur Gewaltanwendung *eingeschränkt* wird, sondern auch unter dem Gesichtspunkt, daß sie sich für bestimmte Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft drastisch *erweitert*. Das physische Machtpotential einer sozialen Gruppe ist dann nicht mehr mit der Möglichkeit einer gegenseitigen Neutralisierung unter ihren Mitgliedern aufgeteilt, sondern in den Händen weniger ›Monopolisten‹ vereinigt. Statt die Bedeutung physischer Gewaltmittel für das gesellschaftliche Leben zu verringern, entsteht so die Gefahr, ihre Bedeutung zu vergrößern, weil durch die massive Konzentration dieser Mittel ihre Durchschlagskraft erheblich gesteigert wird.

Die Erfahrung bestätigt diese Befürchtungen: Polizeistaaten, Diktaturen, Oligarchien oder auch der klassische ›absolute‹ Staat mit einem uningeschränkten Herrscher an der Spitze haben mit dem Rechtsstaat gemeinsam, daß die Macht zur Ausübung physischer Gewalt in einem staatlichen Zentrum zusammengefaßt und konzentriert ist. Auch die Herrschaftsmacht in solchen autokratischen Staatsformen geht zwar ›nur‹ auf eine normative Ermächtigung der jeweiligen Machthaber durch die geschriebene oder ungeschriebene Rechtsordnung zurück. Da die Verfassung einer Rechtsordnung aber selber von sehr einseitigen faktischen Machtverhältnissen diktiert sein kann – etwa von einer kleinen, aber effi-

zient organisierten Gruppe, die im Besitz militärischer Machtmittel ist –, kann sie auch den Machthabern entsprechend weitgehende Herrschaftsrechte einräumen.²⁹ Im extremen Fall kann ein bestimmtes Individuum als ›Souverän‹ mit der unbeschränkten Vollmacht ausgestattet sein, die Zwangsordnung der Gesellschaft allein nach seinen persönlichen Vorlieben zu gestalten.³⁰

Ein staatliches Gewaltmonopol ist also zwar ein wichtiger Bestandteil eines Rechtsstaates, weil es eine unerläßliche Vorbedingung für eine Befriedung des gesellschaftlichen Lebens darstellt. Diese Befriedung wird aber durch eine enorme Konzentration und Vergrößerung der Macht im staatlichen Bereich erkaufte. Der Rechtsstaat beginnt noch nicht damit, daß dem Bürger Zwangsmacht entzogen wird und staatliche Organe sie erhalten. Er beginnt damit, daß staatliche Herrschaft ihrerseits den Normen des Rechts untergeordnet wird. Durch eine Rechtsordnung mit staatlichem Gewaltmonopol wird ein bedrohlicher Leviathan zwangsläufig erst einmal geschaffen – der Rechtsstaat ist der Versuch, diesen Leviathan wieder an die Kette zu legen.

Der entscheidende Schritt zu einer rechtsstaatlichen Staats- und Rechtsordnung besteht darin, daß die Verfassung dieser Ordnung nicht nur eine Ermächtigung enthält, durch die bestimmten Organen die Macht zur Setzung von Rechtsnormen und damit zur Ausgestaltung einer Zwangsordnung übertragen wird, sondern daß sie auch *Grenzen* und *Schranken* für diese Macht definiert, *Aufbau* und *Organisation* der Staatsgewalt in ihren Grundzügen festlegt und den staatlich-rechtlichen Organen bestimmte *Pflichten* im Gebrauch ihrer Macht auferlegt. Die Staatsgewalt soll im Rechtsstaat durch Recht begründet *und* kontrolliert werden. Das bedeutet, daß nicht nur die *Entstehung* von Macht zum Gegenstand rechtlicher Normen wird, sondern auch ihre *Verteilung* und die Art und Weise ihrer *Ausübung* – mit der Folge, daß die Machthaber, die durch die Verfassung einer solchen Rechtsordnung eingesetzt werden, auch im Falle eines staatlichen Gewaltmonopols über das physische Machtpotential einer Rechtsgemeinschaft nicht nach ihrem persönlichen Ermessen verfügen können. An der Spitze einer solchen Ordnung darf kein ›Souverän‹ mit einer rechtlich ungebundenen Macht stehen. An ihrer Spitze muß eine Verfassung stehen, die als Grundlage der Staats- und Rechtsmacht die

²⁹ Wie es soziologisch zu *erklären* ist, daß bestimmte Verfassungsgeber einem Machtorgan diese Vollmachten zugestehen, steht auf einem anderen Blatt; *daß* solche Rechtsordnungen existieren und existiert haben, ist nicht zu bestreiten.

³⁰ Vgl. zum Begriff des ›Souveräns‹ z.B. Kriele 1994, 55 ff.

Handlungsmöglichkeiten und Autonomie der staatlichen Organe einschränkt und sie in ihren hoheitlichen Funktionen und Tätigkeiten selber zu Adressaten von Rechtsnormen macht.³¹

Für einen solchen *Verfassungsstaat im materiellen Sinn*³² ist eine besondere ›Spannung‹ kennzeichnend: Zum einen bündelt und monopolisiert er Macht bei den öffentlichen Organen und entzieht sie damit privater Verfügungsautonomie. Zum anderen will er aber die Ausübung dieser Macht substantiell normieren und so die durch ihn erst geschaffene dominierende Machtposition dieser Organe wieder unter Kontrolle bringen. Für diejenigen, für die aufgrund ihrer Ermächtigung die Handlungsalternativen *zunehmen*, soll die individuelle Entscheidungsautonomie in der Wahl zwischen diesen Alternativen *abnehmen*. Die in der Entwicklung zum Verfassungsstaat festzustellende Zunahme und Differenzierung des ›Netzes‹ von Rechtsnormen stellt sich für die davon betroffenen Adressaten als eine zunehmende Beschneidung ihrer Freiheit dar. Adressaten dieser Normen sind aber die staatlich-rechtlichen Organe selber. Ihre Normbindung ist das notwendige Spiegelbild der Gewährleistung eines Freiraums an individueller Selbstbestimmung für den einzelnen Bürger. Der Verfassungsstaat richtet sich *gegen* die Organe des Staates; er ist eine Ordnung im Interesse der Bürger.

C. Gewaltenteilung

1. Gewaltenteilung als Einschränkung von Entscheidungsautonomie

Zu den Kernelementen jeder rechtsstaatlichen Verfassung gehört die sog. *Gewaltenteilung*. Durch Gewaltenteilung werden voneinander abgegrenzte Staatsorgane geschaffen, die jeweils Träger eigenständiger Kompetenzen und Pflichten sind und bestimmte wechselseitige Weisungs-, Kontroll- und Überwachungsbefugnisse besitzen. Obwohl also das Gewaltmonopol des modernen Verfassungsstaates eine konkurrenzlos überlegene zentrale Staatsgewalt hervorbringt, ist staatliche Herrschaft im Rechtsstaat schon deshalb keine ›absolute‹ Herrschaft, weil die Entscheidungsmacht über das staatliche Gewaltmonopol nicht in einer Hand vereinigt, nicht ›einem Willen‹ unterworfen ist. Allerdings ist auch diese

³¹ Zu der prinzipiellen Möglichkeit einer solchen rechtlichen Begrenzung des staatlichen Souveräns vgl. Garzón Valdés 1982; Kliemt 1978.

³² So der übliche rechtswissenschaftliche Sprachgebrauch, vgl. etwa Badura 1986, 7 ff.; Stein 1993, 1 ff.; Stern 1984, 72 ff.

(Wieder-) Aufteilung der monopolisierten Staatsgewalt im wesentlichen rein *normativer* Art. Eine rechtsstaatliche Gewaltenteilung ist keine Folge einer *faktischen* Verteilung tatsächlicher Machtmittel auf verschiedene Staatsorgane, sondern das Ergebnis der *Verfassungsnormen*, die diese Teilung vorschreiben.³³

In der folgenden Betrachtung geht es um eine Konzentration auf diejenigen Aspekte der Gewaltenteilung, die aus soziologischem Blickwinkel von besonderer Bedeutung sind.³⁴ Der leitende Gesichtspunkt ist die Frage, wie sich eine rechtsstaatliche Gewaltenteilung auf die Praxis der Zwangsausübung in einer Gesellschaft auswirkt, bzw. auf die Entscheidungsautonomie derjenigen, die als Rechtsorgane über die Verwendung von Zwangsmitteln verfügen können.

2. Gesetzgebung versus Rechtsprechung und Verwaltung

Organe der Rechtsprechung und Verwaltung besitzen in einem Rechtsstaat die Ermächtigung, Zwangsakte gegen bestimmte Personen durch individuelle Zwangsnormen anzuordnen. In der Rechtsprechung haben sie die Form eines Urteils, durch das eine Strafe oder Zwangsvollstreckung verfügt wird. In der Verwaltung sind sie Mittel zur Durchsetzung von Verwaltungsakten.³⁵

Die Macht zur Setzung individueller Zwangsnormen hat einen besonderen Stellenwert. Sie ist der Schlüssel zur Herrschaft, denn nur in der konkreten ›Befehlsgewalt‹, die sich im Einzelfall wirksam gegenüber bestimmten Individuen durchsetzen läßt, manifestiert sich letzten Endes hoheitliche Macht. Vollkommen zu Recht erblickt man deshalb ein typisches Merkmal von Willkürherrschaft darin, daß die Machthaber je nach politischer Opportunität und Zweckmäßigkeit Einzelbefehle geben, per Dekret und Maßnahme regieren und vor allem auch Zwang und Gewalt gegen mißliebige Personen anordnen können, wenn es für ihre Ziele nützlich ist. In diesem Fall existiert eine im Kern *persönliche* Herrschaftsordnung, in der sich die schwächere Seite dem persönlichen Willen und den Dezierionen der überlegenen Seite unterordnen muß.

³³ Das unterscheidet die moderne rechtsstaatliche Gewaltenteilung von der klassischen Konzeption Montesquieus, in der mit König, Adel und Volk auf reale Machtfaktoren Bezug genommen wurde.

³⁴ Zum herrschenden staatsrechtswissenschaftlichen Verständnis der Gewaltenteilung vgl. etwa Badura 1986, 360 ff.; Hesse 1993, 195 ff.; Stern 1980, 513 ff.; 1984, 792 ff.

³⁵ Vgl. etwa Erichsen et al. 1995, 341 ff.; Koch/Rubel 1992, 27 ff., 169ff; Maurer 1994, 450 ff.; Mayer/Kopp 1985, 385 ff.

Ein erster wichtiger Schritt zur Beseitigung solcher persönlichen Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse besteht daher in der Einschränkung der Entscheidungsautonomie derjenigen Personen, die zur Setzung individueller Zwangsnormen ermächtigt sind: Indem der Inhalt dieser Normen nicht ihrem subjektiven Ermessen überantwortet wird, sondern sie verpflichtet werden, generelle Normen anzuwenden, aus denen sie den Inhalt der individuellen Zwangsnormen ableiten müssen. Grundlage ihrer Normsetzung soll die *Erkenntnis* eines Norminhalts sein und nicht die *Entscheidung* über einen Norminhalt.

Das setzt nicht unbedingt voraus, daß der Erlaß der generellen Normen einem anderen Normgeber übertragen wird. Auch wenn es der Entscheider selber ist, der die für ihn verbindlichen generellen Normen wählt oder durch seine Präjudizien erzeugen kann, bindet er sich mit dieser Festlegung und beseitigt seine Wahlfreiheit in zukünftigen Entscheidungssituationen. Die rechtsstaatliche Konstruktion der Gewaltenteilung begnügt sich damit aber nicht.³⁶ Die Ermächtigung zur Setzung der generellen Normen ist hier nahezu exklusiv auf den Gesetzgeber übertragen. Genauer gesagt: Die Ermächtigung, den *Inhalt* der individuellen Normen durch generelle Normen zu bestimmen, ist nahezu exklusiv auf den Gesetzgeber übertragen.³⁷ Damit wird die Macht, Zwangsakte durch individuelle Zwangsnormen anzuordnen, von der Macht getrennt, Voraussetzungen und Art der Anwendung von Zwang generell festzulegen. Das hat nicht nur eine bloße *Teilung* der Macht zur Folge, sondern eine *Subordination* von Rechtsprechung und Verwaltung unter den Willen des Gesetzgebers.

