

Freiheit und Sicherheit als Privatisierungsfolgen
im Staat der Gegenwart

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Jochen Koch
aus Stuttgart

2011
TOBIAS-lib

Dekanin: Prof. Dr. Barbara Remmert
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch
2. Berichterstatter: Priv.-Doz. Dr. Johannes Rux
Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 2011

Vorwort

Diesem Druck liegt die leicht überarbeitete Fassung meiner Dissertation zu Grunde, mit der ich im Sommersemester 2011 an der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen promoviert wurde.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch, für die Betreuung der Dissertation sowie die lehrreichen und unterhaltsamen Fachgespräche. Ferner danke ich ihm für die Erstellung des Erstgutachtens. Priv.-Doz. Dr. Johannes Rux danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ulrich Koch und Dieter Fettig haben die Dissertation Korrektur gelesen. Hierfür bedanke ich mich herzlich.

Ich freue mich sehr über all die großen und kleinen Hilfen sowie die unermüdliche Unterstützung aus dem Familien- und Freundeskreis, insbesondere durch meine Eltern und Markus. Ihnen bin ich zu besonderem Dank verpflichtet.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Innere Sicherheit, innerer Frieden	3
I. Sicherheit	3
II. Frieden	6
III. Verhältnis von Frieden, Sicherheit und Freiheit	8
1. Verhältnis von Freiheit und Sicherheit hinsichtlich des Friedens	8
2. Vorrang der Sicherheit	10
3. Bedeutung für die Terrorismusgesetzgebung	11
IV. Territorialer Bezug von Frieden und Sicherheit	13
1. Unterscheidung von „Innen“ und „Außen“	13
2. Begriffliche Auswirkungen auf Sicherheit und Frieden	14
3. Risikoerhöhung im Großraum	16
C. Adressaten der Schutzgarantie	18
D. Staat	20
I. Mögliche Gründe für die Entstehung der ersten Staaten	20
II. Staat als Institution	23
III. Entstehung des modernen Staates	25
1. Elemente des Staates	25
2. Ist der moderne Staat wertgebunden?	26
3. Schöpfungsakt des modernen Staates	31
E. Sicherheitszweck des Staates in historischer Entwicklung	34
I. Geistesgeschichtliche Entwicklung	34
1. Entwicklung von der Antike bis ins Mittelalter	34
2. Entwicklung in der Neuzeit – Kontinuität des Sicherheitszwecks	38

II. Rechtshistorische Entwicklung	43
1. Germanische Zeit	43
2. Mittelalterliche „Friedensbewegung“	46
3. Entwicklung nach <i>Bodin</i>	49
4. Amerika und Frankreich	50
5. Deutschland: Die Vorläufer des Grundgesetzes	51
III. Zusammenfassung	54
F. Staatsgewalt	56
I. Geschichtliche Entwicklung – vom Gewaltoligopol zum Gewaltmonopol	56
1. Fehdewesen und erste Versuche seiner Hegung	56
2. Gewaltbegrenzung im Hochmittelalter – Entwicklung zum Territorialstaat	60
3. Entwicklung nach <i>Bodin</i>	63
4. Landeshoheit	66
a) Entwicklung	66
b) <i>Ius politiae</i> und <i>Ius supremae inspectionis</i>	68
II. Souveränitätsbegriff	68
III. Natur und Struktur der Staatsgewalt	70
1. Elemente der Staatsgewalt	70
2. Letztentscheidungsbefugnis	71
a) Natur der Staatsgewalt als Gegenteil der Landeshoheit – Der rationale Schluss vom Zweck auf das Mittel	71
b) Menschlicher Wille als Grund für den Zweck-Mittel-Schluss	74
c) Allmacht der Staatsgewalt	75
d) Modalitäten der Beschränkung der Staatsgewalt	78
aa) Enge Staatsgewaltstheorie	79
α) Ansicht <i>Krügers</i>	79
$\alpha\alpha$) Verfasstheit	80
$\beta\beta$) Öffentlichrechtlichkeit	80
$\gamma\gamma$) Zweckbestimmtheit	82
β) Moralische Begründung des Staates	82
bb) Weite Staatsgewaltstheorie	83
α) Rechtliche Schranke der Staatsgewalt: <i>Jellinek</i>	83

β) Faktische Schranke der Staatsgewalt: <i>Nawiasky</i>	85
cc) Eigene Systematisierung der Ansichten	87
α) Schranke und Schrankeschranke der Staatsgewalt	87
β) Diskussion	90
γ) Zwischenergebnis	91
dd) Ergebnis	92
e) <i>Letztverbindliche</i> Entscheidung	92
IV. Oberaufsicht der Staatsgewalt, <i>ius supremae inspectionis</i>	92
1. Geschichtliche Entwicklung	92
2. Materieller Gehalt des Rechts zur Oberaufsicht	94
a) Ansicht <i>Pütters</i>	94
b) Ansicht <i>Hänels</i>	95
c) Ansicht <i>Schoenborns</i>	95
d) Bedeutung der Oberaufsicht als Informationsrecht	96
e) Ergebnis	98
V. Gewaltmonopol	98
1. Natur der <i>Staatsgewalt</i>	100
2. Modalitäten der Gewalt	101
a) Differenzierung	101
b) Berechtigung zu physischer Gewalt als Spezifikum der Staatsgewalt	104
3. Wirkungswahrscheinlichkeit der Norm: <i>Geiger</i>	106
4. Gewaltmonopol – Friedenspflicht – Wirkungswahrscheinlichkeit	111
VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerung	116
G. Sicherheit und Selbsterhalt	118
I. Verhältnis von existenzieller Sicherheit und Rechtssicherheit	118
II. Keine Nichtexistenzberechtigung des Staates	119
1. Pflicht zur Selbstlegitimation: Sicherheit als primäre Staatsaufgabe	119
2. Pflicht zur Selbstermöglichung und Selbsterhaltung	121
H. Privatisierung	123
I. Eigensicherung	123
II. Wesen der Privatisierung	126
1. Begriff des Privaten und die Subjekte der Verteilung	126

2. Privatisierung als Verteilungsproblem	127
III. Objekt der Verteilung	128
IV. Kriterium der Verteilung	131
1. Notwendigkeit eines Kriteriums und Vorüberlegung	132
2. Aus den Elementen der Staatsgewalt abgeleiteten Kriterien	133
a) Letztentscheidungsbefugnis	134
aa) Befolgung der Norm	135
bb) Nichtbefolgung der Norm	136
cc) Bedeutung für das Kriterium zur Abgrenzung	137
b) Oberaufsicht und Gewaltmonopol	138
aa) Eingriff in die informatorische Grundlage: Oberaufsicht	139
α) Öko-Audit-Verfahren	140
β) Folgen für die Möglichkeit der Oberaufsicht	140
γ) Norm als Information	145
δ) Zwischenergebnis	147
bb) Temporales Element	147
α) Faktische Beschränktheit der Staatsgewalt	148
β) Rahmen der Disponibilität der beschränkten staatlichen Res- ourcen	149
γ) Oberaufsicht im Lichte des temporalen Elements	152
3. Ergebnis	153

A. Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Frage nach den Schranken des Staates und ihr Bezug zur Privatisierung. Die Frage nach den Schranken taucht dabei in zweierlei Beziehung auf:

Erstens stellt sich die Frage, ob es Aufgaben des Staates gibt, die er zu seiner Selbstlegitimation zwingend erfüllen muss. Eine Schranke ergibt sich daraus, weil der Staat hinsichtlich dieser Aufgaben in seiner Entscheidung nicht frei ist, die Aufgabe zu erfüllen oder sie der Gesellschaft zu überlassen. Der Staat ist, zumindest hinsichtlich des „Ob“ der Aufgabenerfüllung, beschränkt. Eine solche Aufgabe und zugleich Zweck des Staates ist die Gewährleistung existenzieller Sicherheit für den einzelnen Menschen. Weil der Staat aber das Zusammenleben einer Vielzahl von Individuen koordinieren muss, kann es nicht bei der Gewährleistung von Sicherheit für den Einzelnen bleiben. Es ist vielmehr ein Zustand der Ruhe im gesamten Gemeinwesen herzustellen. Dabei treten zwangsläufig Wechselwirkungen zwischen der individuellen und kollektiven Sicherheit auf. Gleichzeitig werden Sicherheit und Frieden in den einzelnen Nationalstaaten aus dem internationalen Raum beeinflusst. Neue Bedrohungsszenarien ergeben sich insbesondere aus dem „Neuen internationalen Terrorismus“¹.

Zweitens geht es darum, die Grenzen staatlicher Macht zu bestimmen. Dabei sind insbesondere die faktischen Schranken der Staatsgewalt von Bedeutung. Diese sind, anders als rechtliche Schranken, nicht in das Belieben des Staates gestellt, sondern wirken von außen auf ihn ein. Den „totalen Staat“ kann es folglich nicht geben. Auch er muss tatsächlichen Zwängen gehorchen. Daher ist kein Staat „allmächtig“ – obwohl das aus der Idee des Staates selbst folgt.

Wegen der Verpflichtung sich selbst, die existenzielle Sicherheit und die Rechtssicherheit zu erhalten, ist dem Staat prinzipiell verwehrt, eine vollständige Privatisierung – das heißt: Entstaatlichung – aller Lebensbereiche durchzuführen. Die Privatisierung ist aber ein bedeutendes Instrument eine, im Sinne seiner Bürger effizientere Ausübung der Staatsgewalt zu ermöglichen. Daher muss eine Abgrenzung

¹Zu dieser Begriffsneuschöpfung, *Bruha*: Neuer Internationaler Terrorismus: Völkerrecht im Wandel?, in Koch (Hrsg.): Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit, S. 57.

erfolgen, die es ermöglicht die Bereiche, die der Staat nicht aus der Hand geben darf, von jenen zu trennen, die er der Gesellschaft zurückübertragen darf. Besonders ernst ist diese Frage bei den Lebensbereichen, bei denen es um die existenzielle Sicherheit geht.

Es bedarf daher trennscharfer Kriterien, die einerseits die Privatisierung und andererseits die Erfüllung des Staatszwecks und seine Selbsterhaltung jeweils möglichst weitgehend zulassen. Diese Kriterien sind vom Staatsbegriff her zu bestimmen. Dazu wird die historische Entwicklung des Staats und des Staatszwecks der Sicherheitsgewährleistung dargestellt. Umfassend untersucht wird die Struktur und Natur der Staatsgewalt, sowie ihre Schranke. Abschließend wird auf das Verteilungsproblem der Privatisierung eingegangen. Anhand der im allgemeinen Teil aus der Allgemeinen Staatslehre erarbeiteten Grundlagen werden die Kriterien zur Zulässigkeit und den Grenzen der Privatisierung entwickelt.

B. Innere Sicherheit, innerer Frieden

Der Staat soll im Verhältnis zu seiner primären Aufgabe und seinem Zweck beschrieben werden: Der Sicherheitsgewährleistung. Zunächst sind daher der Begriff der (inneren) Sicherheit und – damit zusammenhängend – der Begriff des (inneren) Friedens zu klären und das zwischen ihnen bestehende Verhältnis zu bestimmen.

I. Sicherheit

Bei beiden, insbesondere aber bei der Sicherheit, handelt es sich um schillernde Begriffe², die zeitgeistlichen Schwankungen unterliegen. Das drückt sich auch durch, mit dem Begriff der Sicherheit verbundene, Attribute aus³. Prominentestes Beispiel ist hierzu die „soziale Sicherheit“.

Sicherheit im ursprünglichen Sinne leitet sich vom lateinischen *securitas* ab, was wiederum auf *se cura* zurückgeht. Sicherheit bedeutet also ohne Sorge zu sein⁴. Sie bezog sich ursprünglich und über Jahrhunderte in weit überwiegendem Maße nur auf die Physis des Menschen und bedeutete die Freiheit von körperlichem Zwang. So konnte die Sicherheit, jedenfalls in der westlichen Welt, zu einer allmählichen Entwicklung hin zur Freiheit führen; Freiheit gegenüber dem Zwang anderer Menschen und schließlich durch Grundrechts- und Rechtsstaatgarantien auch in gewissem Maße gegenüber dem Staat. Daher bedeutet Freiheit in diesem Sinne nicht Freiheit ohne Sicherheit, also ein natürliches Recht des Stärkeren, sondern sie bedeutet Sicherheit in Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit⁵ vor körperlichem Zwang, sei er durch andere Menschen oder vom Staat ausgelöst. Über das Ausmaß dieser gesetzmäßigen Freiheit und die gesetzliche Verankerung⁶ sagt dies freilich noch nichts aus.

²Sicherheit als schwer zu definierender Begriff, der vor allem durch den jeweiligen Anlass bestimmt ist, *Roellecke*: Staat und Tod, S. 82, Fn. 138. *Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *VVDStRL* 63 [2003], 151, 156 f. bezeichnet die Sicherheit als einen eher den Wandel als die Kontinuität des staatlichen Schutzauftrags beschreibenden Begriff.

³Etwa ökonomische oder soziale Sicherheit; so *Calliess*: ZRP 2002, 1.

⁴*Brugger*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *VVDStRL* 63 [2003], S. 102.

⁵*von Humboldt*: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, S. 127.

⁶Zum Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in *ders./Kirchhof* (Hrsg.): *HdbStR* V § 111, S. 143 ff., insbes. 218 ff.

Die Sicherheit jedoch, dies ergibt sich aus der wechselseitigen Verbindung mit der Freiheit, kann gleichfalls nicht total sein, wie es die natürliche Freiheit wäre⁷.

Leisner erfasst diese Probleme nicht unter dem Begriff der Sicherheit, sondern unter dem, zwar nicht weniger diffusen, aber hintergründigeren Begriff der *Existenz* in grundrechtlicher Freiheit, die in der Menschenwürde gipfele⁸. Als physische Individualexistenz, die durch die Grundrechtsnormen der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und 2 GG gesichert werden, bezeichnet er das im naturwissenschaftlichen oder geistes-kulturwissenschaftlichen Sinne „(Über-)Leben“ auf unbestimmte Dauer oder doch auf längere Zeit⁹.

Gleichzeitig ist festzustellen, dass sich der Begriffsinhalt der Sicherheit nicht nur auf andere Bereiche menschlicher Bedürfnisse erweitert, sondern auch im Bereich des vitalen Schutzkonzeptes gewandelt hat. So lässt sich eine Dynamisierung und Subjektivierung des Sicherheitsgedankens feststellen. Dynamisierung in der Weise, dass der Staat nicht mehr nur reaktiv, sondern proaktiv schützend tätig werden soll. Dies deswegen, weil nicht länger nur das Ob und Wie einer Sicherheitsgefährdung fraglich wird, sondern auch das Wo. Das haben die Angriffe auf das World Trade Center vom 11. September 2001 deutlich vor Augen geführt¹⁰. Die Unsicherheit ist omnipräsent geworden¹¹. Darunter hat das Sicherheitsgefühl gelitten, das heute die wohl stärkste Triebfeder von politischem Aktionismus ist, gerade was Terrorismusbekämpfung angeht. Bei objektiver Betrachtung wurde die Sicherheit selbst durch die jüngste Häufung von Terroranschlägen nicht wesentlich verringert. Die Chance durch einen Terroranschlag getötet oder (physisch) verletzt zu werden ist äußerst gering. Dennoch leidet das Sicherheitsgefühl. Das darf der demokratische Staat, weil es auch von bedeutendem Gewicht bezüglich der Wahlentscheidung sein kann, nicht ignorieren und tut es auch nicht¹². Andererseits muss der demokratische Rechtsstaat darauf achten, in seinen Abwehrreaktionen Maß zu halten. So hat *Den-*

⁷Diesen Schluss zieht *Gröschner*: Das Überwachungsrechtsverhältnis, S. 8.

⁸*Leisner*: Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, S. 58.

⁹A. a. O., S. 60.

¹⁰*Calliess*: ZRP 2002, 1, 2; *Denninger*: Freiheit durch Sicherheit?, in Koch (Hrsg.): Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit, S. 89.

¹¹Auch *Hoffmann-Riem*: ZPR 2002, 497, 499.

¹²*Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 [2003], 151, 159 f.

n timer darauf hingewiesen, dass gerade das Terrorismusbekämpfungsgesetz eher der ausufernden und prinzipiell schrankenlosen Funktionslogik des Präventionsstaates als der zurückhaltenderen des Rechtsstaats entspricht¹³.

Sicherheit, kann, wofür insbesondere die Subjektivierung ausschlaggebend ist, jedoch nie total sein – sodass schon aus diesem Grund der Grundgedanke des Präventionsstaates: absolute Sicherheit, fehlgehen muss. Es ist, selbst für den mit absoluten Machtmitteln ausgestatteten Staat, letztendlich unmöglich Sicherheit in diesem Sinne herzustellen, abgesehen davon, dass Freiheit der Bürger am Ende nicht mehr existieren kann. *Benjamin Franklins* bringt es auf den Punkt: „[t]hose who would give up essential Liberty, to purchase a little temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety“¹⁴. Die Maximierung von Sicherheit kann, jedenfalls im grundrechtsgebundenen Rechtsstaat weder erreicht werden, noch kann sie sein Ziel sein. Es kann unter Beachtung von Grundrechten und Rechtsstaatsgrundsätzen nur um die Optimierung der Sicherheit gehen¹⁵. Die Unmöglichkeit des Sicherheitsabsolutismus ist es auch, die *Denninger* zu seiner leicht pessimistischen Ansicht bringt, Sicherheit meine jetzt „die Zusage einer prinzipiell unbegrenzten nie endenden staatlichen Aktivität zum Schutze des Bürgers vor . . . Risiken und Gefahren“¹⁶.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Sicherheit, wie auch immer sie gewährleistet werde, jedenfalls den Schutz elementarster Güter des Menschen meint und dass nie ein maximales, sondern nur ein optimales Maß an Sicherheit im Verhältnis zur Freiheit gewährleistet sein kann, sodass „niemand einen gerechten Grund habe, andere zu fürchten, solange er selbst ihnen kein Unrecht zufügt“¹⁷. Dieses – ohne psychisch-subjektive Elemente auskommende – Verständnis von Sicherheit lässt

¹³Mit Recht kritisch zu dieser Entwicklung, *Denninger*: in Lisken/ders.(Hrsg.): HdbPolR, S. 303 f; dem folgend *Hoffmann-Riem*: ZPR 2002, 497, 500.

¹⁴*Franklin*, An Historical Review of the Constitution of Pennsylvania, 1759, S. 289, zitiert bei *Heckmann*: Sicherheitsarchitektur im bedrohten Rechtsstaat, in Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt(Hrsg.): Sicherheit statt Freiheit, S. 11.

¹⁵*Hoffmann-Riem*: ZPR 2002, 497, 498; *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 111, S. 218, Rn. 138, 144 f.; *Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 [2003], 151, 160. Grundsätzlich zum Grundrecht als Prinzip, sowie zur Prinzipienkollision, *Alexy*: Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

¹⁶*Denninger*: Freiheit durch Sicherheit?, in Koch (Hrsg.): Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit, S. 90. Ut desint vires tamen est laudanda voluntas (*Ovid*).

¹⁷Hobbes, De cive, VI, 3; zitiert nach *Bergstraesser/Oberndörfer*: Klassiker der Staatsphilosophie.

sich prägnanter formulieren als *existenzielle Sicherheit*, im Sinne der Unbesorgtheit bezüglich der für die eigene Existenz unbedingt notwendigen Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit.

Sicherheit bezieht sich nach diesem Verständnis auf den einzelnen Schutzbefehlen. Das zeigt sich besonders an der Subjektivierung der Sicherheit, wo, nach grundrechtlichem Verständnis, die Frage ob sich der Mensch fürchtet oder nicht, zum Kernbereich des Persönlichkeitsrechts gerechnet werden könne¹⁸. Unabhängig von der möglichen grundrechtlichen Relevanz zeigt sich, dass der Begriff der Sicherheit vom vorverstandenen Staats- und Menschenbild abhängig erscheint, wie sich gerade am viel diskutierten Thema der Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit als Gewissheit *gesetzmäßiger* Freiheit ablesen lässt.

II. Frieden

Anders dagegen der Begriff des Friedens, der in deutlich höherem Maße objektivierbar ist und sich weniger gewandelt hat. Seine Beständigkeit leitet er aus seinem Kollektivbezug her. Eine Individualisierung des Friedensbegriffes erscheint unsinnig. Das lässt sich schon aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ableiten, wonach Frieden einen rechtlich und politisch geordneten *Zustand zwischen mehreren* Individuen, Gemeinwesen oder Staaten bedeutet. Als Synonym für Frieden kann auch „Ruhe“ dienen¹⁹. Ähnlich drückt sich *Eichenberger* aus, der, die treffende Beschreibung der absoluten Unfriedlichkeit des Bürgerkriegs²⁰ zusammenfassend festhält, dass (innerer) Frieden „in einem verlässlichen, menschenwürdigen Zusammenleben in der Sozialgemeinschaft bestehen dürfte, das nicht in physische Gewaltakte und nicht in geistig-psychische Unterdrückung mit Gegenreaktionen ausbricht“²¹. Auf die kürzestmögliche Form bringt schließlich *Isensee* den Begriff des Friedens. Er bedeutet ihn nicht mehr als die Abwesenheit physischen Zwangs²².

¹⁸ *Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 [2003], 151, 160 mwN.; ablehnend *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 111, Rn. 147.

¹⁹ Vgl. „Frieden“, in *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch; Herv. nicht im Original.

²⁰ *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 32 f.

²¹ *Eichenberger*: Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: Der Staat der Gegenwart, S. 74.

²² *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 9.

Zurecht schließt *Isensee* jede Anreicherung des Friedensbegriffes mit Erwägungen von Menschenwürde, Menschenrechten oder Gerechtigkeit aus. Auch *Kriele* weist darauf hin, dass Frieden nur die fundamentale Voraussetzung des menschenwürdigen Zusammenlebens sei, dies selbst aber nicht impliziere²³.

Vielmehr geht von derartigen Begriffsanreicherungen selbst eine Gefahr für den Frieden aus. Denn eine positive Begriffsanreicherung mit derart „schwammigen“ Begriffen wie Menschenwürde oder Gerechtigkeit steht grundsätzlich unter Ideologieverdacht. Die Ermordung von Millionen Menschen oder die Enteignung der herrschenden Klasse waren in Deutschland oder Teilen davon, zeitweise ebenfalls als gerecht und zur Förderung von Frieden und Sicherheit geeignet angesehen worden. Schließlich sprengt die Ausweitung des Friedensbegriffs auf die Abwesenheit sog. „struktureller Gewalt“, bzw. das Verständnis des Friedens als „Herrschaft vollkommener sozialer Gleichheit“ jeden Rahmen staatlicher Friedensgewährleistung. Hierdurch wird der Friedensbegriff pervertiert, weil nun die Bekämpfung der ungerechten, Unfrieden stiftenden staatlichen Herrschaft plötzlich als legitime Gegengewalt gerechtfertigt sein soll²⁴.

Über den Zustand des Friedens darf es keinen Zweifel geben, denn „Gerechtigkeit ist etwas Unsicheres, also muss wenigstens der Frieden sicher sein“²⁵.

Leisner kann mit seinem Begriff der Existenz den Frieden nicht ausdrücken, obwohl er eine kollektive Dimension der Existenz erkennt und sogar nach gruppen- und gesellschaftlicher Existenz unterscheidet. Beides passt nicht zu dem oben genannten Friedensbegriff, weil einerseits das Individuum zu stark im Mittelpunkt, andererseits die existenzielle Sicherung der Gruppe selbst in Rede steht, die Gruppe also als ein neues kollektives Individuum aufgefasst und so behandelt wird²⁶. Existenz ist nach *Leisner* nicht ein Sach-, sondern ein Personenbegriff und findet in der Person sei-

²³*Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 33.

²⁴Dies zurecht strikt ablehnend, *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 32 ff.; *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 48 ff.; *Scholz*: Rechtsfrieden und Gewaltmonopol, in Rill/ders. (Hrsg.): Der Rechtsstaat und seine Feinde, S. 72 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen und Beispielen.

²⁵*Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 33.

²⁶*Leisner*: Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, S. 60 f.

ne Einheit²⁷, sodass Existenz unteilbar ist. Der Friedensbegriff im hier verwendeten Sinne ist indes kein personenbezogener Begriff, sondern ein Sach- bzw. Zustandsbegriff, der sich durch seine Vielgliedrigkeit und nicht durch Individualbezug ausweist. Aus diesem Grund wurde, was im Rahmen der Sicherheit noch zu erwägen war, der Begriff der Existenz für die vorliegende Arbeit nicht als Oberbegriff gewählt, sondern es verbleibt bei den Begriffen der individuellen Sicherheit und des kollektiven Zustands des Friedens.

III. Verhältnis von Frieden, Sicherheit und Freiheit

1. Verhältnis von Freiheit und Sicherheit hinsichtlich des Friedens

Aus den so ausgelegten Begriffen der Sicherheit und des Friedens kann auf ihr Verhältnis geschlossen werden. Frieden und Sicherheit müssen ebenso in einem wechselseitigen Verhältnis stehen, wie Freiheit und Sicherheit. Sie sind daher als Prinzipien anzusehen²⁸. Als Prinzip wird eine Norm bezeichnet, die etwas in einem, bezogen auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten, möglichst hohen Maße zu realisieren gebietet. Es sind Optimierungsgebote die im Kollisionsfall nicht einander übertrumpfen, sondern in Ausgleich zu bringen sind²⁹.

Dies folgt aus der Tatsache des Staates als Institution, d.h. ein sich über Generationen erhaltendes menschliches Verhaltensmuster, die dem besseren Überleben des Menschen dient³⁰. Für das Verhältnis von Frieden und Sicherheit kommt es besonders darauf an, als was für ein menschliches Verhaltensmuster man den Staat begreift. Versteht man dieses kollektiv oder individuell? Für die Auffassung, die Institution Staat bilde sich durch eine Vielzahl menschlicher Verhaltensmuster einzelner Individuen, könnte sprechen, dass der Staat eine schon bestehende Gemeinschaft voraussetzt, die sich nur bilden kann, weil eine Vielzahl von Individuen dies will.

Dagegen lässt sich anführen, dass sich durch den gemeinschaftlichen Zusammenschluss ein gemeinsames Bewusstsein bildet, das zwar durch den Willen jedes Einzelnen der Volksgenossen lebt, in der Gesamtheit sich selbst individualisiert und

²⁷ *Leisner*: Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, S. 55.

²⁸ Konkurrierende Staatszwecke seinen „im Wege optimierenden Ausgleichs“ zu lösen, vgl. *Link*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 [1990], 7, 48.

²⁹ *Alexy*: Theorie der Grundrechte, S. 75 ff..

³⁰ S. dazu sogleich, S. 20 ff.

von anderen solchen Gemeinwillen – also anderen Staaten – abgrenzt. Die Vorstellung vom Gemeinbewusstsein, bzw. vom Gemeinwillen hat ihren stärksten Ausdruck in *Rousseaus* Vorstellung von der absoluten Volkssouveränität gefunden. Wenngleich nicht in der extremen von *Rousseau* vertretenen Form, so zeigt sich der Volkswillen doch auch als ein rechtsbegründendes Element in der Präambel des Grundgesetzes, wenn es dort heißt „hat sich das Deutsche Volk . . . dieses Grundgesetz gegeben“. Das Volk als Institution³¹ ist also mehr als die Summe seiner Teile. Der Staat ist daher nicht eigentlich der Zusammenschluss von Menschen, sondern er ist eine Auswirkung des Zusammenschlusses von Menschen. Seine Quelle ist folglich nicht der Mensch, sondern das Volk und damit ist offensichtlich, dass es sich beim Staat nicht um ein individuelles Verhalten oder eine Vielzahl individueller Verhaltensweisen handelt, sondern, dass der Staat Folge eines kollektiven menschlichen Verhaltens (des Volkes) ist, das seinerseits ursprünglich auf ein Individualverhalten zurückgeht. Es bleibt aber, hierauf ist deutlich hinzuweisen, ein auf den menschlichen Willen zurückgehendes, keinesfalls „übernatürliches“ Verhalten.

Daraus folgt für das Verhältnis von individueller und kollektiver Sicherheit, dass *grundsätzlich* die kollektive Sicherheit der individuellen vorgeht: *Frieden geht vor Sicherheit*. Selbstverständlich gilt dies nur in allgemeiner, wesensmäßiger Betrachtung des Staates und nicht zwingend für den verfassten Staat, dem selbstverständlich Schranken gewiesen werden können. Für die Bundesrepublik Deutschland ist die Grenze der Friedens-, Sicherheits- und jeder sonstigen Staatshandlung bei dem nie zu rechtfertigenden Eingriff in die Menschenwürde zu sehen, sodass – in Umkehrung des eben genannten Grundsatzes – hier die individuelle Sicherheit und Freiheit, dem Staat und der kollektiven Sicherheit vorgehen muss.

Gleichwohl darf nicht vergessen werden, dass Friede und Sicherheit sich gegenseitig beeinflussen und im Falle eines Konkurrenzverhältnisses „im Wege optimierenden Ausgleichs“ abzuwägen sind³². Es handelt sich um Prinzipien und nicht um Regeln, die nur eine binäre Entscheidung zuließen. Es ist offensichtlich, dass individuelle

³¹Als Institution bezeichnet *Herzog* das Volk, neben der Gesellschaft und dem Staat, *Herzog: Allgemeine Staatslehre*, S.139.

³²So für die Staatszwecke allgemein, *Link: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, in: *VVDStRL* 48 [1990], 7, 48.

Sicherheit nicht ohne kollektive Sicherheit, also in einem einigermaßen geordneten, ruhigen Zustand eines Gemeinwesens gewährleistet werden kann³³ und zwar weder hinsichtlich der Sicherheit vor dem Staat, noch der Sicherheit *inter privatos*³⁴. Die expansiven (Wohlfahrts-)Staatszwecke³⁵ können nur in einem friedlichen Umfeld geleistet werden, weil, wie oben schon gezeigt wurde, der Frieden die einzige Möglichkeit ist, dauerhaft Staatsgewalt auszuüben; die Staatsgewalt hat Frieden schon aus „egoistischen“ – d.h. in diesem, staatsbezogenen, Fall, aus Gründen des gemeinen Wohls³⁶ – Zielen zu gewährleisten.

Nicht erklärt ist damit freilich der *Grund* für diese Wechselbeziehung, der sich aus einer anderen Form der Sicherheit, der Rechtssicherheit, ergibt. Auf dieses Problem wird erst unten einzugehen sein.

2. Vorrang der Sicherheit

Das zu erreichende Optimum ist der Zustand des Friedens. Für den Frieden bedarf es der (physischen) Sicherheit des Einzelnen, die zur Sicherheit der Masse beiträgt. Erst wenn dies geschehen ist, kann – und muss dann aber auch – über soziale Ziele nachgedacht werden, zu denen in höchstem Maße die individuelle Freiheit im Rahmen des Rechts gehört. Sicherheit ist nicht alles, aber ohne Sicherheit ist alles nichts. Die Sicherheit ist Voraussetzung der Freiheit³⁷ und daher ist ein Polizeistaat besser als gar kein Staat.

Die Zielvorgaben Frieden und Sicherheit sind grundsätzlich voneinander abhängig und können doch in Einzelfall einander widerstreben. Denn individuelle Sicherheit kann kollektiven Sicherheitsinteressen zuwiderlaufen, doch setzt sich die kollektive Sicherheit (auch) aus der Sicherheit, bzw. dem Sicherheitsgefühl der Einzelnen

³³Vgl. erneut die Ausführungen von *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 32 f. zum Bürgerkrieg.

³⁴Diesen Begriff verwendet *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56.

³⁵*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 242 f.

³⁶Staatlicher Egoismus bedeutet Förderung des allgemeinen Wohls, dazu *Krautzberger*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 73. Das Motiv des Egoismus kann aber auch auf die im Staat herrschenden Personen erweitert werden. Denn ihre Macht hängt von der des Staates ab. Im Bürgerkrieg sieht sich nicht nur der Staat, sondern auch die „herrschende Klasse“ eines Angriffs auf ihre persönliche Macht ausgesetzt.

³⁷So auch für das Verhältnis von Auskömmlichkeit und Sicherheit als Unterpunkte des Wohles, *Achenwall/Pütter*: Elementa iuris naturae, § 653 f., 676 mwN.

zusammen. Wenn gesagt wird, dass Frieden vor Sicherheit gehe, stimmt das vor diesem Hintergrund nur insofern, als grundsätzlich die individuelle Sicherheit vorgehen muss und nur in einer konkreten Gefahrensituation, wo zwischen kollektiven und individuellen Sicherheitsinteressen entschieden werden muss, unter Umständen die kollektiven Sicherheitsinteressen vorgehen.

3. Bedeutung für die Terrorismusgesetzgebung

Hinsichtlich des Optimierungsgebots „Frieden“ stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit der Terrorgesetzgebung aus einem anderem Blickwinkel. Die Terror„gefahr“ – gemeint sein dürfte wohl eher das *Risiko* von Terroranschlägen – konnte bislang dem inneren Frieden nichts anhaben, weil sie zu schwach ist objektiv die Sicherheit zu reduzieren³⁸. *Risiko* bedeutet ein „Urteil über ein Schadensereignis, dessen Verlässlichkeit unterhalb hinreichender Wahrscheinlichkeit bis hin zur bloßen Möglichkeit“ liegt, was auf den Terrorismus unzweifelhaft zutrifft.

Es ist abzugrenzen vom *Restrisiko*, das die untere Schwelle der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens definiert, unterhalb derer nach dem Maßstab praktischer Vernunft die Verwirklichungswahrscheinlichkeit eines Schadens so gering ist, dass angesichts prinzipieller Knappheit der Ressourcen Schutzvorkehrungen nicht mehr geboten sind³⁹. Ein besonders bedeutender und von keinem Staat vollständig zu kontrollierender Faktor des Restrisikos ist das menschliche Verhalten. Die menschliche Natur ist unberechenbar⁴⁰. Deutlich wird dieses Restrisiko im Bereich des Terrorismus am Beispiel sog. „Schläfer“. Völlig unauffällige Mitmenschen treten plötzlich aus der Masse heraus, begehen einen Terroranschlag um danach in der Anonymität der Menge wieder zu verschwinden. Im Rahmen dieser Untersuchung wird das Restrisiko für die Grenzen der Privatisierung von entscheidender Bedeutung sein⁴¹.

Ressourcenknappheit ist nicht in erster Linie der beschränkende Faktor bei der

³⁸ *Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 [2003], 151, 159 mwN.

³⁹ Zu diesen Begriffen, umfassend *Reich*: Gefahr-Risiko-Restrisiko, passim; *Preuß*: Risikoversorge als Staatsaufgabe, in Grimm (Hrsg): Staatsaufgaben, S. 529 f., sowie zum Restrisiko, BVerfGE 49, 89, 143; BVerfG DVBl. 1986, 190, 194f.

⁴⁰ *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 41.

⁴¹ Vgl. unten insbes. S. 149 f.

Friedenssicherung. Auch passt das Kosten-Nutzen-Schema hier insofern nicht, als „Kosten“ nicht im monetären Sinne entstehen, aber doch im Sinne eines verminder-ten Rechtsschutzes gegen den Staat. Grundrechte werden eingeschränkt und rechtsstaatliche Garantien beschnitten. Daher muss sich der Gesetzgeber grundsätzlich fragen lassen, ob hinsichtlich der Grundrechts- und damit Freiheitseingriffe, die er vornimmt oder vornehmen will, und die bei anlasslosem Eingriff – vgl. Onlinedurchsuchung, Kennzeichenerfassung, Kommunikationsdatenspeicherung – schwer wiegen, die Verwirklichungswahrscheinlichkeit eines Terroraktes nicht schon so gering ist, dass „am Maßstab praktischer Vernunft“ gemessen der Eingriff wesentlich schwerer wiegt, als der zu erreichende Sicherheitsgewinn ist, sodass die Abwägung der Prinzipien Freiheit und Sicherheit in eine Schiefelage zu Lasten der Freiheit gerät. Das muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Gesetzes zur Terrorbekämpfung berücksichtigt werden. Dabei darf andererseits nicht vergessen werden, dass es bei der politischen Abwägung von Freiheit und Sicherheit in notwendig mit Ungewissheit behafteten Situationen „zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung [liegt] ... die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen“⁴². Ein Gesetz, das so weitgehende Eingriffe ohne rechtsstaatliche Beschränkung zulässt, ist hinsichtlich der Friedenssicherung zwecklos, wenn nicht sogar zweckwidrig, weil die Masse solcher Gesetze eine Disbalance zwischen Freiheit und Sicherheit in jedem Fall auslösen wird und sich negativ auf das Leitziel „Frieden“, bzw. „innere Sicherheit“ auswirken. Es steht zu befürchten, dass der Gesetzgeber auch weiterhin diese Beziehungen unbeachtet lassen wird⁴³.

⁴²Vgl. dazu BVerfGE 49, 83, 131, in Bezug auf die gesetzgeberische Entscheidung zum Einsatz schneller Brutreaktoren und die Frage, ob diese Technik für die Zukunft mehr Nutzen oder mehr Schaden bringe.

⁴³Ein Beispiel für überobligatorische, die Freiheit aus dem Auge verlierenden Sicherheitsbemühungen führt *Denninger*: Freiheit durch Sicherheit?, in Koch (Hrsg.): Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit, S. 87 an. So käme „Sicherheit“ im Terrorismusbekämpfungsgesetz siebenunddreissig mal vor, „Freiheit“ nicht ein einziges Mal. Auch das Vorgehen des Gesetzgebers in den schon genannten Gesetzgebungsverfahren über die Onlinedurchsuchung und Internetfahndung, oder der Abfrage von Telekommunikationsdaten bezeugt diese Befürchtung; die Maßnahmen hätten jeweils ohne ein verdachtsbegründendes Moment durchgeführt werden können. Die Speicherung der Telekommunikationsdaten, die enorm viel Geld kostet, sollte den zur Speicherung verpflichteten Unternehmen nicht erstattet werden. Das BVerfG hat diese Gesetze für nichtig erklärt oder auf eine rechtsstaatlich erträgliche Ebene zurückgeholt, BVerfG NJW 2008, 543 (Vorratsdatenspeicherung); NJW 2008, 822 (Onlinedurchsuchung); NJW 2008, 1505 (automa-

IV. Territorialer Bezug von Frieden und Sicherheit

Der territoriale Bezug wurde in der bisherigen Diskussion um Freiheit, Sicherheit und Frieden vernachlässigt. Diese Beziehung ist aber auch für das eben angesprochene Problem des *Restrisikos* von entscheidender Bedeutung.

1. Unterscheidung von „Innen“ und „Außen“

Fraglich ist, nach welchem Kriterium Inneres von Äußerem zu trennen ist⁴⁴. Dies kann nur die Person bzw. der Personenverband, oder das Territorium sein. Während zu früheren Zeiten, als Herrschaft noch durch Personalbeziehungen vermittelt wurde, auf diese hätte abgestellt werden müssen, gilt dies seit der Neuzeit nicht mehr. Die Besiedlungsdichte erhöhte sich, was einerseits zu einer Umwandlung der Herrschaftsstrukturen führte und andererseits die einzelnen Herrschaftsverbände räumlich zusammenführte, sodass die Grensräume immer schmaler wurden und schließlich zusammenstießen⁴⁵. Bis zu diesem Zeitpunkt war eine präzise Trennung letztlich nicht möglich. Dies änderte sich jedoch mit dem endgültigen Abschied vom christlich geprägten Personalverbund und der Entstehung des (anstaltlich organisierten) Territorialstaats, der von nun an den impermeablen Rahmen der unabhängigen, souveränen, möglichen herrschaftlichen Machtausübung bildete, sodass eine völlig neue Raumordnung entstand mit dem Staat als innenpolitisch selbständige Einheit und festen Grenzl意思 nach außen⁴⁶.

Inzwischen sind Tendenzen bemerkbar geworden, dass in zunehmendem Maße diese vormals grundsätzlich impermeable Raumordnung durchlässig für inter- und supranationale Einflüsse oder ihnen gegenüber jedenfalls überflüssig wird⁴⁷. Dadurch

tisierte Kennzeichenerfassung). Es zeigt sich daran aber, dass die Freiheit wo die Angst regiert, s.o. zum Sicherheitsgefühl, keinen Platz im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum mehr zu haben scheint; wohl auch weil in der gesellschaftlich-politischen „Marktlage“ die Sicherheit höher im Kurs steht; mit kritischen Stimmen hierzu, sowie eingehend auf ein neues Beispiel gesetzgeberischen Sicherheitswahns (Strafbarkeit (terroristischer?) Vorbereitungshandlungen), zuletzt auch *Deckers/Heusel*: ZRP 2008, 169, ff.

⁴⁴*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 17, nennt es ebenfalls eine Vorwegnahme des Staates, wenn man von „innerer Lage“ spreche.

⁴⁵A. a. O., S. 18 f., 21 f..

⁴⁶*Schmitt*: Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, S. 96 ff., insbes. 98 f; sowie *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 22.

⁴⁷Überflüssig insbesondere hinsichtlich des „grenzüberschreitenden“ Datenflusses; mit weiteren Beispielen, ausführlich *Kokott*: Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, in: ZaöRV

werden neue Rechts- und Raumstrukturen geschaffen. Hier ist an erster Stelle die Europäische Union zu nennen, die den Anspruch hat *ein* Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu sein, Art. 3 AEUV. Es zeigt sich eine zunehmende gegenseitige Durchdringung und Überlagerung verschiedener Rechtsräume, innerhalb derer der Nationalstaat mehr und mehr nur noch vollziehende Funktion für die völkerrechtlichen und supranationalen Normen haben soll⁴⁸.

Ganz besonders augenfällig wird dies im Rahmen der Terrorismusbekämpfung, die nur noch in internationalen Maßstäben denkbar und – wenn überhaupt – effizient sein kann; wenn auch das Heft des Handelns, wie *Isensee* feststellt, vor allem bei einem einzigen Staat liegt, den USA. Dies folgt aus der Tatsache, dass sich der Terrorismus in der Form internationalisiert hat, als sich die Terroristen die „Standortvorteile“, die einzelne Nationalstaaten bieten, zu Nutze machen, um dort Vorbereitungshandlungen vorzunehmen, Finanzierung zu betreiben oder die Täter vor bzw. nach der Tat in der Gesellschaft zu verstecken⁴⁹. Diese Taktik räumlich punktuell zu bekämpfen ist offensichtlich unwirksam. Ob man deshalb bereits den souveränen Nationalstaat einsargen muss, wie *Kokott* dies andeutet, scheint dennoch fraglich. Vielmehr ist die internationale Gemeinschaft noch immer auf die Nationalstaaten angewiesen, weil sie selbst über keine eigene Gewaltdurchsetzungsmöglichkeit verfügt⁵⁰.

2. Begriffliche Auswirkungen auf Sicherheit und Frieden

Frieden bedeutet bei innerem, also staatsinternem Bezug, nichts weiter als eine Auswechslung des Bezugsobjektes. Während der äußere Frieden in erster Linie den Frieden zwischen den Subjekten „Staat“ meint, so hat der innere Frieden die Subjekte

64 [2004], 517, 521 ff.

⁴⁸ *Kokott*: Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, in: VVDStRL 63 [2003], 7, 22 f., die zugleich eine rechtliche Einschränkung der Souveränität und nicht nur eine Einschränkung der Freiheit sieht, wie dies noch von *Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, S. 28 vertreten wird; einen Überblick über die sich dem Menschen stellenden Veränderungen in der Staatenwelt gibt, *Doehring*: Der Mensch in einer veränderten Staatenwelt, in: ZaöRV 64 [2004], 659 ff.

⁴⁹ *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 13.

⁵⁰ Ähnlich schon *Hillgruber*: JZ 2002, 1072, 1076; ebenso *Heintzen*: Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in: Der Staat 25 [1986], 32 f., der in den Nationalstaaten die wichtigsten Akteure sieht und die Internationalisierung nur der Verbesserung der eigenen Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten durch die Installation internationaler Kooperationen diene.

„Individuum“ und „Verband“⁵¹ im Blick, sichert also zwischen ihnen den Frieden⁵². Innerer und äußerer Friede hängen aber – unabhängig von der „Globalisierung“ – zusammen. So können innere Unruhen ebenso Auswirkungen auf die Sicherheitslage in angrenzenden Staaten haben, wie äußere Lagen auf innere einwirken können. Daher gebietet das Völkerrecht den Staaten, mittels der ihnen eigenen Hoheitsgewalt in ihrem Inneren für Frieden zu sorgen⁵³ und so letztlich die Einhaltung der Völkerrechtsordnung dauerhaft zu ermöglichen. Diese Stabilisierungswirkung geht so weit, dass es eine „Prämie auf legalen Machtbesitz“⁵⁴ gibt, sodass bis zu einer gewissen Konfliktsintensität der Konflikt eine innere Angelegenheit bleibt, bei der die Regierung des betreffenden Staates legal in der Durchsetzung ihrer Regierungsgewalt unterstützt werden darf⁵⁵.

Achtung geboten ist jedoch bei der Aufweichung des Souveränitätsprinzips im Völkerrecht, die sich an den Bestrebungen zeigt, auch Menschenrechtsverletzungen ohne Ansehung ihrer tatsächlich friedensstörenden Wirkungen, als Friedensstörung zu betrachten und im Namen einer „gerechten“ Sache Gewalt auszuüben. Insofern ergibt sich kein Unterschied zu den Gefahren des bereits erwähnten positiven Friedensbegriff im nationalen Recht. *Isensee* weist außerdem zutreffend auf die Gefahr hin, dass beim Kampf gegen den Terrorismus der Kampf für die Menschenrechte in einen menschenrechtswidrigen Kampf umschlagen könnte⁵⁶.

Für die Sicherheit bedeutet die Erweiterung um das Attribut des Inneren eine deutliche Begriffsänderung. Innere Sicherheit bezieht sich keineswegs auf das Innere des Menschen, also auf dessen Psyche. Innere Sicherheit bedeutet die Sicherheit im

⁵¹Gemeint sind Personenvereinigungen aller Art, etwa Gesellschaften, Vereine, Koalitionen, Kirchen.

⁵²Bedeutende Ausnahme hiervon sind der Streik und die praktisch unbedeutende Maßnahme der Aussperrung, wo letztlich auf dem Rücken Unbeteiligter – man denke etwa an Patienten oder Bahnfahrer – ein von den Gewerkschaften inszenierter Privatkrieg um Privilegien ausgetragen wird.

⁵³*Heintzen*: Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in: *Der Staat* 25 [1986], 21.

⁵⁴Zu diesem Begriff *Quaritsch*: *Staat und Souveränität*, S. 333, der sie *C. Schmitt* zuweist.

⁵⁵*Heintzen*: Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in: *Der Staat* 25 [1986], 24.

⁵⁶*Isensee*: *Verfassungsstaat als Friedensgarant*, in: *Symposium P. Kirchhof*, S. 14 f. Als Beispiel ließe sich die zumindest fragwürdige Terroristenliste nennen, die vom UN-Sicherheitsrat geführt wird; mit weiteren Informationen abzurufen unter der URL: <http://www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml>.

Inneren des Staates, also die Abwesenheit von Gefahren sowohl für die Bevölkerung, als auch für den Staat selbst. Sie ist daher der Definition des (inneren) Friedens nicht mehr unähnlich, sodass innere Sicherheit und (innerer) Friede gleichgesetzt werden können. Das hatte für die allgemeinen Begriffe von Friede und Sicherheit nicht gegolten.

3. Risikoerhöhung im Großraum

Oben wurde die Meinung vertreten, in Deutschland, könnte die aktuelle Gesetzgebungskampagne bezüglich den der inneren Sicherheit dienenden Gesetzen, in der vom Gesetzgeber beschlossenen Form – nicht in der vom *Bundesverfassungsgericht* auf das rechte Maß gebrachten Form – dem Frieden nicht dienlich sein.

Fraglich ist nun, ob sich dieses Verhältnis mit der Änderung des Bezugsraumes ebenfalls ändert. Namentlich geht es um das großraumbezogene⁵⁷ (Rest-)Risiko.

Wie *Gusy* betont, haben die Anschläge des 11. September 2001 an der objektiven Sicherheitslage nichts geändert; nur das Sicherheitsgefühl habe sich verschlechtert, was für Einzelereignisse „praktisch stets“ gelte⁵⁸. Diese Aussage trifft auch auf den vom Völkerrecht erfassten Großraum zu. Allerdings könnten sich hier anders als in

⁵⁷Großraum soll hier den Geltungsbereich der Völkerrechtsordnung bezeichnen, also territorial alle Nationalstaaten erfassen; anders *Schmitt*: Raum und Großraum im Völkerrecht, in Maschke (Hrsg.): Staat, Großraum, Nomos, S. 234 ff., der den Großraum „völkisch“ geprägt sieht und sich sowohl von der Kleinräumigkeit der Nationalstaaten, wie auch der „verbindenden Ansprüche universalistischer Systeme“, offenbar denkt er hierbei an den Völkerbund, abhebt. Gleichwohl darf nicht vergessen werden, dass genau dieser Ansatz heute zunehmend relevant zu werden scheint, vorwegnehmend und allgemeiner, von *Simson*: Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, S. 185, wenn man die „westliche Welt“ und die „arabische Welt“ gegeneinandersetzt und die kulturell-religiöse Differenz herausstellt, die vor allem die „arabische Welt“ mit ihrer Vorstellung vom Gottesstaat, der Umma, prägt. Nach dieser Vorstellung ist die weltliche Herrschaft nur Diener des Menschen hinsichtlich transzendenter Zwecke und ist nicht territorialbezogen wie der dreielementare Staat, sondern versteht sich in erster Linie als Personalverband; dazu *Graf Vitzthum*: Der Staat der Staatengemeinschaft, S. 74 ff. Aber auch auf der anderen Seite, der „westlichen Welt“, die sich als aufgeklärtes Gegenbild der Umma sieht, lässt sich ein solcher kultureller Verbund erkennen, wie gerade die forcierte Durchsetzung von auf gemeinsamer geistes- und verfassungsgeschichtlicher Entwicklung beruhender Menschenrechte und Demokratie zeigt, die inzwischen das ganze Gebäude des Völkerrechts zu verändern beginnen; dazu *Kokott*: Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, in: *ZaöRV* 64 [2004], 517 ff.; *Doehring*: Der Mensch in einer veränderten Staatenwelt, in: *ZaöRV* 64 [2004], 659 ff. Zu den kulturell-religiösen Widersprüchen und der gefährlichen Tätigkeit des Westens als „kosmopolitischer Sozialarbeiter“, prägnant, *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 18 f.

⁵⁸*Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *VVDStRL* 63 [2003], 151, 159 u. Fn. 30.

Deutschland dennoch grundsätzlich höhere Kosten rechtfertigen lassen, was insbesondere auf den höheren Nutzen der internationalen Maßnahmen und die größere Anfälligkeit des internationalen Friedens durch solche Ereignisse aufbaut. So waren es nicht nur die Anschläge vom 11. September 2001 und die ihnen nachfolgenden⁵⁹, die den weltweiten „war against terrorism“, die Kriege und Bürgerkriege in Afghanistan und im Irak auslösten, sondern auch der Erste Weltkrieg fand seinen casus belli in einem Terroranschlag. Höherer Nutzen bei der Ausschaltung eines Risikos erlaubt grundsätzlich höhere Kosten – mit allem Bedacht, wenn es um Eingriffe in Menschenrechte geht. Aus diesem Grund verändert die Änderung des Bezugsrahmens die am Maßstab praktischer Vernunft ausgerichteten zulässigen Kosten. Den Schaden für den internationalen Frieden, den Terrorakte in einzelnen Nationalstaaten anrichten können, kann größer sein, als der Schaden, den sie im Nationalstaat selbst anrichten. Dies gilt jedoch nur unter der Einschränkung, dass sie sich nicht bloß auf rein interne Sachverhalte beziehen und daher nicht die umliegenden Staaten zusätzlich gefährden. Ersteres wäre etwa bei den palästinensischen Terroranschlägen in Israel der Fall; letzteres bei Terrorakten der ETA in Spanien, von denen offenbar keine friedenszersetzenden Tendenzen auf umliegende Länder ausgeht.

Die sich aufdrängende, im Rahmen dieser Arbeit aber nicht zu beantwortende, Frage geht dahin, inwieweit die Völkergemeinschaft wegen der Bedrohung im Großraum den einzelnen Staat, eventuell auch gegen seinen Willen in die Pflicht nehmen kann, sich am Kampf gegen den Terror zu beteiligen. Schließlich, dies darf wiederum nicht vergessen werden, steht der einzelne Staat immernoch als selbständig und souverän in der Völkergemeinschaft, die seine Souveränität zu respektieren hat.

⁵⁹Einen Überblick über die „wichtigsten“ Terroranschläge in den Jahren 2002-2004 bietet *Dreist: Einsatz der Bundeswehr im Innern*, in Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt (Hrsg.): *Sicherheit statt Freiheit*, S. 79 f.

C. Adressaten der Schutzgarantie

Nur kurz soll auf die Adressaten des staatlichen Friedensschutzes eingegangen werden. Wer dies ist, bestimmt sich nach der Grenze des staatlichen Souveränitätsbereiches. Innerhalb des souveränen Hoheitsgebietes kann Begünstigter der staatlichen Pflicht zur Sicherung des inneren Friedens und damit von Sicherheit und Freiheit nur eine natürliche oder juristische Person, sowie der Staat selbst sein. Die Selbstschutzpflicht geht im deutschen Recht aus der üblichen Definition der öffentlichen Sicherheit hervor, die neben der Rechtsordnung auch den Bestand und die Funktion des Staates und seiner Organe umfasst⁶⁰. Organisatorisch spiegelt sich der staatliche Selbstschutz etwa in der Unterhaltung eines Verfassungsschutzes wider⁶¹.

Der Kreis natürlicher Personen teilt sich in Staatsbürger des betreffenden Staates, Fremde und Staatenlose. Traditionell, als sich das Völkerrecht noch nicht um interne Angelegenheiten gekümmert hat, war der Staat eigenen Staatsangehörigen und Staatenlosen *völkerrechtlich* nicht zu Schutz verpflichtet. Allein fremden Staatsangehörigen gegenüber war er verpflichtet ihnen einen völkerrechtlichen Mindestschutzstandard angedeihen zu lassen. Das ergibt sich daraus, dass der Staat anderen Staaten allein wegen des faktischen Besitzes der Gebietshoheit zum Schutz ihrer Rechte und der Rechte, die sie für ihre Staatsangehörigen geltend machen, verpflichtet ist⁶². Dies kann nur über die Gewährleistung von Sicherheit und Frieden erfolgen, wofür das staatliche Gewaltmonopol die Voraussetzung ist und sich daher als wesentliches Strukturelement des Völkerrechts bemerkbar macht⁶³. Nachdem das Völkerrecht inzwischen diesen Schutz für jeden Menschen verlangt und selbst den Rechtsanspruch schützt, ist der Schutz inzwischen auf eigene Staatsangehörige und Staatenlose entsprechend erweitert worden; die eigenen Staatsangehörigen wurden so dem Staat aus seinem alleinigen Herrschaftsbereich und seiner unbeschränkten

⁶⁰ *Denninger*: in Lisken/ders.(Hrsg.): HdbPolR, S. 308 mwN.

⁶¹ Vgl. zur staatlichen Schutzpflicht sich selbst gegenüber unten S. 121.

⁶² Schiedsspruch des Richters *Max Huber* im *Island of Palmas*-case, Reports of International Arbitration Awards (RIAA) Bd. 2, S. 829, 839; darauf verweisend und weiterführend, *Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, S. 660 mwN.

⁶³ So *Heintzen*: Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in: Der Staat 25 [1986], 17, 21; dem ausdrücklich folgend auch *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 13, der jedoch die internationale Gemeinschaft als Adressat der staatlichen Schutzverpflichtung benennt.

Befehlsgewalt entzogen⁶⁴.

In jedem Fall zu eng gefasst ist es daher, wenn von der Schutzpflicht gegenüber dem *Bürger* gesprochen wird⁶⁵; dies wird gerade aus der notwendigen Akzeptanz der Staatsgewalt und den daraus resultierenden Folgen deutlich⁶⁶.

Über Sicherheit und Frieden wurde ebenso berichtet, wie über den Begünstigten des Schutzes. Daher ist es an der Zeit den den Begünstigten gegenüber zum Schutz Verpflichteten näher zu betrachten: den Staat.

⁶⁴*Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 43.

⁶⁵So aber teils *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 25 f. und öfter; *Calliess*: ZRP 2002, 1, 3 u.a., wobei es sich um eine schlichte Sprachungenauigkeit handeln dürfte, auf die gleichwohl hinzuweisen war. Mit historischen Beispielen zum Auseinanderfallen des Status als Bürger und der Unterworfenheit unter die Staatsgewalt, *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 424 mwN.

⁶⁶Siehe dazu unten S. 106 f.

D. Staat

I. Mögliche Gründe für die Entstehung der ersten Staaten

Zunächst ist auf seine Entstehung einzugehen und schon eine erste Parallele zwischen Staatsentstehung und Sicherheit, bzw. Frieden anzudeuten. Für die Entstehung der Staaten ist grundsätzlich die Beantwortung der Fragen wichtig: Wer den Staat Wo und Wie erschafft und vor allem Warum. Letzteres ist gerade deshalb fraglich weil „die staatlichste Eigenschaft des Staates“ die Staatsgewalt⁶⁷ ist, die grundsätzlich omnipotent über die Geschicke jedes einzelnen Menschen im Staatsgebiet bestimmen kann, er also natürliche Freiheit verliert.

Sicherheit ist dafür offenbar eine oftmals entscheidende Voraussetzung gewesen, wenn auch nicht die einzig Mögliche. Gerade bei der primären Entstehung des Staates⁶⁸ zeigt sich, dass Sicherheit nicht nur als Freiheit von physischem Zwang zu sehen ist, sondern in umfassenderem Sinne. Gemeinsame Gefahr im weiteren Sinne hätte zu gemeinsamer Abwehr und damit zu einer personalen Gelegenheitsorganisation gezwungen, die sich dann verfestigt haben könnte, mutmaßt *Jellinek*. Erst mit dem Sesshaftwerden, also der dauernden Inanspruchnahme eines Gebiets durch diese Gelegenheitsverbände kann an den heutigen Staat angeknüpft werden. Ähnlich wurde dies schon von *Platon* in dem Protagoras Dialog vertreten, wonach sich die Menschen zum Schutz vor Tieren zusammengeschlossen hätten, diesen Verband, in Ermangelung der Staatskunst wieder lösten, weil sie sich selbst zum Feind wurden, und erst nachdem Zeus ihnen die Staatskunst gab, erneut den – nun erfolgreichen – Versuch wagten sich wiederum zum Schutz zusammenzuschließen⁶⁹.

Als Zwecke des Zusammenschlusses lassen sich insbesondere Daseinsvorsorge, d.h. damals Schutz vor Unbill der Natur, Wasserverteilung und Getreidebau, Herrschaftsaufgabe, also Führung einer Gruppe um zu überleben, und schließlich Gefahrenabwehr der bereits sesshaften Gruppe gegen Nomaden oder andere Stämme nennen. Schließlich ist teilweise rein auf Macht gegründete Herrschaftsentstehung, sowie Herrschaft zur religiösen Führung vorgekommen. Die durch die Sesshaftigkeit

⁶⁷ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 819.

⁶⁸ Zu diesem geschichtlichen Anfang aller „staatlichen“ Organisation, über die nur Hypothesen aufgestellt werden können, vgl. *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 266 ff.

⁶⁹ *Rehm*: Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, S. 11 f.

begründeten wirtschaftlich ungleich komplexeren Verhältnisse mussten normativ erfasst werden. Daher ist festzustellen, dass Staat und Recht seit Anbeginn miteinander verknüpft sind⁷⁰. In jedem Falle erhoffte man sich durch den Zusammenschluss zu einer Horde und den Zusammenhalt in ihr, die diesseits oder jenseits begründete Gewissheit einer besseren *Chance zu Überleben*⁷¹. Das kann gerade bei der primären und frühzeitlichen sekundären Staatsentstehung auf niedrigerer Kulturstufe, noch unmittelbar aus der Evolutionslehre abgeleitet werden. Der feste Zusammenschluss in Gruppen und das spätere Sesshaftwerden, das die rechtliche Regelung des Lebens begründete, kann, aus welchen konkreten Motiven heraus dies stattgefunden haben mag, dem Einzelnen und der Gruppe einen Selektionsvorteil gegenüber nicht sesshaften oder kleineren Gruppen gebracht haben. Die Gruppe würde für den erforderlichen Schutz zum Aufziehen des Nachwuchses und zur Versorgung von Eltern und Kindern beitragen, sodass ein sichereres Überleben möglich war, als in der rauen Natur. Den offensichtlichen Erfolg dieses Modelles kann man unzweifelhaft an der weltweiten, bis in die extremsten Witterungslagen vorgedrungenen Ausbreitung des Menschen auf der Erde betrachten, wenngleich zuzugeben ist, dass es noch immer nicht sesshafte Nomadenvölker gibt.

Negativ gewendet mit dem Terminus „Todesfurcht“, führt *Isensee* den Bestehensgrund des Staates mit Verweis auf den den Krieg aller gegen alle überwindenden Gesellschaftsvertrag bei *Thomas Hobbes* zurück. Gegen dessen Ansicht spricht, das theoretische Denkmodell *Hobbes'*, das nicht die historische Realität und die wirklichen menschlichen Entschlüsse abbildet, sowie, dass es ihm nicht um eine Abschaffung der Todesfurcht, sondern um die Freiheit des Selbsterhaltungswillens ging⁷².

Staatsentstehung kann in diesem Zusammenhang freilich nicht die Entstehung des modernen, dreielementaren Staates bedeuten, wie wir ihn heute kennen. Die frühzeitlichen, antiken und mittelalterlichen Staaten waren keine Staaten im modernen Sinne, sondern es waren Herrschaftsverbände, die sich vor allem in personaler

⁷⁰Vgl. hierzu *Herzog: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit*, in *Isensee/Kirchhof: HdbStR IV § 72*, S. 84 ff., für den modernen Staat lehnt *Herzog: Allgemeine Staatslehre*, S. 142 die Machttheorien aber strikt ab. Außerdem, *Jellinek: Allgemeine Staatslehre*, S. 267 f, sowie aus der Soziologie, *Kemmler: Der Ursprung des Staates*, passim.

⁷¹Auch *Herzog: Allgemeine Staatslehre*, S. 139.

⁷²*Roellecke: Staat und Tod*, S. 82 f.

Verbundenheit konstituierten, also weniger abstrahiert waren als der heutige anstaltliche Territorialstaat als juristische Person⁷³. Ferner ist zu bedenken, dass sich nicht sofort herrschaftliche Gewalt etablieren konnte, weil sie anfangs nicht nötig war. Vielmehr wirkte in den kleinen, besonders stark auf Existenzsicherung angelegten Gruppen, die Sozialmoral, die eine organisierte Rechtssetzung und -durchsetzung nicht erforderte⁷⁴. Die Herrschaftsgewalt und wesentlich später der dreielementare Staat, scheinen nur deshalb derart entstanden zu sein, weil er die Chance zu Überleben weiter erhöhte, bzw. entsprechend *Isensees* Ansicht die Frucht zu sterben minimierte⁷⁵; er diene dem Zweck der Sicherheit, der „Gewissheit“ einer Chance zum Überleben.

Der Zweck *innere* Sicherheit zu schaffen kann notwendigerweise erst nach der bewussten Begründung des Zusammenschlusses und der Entscheidung über die Herrschaft entstanden sein, weil erst äußere Zwänge, die die Chance des Überlebens verringerten, die Menschen zur Gruppenbildung und später zur herrschaftlichen Unterwerfung veranlasst haben, die ein „Innen“ haben konnte. Das spiegelt sich konsequent im (theoretischen) Entstehungsmodell⁷⁶ *Hobbes'* wider, der von einem Krieg aller gegen alle ausgeht, in dessen Folge die einzelnen Menschen als Gegner die Waffen niederlegen und den Leviathan schaffen, der statt ihrer und für sie Gewalt auszuüben und Sicherheit zu gewährleisten hat. Erst der Gesellschaftsvertrag schafft bei ihm die Gemeinschaft⁷⁷ und mit ihr, durch den Herrschaftsvertrag, den Staat⁷⁸, der dann für „äußere“ und „innere“ Sicherheit zu sorgen hat. *Herzog* sieht

⁷³Das erklärt sich aus dem Ursprung des Staates im ethnischen Volk, dessen „Spezialisierung“ er ist; hierzu sogleich

⁷⁴*Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 24, 148. Teils gründete sich das menschliche Zusammenleben noch viel später (bis heute?), vor allem im arabischen Raum auf rein moralische, aber strenge, Autorität, ohne Zwangsgewalt und Obrigkeit im Rechtssinne, vgl. *Ehrlich*: Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 72 f.

⁷⁵Vgl. unten S. 56 ff. auch zur Ansicht *Kelsens*, dass aus den äußeren Lagen allein nicht die Entstehung des Staates erklärt werden könne.

⁷⁶In der Naturrechtslehre wurde jeweils von einem konstruierten, nicht historisch tatsächlichen Idealzustand ausgegangen, um von diesem Naturzustand, *status naturalis*, aus Theorien zu entwickeln, die freilich vom zugrundeliegenden Menschenbild abhängig waren; *Lieberwirth*: Die historische Entwicklung der Theorie vom vertraglichen Ursprung des Staates und der Staatsgewalt, S. 34.

⁷⁷*Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, S. 14 sprechen insoweit von einem „*vorsozialen* Zustand“.

⁷⁸Anders dagegen *John Locke*, der, entsprechend dem Titel seines Hauptwerkes von zwei Verträgen ausgeht, s. bei *Lieberwirth*: Die historische Entwicklung der Theorie vom vertraglichen

diese Erweiterung des Aufgabenbereiches als Erscheinung jeder menschlichen Organisation und bringt den inneren Frieden in Verbindung mit der Entstehung der Rechtsprechung. Beides sei erforderlich geworden, nachdem sich größere Gemeinwesen gebildet hatten, die zu einem komplexen Netz menschlicher Beziehungen führten, was insbesondere innerhalb der ersten großen Städte auftreten musste⁷⁹. Die innere Sicherheit ist also ein „Zivilisationsproblem“⁸⁰. Mit Blick auf das oben Gesagte bewahrheitet sich daher die Relevanz einer wenigstens groben räumlichen oder auch einer strengen personellen Trennung als Zuordnungsgrund für innere und äußere Angelegenheiten. Wie zahlreiche Staatenbünde und Reichsgründungen aus der Frühzeit belegen, versuchten die Menschen sehr bald die zwischen einzelnen Gemeinschaften entstehenden Konflikte einzudämmen und so eine in Großräumen ruhige Lage zu konstituieren⁸¹.

II. Staat als Institution

Aus dem eben Gesagten ergibt sich im Grundsatz bereits was der Staat seinem Wesen nach ist und schon immer war: eine *Institution*. Als Institution bezeichnen die Anthropologie und Soziologie hochkomplexe, sich über Generationen erhaltende Grundmuster menschlicher Systeme bestimmter Verhaltensmuster. Verhaltensmuster sind „geistige Werkzeuge“ zur Ermöglichung oder Erleichterung menschlicher Existenz. Auch das Grundgesetz nennt derartige Institutionen etwa, die Familie (Art. 6 Abs 1 GG), das Privateigentum (Art. 14 I GG) oder das Berufsbeamtentum (Art. 33 Abs. 5 GG) die von ihm garantiert werden. Das Grundgesetz setzt eine weitere Institution voraus, nämlich den Staat (Art. 20 Abs. 1 GG); es kennt aber auch die Gesellschaft (Art. 6 Abs. 5 GG⁸²) und das vorkonstitutionelle Volk (Präambel, Abs.