Die Machtausübung durch die Angehörigen von Judikative und Exekutive verliert durch diese ›Gesetzesbindung‹ ihren persönlichen Charakter – und zwar in einem Bereich, in dem nach wie vor bestimmte Personen anderen Personen individuelle Weisungen erteilen und Zwangsakte gegen sie verhängen können. Derjenige aber, der in Rechtsprechung oder Verwaltung die Macht hat, Anordnungen zu erlassen oder mit Zwangsmaß-

³⁶ Das gilt zumindest für die Tradition des kontinentalen Rechts. Die interessante Frage, inwiefern der sprichwörtliche ›Richterkönig‹ des angelsächsischen Rechts im Widerspruch zu diesem Rechtsstaatsverständnis steht, kann hier nicht erörtert werden.

³⁷ Ein solcher ›Gesetzesvorbehalt‹ verbietet es nach rechtsstaatlichem Verständnis nicht, daß auch Verwaltungsorgane ermächtigt werden, in gewissem Umfang *generelle* Normen in Form von ›Rechtsverordnungen‹ zu setzen, weil nach Art. 80 GG »Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden« muß. Rechtsverordnungen bleiben insofern Teil des *Gesetzesvollzuges*; vgl. etwa Erichsen et al. 1995, 125 ff.; Koch/Rubel 1992, 43 ff.; Stern 1980, 653 ff.; 1984, 816 ff.

nahmen zu drohen, handelt nicht autonom nach seinem eigenen Willen und Ermessen. Er erfüllt als Normgeber seinerseits eine rechtliche Pflicht, durch die ihm eine bestimmte Verwendung seiner Macht vorgeschrieben wird. Autorität *und* ihre Ausübung sind das Ergebnis der *gemeinsamen* Unterordnung von Normgebern und Normadressaten unter die Rechtsordnung.³⁸

Eine solche ›Herrschaft des Gesetzes‹ hat freilich *nicht* die Konsequenz, daß eine uneingeschränkte Entscheidungskompetenz nun bei dem Gesetzgeber konzentriert wäre. Für jeden Normgeber stellt es eine gravierende Einbuße an Entscheidungsfreiheit dar, wenn er seinem Willen *nur* durch die Setzung genereller Normen Geltung verleihen kann. Zwar ist die Fähigkeit zur Setzung genereller Normen ein machtvoll Instrument, denn auf diesem Weg kann man auf eine im Prinzip unbegrenzte Anzahl von Personen Einfluß nehmen. Ist man auf dieses Instrument aber *beschränkt*, dann fehlt einem die ebenfalls wichtige Möglichkeit, sich flexibel auf die Gegebenheiten und Besonderheiten des Einzelfalls einzustellen. Bestimmte Zwecke lassen sich so gar nicht oder nur sehr schlecht realisieren. Aufgrund der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung dürfen diejenigen Normgeber, die ihre Entscheidungen an den konkreten Einzelfall anpassen können, diese Entscheidungen nicht nach ihren eigenen Maßstäben fällen; der Gesetzgeber jedoch, der über diese Maßstäbe entscheiden kann, darf seine Entscheidungen nicht an den konkreten Einzelfall anpassen.

Schwerer aber noch fällt ins Gewicht, daß sich allgemeine Gesetze im Rechtsstaat an *alle* Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft richten und damit auch an diejenigen, die als Organwalter der Gesetzgebung fungieren.³⁹ Die Durchsetzung ihres Willens gegenüber *anderen* wird häufig durch den Preis belastet sein, daß sie *selber* die entsprechenden Normen befolgen müssen. Kann man eine uneingeschränkte Übertragung von Rechtsmacht als eine Blankovollmacht betrachten, den eigenen Willen anderen Personen nahezu nach Belieben aufzuzwingen, so besteht das ›Recht auf Gesetzgebung‹ im Prinzip nur noch darin, diejenigen Verhal-

³⁸ »Die Autorität ... ist die Autorität der Rechtsordnung.« (Kelsen 1960, 171)

³⁹ Zu einem in diesem Sinne ›materiellen‹ Gesetzesbegriff vgl. etwa Stern 1980, 560 ff. Für die Sonderbehandlung spezieller Normadressaten – wie etwa Priester, Straftäter oder Feuerwehrmänner – müssen sachliche Gründe angeführt werden. Jeder Versuch, gewisse Gruppen oder Individuen mit sachlich nicht begründbaren ›Privilegien‹ auszustatten bzw. entsprechenden ›Diskriminierungen‹ zu unterwerfen, verstößt gegen das rechtsstaatliche Willkürverbot; vgl. zur Begründung eines solchen Willkürverbots aus dem Gleichheitsgebot von Art. 3 Abs. 1 GG: Alexy 1994a, 357 ff.; Badura 1986, 97f.

tensweisen von anderen verlangen zu können, die man selber auszuführen bereit ist. Während also die Normgeber in Judikative und Exekutive, die weiterhin über die Macht verfügen, *einseitige* Regelungen durchzusetzen, diese Macht nach vorgegebenen Normen ausüben müssen – ihren Adressaten also nicht *ihren* Willen aufzwingen können –, kann der Gesetzgeber seine Macht zwar weitgehend nach seinem *eigenen* Willen verwenden, muß sich aber den Normen, die er erläßt, *selber* fügen.

Die Restriktion des rechtsstaatlichen Gesetzgebers auf das allgemeine Gesetz als Instrument seines Willens heißt freilich nicht, daß er damit auch seiner Herrschaftsposition beraubt wäre. Nach wie vor ist er in der Lage, Normen zu setzen, die auch ohne die Zustimmung der Adressaten verbindlich sind, und er ist in der Lage, ihnen diese Normen gegen ihren Willen mit Hilfe der Zwangsmittel eines Gewaltmonopols zu oktroyieren. Für den Bürger gewährt aber die Trennung allgemeiner und individueller Normsetzungsmacht einen elementaren Schutz. Zum einen kann er darauf vertrauen, daß die Machthaber in dem Gebrauch ihrer Macht sparsam sein werden, denn es gibt eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die man sich von anderen nur dann wünschen wird, solange man selber von entsprechenden Pflichten ausgenommen ist. Zum anderen kann er feststellen, unter welchen Bedingungen er Zwangsmaßnahmen gegen seine Person zu erwarten hat und ist demnach in der Lage, solche Zwangsmaßnahmen weitgehend zu vermeiden. Die »rationale Berechnung der rechtlichen Folgen und Chancen seines Zweckhandelns«⁴⁰ ergibt sich für ihn im Normalfall allein aus dem Inhalt der allgemeinen Rechtsnormen. Die Bedeutung der Forderung, daß Gesetze an der Stelle von Menschen herrschen sollen, wird daher vor allem an dem spezifischen Verhältnis zwischen allgemeinen und individuellen Rechtsnormen sichtbar.⁴¹

⁴⁰ Weber 1921, 469.

⁴¹ »Der Begriff der Freiheit unter dem Gesetz ... beruht auf der Ansicht, daß wir mit der Befolgung von Gesetzen im Sinne von allgemeinen abstrakten Regeln, die, unabhängig von ihrer Anwendung auf uns, niedergelegt werden, nicht dem Willen eines anderen unterworfen und daher frei sind. Weil der Gesetzgeber die besonderen Fälle nicht kennt, auf die seine Regeln Anwendung finden werden, und weil der Richter, der sie anwendet, in den Schlüssen, die aus dem bestehenden System von Regeln und dem Tatbestand folgen, keine Wahl hat, können wir sagen, daß nicht die Menschen sondern die Gesetze regieren.« (Hayek 1971, 185) Den Grundgedanken hat in prägnanter Weise bereits John Locke formuliert: »*Freiheit der Menschen unter einer Regierung* bedeutet unter einem feststehenden Gesetz zu leben, das für jeden dieser Gesellschaft Gültigkeit besitzt. ... Es ist die Freiheit, mich in allen Angelegenheiten nach meinem eigenen Willen zu richten, wo jene Regel nichts vorschreibt, und nicht dem unbeständigen, ungewissen, unbekanntem und willkürlichen Verlangen eines anderen unterworfen zu sein.« (Locke 1690, 215)

3. Rechtsprechung versus Gesetzgebung und Verwaltung

Eine *uneingeschränkte* Macht zur Rechtsprechung kann als uneingeschränkte Macht zur autoritativen Feststellung des geltenden Rechts von Rechtsetzung und Rechtsvollzug nicht unterschieden werden. Wie eben erörtert, besitzen in einem Rechtsstaat die Organe der Rechtsprechung jedoch keine uneingeschränkte Macht. Sie sind verpflichtet, Recht zu sprechen, indem sie die ihnen vorgegebenen Normen der Rechtsordnung, insbesondere die Gesetze des Gesetzgebers, aber auch die Verfassungsnormen und die Normen des Gewohnheitsrechts, *anwenden*. Sie müssen Recht sprechen, indem sie es *finden*, nicht indem sie es nach eigenem Entschluß festlegen – die Gewaltenteilung verlangt von ihnen, eine volitive so weit wie möglich durch eine kognitive Haltung zu ersetzen.

Trotzdem führt die Etablierung einer eigenständigen Rechtsprechungsgewalt zu einer einschneidenden Beschränkung der Machtpositionen von Legislative und Exekutive. Die gesetzgebenden und vollziehenden Organe werden durch eine unabhängige Rechtsprechung – und zwar gerade in der Ausübung der ihnen verliehenen Macht – der Autorität und dem Urteil eines anderen Organs unterworfen. Das ist der Fall, weil die Organe der Gesetzgebung und der Verwaltung nicht nur die Rolle von *Normgebern* haben, sondern in dieser Rolle gleichzeitig in der Rolle von *Normadressaten* sind. Sie verdanken ihre Macht zur Setzung von Rechtsnormen der Ermächtigung durch die Normen der Rechtsordnung. In einem Rechtsstaat sind sie darüber hinaus Adressaten vielfältiger Pflichten und Einschränkungen: Sie erhalten ihre Macht nur innerhalb bestimmter Grenzen, müssen sie mit anderen Organen teilen und sind in dem Gebrauch ihrer Rechtserzeugungsmacht Objekte zahlreicher formeller und materieller Vorschriften.

Damit geraten sie gegenüber einem Organ, das in einer Rechtsgemeinschaft die Macht zu autoritativen Feststellungen über das geltende Recht ausübt, in die gleiche subalterne Position wie andere Rechtsadressaten auch. Unter einer rechtsstaatlichen Gewaltenteilung dürfen die Organe der Gesetzgebung und Verwaltung ebensowenig wie die Bürger in Eigenmacht darüber entscheiden, welche Rechte und Pflichten das für sie geltende Recht im Einzelfall beinhaltet und ob sie diesen Anforderungen gemäß gehandelt haben oder nicht. Die Autorität der Rechtsprechung, in einer Rechtsgemeinschaft für *jeden* Rechtsadressaten das für ihn geltende Recht festzustellen, schließt die Autorität ein, auch die Rechtskonformität des Handelns staatlich-rechtlicher Organe zu prüfen.