Ursprung des Staates und der Staatsgewalt, S. 39. Von zwei hintereinandergeschalteten Verträgen gehen auch *Pufendorf* und *Grotius* aus; vgl. bei *Link*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *VVDStRL* 48 [1990], 7, 43. Zu den mittelalterlichen Anfängen der Vertragstheorien überhaupt, *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 48 ff.

⁷⁹*Herzog*: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in *Isensee/Kirchhof*: *HdbStR* IV § 72, Rn. 15.

⁸⁰Für das Erforderlichwerden der Erhaltung öffentlicher Sicherheit auch *Nawiascky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. IV, S. 6.

⁸¹*Herzog*: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in *Isensee/Kirchhof*: *HdbStR* IV § 72, Rn. 17 f.

⁸²Sowie in Form bestimmter gesellschaftlicher Organisationen, wie die Parteien, die Presse, den Rundfunk, Koalitionen, Kirchen, Vereine.

1⁸³), das sinnvollerweise als einziges im Sinne einer Institution gemeint sein kann⁸⁴. Diese Werkzeuge zum menschlichen Überleben entsprechen, trotz ihrer Kontinuität, nicht der Natur des Menschen, sind also nicht naturgegeben, sodass sich die Anforderungen an sie und damit auch die von ihnen erfüllten Funktionen entsprechend der „Lage“ ändern können⁸⁵.

Vorliegend kommt es vor allem auf die Institutionen Volk, Gesellschaft und Staat an, die untereinander in besonderer Beziehung stehen. Das Volk steht noch in engem Zusammenhang mit dem Stamm und der Horde, ist also ein ethnisches Kriterium. Der heutige institutionelle Volksbegriff ist aber deutlich jünger. Ähnliches gilt für die Gesellschaft, die mehr ist als die bloße Ansammlung von Individuen und als „Bereich unorganisierter Selbstregulierung“ gelten kann⁸⁶. Das heißt, sie ist ein Instrument das innerhalb eines Systems für einen Ausgleich, entsprechend den in der Gruppe herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen, sorgt⁸⁷.

Der Staat, um den allein es hier im Besonderen gehen soll ist, wie die Gesellschaft auch, mit dem Volk identisch, wenngleich sie untereinander verschieden sind. Staat und Gesellschaft zeigen das Volk jeweils in einem bestimmten Aggregatzustand. Während aber die Gesellschaft unorganisiert ist, ist der Staat das genaue Gegenteil dessen: Er ist ein Regelungsprinzip, das sich durch dauerhafte Organisation, Amt und Herrschaft auszeichnet⁸⁸ und gleichzeitig die höchstpotenzierte Form menschlicher Organisation darstellt⁸⁹. Er stellt daher – aus Sicht von Volk und Gesellschaft – einen „Fremdkörper“ dar, insbesondere, weil er inzwischen sich nicht mehr als volks- oder gesellschaftsinterne Organisation zeigt. Er ist ein volks- und

⁸³Das Volk das in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG erwähnt ist, ist mit dem Volk der Präambel *nicht* zwingend identisch, wie sich etwa an der Möglichkeit der Teilnahme von EU-Bürgern an Kommunalwahlen zeigt; es ist eine konstituierte Gewalt. So stellt schon *Jellinek: Allgemeine Staatslehre*, S. 421 f. fest, die Wahl sei eine Organhandlung. Zum Überblick der Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué*, siehe *Zippelius: Allgemeine Staatslehre*, S. 50 f.

⁸⁴Erstaunlich ist, dass sich *Herzog: Allgemeine Staatslehre*, S. 146 gerade an dieser Stelle unpräzise ausdrückt, sodass man meinen könnte das in Art. 20 Abs. 1 S. 2 GG genannte (Staats-)Volk sei gemeint.

⁸⁵A. a. O., S. 139 f.; zum Begriff der Lage, siehe *Krüger: Allgemeine Staatslehre*, S. 15 ff.

⁸⁶*Herzog: Allgemeine Staatslehre*, S. 146.

⁸⁷*Zippelius: Allgemeine Staatslehre*, S. 200.

⁸⁸*Herzog: Allgemeine Staatslehre*, S. 141, 146.

⁸⁹*Fassbender: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): *HdbStR IV* § 76, Rn. 120.

gesellschaftsexternes Gebilde, das Wirkungen in die Gesellschaft hinein zeitigt und mit ihr wechselwirkt⁹⁰. Über das Mittelalter etwa prägten personale Strukturen den „Staat“, während der Staat nun als juristische Person, als „Leviathan“ (*Hobbes*), auftritt und nicht personal, sondern territorial verankert ist. Der Mensch tritt nur als „Hersteller“ und „Verwender“ des Staates auf.

Der Staat war jedenfalls nie Selbstzweck, wie das etwa von *Hegel* vertreten wurde, sondern er war und ist eine Institution, ein Werkzeug des menschlichen Geistes, zur Erhöhung der Chance zu Überleben, sowie zu jedem „höheren“ Zweck, der dem Willen der den Staat gründenden und tragenden Menschen entspringt.

III. Entstehung des modernen Staates

1. Elemente des Staates

Die Gründung des Staates meint hier nicht die Entstehung allgemein, sondern die Gründung eines konkreten Staates innerhalb der sich schon ausgebildet habenden Staatenwelt⁹¹. Fraglich ist daher zuerst, was den Staat ausmacht, d.h. wann ein menschlicher Verband als Staat bezeichnet werden konnte. Immernoch herrschend im Staats-, wie im Völkerrecht ist die Drei-Elemente-Lehre von *Jellinek*, wonach ein Staat „seiner rechtlichen Seite nach die mit ursprünglicher Herrschaftsmacht ausgerüstete Körperschaft eines sesshaften Volkes sei“⁹².

Daraus ergibt sich der dreielementare Aufbau eines jeden, nach heutiger Vorstellung bestehenden Staates aus Volk, Gebiet und Gewalt. Aus den obigen Ausführungen geht klar hervor, dass Volk und Staat nicht dasselbe sind, sondern der Staat nach dem Volk entsteht und als rechtlich selbstständig anzusehen ist. Letzteres verdeutlicht sich darin, dass er eine mit Herrschaftsgewalt ausgestattete Körperschaft *des* Volkes ist und nicht etwa, dass das Volk der Träger der Herrschaftsmacht selbst wäre. Ob das so ist, ist Frage der Organisation, nicht des Wesens des Staates.

⁹⁰Zu den Versuchen von gesellschaftlichen Gruppen ihre Auffassung über staatliche Mithilfe allgemeinverbindlich zu machen, *Wiesing*: Spektrum der Wissenschaft 6/2008, S. 84, ff.

⁹¹*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 266.

⁹²Zu den drei Elementen A. a. O., S. 394 ff., sie in dieser Definition zusammenfassend, a. a. O., S. 433.

2. Ist der moderne Staat wertgebunden?

Daraus ergibt sich zugleich, was ein Staat *nicht* ist. Er ist insbesondere nicht eine mit dem Volk zu verwechselnde und gleichzustellende Erscheinung. Auch sämtliche reinen Personalverbände sind vom Staatsbegriff nicht erfasst⁹³. Das gilt selbst für de facto-Regime, die erst dann völkerrechtlich existent werden, wenn sie einigermaßen gesichert Macht über ein Gebiet ausüben, also hinreichenden Territorialbezug haben⁹⁴.

Fraglich ist weiter, ob die Nicht-Identifikation des Staates mit dem Volk nicht nur im juristischen, sondern auch im ideologischen Sinne eine Voraussetzung für den Staat ist, wie dies *Krüger* vertreten hat. Er erklärt die Staatsgewalt – auf die später noch ausführlicher eingegangen wird als eine *General- und Blankovollmacht* – die es dem Staat erlaube von der Lage – also einer äußeren Gegebenheit, sei sie natürlicher oder kultureller Provenienz⁹⁵ – auf die zur Bewältigung der Lage erforderlichen Mittel zu schließen⁹⁶. Es gebe jedoch nicht nur eine solche Vollmacht, sondern zwei. Bevor die eben beschriebene, als Staatsgewalt benannte Vollmacht wirksam werden könne, bedürfe es einer ersten, die die Aufgabenstellung und Aufgabenverteilung regeln könne. *Krüger* nennt sie mit Bedenken, aber mangels besserer Alternative, Souveränität⁹⁷. Statt dessen kann auch von Kompetenz-Kompetenz gegenüber der Gesellschaft gesprochen werden⁹⁸. Daraus folge, dass jeder Staat „*in potentia*“ allumfassend sei. Ob ein Staat dann freiheitlich oder nicht-freiheitlich sei, ergäbe sich weder aus der Staatsform, noch daraus, dass sie die Möglichkeit bestehe, dass sich die Möglichkeit in der Wirklichkeit konkretisiert, sondern es ergäbe sich aus der Wirklichkeit, nämlich aus der Lage. Dies zeige das Beispiel des Krieges, in dem

⁹³Obwohl sie dennoch organäre Völkerrechtssubjekte sein können, wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, der Souveräne Malteser-Ritterorden oder der Heilige Stuhl beweisen.

⁹⁴Das erklärt sich auch aus dem Interesse neutraler Staaten, die ihre Rechte in diesem Gebiet durchsetzen wollen. Existiert kein einigermaßen definierbares Gebiet der Machtausübung durch den militärischen Verband, dann ist eine Rechtsdurchsetzung oder die Haftung der Milizen unrealistisch.

⁹⁵Zu Begriff und Bedeutung der „Lage“, *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 25 ff., sowie bezüglich *Krügers* Leistung in Bezug hierauf, *Oppermann*: Ein Deutscher Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts – Zum 100. Geburtstag von Herbert Krüger, in: AöR 130 [2005], 494. Vgl. zu den hier sog. primären und sekundären Lagen, unten S. 134 ff.

⁹⁶*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 818 ff.

⁹⁷A. a. O., S. 761.

⁹⁸Ebenso *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 147.

jeder Staat ein totaler werde. Das Kennzeichen des totalen oder un-freiheitlichen Staates liege also nicht in mehr oder weniger umfassender Aufgabenwahrnehmung, sondern in der causa der Übernahme der Aufgabe. Zurecht erblickt *Krüger* dies im Falle der „Ideologiehafteit und Moralhafteit“, die aus dem gesellschaftlichen Bereich in die staatliche Sphäre eindringen, und der Staat so zum Förderer oder Vorkämpfer dieser Vorstellungen werde und so nicht aus dem Erfordernis der Lage sondern ideologiegemäß handle. Der totale Staat identifiziert sich mit den vorherrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen, anstatt sich *nicht-identifizierend* und nur nach Lage der Dinge die Aufgaben zu stellen und mit den entsprechenden Mitteln zu erfüllen⁹⁹.

Herzog geht davon aus, dass der Staat *dienende Funktion* habe, der Staat also um des Menschen Willen da sei und nicht umgekehrt. Das sei über jeden Zweifel erhaben und müsse bis in den letzten Winkel staatlicher Tätigkeit durchgehalten werden¹⁰⁰. Hierfür sei Rechtsstaatlichkeit, wie immer sie auch ausgestaltet sei, unbedingte Voraussetzung. Allerdings sei festzustellen, dass der Einzelne nicht nur des Schutzes vor dem Staat, sondern auch des Schutzes vor der Gesellschaft bedürftig sei und „überhaupt frei“ sein müsse. *Herzog* stellt sodann fest, dass in den letzten Generationen die Gesellschaft omnipotent geworden sei und, um nicht totalitär zu werden, eines Korrektivs bedürfe, das unter den vom Mensch entwickelten Institutionen nur der Staat sein könne, der deshalb eine völlig neue Aufgabe hinzugewonnen hätte: die „Rechtsstaatlichkeit der zweiten Dimension“¹⁰¹, aufgrund derer der Staat nicht länger nur im Rahmen der Zweckmäßigkeit, sondern im Rahmen der Ideen der Freiheit und der Menschenwürde seine Aufgaben zu bestimmen habe. Er müsse in jedem Falle entscheiden, ob „alte Werte zugunsten neuer Chancen aufgegeben werden“ sollen, sodass er nicht nur der Umsetzung gesellschaftlicher Tendenzen dienen solle. Er müsse vielmehr das „bessere Gewissen der Gesellschaft“ werden¹⁰².

Auch wenn beide Autoren argumentativ verschiedene Wege gehen, ist das Ergebnis so oder so nicht haltbar. Denn offenbar geht es Beiden darum, zu verhindern,

⁹⁹ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 761 f.

¹⁰⁰ *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 142; ebenso *Pernthaler*: Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 124 und *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. IV, S. 11.

¹⁰¹ *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 143.

¹⁰² A. a. O., S. 144.

dass der Staat zur Waffe Einiger wird, um den Rest des Volkes zu unterdrücken. Das Problem dieser Argumentationen ist gerade, *dass* die Ideologie in ihnen auftaucht. Während *Krüger* davon spricht der Staat dürfe seine Aufgaben nicht aus Ideologiefhaftigkeit stellen, macht *Herzog* den Staat zum Vorkämpfer für bestimmte Ideologien – auch das Streben nach Menschenwürde und Demokratie ist eine Ideologie – und so zum besseren Gewissen der Gesellschaft. Was aber ist, wenn die vom Staat gewählten besseren Werte (bei *Herzogs* Argumentation) von unserem jetzigen oder einem späteren moralischen Standard betrachtet schlecht sind? Wer also bestimmt die Erforderlichkeit der Lage? Konsequenterweise muss man dem Staat die Bestimmung der äußeren und inneren Gegebenheiten überlassen, die er zum Anlass und Maßstab seines Handelns wählt. Er ist die institutionalisierte Reaktionsfähigkeit eines Volkes¹⁰³ und grundsätzlich am ehesten in der Lage von gesellschaftlichen Partikularinteressen unabhängig, das Allgemeininteresse wiederzugeben und dementsprechend zu handeln¹⁰⁴. Die Wahrheit, sowohl hinsichtlich der Lage, wie auch hinsichtlich des Schlusses im Rahmen der General- und Blankovollmacht ist daher durch das staatliche Interesse subjektiviert¹⁰⁵. Wer, wie die Nationalsozialisten im Dritten Reich, glaubt von den Juden gehe eine „Gefahr“ aus, der kann jedes gegen diese „Gefahr“ gerichtete Mittel entsprechend *Krügers* Argumentation anwenden. Denn angeblich reagiert er auf eine Lage und handelt damit gerade nicht ideologieverhaftet. Kurz: er deutet die Realität subjektiv nach seinen Maßstäben und bestimmt dann – korrekt – über die Mittel zur Bewältigung der Lage.

Bei genauer Betrachtung stellen sich beide Argumentationen als gut gemeint, aber schlecht gemacht dar, weil sie ihr eigentliches Ziel, nämlich eine Beschränkung der Allumfassendheit und Allgewalt des Staates nicht erreichen können. Beide Argumentationen sind, wie die Beispiele gezeigt haben, von den Werten oder den Lagen abhängig, die der Staat, bzw. seine Träger teilen oder sehen. Sind sie „gut“ ist es der Staat, sind die „schlecht“ ist es auch. Das erkennt zutreffend *Ermacora*, wenn er schreibt, dass nur Menschen und nicht Symbole und Metaphern die Verfassung reprä-

¹⁰³ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 519.

¹⁰⁴ Tut er das nicht, bleibt er dennoch Staat.

¹⁰⁵ Dies klingt an bei *Bull*: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 103, der von der von *Krüger* zugrundegelegten Notwendigkeit sagt, sie sei nichts als eine „Generalklausel zugunsten desjenigen, der jeweils zu entscheiden hat“.

sentierten, die ihrerseits transformierte gesellschaftliche Gewalt delegiert¹⁰⁶. Daraus folgt: Entweder man erkennt allgemeine Werte des Staates an, die ihm vorausgehen und jeden Staat iSd. Drei-Elemente-Lehre binden, oder man lässt sie vollständig weg und lebt damit, dass selbst das nützlichste Werkzeug Schaden anrichten kann, wenn der Verwender es missbräuchlich verwendet. Es ist offensichtlich, dass nicht von allen Menschen und folglich auch nicht von allen Völkern dieselben Werte geteilt werden, oder dass es natur- oder gottgegebene Werte oder Normen gäbe, die alle vorbehaltlos teilen¹⁰⁷. Ebenso kann nicht verhindert werden, dass Lagen, insbesondere in der immer komplexer werdenden Welt, gar nicht mehr objektiv richtig eingeschätzt werden können und das Erfordernis der Lage subjektiv und ideologiegeprägt bestimmt wird. Deshalb wird das was Ideologie und das was Lage ist vom Standpunkt des Betrachteten abhängig und entzieht sich daher zunehmend einer objektiven Abgrenzung. Daher kann folglich für jeden Staat nur geschlossen werden, dass er dem besseren Überleben dienen solle, über das „Bessere“ aber frei bestimmen kann. So fasst *Holubek* zusammen, es sei der Staatslehre gleichgültig, welche Ziele von einer Politik verfolgt würden. Ihr sei nämlich jede Ideologie recht, solange sie nur mit genügender äußerer Macht vertreten werde¹⁰⁸.

Das muss grundsätzlich sogar der anerkennen, der von der Aufgabe des Völkerrechts ausgeht, die Menschenrechte und neuerdings auch das demokratische System in einem Anflug von Weltverbesserungsideologie¹⁰⁹ auch mit Waffengewalt durch-

¹⁰⁶ *Ermacora*: Allgemeine Staatslehre, Tbd. 1, S. 414.

¹⁰⁷ Zum Defizit allgemein anerkannter Gerechtigkeitsvorstellungen; vgl. *Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 122 f.

¹⁰⁸ *Holubek*: Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft, S. 127.

¹⁰⁹ Zurecht macht *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 762 f. darauf aufmerksam, das auch „freiheitliche“ Demokratien zum totalen Staat entarten können und sich seit einigen Jahrzehnten begännen „in zunehmendem Maße der Ideologiekraftigkeit oder Moralhaftigkeit verpflichtet zu fühlen, sich zu Vorkämpfern von solchen aufzuwerfen und für sie zu missionieren“; dem ist nichts hinzuzufügen, außer dem, dass sich an dieser Entwicklung in den weiteren Jahrzehnten nichts geändert zu haben scheint. Offenbar zeigt sich an dieser Entwicklung, was *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 338 schon zutreffend bemerkt hat, nämlich, dass man, wie bei Kindern zu beobachten wäre, das „Faktische zum Normalen erhebt“. Die fortdauernde Übung erzeuge den Eindruck der Normmäßigkeit dieser Übung, a. a. O., S. 339. Dasselbe gilt wohl auch hier: die westlichen Demokratien beginnen das von ihnen geübte System als normgemäß zu erachten und andere Systeme hieran zu messen. Das ist an sich nicht schlimm, solange es nicht in missionarischen Eifer umschlägt und auch mit Gewalt anderen Systemen gegenüber durchgesetzt zu werden versucht – zumindest dann, wenn man als „Bonus“ auch wirtschaftliche oder Imagevorteile erheischen kann, bzw. selbst keine wirtschaftliche Schäden riskieren muss.

zusetzen. Denn offenbar geht *Krüger* – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – davon aus, dass der sich identifizierende, totale Staat kein Staat mehr ist, sondern dass er sich als „die *nachstaatliche* Gewalt derjenigen *Unstaatlichkeit* [erweist], die jede Identifikation des Staates mit seinem geistigen Gehalt bedeutet“¹¹⁰. Um überhaupt einen Anknüpfungspunkt zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Gebote, wie der Menschenrechte, zu haben, ist ein Subjekt notwendig, dem diese Pflicht auferlegt werden kann. Dies ist im Völkerrecht mit wenigen Ausnahmen und daher grundsätzlich der Staat. Wer aber die Staatlichkeit eines totalitären Systems ablehnt, verliert zwangsläufig das Subjekt, dem er die Pflicht auferlegen will diese Gebote umzusetzen. Dies führt dazu, dass die anderen Staaten, die statt des totalitären Systems treuhänderisch für die Sicherheit der dortigen Schutzbefohlenen und den Frieden in diesem Gebiet zu sorgen hätten, unter völliger Ignorierung dieses totalitären Regimes agieren müssten, so als sei tatsächlich kein Staat vorhanden. Das ist in jedem Fall nur mit Gewaltmitteln möglich¹¹¹. Das widerspricht aber dem ultima-ratio-Charakter der Gewaltanwendung und schließt von vorn herein andere Möglichkeiten des Zwanges aus, den „Staat“ zu völkerrechtskonformem Verhalten zu bewegen. Anders könnte dies nur dann sein, folgt man der Sanktion der Nichtexistenz, wie sie *Krüger* fordert, wenn man das totalitäre Regime als de facto-Regime anerkennt. Dann ist letztlich aber nichts gewonnen, sodass man gleich vom Vorhandensein eines Staates unabhängig von seinen inneren Angelegenheiten hätte ausgehen können.

Es bleibt dabei: Der Staat hat Schutz zu gewährleisten und zwar primär verstanden als Frieden und nur sekundär als (individuelle) Sicherheit und Freiheit. Das erschließt sich zwanglos daraus, dass ohne kollektive Sicherheit an individuelle Sicherheit, sei es in Form von Menschenrechten, demokratischer Mitbestimmung oder

¹¹⁰ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 762. Vgl. außerdem a. a. O., S. 835: „Insofern die Staatsgewalt *nur existiert* als es um die Verfolgung eines legitimen Zwecks und um den Anforderungen der Ökonomie entsprechende Mittel handelt, unterscheidet sie sich grundlegend von aller privaten Herrschaft“, (Hervorhebungen jeweils nicht im Original).

¹¹¹ Übergangsweise war die Teilhabe einer UN-Behörde an der Regierungsgewalt in Kambodscha Anfang der 1990er Jahre vertraglich festgelegt; vgl. *Herdegen*: Völkerrecht, S. 85, der daraus, sowie aus der treuhänderischen Übernahme hoheitlicher Befugnisse in Somalia die Entwicklung der UN hin zu einer Organisation mit supranationalen Elementen zu erkennen vermag. Etwas konservativer und die grundsätzliche Achtung der Souveränität auch der failing states in den Vordergrund stellend, *Hailbronner*: Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in Graf Vitzthum (Hrsg.): Völkerrecht, S. 190.

Rechtsstaatlichkeit nicht zu denken ist, weil sie alle einen ruhigen Zustand voraussetzen, um wirksam zu werden¹¹². Diesen Zustand durch äußeren Zwang herbeiführen zu wollen stellt sich, wie etwa das Beispiel des Irak zeigt, als Illusion dar. Der Staat muss, ob er „gut“ oder „schlecht“ ist, gerade deshalb Staat bleiben, um ihn völkerrechtlich binden zu können, freilich unter Berücksichtigung des inneren Systems dessen Ausgestaltung grundsätzlich im Ermessen des Staatsgründers liegt – und damit *nicht* wertgebunden ist, jedenfalls nicht durch vorkonstitutionelle Rechte bzw. natur- oder gottgegebene Werte und Normen oder durch solche, die von der herrschenden Ansicht der Staatenmehrheit als „richtig“ angesehen werden.

3. Schöpfungsakt des modernen Staates

Wie schon erwähnt wurde, geht es um die Voraussetzungen der Neugründung eines Staates. Hierfür müssen die drei von *Jellinek* herausgearbeiteten Elemente vorliegen¹¹³: Ein Staatsvolk, welches nicht ein einheitlich ethnisches Volk zu sein braucht¹¹⁴, muss in einem bestimmten Gebiet einer Staatsgewalt unterworfen sein.

Über die Gründung eines Staates sagt diese Erkenntnis freilich noch nichts aus; sie markiert das Ergebnis, nicht den Weg dorthin. Aus den oben gewonnenen Erkenntnissen ergibt sich, dass der Staat und die Gesellschaft verschiedene Objekte sind, sodass die bloße Feststellung, der Staat sei eine gesellschaftliche Realität, nicht genügen kann. Es bedarf vielmehr, um dem Staat im rechtlichen Sinne gerecht zu werden, eines Gründungsaktes, der den Staat als rechtliches Sein, unterschieden vom gesellschaftlichen Sein, schafft¹¹⁵. Wie genau dieser Gründungsakt von staten geht, wie und wann der Staat genau entsteht, etwa mit einem oder mehreren

¹¹²Zu den Voraussetzungen der Grundrechtsgeltung, *Isensee*: Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 115, Rn. 102 ff.

¹¹³*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 278.

¹¹⁴Auf die Abgrenzungsprobleme zwischen Volk, Nation und Gesellschaft kommt es vorliegend nicht an. Nur soviel: der Unterschied zwischen Volk und Nation liegt im Bewusstsein des Zusammengehörigkeitsgefühls und damit auch im Willen diese bewusst gewordenen Eigenarten zu erhalten. Ob es nun die Nation oder das Volk ist, das den Staat gründet ist, wie gesagt, vorliegend unerheblich. Sicher fest steht aber, dass auch in der Demokratie, Staat und Volk bzw. Gesellschaft nicht identisch, sondern zu unterscheiden sind; *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 44, 53.

¹¹⁵*Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 1 ff., trennt ebenfalls zwischen Staat und Gesellschaft, doch benutzt er diese Begriffe nicht; vielmehr misst er dem Staatsbegriff zweierlei Bedeutungsinhalte zu: den Staat als soziale Tatsache einerseits und den Staat als rechtliche Tatsache andererseits.

Vertragsschlüssen, wie die Vertragstheorien behaupten, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Es ist im Einzelnen auch schwer feststellbar, wann ein Staat vorliegt, wann also sämtliche erforderlichen Elemente vorhanden sind und insbesondere ob eine effektive Staatsgewalt, die sich nach außen behaupten kann, besteht – oder auch nicht. Dennoch verdeutlichen die Vertragstheorien Wesentliches. Sie erkennen nämlich die Bedeutung der rechtlichen Seite des Staates und dass es eines bestimmten rechtserheblichen Tuns bedarf um einen Staat als juristische Person mit eigener Organisation aus der unorganisierten Masse der Volkes oder der Gesellschaft zu erschaffen. Gleichwohl kann es sich nicht um einen Vertrag im Rechtssinne handeln, der notwendig eine Rechtsordnung voraussetzen würde, nach der sich das Zustandekommen des Vertrages bestimmen würde. Denn vor dem Staat existiert – wenn man zutreffend die Existenz überpositiven Rechts ablehnt¹¹⁶ – kein Recht. Der Staat ist vielmehr die Voraussetzung für das Recht¹¹⁷. Wenn es aber kein Recht vor dem Staat für den Staat gibt, dann kann es auch keinen rechtlichen Maßstab geben, nach dem sich der Entstehungsakt des Staates bemessen könnte und also muss der Vorgang der Staatsgündung ein *faktischer*, außerhalb des Rechts liegender und von ihm nicht fassbarer Vorgang sein¹¹⁸. Es handelt sich um einen politischen Akt. Der Staat stellt damit den Beginn des Rechts dar und seine Existenz ruht, so *Jellinek*, nur auf seinem eigenen Willen. Dies ist nur richtig, wenn man den Staat in seiner Eigenschaft als sozialer Tatsache betrachtet, also in Form des Volkes, der Nation oder der Gesellschaft. Eben wurde gesagt, dass der Staat außerhalb des Rechts entsteht und ebenso durch faktischen Vorgang, einen „*actus contrarius*“ also, auch untergeht¹¹⁹. Wenn dem so ist, muss der den Staat tragende Wille ebenfalls außerhalb des Rechts und damit auch außerhalb des Staates als rechtlichem Sein liegen. Dies bringt *Nawiasky* in seiner Definition des Staates, den er – hier etwas verkürzt – als

¹¹⁶Wer sollte es auch setzen und durchsetzen? Ähnlich *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 11, der fragt woher die überpositiven Normen ihre verbindliche Kraft hernehmen sollten.

¹¹⁷Das gilt auch für das schon bestehende Völkerrecht, weil dieses den Staat als voraussetzt um ihn zu binden; daher kann das Völkerrecht nur als Maßstab für die Staatenwelt dienen, zu bestimmen, wann ein neuer Staat in diese Gemeinschaft eintritt; *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 273; *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132.

¹¹⁸*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 275 ff.; ausdrücklich *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132 f.

¹¹⁹*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 283.

den „Träger des in einer Rechtsordnung erscheidenden Willens“ bezeichnet¹²⁰, treffender zum Ausdruck. Der soziale und damit menschliche Wille schlägt sich also in der Rechtsordnung nieder und das diese Rechtsordnung tragende Rechtsordnungssubjekt ist der Staat. Das ist es, was den Staat von der sozialen Erscheinung zum Rechtsbegriff erhebt. Seine Existenz erschöpft sich aber hierin nicht. Als Träger der Rechtsordnung, bzw. des hierin zum Ausdruck kommenden Willens, steht er außerhalb und über der Rechtsordnung. Gleichwohl – und dies ist für die Pflicht zur Schutzgewährleistung wesentlich – steht er auch innerhalb der Rechtsordnung und ist damit Rechtssubjekt derselben. Das bedeutet nicht weniger, als dass der Staat an das von ihm gesetzte und getragene Recht *selbst gebunden* ist¹²¹.

Daraus ergibt sich schließlich als Antwort auf die Frage wie der Staat erschaffen wird, dass es keine allgemeingültige Antwort hierauf geben kann, jedenfalls soweit es nicht die Natur des Gründungsaktes betrifft. Seiner Natur nach ist dieser Akt, ebenso wie der Untergang ein faktischer Vorgang, an den sehr wohl aber Rechtsfolgen anknüpfen können. Dies zeigen etwa die völkerrechtlichen Regelungen zur Staatenachfolge zeigen¹²². Staat und Staatsgewalt sind Werkzeuge des menschlichen Geistes. Daher ist es der menschliche Wille, der den Staat schafft und entsprechend formt.

Damit ist zum Staat das Wesentliche vorgetragen, sodass es nun daran ist einen Blick auf die Geschichte des „Staats“zwecks der Sicherheitsgewährleistung zu werfen. Von einem Staat im modernen Sinne kann man in der langen Geschichte der Herrschaftsverbände freilich erst spät sprechen. Dennoch wird, auch hier der Begriff „Staat“ verwendet, wenn auch zu diesen Zeiten noch nicht von einem Staat im dreielementaren Sinne gesprochen werden kann.

¹²⁰ *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 9; zur umfassenden Definition a. a. O., S. 6.

¹²¹ Zu den Schranken des Staates, genauer der Staatsgewalt, siehe unten S. 78 ff.

¹²² Ausführlich, *Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, S. 606 ff.

E. Sicherheitszweck des Staates in historischer Entwicklung

I. Geistesgeschichtliche Entwicklung

1. Entwicklung von der Antike bis ins Mittelalter

Zweck der frühen Staaten war die Herstellung und Aufrechterhaltung von Sicherheit und Frieden um dem Einzelnen eine höhere Chance des Überlebens zu ermöglichen. Es liegt nahe anzunehmen, dass dieses Grundbedürfnis noch in der späteren Zeit, zumindest unterschwellig eine Triebfeder der Staatsentstehung, diesmal des modernen gewaltmonopolisierten Staates war, weil sich andere Herrschaftsmodelle als nicht effizient erwiesen haben, oder sich den gewandelten äußeren Umständen nicht anpassen vermochten.

Bevor im Rahmen des staatlichen Elements der Staatsgewalt auf die nähere geschichtliche Entwicklung vom Gewaltmonopol zum Gewaltoligopol und die Natur der Staategewalt selbst eingegangen wird, ist es nun an der Reihe empirisch nachzuweisen, dass der „Staat“, bzw. die obrigkeitliche Herrschaft, die in der Nachschau als „Staat“ oder vielmehr „Staats“gewalt betrachtet wird, dem Zweck dient Sicherheit und Frieden zu gewährleisten. Eine allgemeingültige Aussage lässt sich daraus aber nicht ableiten, weil, entsprechend der Staatsentstehung aus dem freien, ungebundenen menschlichen Willen heraus, dieser Wille ist, jeden oder auch gar keinen Zweck mit dem Zusammenschluss zu verfolgen¹²³. Es geht insofern – wie auch in der übrigen Arbeit – darum eine Idee des Staates zu erkennen und im Rahmen dieser Idee Schlüsse zu ziehen. Zur Bestimmung dieses Rahmens ist erforderlich ein umfassender Eindruck dieser Idee zu gewinnen. Dazu bedarf es auch der historischen Aufarbeitung der Staatsidee.

Die Gründe und Hintergründe frühzeitlicher Staatsentstehung sind ebenso genannt worden, wie die Unmöglichkeit hieraus Anknüpfungen für den modernen Staat zu entlehnen¹²⁴. Es erscheint demnach sinnvoll mit den politischen Vorläufern des

¹²³Das gilt insbesondere dann, wenn man nicht, wie hier vertreten, die Chance des besseren Überlebens als hintergündigen Zweck annimmt, sondern nur die Oberfläche betrachtet, sodass der Staat etwa existiert, um Wasser zu kanalisieren, fremde Nomaden abzuwehren oder die religiöse Kulturlandungen zu organisieren, etc. Den aufgabenlosen Staat hat es dagegen vermutlich nie gegeben; nochmals *Herzog*: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in *Isensee/Kirchhof*: HdbStR IV § 72, Rn. 13.

¹²⁴*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 266.

modernen Staates zu beginnen und daraufhin zu untersuchen, welchen Stellenwert Sicherheit und Frieden für diese Staaten hatte.

Für *Platon* ergab sich der Zusammenschluss zum Staat aus Gründen von Gefahren für Leib und Leben, nämlich zum Schutz vor den Tieren. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Protagoras Dialog, sondern geht auch aus seinen Ausführungen zu den Aufgaben des Staates hervor, der dazu dienen sollte den Menschen sittlich zu vervollkommen, also eine Erziehungsanstalt des Menschen ist. Dem folgt auch *Aristoteles*, der den Zweck des Staates darin erblickt, das vollkommene Leben seiner Bürger zu gewährleisten. Beides ist aber offenkundig nur möglich, wenn Frieden herrscht, sodass es eine in zentraler Lage vom Staat vorzunehmende Aufgabe ist den Frieden zu sichern. In Rom sollte das Gemeinwohl das oberste Gesetz sein, dem sich die Ersten verpflichtet sahen. Als Gesetz im technischen Sinne dürfte das aber nicht anzusehen sein; vielmehr sollte das gemeine Wohl Leitmotiv und Zweck der Herrschaft sein. Augustus betrachtete sich als der Erste unter Gleichen und Diener des Volkes. Zur Gewährleistung dieses Zweckes war man bereit die ansonsten geteilte Macht notfalls und zeitlich beschränkt in die Hände eines Mannes zu legen, der dann diktatorische Macht besaß und alle Maßnahmen ergreifen konnte, die seiner Ansicht nach dem Wohl des Volkes dienten¹²⁵. Deutlich später hat *Augustinus* festgestellt, dass das „Streben nach Frieden als Naturgesetz“¹²⁶ betrachtet werden könne. Niemand höre nicht gern vom Frieden und selbst die Befürworter des Krieges führten ihn nur um zu Obsiegen und dadurch Frieden zu schaffen, sodass jedem sein gebührender Platz zugewiesen ist und damit Ordnung hergestellt ist. Der Friedenszweck des Staates taucht aber nur in der Hinsicht auf, als dass der Staat durch seine Gewalt eine Ausrichtung des menschlichen Wollens auf transzendente Güter herbeiführt. Einen Staatszweck irdischer Sicherheit möchte man daraus nicht erkennen, obwohl doch die „*securitas*“ in der römischen Reichsidee noch enthalten war¹²⁷. *Augustinus* spricht ihn nur am Rande an, wenn es heißt, der christliche Kaiser könne sich glücklich schätzen, wenn er eine Strafe nur verhängt, „weil es Leitung und Schutz des Staates

¹²⁵Dazu von *Lübtow*: Die römische Diktatur, in Fraenkel (Hrsg.): Der Staatsnotstand, S. 94.

¹²⁶Vgl. die Kapitelüberschrift bei *Bergstraesser/Oberndörfer*: Klassiker der Staatsphilosophie, S. 75.

¹²⁷*Pax, securitas, libertas*; *Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Koselleck(Hrsg.): HRG, S. 833.

erfordern“¹²⁸. In Verbindung mit der Friedenspflicht, spricht das, sowie wiederum die Tatsache Friede sei Voraussetzung für den sonstigen Staatszweck, dafür, dass ein staatlicher Schutzauftrag angenommen wurde.

Für die sich durch das ganze Mittelalter bis in die frühe Neuzeit hinein ziehende Ansicht, der Staat diene auch göttlichen Zwecken, darf der Begriff der Sicherheit nicht so eng wie im eingangs erwähnten, modernen Sinne gefasst werden, sondern muss entsprechend dem Sicherheitsbedürfnis erweitert werden¹²⁹, sodass es zur Gewährleistung von Sicherheit auch gehören konnte, das menschlichen Wollen, im Sinne von *Augustinus*, „auf die zum sterblichen Leben gehörenden Güter“ zu erweitern, sodass Frieden und Sicherheit auch von der staatlichen Förderung des himmlischen Wohles abhängen mussten.

Thomas von Aquin erachtete die Erreichung himmlischer Seligkeit als Zweck eines guten (irdischen) Lebens. Auch hier findet sich, wie schon bei *Plato* und *Augustinus* der transzedente Lebenszweck. Diesem Zweck soll der König dienen¹³⁰. Bei *v. Aquin* lautet es andern Orts aber, dass das Glück und Heil einer Gesellschaft in der Wahrung ihrer Einheit bestehe, die Frieden heiße. Das sei das Ziel, das der Leiter des Volkes anzustreben habe¹³¹. *Engelbert von Admont* sieht im Frieden das wichtigste Ziel aller menschlicher Gemeinschaften; das sei der Zweck, weshalb sie sich zusammengeschlossen hätten¹³².

Dante Alighieri führt in seinem Werk „De Monarchia“ aus, der Staatszweck richte sich darauf den Menschheitszweck zu erfüllen. Hierfür seien drei Voraussetzungen wichtig: Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit. *Dante* erkennt eine tiefe Sehnsucht nach dem Frieden, wie schon der Gruß der Engel gewesen sei: Frieden auf Erden!, und sieht ihn als das Mittel an, „durch welches man dahin gelangt, wohin wie auf einen Endzweck alle unsere Tätigkeiten gerichtet sind“¹³³.

¹²⁸ *Augustinus*, *Civitas Dei*, V, 24; zitiert bei *Bergstraesser/Oberndörfer*: *Klassiker der Staatsphilosophie*, S. 79.

¹²⁹ Schon oben wurde die Sicherheit, als sich Aktualitäten entsprechend anpassend, angesprochen, vgl. S. 3.

¹³⁰ *v. Aquin*, *De regime principum*, I, 15; zitiert nach A. a. O..

¹³¹ *v. Aquin*, *De regime principum*, I, 2.

¹³² *Admont*, *De ortu et fine*, Kap. XIV, zitiert bei *Kelsen*: *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, S. 61.

¹³³ *Dante*, *De Monarchia*, zitiert bei A. a. O., S. 60 mwN.

Enorm fortschrittlich äußert sich bereits im Jahr 1324 der „kühne“¹³⁴ *Marsilius von Padua* in seinem Werk „Defensor pacis“. Er vertritt die Ansicht vom Volk als „Gesetzgeber oder erste und spezifisch wirkende Ursache des Gesetzes“, das seinen Willen durch die Mehrheit¹³⁵ bekundet. Der Mensch sei folglich in der Lage autonom weltliches Recht zu schaffen, ohne Rücksicht auf das „evangelische Gesetz“¹³⁶. In der jenseitigen Welt wird anhand dieses Gesetzes zwar über den Menschen gerichtet, für die diesseitige ist er – auch als Kleriker – nur an das weltliche Recht gebunden¹³⁷. Entscheidend ist aber ein anderer Aspekt der Lehre *Paduas*: Der Friede¹³⁸. „Jedem Reich“, so zitiert er den römischen Senator *Cassiodorus* in Defensor Pacis I, 1 § 1, „muss ja Ruhe erwünscht sein, in der die Völker gedeihen und der Nutzen der Menschen gewahrt wird. Sie ist die Mutter aller schönen Künste“. Im Unterschied zur Ruhe, die die besten Früchte bringe, folgten der Zwietracht die schlimmsten Früchte und Nachteile. „Nun sind, wie gesagt, die Früchte des Friedens oder der Ruhe die besten, die Schäden des Gegenteils aber, des Streits, unerträglich; deshalb müssen wir den Frieden wünschen; wenn wir ihn nicht haben, ihn gewinnen; wenn er gewonnen ist, ihn wahren und das Gegenteil, den Streit, mit allen Mitteln abweisen“¹³⁹.

Padua beschränkt sich nicht nur auf die Forderung des Friedens, sondern gestaltet seine Forderung näher aus. „Die Ruhe war nämlich ein guter Zustand der Stadt oder des Staates, bei dem jeder Bestandteil die ihm nach der Vernunft und seiner Bestimmung zukommenden Aufgaben erfüllen kann“. Die Ruhe bezeichnet nur einen Zustand, der keine formale Ursache habe, sondern nur empirisch ermittelt werden könne. Treibende Kraft für die Ruhe sei „doch wohl wechselseitiger Verkehr der Bürger, Austausch ihrer Erzeugnisse, gegenseitige Hilfe und Unterstützung und

¹³⁴ *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 204.

¹³⁵ Die Mehrheit ist aber nicht rein quantitativ zu messen, sondern auch unter Berücksichtigung der Bedeutung der Personen; *Padua*, Defensor pacis, I, 12 § 3; zitiert nach *Bergstraesser/Oberndörfer*: Klassiker der Staatsphilosophie.

¹³⁶ Er ist damit einer der Begründer der Lehre von der Volkssouveränität, die insbesondere von *Rousseau* später aufgegriffen wurde und heute Grundlage des demokratischen Staatsmodells ist; vgl. zur Volkssouveränität etwa *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 237 ff.

¹³⁷ *Padua*, a.a.O II, 8 § 5 und § 9

¹³⁸ Der Friede stellt den Schlüsselbegriff in *Paduas* Staatslehre dar; *Kusch* in: *Bergstraesser/Oberndörfer*: Klassiker der Staatsphilosophie, S. 98.

¹³⁹ *Padua*, a.a.O, I, 1 § 4.

überhaupt, die von außen ungehemmte Möglichkeit, ihre eigenen und die gemeinsamen Aufgaben zu erfüllen, auch die Beteiligung an den gemeinsamen Vorteilen und Lasten in einem jeden zukommenden Maß und damit die übrigen angenehmen und wünschenswerten Dinge...¹⁴⁰. Wesentlich dabei ist, dass der Friede nur noch als ein öffentlicher Zustand erkannt wird und sich folglich nicht mehr auf die Erreichung eines höheren, transzendenten Ziels, sondern nur noch auf die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens gerichtet ist. Der ethische, philosophische oder kirchliche Friedensbegriff wird ersetzt durch einen sozialen, ökonomischen¹⁴¹.

2. Entwicklung in der Neuzeit – Kontinuität des Sicherheitszwecks

Während sich im späten Mittelalter, am deutlichsten unter *Padua*, die Trennung zwischen diesseitiger und jenseitiger Welt abzuzeichnen begann und die Erreichung jenseitiger Ziele nurmehr als Zweck des Menschen aber nicht mehr des Staates angesehen wurde, kam es in der Folgezeit zu einer vollständigen Ausblendung jenseitiger Staatsziele.

Bodin nennt zwar die Glückseligkeit als Zweck wohlgeordneter Staaten, bringt dies aber nicht in Verbindung mit der Aufrechterhaltung innerer Sicherheit. Vielmehr kanzelt er Staaten ab, die sich nur auf den nach außen gerichteten bewaffneten Schutz des Staates und die Sicherheit im inneren beschränken, weil er die Erfüllung derartiger Aufgaben für völlig selbstverständlich hält. Das ergibt sich schon aus der Überschrift des entsprechenden Kapitels¹⁴².

Anders bei *Thomas Hobbes*: Der Staat stellt nicht den Naturzustand dar, ebenso wenig, wie der Mensch seiner Natur nach ein geselliges Wesen ist. Das Menschenbild, das den Überlegungen von *Hobbes* zugrundeliegt, steht dem von *Aristoteles* diametral entgegen. Zum Zwecke der Untersuchung des Staates „zerlegt“ *Hobbes* diesen und kommt als kleinstes von dessen Elementen zum Menschen. Im Rahmen eines Gedankenexperimentes denkt er die bestehende Staatsgewalt weg, sodass er den Menschen außerhalb der bürgerlichen Gesellschaft, im Naturzustand, wiederfindet.

¹⁴⁰ *Padua*, a.a.O, I, 19 § 2.

¹⁴¹ *Kusch* in: Bergstraesser/Oberndörfer: Klassiker der Staatsphilosophie, S.104, Fn. 1 mwN..

¹⁴² *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, I, 1: „Über den vornehmsten Zweck des wohlgeordneten Staates“. Auch sind es die geschichtlichen Umstände, die ihn zur Weiterentwicklung des Souveränitätsidee leiten; s. dazu unten S. 63 ff.

Hobbes entdeckt im Naturzustand die Gundanlagen, die erstens die Eigennützigkeit und zweitens die Furcht sind¹⁴³. Dieses Bild geht wohl auf die damalige Zeitgeschichte, der Religionskriege und die persönlichen Erfahrungen von *Hobbes* zurück, der während der englischen Verfassungswirren 1640 nach Frankreich flüchten musste und nach Jahren des Krieges der Ruf nach dem Staat als Mäßiger der Religionsparteien immer lauter wurde¹⁴⁴. In den Augen von *Hobbes* erscheint im Naturzustand der Mensch dem Menschen als Wolf (*homo homini lupus est*)¹⁴⁵. Denn, wenn nur aus Eigensucht gehandelt wird, so ist Jeder dem Anderen ein Feind, sodass der von *Hobbes* angenommene Naturzustand letztlich einen Krieg aller gegen alle (*bellum omnium contra omnes*) bedeutet¹⁴⁶. Zweck und Rechtfertigung staatlicher Macht sind dem geschuldet. Das Gegenteil des Krieges ist der Frieden. Weil nur der Frieden dem Eigennutz förderlich sei und der Krieg Zerstörung bringe, finde sich der Mensch aus Eigennutz zu einer Gemeinschaft zusammen¹⁴⁷. Diese Gemeinschaft ist der Staat, den *Hobbes* den Leviathan¹⁴⁸ nennt. Der Leviathan ist „ nichts anderes [...], als ein künstlicher Mensch, wenn auch von größerer Gestalt und Stärke als der natürliche, zu dessen Schutz und Verteidigung er ersonnen wurde“¹⁴⁹. Weil eine Vereinbarung zwischen den Menschen allein keine Friedensordnung schaffen kann – „Verträge ohne das Schwert sind bloße Worte“ – brauche es den Staat, der in der Weise herrschen kann, dass alle Menschen sich diesem unterwerfen, sodass dessen „Wille für den Willen aller Einzelnen gilt, soweit er über das bestimmt, was zum gemeinsamen Frieden notwendig ist“. Zweck des Leviathans, den er einen „sterblichen Gott“ nennt, ist folglich die Friedenssicherung. Während bei *Padua* noch über die Friedensnotwendigkeit des Staates gestritten werden konnte, ist diese für *Hobbes* eindeutig. Denn „die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän dauert nur so lange, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann.“ „Zweck des Gehorsams

¹⁴³ *Zippelius*: Geschichte der Staatsideen, S. 100.

¹⁴⁴ *Maier* in: Maier/Rausch/Denzer: Klassiker des politischen Denkens, S. 281; *Zippelius*: Geschichte der Staatsideen, S. 100.

¹⁴⁵ *Hobbes*, De cive, Widmung; zitiert nach *Bergstraesser/Oberndörfer*: Klassiker der Staatsphilosophie.

¹⁴⁶ *Hobbes*, De cive, Widmung; *Hobbes*: Leviathan, I, 13.

¹⁴⁷ *Hobbes*, De cive, I, 10 ff.

¹⁴⁸ A. a. O., Einleitung; siehe zur Ethymologie *Schmitt*: Leviathan, S. 9 ff..

¹⁴⁹ *Hobbes*: Leviathan, Einleitung.

ist Schutz“. Die Macht des Staats verliert sich, weil der Mensch ihn, gewährt er keinen Schutz mehr, nicht mehr braucht¹⁵⁰.

Damit ist klar: Bei *Hobbes* wird die Sicherheit erstmals zur ausdrücklichen Rechtfertigung des Staates, bzw. seiner Herrschaftsgewalt. Wird sie nicht mehr gewährleistet, fehlt ihm die Legitimationsgrundlage; dann stirbt der „Gott“¹⁵¹.

Spinoza zufolge ist es nicht Zweck des Staates durch Furcht den Menschen zu beherrschen, sondern, im Gegenteil, „jeden von der Furcht zu befreien, damit er, soweit dies für ihn möglich ist, sicher leben, d.h. sein natürliches Recht zu existieren [...] behaupten kann“. Der Endzweck ist Freiheit, die durch Sicherheit vermittelt wird¹⁵². *Samuel Pufendorf* kommt ähnlich, wie *Hobbes* zum Ergebnis, dass der Mensch sich nur deshalb seiner natürlichen Freiheit begeben und vom Staat beherrschen lasse, weil er „sich mit einem Schutz zu umgeben [versucht] gegen die Übel, die dem Menschen vom Menschen drohen“¹⁵³.

Wenn auch *Locke* von einem anderen Menschenbild ausgeht wie *Hobbes*, so kommt er dennoch zu ähnlichen Ergebnissen, nämlich die (freien und gleichen) Menschen schließen sich durch einen Vertrag zusammen. Der freie Mensch habe die „Gewalt nicht allein sein Eigentum, d.h. Leben, Freiheit und Besitz [...] zu schützen, ...“. Dies gelte auch für den Staat, da „keine politische Gemeinschaft bestehen kann, ohne, dass sie in sich selbst die Gewalt besitzt, das Eigentum [im o.g. Sinne] zu schützen“¹⁵⁴. Der wichtigste Zweck der Vereinigung von Menschen im Staat ist die Erhaltung des Eigentums¹⁵⁵. Auch *Locke* sieht in der Schutzpflicht das Rechtfertigungselement des Gemeinwesens¹⁵⁶. Das geht daraus deutlich hervor, dass er Widerstand gegen die Staatsmacht für zulässig hält, wenn sie nicht mehr der Erhaltung des Eigentums dient, was aber Grundlage der Entscheidung der Menschen gewesen

¹⁵⁰ *Hobbes*: *Leviathan*, II, 21.

¹⁵¹ Zur synallagmatischen Verknüpfung von Gewaltmonopol und Friedenspflicht, sowie zur staatlichen Selbstlegitimation, vgl. unten S. 119 ff.

¹⁵² *Spinoza*, *Theologisch-Politisches Traktat*, Schlusskapitel; zitiert nach *Bluntschli*: *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, S. 133 f.

¹⁵³ *De jure naturae et gentium*, VII 1 § 4 ff; *Zippelius*: *Geschichte der Staatsideen*, S. 135.

¹⁵⁴ *Locke*, *Two Treaties of Government*, II, § 87; zitiert nach *Bergstraesser/Oberndörfer*: *Klassiker der Staatsphilosophie*.

¹⁵⁵ *Locke*, *Two Treaties of Government*, II, § 124.

¹⁵⁶ *Locke*, *Two Treaties of Government*, II, § 143.

sei auf ihr eigenes diesbezügliches Recht zu verzichten¹⁵⁷. Insofern unterscheidet sich die Rechtsfolge der Vertragsverletzung von der von *Hobbes* vertretenen: Bei Zweckfortfall kommt es – zivilrechtlich gesprochen – nicht zur Vertragsauflösung, sondern zur Vertragsanpassung.

Nach Ansicht von *Montesquieu* ist der Zweck des Staates auf das öffentliche Wohl ausgerichtet. Die Sicherheit selbst spricht er nicht an. Der Staat solle alle bürgerlichen Freiheiten garantieren. Diese Sicherung soll dem Bürger die Verwirklichung individueller Ziele ermöglichen¹⁵⁸. *Jean-Jaques Rousseau* schreibt, wer eine Verfassung schaffe, müsse dieser eine weitere Bedingung hinzufügen, die zwar keine andere ersetzen könne, ohne die die anderen Bedingungen aber wertlos seien: „Es muss Frieden und Wohlstand herrschen“¹⁵⁹. *Christian Thomasius* stellt umgekehrt fest, den Staat gäbe es ebensowenig wie das Gemeinwesen, wenn überall Frieden wäre. Alle Regalien der Fürsten dienten folglich nur der „Erhaltung des gemeinen Friedens“¹⁶⁰. *Christian Wolff* erkennt den Zweck des Staates ebenfalls in der Sicherheit. Die Menschen hätten zwei Absichten gehabt ein Gemeinwesen, das der Staat ist, zu errichten: Erstens dem höchsten Gut nachzustreben und zweitens „sich wider alle Gewalt und Unrecht zu schützen“. Die Berechtigung des Gemeinwesens leite sich nur daraus ab, dass es die von Gott und der Natur dem Menschen aufgegebene Verpflichtung seine eigene Glückseligkeit und die anderer zu fördern, in möglichst großem Umfang gewährleiste. Nur der Staat sei stark genug die Ordnung und Sicherheit zu schaffen und zu schützen. Von diesem Zweck hängt also die Rechtfertigung der Macht ab und durch ihn wird sie begrenzt¹⁶¹. *Friedrich der Große* ist in der Staatswissenschaft weitgehend unbekannt geblieben. Doch sind seine Ansichten von besonderer Relevanz, weil sie sich unmittelbar im praktischen Staatshandeln niederschlagen konnten – was sie gleichwohl nicht immer taten. *Bluntschli* spricht von ihm als dem Begründer einer modernen Staatsidee. Nach dessen Ansicht hätten sich die Menschen zusammengeschlossen und der Obrigkeit unterworfen, um ihre Rechtsord-

¹⁵⁷ *Locke*, *Two Treatises of Government*, II, § 222.

¹⁵⁸ *Montesquieu*: *Vom Geist der Gesetze*, XXVI, 15.

¹⁵⁹ *Rousseau*: *Der Gesellschaftsvertrag*, I Kap. 10.

¹⁶⁰ *Thomasius*, *Thomasische Gedanken* S. 9; zitiert nach *Bluntschli*: *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, S. 226 f.

¹⁶¹ *Wolff*, *Politik* § 214 f.

nung zu sichern; daher seien die Oberen Diener des Staates¹⁶².

Bemerkenswert modern sind auch die von *Pütter* und *Achenwall* in ihrem Lehrbuch getroffenen Äußerungen: Ihrer Ansicht nach sucht der Mensch nach Auskömmlichkeit und Sicherheit und, als oberstem Ziel, das die beiden vorgenannten umfasst, nach dem Wohl. Um diese Ziele zu erreichen erfolge der Zusammenschluss im Staat. Aufgabe des Staates sei die Gewährleistung der Erstgenannten, sein Zweck die Verwirklichung des Letztgenannten. Komme es bei der Zweckerreichung zum Konflikt zwischen den untergeordneten Gütern Auskömmlichkeit und Sicherheit, so habe erstes zu weichen, weil die Sicherheit das höhere Gut darstelle¹⁶³. Hieraus lässt sich die die beginnende Trennung zwischen Zweck und Aufgabe erkennen¹⁶⁴.

Wilhelm v. Humboldt stellt in seiner Schrift „Grenzen der Wirksamkeit des Staates“ als Zweck des Menschen die „höchste und proportionierteste Bildung seiner Kräfte zu einem Ganzen“ heraus, wozu „Freiheit die erste und unerlässliche Bedingung ist“¹⁶⁵. Für das Problem der widerstreitenden menschlichen Interessen, fordert er eine staatliche Macht, die Sicherheit sowohl nach innen, wie nach außen gewährleistet. „Denn ohne Sicherheit vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden, noch die Früchte derselben genießen; ohne Sicherheit ist keine Freiheit“¹⁶⁶. Also sei der Erhalt der Sicherheit der Zweck des Staates.

Zu dieser Zeit tritt der geisteswissenschaftliche Einfluss bereits deutlich in den Hintergrund. Wichtiger wird die Staatspraxis, die zunehmend auf eine Monopolisierung der Gewalt zusteuert, bzw. etwa in Frankreich schon voll verwirklicht ist. Die diesem Vorbild nacheifernden deutschen Landesherren benötigen „schöngestige“ Legitimation für den Ausbau ihrer Macht nicht mehr. Ihnen genügt ihre eigene faktische Machtvollkommenheit¹⁶⁷.

Bis dorthin war es ein langer Weg, den die eben dargestellte geistesgeschichtliche

¹⁶² *Friedrich der Große*, Oeuvres IX, 197; vgl. *Bluntschli*: Geschichte der neueren Staatswissenschaft, S. 261.

¹⁶³ *Achenwall/Pütter*: Elementa iuris naturae, § 653 f., 676, sowie die dortigen Verweise.

¹⁶⁴ Zur Begriffsabgrenzung *Isensee*: Staatsaufgaben, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 73, Rn. 6 ff., a.A. *Weiss*: Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 73.

¹⁶⁵ *von Humboldt*: Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, I, 64.

¹⁶⁶ A. a. O., I, 95 f.

¹⁶⁷ Ausführlicher noch unten S. 71 f.

Entwicklung teils sekundiert, an den entscheidenden Stellen aber gewiesen hat. Die Geschichte des später sogenannten Gewaltmonopols ist die Geschichte der Monopolisierung legitimer (physischer) Gewaltausübung beim Staat, bzw. dem Herrscher und damit auch eine Geschichte des modernen Staates mit seiner einheitlichen und einzigen Staatsgewalt selbst. Hierauf wird im nächsten Kapitel eingegangen.

II. Rechtshistorische Entwicklung

Zu zeigen ist zunächst, dass sich trotz oder gerade wegen der zunehmenden Machtkonzentration beim Herrscher der Staatszweck Frieden und Sicherheit keineswegs erübrigt hatte. Vielmehr ist es, der die Entwicklung hin zum gewaltmonopolisierten Staat unterstützt und antreibt und wiederum von der steigenden Macht des Staates positiv beeinflusst werden wird, indem der Staat vor allem den Begriff der Sicherheit, nicht so sehr den des Friedens, erweitert und sich nicht länger nur um reinen Lebensschutz bemüht, sondern auch für ökonomische und soziale Sicherheit eintritt¹⁶⁸.

1. Germanische Zeit

Zunächst ist auf dasjenige Amt zu fokussieren, das, möglichst entsprechend dem heutigen Verständnis der Staatsgewalt, die höchste Gewalt verkörperte. Das ist in der germanischen Zeit eindeutig das Königtum, das sich von den Ostgermanen auf die Westgermanen ausbreitete und zu dem dynamischen in die Zukunft der europäischen Staatenwelt weisenden und für die Ausbildung der Staatsgewalt integrierenden Faktor wurde¹⁶⁹. Der König war gleichwohl weit davon entfernt absoluter Herrscher zu sein, er war vielmehr Führer des Volkes, der Erste unter den Adligen, die wiederum der höchste Stand in der damaligen ständischen Staats- und Gesellschaftsordnung waren. Dennoch entsprach die germanische Auffassung, modern gesprochen, der einer Volkssouveränität. Die Königswürde war folglich nur ein Amt, in das er gewählt und aus dem er entlassen werden konnte. Eine besondere Stärkung erfuhr das Amt des Königs durch das kriegsbezogene Amt des Herzogs, das zu einer ständigen Institution wurde und mit dem Königsamt verschmolz. Daher war der König fortan

¹⁶⁸Dazu bereits oben S. 3.

¹⁶⁹*Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 34; *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1088.

Führer von Volk und Heer, was deshalb von erheblicher machtpolitischer Bedeutung war, weil sich aus der Gefolgschaft eine deutlich engere Bindung und umfassende Macht ihm gegenüber ergab¹⁷⁰, wie aus der älteren reinen Königswürde¹⁷¹.

Die Wahl des Königs war nicht etwa frei, sondern ergab sich aus dem Stand, also einer nach rechtlichen, nicht wirtschaftlich oder religiös geordneten Gesellschaftsgruppe, sowie aus seiner Tauglichkeit, da er nicht nur Anführer sein sollte, sondern in der Vorstellung der Menschen Heilkräfte besaß, Integrationsfigur war und für Sieg, Frieden und Ernteglück einzustehen hatte¹⁷². Erwies sich der König als untauglich, tyrannisch oder beging Rechtsbruch, so konnte das Volk, dessen König er war und mit dem er in einem gegenseitigen Treueverhältnis stand, ihm die Treue entziehen und ihn absetzen; es bestand ein Widerstandsrecht¹⁷³.

Die Gefolgschaft spielte auch für eines der bedeutendsten mittelalterlichen Rechtsinstitute eine erhebliche Rolle, nämlich als einer der Vorläufer des Lehenswesens, das den Personalverband stützte und zunehmend politisch wichtiger wurde. Vom Frankenreich an prägte es die Herrschaftsstrukturen über das gesamte Mittelalter.

Das Lehen hatte rechtlich betrachtet zwei Elemente; nämlich ein persönliches und ein dingliches. Das persönliche Element, die Vasallität begründete eine Pflichtenbeziehung zwischen dem Lehensgeber, dem Schutzherr und seinem Vasall, dem Schutzbefohlenen. Der Schutzherr war den Vasallen, was aus der älteren Kommenation übernommen worden war, aus der Vasallität heraus verpflichtet diesen widerfahrendes Übel zu ahnden und für sie zu klagen¹⁷⁴. Der Vasall begibt sich also unter Schutz und Gewalt des Herrn. Im Gegenzug gewährte der Vasall seinem Herren lebenslange Dienste und erhielt seinerseits Unterhalt. Außerdem wurde aus der

¹⁷⁰ *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 30 und 36.

¹⁷¹ *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 36.

¹⁷² A. a. O., S. 35, sowie *von Below*: Der deutsche Staat des Mittelalters, S. 199; *Merk*: Der Gedanke des gemeinen Besten, S. 12 folgert aus der Vielzahl an Hinweisen aus frühester Zeit, dass es sich „hierbei um die Erscheinungsformen eines praktisch bedeutsamen Baugedankens germanischen Staats- und Rechtsgebäude jener Zeit“ handelt. Der Gemeinwohlgedanke sei außerdem nicht von den Römern entlehnt worden, a. a. O., S. 21.

¹⁷³ Schon damals bestand also die grundlegende staatliche Pflicht von Sicherheit gegen Gehorsam; zu dieser Pflicht, s. unten S. 119 ff.; zum Widerstandsrecht gegen den germanischen König, *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 35; *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 31.

¹⁷⁴ Dieses Verhältnis ist auch gesetzlich belegt, s. das Edikt Chlothars II v. 614 ; vgl. A. a. O., S. 169, sowie dort Fn. 6 mwN.

germanischen Gefolgschaft übernommen, dass der Vasall einen Treueid schwören musste. Das dingliche Element des Lehenswesens war das Benefizium, das sich aus den merowingischen Landschenkungen entwickelt hatte. Als entscheidend wird die juristische Verknüpfung von persönlichem und dinglichem Element betrachtet. Die Vasallität wurde zur *causa* des Benefiziums¹⁷⁵. Ferner war es möglich und üblich aus seinem Lehen Unterlehen zu begründen, sodass an der Spitze der Lehensgesellschaft der König stand, der seinerseits als oberster Lehensherr fungierte.

Die staatsrechtliche Relevanz des Lehenswesens ergibt sich daraus, dass die Vasallität an staatliche Dienste gekoppelt werden konnte. Höchste Amtsträger waren Vasallen des Königs, weil die Ämter zu Lehen vergeben wurden. Die Dienste konnten sich nicht nur auf die Verwaltung, sondern auch auf das Heer beziehen. Der Staatsdienst basierte ganz wesentlich auf dem Lehenssystem. In Deutschland wurde dies zum Problem, als die Erbllichkeit der Lehen begründet wurde und so ganze Ämterdynastien entstanden. Daraus resultierte eine Dezentralisierung der Macht auf den Adel, der diese Ämter begleitete¹⁷⁶. *Willoweit* leitet daraus zurecht ab, das Lehenswesen sei ein Ordnungsfaktor dieser Zeit gewesen¹⁷⁷. Immer war die gegenseitige Sicherheitsgewährleistung einer der zentralen Bestandteile der Treuepflichten¹⁷⁸.

Die ausdrückliche Aufgabe des Königs war es Frieden und Recht zu sichern¹⁷⁹. Er hatte bei der Krönung den Schwur abzuleisten für das Reich und die Allgemeinheit zu sorgen¹⁸⁰. Der neue König war angewiesen durch das Reich zu ziehen und vom Volk einen Treueid entgegenzunehmen; später hatte dagegen er seinerseits Verpflichtungen gegenüber dem Volk auszusprechen. Wohl hierauf gründete sich sein Recht Befehle, bzw. Strafgebote auszusprechen, sog. königliche Banngewalt. Die-

¹⁷⁵ *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 81 ff.; wobei in Deutschland sich dieses Verhältnis später zugunsten des Vasallen umkehrte, sodass fortan der Rechtsgrund des Dienstes das Lehen ist.

¹⁷⁶ Anders als etwa in Frankreich und England, wo das Lehenswesen zum Einheitsstaat führte. Dies liegt auch in der Tatsache begründet, dass dort das persönliche Element weiterhin überwog. Übersichten zum Ganzen bieten A. a. O., S. 80 ff.; 178 ff. und *Zippelius*: Verfassungsgeschichte, S. 17 ff.; 57 ff..

¹⁷⁷ *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 48, 4. Aufl.

¹⁷⁸ *Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Koselleck(Hrsg.): HRG, S. 835. Nach Ende der Karolingerherrschaft ging der Impuls zur Belehnung von den Mächtigen selbst aus. Ziel war: Schutz durch den Kaiser, so *Pufendorf*, *De statu imperii Germanici*, Kap. 3, § 4.

¹⁷⁹ Zu den umfassenden Aufgaben; *Waitz*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 201 f

¹⁸⁰ *von Below*: Der deutsche Staat des Mittelalters, S. 192.

se Banngewalt konnte nicht uneingeschränkt ausgeübt werden, sondern hatte dem Schutz des Gemeinwesens zugunsten zu erfolgen¹⁸¹. Sie diente vor allem der Friedenssicherung. Wer die königlichen Befehle ausführte oder befolgte sollte im Gegenzug auf dessen Schutz vertrauen dürfen¹⁸². Dasselbe galt auch für sonstige Amtsträger, denen bei Verstoß Bestrafung wegen Hochverrats drohte¹⁸³.

Insgesamt prägen personale und starre Beziehungen das Gemeinwesen¹⁸⁴. Durch die Hinordnung zum König wird dieses als solches konstituiert. Der König soll dem Gemeinwesen Schutz bieten.