Der entscheidende Aspekt ist in diesem Zusammenhang der *Kontroll- und Überwachungsaspekt*: Die Verpflichtung der Gesetzgebungs- und Verwaltungsorgane, ihre Zwecke nur in Übereinstimmung mit den an sie gerichteten Rechtsnormen zu verfolgen, wird durch ein unabhängiges Organ überprüft, das – nicht gebunden an die temporären Zwecke des Gesetzgebers und der Verwaltung – sich darauf beschränken kann und soll, die Berechtigung eines Handelns allein unter rechtlich-normativem Aspekt zu beurteilen. Auch in diesem Fall stellt sich eine rechtsstaatliche Gewaltenteilung nicht als eine bloße Teilung der Macht dar, sondern als ein Subordinationsverhältnis, indem durch die Existenz einer unabhängigen Rechtsprechung die »eigentlich«¹ rechterzeugenden und rechtsvollziehenden Organe einer externen Autorität untergeordnet werden.

4. Verwaltung versus Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die Trennungslinie zwischen der Exekutive einerseits und Gesetzgebung und Rechtsprechung andererseits entspricht der Trennung zwischen dem tatsächlichen Besitz von Zwangsmitteln und der Autorität, über Voraussetzungen und Art von Zwangsmaßnahmen generell und im Einzelfall verbindlich entscheiden zu können. Es geht um die Trennung von *faktischer* und *normativer* Zwangsmacht.

In jeder modernen Rechtsordnung mit einem staatlichen Gewaltmonopol ist die tatsächliche Verhängung von Zwangsakten eine Aufgabe, die arbeitsteilig von speziellen Organen, von einem eigens eingerichteten »Zwangsapparat«² übernommen wird. Dieses spezielle Exekutivorgan ist in einem Rechtsstaat Bestandteil der Verwaltungsbehörden und seine Organwalter sind im Besitz besonderer Zwangs- und Gewaltmittel – meistens in Form eines mehr oder weniger vollständigen *tatsächlichen* Gewaltmonopols, d.h. *nur* sie sind im Besitz dieser besonderen Mittel. Die faktische Rechts- bzw. Zwangsmacht, soweit sie sich in der tatsächlichen Verfügung über physische Gewalt- und Zwangsmittel manifestiert, befindet sich in einem Rechtsstaat in den Händen eines exklusiv zur Anwendung dieser Mittel ermächtigten Personenkreises.

Während demnach ein zentrales Exekutivorgan faktisch nahezu vollständig über die Machtmittel des Staates verfügt, ist jedoch die normative Ermächtigung, bestimmen und festlegen zu können, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise diese Gewaltmittel im einzelnen zu verwenden sind, diesem Organ im Prinzip gänzlich entzogen. Die Verwendung von Zwang und Gewalt durch die Exekutive darf nur in Übereinstimmung und in Anwendung der generellen Normen des Gesetzge-

bers und in wesentlichen Bereichen auch nur aufgrund der ausdrücklichen individuellen Weisung der Rechtsprechung erfolgen – der einzelne Zwangsakt ist nur berechtigt, wenn er auf einer dem Exekutivorgan vorgegebenen Norm beruht. Insoweit die Organe der Exekutive in bestimmten Fällen befugt sind, individuelle Normen über den Gebrauch von Zwangsmitteln selbständig zu erlassen oder als Besitzer der Zwangsmittel über ihren Einsatz selbständig zu entscheiden, bleiben sie trotzdem der übergeordneten Autorität der Rechtsprechung unterworfen, die im nachhinein die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens überprüfen und verbindlich feststellen kann. Einer maximalen faktischen Macht der Exekutive durch ihren tatsächlichen Besitz staatlicher Zwangsmittel entspricht so eine minimale normative Macht, über die Verwendung dieser Mittel befinden zu dürfen.

Der tatsächliche Besitz überlegener physischer Gewaltmittel bedeutet zwar zunächst einmal eine eminente Verbesserung der Chance, den eigenen Willen durchzusetzen. Er wird jedoch als Instrument zur Ausweitung persönlicher Entscheidungsautonomie bedeutungslos, wenn die Bestimmungsmacht über diese Mittel dem Willen ihres Besitzers wirksam entzogen ist und er in ihrer Verwendung einem anderen Willen gehorchen muß. Genau das ist die Situation in einem Rechtsstaat, in dem die Besitzer der staatlichen Machtmittel zu ›willenlosen‹ Dienern der Rechtsordnung werden. Unter dieser Voraussetzung bedingen nicht Interessen und Beweggründe, die aus dem tatsächlichen Besitz von Zwangsmitteln entspringen, den Umgang mit dieser Zwangsmacht, sondern Interessen und Beweggründe, die sich gerade aus dem Nicht-Besitz solcher Mittel ergeben. Überspitzt gesagt entscheidet im Rechtsstaat der faktisch Ohnmächtige über die staatliche Zwangsmacht und ihre Ausübung.

Komplementär stellt sich die Lage aus der Perspektive von Gesetzgebung und Rechtsprechung dar. Die normative Verfügungsmacht über die physischen Zwangsmittel des Staates ist zwar bei ihren Organen konzentriert. Ihr steht aber eine vollständige Machtlosigkeit gegenüber, was den Besitz und den tatsächlichen Gebrauch dieser Mittel angeht. Das bedeutet, daß die Macht dieser Organe *allein* auf der Wirksamkeit der Normen der Rechtsordnung beruhen muß. Sie haben zwar die Ermächtigung, eine bestimmte Verwendung von Zwangsmitteln anzuordnen, sind aber selber nicht in der Lage, ihre Anordnungen durch den Einsatz von Zwang durchzusetzen. Zum einen verfügen sie über keine eigenen Zwangsmittel, zum anderen sind die Adressaten ihrer Anordnungen gerade die Besitzer der staatlichen Zwangsmittel. Im Verhältnis zu ihnen ist insofern die

Macht der Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsorgane zwar normativ maximal, aber faktisch minimal.

Es ist offensichtlich, daß als Trennung faktischer von normativer Zwangsmacht rechtsstaatliche Gewaltenteilung eine prekäre Grenze zieht. Während ein normatives Gewaltmonopol des Staates nach *außen* durch ein reales Gewaltmonopol der staatlichen Exekutivorgane Wirksamkeit erhalten kann, gilt das für eine *interne* Aufteilung staatlicher Zwangsmacht nicht. Die normative Verfügungsmacht über den Einsatz physischer Gewaltmittel kann gegenüber einer Exekutive, die im Besitz dieser Mittel ist, nicht ihrerseits durch eine überlegene Zwangsmacht abgestützt sein. An dieser Trennungslinie ist rechtsstaatliche Gewaltenteilung nicht *nur* ein normatives, sondern *auch* ein faktisches Phänomen – allerdings nicht in dem Sinne, daß eine tatsächliche Teilung faktischer Macht vorgenommen wird, sondern in dem Sinne, daß faktische Macht normativer Macht untergeordnet sein soll.

D. Grundrechte

Neben der Gewaltenteilung gehört die Geltung von *Grundrechten* zu einem weiteren Kernelement des Rechtsstaates. Ebenso wie die Gewaltenteilung stellen sich Grundrechte zunächst als weitere normative Einschränkungen staatlicher Macht dar. Sie begründen *subjektive Rechte* der Bürger gegenüber den staatlich-rechtlichen Organen: durch die Verfassung geschützte Ansprüche auf Unterlassung und Ausführung gewisser Handlungen durch diese Organe. Während aber Gewaltenteilung eine insgesamt gesehen unbeschränkte Rechtsmacht ›nur‹ auf verschiedene Organe aufteilt und insofern den Inhalt der von ihnen zu erlassenen Rechtsnormen offen läßt, führt die Geltung von Grundrechten dazu, daß die Rechtsetzung auch unter *inhaltlichen* Gesichtspunkten reglementiert wird.⁴² Die Einschränkung der Entscheidungsautonomie der Rechtsorgane durch eine Verfassung mit Grundrechten ist nicht nur eine ›formale‹, die sich mit einer ›äußeren‹ Grenzziehung für die verliehene Macht begnügt, sondern auch eine ›materiale‹ Einschränkung, die den Inhalt der zu erzeugenden Normen und damit die Willensbildung rechtsetzender Organe zum Gegenstand hat.

Je nachdem, wie nach dem Verfassungsverständnis in einer Rechtsgemeinschaft Grundrechte näherhin interpretiert und ausgelegt werden,

⁴² Vgl. zur prinzipiellen Bedeutung und Funktion von Grundrechten etwa Alexy 1994a, 159 ff.; Badura 1986, 61 ff.; Hesse 1993, 117 ff.

können sie sich in vier Dimensionen auf den Inhalt einer Rechtsordnung auswirken:⁴³

Erstens können sie die Setzung von Rechtsnormen mit einem bestimmten Inhalt *kategorisch* verbieten. In Art. 19 des Grundgesetzes heißt es dementsprechend: »In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.«⁴⁴

Zweitens können Grundrechte die Setzung von Rechtsnormen mit einem bestimmten Inhalt *bedingt* verbieten. So ist nach der deutschen Verfassung eine Einschränkung von Grundrechten nur aufgrund eines Gesetzes möglich, das einschränkende Gesetz muß allgemein sein, und die Einschränkung muß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

Drittens können Grundrechte Rechtsnormen mit einem bestimmten Inhalt *gebieten*. Aus der Geltung von Grundrechten kann sich für den Gesetzgeber eine Pflicht zur rechtlichen ›Ausgestaltung‹ dieser Grundrechte durch die Einrichtung entsprechender Institutionen ableiten.⁴⁵ Sieht man in Grundrechten nicht nur reine ›Abwehrrechte‹ gegen den Staat, sondern interpretiert sie auch als ›Leistungsrechte‹, wird der Gesetzgeber darüber hinaus auf die Verfolgung bestimmter politischer oder wirtschaftlicher Zwecke festgelegt. Eine weitere inhaltliche Vorgabe kann sich aus einer sog. ›Drittwirkung‹ von Grundrechten auf die Normen anderer Rechtsgebiete ergeben.⁴⁶

Viertens schließlich können Grundrechte auf den Inhalt individueller Rechtsnormen Einfluß nehmen, insoweit sie für Rechtsanwendung und Rechtsvollzug unmittelbar bindend sind. In dieser Funktion können Grundrechte ›Lücken‹ schließen, wenn der Gesetzgeber in seinen Regelungen unbestimmte Begriffe oder Generalklauseln verwendet oder wenn ›schwierige‹ Fälle zur Entscheidung stehen, deren rechtliche Deutung aus dem Wortlaut der geltenden Gesetze allein nicht folgt.

Generell erhalten Grundrechte dann ein besonderes Gewicht, wenn es um das Recht in seiner Eigenschaft als Zwangsordnung geht. Die Durchführung von Zwangsmaßnahmen gegen eine Person ist in jedem Fall ein gravierender Eingriff in ihre Grundrechte. Zwangsmaßnahmen sind ange-

⁴³ Hier geht es nicht um die – umstrittene – Frage, welche Funktionen Grundrechte nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland im einzelnen tatsächlich haben.

⁴⁴ Die verfassungsrechtliche Auslegung des ›Wesentlichkeitskriteriums‹ ist Gegenstand zahlreicher Kontroversen in der Staatsrechtswissenschaft. Hier kommt es aber nur auf den unstrittigen Punkt an, daß dieses Kriterium nicht leer ist und für den Gesetzgeber eine unübersteigbare Schranke errichtet.

⁴⁵ Vgl. Hesse 1993, 129 f.

⁴⁶ Vgl. etwa Alexy 1994a, 475 ff.; Badura 1986, 80; Hesse 1993, 148 ff.; Stein 1993, 219 f.

sichts der Geltung von Grundrechten nur unter sehr speziellen Bedingungen überhaupt zulässig – sie sind von vornherein eine Ausnahme von der Regel und können in einem Rechtsstaat nur den Charakter einer ultima ratio zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter haben. Die Rechtsordnung des Rechtsstaates ist insofern immer *fragmentarisch*, d.h. nicht alle Normen, deren Geltung politisch, moralisch oder sozial wünschenswert sind, dürfen mit den Mitteln rechtlichen Zwangs durchgesetzt werden.