2. Mittelalterliche „Friedensbewegung“

Im späten 10. Jahrhundert beginnen französische Bischöfe eine Entwicklung, die in den, aus dem mittelalterlichen Reich nicht wegzudenkenden, Landfrieden mündet. Sie drohen, da teils auch Inhaber weltlicher Gerichtsbarkeit, Straftätern zunächst gesellschaftliche Strafen, wie etwa die Exkommunizierung an. Später sollten auch körperliche Strafen, ebenfalls mit dem Ziel gesellschaftlicher Ächtung, verhängt werden. Diese Gottesfrieden kamen zustande durch Schwur der Gemeinde. Es erfolgte die gemeinsame Verpflichtung der Gemeinde, Gewalt zu bestimmten Zeiten, an bestimmten Orten oder gegenüber bestimmten Personen(gruppen) zu unterlassen. 1103 traf Heinrich IV. mit den Mainzer Fürsten eine Schutzvereinbarung zugunsten von Kirche, Kaufleuten, Frauen und Juden¹⁸⁵. Wer gegen sie vorging hatte mit drakonischen Strafen zu rechnen. Der weltliche König formte den Gottesfrieden zum Landfrieden um¹⁸⁶. Friedrich I. machte sich 1158 zum selben Zweck das oben beschriebene personalisierte Stufenverhältnis der mittelalterlichen Gesellschaft zu Nutze. Zuerst Fürsten sollten ihm gegenüber schwören, dann Amtsleute diesen und das einfache Volk wiederum diesen, sodass letztlich jeder zwischen 18 und 70 einem

¹⁸¹ „Zum Gemeinen Besten“; auch *Merk*: Der Gedanke des gemeinen Besten, S. 13.

¹⁸² *Waitz*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 205 ff.; *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 121.

¹⁸³ *Merk*: Der Gedanke des gemeinen Besten, S. 14.

¹⁸⁴ Das galt auch in den Städten, wo das Lehenswesen nicht etabliert war. Dort waren es die Gilden und Zünfte, die dem Einzelnen seinen Platz zuweisen; vgl. *Kimminich*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 78.

¹⁸⁵ *Becker*: NJW 1995, 2077, 2079.

¹⁸⁶ *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 66 f.

anderen durch Eid zum Erhalt des Friedens verpflichtet war¹⁸⁷.

Das zu dieser Zeit bedeutendste deutsche Kaisergesetz war der 1235 geschlossene und 1281 verlängerte Mainzer Reichslandfriede von Friedrich II. Er sollte einerseits der Zurückdrängung der gewaltsamen Selbsthilfe dienen und für bestimmte Zeiten den allgemeinen Frieden durchsetzen¹⁸⁸, andererseits suchte aber auch die Kirche den Schutz des König gegenüber den Laienfürsten¹⁸⁹. Hier spiegelt sich der von Friedrich II. gesehene Reichszweck wider, wie er schon neun Jahre zuvor in der Goldenen Bulle von Rimini dargestellt worden ist: Die Förderung kirchlich-religiöser Angelegenheiten. Im Gegenzug versprach die Kirche für den *salus populi*, das Wohl der Allgemeinheit, zu sorgen¹⁹⁰, erfüllte aber damit auch einen weltlichen Auftrag.

Diese Tradition wurde fortgesetzt, sodass es in der Folgezeit zu einer ganzen Reihe solcher, oft regional beschränkter, Friedensschlüsse kam. So etwa der im Landfriede des Wormser Städtetags vom 6. Oktober 1254, der zu den Akten des Rheinischen Bunds gehört¹⁹¹. Außerdem die Landfrieden für Schwaben und Bayern¹⁹², der Reichslandfriede König Ludwigs des Bayern¹⁹³, der Fränkische Landfriede¹⁹⁴, der Egerer Landfriede¹⁹⁵, der Landfriedensbund der Kurfürsten¹⁹⁶ und die Frankfurter Landfriedensordnung¹⁹⁷. Dabei kommt der Gewährleistung der Sicherheit auf (Fern-)Strassen erhebliche Bedeutung zu; insbesondere für Geistliche, Pilger und Kaufleute¹⁹⁸. Daneben gab es auch Städtebünde, die ebenfalls dem Ziel der Auf-

¹⁸⁷Vgl. zu diesem Modell, die Praktikabilität zu dieser Zeit bezweifelnd, *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 80; *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 712 ff.

¹⁸⁸Siehe hierzu und auch zur Entwicklung vom Gottes- zum Landfrieden; *Becker*: NJW 1995, 2077, 2078 f..

¹⁸⁹Die zeigt wiederum die personale Gegenseitigkeitsverpflichtung die typisch für die mittelalterlichen Schutzverpflichtungen war; allgemein *Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Koselleck(Hrsg.): HRG, S. 835.

¹⁹⁰*Zippelius*: Verfassungsgeschichte, S. 31; *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 135; *von Below*: Der deutsche Staat des Mittelalters, S. 193, der außerdem annimmt es habe sich beim Deutschen Reich des Mittelalters bereits um einen Staat gehandelt.

¹⁹¹*Weinrich*: Quellen, Nr. 5 b, S. 15 f.; bestätigt 1255, a. a. O., Nr. 9, S. 33 f..

¹⁹²A. a. O., Nr. 48, S. 162 ff. (1282).

¹⁹³A. a. O., Nr. 82, S. 267 f. (1323).

¹⁹⁴A. a. O., Nr. 90, S. 294 ff. (1340).

¹⁹⁵A. a. O., Nr. 102, S. 418 ff. (1389).

¹⁹⁶A. a. O., Nr. 124, S. 486 ff. (1438).

¹⁹⁷A. a. O., Nr. 126, S. 491 (1442).

¹⁹⁸*Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Koselleck(Hrsg.): HRG, S. 836; darauf, dass die Zurverfügungstellung von Infrastruktur wesentlich für die Staatlichkeit und insbesondere die

rechterhaltung des Friedens dienen sollten, hier aber außer Acht gelassen werden können. Schließlich kam es 1495 zum Erlass des Ewigen Landfriedens¹⁹⁹ und der Reichskammergerichtsordnung.

Insbesondere der Ewige Landfriede wurde zur zentralen Grundlage der Gewährleistung innerer Sicherheit und das eben gegründete Reichskammergericht brachte die Möglichkeit in gewissem Maße die Fehde zu verdrängen und einen allgemeinen Rechtsschutz und eine Befriedung herbeizuführen. Dies ist ferner darauf zurückzuführen, dass es gelang die Sicherheit auch zur Sache der Landesfürsten zu machen und insgesamt der Obrigkeit aufzubürden. Die Schaffung und Bewahrung des öffentlichen Friedens blieb zudem in anderen Regelungen ein zentrales Anliegen. Im Beschluss des Speyerer Reichstags 1526 kommt der zentrale Schutzgedanke erneut zum Ausdruck. Dort heißt es, dass „ein jede obrigkeit, geistig und weltlich, ihre Unterthanen, geistlich und weltlich, bey dem Ihren . . . schützen und schrimen“ solle²⁰⁰. Aus der 1533 verfassten Regierungslehre des Johann Eisermann („Ferrarius Montanus“) ergibt sich klar gefasst, was noch immer der Hauptauftrag der weltlichen Macht war: „schützen und rechtsprechen“²⁰¹. Aus Sicht des 18. Jahrhunderts fasst *Pütter* zusammen, dass der „Hauptzweck der bishrigen Reichsverfassung zur allgemeinen Sicherheit und Wohlfahrt noch immer durch reichsgerichtliche Erkenntnisse erreicht wird“²⁰².

Freilich funktionierte dies ebenfalls nur bedingt²⁰³ und gerade die Religionskriege des 17. Jahrhunderts zeigten deutlich, dass der immernoch feudale Staat, gar Mitauslöser und jedenfalls nicht in der Lage war, diesen brutalen Kämpfen Einhalt zu gebieten und die innere Sicherheit im Reich aufrechtzuerhalten.

Sicherheitsgewährleistung ist, hat zutreffend bereits *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III (1998), 109, 113 hingewiesen.

¹⁹⁹ *Weinrich*: Quellen, Nr. 135, S. 543.

²⁰⁰ *Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Koselleck(Hrsg.): HRG, S. 837, mit Verweis auf a.a.O. „Regierung“, S. 398, Fn. 245.

²⁰¹ *Eisermann*, Von dem Gemeinen Nutze, Kap. III, S. 12; zitiert nach *Simon*: „Gute Polizey“, S. 105.

²⁰² *Pütter*: Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des Teutschen Reiches, Bd. 3, S. 234.

²⁰³ Dass durch den Ewigen Landfrieden die gewaltsame Selbstjustiz nicht mehr zulässig war, hinderte ihre Ausübung nicht, dazu war die Durchsetzbarkeit staatlichen Rechts noch zu schwach.

3. Entwicklung nach *Bodin*

Doch auch im zentralistischen Frankreich konnten Religionskriege nicht verhindert werden. Unter dem Eindruck der Hugenottenkriege, insbesondere der Bartholomäusnacht (23./24. August 1572), entwickelte *Bodin* die Idee der Souveränität, die dem König Rechte zuweisen sollte, bzw. ihm zum Belieben zur Verfügung stellen sollte. Ziel war es eine Möglichkeit zu finden den grausamen Bürgerkrieg, auch um den Preis einer Tyrannei – die später tatsächlich eintrat –, zu beenden. Die Idee des Souveränitätsgedankens entsprang also nicht aus sich selbst heraus, sondern aus der Notwendigkeit der politischen Lage. Ihr Zweck war die Sicherung des inneren Friedens²⁰⁴. Zu dieser Zeit beginnt auch die räumliche Trennung der Sicherheit, in die innere und äußere und mit dem Westfälischen Frieden, 1648, gewinnt das Völkerrecht als das Recht der souveränen Staaten Bedeutung als Mittel internationaler Friedenssicherung²⁰⁵. Außerdem beginnt sich neben der territorialen Aufteilung der Schutzgewährleistung im 17. und 18. Jahrhundert diese selbst auszudifferenzieren, sodass „Schutz und Schirm“ anfangen als Selbstverständlichkeit betrachtet zu werden und Bestrebungen der Staatswohlfahrt, des Gemeinwohls, die sich bis zum heutigen Sozialstaatsprinzip ausgeweitet haben, begannen massiv in den „Schutzauftrag“ einbezogen zu werden²⁰⁶.

Es fand am ausgeprägtesten in Frankreich und in den Deutschen Territorien, nicht aber im Reich, die praktische Adaption der Gedanken *Bodins*, *Hobbes'* und *Lockes* statt, wo sich die absolute Herrschaft der Regenten in dem von *Bodin* definierten, souveränen Sinne etablieren kann. An der Seite dieser Herrscher war, rechtlich betrachtet, für kirchlichen Einfluss kein Platz mehr, sodass sich der Herrscher nicht mehr (primär) für die Konfession der Bürger, sondern nur noch für die Wohlfahrt des Gemeinwesens²⁰⁷ interessierte²⁰⁸. Es zeigt sich darin eine Wandlung des Schutz-

²⁰⁴ *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 37; *Dagtolow*: Ev. Staatslexikon, „Souveränität“, Sp. 3155; *Eichenberger*: Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: *Der Staat der Gegenwart*, S. 73.

²⁰⁵ *Brugger*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *VVDStRL* 63 [2003], 105; vgl. auch oben S. 13.

²⁰⁶ *Merk*: Der Gedanke des gemeinen Besten, S. 62 ff..

²⁰⁷ *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 175.

²⁰⁸ Dass es damit nicht weit her war und die egoistische Inanspruchnahme der Macht durch den König und die herrschende Klasse mit verantwortlich für den Ausbruch der Revolution war, tut

zwecks, weg von der primär individualgerichteten Sicherheit gegenüber dem personal gebunden Untertan, hin zu einer kollektiven Schutzgewährleistung für das Gemeinwesen des Territoriums, das den Untertan nur mittelbar einschließt, sodass die Sicherung des Einen zwangsläufig die Sicherung des Anderen zur Folge hat. Dadurch wird die Entwicklung hin zum organisierten Flächenstaat augenfällig.

4. Amerika und Frankreich

In den amerikanischen Kolonien Großbritanniens war man nicht länger bereit Steuern zu zahlen, ohne politische Mitsprache, namentlich im britischen Unterhaus, zu erhalten, was unter dem Schlagwort „no taxation without representation“ proklamiert wurde und schließlich zur Unabhängigkeitserklärung führte. Dies wurde maßgeblich von den Theorien *Lockes* begleitet. Das lassen die amerikanischen Urkunden²⁰⁹ und Texte der Unabhängigkeitsbewegung erkennen²¹⁰. In Letzteren tauchen regelmäßig die Begriffe „safety and happiness“ auf, wie sie auch in Europa gebräuchlich waren und auf *Locke* zurückgingen²¹¹. Aufgabe der Regierung war auch hier der Schutz und Erhalt der Sicherheit²¹².

So heißt es in der Unabhängigkeitserklärung von 1776: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, . . . “²¹³. Zwei der Gründe, die für die Etablierung einer Tyrannei der Krone in den Kolonien sprachen, werden in der Erklärung – korrespondierend hierzu – genannt: “He [the King] as abdicated Government here, by declaring us out of his Protection and waging War against us. He [the King] has plundered our seas, ravaged our Coasts, burnt our towns,

der grundsätzlichen Feststellung keinen Abbruch.

²⁰⁹ Abrufbar unter <http://www.archives.gov>.

²¹⁰ Vgl. *Weber-Fas*: Über die Staatsgewalt, S. 118, der auch den Hinweis bereithält, *Jefferson* habe sich teils Plagiatsvorwürfen ausgesetzt gesehen. Auch seien den französischen Revolutionären die Ideen *Lockes* bekannt gewesen und hätten Einfluss auf die Erklärung der Menschenrechte gehabt; dazu sogleich.

²¹¹ *Fleiner/Fleiner*: Allgemeine Staatslehre, S. 141; ebenso *Weber-Fas*: Rechtsstaat und Grundgesetz, S. 15.

²¹² *Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Koselleck(Hrsg.): HRG, S. 849 mwN.

²¹³ Declaration of Independence.

and destroyed the lives of our people“. Hieraus wird ersichtlich, dass nicht nur im Mitteleuropa des Mittelalters und der Neuzeit eine Tradition bestand der eigenen Bevölkerung Sicherheit zu leisten, sondern, dass diese Tradition in andere Erdteile exportiert, bzw. mitgenommen wurde und sich auch dort als maßgeblich etablieren konnte. Auch in der Konstitution von 1787 kommt der Schutzgedanke ebenso zum Ausdruck, wie in ihren amendments, der Bill of Rights, 1789. „We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure *domestic Tranquility*, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty. . . “²¹⁴.

Kurz darauf und beeinflusst durch den positiven Verlauf der Revolution in den USA, kam es auch in einigen Staaten Europas zur Revolution gegen das alte Regime – allen voran die Französische Revolution. Auch hier wurde weiterhin in der inneren Sicherheit ein enormer Wert gesehen, den es zu schützen galt. In der heute noch gültigen Menschenrechtserklärung vom 26. August 1789 kommt dies zum Ausdruck, wenn es heißt, das Ziel jeder politischen Vereinigung sei die Erhaltung der natürlichen und unveräußerlichen Menschenrechte, die da wären, „la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression“²¹⁵.

Zwar begannen sich die alten, personalen Staatsstrukturen zu lösen und zu verändern, dennoch blieb in spätantiker und mittelalterlicher Tradition die innere Sicherheit eine herausragende Aufgabe des Staates der Neuzeit, bzw. war sie sogar eine der Triebfedern, die diese Entwicklung vorantrieb. Der mittelalterliche Herrschaftsverband war den neuen Herausforderungen, insbesondere den Glaubensdiversitäten und den daraus resultierenden Unruhen, sowie der beginnenden Industrialisierung nicht mehr gewachsen war.

5. Deutschland: Die Vorläufer des Grundgesetzes

Die große Bedeutung die der inneren Sicherheit und damit auch der existenziellen Sicherheit zukam, zeigt sich auch in den Quellen der neueren deutschen Verfassungsgeschichte und den Vorläuferverfassungen des Grundgesetzes.

So entnimmt man Art. 2 der Bundesakte des Deutschen Bundes, 1815, Zweck des

²¹⁴Constitution, Präambel; Hervorhebungen jeweils nicht im Original.

²¹⁵Art. 2 Satz 2 der Menschenrechtserklärung; Hervorhebung nicht im Original.

Bundes sei: „Die Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands, und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen Deutschen Staaten“. Aus der Präambel geht hervor, dass dieser Bund zur dauerhaften Sicherheit Deutschlands geschlossen werde. Dabei ist die Wiener Schlussakte von 1820 ebenfalls zur Auslegung dessen beachtlich, was Schutzgegenstand des Bundes sein soll. Aus deren Art. 1 ergibt sich, dass der Deutsche Bund ein völkerrechtlicher Verein zur Bewahrung der Sicherheit der so verbundenen Staaten sei. Art. 18 ff. der Wiener Schlussakte machen deutlich, dass es bezüglich des inneren Schutzes in diesem Völkerrechtsbündnis nicht auf die innere Sicherheit in den souveränen Staaten selbst, sondern unter ihnen im Bund hingewirkt werden sollte²¹⁶. Wohl aber kann der Bundeszweck mittelbar durch die inneren Verhältnisse berührt werden, sodass gem. Art. 25, Satz 2 Wiener Schlussakte entsprechende Maßnahmen der anderen Bundesglieder durchgeführt werden können²¹⁷.

Die nicht rechtswirksam gewordene Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 enthält ähnliche, wenn auch nicht derart strenge Regelungen bezüglich der Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit. Die Reichsgewalt hat für die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit zu sorgen und kann näher bestimmte Maßnahmen treffen, Art. 12, § 54. Außerdem hat sie oberaufsehend die den Deutschen zugebilligten Rechte zu wahren, § 53.

Die Bismarcksche Reichsverfassung vom 16. April 1871 ist ebenfalls vom Zweck geleitet, Sicherheit zu gewährleisten und zwar ausdrücklich auch für die innerhalb des Reiches belegenen Gebiete und das Volk. So vereinbarten die Parteien, einen ewigen Bund zu schließen „zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechts, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes“²¹⁸. Ansonsten ist vom Schutz der inneren Sicherheit im Verfassungstext selbst keine Rede. Allein Art. 68 der dem Kaiser die Ausrufung des Kriegszustands für den betreffenden Teil des Reichsgebiets erlaubt, nimmt Bezug auf die „öffentliche Sicherheit“, deren Bedrohung Tatbestandsvoraussetzung für die Ausrufung ist.

²¹⁶Das unterstreichen die Art. 32, 53, 55 und insbesondere Art. 25, der ausdrücklich erklärt, die innere Sicherheit im Bundesstaat sei Sache der dortigen Regierung.

²¹⁷*von Rudhart*: Das Recht des deutschen Bundes, S. 23 ff., 26.

²¹⁸Es handelt sich also noch immer um einen Staatenbund, keinen Bundesstaat; vgl. *Anschütz*: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Vorspruch, S. 31.

In seinem Art. 1 II 17 nimmt das Preussische Allgemeine Landrecht ebenfalls bezug auf die Staatsaufgabe der Sicherheit: „Der Staat ist für die Sicherheit seiner Unterthanen, . . . zu sorgen verpflichtet“.

Schließlich gelangt man zur Vorgängerverfassung des heutigen Grundgesetzes, der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919. Auch hier findet sich bereits in der Präambel der Friedenszweck dem die Verfassung dienen soll. So hat sich das Deutsche Volk einig sein Reich zu erneuern und zu festigen, „dem äußeren und dem inneren Frieden zu dienen“ die WRV gegeben. Aus der Präambel leiten sich Bedeutung, Zweck und Entstehung des Verfassungswerkes ab. Ebenso wie in der Verfassung des Jahres 1871 sind nur Aussagen allgemeiner Art enthalten, die keinerlei rechtsverbindliche Wirkungen zeitigen, sondern nur erklärend²¹⁹, gleichsam als Wegweiser zu verstehen sind. Der Zweck des Dienstes am inneren Frieden kehrt wieder in der generalklauselartigen Gesetzgebungskompetenzvorschrift des Art. 9, wo bestimmt wird, das Reich habe die Gesetzgebung über 1. die Wohlfahrtspflege und 2. den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, soweit ein Bedürfnis für den Erlass einheitlicher Vorschriften besteht. Außerdem taucht die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Tatbestandsmerkmal in der Vorschrift des „berühmt-berüchtigten“ Art. 48 Abs. 2 WRV auf, wonach der Reichspräsident bei erheblicher Störung oder Gefährdung der Sicherheit Notverordnungen u.ä. Maßnahmeregelungen erlassen kann.

Ob die WRV im Dritten Reich weitergalt war damals umstritten, wurde aber wohl im Ergebnis abgelehnt²²⁰. In jedem Fall hätte sich ihr oben dargestellter Zweck gewandelt, bzw. wäre pervertiert worden. Durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 28. Februar 1933 wurden zwar die wichtigsten Freiheitsgrundrechte suspendiert. Die Grundlagen des Dritten Reichs gründen aber ohnehin nicht auf individuellen, vorstaatlichen Rechten des Einzelnen. Es hat das „Volksganze“ im Blick. Daher gelten Beschränkungen der persönlichen Freiheit eines „Volksgenossen“ als zulässig,

²¹⁹ *Anschütz*: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Vorspruch, S. 31.

²²⁰ Eine Ansicht behauptete die vollständige Weitergeltung, eine andere Ansicht nahm eine bloß formale Weitergeltung unter dem Triumph „nationalsozialischen Rechtsgeistes“ an, und für die h.M., wie gesagt, hat die WRV nicht nur dem Geiste nach, sondern auch formal zu gelten aufgehört; *Huber*: Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, S. 46 f. Das völkische Recht ruhe auf eigener Grundlage; so *Schmitt*: Staat, Volk, Bewegung, S. 5 f. *Huber* selbst ist der Ansicht, als *von Hindenburg* die Führung der Regierung in die Hand *Hitlers* legte, sei die WRV „tot“ gewesen; *Huber*: Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, S. 52.

wenn sie der Erhaltung und Entwicklung der Gemeinschaft dienen und ihre Lebensnotwendigkeiten sichern²²¹. Freiheit soll ihm nur zukommen, in dem Rahmen, den er benötigt um persönlich verantwortlich seine eigenen Entscheidungen treffen zu können, die jeweils das Schicksal der ganzen Nation beeinflussen.

Wenn auch die WRV nicht weitergalt, so blieb es doch im Sinne der Herrschaftsordnung als hervorgehobener Teil der Volksgemeinschaft, für diese und in deren Sinne zu handeln und das Leben der Nation zu sichern. Sicherheit konnte aber nicht länger die Sicherheit des Einzelnen gegenüber staatlicher Zwangsausübung bedeuten, sondern die „politische Gewalt dient der Einheit und Ganzheit des Volkes“ und die Verfassung „schafft auf neuem Boden die Lebensordnung des völkischen Reiches“²²². Diesem Zweck immanent ist die Schaffung und Erhaltung innerer Sicherheit und Ordnung.

Wendet man den Blick ins Ausland und an das Ende des Zweiten Weltkriegs, so wird ersichtlich, dass sich derartige Herrschaftsmodelle mit totalitärer mittelalterlicher Personalstruktur nicht verbreiten konnten. Vielmehr zeigt sich hier deutlich, dass der liberale Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts die Entwicklung war, die sich durchzusetzen vermochte. Dies verdeutlicht sich an den völkerrechtlichen Abkommen dieser Zeit, wie etwa der EMRK und der AEMR, die beide ausdrücklich die Sicherheit des Einzelnen gewährleisten wollen²²³.

III. Zusammenfassung

Die rechtsphilosophische und rechtshistorische Entwicklung lässt sich, wie folgt, grob skizzieren und zusammenfassen.

Anfangs wurde die Legitimation staatlicher Herrschaft nicht nur von der Gewährleistung innerer Sicherheit abhängig gemacht. Im mittelalterlichen Herrschaftsverband galt es für den König, ebenso wie für andere, ihm untergeordnete Lehensherren, insbesondere die Fürsten, den Vasallen Schutz zu gewähren und das Gemeinwohl zu fördern. Dazu gehörte, neben der Gewährleistung existenzieller Sicherheit, für die

²²¹ *Huber*: Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, S. 361.

²²² A. a. O., S. 363.

²²³ Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK, Art. 6 EU-Grundrechtecharta und Art. 3 AEMR. Die ersten beiden gewähren aber nicht umfassende Sicherheit, sondern bieten Schutz vor willkürlicher Verhaftung, *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 30.

weltliche Gewalt in erheblichem Maße auch die Erreichung transzedenter Ziele, die von der Kirche oktroyiert worden waren.

Erst *Padua* sieht im Frieden und im Staat nicht mehr das Mittel zur Erreichung transzendenter Ziele, sondern erkennt den Frieden als sozialen Begriff, der das Zusammenleben erst sinnvoll ermögliche. Frieden und Sicherheit zu schaffen war tatsächlich zur Kernaufgabe des mittelalterlichen Herrschaftsverbands geworden. Gerade die von *Padua* erkannte soziale und ökonomische Ordnungskomponente des inneren Friedens erkennt man darin wieder, dass die Inanspruchnahme der Infrastruktur geschützt werden sollte, sodass der Handel ungehinderter zwischen den Städten und Fürstentümern florieren konnte. In den Wirren der Religionskriege war es mit der noch immer fragilen Sicherheitslage nicht mehr weit her. Es wurde das Verlangen nach einem mächtigeren Herrscher größer, der unparteiisch den sich bekriegenden Gruppen entgegentreten und die innere Sicherheit wieder herstellen konnte. Aufbauend auf der Idee der Souveränität war es *Hobbes*, der erstmals den alleinigen Zweck des Staates und die Rechtfertigung seiner monopolisierten Zwangsausübung darin sah, dass der Staat seine Bürger schützen sollte. Dieser Gedanke wurde in der darauffolgenden Zeit sowohl in der Staatstheorie, als auch in der Staatspraxis zentral. Insbesondere die weniger radikalen Forderungen an Freiheitseinschränkung der Bürger, wie sie von *Locke* vertreten wurden, sowie damit zusammenhängend, seine Etablierung der Grundrechte, fanden in der revolutionären Staatenentwicklung in den amerikanischen Kolonien und in Frankreich Berücksichtigung. Sie wurden zu deren theoretischer Grundlage. Als das römische Reich deutscher Nation untergegangen war und auch in Deutschland revolutionäre Bestrebungen des Bürgertums schließlich zur Paulskirchenverfassung führten, zeigten sich auch hier in ersten Rechtstexten die Auswirkungen der auf *Hobbes* und *Locke* zurückgehenden Ideen. Von naturrechtlichen Vorstellungen ausgehend blieb auch für den liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, sowie den Staat des Grundgesetzes die Sicherheit von wesentlicher, den Staat an sich legitimierender Bedeutung²²⁴.

²²⁴Siehe zur Staatsaufgabe Sicherheit im Staat des Grundgesetzes, unten S. 119 ff.

F. Staatsgewalt

I. Geschichtliche Entwicklung – vom Gewaltoligopol zum Gewaltmonopol

Der Sicherheitszweck ließ sich nicht dauerhaft durch einen gewaltpluralistischen Staat herstellen oder aufrechterhalten. Dies zeigen die schon beschriebenen fehlgeschlagenen Versuche über diverse Gottes- oder Landfrieden die grassierende Gewalt einzudämmen. Insgesamt deutet sich an, dass die Erfüllung der Sicherheitsaufgabe maßgeblich von der Gewaltkonzentration abhängig war. Erst der weitestgehend gewaltmonopolisierte Staat war in der Lage Sicherheit für den Einzelnen und für die Gemeinschaft im Ganzen zu schaffen. Die Monopolisierung der Gewalt ist Mittel und Voraussetzung der Sicherheitsgewährleistung.

1. Fehdewesen und erste Versuche seiner Hegung

Wie oben bereits beschrieben wurde, war das Lehenswesen wesentliches Ordnungsprinzip des Mittelalters, das die insgesamt starren und personalisierten Gesellschaftsstrukturen dieser Zeit ausmacht und widerspiegelt²²⁵. Ein anderes Prinzip, das über das gesamte Mittelalter von – vielleicht noch größerer – Bedeutung war und dessen Unzulänglichkeit den Boden für die monopole Gewaltausübung des Staates bereitete, war die Fehde; *Brunner* bezeichnet sie „als wesentlichstes Element jeder mittelalterlichen Verfassung“²²⁶.

Die Fehde war die zentrale Strafsanktion schon in der germanischen Urzeit. Sie war generell die Folge einer jeden Missetat, des Friedensbruches, und machte den Friedensbrecher zum Feind. Für den Fall des schweren Friedensbruches gegenüber der gesamten Gemeinschaft, für den Fall des gemeinen Friedensbruchs nur gegenüber der Sippe des Verletzten²²⁷. Folge des schweren Friedensbruches war die Friedlosstellung, sodass der Täter völlig außerhalb des Rechts stand und wie ein Toter behandelt wurde²²⁸. Schutzgewährleistung zu seinen Gunsten war unter Strafe gestellt. Vielmehr bedeutete die Friedlosstellung, das Urteil über den schweren Friedensbruch, ein To-

²²⁵Das galt auch für die Städte; vgl. *Kimminich*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 77.

²²⁶*Brunner*: Land und Herrschaft, S. 106.

²²⁷*Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 79; a.A. *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 39, der die Fehde nur als Folge des gemeinen Friedensbruchs anerkennt; er weist aber auf die hier vertretene „weit verbreitete Ansicht“ hin, a.a.O. S. 43.

²²⁸Seine Frau wurde damit zur Witwe und die Kinder zu Waisen.

desurteil. Dessen Vollstreckung oblag dem Priester oder der Natur, vorbehaltlich der Zustimmung einer Gottheit. Anders dagegen war dies, wenn man dem Täter nicht habhaft war, dann unterblieb das Todesurteil und es wurde im Wege eines allgemeinen Tötungsbefehls jedem Rechtsgenossen die Tötung des Täters aufgetragen²²⁹, es war also ein Akt „öffentlicher“ Gewaltausübung mittels des einzelnen Genossen²³⁰. Jeder sollte den Feind Aller auch als seinen persönlichen Feind betrachten²³¹. Anders dagegen wurden die weniger schwerwiegenden, die sog. gemeinen Friedensbrüche gehandelt. Dann wurde die Fehde grundsätzlich nur zwischen Täter und Opfer, sowie deren beider Sippen, die auch Träger des Rachekults waren²³² begründet. Sie war von privatem Charakter und trat auch ohne ausdrückliche Aufsagung des Friedens ein. Für den Täter kam es nicht zu dem existenziellen Rechtsverlust, sondern er blieb in die Gemeinschaft eingegliedert, sodass er von seiner Sippe gegen die verfeindete Sippe geschützt werden konnte und musste²³³. Dabei waren die Rechtsfolgen von Fehdetaten reaktiv zu bestimmen. Die rechtmäßig Fehdeführenden handelten buß- und straflos; die Abwehr dieser Maßnahmen dagegen vergrößerte die Schuld des Täters. Der Staat hatte die Gewaltausübung zu dulden. Zur Beendigung der Fehde kam es durch Sühnevertrag, Urteil oder den gewaltsamen Sieg über den Gegner²³⁴. Der Sühnevertrag war zwingend mit einer materiellen Leistung an den Verletzten, bzw. an seine Sippe verbunden und konnte gerichtlich oder außergerichtlich abgeschlossen werden; wie insgesamt auch ein von vorn herein gerichtlich beantragtes Verfahren möglich war, dass das Recht zur Fehde – theoretisch – ausschloss. Das Gericht hatte aber nicht nur eine Schlichterrolle, sondern konnte, wie auch im Fall des schweren Friedensbruches, ein Urteil sprechen und die allgemeine Friedlosigkeit mit den oben genannten Folgen aussprechen, wenn der Beklagte sich der Verhandlung entzog²³⁵.

Wichtiger als eine weitergehende, detaillierte Beschreibung sind die allgemeinen

²²⁹ *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 83.

²³⁰ Dazu *Link*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 [1990], S. 28.

²³¹ *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 79 ff. mwN..

²³² *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 38; *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1087.

²³³ *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 85 f.

²³⁴ Dazu sowie für das Beispiel der „Sicharfehde“ zu einem Fehdeexzess, in *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1086 und 1088.

²³⁵ *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 87.

Voraussetzungen und Wirkungen der Fehde auf das Leben zu diese Zeit, aber auch später, sowie deren Einfluss auf die Entwicklung der Staatlichkeit. Das Problem innerer Sicherheit wurde bereits als „Zivilisationsproblem“ bezeichnet. Wie wohl keine Volksgemeinschaft oder Nation vor oder nach ihnen, vermochten die Germanen nicht nur aufgrund der Stammesangehörigkeit und des gemeinsamen Siedlungsgebietes dort einen allgemeinen Friedenszustand herbeiführen zu können, auf Gewaltausübung jeder Art also zu verzichten. Frieden existierte nur in kleineren Raum- oder Personenverbänden, wie etwa der Familie oder der Sippe. Gleichzeitig ergibt sich aus dem Vorgenannten, dass die Fehde nicht das einzige Mittel zur Rechtsdurchsetzung war, sondern, dass den Streitparteien daneben vom Staat auch gerichtliche Hilfe angeboten wurde und dessen Urteil bindend war²³⁶. Der Staat versuchte schon in dieser frühen Zeit offenbar die private Gewalt zu lenken und statt ihrer den Streit beizulegen. Wurde ein gerichtliches Verfahren angestrengt, nahm der Beklagte daran aber nicht teil oder verweigerte er seine Mitwirkung, dann konnte der Staat über ihn die Friedlosigkeit verhängen. Das Urteil der Friedlosigkeit diente zur Steuerung des Verhaltens des Beklagten, der sich dem staatlich gelenkten Prozess nicht einfach straflos entziehen können sollte. Zu dem gleichwohl mäßigen Erfolg staatlichen Dazwischentretens trug die rechtliche Zergliederung der Gesellschaft in Stände bei, die eine übergeordnete Gerichtsautorität verhinderte, insbesondere weil der mächtige Adel bei der Etablierung eines solchen Systems um Eingriffe in seine Herrschaftsrechte fürchtete²³⁷, was im Übrigen nicht nur für die germanische Zeit galt.