Obwohl sich die Forderung nach einem staatlichen Gewaltmonopol gerade auch mit der Geltung von Grundrechten begründen läßt, weil nur so der einzelne wirksam gegen Übergriffe seiner Mitbürger geschützt werden kann, sind doch Grundrechte insgesamt gesehen das wichtigste rechtsstaatliche Gegenstück zu einem staatlichen Gewaltmonopol. Sie begründen sozusagen ein Monopol der Bürger an einer persönlichen Sphäre, in die Gewaltmittel des Staates nicht oder nur in beschränktem Maße eindringen dürfen. Während die Etablierung eines staatlichen Gewaltmonopols potentiell eine gefährliche Bedrohung für die Freiheit der Bürger mit sich bringt, schafft die Geltung von Grundrechten ein neues ›Reservat‹, in dem sich private Freiheit und individuelle Selbstbestimmung ausdrücklich unter dem Schutz des staatlichen Gewaltmonopols entfalten sollen. Das staatliche Gewaltmonopol kreiert eine potentiell unbegrenzte Entscheidungsmacht der Rechtsorgane – der Rechtsstaat drängt sie zugunsten der Autonomie der Bürger schrittweise wieder zurück. Grundrechte sind dafür besonders geeignete Instrumente, weil sie den Einsatz staatlicher Zwangsmittel der Opportunität staatlicher Machthaber prinzipiell entziehen.

E. Die Durchnormierung der Gewaltanwendung – Der rechtsstaatliche Zwangsapparat als Bürokratie

1. Extensive und intensive Normierung

Die Verfassung eines Rechtsstaates, das Prinzip der Gewaltenteilung und die Geltung von Grundrechten schränken die Entscheidungsautonomie der staatlich-rechtlichen Organe in vielfältiger Hinsicht ein. Dies trifft in einer besonders hochgradigen Ausprägung auf diejenigen Organe zu, die in einem Rechtsstaat zur ›Gewaltanwendung‹ ermächtigt sind – damit meine ich Organe, die ermächtigt sind, Zwangsmaßnahmen gegen bestimmte Personen *anzuordnen* oder *durchzuführen*. Das gemeinsame Element in der Funktion dieser Organe besteht darin, daß sie *in einem konkreten Einzelfall* über die Anwendung von Zwangsmitteln – normativ

oder faktisch – verfügen können. Eine solche situative Verfügungsmacht über Zwangsmittel haben in einem Rechtsstaat Organe der Rechtsprechung sowie der Exekutive. Die Tätigkeit dieser ›gewaltanwendenden‹ Rechtsorgane ist in drei Dimensionen durch Normen bestimmt und reglementiert: im Hinblick auf ihre Kompetenzen, die einzuhaltenden Verfahren und den Inhalt ihrer Handlungsweise. Ihre Entscheidungsautonomie wird insofern der Tendenz und Zielrichtung nach durch eine umfassende Normbindung *vollständig* beseitigt.

Aber die ausgeprägte Normbindung der ›gewaltanwendenden‹ Organe im Rechtsstaat zeigt sich nicht nur in einer besonderen *Extension* ihrer Normierung. Sie zeigt sich auch darin, daß ihre Tätigkeit in einer besonders *intensiven* Weise Gegenstand von Normen ist. Allein die Tatsache, daß einem Entscheider Normen vorgegeben sind, ist ja nicht gleichbedeutend damit, daß er bei ihrer Anwendung über keinen Freiraum mehr verfügt. Normen können den Charakter von vagen Generalklauseln besitzen, sie können in einem solchen Maße unbestimmte Begriffe und unklare Folgerungsbeziehungen enthalten, daß kaum ein Unterschied zu einer Situation besteht, in der einer Person vollkommen freie Hand gelassen wird, nach ihrem eigenen Gutdünken vorzugehen.

Das Ideal des Rechtsstaates im Hinblick auf diejenigen Rechtsorgane, die zur tatsächlichen Ausübung von Zwang und zur Setzung individueller Zwangsnormen ermächtigt sind, ist deshalb nicht nur eine wie immer gartete ›Orientierung‹ dieser Organe an ihnen übergeordnete Normen. Ihre gesamte Tätigkeit soll vielmehr so normiert werden, daß ihre Entscheidungsfindung zumindest in einem Kernbereich determiniert und festgelegt ist.⁴⁷ Als Kriterium für ein ausreichendes Maß an Regelungsdensität gilt die Perspektive des Rechtsadressaten. Ihm soll *Rechtssicherheit* gegeben werden, d.h. er soll seine Rechtslage im Prinzip selbständig erkennen und sein Verhalten danach einrichten können.⁴⁸ Um das zu erreichen, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: *Erstens* müssen die Rechtsnormen bestimmte formale Qualitäten aufweisen. *Zweitens* muß ihre Anwendung den Regeln einer juristischen Entscheidungsbegründung entsprechen.

⁴⁷ Vgl. zu diesem Grundsatz Badura 1986, 397 ff.; Faber 1995, 88 ff.; Koch/Rubel 1992, 87 ff.; Maurer 1994, 96 ff.; Mayer/Kopp 1985, 129 ff.; Stern 1980, 731 ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu Mayer/Kopp 1985, 135; Stern 1984, 801 ff. – mit jeweils zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in der dieses Kriterium zugrunde gelegt wird.

2. Das Bestimmtheitsgebot

Aus der ersten Voraussetzung ergibt sich als »eine der wichtigsten Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips« das »Gebot zu Klarheit und Bestimmtheit«. ⁴⁹ Ein Gesetz muß »nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt« sein, »so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden«. ⁵⁰

Diese Formulierung enthält auf den ersten Blick sehr hohe Anforderungen an Präzision und Detailliertheit von Gesetzen. Eine totale ›Programmierung‹ der rechtsausführenden Organe durch den Gesetzgeber kann jedoch auch im Rechtsstaat nicht stattfinden. Auch seine Gesetze bleiben in vielen Punkten vage und allgemein, enthalten unbestimmte Begriffe oder billigen dem Normanwender ausdrücklich ein Ermessen zu. Jeder Gesetzgeber wäre überfordert, wenn er die Tätigkeit der Rechtsorgane durch gesetzliche Regelungen in allen Einzelheiten vorweg und abschließend festlegen müßte. Doch die Forderung nach ›hinreichender‹ Bestimmtheit von Gesetzesnormen ist nicht unbedingt so zu verstehen, daß der Staatsbürger die konkrete Rechtslage *allein* aus dem Wortlaut der Gesetze entnehmen können muß. Sie kann auch dann als erfüllt gelten, wenn es ihm möglich ist, diese Rechtslage aufgrund des Wortlauts der Gesetze und *weiteren* Entscheidungsgrundlagen des Rechtsanwenders zu erkennen.

Eine Bindung an vorgegebene Normen muß demnach nicht bereits an dem Punkt enden, an dem die Anwendung einer Norm zweifelhaft wird, an dem sie unbestimmte Begriffe enthält oder Ermessen einräumt. Die Alternative zu einem ›Maschinenmodell‹ von Rechtsanwendung und -vollzug ist nicht zwangsläufig die ›entfesselte‹ Judikative oder Exekutive. Sie besteht darin, daß *neben* den Gesetzen noch andere rechtliche Entscheidungsdeterminanten zum Zuge kommen. Genau dies geschieht im Rahmen einer juristischen Entscheidungsbegründung. ⁵¹

⁴⁹ Stern 1984, 829.

⁵⁰ BVerfGE 8, 274 (325 f.).

⁵¹ Grundlegend für das Folgende: Koch/Rüßmann 1982, 119 ff.; Koch 1979, 85 ff., 148 ff.

3. Juristische Entscheidungsbegründung

Eine juristische Entscheidungsbegründung läßt sich als eine Methode verstehen, mit der die willkürliche Dezision eines Rechtsanwenders auch dann noch vermieden werden kann, wenn der Wortlaut einer Rechtsnorm allein nicht ausreicht, um bei ihrer Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt ein bestimmtes Ergebnis eindeutig auszuzeichnen. Nach der üblichen rechtswissenschaftlichen Redeweise spricht man in einem solchen Fall von einem Bedarf nach *Auslegung* oder *Interpretation* der anzuwendenden Norm. Die Annahme, daß Fälle dieser Art mit der spezifischen Methode einer juristischen Entscheidungsbegründung gelöst werden können, ist gleichbedeutend mit der Annahme, daß auch bei der Auslegung und Interpretation von Rechtsnormen eine rational nachvollziehbare rechtliche Bindung und damit eine effektive Einschränkung der Entscheidungsautonomie des Rechtsanwenders möglich ist.

Der grundlegende Sinn der Regeln einer juristischen Entscheidungsbegründung läßt sich mit der Überlegung verdeutlichen, daß ein Normgeber die ›Bindungswirkung‹ von Normen als Instrumente der Verwirklichung seines Willens nicht unerheblich vergrößern kann, wenn er zusätzlich den Prozeß ihrer Anwendung in einer bestimmten Weise reglementiert. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich der ›Kanon‹ der juristischen Auslegungsmethoden in aller Kürze wie folgt charakterisieren:⁵²

1. ›Wörtliche‹ oder ›grammatische‹ Auslegung. Wenn durch intuitives Sprachverständnis nicht erkennbar ist, ob ein bestimmter Sachverhalt unter einen Rechtsbegriff fällt oder nicht, dann soll nach dieser Auslegungsregel die – fachsprachliche oder umgangssprachliche – Bedeutung des Begriffs gezielt ermittelt werden. Das Ergebnis wird dann entweder sein, daß der Sachverhalt eindeutig ein- bzw. ausgeschlossen werden kann, oder daß aufgrund der semantischen Unbestimmtheit des Begriffs keine Entscheidung nach dem Wortlaut der Norm möglich ist. Vom Standpunkt eines Normgebers versteht sich der Wert dieser Auslegungsregel von selbst: Die sprachliche Formulierung einer Norm dient ihm dazu, seinen Willen gegenüber einem Normadressaten auszudrücken – für diesen Zweck muß ihr sprachlicher Sinn von dem Normadressaten aber möglichst genau verstanden werden.

2. ›Systematisch-logische‹ Auslegung. Hat man es mit einem Sachverhalt zu tun, der in den semantischen Vagheitsbereich eines Rechtsbegriffs fällt,

⁵² Vgl. zu der Erörterung dieses Kanons in der juristischen Methodenlehre z.B. Alexy 1991, 288 ff.; Bydlinski 1982, 436 ff.; Engisch 1983, 68 ff.; Koch/Rüßmann 1982, 166 ff., 188 ff.; Larenz 1979, 307 ff.

dann soll nach dieser Auslegungsregel der ›Kontext‹ in Betracht gezogen werden, in dem eine Norm innerhalb einer Normenordnung steht, um Interpretationsvarianten auszuschneiden, die zu Unklarheiten oder logischen Widersprüchen in dieser Normenordnung führen würden. Aus der Sicht eines Normgebers ist diese Auslegungsregel sinnvoll, weil er Wert darauf legen muß, daß durch die Bewahrung logischer Konsistenz zwischen den von ihm vertretenen Normen auch die Widerspruchsfreiheit seiner verschiedenen Willensäußerungen gewahrt bleibt.

3. ›Historische‹, ›genetische‹ oder ›subjektiv-teleologische‹ Auslegung. Nach dieser Auslegungsmaxime soll angesichts einer unklaren ›Subsumtionssituation‹ so entschieden werden, daß die Regelungsabsichten, die Zwecke des Normgebers, die er mit der Setzung einer Norm erreichen will, verwirklicht werden. Auch diese Auslegungsregel ist vom Standpunkt eines Normgebers naheliegend. Die subsidiäre Orientierung des Normanwenders an dem Normzweck ist ein wirksames Mittel, ihn an den Willen des Normgebers auch dann zu binden, wenn der Normgehalt einen Entscheidungsspielraum läßt.

4. ›Objektiv-teleologische‹ Auslegung. Lassen sich die Zwecke eines Gesetzgebers nicht ermitteln, wird häufig auf eine Auslegung nach der ›ratio legis‹ verwiesen, dergemäß sich der Rechtsanwender auf den ›objektiven‹ Zweck des Gesetzes beziehen soll. Gibt man dieser Regel eine sinnvolle Interpretation, dann verlangt sie, bei der Auslegung einer Rechtsnorm auch diejenigen Prinzipien, Rechtsgrundsätze und Normzwecke heranzuziehen, die sich induktiv aus einer Rechtsordnung ›abstrahieren‹ lassen.⁵³ Aus der Sicht eines Normgebers ist eine so verstandene ›objektiv-teleologische‹ Auslegungsregel zweckmäßig, wenn sich die Konkretisierung einer Norm aus dem Gesagten und Gewollten allein nicht gewinnen läßt. Eine ›induktive Generalisierung‹ aus einer vorgegebenen Normenordnung auf die ihr zugrunde liegenden Prinzipien und Zwecke des Normgebers vermag zwar keine zwingenden Ergebnisse zu erbringen – sie ist aus der Sicht eines Normgebers einer ›ungebundenen‹ Entscheidung aber vorzuziehen, da sie immerhin die Chance erhöht, daß der Normanwender im Einklang mit dem Willen des Normgebers handelt.

Die nähere Analyse und Beurteilung dieser Auslegungsregeln sowie ihre Rangordnung sind in der Rechtswissenschaft und juristischen Methodenlehre umstritten. Weitgehend unumstritten ist aber ihre Funktion, den Vorgang der Normanwendung auf ein höheres Objektivitätsniveau zu heben und den Freiraum für ein normativ undeterminiertes, rein sub-

⁵³ Vgl. Dworkin 1984, 119 ff., 181 ff., 544 ff.; Bydliniski 1982, 402 ff.; 1988, 51 ff.

jektives Entscheiden des Rechtsanwenders zu verkleinern.⁵⁴ Und darauf kommt es hier an: auf die Tatsache, daß die Normbindung derjenigen Organe, die im Rechtsstaat zu einer Ausführung und Anordnung von Zwangsakten ermächtigt sind, auch jenseits des bloßen Gesetzeswortlauts noch so intensiv ist, daß Fälle, die eine autonome Entscheidung erfordern oder ermöglichen, Ausnahmecharakter haben. Wenn ein Rechtsanwender eine Norm ›auslegt‹ und ›interpretiert‹, dann handelt es sich um Vorgänge *innerhalb* einer normanwendenden Tätigkeit, die keineswegs den Übergang zu einer Entscheidungsfindung nach eigenen Maßstäben signalisieren.

Die Anforderung einer juristischen Entscheidungsbegründung unterwirft die rechtsanwendenden Organe *zusätzlichen* Normen, die den Vorgang der Rechtsanwendung selber steuern. Ein ›rechtlich gebundenes‹ im Gegensatz zu einem ›freien‹ Ermessen kann charakterisiert werden durch die Verbindlichkeit von besonderen ›Rechtsanwendungs-Normen‹, die dann wirksam werden, wenn die anzuwendenden Normen auslegungsbedürftig sind. In einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung ist insofern nicht nur die Erzeugung, sondern auch die Anwendung des Rechts Gegenstand sekundärer Normen.

Sind solche sekundären Normen juristischer Entscheidungsbegründung fester Bestandteil der Normanwendungspraxis, werden sie den angehenden Juristen gelehrt und tauchen sie regelmäßig in der Begründung von Urteilen und Verwaltungsakten auf, dann gehören sie zum geltenden Recht. Der rechtliche Status von ungeschriebenen ›Methodennormen‹ mag unter Rechtswissenschaftlern umstritten sein.⁵⁵ Unter einer empirischen Perspektive jedenfalls ist klar, daß diese Normen wichtige Determinanten des Handelns der Angehörigen des Rechtsstabes bilden – sie sind insofern wirksame Normen einer gesellschaftlichen Zwangsordnung und als solche aus der Sicht des Soziologen wichtige Faktoren sozialer Realität.

4. Rechtsstaat und Bürokratie

Die Anordnung und Durchführung von Zwangsmaßnahmen ist in einem Rechtsstaat bei bestimmten staatlichen Organen zentralisiert: also Aufgabe einer eigenen *Organisation*. Die Beschreibung der Regeln und Normen, die den rechtsprechenden und rechtsvollziehenden Organen zu-

⁵⁴ Vgl. Bydlinski 1982, 8 ff.

⁵⁵ Eindeutig in dieser Frage: Hoerster 1986c.

grunde liegen, kann man daher auch als Beschreibung einer Organisation mit einer bestimmten Organisationsstruktur betrachten. Unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich, daß die Organisation der Zwangsausübung im Rechtsstaat einen speziellen *Typus* von Organisation darstellt. Es handelt sich um eine *Bürokratie* im Sinne Max Webers, der diesen speziellen Organisationstypus als genuines Produkt der modernen westlichen Gesellschaft ansah. Demzufolge wäre es ein charakteristisches Merkmal des Rechtsstaates, daß er zu einer *Bürokratisierung von Rechtsprechung und Verwaltung* und damit zu einer Bürokratisierung der staatlichen Gewaltanwendung insgesamt führt.⁵⁶

Diese Feststellung ist nicht nur unter klassifikatorischen Gesichtspunkten von Interesse. Die Frage, wie die Entstehung und Existenz einer rechtsstaatlichen Zwangsordnung erklärt werden können, läßt sich so mit der Frage in Zusammenhang bringen, wie die Entstehung und Existenz bürokratischer Organisationen erklärt werden können:⁵⁷ ohne Bürokratie kein Rechtsstaat.

Für Weber sind bürokratische Organisationen vor allem Ausdruck einer zweckrational umgesetzten obrigkeitlichen Gewalt, wirksame Instrumente zur Durchsetzung eines beliebigen Herrscherwillens. Bürokratische Organisation ist aber auch unverzichtbarer Ausdruck rechtsstaatlicher Gewaltenteilung und der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers.⁵⁸ Beides verlangt die weitgehende Einschränkung der Entscheidungsautonomie hauptsächlich der Exekutive und ihre Unterordnung unter einen externen Willen – ein Prinzip, das sich in entsprechenden hier-

⁵⁶ Weber führt u.a. folgende Merkmale als wesentlich für eine bürokratische Organisation an: 1. Jedes Mitglied verfügt über einen eindeutig abgegrenzten Bereich von Leistungspflichten und die zur Erfüllung dieser Pflichten notwendigen Befugnisse und Mittel. 2. Die Erfüllung der Aufgaben im Rahmen dieser Kompetenzen erfolgt nach umfassenden und detaillierten Regeln. 3. Die Kenntnis und Anwendung dieser Regeln erfordert eine besondere Qualifikation und Schulung. 4. Alle Entscheidungen sind durch übergeordnete Instanzen kontrollierbar. Das ›Wesen‹ der bürokratischen Organisation besteht nach Weber in der »abstrakten Regelmäßigkeit« ihrer Tätigkeit, in der »prinzipiellen Ablehnung der Erledigung ›von Fall zu Fall‹« und damit der Ausschaltung »der freien Willkür und Gnade, der *persönlich* motivierten Gunst und Bewertung«, wie sie in »regelfreier individueller Wertung des Einzelfalles« zum Ausdruck kommt. Vgl. Weber 1921, 125 ff., 551 ff., 563 ff., 576.

⁵⁷ Zum Typus bürokratischer Organisation im Rahmen der modernen Organisationstheorie vgl. Kieser/Kubicek 1992, 35 ff.; in der Verwaltungssoziologie Mayntz 1982, 82 ff. Eine ausführliche Untersuchung der Bedeutung bürokratischer Organisationsstrukturen in der modernen Verwaltung findet sich bei Dreier, H. 1991, 141 ff.

⁵⁸ So bereits prägnant Kelsen 1929.

archischen Organisationsstrukturen niederschlagen muß: nicht im Interesse eines Machthabers an willfähigen Untertanen, sondern im Interesse derjenigen, die von der Verwaltung als Machtinstrument betroffen sind.⁵⁹ Gerade unter dem Aspekt, daß bürokratische Organisationen unter Effizienzkriterien eher skeptisch zu beurteilen sind, ist es für den Bürger beruhigend, wenn die organisierte Staatsgewalt im Rechtsstaat eine bürokratisierte Gewalt ist – denn das bedeutet, daß diejenigen, die zur Anordnung und Ausführung von Zwang ermächtigt sind, einer extensiven und intensiven Normierung ihrer hoheitlichen Tätigkeit unterworfen sind.

F. Die Institutionen des Rechtsstaates unter empirischen Gesichtspunkten

1. Die logische Struktur einer rechtsstaatlichen Zwangsordnung

Im modernen Rechts- und Verfassungsstaat ist es uneingeschränkt gerechtfertigt, vom Recht als von einer Zwangsordnung im Sinne einer ›Ordnung des Zwangs‹ zu sprechen. Es ist zwar für jede Rechtsordnung zutreffend, daß sie den Gebrauch von Zwang und Gewalt in mehr oder weniger großem Umfang privater Entscheidungsautonomie entzieht und durch Normen einschränkt und reglementiert. Aber erst der Rechtsstaat errichtet eine ›Ordnung des Zwangs‹ in der umfassenden Weise, daß die Weisung zur Anwendung physischer Gewalt und die tatsächliche Verhängung von Zwangsakten *grundsätzlich* den autonomen Entscheidungen der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft entzogen ist. Hier ist der Gebrauch von Zwang nur aufgrund einer ausdrücklichen rechtlichen Erlaubnis zulässig und die zur Anordnung und Durchführung von Zwangsmaßnahmen ermächtigten Rechtsorgane dürfen solche Maßnahmen nur in Anwendung einer ihnen vorgegebenen Norm anordnen und durchführen.

An dem Ort also, an dem sich staatliche Macht und Herrschaft in einer gesellschaftlichen Ordnung am unmittelbarsten manifestieren, weil bestimmte Personen für den konkreten Einzelfall die Verfügungsmacht über Zwangsmittel besitzen, ist in einem Rechtsstaat die Tätigkeit der staatlichen Organe am vollständigsten einer Normierung unterworfen. Bildlich gesprochen: Je umfassender staatliche Organe über Bedingungen und Art des Einsatzes von Zwangsmitteln entscheiden können, desto weiter weg sind sie von der tatsächlichen Verfügung über diese Mittel, und je näher

⁵⁹ Vgl. Baumann 1990a.

sie den tatsächlichen Zwangsmitteln sind, desto weniger können sie über Bedingungen und Art ihres Einsatzes entscheiden.

Der besondere Grad in der Normierung rechtlicher Zwangsausübung zeigt sich in der Struktur einer rechtsstaatlichen Normenordnung an den logischen Beziehungen zwischen den Normen dieser Ordnung. In jeder Rechtsordnung stehen Rechtsnormen als Elemente von Normensystemen in Ableitungsbeziehungen zu anderen Normen, die in den Basisnormen der Verfassung münden. Solche Ableitungsbeziehungen können aber grundsätzlich zwei Ausprägungen haben: Zum einen kann durch die ›höhere‹ Norm nur ein Normgeber eingesetzt werden, der zur Setzung der ›niederen‹ Normen ermächtigt wird. Ist diese Ermächtigung nicht weiter qualifiziert, dann steht es im freien Ermessen des ermächtigten Normgebers, welchen Inhalt die Normen haben, die er erläßt – man kann diesen Normgeber insofern als *autonomen* Normgeber bezeichnen.