Zur Zeit fränkischer Herrschaft kam es schon zu einer gewissen Lockerung dieses überaus strengen Sanktionsystems, insbesondere bei schweren Friedensbrüchen. So wurde die sühnbare Acht, bei der durch Bußzahlung ein Rückkauf in den Frieden möglich war, vorherrschend und es entwickelten sich neue, ausdifferenziertere Sanktionen. Auch die früher ebenfalls ausgesprochene Todesstrafe wurde zurückgedrängt. Auffällig ist, dass nicht länger ipso facto Rechtszustände, wie etwa die Friedlosigkeit, eintreten können, sondern der König, dem auch ein Begnadigungsrecht zuerkannt

²³⁶ Kaufmann: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1084.

²³⁷ A. a. O., Sp. 1085.

wird, Todesstrafe und strenge Friedlosigkeit²³⁸ aussprechen muss²³⁹. Die Fehde zurückzudrängen wurde schon in dieser Zeit als Hauptaufgabe des Königs gesehen, sodass sie nur noch für bestimmte schwere Straftaten überhaupt in Betracht kam. Rechtlich betrachtet war sie ein subsidiärer Rechtsbehelf geworden, der hinter dem gerichtlichen Ausgleich zurückzutreten hatte. Indem man die Ausgleichssummen anhob, versuchte man die Verletztenseite zur Inanspruchnahme des Rechtswegs zu bewegen. Insgesamt zeigen sich im Frankenreich zwei Wege zur Bekämpfung der Fehde: Die Ausdehnung der Gerichtsgewalt einerseits, sowie der Versuch die Sühne, als eine Form der Fehdebeendigung, zu erzwingen, andererseits²⁴⁰.

Im späteren Mittelalter gab es die Fehde noch immer. Die Eingrenzungsversuche der Frankenkönige hatten keinen Erfolg gehabt²⁴¹. Im Fehderecht der Nichtadligen, also Bauern und Bürger kam es zu keinen wesentlichen Veränderungen. Zwar wurden vielfältige, aus der Landfriedensbewegung übernommene Regelungen getroffen, die insbesondere die vergebliche Gerichtsanrufung, Klage oder Ächtung als Voraussetzung der Fehde begründeten. Außerdem gab es Versuche Fehdehandlungen gegenüber Verwandten auszuschließen und Waffenverbote zu erlassen, um die Fehdemittel zu limitieren. Gerade den Städten gelang es immer besser einzugreifen, insbesondere wegen der Durchsetzung von Kriminalstrafen²⁴².

Wichtiger als die Fehden der niederen Stände ist in staatsrechtlicher Sicht das im Adel grassierende Fehdeunwesen des Mittelalters, wo die Fehde zunächst in genauso rücksichtsloser und brutaler Weise wie seit jeher geführt wurde. Deren Fehden hatten weitreichende Folgen auch und gerade für die Bevölkerung und lassen sich durchaus mit einem Krieg vergleichen. Denn die Fehde war grundsätzlich geeignet als Multiplikator eine Vielzahl von an der Tat völlig Unbeteiligten in die Auseinan-

²³⁸Grundsätzlich galt in der germanischen Zeit, jedenfalls für auffällig begangene Delikte, dass die Friedlosigkeit mit der Tat und damit ohne weiteres eintrat; *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 84.

²³⁹A. a. O., S. 371 f.

²⁴⁰Ersteres bei den Merowingern, Letzteres bei den Karolingern; Westgoten und Burgunder schlossen die Fehde sogar völlig aus; *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1086 f.; *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 372 f.

²⁴¹Obwohl die Reichsgerichtsgewalt stärker war als im späteren Mittelalter; *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1089.

²⁴²A. a. O., Sp. 1089 f.

dersetzung miteinzubeziehen. Bei den Adelsfehden²⁴³ waren daher eher die Bauern, als der eigentlich befehdete Grundherr Opfer der Angriffe, weil dem Gegner auf jede erdenkliche Art Schaden hatte zugefügt werden können und die Plünderung seiner Vasallen mittelbar auch ihn traf.

2. Gewaltbegrenzung im Hochmittelalter – Entwicklung zum Territorialstaat

Es zeigten sich in der Folge ernsthaftere Bestrebungen zur Eindämmung der Gewalt. Schon im 10. Jahrhundert hatte die Kirche mittels der Gottesfrieden versucht wenigstens für bestimmte Zeiten und Orte eine Friedensgewährleistung zu schaffen²⁴⁴. Mit der Landfriedensbewegung, die in Deutschland um 1100 begonnen hatte²⁴⁵, versuchte auch die weltliche Gewalt dem Fehdewesen Herr zu werden. Gleichzeitig trat die Kirche, insbesondere im Rahmen ihrer Wirtschaftspolitik, für die Landfrieden ein²⁴⁶. Das Fehderecht sollte einerseits auf den Täter und evtl. nächste Angehörige beschränkt werden, andererseits schloss man besonders schwere Racheakte, wie etwa die Brandstiftung²⁴⁷, fortan aus²⁴⁸. Außerdem setzte man in den noch zeitlich befristeten Landfrieden die prozessualen Voraussetzungen fest, wie etwa, dass Fehdehandlungen nur nach vorheriger Ansage und Widersage des Gegeners zulässig waren. Der erste zeitlich unbefristete Landfrieden war der Mainzer Landfriede von 1235, der ebenfalls als untauglicher Versuch angesehen werden muss, hinsichtlich des Ziels gerichtliche Fehdeeingrenzung zu betreiben. Zwar war die Fehde ohne vorherige Klage unzulässig²⁴⁹, doch es waren noch immer²⁵⁰ keine Fehdegründe festgesetzt

²⁴³Dieses waren die Häufigsten und Folgeschwersten, da seitens des Adels eine große Zahl von Fehdehelfern akquiriert werden konnte und ausreichende Bewaffnung vorhanden war; *Fischer*: Reichsreform und „Ewiger Landfrieden“, S. 23 mwN.

²⁴⁴Vgl. dazu bereits oben S. 46; sowie *Becker*: NJW 1995, 2077, 2079.

²⁴⁵Der erste deutsche Gottesfrieden ist der von Lüttich aus dem Jahre 1082; 1103 folgte der erste Reichlandfrieden; *Fischer*: Reichsreform und „Ewiger Landfrieden“, S. 27.

²⁴⁶Sie schuf im Bereich ihrer wirtschaftlichen Betätigung rechtliche Mindeststandards und versuchte kirchliche Ethik in das Wirtschaftsleben einfließen zu lassen. Eine der wichtigsten Maßregeln war die Stützung, bzw. später die vollständige Durchsetzung der Beachtung der Landfrieden, *Weber*: Staatssoziologie, S. 23.

²⁴⁷Nicht als bloße Sachbeschädigung gemeint, sondern als Verbrennen des Gegeners in seinem Haus; *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, S. 1087.

²⁴⁸*Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte, S. 372 f..

²⁴⁹*Becker*: NJW 1995, 2077, 2079; *Laufs*: JuS 1995, 665, 669.

²⁵⁰Zum früheren Rechtsstand; *Fischer*: Reichsreform und „Ewiger Landfrieden“, S. 30 f.

worden und selbst Verbündete und Feinde konnten pro amico für einen Verletzten die Fehde führen. Dies hätte kein Problem dargestellt, wäre der Adel daran interessiert gewesen, auf die Fehde zu verzichten. Dass dem nicht so war, mag man auch auf die Umstände der Zeit zurückführen. Nach dem Ende der stauferischen Herrschaft kam es zum Erstarken der Teilgewalten im Reich. Dies führte zwangsläufig zur Entwicklung der Landeshoheit aus der öffentlichen und privaten Rechte bündelnden realen Herrschaftsmacht des Adels²⁵¹. Im Zuge dessen, und zur Erhaltung der Einnahmen versuchten die jeweiligen Herrscher ihre Macht und ihr Territorium weiter auszudehnen, wozu auch das Mittel der (unberechtigten) Fehde und Kleinkriege genutzt wurde²⁵². Die Macht bündelte sich aber nicht nur beim Adel; gleichzeitig wurde sie dezentralisiert in die sich nun ausbildenden Ämter an die Amtsmänner zur Ausübung „an stat“ seiner übertragen²⁵³. Aus diesen neuartigen Herrschaftsstrukturen, dem institutionalisierten Flächenstaat des Mittelalters, erwuchs die Notwendigkeit der rechtlichen Neuordnung des Reiches. Der Begrenzung der Fehde war dies – anfangs jedenfalls – nicht zuträglich. Erstens der Versuch des Macherhalts und –ausbaus und zweitens die schon gewachsene Macht des Adels verhinderten dies. Denn die Reichsgewalt war nicht in der Lage einen friedensbrüchigen Adligen in die Schranken zu weisen²⁵⁴. Andererseits darf nicht verkannt werden, dass es gerade der den Untertanen gewährte Schutz war, der zur Steigerung fürstlicher Autorität ab etwa dem 13. Jahrhundert wesentlich beitrug²⁵⁵.

Der mittelalterliche Herrschaftsverband mit seinen primär personalen Beziehungen mauserte sich langsam zum, vom jeweiligen Herrscher unabhängigen, anstaltlich geprägten Territorialstaat und bediente sich zunehmend der Gesetzgebung zur Regelung der Rechtsbeziehungen. Dies führte im 15. Jahrhundert zu einem neuen, erfolgreicherem Versuch der Durchsetzung des Fehdeverbots, der mit Erlass des „Ewigen Landfriedens“ von 1495, der Einsetzung des Reichskammergerichts und der Erhebung eines „gemeinen Pfennigs“ zur Finanzierung des Gerichts, der inneren

²⁵¹ *Merzbacher*: Landesherr, Landesherrschaft, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1385.

²⁵² *Laufs*: JuS 1995, 665, 666 f.

²⁵³ Das war wohl Folge der Notwendigkeit der Gewährleistung eines „umfassenden“ Rechts- und Güterschutzes; *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 89 f.

²⁵⁴ *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1091.

²⁵⁵ *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 89, 91.

und äußeren Friedenssicherung diente²⁵⁶. *Kaufmann* führt dies auch auf ein Eigeninteresse der Fürsten zurück, die seiner Ansicht nach ohne die Initiative des Reiches vermutlich ebenfalls eine derartige Regelung getroffen hätten. Es war, wie gezeigt wurde, auch Sache der Fürsten geworden den inneren Frieden und den Erhalt des Territoriums gegenüber den anderen Landesherren zu sichern. Die Zeit des Umbruchs war vorüber. Dies führte zum Erfolg des „Ewigen Landfriedens“, 7. August 1495, und zum Beginn der ernsthaften und nachhaltigen Bekämpfung der Fehde, die von nun an für *alle* Menschen verboten war²⁵⁷. Gleichwohl war sie noch bis in das 16. Jahrhundert hinein nicht völlig verdrängt. Das Reichskammergericht, welches vom königlichen Hof losgelöst war, hatte an der Entwicklung eines Gewaltmonopols Anteil, weil es die Reformen in den Territorien beeinflusste und zur Vereinheitlichung von Rechtsprechung beitrug. Die Machtfokussierung wird noch aus einem anderen Grund stärker. Das an jedermann gerichtete Verbot der Fehde, sowie die Unabhängigkeit vom Hof führte zu einer Einebnung der bestehenden, streng getrennten Ständegesellschaft. Diese begann sich in eine Untertanengesellschaft zu verwandeln, weil die Menschen unabhängig ihres Ranges, dem Gesetz zu folgen hatten²⁵⁸.

Dass deshalb noch nicht von einem Gewaltmonopol und der allgemeinen Eindämmung der Gewalt überhaupt, sei es von Seiten des Reiches oder von Seiten der Fürsten, die Rede sein konnte, zeigt der weitere Verlauf der Geschichte sowohl in Deutschland, wie auch in dem sich um 1500 vom Reich trennenden Frankreich.

Dennoch kann hier als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sämtliche Herrschaftsverbände danach strebten, in welcher Art auch immer, zu einem stabilen Zustand im „Inneren“, das heißt nicht innerhalb des Territoriums, sondern innerhalb der personalen Abhängigkeitsverhältnisse zu gelangen. Dieser Zustand wurde letztlich im gesamten Mittelalter torpediert, vor allem vom Landesadel und damit von denjenigen, die alleine in der Lage gewesen wären für Frieden und Sicherheit zu sorgen. Als Mittel stand die Fehde im Vordergrund, deren erfolgreicher werdende Bekämpfung zu einer Erhöhung der inneren Sicherheit in den sich langsam zu Terri-

²⁵⁶ *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 113.

²⁵⁷ *Hammer*: DÖV 2000, 613, 616; *Kaufmann*: Fehde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1091.

²⁵⁸ *Stolleis*: Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, in: FS Kassimatis, S. 581.

torialstaaten entwickelnden Landesherrschaften führt, was seinerseits die Macht der Fürsten in ihren Territorien stärkte.

3. Entwicklung nach *Bodin*

Ein Gewaltmonopol konnte sich jedoch, insbesondere im Deutschen Reich, erst später entwickeln. Katalysator dieser Entwicklung hin zum modernen Staat war die Souveränitätslehre von *Jean Bodin*²⁵⁹, die er in seinen Sechs Büchern über den Staat im Jahr 1576 unter dem Einfluss der französischen Religionskriege entwickelt hatte. Er propagierte die Souveränität, die er als die „dem Staat eignende absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt“ bezeichnete und „von den Lateinern „*maiestas*“ genannt werde“²⁶⁰ und füllte den bereits lange bekannten Souveränitätsbegriff mit modernem Inhalt²⁶¹. Das wesentlich Neue an diesem Souveränitätsverständnis war die zentrale Bedeutung der Souveränität für die Bestimmung des Staates. Diesen definiert *Bodin* eingangs als „die am Recht orientierte, souveräne Regierungsgewalt über eine Vielzahl von Haushaltungen“²⁶². Daraus folgt, dass jede so zu beschreibende Herrschaftsmacht einen Staat darstellt. Dieses Staatsverständnis bildet auch den Grundstein für das Begreifen des Staates als (juristische) Person²⁶³, wie sie ganz deutlich später bei *Hobbes* in Form des Fabelwesens „Leviathan“ zum Ausdruck kommt. Kurz: Der Staat ist souverän und am Recht ausgerichtet. Das unterscheidet ihn von Piraten und Räuberbanden, zu denen er eine Aufnahme von Beziehungen jeder Art strikt ablehnt²⁶⁴. Eigenschaft dieser souveränen Macht sei ihre in jeder Hinsicht geltende Absolutheit und Einheit. Die absolute Geltung äußere sich in

²⁵⁹ *Kneihls*: Verfassungsfragen des sogenannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts, in: *Der Staat* 44 [2005], 270; *Becker*: NJW 1995, 2077, 2081.

²⁶⁰ *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, I. Buch, Kap. 8; S. 205.

²⁶¹ So schon *Bodin* selbst; A. a. O., I. Buch, 8. Kap., S. 205. Noch heute einhellige Meinung, vgl. etwa *Quaritsch*: Staat und Souveränität, S. 39; *Dagtoglou*: Ev. Staatslexikon, „Souveränität“, Sp. 3156; *Wildhaber*: Entstehung und Aktualität der Souveränität, in: FS Eichenberger, S. 137; sowie *Randelzhofer*: Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR II, § 17, S. 150 f., Rn. 16, der auf den Hinweis von *Meyer-Tasch* in *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, S. 10 aufmerksam macht, zuvor sei bereits von einem russischen Gelehrten eine derartige Souveränitätskonzeption vorgestellt worden. Dies entsprach auch sowjetischer Ansicht; vgl. *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 852, Fn. 24.

²⁶² *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, I. Buch, 1. Kap., S. 98.

²⁶³ *Laband*: Staatsrechtliche Vorlesungen, S. 179.

²⁶⁴ *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, I. Buch, 1. Kap., S. 98.

zweifacher Weise, zum einen auf das Innere des Staates gerichtet, zum anderen nach außen gegen andere Staaten gerichtet. Dabei zeige sich erstere Wirkung insbesondere darin, dass die Souveränität die Macht verleihe Gesetze, unabhängig von der Zustimmung Dritter und ohne Bindung an altes Recht, zu erlassen. Die am Recht ausgerichtete Regierung, „droit gouvernement“, bedeute folgerichtig nur, dass diese Orientierung nicht etwa, wie im heutigen Sinne am positiven Recht, an das der Souverän ja gerade nicht gebunden ist, erfolgt, sondern nur am göttlichen und natürlichen Recht. Souveränität, nicht Legalität sei die Voraussetzung des Staates²⁶⁵. Die einzigen bestehenden Bindungen seien die an göttliches und natürliches Recht, sowie an allgemeine Rechtsgrundsätze und an geschlossene Verträge²⁶⁶.

Die Souveränität nach außen wirkt derart, dass der souveräne Staat unabhängig und gleich²⁶⁷ allen anderen souveränen Staaten ist. Die Einheit der Souveränität zeigt sich darin, dass es sich um ein einziges Recht handelt und nicht um ein ganzes Bündel. Vielmehr ist es umgekehrt so, dass das Vorhandensein bestimmter Einzelrechte diesen als den Souverän ausweisen. Die Souveränität selbst erhalte der souveräne Herrscher allein von Gott²⁶⁸.

Ein erheblicher Fehler ist *Bodin* bei der Bestimmung der Merkmale unterlaufen, die den souveränen Fürsten vom nicht-souveränen Untertanen unterscheiden. Der Fehler gründet dabei nicht etwa in der Auswahl der Rechte, die den Fürst als souverän ausweisen sollen, sondern in der Entscheidung einzelne Rechte herauszugreifen, die Ausweis der Souveränität sind. Er trägt im zehnten Kapitel des ersten Buches

²⁶⁵Vgl. die Ausführungen des Übersetzers zu *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, S. 95 Fn. 12, a.a.O. S. 575 ff mwN. Die Souveränität nach *Bodin* bricht auch mit der mittelalterlichen Rechtsauffassung, wonach alles Recht von Gott komme, weshalb galt das alte Recht jüngerer verdränge. Nicht Tradition, sondern Souveränität sichert die Geltung des Gesetzes. Daher ist auch ungerichtetes Recht beachtlich, solange es nicht die benannten Schranken überschreitet; *Fleiner/Fleiner*: Allgemeine Staatslehre, S. 319 f.

²⁶⁶Sowohl an solche die er mit Untertanen geschlossen hat, wie auch an solche, die er mit auswärtigen Herrschern geschlossen hat. Letzters entsprach damals noch nicht herrschender Ansicht; *Quaritsch*: Souveränität, S. 52.

²⁶⁷Der Grundsatz *par in parem non habet imperium*, stellt daher bis heute die Grundlage des Völkerrechts dar. Dies kommt auch in Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta zum Ausdruck; *Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, S. 31 f.

²⁶⁸*Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, I. Buch, Kap. 8 S. 205 passim; Kap. 10, S. 284 passim; zusammenfassend auch *Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 49; *Weber-Fas*: Über die Staatsgewalt, S. 95 ff.

ein Sammelsurium derartiger „souveränitätsbegründender“ Kriterien zusammen²⁶⁹. Das bedeutet, aus der Tatsache, dass der Souverän ein Recht ausüben zu schließen, es handle sich um eine Staatsfunktion²⁷⁰. *Laband* zeigt die Auswirkungen des Problems: „Diese Hoheitsrechte sind nur Spiegelbild der Aufgaben, Zwecke und Thätigkeiten des Staates und als solche einem fortwährenden Wandel unterworfen. [...] Jeder Katalog dieser Art ist willkürlich; die Differenzierung kann bis ins Unendliche fortgesetzt werden“²⁷¹.

Dieser Fehler ist wohl historisch begründet: Denn obwohl *Bodin* den Souveränitätsbegriff im modernen Sinne prägte, war der Begriff seit dem Hochmittelalter literarisch²⁷² und seit dem Spätmittelalter auch im Zusammenhang mit der Herrschaftsmacht bekannt, wurde noch indifferent auf politische wie geistliche Führer angewendet. Es gibt daher eine ganze Reihe von Souveränen, die größtenteils mit den Lehensherren identifiziert werden können²⁷³. Insbesondere sind die Feudalherren und der König in ihrem jeweiligen Bereich nicht dem anderen untergeordnet. Die Souveränität war somit geteilt, wie auch die Herrschaftsmacht geteilt war. Sie benannte einzelne oder mehrere Einzelrechte – insbesondere das königliche Appellationsrecht gegenüber den Kronvassallen – die den Herrscher souverän sein ließen²⁷⁴.

Möglicherweise geblendet hiervon ist *Bodin* zu der positiven Anreicherung des eigentlich nur negativ abgrenzenden Begriffes gekommen, die in der Folge, wie von *Laband* kritisiert, zu feinsten Ausdifferenzierung der Souveränitätsrechte geführt hat. Freilich ist Kritik ex-post leicht zu üben; daher dürfen die historischen Bedingungen nicht verdrängt werden, die eben keine einheitliche Staatsgewalt zeigen, sondern in dem jeweiligen Herrscher eigenes Bündel von Hoheitsrechten und diesen als souverän

²⁶⁹Namentlich handelt es sich um das Recht zur Gesetzgebung (als Hauptmerkmal), das Recht der Entscheidung über Krieg und Frieden, das Recht der Ernennung der obersten Beamten, das der höchsten Gerichtsbarkeit, die Begnadigungs-, Münz- und Besteuerungsrechte, sowie das auf Treue und Gehorsam; vgl. *Bodin*: Sechs Bücher über den Staat, I. Buch, 10. Kap. S. 284 und passim.

²⁷⁰*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 461 f.

²⁷¹*Laband*: Staatsrechtliche Vorlesungen, S. 179.

²⁷²„Souverän“ leitet sich vom lat. „super“, bzw. „superanus“ ab, die ihrerseits etwas erhabenes, übergeordnetes beschreiben. Schließlich bildete sich um 1120 in Frankreich, das Adjektiv „souverain“ und das Substantiv „souveraineté“ heraus; ausführlich *Quaritsch*: Souveränität, S. 13 ff.

²⁷³Den Souverän als Spitze der Lehenspyramide erkennt auch *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 852 mwN.

²⁷⁴*Quaritsch*: Souveränität, S. 33.

kennzeichneten, auch wenn er über keine Staatsgewalt im modernen Sinne verfügte. Die Auswirkungen der Lehre *Bodins* haben die Entwicklung des modernen Staates nachhaltig beeinflusst²⁷⁵, wie sich an den Lehren von *Hobbes* und *Rousseau*, sowie auch *Locke* zeigt, der die Bindung der souveränen Staatsgewalt an das positive Recht begründete und so die Bindung der Herrschaftsgewalt von Transzendenzvorstellungen befreite. Diese Lehren wiederum waren Triebfeder der Revolutionen in Amerika und Frankreich²⁷⁶.

Die Staatsgewalt im modernen Sinne entwickelte sich aber historisch aus der Landeshoheit, auch wenn sie nicht historisch begründet ist. Sie wird einheitlich sein und nicht aus einem Bündel von Einzelrechten bestehen, sodass der Fehler *Bodins* erst aus heutiger Sicht und unter den heutigen Bedingungen der Natur der Staatsgewalt als solcher erscheint²⁷⁷.

4. Landeshoheit

a) Entwicklung

Die Landeshoheit entstand als Begriff erst mit dem Westfälischen Frieden, wo eine Reihe von Rechten unter diesem Sammelbegriff gebündelt wurde²⁷⁸. Trotz des einheitlichen Begriffs blieb sie ein veränderlicher bunter Strauß einer unübersichtlichen Vielzahl tradierter Herrschaftsrechte, der Regalien, die zusammenhangslos²⁷⁹ nebeneinander standen, aber in der Hand eines Herrschers gebündelt waren²⁸⁰. Bei *Lorenz vom Stein* ist außerdem bereits die abstrahierte Natur des Anstaltsstaats angedeutet. So seien die Hoheitsrechte einmal – traditionell – als erworbene Rechte des Königs, aber auch – modern – die Rechte, die dem Staat seinem Wesen nach zukämen²⁸¹. Historische, wie rational und systematisch bestimmte Begriffe bezüglich der Hoheitsgewalt laufen zeitweise parallel²⁸². Die Entwicklung der Landeshoheit,

²⁷⁵So etwa *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 474 f.

²⁷⁶Siehe bereits oben, S. 50 ff.

²⁷⁷Zur Natur der Staatsgewalt, vgl. unten S. 70 ff.

²⁷⁸*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 824 f.; *Quaritsch*: Staat und Souveränität, S. 403 f.

²⁷⁹Zusammenhangslos meint hier: ohne gleichen Ursprung.

²⁸⁰*Merzbacher*: Landesherr, Landesherrschaft, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1385.

²⁸¹*vom Stein*: Verwaltungslehre, Bd. 1, S. 10.

²⁸²*Böckenförde*: Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 55.

zeigt sich daher, auch bezogen auf das Reich, nicht als einheitlicher, gleichmäßiger Vorgang, sondern verlief je nach Herrschaftsverband unterschiedlich²⁸³. Die einzelnen Fürsten waren verschieden umfänglich mit Regalien ausgestattet, vererbten diese weiter und der Nachfahre konnte sich noch weitere dazuverschaffen, oder sie wieder verlieren. Der Wandel setzte ein, als im 18. Jahrhundert die Landeshoheit als nicht mehr vom Reich abgeleitet angesehen wurde. Sie verselbständigte sich und gab den Landesherrn die Möglichkeit aus der Landeshoheit selbst Regalien abzuleiten. Damit fiel die lehensrechtliche Bindung der Realrechte und Privilegien weg und führte zur Rechtsquelleneigenschaft der Landeshoheit in den deutschen Territorien²⁸⁴. Dabei sollte durch die Wortwahl suggeriert werden, der jeweilige Landesfürst sei souverän²⁸⁵. So begann in einigen Territorien mit sehr umfangreichen Regalien der Übergang von der Landeshoheit zur Staatsgewalt, aber eben nicht, weil das Rechtebündel größer wurde, sondern, weil der Herrscher hierdurch eine solche Macht erlangt hatte, die aus sich heraus zur Staatsgewalt werden konnte²⁸⁶.

In anderen Fällen kam es zur Etablierung einer wirklichen Staatsgewalt auf revolutionärem Wege, so etwa in Frankreich aber auch in Deutschland. Geimpft mit von *Napoleon* verliehener „Souveränität“ errichteten die Fürsten des Rheinbunds ohne Rücksicht auf Tradition, moderne, souveräne Staaten, was am Ende zur Niederlegung der Kaiserkrone durch Franz II. und das Ende des römischen Reichs deutscher Nation führte²⁸⁷.

²⁸³ *Sellert*: Landeshoheit, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Sp. 1390.

²⁸⁴ A. a. O., Sp. 1389.

²⁸⁵ So wird die Landeshoheit in Anlehnung an die *suprema potestas Bodins*, als *superioritas territorialis, maiestas* oder höchste Gewalt bezeichnet; vgl. mit weiteren Kreationen die Nachweise bei A. a. O., Sp. 1388, sowie *Quaritsch*: Staat und Souveränität, S. 404 f.

²⁸⁶ Das war in Frankreich für den absolutistischen und souveränen König nicht weniger der Fall. Auch er konnte seine Macht nicht deswegen stärken, weil er sich des Souveränitätsbegriffs bediente, sondern, weil er auf altes Recht verwies, wonach er der Herrscher war, und daher einen Machtanspruch hatte. Mit Erreichen einer gewissen Mächtigkeit aber konnten diese Legitimationsgrundlagen ignoriert werden und der Landesherr war tatsächlich absoluter und im modernen Sinne souveräner Herrscher; *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 48.

²⁸⁷ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 826. Vgl. auch *Rehm*: Allgemeine Staatslehre, S. 54 f., mit Hinweisen zum Preßburger Frieden und der Rheinbundakte. Die Souveränität der Territorien, der Länder, zeigt sich gerade auch in ihrer Unabhängigkeit, in ihrer Einung unter Gleichen, im Deutschen Bund 1815, vgl. zur Dt. Bund Acte auch hier S. 51. Zum – nicht notwendigen – Untergang des Reiches s.a. *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 283.

b) *Ius politiae* und *Ius supremae inspectionis*

Als ein solches Hoheitsrecht war für die Entwicklung der Staatsgewalt das *ius politiae* von besonderer Bedeutung. Dieses Recht, das sich bis ins Frankreich des 14. Jahrhunderts zurückverfolgen lässt und dem Fürsten zunächst die Grundlage bot den Landfrieden herzustellen und später alle staatlichen Ordnungsaufgaben erfasste, nahmen die Landesherren in Anspruch, um insgesamt für die gute Ordnung („Policey“) in ihrem Gemeinwesen zu sorgen. Dadurch erfuhr dieses Hoheitsrecht eine enorme Steigerung seiner Bedeutung und verhalf dem Herrscher zu einer absoluten Machtstellung, sodass das alte *ius politiae* seine Konturen verlor²⁸⁸.

Ein weiteres Hoheitsrecht, das für die Entwicklung hin zur modernen Staatlichkeit bedeutungsvoll war, ist das *ius supremae inspectionis*²⁸⁹. Hierbei handelte es sich ursprünglich um ein Eingriffsrecht des Landesherrn in die Verwaltung untergeordneter Korporationen²⁹⁰. Später, in der Zeit des Vormärz, avancierte es zum „allgemeinen und höchsten Recht der höchsten Gewalt“²⁹¹. Rückblickend lässt sich mithin festhalten, dass es diese beiden Rechte waren, die die Staatsgewalt im modernen Sinne begründeten²⁹².

II. Souveränitätsbegriff

Der Begriffsinhalt der Souveränität ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur von untergeordneter Bedeutung. Er ist aber derart umstritten, gerade was sein Verhältnis zur Staatsgewalt anbelangt, mit der er teilweise gleichgesetzt oder als deren weit überragende Eigenschaft dargestellt wird, dass seine kurze Darstellung und Abgrenzung nicht unterbleiben kann, bevor auf die Staatsgewalt eingegangen wird.

Teil des Problems war lange Zeit die Frage nach den Kriterien der Souveränität, also den Staatsfunktionen, die den Souverän kennzeichneten. Dieses Problem erledigte sich mit Erkennen der Souveränität des Staates, also der staatlichen Trägerschaft der Souveränität, bzw. der Trennung zwischen Inhaberschaft und Trägerschaft der

²⁸⁸Vgl. nur *Ronellenfitsch*: Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, S. 11, 13.

²⁸⁹Ausführlicher unten S. 92 f.

²⁹⁰A. a. O., S. 16.

²⁹¹*Pütter*: Litteratur des Teutschen Staatsrechts, T. 3, S. 300.

²⁹²*Maier*: Die ältere deutsche Staats- und Verfassungslehre, S. 131; *Gröschner*: Das Überwachungsrechtsverhältnis, S. 47.

Souveränität. Die Souveränität weist sich von nun an, worauf zuerst *von Gerber* zutreffend hingewiesen hat, nur noch als Eigenschaft der Staatsgewalt aus²⁹³, die zum eigentlichen Mittel der staatlichen Herrschaft wird. Die Ansicht die Souveränität sei Eigenschaft der Staatsgewalt, schließt eine Identifikation der Staatsgewalt mit der Souveränität aus. Aber auch Schriften die dies beachten greifen für die Souveränität noch zu weit und messen ihr Inhalt zu, den die Staatsgewalt schon aus ihrer Natur heraus besitzt. Als Eigenschaft der Staatsgewalt bedeutet die Souveränität, durchaus in *bodinscher* Tradition, heute allein das Zu-höchst-Sein der Staatsgewalt im Inneren des Staates und die Unabhängigkeit dieser Gewalt (und damit auch des Staates) nach außen gegenüber anderen solchen souveränen Gewalten²⁹⁴. Nicht mehr und nicht weniger. Gerade das Weniger ist in letzter Zeit aber streitig geworden, sodass sich erneut eine Wandlung des Begriffes andeutet. So hat *Kokott* dargelegt, dass das Völkerrecht, wenn es die Gebote der Rechtsstaatlichkeit, der Menschenrechte und demokratischen Pluralismus aktiv fördern wolle, die souveräne, d.h. unabhängige Gleichheit der Staaten nicht mehr akzeptieren könne, und zudem die Souveränität durch die wirtschaftliche, soziale und rechtliche Globalisierungstendenzen aufgelöst werde, diesen völkerrechtlichen Begriff ersetzen oder eher umdefinieren und der Realität anpassen müsste. Sie selbst plädiert dafür, ihn gleich ganz fallen zu lassen²⁹⁵. Dem ist zuzustimmen, aber nicht aus den Gründen, denen *Kokott* folgt, nämlich, dass das Völkerrecht von einer Ordnung des fair play unter Staaten zu einer Ordnung verkommt, die bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen fordert und durchsetzen will – man sollte sich hüten, dass dies nicht in das Gegenteil umschlägt. Der Souveränitätsbegriff ist vielmehr deshalb zu verabschieden, weil er sinnlos geworden ist. Wie schon erwähnt, drückt sich hierin nichts weiter als das Zu-höchst-Sein und die, wie weit auch immer reichende, Unabhängigkeit des Staates gegenüber anderen Staaten, aus. Dafür bedarf es nicht der Vokabel der Souveränität. Vielmehr ist der Begriff der Souveränität, wie sich aus der obigen Darstellung der Geschichte dessen, was wir heute als Staatsgewalt bezeichnen, ergibt, ein historischer, der zu einer bestimmten

²⁹³*von Gerber*: Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 22.