Zum anderen kann die ›höhere‹ Norm den Inhalt der ableitbaren Normen in einem mehr oder weniger großen Ausmaß selber bestimmen⁶⁰ – das ist regelmäßig der Fall in Normbeziehungen innerhalb einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung. Eine solche inhaltliche Determination der ›niederen‹ Normen ist, wie wir gesehen haben, bereits ein wesentliches Merkmal der rechtsstaatlichen Verfassungsnormen. Sie regeln die Erzeugung neuer Rechtsnormen nicht nur, indem sie einen Gesetzgeber zur Normsetzung ermächtigen. Sie nehmen auch Einfluß auf den Inhalt der künftigen Gesetze. Es ist charakteristisch für die Struktur einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung, daß diese inhaltliche Determination der ›niederen‹ durch die ›höheren‹ Normen in dem Maße zunimmt, in dem man sich von den Verfassungsnormen entfernt und auf den Stufen einer Rechtsordnung ›nach unten‹ bewegt. Sie beginnt mit der Einschränkung des Gesetzgebers durch die Verfassung und endet mit der mehr oder weniger vollständigen Festlegung des Inhalts der individuellen Zwangsnormen: mit Normsetzungen also, die nur noch Konkretisierungen des Inhalts allgemeiner Norm sein dürfen und insofern von *heteronomen* Normgebern ausgehen.

In den logischen Beziehungen innerhalb des Stufenbaus einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung zeigt sich der spezifische Normierungsgrad demnach darin, daß nicht nur ›formale‹, sondern auch ›inhaltliche‹ Ableitungsbeziehungen zwischen Normen bestehen. Sie bestehen vor allem zwischen den allgemeinen Normen, die als Gesetze von einem Gesetzgeber erlassen werden, und den individuellen Rechtsnormen, die durch die

⁶⁰ Vgl. Kelsen 1962, 228 ff.

Organe der Verwaltung und Rechtsprechung gesetzt werden. Es ist an erster Stelle die inhaltliche Ableitbarkeit dieser individuellen Rechtsnormen, durch die sich die logische Struktur einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung von der anderer Rechtsordnungen unterscheidet, in denen der Erlaß solcher Normen in mehr oder weniger großem Umfang in das Ermessen der zuständigen Organe gestellt ist. Anders ausgedrückt: Es ist die durch die inhaltliche Ableitbarkeit individueller Rechtsnormen im Vorhinein gewährleistete objektive Erkennbarkeit des geltenden Rechts für den konkreten Einzelfall, die den Kern einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung ausmacht.⁶¹

2. Normsetzung als Gegenstand von Verhaltensnormen

Welche empirische und explanative Bedeutung hat die logische Struktur einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung aus einer soziologischen Perspektive? Unsere Beschreibung der rechtsstaatlichen Institutionen stand zwar von vornherein unter dem selektiven Blickwinkel des Soziologen, die entscheidenden Schlußfolgerungen müssen nun aber auch noch explizit gezogen werden.

Der Ausgangspunkt für den Soziologen ist nach wie vor, daß die regelmäßige Ausführung bestimmter Zwangsakte als normorientiertes Handeln mit der Geltung der Normen einer Zwangsordnung erklärt werden muß. Wir hatten festgestellt, daß jede Erklärung einer Verhaltensregelmäßigkeit mit der Geltung einer Norm drei Aufgaben lösen muß: *Erstens* muß der Normgeber der betreffenden Norm identifiziert werden. *Zweitens* muß erklärt werden, wie der Willen dieses Normgebers Wirksamkeit erlangt. *Drittens* ist zu erklären, warum eine bestimmte Handlungsweise des Normadressaten Gegenstand des Willens des Normgebers ist.

Für die beiden ersten Schritte einer solchen Erklärung wurden bereits aus der Tatsache, daß eine Rechtsordnung aus einem Stufenbau von Ermächtigungsnormen besteht, wichtige Erkenntnisse gewonnen. Es wurde deutlich, daß die Macht der rechtlichen Normgeber ihrerseits eine durch Normen erzeugte Macht ist, die ihre empirische Quelle in letzter Instanz in der Ermächtigung durch die Verfassung der Rechtsordnung und damit in dem Willen der Verfassungsgeber hat. Diese Erkenntnis ermöglicht gleichzeitig die Identifikation der Normgeber auf den verschiedenen Stufen einer Rechtsordnung.

⁶¹ »Das Prinzip des Rechtsstaates (ist) ... im wesentlichen das Prinzip der Rechtssicherheit.« (Kelsen 1960, 257)

Solche Erkenntnisse fehlten aber im Hinblick auf eine Erklärung für die *Willensrichtung* der ermächtigten Normgeber. So blieb offen, inwiefern für die explanativ wichtige Frage, warum ein Normgeber eine Norm mit einem bestimmten Inhalt vertritt, ebenfalls eine Rolle spielt, wenn er diese Norm nicht isoliert, sondern als Element eines Normensystems in Geltung setzt. Diese Frage nach den Ursachen für die Willensrichtung eines Normgebers ist gerade im Hinblick auf die Erklärung eines normorientierten Handelns durch eine Verhaltensnorm – wie der Verhängung eines Zwangsaktes durch eine Zwangsnorm – von zentraler Bedeutung, denn die Willensrichtung des Normgebers ist in diesem Fall für die konkrete Handlungsweise des Normadressaten ja unmittelbar verantwortlich. Ohne eine Erklärung für die Willensrichtung der Normgeber von Zwangsnormen bliebe daher auch unerklärt, warum in einer Rechtsgemeinschaft bestimmte Zwangsakte von den dazu ermächtigten Organe im Einzelfall tatsächlich verhängt werden.

Und in der Tat ist es auch für die Erklärung der Willensrichtung eines Normgebers von unmittelbarer Relevanz, ob er eine Norm als Element eines Normensystems gesetzt hat oder nicht. Genauer gesagt: ob es sich bei der gesetzten Norm um eine Norm handelt, die als Element eines Normensystems in einer *inhaltlichen* Ableitungsbeziehung zu einer übergeordneten Norm steht oder nicht. Wenn nämlich aus bestimmten Normen einer Rechtsordnung nicht nur abgeleitet werden kann, wer zur Erzeugung von Rechtsnormen ermächtigt ist, sondern wenn diese Normen auch den Inhalt der zu erzeugenden Normen festlegen, dann bedeutet das aus soziologisch-explanativer Sicht, daß nicht nur die Macht der betreffenden Normgeber auf ›höhere‹ Normen zurückgeführt werden muß, sondern daß dies auch für ihre Normsetzungen selber zutrifft, d.h. für das Faktum, daß sie Normen mit einem bestimmten Inhalt vertreten.

Betrachten wir noch einmal die normlogischen Relationen im Fall einer uneingeschränkten Ermächtigung:

Ermächtigungsnorm (EN):	Zwang soll so ausgeübt werden, wie N will
Normsetzung:	N will, daß A gegen B Zwang ausübt

Abgeleitete Norm (AN):	A soll gegen B Zwang ausüben
Normorientiertes Handeln:	A übt gegen B Zwang aus

Die Zwangsmaßnahme des A gegen B muß mit der Macht und dem Willen des Normgebers N erklärt werden, wonach A Zwang gegen B ausüben soll. In diesem Fall ist aber nur die Machtposition von N durch eine Norm erklärbar, nämlich durch die Ermächtigungsnorm EN, nicht dage-

gen seine Willensrichtung. Offen bleibt demnach, wie die Handlungsweise von N selbst, also seine Setzung von AN, ihrem Inhalt nach zu erklären ist, d.h. warum N will, daß A gegen B Zwang ausübt. Die Normsetzung durch N kann nur insoweit als normorientiertes Handeln erklärt werden als sie Gegenstand einer Ermächtigungsnorm ist.

Für einen Rechtsstaat ist es dagegen charakteristisch, daß die Setzung einer individuellen Zwangsnorm darüber hinaus Gegenstand einer Verhaltensnorm ist, die für diese Zwangsnorm einen bestimmten Inhalt vorschreibt. Dem entspricht das folgende Schema mit einer entsprechend qualifizierten Ermächtigungsnorm:

Ermächtigungsnorm (ENR):	Zwang soll so ausgeübt werden, wie N will, <i>wenn</i> N die an ihn adressierten Verhaltensnormen befolgt
Verhaltensnorm (VN):	Wenn eine Person p tut, soll N A anweisen, Zwang gegen diese Person auszuüben
Empirische Prämisse:	B tut p
Abgeleitete Norm ₁ (AN ₁):	N soll die Norm setzen: ›A soll gegen B Zwang ausüben‹
Normorientiertes Handeln ₁ (Normsetzung):	N will, daß A gegen B Zwang ausübt
Abgeleitete Norm ₂ (AN ₂):	A soll gegen B Zwang ausüben
Normorientiertes Handeln ₂ :	A übt gegen B Zwang aus

Das ursprüngliche Explanandum ist das Verhalten von A gegenüber B. Es ist erklärbar durch die Normsetzung von N, der dieses Verhalten von A verlangt. Aber in diesem Fall ist die Tatsache der Normsetzung durch N, die Tatsache daß N ein bestimmtes Verhalten von A will, außerdem Gegenstand einer Verhaltensnorm VN, die diese Normsetzung vorschreibt. Sie ist damit ein normorientiertes Handeln, das auch in *dieser* Hinsicht durch die Geltung einer Norm erklärt werden muß. Der Wille von N muß *seinem Inhalt nach* durch die Geltung von VN erklärt und das heißt: empirisch auf den Willen des Normgebers von VN zurückgeführt werden, wonach N eine Norm mit einem bestimmten Inhalt setzen *soll*. Ebenso wie die Handlungsweise des A als normorientiertes Handeln durch die Geltung der von N gesetzten Norm bzw. die Wirksamkeit von N's Willen erklärt werden muß, muß also die Handlungsweise des N, seine Setzung einer bestimmten Norm, durch die Geltung von VN und die Wirksamkeit des Willens des Normgebers von VN erklärt werden.

Für den Soziologen hat eine solche Konstellation die Konsequenz, daß die Determinanten für die Willensbildung des heteronomen Normgebers N nicht unmittelbar in Fakten wie seinen empirischen Interessen, persönlichen Präferenzen, Überzeugungen oder Werthaltungen zu suchen sind, sondern in dem Willen eines anderen Normgebers und den Determinanten, die *seiner* Willensbildung zugrunde liegen. Ebenso wie die empirische Grundlage der Macht von N das Faktum ist, daß ein anderer *will*, daß er diese Macht besitzt, ist die empirische Grundlage seiner Machtausübung, daß ein anderer *will*, daß er seine Macht in einer bestimmten Weise ausübt.

Die Analyse der logischen Beziehungen in dem Stufenbau einer rechtsstaatlichen Normenordnung ergibt demnach unter empirischen Gesichtspunkten die wichtige Schlußfolgerung, daß im Rechtsstaat Entstehung *und* Ausübung von Zwangsmacht mit der Geltung von Normen erklärt werden müssen. Ähnlich wie der Soziologe bei einer Erklärung von Macht durch Ermächtigung nicht ohne weiteres auf ›harte‹ Fakten stößt, sondern sich sozusagen ›innerhalb‹ einer Normenordnung bewegen muß, die Kraft ihrer Wirksamkeit die Fakten der Macht erst erzeugt, gilt das auch für die Erklärung der Willensrichtung und Handlungsweise von Machthabern, insoweit sie im Rechtsstaat einer inhaltlichen Normierung ihrer Machtausübung unterworfen sind. Auch hier bleibt der Soziologe auf eine Kenntnis der jeweiligen Normenordnung angewiesen, um die ausschlaggebenden Ursachen für die zu erklärenden Handlungsweisen zu erfassen.

Und auch in diesem Fall handelt es sich um eine Einsicht von erheblicher Tragweite. Denn ebenso wichtig und in gewisser Weise überraschend wie die Tatsache, daß die zentralen Macht- und Herrschaftspositionen in einer Gesellschaft durch Ermächtigung, also *Machtübertragung*, erzeugt werden, ist die Tatsache, daß die *Ausübung* dieser Macht und Herrschaft nicht im Ermessen der Machthaber steht, sondern erfolgreich durch Normen reglementiert wird. Der Soziologe muß demnach nicht nur erklären können, warum Menschen Macht an andere abgeben. Er muß zusätzlich erklären können, warum Machthaber in ihrer Autonomie gravierende Einschränkungen hinnehmen und Normen zur Durchsetzung verhelfen, die nicht auf ihren eigenen Willen und Entschluß zurückgehen.

3. Die Einheit der Rechtsordnung und die Grundlage der Willensbildung

Die drei Aufgaben bei der Erklärung eines normorientierten Handelns sind im Fall der Verhängung von Zwangsakten, sofern sie in die Struktur einer rechtsstaatlichen Normenordnung eingebettet ist, zunächst gelöst: *Erstens* können aufgrund der geltenden Ermächtigungsnormen die Normgeber als die Organwalter in Rechtsprechung und Verwaltung identifiziert werden. *Zweitens* weiß man, worin die Grundlage für die Macht dieser Normgeber besteht: nämlich in der Geltung eben dieser Ermächtigungsnormen. *Drittens* schließlich sind auch die Ursachen für ihre Willensrichtung erkennbar: und zwar in der Geltung von Verhaltensnormen, die – vor allem in der Form von Gesetzen – den Organen von Rechtsprechung und Verwaltung ihre Entscheidungen inhaltlich vorschreiben.

Seine Erklärungsaufgabe ist für den Soziologen damit aber keineswegs abgeschlossen. Denn wenn er im Zuge der Erklärung eines normorientierten Handelns feststellt, daß auch die Normsetzungen der betreffenden Normgeber auf einem normorientierten Handeln beruhen und in allen Dimensionen mit der Geltung von Normen zu erklären sind, dann ergibt sich daraus die neue Anforderung, nunmehr die Handlungsweise dieser Normgeber selber im Hinblick auf die Identität, Macht und Willensrichtung der *ihnen* übergeordneten Normgeber zu erklären. Auch in diesem Fall iteriert sich also die Erklärungsaufgabe des Soziologen.

Was eine solche Iteration im Hinblick auf die Machtgrundlage der Normgeber in einer Rechtsordnung bedeutet, wurde bereits analysiert. Ermächtigungsnormen bilden in einer Rechtsordnung eine Hierarchie, die erst in den Verfassungsnormen dieser Ordnung endet. In ihrer Geltung ist das empirische Zentrum der gesamten Rechtsmacht lokalisiert, aus dem sich die Macht aller durch die Rechtsordnung eingesetzten Normgeber ableitet. Die Macht der Verfassungsgeber muß dagegen auf außerrechtliche Tatsachen zurückgeführt werden.

Der Stufenbau einer rechtsstaatlichen Normenordnung zeigt, daß eine solche Iteration auch bei den Verhaltensnormen vorliegt, durch die rechtlich ermächtigten Normgebern der Inhalt ihrer Normsetzung vorge-schrieben wird. Wenn man etwa die Entscheidungstätigkeit von Rechtsprechungs- oder Verwaltungsorganen als normorientiertes Handeln erklären will, dann stellt man fest, daß die Normgeber, die diesen Organen Verhaltensnormen für ihre Entscheidungen vorgeben, in ihrer Willensbildung und Normsetzung ebenfalls Normen unterworfen sind. Das ist besonders deutlich im Fall der generellen Normen, die als Rechtsverord-

nungen von Verwaltungsorganen gesetzt werden und Grundlage für Verwaltungsakte untergeordneter Verwaltungsorgane sind. In diesem Fall ist die inhaltliche Determination der Willensbildung des Verordnungsgebers durch gesetzliche Normen kaum weniger intensiv als die Determination der ihm untergeordneten Normgeber durch seine Verordnungen. Aber auch der Gesetzgeber ist in seiner Willensbildung im Rechtsstaat bekanntlich nicht frei und ungebunden. Er wird seinerseits durch die Normen der Verfassung erheblich eingeschränkt. Der Soziologe wird also registrieren, daß er mit dem Phänomen, daß die Willensrichtung eines Normgebers durch das Wollen ihm übergeordneter Normgeber geprägt wird, auf mehreren Stufen einer Rechtsordnung konfrontiert ist.

Allerdings existiert innerhalb des Stufenbaus einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung zwischen der ›formalen‹ Ableitbarkeit von Rechtsnormen aus Ermächtigungsnormen und ihrer ›inhaltlichen‹ Ableitbarkeit aus Verhaltensnormen ein wesentlicher Unterschied. Während sich die Macht zur Rechtsetzung von den Verfassungsnormen und den Grenzorganen bis zum untersten Rechtsorgan sozusagen ›lückenlos‹ ableiten läßt, gilt das für die inhaltliche Determination der Normsetzung der Rechtsorgane nicht. Die Willensbildung der Normgeber in einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung hat – anders als ihre Macht – *keine* einheitliche empirische Quelle! Es ist es für eine solche Rechtsordnung vielmehr kennzeichnend, daß die inhaltliche Determination der Willensbildung der Normgeber durch übergeordnete Normen abnimmt und insofern ihre Autonomie zunimmt, je weiter man in der ›Pyramide‹ der Rechtsnormen in die Nähe der ›Spitze‹ kommt. Während die inhaltliche Determination für die Organe, die individuelle Zwangsnormen setzen, noch nahezu vollständig ist, trifft das für den Gesetzgeber in seinem Verhältnis zu den Verfassungsnormen keineswegs mehr zu. Jede dynamische Normenordnung wird die Inhalte ihrer Normen durch ihre Basisnormen nur unvollständig festlegen, denn sie ist ja gerade dadurch definiert, daß sie die Erzeugung von Normen mit neuen Inhalten zuläßt.

Eine in relevanten Aspekten normativ ungebundene, autonome Willensbildung rechtlich ermächtigter Normgeber hat in einer rechtsstaatlichen Normenordnung also eine wesentliche, den Inhalt der Rechtsordnung prägende Funktion. In dem Maße aber, in dem das der Fall ist, muß der Soziologe außerrechtliche Ursachen für diese Willensbildung namhaft machen. Für ihn ist unter diesem Aspekt in einem Rechtsstaat ›mehr‹ zu tun als unter dem Aspekt einer Erklärung rechtlicher Macht. Die ›genuinsoziologische Arbeit, bei der ein Soziologe von der Rechtswissenschaft und deren Beschreibung der Struktur und des Inhalts einer Rechtsord-

nung nichts mehr lernen kann, beginnt im Hinblick auf die Willensbildung rechtlicher Normgeber früher, da es hier verstärkt um Phänomene geht, die nicht mehr durch das Recht und seine Normen erzeugt werden.

Rechtliche Ungebundenheit ihrer Willensbildung und damit Autonomie besteht für die Normgeber einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung allerdings in sehr unterschiedlichen Ausmaßen. Der Gesetzgeber hat einen sehr viel größeren Spielraum als der Richter oder Verwaltungsbeamte. In einem vollständig ›rechtsfreien‹ Raum agieren auch in dieser Hinsicht aber wiederum nur die Verfassungsgeber. Ähnlich wie ihre Macht eine gänzlich außerrechtliche, gesellschaftliche Basis haben muß, gilt das auch für ihre Willensrichtung. Warum die Verfassungsgeber eine Verfassung mit einem bestimmten Inhalt wollen, kann nicht mehr durch die Normen der Rechtsordnung festgelegt oder mitbestimmt sein, sondern fällt allein in ihre insoweit uneingeschränkte Entscheidungssouveränität. Für das Ergebnis ihrer Willensbildung ist folglich – ebenso wie für ihre Macht, eine Rechtsordnung mit einer bestimmten Verfassung faktisch zu etablieren – eine rein soziologische Erklärung am Platz, d.h. eine Erklärung, die sich auf keine ›rechtlichen‹, sondern ausschließlich auf ›soziale‹ Tatsachen stützt.

Das gerade Gegenteil aber gilt für diejenigen Personen, die in einem Rechtsstaat die ›Schlüsselmacht‹ haben, im Einzelfall über die Anwendung von Zwang und Gewalt zu verfügen. Hier, wo die konkreten Entscheidungen fallen, ob, wie und gegen welche Personen die staatliche Zwangsmacht tatsächlich eingesetzt wird, liegt eine durchgehende normative Bindung der Entscheidungsträger und damit eine Minimierung ihrer Autonomie vor. Sie sind als Normgeber heteronom. Die soziologische Erklärung für ihre Handlungsweisen kann sich deshalb auch allein auf ›rechtliche‹ Tatsachen stützen.

4. Die Aufgabe des Soziologen und das Paradox des Rechtsstaates

Die Analyse des Rechtsstaates als soziologisches Explanandum ist abgeschlossen. Nach dieser Analyse hat die Existenz rechtsstaatlicher Institutionen für den Soziologen vor allem die Konsequenz, daß er in der Erklärung bestimmter normorientierter Handlungsweisen, die für die Existenz sozialer Ordnung eine zentrale Rolle spielen, auf andere normorientierte Handlungsweisen bzw. ›höherstufige‹ Normen Bezug nehmen muß. Die Entwicklung zum modernen Rechts- und Verfassungsstaat ist dadurch gekennzeichnet, daß das Netz dieser sekundären Normen immer vielgestaltiger und engmaschiger wird. Für den Soziologen bedeutet das, daß er

in zunehmendem Maße die Wirksamkeit und den Inhalt sekundärer Normen berücksichtigen muß, wenn er die Geltung fundamentaler primärer Normen als den Kern sozialer Ordnung erklären will. Betrachtet man es als Ziel einer soziologischen Theorie, die Entstehung sozialer Normen aus einem Zustand der ›Normlosigkeit‹ zu erklären, dann hat diese empirische Verknüpfung unterschiedlicher Normebenen eine nicht unwesentliche Erschwerung der Erklärungsaufgabe zu Folge.