²⁹⁴*Randelzhofer*: Staatsgewalt und Souveränität, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): HdbStR II, § 17, Rn. 5; *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 475.

²⁹⁵*Kokott*: Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, in: *ZaöRV* 64 [2004], 517 ff. insbes. S. 523.

Zeit seine Berechtigung hatte und mit der Etablierung der Staatsgewalt, die ihrem Wesen nach höchstrangig ist, diese Berechtigung verloren hat.

Wenn hier von Souveränität, ob im völkerrechtlichen oder im staatsrechtlichen Sinne gesprochen wird, dann nur als Reminiszenz an die überkommene Vokabel und wegen ihrer Gebräuchlichkeit, insbesondere im Völkerrecht²⁹⁶.

III. Natur und Struktur der Staatsgewalt

„Die Staatsgewalt erweist sich [. . .] als die staatlichste Eigenschaft des Staates“, hat *Krüger* festgestellt²⁹⁷. Er bringt damit ein Problem auf den Punkt: die Unmöglichkeit die Rechtsbegriffe Staat und Staatsgewalt vollständig voneinander zu trennen. Gerade der zugrundegelegte Staatsbegriff zeigt sich als wesentliche Voraussetzung für die Behandlung der Staatsgewalt, weil ohne eine klare Vorstellung dessen, was der Staat ist, insbesondere, wie er entsteht und was ihn trägt, eine Untersuchung der Staatsgewalt nicht möglich ist.

Nachdem dies nun geschehen ist und auch die historische Entwicklung der Staatsgewalt dargestellt wurde, ist es nun möglich die Natur und Struktur der Staatsgewalt des Staates der Gegenwart sowie ihre Schranke zu bestimmen.

1. Elemente der Staatsgewalt

Die Staatsgewalt ist einheitlich und im Gebiet des jeweiligen Staates die einzige, weil höchste Gewalt. Sie ist gleichwohl nicht ihrer Struktur nach indifferent. Im Gegenteil. Es lassen sich drei Strukturelemente der Staatsgewalt herausarbeiten. Dies sind ihrer logischen Reihenfolge nach:

- *Oberaufsicht*
- *Letztentscheidungsbefugnis*
- *Gewaltmonopol*

Die nachfolgende Darstellung beginnt jedoch mit dem zentralen und wichtigsten dieser drei Elemente, der Letztentscheidungsbefugnis. Im Verhältnis zu ihr zeigen

²⁹⁶Das rührt auch daher, dass in anderen Sprachen ein der „Staatsgewalt“ entsprechendes Wort nicht bekannt ist und daher von „sovereignty“, oder „souveraineté“ gesprochen wird.

²⁹⁷*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 819.

sich die wesentlichen Unterschiede zwischen Staatsgewalt im modernen Sinne und Landeshoheit.

2. Letztentscheidungsbefugnis

a) Natur der Staatsgewalt als Gegenteil der Landeshoheit – Der rationale Schluss vom Zweck auf das Mittel

Die Staatsgewalt kann als das Gegenteil der Landeshoheit bezeichnet werden. Während Letztere starr, schwerfällig und je nach Landesherr unterschiedlich ist, zeigt sich die Staatsgewalt flexibel, wandlungsfähig und einheitlich. Sie ist ihrer Natur nach immer dieselbe, unabhängig davon, wer sie innehat und wo sie ausgeübt wird – sie ergibt sich aus dem Wesen des Staates.

Die Regalien bildeten einen festen Verband, da nicht aus dem Nichts einseitig neue Hoheitsrechte geschaffen werden oder entstehen konnten, etwa wenn die Lage dies erforderte. Die Regalien waren entweder verliehen worden oder basierten auf Tradition. Die Macht der Herrschers begrenzte sich zwangsläufig auf den aktuellen Regalienbestand. Von daher rechtfertigt es sich, die Landeshoheit als verworfenen Prototypen zu bezeichnen. Sie war einer der Faktoren die den Weg hin zur Staatsgewalt ebneten und ihr direkter Vorläufer, wenngleich sie ihrer Art nach völlig anders konstruiert war. Die Staatsgewalt ist also nicht geschichtlich gewachsen, sondern ein „systematisches Institut“²⁹⁸.

Der Unterschied zwischen Landeshoheit und Staatsgewalt ist folglich die „Dieselbigkeit“ und die Fähigkeit eigene Aufgaben zu schaffen und Mittel zu ihrer Bewältigung zu finden. *Krüger* bezeichnet die Staatsgewalt aufgrund ihrer Flexibilität und Entwicklungsoffenheit als eine „*General- und Blankovollmacht*“²⁹⁹. Seiner Ansicht nach führte das Verlangen des Volkes nach einer effektiven und effizienten Staatsmacht zur Bildung einer leistungsfähigen Staatsgewalt. Die industrielle Revolution und nicht unerträgliche Willkür der Adlesherrschaft sei es gewesen, die eine auf traditionellen Rechten beruhende Leitung des Staates nicht mehr dulden konnte. Vielmehr war erforderlich geworden, dass die Staatsgewalt auf die äußeren Verhältnisse adäquat reagieren und so zur rechtlich und tatsächlich schärfsten und wirksamsten

²⁹⁸ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 823.

²⁹⁹ A. a. O., S. 818 ff.

Waffe werden konnte³⁰⁰. Der Staatsgewalt ist es also aus sich heraus möglich neue Hoheitsrechte zu schaffen; sie ist, entgegen der Landeshoheit, ahistorisch und systematisch begründet. Sie erzeugt sich selbst aus dem *Schluss vom Zweck auf das Mittel*³⁰¹. Dies sieht *Krüger* – neben dem Ausschluss historischer Argumentation in staatlichen Fragen³⁰² – als den zweiten wesentlichen Beitrag des Rationalismus im Gegensatz zum Traditionalismus an. Der Traditionalismus vermöge es nämlich nicht neuer Lagen Herr zu werden, weshalb nur eine, auf eine andere gestützte, Blankovollmacht geeignet wäre, situationsgerecht reagieren zu können. Das bedeute, dass nicht erst vom Zweck auf das Mittel, sondern zuvor von der Situation auf den Zweck geschlossen werden müsse. Im Ergebnis begründet *Krüger* also die Staatsgewalt ihrer Natur nach als die Fähigkeit an historische Gegebenheiten ungebunden zur situationsgerechten Zweckverfolgung sämtliche notwendigen Mittel frei bestimmen, beschaffen und einsetzen zu dürfen³⁰³. „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“ hat bereits *Ihering* erkannt³⁰⁴.

Hieran zeigt sich der Fortschritt, den Europa seit *Bodin* und den Religionskriegen erfahren hat. Offenbar war damals noch die Hegung der Kriege und des Religionsterros Vater des Gedankens zum Ersinnen der Souveränitätslehre, während es nun nicht mehr nur um die physische, sondern auch oder vor allem um die wirtschaftliche und soziale Existenz der Menschen geht, die einen Wandel erforderlich machen. Sicherheit und Friede im ursprünglichen Sinne waren grundsätzlich erfüllt und konnten vorausgesetzt werden.

Es zeigt sich außerdem, dass *Krüger*, obwohl er für staatliche Fragen die historische Argumentation ausschließen will³⁰⁵, er doch immer der historischen Ableitung der Staatsgewalt als General- und Blankogewalt verhaftet bleibt. Das die General- und Blankovollmacht ausmachende Element dieser modernen Staatsgewalt ist die

³⁰⁰ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 819, 826 ff; zur französischen Revolution und der Schaffung einer rechtlich absoluten Macht, die jedes Gesetz beschließen kann, das ihr beliebt, vgl. auch *de Jouvenel*: Über die Staatsgewalt, S. 343 ff. insbes. 346.

³⁰¹ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 828.

³⁰² A. a. O., S. 57.

³⁰³ A. a. O., S. 57 f.; 828. Er erblickt diese Rationalität der Zwecksetzung und der Mittelwahl im übrigen auch in Norm und Vollziehung; a. a. O., S. 59.

³⁰⁴ *von Ihering*: Der Zweck im Recht, Motto und Vorrede, S. V.

³⁰⁵ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 57.

Möglichkeit einseitiger, jederzeitiger und voraussetzungsloser Schaffung der in der jeweiligen Lage erforderlichen Mittel³⁰⁶. Das ergäbe sich daraus, dass die Staatsgewalt nicht dem Traditionalismus anhänge, rein zweckgebunden reagieren *müsse* und sich als Gegenbild der Landeshoheit zeige, die diese erforderliche Reaktionsfähigkeit nicht mehr aufweise³⁰⁷. Falsch freilich ist das nicht, solange man nicht den Boden der Staaten verlässt, die man als „westliche Demokratien“ bezeichnen könnte, auf die man die Darstellungen *Krügers* ohnehin nur beziehen kann, weil er dem sich identifizierenden Staat zu Unrecht die Staatlichkeit abspricht³⁰⁸. Gleichwohl ergibt sich daraus nicht ausdrücklich mehr, als dass es erforderlich sei die Staatsgewalt als flexible auf Lagen reagierende General- und Blankovollmacht zu denken. Herauszuarbeiten ist der Grund, aus dem heraus die Staatsgewalt als solche General- und Blankovollmacht angesehen werden muss.

Dies ergibt sich vordergründig, wie gesagt, daraus, dass die Regalien nicht ausreichen die umfassenden Staatsaufgaben des immer komplexer werdenden und sich ganz neuen Lagen (Industrialisierung) stellenden gesellschaftlichen Lebens zu erledigen. Doch der eigentliche Grund, der bei *Krüger* sogar anklingt, aber nicht ausgesprochen wird³⁰⁹ ist derselbe, weshalb der Staat – ob in moderner oder früher Form – überhaupt besteht; nämlich die Existenz als Institution und somit als menschliches Verhaltensmuster, das auf dem menschlichen Willen beruht. Der Grund für den Staat und die Staatsgewalt als General- und Blankovollmacht im Gegensatz zur historischen Landeshoheit ist also der *menschliche Wille*.

³⁰⁶Darauf hat schon *Sander*: Allgemeine Staatslehre, S. 146 f. hingewiesen, der Souveränität und Staatsgewalt offenbar gleichsetzt. Nach der von ihm referierten, aber nicht geteilten Meinung sei die Souveränität (bzw. Staatsgewalt) eine gegenständlich unbegrenzte „Pflicht-Begründungs-Allmacht“ hinsichtlich besonderer Menschen, sodass sie jede nur erdenkliche Pflicht gegenüber diesen begründen könne.

³⁰⁷Dazu *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 58, 828, 829 und öfter.

³⁰⁸Vgl. oben S. 26 ff.

³⁰⁹„Die Staatsgewalt hingegen entstammt sowohl als solche wie auch in ihren einzelnen Äußerungen dem Schluss vom Zweck auf das Mittel“; A. a. O., S. 828.

b) Menschlicher Wille als Grund für den Zweck-Mittel-Schluss

Ebenso bringt dies *Jellinek* mit den Worten zum Ausdruck, dass staatlicher Wille menschlicher Wille sei³¹⁰. Darin kommen nicht nur die Faktoren Wille und Macht zum Ausdruck, sondern auch, dass dieser Wille ein seinem Wesen nach menschlicher ist und der staatliche Wille mit ihm in Verbindung steht. Der staatliche Wille ist Ausdruck des menschlichen Willens, der sich im Staat als Rechtsordnung äußert, weil der Wille des Staates als unkörperlicher Existenz „durch den Willen realer Menschen bestimmt [wird], die den Staat repräsentieren“³¹¹. Der Staat wird so zum Träger der Rechtsordnung³¹² und umgekehrt die Rechtsordnung zum Staat³¹³. Die Rechtsordnung zeigt sich so im Staat als vom menschlichen Willen geschaffenes Produkt³¹⁴. Aus der Historie ergibt sich, dass sich das Denken der Menschen, zumindest in Europa, von der Tradition und Religion befreit hat und im Großen und Ganzen rationalen Erwägungen folgt, sodass der Schluss vom Zweck auf die der Lage entsprechenden Mittel eine logische Folge dieser Entwicklung hin zum Rationalismus darstellt, was *Krüger* auch zutreffend erkannt hat³¹⁵. Staat und Staatsgewalt sind – und dies bestätigt die Feststellung es handle sich beim Staat um eine Institution – ihrer Natur nach Kreationen des menschlichen Willens. *Kant* bringt dies zum Ausdruck, wenn er schreibt, der das Volk und den Staat konstituierende Akt führe zum Verlust der natürlichen Freiheit der Menschen, so dass sie ihre Freiheit in einem rechtlichen Zustande, dem Staat, wiederfinden, „weil diese Abhängigkeit aus seinem

³¹⁰*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 337; *Heller*: Staatslehre, S. 228 fasst seine Überlegungen zusammen, dass „jede Staatsmacht verdankt menschlichen-allzumenschlichen Willen ihre Erhaltung und Gestaltung“. Aus der Rechtssoziologie *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 323, 328: „Ist im Rechtsleben ein Wille am Werk, so kann es nur der Wille physischer Personen sein“.

³¹¹*Nawiasky*: Allgemeine Rechtslehre, S. 18.

³¹²Der Staat als Träger des in einer Rechtsordnung erscheinenden Willens; *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 9. Nicht zu verwechseln ist das Haben einer Rechtsordnung und das Vorliegen eines Rechtsstaats; kein Staat kommt ohne eine Minimalrechtsordnung aus; *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 10.

³¹³Etwas nach *Kelsens* Reiner Rechtslehre.

³¹⁴Das gilt nicht nur für die Demokratie, sondern mehr noch für Monarchie und Despotie. Dort ist es der Wille eines Einzelnen, der die Rechtsordnung trägt. Der Wille des Staates ist hier sogar in ganz besonderer Weise menschlicher Wille, weil nämlich der Wille des Staates mit dem des herrschenden Menschen übereinstimmt; *l'état c'est moi*.

³¹⁵Dazu auch *Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): HdbStR IV § 76, Rn. 1.

[des Menschen] eigenen gesetzgebenden Willen entspringt“³¹⁶. Damit ist schon der grundsätzliche Umfang der Staatsgewalt ebenso wie die Schranke staatlicher Macht angedeutet.

Der Rationalismus des menschlichen Denkens führt zur Staatsgewalt, die aufgrund dieses Willens nun tatsächlich das Gegenteil der Landeshoheit markiert. Den tieferen Grund für die Verdrängung des Traditionalismus bildet der gewandelte menschliche Geist, der erkennt, dass er mit althergebrachtem nicht länger auf die Lagen zu reagieren im Stande ist und sein Institut „Staat“ so umgestaltet, dass er zukünftig nicht länger mit dem Werkzeug der Landeshoheit vorlieb nehmen muss, sondern mit dem der Staatsgewalt arbeiten kann.

c) Allmacht der Staatsgewalt

Staatliche Allmacht ergibt sich, wie sich bereits angedeutet haben dürfte, aus ihrer Natur als General- und Blankovollmacht³¹⁷. Denn auf alle Lagen entsprechend wirkungsvoll zu reagieren bedeutet erstens die Lage selbst einschätzen und zweitens unbeeinflusst den Schluss vom Zweck auf das Mittel vollziehen zu dürfen³¹⁸. Die Ansicht vom Zweck auf das Mittel und also auch von der Aufgabe auf die Befugnis schließen zu dürfen, ist dieser Ansicht, etwa von *Meyer* schon entgegengehalten worden, mit der Begründung, dass eine solche Möglichkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen wäre³¹⁹.

Dem ist, *Nawiasky* folgend, entgegenzuhalten, dass der Staat grundsätzlich ein virtuell totaler ist³²⁰. Das bedeutet für seine Gewalt, dass auch sie der Fähigkeit nach allmächtig sein muss. Wiederum liegt der Grund im menschlichen Willen, der grundsätzlich nicht beschränkt, beschränkbar oder irgendwie (heteronom) be-

³¹⁶ *Kant*: Metaphysik der Sitten, I § 47; ebenso bei *Weber-Fas*: Rechtsstaat und Grundgesetz, S. 18.

³¹⁷ Ausdrücklich und im Zusammenhang mit der „Pflicht-Begründungs-Allmacht“ hat *Sander*: Allgemeine Staatslehre, S. 146 f dies benannt, wobei er dies, S. 149 selbst aber ausdrücklich ablehnt, weil kein Mensch über einen anderen Allmacht besitze.

³¹⁸ Auch *Link*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 [1990], 16 erkennt die potentielle Allzuständigkeit des Staates als Gegensatz zum Zweckverband.

³¹⁹ *Meyer*: DÖV 1960, 133. Darauf hat *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 57 f. und 829 f. selbst hingewiesen.

³²⁰ *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 44; zu den Schranken der Staatsgewalt, siehe sogleich unten S. 78 ff.

stimmt oder gebunden ist³²¹. Folglich müssen Staat und Staatsgewalt als Werkzeuge des menschlichen Geistes, diesem akzessorisch, grundsätzlich unbeschränkt sein. Der unbeschränkte Schluss vom Zweck auf das Mittel ist für den Staat möglich, weil er grundsätzlich das zu tun in der Lage ist, was der menschliche Wille für richtig hält. Es bleibt nur fraglich, ob nicht tatsächlich eine Schranke existiert, die den menschlichen Willen beschränkt, sodass dann *Meyers* Ansicht zutreffend wäre. Für den Moment kann es genügen festzustellen, dass dessen Auffassung allgemein auf den Staat bezogen nicht haltbar ist, weil der Staat – auch der demokratisch organisierte – wesensmäßig allmächtig ist³²². Als historischer Beleg darf die von den französischen Revolutionären errichtete Demokratie angeführt werden, die vom *rousseauischen* Gedanken der absoluten Volkssouveränität ausging. Die Revolutionäre – im Übrigen die ersten „Terroristen“³²³ – waren, getragen von der Überzeugung die bisherigen absolutistischen Monarchien seien „mengenverschlingende Dynastien gewesen, die vom Blut der Völker lebten“³²⁴, der Ansicht, der tatsächliche Souverän, das Volk, bedürfe unbeschränkter Macht. Dazu wurde die jahrhundertelange Tradition der Bindung des Herrschers zumindest an göttliches oder Vernunftrecht über Bord geworfen. Entgegen der von schlechten Menschen getragenen schlechten Monarchie sollte eine Allgemeinheit aus im Grunde guten Menschen gemeinsam nur das Gute wollen können, sodass aus der Unbeschränktheit der Gewalt des Volkes keine Gefahr entstehen konnte. Dieser Schluss war in verheerender Weise unzutreffend, obwohl die Grundüberlegung, dass es keine staatlichen Maßnahmen geben sollte, ohne eine von der Gemeinschaftsauffassung getragene gesetzliche Grundlage, aus unserer heutigen Sicht richtig war. Allerdings, und hier kommt man auf den Zweck-Mittel-Schluss zurück, war es dieser ungebundenen Volksgewalt systemimmanent möglich jeden

³²¹Zu den Theorien über den freien Willen, *Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 132 ff.. Wenn überhaupt von einer Unfreiheit ausgegangen werden könnte, so könnte diese m.E. nur eine autonome, gewissensbedingte, sein und wäre für die Außenwirkung zunächst unbeachtlich.

³²²Aus dieser Allmächtigkeit und Allzuständigkeit zu schließen, die Frage nach den Staatszwecken erübrige sich, ist nicht gerechtfertigt; so aber *Weiss*: Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 72. Der Zweck des Staates ist seine Allzuständigkeit und Allmächtigkeit zur Verbesserung der Chance des Überlebens.

³²³Regime de la terreur. Staatsterror, damals noch positiv besetzte und ausdrücklich mit dem Kampf für die Demokratie in Verbindung gebracht.

³²⁴So *Grégoire* in der Konventssitzung vom 21. September 1792; zitiert nach *de Jouvenel*: Über die Staatsgewalt, S. 344.

Beschluss zu fassen, mit dem jedes Gesetz erlassen und jede Exekutivmaßnahme gerechtfertigt werden konnte. Allein der menschliche Wille in Form des parlamentarischen war maßgebend für die Rechtsbildung und damit die Mittelfindung. Dies führte – zusammen mit der Zurückdrängung aller anderen relevanter gesellschaftlichen Kräfte – zu einer monolithischen Staatsgewalt, in der es außer der Gewalt und dem Recht des Staates keine anderen Gewalten dieser Mächtigkeit geben konnte³²⁵. Der Fehler an dem diese absolute Demokratie litt und der sie nicht besser als die viel gescholtene Adesherrschaft machte, war nicht die ideologische, sondern die personelle Identifikation der Herrscher mit den Beherrschten, des Staates mit der Gesellschaft. Die Regierenden nämlich bildeten sich ein, den Volkswillen, also den wahren Willen jedes einzelnen Volksgenossen unmittelbar zu repräsentieren, bzw. durch ihre Entscheidung diesen zu finden. Das trifft selbstverständlich nicht zu, weil nicht jeder Einzelne den Willen jedes anderen in demselben Umfange teilt, sodass eine Gleichschaltung der Willen nie angenommen werden kann³²⁶. Aufgrund der Überzeugung von Allen legitimiert zu sein und egal was man entscheidet nur das „Richtige“ entscheiden zu können, wurde diese Demokratie zu einer der brutalsten und rücksichtslosesten Herrschaften.

Noch heute geht getreu dem Ausspruch „Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely“ die Angst um, dass ein totalitärer, allmächtiger Staat, der aufgrund seiner General- und Blankovollmacht alles und damit auch etwas Schlechtes tun kann, etwas Böses und daher zu verbieten sei. Allerdings zeigt sich, dass auch das Gegenteil, ein machtloser Staat keinen besseren Zustand darstellt. Hier herrscht im Zweifel keine einseitige Unterdrückung, sondern „vielseitige“ Gewalt, sodass Sicherheit für den Einzelnen ebensowenig zu erwarten ist; schlimmstenfalls herrscht Bürgerkrieg. Das von *Hobbes* zugrundegelegte Menschenbild, ist daher wohl naheliegender als jenes von *Rousseau*³²⁷. Daran hat sich seit dieser Zeit nichts geän-

³²⁵Hierzu *de Jouvenel*: Über die Staatsgewalt, S. 343 ff.

³²⁶Ebenso *Zachariä*: Deutsches Staats- und Bundesrecht, Teil 1, S. 49; vgl. hierzu auch die treffenden Ausführungen zu einem Text *Robespierres* bezüglich Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, von *Dörner*: Die Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen, S. 97 ff.

³²⁷Zur anthropologischen Bestätigung dieser Erkenntnis, *Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 103. Dieses Bild vom an sich guten Menschen neigt, wie der Terror der „guten“ Menschen während der Revolution, die marxistische Fortentwicklung dieses Bildes und die Begründung von Ideologien der sog. „strukturellen Gewalt“ zeigen, unter dem Deckmantel der „Weltverbesserung“, zum

dert³²⁸. Es steht die Erkenntnis am Anfang – und hat überhaupt erst zum modernen Staat als ein Herrschaftsmodell geführt, das im Stande ist auf Lagen vorbehaltlos einzugehen – dass es einer Institution bedarf, die die widerstreitenden gesellschaftlichen Kräfte einzufangen in der Lage ist. Dieses ist heute der Staat, der trotz seiner natürlichen Allmacht als das kleinere Übel aufgefasst werden muss³²⁹. Denn, selbst wenn exzessiver Gebrauch der Staatsgewalt nicht ausgeschlossen werden kann, so ist doch festzustellen, dass der Staatsgewalt aufgrund ihrer unwiderstehlichen Macht als einziger Gewalt die Möglichkeit innewohnt unabhängig und letztverbindlich *jede* Entscheidung treffen zu können, also auch Frieden stiften und durchsetzen zu können. Zieht man diese Möglichkeit in Betracht und will der Staatsgewalt die Chance bewahren unabhängig von historisch überlieferten Mittel auf Lagen reagieren zu können, so kommt man nicht umhin ihr rechtliche Allmacht zu attestieren, die dies zu ermöglichen erst in der Lage ist. Daraus und auch aus der bereits einleitend dargestellten geschichtlichen Entwicklung lässt sich folgern, dass ein Staat immer noch besser ist als kein Staat³³⁰. Dem Staat sind daher im grundsätzlichen Interesse der Gesellschaft rechtlich keine Grenzen gesetzt; er ist – ob „gut“ oder „böse“ – allmächtig³³¹.

d) Modalitäten der Beschränkung der Staatsgewalt

Bereits zuvor ist von der virtuelle Allmacht der Staatsgewalt ausgegangen worden, die darin gründet, dass sie als einzige General- und Blankovollmacht in einem Gebiet, als auf dem heteronom unbeschränkbar menschlichen Willen beruhend, angesehen werden kann. Daraus folgt nicht, dass die Staatsgewalt tatsächlich allmächtig ist. Unklar ist aber, wie sich deren Beschränkung begründen lässt. Hierzu werden im

Totalitarismus; dazu *Link*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 [1990], S. 24; ebenso zum Anarchieoptimismus *Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 118; zur Unsinnigkeit des strukturellen Friedensbegriffs s.a. *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 32 ff.

³²⁸So *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29; *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 173. Zum inneren Frieden und der Mechanik des Bürgerkriegs siehe die prägnanten Ausführungen von *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 32 f; zum Terror des Revolutionskonvents siehe die bei *de Jouvenel*: Über die Staatsgewalt, S 347 f. zitierte Textstelle von *Benjamin Constant*.

³²⁹*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 831; *Kriele*: Einführung in die Staatslehre, S. 33.

³³⁰Das war letztlich der Ausgangspunkt, nicht nur für den schon erwähnten *Hobbes*, sondern zuvor auch für *Bodin*.

³³¹Vgl. auch oben zur Frage ob der Staat wertgebunden ist S. 26 ff.

Rahmen der schon zuvor erörterten Staatslehre zwei unterschiedliche Denkansätze vertreten: die enge und die weite Theorie der Staatsgewalt.

aa) Enge Staatsgewaltstheorie

α) Ansicht *Krügers*

Auch *Krüger* bringt zum Ausdruck, dass die Natur der Staatsgewalt als General- und Blankovollmacht potentiell in ihrer Allmächtigkeit münden müsse. Er sieht jedoch die Staatsgewalt bereits als ihrer Natur nach auf Richtigkeit angelegt an, schränkt die Allmacht also von vornherein ein. Es zeige sich nämlich, dass, je größer eine Macht sei, desto eher verführe sie zum Missbrauch. Um dem zuvorzukommen verlangt er, dass „von vornherein . . . für die Richtigkeit des staatlichen Handelns gesorgt ist“³³², ein Missbrauch durch eine wesensmäßige Beschränktheit der Staatsgewalt verringert werden könnte. In ähnlicher Weise argumentiert *Hammer*, der als eine Folge der Etablierung von Grundrechten den freiheitlichen Staat als von vornherein sowohl der Sicherheits-, wie auch der Freiheitsgewährleistung verpflichtet sieht und folglich ausschließt, dass der Staat allzuständig und allgewaltig sein könne. Es könne daher kein umfassendes staatliches Gewaltmonopol geben³³³.

Hierin kann, analog zur Grundrechtslehre³³⁴, von einer engen Tatbestands-, bzw. besser Staatsgewaltstheorie gesprochen werden, weil nicht jedes Verhalten der Mächtigen im Staat auch als staatliches Verhalten angesehen werden soll. Dies deckt sich konsequent mit *Krügers* Vision vom sich nicht-identifizierenden Staat, denn die Staatsgewalt ist nach dieser Auffassung aus der Sicht des Volkes, bzw. der Gesellschaft verobjektiviert, sodass sich die Ausübung der Staatsgewalt in Identifikation mit gesellschaftlichen Bestrebungen von vornherein verbietet. Den „Tatbestand“ Staatsgewalt sieht er als durch drei Prinzipien eingeschränkt, die nachfolgend kurz erläutert werden sollen.

Das Kriterium der Richtigkeit war für *Kant* nicht in der Willkür, sondern in der Vernunft zu finden³³⁵. Dies deckt sich mit der Ansicht *Krügers* insoweit, als

³³²*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 833.

³³³*Hammer*: DÖV 2000, 613, 617.

³³⁴Hierzu ausführlich *Isensee*: Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: FS Sendler, S. 56 ff.

³³⁵Dazu *Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 143.

sich die drei Prinzipien offenbar aus einer historisch betrachteten vernunftmäßigen Entwicklung ergeben haben, sich also aus der menschlichen Vernunft schöpfen.

αα) Verfasstheit

Die Staatsgewalt soll ihrem Wesen nach verfasst sein³³⁶, d.h. der Schluss vom Zweck auf das Mittel wird nicht jeweils neu und völlig frei gefasst, sondern die Mittelfindung wird ein für alle Mal in einer bestimmten Ordnung geregelt. Durch diese Konstitutionalisierung werde der Mittelfindungsvorgang aufgeteilt und gelenkt und fördere so die Rationalität und Richtigkeit der Staatsgewaltausübung. Als Ausnahme hiervon könne der Staatsnotstand angesehen werden, bei dem der Vorgang der Mittelfindung nicht mehr vollumfänglich, sondern nurmehr einfach oder gar nicht verfasst sei³³⁷.

ββ) Öffentlichrechtlichkeit

Die Öffentlichrechtlichkeit bedeutet die Abgrenzung der Staatsgewalt zu allen sonstigen Gewalten in einem Staat, die zur Staatsgewalt grundsätzlich in Konkurrenz stehen. Insbesondere soll verhindert werden, dass aus dem Eigentum Macht hergeleitet werden kann – um die Definition von *Weber* nochmals aufzugreifen – jede Chance also, innerhalb einer sozialen Beziehung den Willen auch gegen den Widerstrebenden durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht³³⁸. Durch die Begrenzung des Grundes für die Chance (Eigentum) wird die Menge der Chancen verringert („jede“), im Fall der Staatsgewalt soweit, dass nur noch ihr das Monopol legitimer Anwendung (physischer) Gewalt zusteht³³⁹. Das Eigentum als Quelle der rechtlichen Herrschaft auszuklammern hat bereits *Locke* vorgenommen, obwohl er anstatt des korrekten Rechtsbegriffes „imperium“, vom „dominum“ spricht, das aber gerade das Eigentum am Land meint, aus dem die Herrschaftsträger ihre Rechte herleiteten³⁴⁰, sodass eine enge Bindung zwischen Eigentum und staatlicher Macht bestanden ha-

³³⁶ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 837.

³³⁷ A. a. O., S. 835 f.

³³⁸ *Weber*: Methodologische Schriften, S. 336.

³³⁹ Nach *Weber*: Staatssoziologie, S. 27.

³⁴⁰ So etwa das Recht aufgrund des Eigentums – wie teils vertreten wurde – selbst in das Recht auf Leben der Untertanen einzugreifen; dazu *Schlüter*: Staatsnotrecht, S. 4. Zum Ganzen, *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 820 ff.

be. Die Macht, also die Chance zur Durchsetzung des eigenen Willens, war damit ein rechtliches Instrument, weil sie am Eigentum und damit nicht an einem faktischen Sein haftete, sondern an schon bestehende rechtliche Tatsachen anknüpfte. Dasselbe könnte auch von der Staatsgewalt behauptet werden, weil sie den Staat voraussetzt, der auch ein Rechtsbegriff ist. Allerdings ist die Institution Staat dem menschlichen Willen entsprungen, sodass letztlich die Staatsgewalt nicht vom Staat, sondern vom menschlichen Willen abhängt, der seinerseits aber keinesfalls normativer, sondern faktischer Natur ist. Für die Richtigkeit der Staatsgewalt hat dies zunächst keine unmittelbare Bedeutung. Doch ist entscheidend, dass die Herrschaftsmacht damals nicht von einem Faktum (menschlicher Wille), sondern von der Innehabung einer rechtlichen Zuweisung (Eigentum) abhing und folglich die Staatsgewalt rechtlicher und nicht faktischer Natur war. Sie war folglich auch in erster Linie nicht faktisch, sondern rechtlich beschränkt, nämlich in dem Maße, wie weit das Eigentum reichte und welche Hoheitsrechte es umfasste³⁴¹.

Im 18. Jahrhundert setzte sich schließlich die Ansicht durch, staatliche Herrschaft könne nicht aus dem Eigentum abgeleitet werden, bzw. mittels des Eigentums könne keine Herrschaft ausgeübt werden. Folge der Unmöglichkeit der Ableitung von Herrschaftsrechten aus dem Eigentum war der Ausschluss Privater von der Ausübung nicht staatlich abgeleiteter Herrschaftsmacht, da es selbstverständlich auch ihnen unmöglich gemacht war, aus ihrem Eigentum Herrschaft herzuleiten³⁴², also die Chancen vermindert wurden den eigenen Willen durchzusetzen³⁴³.

Durch den Ausschluss Privater von der hoheitlichen Machtausübung und deren damit verbundene Monopolisierung sichert sich der Staat die Einzigkeit der Staatsgewalt. Noch ein weiterer Effekt tritt dadurch ein. Der sich nicht identifizierende Staat ist so (sehr theoretisch) in der Lage unabhängig von gesellschaftlichen Ein-

³⁴¹Siehe schon oben zur Landeshoheit, S. 71 ff.

³⁴²*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 822.

³⁴³Bereits A. a. O., S. 823 weist auf die Gefahr der Gewaltverdoppelung beim Staat hin, wenn er sowohl Herrschaftsrechte aus der Staatsgewalt, als auch aus dem Eigentum herrührende Rechte innehat. So könnte etwa das VW-Gesetz Ausdruck dieser doppelten Machtposition sein, wo der übermächtige Stimmeinfluss des Staates als Aktionär angeordnet wird, sodass, egal wie die Stimmen tatsächlich verteilt sind, der Staat seinen Einfluss immer gesichert sieht. Bezüglich des Unternehmens Volkswagen AG übt der Staat so nicht nur aus dem Eigentum folgende Macht aus, sondern sichert sich diese Macht durch staatliche, gesetzliche, Rückversicherung stets Aktionär mit erheblichem Stimmgewicht zu bleiben.

flüssen den rationalen lagebedingten Schluss vom Zweck auf das Mittel zu ziehen. Dadurch wird im Prinzip gewährleistet, dass der Schluss auch tatsächlich zweckentsprechend – in diesem Sinne richtig – und nicht willkürlich gezogen wird.