Es ist aber auch deutlich geworden, daß eine rechtsstaatliche Verfassung für eine gesellschaftliche Zwangsordnung so etwas wie eine Quadratur des Zirkels darstellt – sowohl in der sozialen Realität als auch für die Theorie der Soziologie stellt sie *die* Herausforderung dar. Zum einen verkörpert ein Rechtsstaat die Entmachtung der Bürger durch ein Gewaltmonopol des Staates. Zum anderen soll die Ausübung dieser monopolisierten Macht im Interesse dieser ohnmächtigen Bürger durch Normen begrenzt und bestimmt werden. Der für die Verfassung einer rechtsstaatlichen Zwangsordnung grundlegende Wille läßt sich so interpretieren, daß die Macht, über Zwangsmittel zu verfügen und damit die Möglichkeit zu haben, Regelungen und Normen unter Zuhilfenahme physischer Gewaltmittel in Geltung zu setzen, nicht auf dem ›Recht des Stärkeren‹ beruhen soll, sondern unabhängig von den faktischen Machtverhältnissen auf der Anwendung der Normen einer Rechtsordnung.⁶²

Der Versuch, eine soziologische Antwort auf die Frage zu finden, wie eine solche Organisation staatlicher Macht und rechtlichen Zwangs empirisch dauerhaft möglich ist, führt leicht in ein theoretisches Dilemma. Auf der einen Seite ist man mit dem Faktum konfrontiert, daß Zwangsanzwendung ein offenbar universelles Instrument zur Durchsetzung von Normen ist, was die Annahme nahelegt, daß Zwang eine unverzichtbare Garantiefunktion für die Existenz sozialer Ordnung hat. Auf der anderen Seite soll man den Rechtsstaat als ›Ordnung des Zwangs‹ erklären, was wiederum nur gelingt, wenn sich zeigen läßt, daß soziale Ordnung auch *ohne* Zwang existieren kann, ja, daß sie sogar ohne Zwang die Zwangsausübung selber reglementieren kann. Macht man somit plausibel, wie soziale Ordnung innerhalb der Institutionen des Rechts ohne Zwang möglich ist, dann wird es umso schwieriger, die Universalität des Zwangs als Instrument sozialer Ordnung zu erklären – kann man jedoch plausibel machen, warum Zwang als Instrument sozialer Ordnung unverzichtbar ist, dann läßt sich kaum noch erklären, wie eine Ordnung des Zwangs selber möglich ist. Der Soziologe läuft so beständig Gefahr, entweder eine ›zu

⁶² »Wer Macht hat, darf nicht frei sein.« (Franz Böhm)

starke« Erklärung für die Existenz des Zwangs zu liefern oder eine »zu starke« Erklärung für die Möglichkeit zwangloser sozialer Ordnung. Was er in Wirklichkeit – in einem Manöver zwischen Skylla und Charybdis – erklären muß, ist die »freiwillige Kooperation innerhalb eines Zwangssystems«. ⁶³

Die besondere Schwierigkeit einer solchen Erklärung besteht unter rechtsstaatlichen Bedingungen in der Umkehrung der prima facie plausiblen Verhältnisse. Diejenigen, die scheinbar über die notwendigen Machtressourcen verfügen, Normen nach ihrem persönlichen Belieben durchzusetzen, sind im Rechtsstaat in einem Maße Normen unterworfen wie keine anderen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, und zwar darüber hinaus Normen, die gerade denjenigen zugute kommen, die keine vergleichbaren Machtmittel aufbieten können. Während die »machtlosen« Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft einen durch Grundrechte verbrieften Freiraum individueller Selbstbestimmung genießen, sind die Angehörigen der staatlichen Zwangsorgane als Mitglieder einer bürokratischen Organisation in ihren Entscheidungen »entmündigt«. Wie ist diese normative Unterwerfung der staatlichen Macht zu vereinbaren mit der faktischen Verteilung dieser Macht, die ja auch unter den Bedingungen rechtsstaatlicher Gewaltenteilung in wenigen Händen konzentriert ist?

Wenn das Kernproblem eines Rechtsstaates in soziologischer Sicht seine umfassende Normierung der Anwendung von Zwang und Gewalt ist, dann muß eine Erklärung für die Entstehung und Existenz einer solchen Ordnung vor allem die Normgeber identifizieren, die als Interessenten und Garanten einer rechtsstaatlichen Verfassung hinter den Normen dieser Ordnung stehen, sie muß ihre Motive plausibel machen und die Grundlagen ihrer Macht benennen. Diese Aufgaben zu lösen wird allerdings nicht ganz einfach sein. Sind nämlich die *Garanten* der Verfassung einer rechtsstaatlichen Ordnung diejenigen, die faktisch über die Zwangsmittel in einer Rechtsgemeinschaft verfügen, dann kann man zwar ihre Macht zur Durchsetzung ihres Willens erklären, dann fragt sich aber, wie man ihren Willen erklären kann, sich selber im Gebrauch ihrer Macht den Normen des Rechtsstaates zu unterwerfen, wie man also erklären kann, daß sie auch *Interessenten* einer rechtsstaatlichen Verfassung sind. Sind die relevanten *Interessenten* einer rechtsstaatlichen Verfassung dagegen in Personengruppen zu suchen, die selber nicht über staatliche Zwangsmittel verfügen, dann kann man zwar ihren Willen erklären, die Besitzer dieser Zwangsmittel im Gebrauch ihrer Macht den Normen des Rechtsstaates

⁶³ Hart 1961, 193; meine Übersetzung.

zu unterwerfen, dann fragt sich aber, wie man man ihre Macht erklären kann, diesen Willen auch durchzusetzen, wie man also erklären kann, daß sie auch *Garanten* der Verfassung sein können.

In diesem ›Paradox des Rechtsstaates‹ kann man einen gewichtigen Beleg für die Richtigkeit einer These sehen, die H. L. A. Hart im Zusammenhang seiner rechtsphilosophischen Untersuchungen formuliert hat und die einen für eine soziologische Erklärung rechtlicher Institutionen zentralen Punkt berührt. Sie lautet, daß eine dauerhafte und stabile Existenz einer Rechtsordnung nur dann möglich ist, wenn es eine genügende Anzahl von Menschen gibt, die einen »internen Standpunkt« gegenüber den Normen dieser Rechtsordnung, insbesondere gegenüber den grundlegenden Normen ihrer Verfassung, einnehmen.⁶⁴ Einen internen Standpunkt gegenüber einer Norm einzunehmen, bedeutet für Hart, diese Norm als verbindlichen Verhaltensmaßstab – für sich selbst und andere – zu *akzeptieren*, d.h. sich in seinem Verhalten freiwillig an dieser Norm zu orientieren, ohne in jedem Einzelfall die zu erwartenden Vor- und Nachteile ihrer Befolgung oder Übertretung zu berechnen.⁶⁵

Die Unverzichtbarkeit eines solchen internen Standpunkts gegenüber den Normen einer Rechtsordnung sieht Hart dabei weniger im Hinblick auf die Rechtsnormen, die sich an ›Privatleute‹ als Adressaten richten, sondern vielmehr im Hinblick auf die Rechtsnormen, die sich an die offiziellen Organwalter einer Rechtsordnung wenden. Vor allem sie müssen nach seiner Meinung die an sie gerichteten Rechtsnormen anerkennen, freiwillig befolgen und anwenden, wenn eine Rechtsordnung auf Dauer lebensfähig sein soll. Die Existenz einer Rechtsordnung sei zwar in ihrer Stabilität zweifellos auch dann bedroht, wenn die Bürger als Rechtsadressaten nur aus Furcht vor drohenden Zwangsmaßnahmen rechtskonform handeln – eine solche Rechtsordnung sei aber immerhin *denkbar*. *Undenkbar* aber sei es, daß eine Rechtsordnung auch dann existieren könne, wenn die Angehörigen des Rechtsstabes ihren Pflichten ebenfalls nur dann nachkommen, wenn sie ihrerseits mit Zwangsmaßnahmen oder anderen Sanktionen rechnen müssen.

Die These Harts – die er selber als für *jede* Rechtsordnung zutreffend betrachtet – muß besonders plausibel erscheinen, wenn man sie auf die Institutionen des Rechts- und Verfassungsstaates bezieht, so wie sie in den letzten Abschnitten charakterisiert wurden. Sind die Handlungsmöglich-

⁶⁴ Vgl. Hart 1961, 77 ff.; 97 ff. (»internal point of view«).

⁶⁵ Die einzelnen Aspekte eines ›internen Standpunkts‹ im Sinne Harts werden ausführlich erörtert in MacCormick 1981, 33 ff.

keiten und die Tätigkeiten von Menschen in umfassender Weise durch Normen bestimmt und reglementiert – wie das für die Machthaber in einem Rechtsstaat zutrifft –, dann liegt die Annahme offenbar nahe, daß eine solche umfassende ›Normkontrolle‹ nur dann möglich ist, wenn die betreffenden Normadressaten freiwillig ›kooperieren‹ und die für sie verbindlichen Normen im großen und ganzen aus eigenem Antrieb befolgen.

Die These, daß zumindest eine rechtsstaatliche Rechtsordnung nur dann existieren kann, wenn ausreichend viele Mitglieder des Rechtsstabes einen internen Standpunkt gegenüber den Normen dieser Ordnung einnehmen, ist für die hier verfolgte Fragestellung besonders brisant. Denn die Annahme, daß Normadressaten einen internen Standpunkt gegenüber Normen einnehmen, bedeutet ja, daß für ihre Normbefolgung im Einzelfall andere Gründe ausschlaggebend sind als der individuelle Nutzen oder Schaden, der mit einer normkonformen oder normabweichenden Handlung für sie verbunden ist. Diese Annahme scheint aber nicht oder nur schwer vereinbar zu sein mit der Existenz einer interessendominierten Gesellschaft, in der die Individuen keine anderen Handlungsmotive kennen, als ihre persönlichen Ziele und Interessen zu verfolgen. Hier scheint nur Raum für einen von Hart sogenannten »externen Standpunkt« gegenüber Normen, d.h. für einen Standpunkt, von dem aus der einzige Grund für ein normkonformes Verhalten in der Erwartung negativer Konsequenzen im Falle eines normabweichenden bzw. positiver Konsequenzen im Falle eines normbefolgenden Verhaltens besteht. Ist die These von Hart zutreffend, dann wäre unter diesen Bedingungen eine (rechtsstaatliche) Rechtsordnung nicht möglich. Im folgenden wird es deshalb darum gehen müssen, zum einen zu überprüfen, ob das ›Paradox des Rechtsstaates‹ tatsächlich nur auflösbar ist, wenn man einen internen Standpunkt auf seiten der Rechtsadressaten unterstellen kann, und – sollte das der Fall sein – zum anderen zu erörtern, ob die Einnahme eines solchen internen Standpunkts wirklich mit der Prämisse unvereinbar ist, daß man es mit Menschen zu tun hat, die in ›pragmatischer Akzeptierung der diesseitigen Welt‹ in rationaler Weise ihre individuellen Interessen verfolgen.

Auf welchem Weg das ›Paradox des Rechtsstaates‹ am Ende auch immer auflösbar sein mag: Es erscheint schon theoretisch als einleuchtend, daß die Existenz einer rechtsstaatlichen Ordnung nicht der empirische Normalfall sein kann, sondern daß außergewöhnlich günstige gesellschaftliche Bedingungen vorliegen müssen, unter denen eine Balancierung von Mächten und Gewalten, wie sie für eine rechtsstaatliche Staatsform typisch sind, möglich erscheint. Man darf nie vergessen, daß auch hinter der rechtlich erzeugten Macht eines Rechtsstaates und seiner normativen

Gewaltenteilung immer *reale* Mächte und *faktische* Gewalten stehen und stehen müssen. Und der geschichtliche Normalfall sieht in der Tat auch anders aus: »Was nun die Art der politischen Ordnung angeht, so war es das normale Schicksal der Menschheit in fast allen Hochkulturbereichen der Erde seit Entstehung großer Staaten, unter einem despotischen Regime zu leben. ... Die normale Staatsidee der vorindustriellen Epoche war, so könnte man sagen, die der Eroberung und Ausbeutung. Die Hochkulturen waren weitgehend auf Zwangsarbeit gegründet und durch eine endemische Rechtlosigkeit der unterdrückten Bevölkerung gekennzeichnet.«⁶⁶ Wenn aber die Despotie »die Normalform des Staates« darstellt und der »europäische Sonderweg« einer »Zähmung der Herrschaft« in eklatanter Weise als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel »auf eine einzigartige Konstellation von Bedingungen zurückzuführen«⁶⁷ ist, dann darf es nicht verwundern, wenn sich dieser empirische Ausnahmeharakter auch in theoretischen Schwierigkeiten mit Ausnahmecharakter niederschlägt.

⁶⁶ Albert 1986, 15.

⁶⁷ Ders. 1990, 253 ff.