γ) Zweckbestimmtheit

Damit ist bereits das letzte Prinzip angesprochen, das *Krüger* im modernen Staat verwirklicht sieht: das der Zweckbestimmtheit. Denn die Tätigkeit der Staatsgewalt soll sich allein darauf richten vorbehaltlos, situationsgerecht agieren zu können³⁴⁴. Daraus wird gefolgert, die Staatsgewalt dürfe nur so handeln, dass es nicht jeder möglichen oder aktuellen Zwecksetzung widerspreche. Umfänglich beschränkt sei sie durch die Regeln der Ökonomie und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Staatsgewalt ist nach *Krüger* nur in diesem Rahmen existent und unterscheidet sich insofern auch von der eigentumsgestützten Privatherrschaft, die diese Grenzen nicht kenne, bei der der Eigentümer allein seinem eigenen Willen unterworfen ist, wenn es um die Frage von Umfang und Grenze der Machtausübung gehe³⁴⁵.

β) Moralische Begründung des Staates

Zu weit geht es, wie etwa *von Hippel*, ganz einem moralischen Staatsmodell zu folgen und im Staat eine „moralische Veranstaltung“ zu sehen, die der Verwirklichung der höheren Natur des Menschen dient³⁴⁶. Letztlich gründet sich diese Ansicht in einem Glauben, über dessen Richtigkeit und Gerechtigkeit man trefflich streiten kann. Aus der Natur des Menschen, aus einem Sein folgt, jedenfalls nach der hier vertretenen Ansicht, nichts was ein Sollen zwingend begründen würde³⁴⁷. Dass Glaubenssätze, ethische Grundvorstellungen und Werte in das Recht einfließen ist sicher zutreffend; aber das bestreitet, entgegen *von Hippel*³⁴⁸ die positivistische Staatslehre auch nicht.

³⁴⁴Wozu auch gehört einmal eingeführte sozialstaatliche Gewährleistungen wieder fallenzulassen und sie nicht gleichsam als „wohlerworbene Rechte“ des Bürgers ad ultimo mitzuschleppen, auch wenn die Lage ihre Erfüllung nicht länger zulässt, oder nicht mehr erfordert.

³⁴⁵*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 834, 835.

³⁴⁶*von Hippel*: Allgemeine Staatslehre, S. 181.

³⁴⁷Zur unzulässigen Folgerung eines Sollens aus einem Sein, s. *Doehring*: Allgemeine Staatslehre, S. 14 f.

³⁴⁸*von Hippel*: Allgemeine Staatslehre, S. 86 ff. und 179 ff..

bb) Weite Staatsgewalttheorie

Während *Krüger* schon der Tatbestand der Staatsgewalt einschränkt, bleiben *Nawiasky* und *Jellinek*, der der Ansicht von *Iherings* folgt, konsequent bei der grundsätzlichen Allmacht, Unbeschränktheit und prinzipiellen Unbeschränkbarkeit der Staatsgewalt. Aber auch sie korrigieren die tatbestandsmäßig allmächtige Staatsgewalt. Unterschiedlich ist aber die Auffassung über die Natur dieser Tatbestandschranken. Während *Nawiasky*, älterer Lehre folgend³⁴⁹ von nur faktischen Grenzen staatlicher Macht ausgeht, sehen von *Ihering* und *Jellinek* die Grenze im Recht. Wohlgermerkt, eine rechtliche Verpflichtung zur Machtbeschränkung, oder eine vorgegebene rechtliche Schranke, wie von *Krüger* vertreten, gibt es nach keiner dieser Lehren. Der Grund für die Schranke der Staatsgewalt ist immer faktischer Natur.

In der Staatenwelt zeigt sich, dass tatsächlich kein Staat in seinem Inneren allmächtig ist, sondern, dass alle Staaten auf dem Recht konstruiert sind³⁵⁰ – und des Rechts zwingend bedürfen³⁵¹ – gleichzeitig das Recht den Staat in seinen Handlungsmöglichkeiten, d.h. im freien Schluss vom Zweck auf das Mittel für jeden Einzelfall, einschränkt.

α) Rechtliche Schranke der Staatsgewalt: *Jellinek*

Daher scheint die Grundannahme von *Iherings* und *Jellineks* nicht grundsätzlich falsch zu sein. Sie lehnen ab, dass die Staatsgewalt nur faktischen Bindungen unterliegt und nicht rechtlich gebunden sei.

Dabei ist vorab zu bemerken, dass *Jellinek* hier von der Souveränität spricht, die seit jeher ein Rechtsbegriff sei und so auch ihre Grenze im Recht finden müsse³⁵². Wenn hier seine Lehre auf die Staatsgewalt übertragen wird, so folgt dies aus dem Souveränitätsbegriff, als ein die Eigenschaft der Staatsgewalt beschreibender Begriff. Mittelbar trifft also das von *Jellinek* und anderen zur Souveränität Gesagte auch auf die Staatsgewalt zu.

Jedenfalls folgert er, wenn Souveränität bedeute, dass der Staat – aufgrund seiner

³⁴⁹Zusammenfassend, *Meyer/Anschütz*: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 22.

³⁵⁰Auf das gleichzeitige Entstehen von Staat und Recht weist *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132 hin.

³⁵¹Auf diesen zentralen Punkt ist später einzugehen, vgl. insbes. unten S. 113, 148.

³⁵²*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 476.

im menschlichen Willen beruhenden General- und Blankovollmacht – alles könne, so müsse er auch seine eigene Rechtsordnung aufheben und so die Anarchie einführen können. Sich selbst ad absurdum zu führen und jede Ordnung zu verneinen liege im Bereich seiner faktischen Möglichkeit. Allerdings könne ein solcher Zustand nur vorübergehend möglich sein und auch die Geschichte zeige, dass vollkommene Anarchie nie bestanden habe³⁵³. Daraus folge die Notwendigkeit für den Staat eine Rechtsordnung zu haben, sodass er zum Schluss kommt, „nur das Wie, nicht das Ob einer Rechtsordnung liegt in seiner [des Staates; d.Verf.] Macht, seiner rechtlichen, wie seiner faktischen“³⁵⁴.

Rechtstheoretisch betrachtet folgt die Geltung des Rechts aus der zweiseitigen verbindenden Kraft der Norm, wie schon *von Ihering* dargelegt hat³⁵⁵. Er führt aus, nicht nur Zwang und Norm allein seien ausreichend um einen Rechtszustand zu erzeugen, sondern, hierzu sei die zweiseitig bindende Kraft der Norm erforderlich, d.h. dass auch die Staatsgewalt sich an das von ihr erlassene Recht halten muss. Nur dadurch könne der Zufall der Anwendung der Normen überwunden werden. *Jellinek* begründet die zweiseitige Bindung noch genauer. Infolge der Ausübung der Staatsgewalt durch Organe bindet der Staat sich selbst, weil die als Organe dienenden Personen gebunden sind. Sie sollen ihren Organwillen gesetzeskonform gestalten. Der Organwille (als menschlicher Wille) sei staatlicher Wille und begründe daher eine Bindung des Staates an sein Recht³⁵⁶. Dem folgt auch *Nawiasky*, der den Staat als Rechtsordnungssubjekt, als Träger eines in der Rechtsordnung erscheinenden Willens, ebenso wie als Rechtssubjekt, als Summe seiner Organe, die ihrerseits Rechtssubjekte sind, ansieht³⁵⁷.

Jellinek anerkennt, die Möglichkeit faktischer Beschränkungen, die aber nur durch den eigenen Willen des Staates zu rechtlichen – und damit verbindlichen – werden

³⁵³Ein von den Persern geübter Brauch zeugt von einer solchen Möglichkeit. Nach dem Tod eines Königs, sollte für fünf Tage Anarchie herrschen, damit dem Volk wieder in Erinnerung gerufen werde, wie viel wert König und Gesetz seien; vgl. zu diesem Beispiel *Schopenhauer* zitiert von *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, Vorwort 2. Aufl., S. XVII, der treffend anmerkt „[e]ine solche Art der Beweisführung wirkt bestimmt überzeugend, vorausgesetzt dass man sie überlebt“.

³⁵⁴*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 477.

³⁵⁵*von Ihering*: Der Zweck im Recht, S. 278.

³⁵⁶*Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 478.

³⁵⁷*Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 3, 9.

können. Die Souveränität der Staatsgewalt bedeutet demnach die „ausschließliche Fähigkeit des Staates zu rechtlicher Selbstbestimmung und daher Selbstbeschränkung“³⁵⁸. Tatsächliche Vorgänge können also zur rechtlichen Selbstbeschränkung führen, sind aber selbst keine Schranke der Staatsgewalt.

β) Faktische Schranke der Staatsgewalt: *Nawiasky*

In eine ähnliche Richtung tendiert *Nawiasky*³⁵⁹, der aber doch etwas darüber hinaus geht. Er schreibt, die einzigen rechtlich in Betracht kommenden Grenzen seien jene, die sich der Staat durch seinen Willen selbst setze. Tatsächlich „ergeben sich Grenzen für den Staat dort, wo seine effektive Macht endet“. Für diese Grenze der Staatsmacht seien sowohl die tatsächlichen politischen Machtverhältnisse, aber auch „gewisse Grundideen, welche die im Staat maßgebenden Faktoren beherrschen“ von entscheidender Bedeutung³⁶⁰. Damit sind aber nicht die Staatsfundamentalnormen gemeint, die die obersten Rechtssätze des Staates und damit (positiv-)rechtlicher Natur sind³⁶¹, sondern Grundideen und Grundwerte, die sich möglicherweise in den Fundamentalnormen positivieren³⁶².

Diese Grenze „effektiver“ Macht ist aber keine rechtliche und schon gar keine vom Staat selbstbestimmte Grenze, sondern eine heteronome, *faktische* Grenze staatlicher Macht, also ein Bereich in dem es dem Staat nicht mehr gelingen kann seinen Willen durchzusetzen. Dass aus diesem Umstand heraus eine nicht von einem fremden Willen bestimmte rechtliche Selbstbeschränkung folgen kann und in der Regel auch tatsächlich folgt³⁶³ und so zu einer rechtlichen Schranke im Sinne *Jellineks* führt, ändert nichts daran, dass eine faktische Schranke der Staatsgewalt

³⁵⁸ *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 481 f..

³⁵⁹ Auch *Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 45, scheint dem zu folgen, wenn er neben der *Notwendigkeit* der effektiven Staatsgewalt die *Forderung* erhebt, dass die Machtausübung kontrolliert ablaufen müsse.

³⁶⁰ *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 44.

³⁶¹ Ausführlich und den Unterschied zur Grundnormtheorie *Kelsens* herausarbeitend, *Nawiasky*: JZ 1954, 717, 718.

³⁶² Als Staatsfundamentalnorm könnten etwa die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze, sowie – oder auch nur – Art. 79 III GG gelten. Zu den Staatsfundamentalnormen allgemein, *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132.

³⁶³ Das Faktische bildet keine Rechtsquelle des nationalen Rechts. Selbst nach Revolutionen oder Staatsstreichungen können sich die neuen Machthaber nur formeller Rechtsquellen bedienen um neue Gesetze und Verordnungen erlassen; vgl. *Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, § 518.

erreicht ist, die sich nicht nur in personeller und räumlicher, sondern auch in sachlicher Beziehung zeigt³⁶⁴. Die Realisierung der staatlichen Aufgaben stößt hier an die „Grenzen der staatlichen Handlungskapazität, sowie an die Grenzen der staatlichen Möglichkeiten, den Erfolg seiner Bemühungen zu garantieren“³⁶⁵.

In dieselbe Richtung geht auch die Ansicht *von Launs*. Er geht davon aus, dass nicht die Befehlenden die wahren Gesetzgeber, sondern das Gewissen und das Rechtsgefühl der Gehorchenden die „wahre“ Rechtsquelle seien³⁶⁶. Dies ist für die Bildung des Staatswillens sicher richtig, nur bedingt aber im Außenverhältnis zum Normunterworfenen. Zurecht erkennt *von Laun* nämlich, was schon bei *von Ihering* und *Jellinek* anklang. Die physische Macht der – unkörperlichen – Staatsgewalt beruhe auf dem tatsächlichen Gehorsam der ausführenden Organe, stütze sich also auf eine Tatsächlichkeit, „auf die Unleugbarkeit des Gehorsams von gestern und auf die Wahrscheinlichkeit des Gehorsams von morgen“. Auf was sich dieser Gehorsam stütze sei jedoch irrelevant³⁶⁷. Das gilt auch im gewaltenteilten, demokratischen Rechtsstaat, weil zwischen Staat und Gesellschaft zu trennen ist, wenn sich auch beide aus dem Volk schöpfen. Das zeigt sich gerade etwa im Grundsatz der Verfassungstreue als Voraussetzung für die Begründung des Beamtenverhältnisses, die etwa für die Staatsangehörigkeit qua Geburt – ob nach *ius soli* oder *ius sanguinis* – nicht erforderlich ist; selbst der Anarchist ist Staatsangehöriger und Normunterworfener, darf aber niemals Beamter werden.

In diesem Außenverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, bzw. Individuum gilt der Gehorsam nur eingeschränkt. Denn gerade der Anarchist, der die staatlichen Gesetze als für sich nicht verbindlich anerkennt, also keinen freiwilligen Gehorsam leistet, findet sich in der faktischen Macht der Staatsgewalt begrenzt. Wie schon ausgeführt wurde, wird der widerstrebende Wille durch den staatlichen Willen ersetzt. Daher ist es diese Macht, die für den Fall des fehlenden Gehorsams das Recht an Stelle des Gewissens und des Rechtsgefühls durchsetzt und seine Geltung bedingt. Daran zeigt sich, dass der Gehorsam nicht das letzte Mittel zur Rechtsdurchsetzung

³⁶⁴Ausführlich zu diesen drei Begrenzungen, *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 45 ff.

³⁶⁵*Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 111, Rn. 144.

³⁶⁶*von Laun*: Allgemeine Staatslehre, S. 66 f.

³⁶⁷A. a. O., S. 69.

ist, sondern die staatliche Gewalt. Weil diese aber, wie jede Kraft nicht unendlich ist, bildet, wie oben schon grundsätzlich festgestellt wurde, der Ungehorsam einer Masse von Normunterworfenen gegen den Staat (Revolution), oder der Ungehorsam der führenden Staatsorgane „im Inneren“ des Staates (Staatsstreich)³⁶⁸ eine faktische Grenze der Staatsgewalt und damit des Staates, weil es diesem in den genannten Fällen nicht mehr möglich ist, den in der Rechtsordnung verkörperten Willen durchzusetzen.

cc) Eigene Systematisierung der Ansichten

Trotz der vorgenommenen Trennung lässt sich ein gewisser Zusammenhang zwischen den von *Jellinek* und *Nawiasky* vertretenen Ansichten nicht leugnen, der aber auch in der früheren Literatur nicht verkannt wird³⁶⁹. Selbst die Ansicht *Krügers* weist, ergebnisorientiert betrachtet, teils starke Parallelen zu den beiden anderen Ansichten auf, kann aber doch systematisch betrachtet mit ihnen nicht in Verbindung gebracht werden, da hier ein völlig anderer Ansatzpunkt gewählt wird.

α) Schranke und Schrankeschranke der Staatsgewalt

Wie nun hängen die beiden der weiten Tatbestandstheorie zuzuordnenden Schrankentheorien zusammen? Auch hier können zur Verdeutlichung wieder Anleihen in der Grundrechtslehre genommen werden.

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns an den Grundrechten erfolgt nach der Feststellung des grundrechtlichen Schutzbereiches herkömmlicherweise in drei Stufen, nach dem Schema: Eingriff, Schranke, Schrankenschranke. Der Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechtes ist nur in dem Spektrum verfassungsmäßig zulässig, das von der Schranke erfasst wird, sodass die Schranke den Eingriff rechtfertigt. Das gilt aber nur dann, wenn die Schranke selbst verfassungsgemäß ist; der Gesetzgeber unterliegt hier wiederum Beschränkungen, den sog. Schrankenschranken³⁷⁰. Näher ist darauf nicht einzugehen. Es sollte ohnehin vermieden werden, zu nahe an der schematischen Grundlage in der Grundrechtslehre angelehnt

³⁶⁸Zu Revolution und Staatsstreich von *Laun*: Allgemeine Staatslehre, S. 71 ff.

³⁶⁹Vgl. hierzu auch *Meyer/Anschütz*: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 24 f., sowie die dort in Fn. 11 wiedergegebene Übersicht.

³⁷⁰*Pieroth/Schlink*: Staatsrecht II, Grundrechte, S. 48 ff.

zu bleiben. Es lassen sich aber an dieser Grobstruktur Parallelen zu den sich hier andeutenden Strukturen erkennen und aufzeigen.

Die Staatsgewalt zeigt sich – nochmals: nur im Rahmen der weiten Tatbestands-theorien – als ihrem Wesen nach im Staatsgebiet höchste, einzige und vor allem allmächtige Gewalt. Der Tatbestand Staatsgewalt wird also extensiv ausgelegt und umfasst alle Staatsformen. Weil eine derart extensive Auslegung keine Entsprechung in der Realität findet, bedarf diese, vom theoretischen Ansatz her konsequent weite Auslegung der maximalen staatlichen Machtentfaltung einer Begrenzung, also einer Schranke innerhalb derer die Ausübung staatlicher Macht möglich ist. Diese Schranke kann nicht rechtlicher Natur sein. Denn mit dem Staat entsteht erst das Recht³⁷¹, weil naturrechtliche Bindungen nach vorzugswürdiger Ansicht nicht bestehen. Aber selbst wenn sie bestünden, wer sollte den Staat an der Übertretung der naturrechtlichen Bindungen hindern? Ein Hinderungsgrund für die tatsächliche Exekution staatlicher Allmacht kann also nur in einer faktischen Grenze wirksam sein, weil diese es ausschließt, dass staatlicher Wille *überhaupt* durchgesetzt werden kann, oder bei ihrer Übertretung eine dauerhafte Ausübung staatlichen Willens nicht länger möglich sein wird. Die Ausübung von Staatsgewalt ist in einem fest in der Macht eines anderen Staates liegenden Gebietes faktisch ebensowenig (dauerhaft) möglich, wie die Ausübung von Staatsgewalt in einem unzugänglichen Teil des Staats- oder sonstigen Gebietes. Dies führt etwa zu der zutreffenden Ansicht, das Landesinnere der Antarktis könne nicht Staatsgebiet werden, weil es faktisch nicht dauerhaft beherrscht werden könne³⁷². Die fehlende Beherrschbarkeit oder die sonstige Unmöglichkeit der Ausübung staatlicher Macht begrenzt sie nicht schon von der Tatbestandsseite her. Denn selbst, um bei dem genannten Beispiel zu bleiben, im Landesinneren der Antarktis wäre die Staatsgewalt ihrem Wesen nach allmächtig, sie wird nur (hier: auf Null) beschränkt durch die Tatsache der dort vorherrschenden klimatischen Bedingungen, die ihre Ausübung faktisch unmöglich machen. Die faktische Möglichkeit der Herrschaftsausübung ist also Voraussetzung staatlicher Herrschaft und stellt – wo sie grundsätzlich möglich – ist, gleichzeitig ihre Grenze

³⁷¹ *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132.

³⁷² *Graf Vitzthum*: Raum und Umwelt im Völkerrecht, in ders. (Hrsg.): Völkerrecht, S. 445, Rn. 80 mwN.

dar. Die Macht der Staatsgewalt unterliegt primär faktischen Schranken über die hinaus Staatsgewalt unmöglich ausgeübt werden kann. An ihnen muss folglich auch die absolute Herrschaft ihre Grenze finden.

Das schlägt durch auf die Ansicht, die Staatsgewalt unterliege nur rechtlichen Schranken, denen jedoch ein Faktum zugrundeliegen könne. Ein solches kann der Möglichkeit rechtlicher Beschränkung gerade nicht zugrundeliegen, sondern es beschränkt auch sie. Die Herrschaftsausübung kann durch rein faktische Umstände, die eine Grenze staatlicher Machtausübung bilden, grundsätzlich in jeder erdenklichen Weise beschränkt werden, sodass auch die Möglichkeit entfallen kann einen Rechtsakt zu erlassen oder durchzusetzen³⁷³. Daran zeigt sich also die Abhängigkeit des Rechts von der (staatlichen) Macht, die es erzeugt und durchsetzt; wiederum zeigen sich Auswirkungen der Feststellung „die Rechtsordnung kann nicht vor dem Staat da sein, der Staat nicht vor seiner Rechtsordnung“³⁷⁴. Mit einfachen Worten kann daher festgestellt werden, dass die faktische Schranke die rechtliche Schrankenziehung beschränken kann. So schließt sich auch der Kreis zur oben genannten Schrankenschranken-Lehre im Rahmen der allgemeinen Grundrechtslehren. Die faktische Schranke der Staatsgewalt wirkt als *Schrankenschranke* für die Fähigkeit ausschließlicher rechtlicher Selbstbestimmung und -beschränkung. Nur wo und wenn Recht möglich ist, kann der Staat sich rechtlich binden.

Diese rechtliche Bindungen lassen sich unmittelbar aus der faktischen Beschränktheit der Staatsgewalt ableiten. Denn es folgt der Tatsache der zwar theoretischen aber nicht faktischen Allmacht des Staates, dass er seinen Willen zur Reaktion auf eine Lage nicht überall und immer unmittelbar bilden kann. Dadurch entstehen „Lücken in der Staatsgewalt“. Diese auszufüllen *bedarf* es des Rechts. Es ist in der

³⁷³Die Notstandsgesetze des Grundgesetzes bringen das klar zum Ausdruck. Die Art. 115a ff. GG modifizieren insbesondere das Verfahren staatlicher Rechtssetzung und -durchsetzung für den Verteidigungsfall, also dann, wenn zu Befürchten ist, dass aufgrund faktischer Umstände (etwa im Kriegsfall) eine reguläre Verfahrensweise unmöglich wird. Besonders deutlich kommt das schon für die Ausrufung des Verteidigungsfalles selbst zum Ausdruck. Grundsätzlich bedarf es zur Feststellung des Verteidigungsfalles der Mitwirkung von Bundestag und Bundesrat, Art. 115a Abs. 1 GG. Ist das nicht möglich, genügt der Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses, Art. 115a Abs. 2 GG. Immer bedarf es der Verkündung, Art. 115a Abs. 3. Ist auch das nicht möglich, gilt die Fiktion des Art. 115a Abs. 4 Satz 1 und die Verkündung kann zu einem, von der faktischen Möglichkeit abhängigen, Zeitpunkt erfolgen. Das Recht fügt sich den faktischen Gegebenheiten.

³⁷⁴*Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132.

Lage, entsprechend des von *Krüger* zur Verfasstheit Ausgeführten, eine steuernde Funktion für den Staat, aber auch für den Bürger einzunehmen. Das Recht ermöglicht dem Staat die – weitgehende – Ausfüllung derartiger Lücken, indem er auf die Fernwirkung des Rechts vertraut, nämlich darauf, dass die Bürger es achten werden³⁷⁵.

β) Diskussion

Ohne näherer Erläuterung bedürftig zu sein, ergibt sich die Systematik der Lehre *Krügers* schon aus ihrer Darstellung selbst. Sie verlässt sich nicht auf Schranken der Staatsgewalt, sondern schließt ihre aus der General- und Blankovollmacht eigentlich folgende Allmächtigkeit schon vom Tatbestand her aus, indem sie ihn eng fasst. Der Unterschied ergibt sich aus der Rechtsfolge. Denn wenn *Krüger* die unzweckmäßige, private und nicht verfasste Ausübung von Gewalt als staatliche Gewalt ausschließt, so bleibt nur sie als nicht-staatliche Gewalt darzustellen. Das verkennt er selbst nicht, sondern vielmehr folgt es für ihn konsequent aus der Unstaatlichkeit des sich identifizierenden Staates. Hierin liegt der Grund, weshalb diese Ansicht abzulehnen ist. *Krüger* beschränkt schon den Betrachtungshorizont seiner Allgemeinen Staatslehre auf den modernen Staat als in sich rationalen Staat³⁷⁶. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass diese Ansicht die europäische Staats- und Rechtsentwicklung im Wesentlichen zutreffend wiedergibt, doch kann von einer hinreichenden Erklärung des Staates an sich, also jeden Staates, nicht die Rede sein³⁷⁷. Denn die tatbestandsmäßige Ausgrenzung missbrauchter Staatsgewalt, muss, da sie ein wesentliches Element des dreielementaren Staates ist, zur Aberkennung von dessen Staatsqualität führen. Dass dies nicht zweckmäßig ist, wurde bereits oben im Rahmen der Erörterung der Frage, ob der Staat wertgebunden ist, dargelegt³⁷⁸. Auch der despotisch geführte Staat muss Staat bleiben um ihn völkerrechtlich zu binden.

Die Zugrundelegung des Rationalismus, sei es für den modernen Staat oder jede

³⁷⁵Ausführlicher unten S. 113.

³⁷⁶Zu den Zusammenhängen zwischen Rationalismus und modernem Staat, *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 55 ff.

³⁷⁷Selbst dann nicht, wenn man berücksichtigt, dass das Völkerrecht und damit auch der völkerrechtliche Staatsbegriff europäischer Natur ist, *ius publicum europaeum*, *Verdross/Simma*: Universelles Völkerrecht, S. 18 ff., 22.

³⁷⁸Siehe S. 26 ff.

andere menschliche Gemeinschaft, widerspricht natürlichen Gegebenheiten. Denn wenn Rationalismus die Grundlage des modernen Staates sein soll, dann bedeutet dies eine vernunftmäßige und damit eine Grundlage im menschlichen Willen. Daher muss der Freiheit des menschlichen Willens Rechnung getragen werden, der jeden Entschluss fassen kann, sei er vernünftig oder nicht. Die Staatsgewalt, als Emanation des menschlichen Willens, muss folglich ebenso frei sein. Anders gewendet: Wer annimmt, dass der Staat oder die Staatsgewalt wesensmäßig beschränkt ist, muss folglich auch annehmen, dass der menschliche Wille, dem sie entspringt, wesensmäßig beschränkt ist. *Krügers* Ansicht entsprechend wäre also von einem auf rationalen Entscheidungen wesensmäßig beschränkten menschlichen Willen auszugehen. Offenkundig entspricht dem die Wirklichkeit nicht, sodass auch die Zugrundelegung des Rationalismus für das Staatsmodell an der Wirklichkeit vorbeigehen muss. Nur weil der moderne Staat Ergebnis einer rationalen Entwicklung ist, bedeutet das nicht zwangsläufig auch, dass der Staat selbst rationalen Erwägungen folgt.

Dies berücksichtigen die dargestellten weiten Staatsgewalttheorien. Denn sie anerkennen die grundsätzliche Allmacht, die sich aus der General- und Blankovollmacht ergibt, die auf dem unbeschränkbar, freien menschlichen Willen beruht. Ihre Grenze ergibt sich dort, wo der Staat sich selbst in seiner ihm eigenen Handlungsform, dem Recht, Schranken auferlegt – sofern die Ausübung staatlichen Willens insoweit überhaupt faktisch möglich ist. Die weiten Staatsgewalttheorien sind so auch auf den despotischen Staat anwendbar, der rechtlich kaum Grenzen staatlicher Gewaltausübung kennt, faktische Grenzen aber dennoch akzeptieren muss, obwohl rechtlich dahingehend keine Beschränkung bestehen kann.

γ) Zwischenergebnis

Im Ergebnis festzuhalten bleibt, die Vorzugswürdigkeit der weiten Staatsgewalttheorien, unter der Beachtung ihrer gegenseitigen Bedingtheit als Schranke und Schrankenschranke der Staatsgewalt. Die enge Staatsgewalttheorie steht schon im Widerspruch zur Freiheit des menschlichen Willens, obwohl die von *Krüger* getroffenen Feststellungen zumindest die europäische Entwicklung an sich korrekt wiedergeben.

dd) Ergebnis

Das bedeutendste Element der Staatsgewalt liegt in der Möglichkeit des grundsätzlich freien Schlusses vom Zweck auf das Mittel, das nötig ist um auf eine Lage zu reagieren. Der Staatsgewalt ist es entsprechend dem menschlichen Willen virtuell möglich *jeden* Zweck-Mittel-Schluss zu vollziehen, also jede Entscheidung zu treffen, die zur Bewältigung einer bestimmten Lage aus ihrer Sicht erforderlich ist. Obwohl der Grund für die derartige Gestaltung der Staatsgewalt im Rationalismus liegt, muss nicht jede Entscheidung objektiv rational sein – wenn eine objektive Bestimmung der Rationalität in einer komplexen Welt überhaupt möglich sein sollte. Gleichwohl ist es der Staatsgewalt faktisch nicht möglich jede Entscheidung zu treffen, weil sie sowohl durch rechtliche Schranken, die sie sich selbst zieht (mit Ausnahme völkerrechtlicher erga omnes- und *ius cogens*-Bindungen), wie auch durch faktische Schranken, in ihrer Letztentscheidungsmöglichkeit beschränkt wird. Die Gründe für diese Beschränkungen ergeben sich aus den nachfolgenden Strukturelementen der Staatsgewalt, insbesondere dem Gewaltmonopol.

e) *Letztverbindliche* Entscheidung

Einzugehen wäre hier auf die Letztverbindlichkeit der staatlichen Entscheidung. Hierzu ist zuvor die Bedeutung des Rechts für den Staat und die Möglichkeit der Durchsetzung des staatlichen Willens zu erklären, weshalb an geeigneter Stelle hierauf zurückzukommen sein wird³⁷⁹. An dieser Stelle folgt die Darstellung von Oberaufsicht und Gewaltmonopol.

IV. Oberaufsicht der Staatsgewalt, *ius supremae inspectionis***1. Geschichtliche Entwicklung**

In der Staatslehre der Vormärz-Zeit³⁸⁰ setzte sich die Ansicht durch, als wesentlicher Teil der Hoheitsrechte fände sich auch das Recht zur „Oberaufsicht“ oder „höchsten Aufsicht“, eine „Kontrollerlaubnis“ oder eine „oberaufsehende Gewalt“. Durchgesetzt hat sich die Bezeichnung „Oberaufsicht“. Dieses Aufsichtsrecht selbst ist aber älter und geht bis in das 16. Jahrhundert zurück. Damals war es als Teil

³⁷⁹Vgl. unten S. 134 ff.

³⁸⁰*Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, S. 239.

der landesherrlichen Fürsorgepflicht verstanden worden. Neben dem *ius polittiae* bildete das *ius supremae inspectionis* zunächst einen Eingriffstitel in die Verwaltung untergeordneter Verbände, wurde dann zu einem reinen Informationsrecht, bevor es sich in der Zeit des Vormärz zu einem der wesentlichsten Souveränitätsrechte wurde³⁸¹ und erneut eine Eingriffskomponente erlangte³⁸². Seine Bedeutung erhielt es vor allem wegen der Umverteilung staatlicher Aufgabenbereiche, für die eine einfache Gefahrenabwehr nicht mehr ausreichend erschien. Aufgrund des bis dahin nicht gekannten Bevölkerungswachstums und der Industrialisierung, sowie der allmählichen Unterordnung der intermediären Gewalten unter die staatliche Souveränität, wandelten sich auch die staatlichen Aufgaben³⁸³. Vor allem wirtschaftliche Zwänge wurden zum Grundstein der Gewerbefreiheit, die zunächst in Preußen mit dem Gewerbebesteuereidikt von 1810 eingeführt wurde. Der Staat bediente sich hier der Gesellschaft, um einen Gewinn abschöpfen zu können, dessen er aufgrund seiner Neuausrichtung (etwa der Unterhaltung stehender Heere) bedurfte. Angesichts des Schutzzwecks folgerichtig, blieb ihm die Mitverantwortung, die sich aus den der Gesellschaft gewährten Freiheiten ergab. Das Recht zur Oberaufsicht korrespondierte mit einer Pflicht zur Gefahrenabwehr³⁸⁴. Deswegen und weil die vollständige Vergesellschaftung gefürchtet war³⁸⁵, gab der Staat seine Kontrolle, die er zuvor nur repressiv ausgeübt hatte nicht auf, sondern griff auf das vorgefundene Instrument der Oberaufsicht zurück. Die Gefahrenabwehr organisierte er fortan auch über das Instrument des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt³⁸⁶.

Der weite Begriff der Oberaufsicht hielt sich bis ins 19. Jhd. hinein. Er wurzelte im Naturrecht und dem Polizeistaat. Mit deren Untergang musste auch die Oberaufsicht idS. wegfallen. Sie hat sich im Bereich der staatsinternen Organaufsicht

³⁸¹ *Ronellenfitsch*: Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, S. 15 f. mwN.

³⁸² *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III (1998), 109, S. 126.

³⁸³ *Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, S. 237 f.

³⁸⁴ *Suarez*, der das *ius supremae inspectionis* als unmittelbar aus dem Sicherheitszweck des Staates folgend und überrechtlich ansah; Zitat bei *Gröschner*: Das Überwachungsrechtsverhältnis, S. 48.

³⁸⁵ *Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, S. 238.

³⁸⁶ *Ronellenfitsch*: Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, S. 16 f. mwN.

gehalten³⁸⁷. Die oberbeaufsichtigende Funktion – m.E. eher dieses Element der Natur – der Staatsgewalt geriet auch deswegen in Vergessenheit, weil sie zunehmend positiviert in einzelnen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts auftauchte, etwa in Form der Gewerbe- oder Schulaufsicht³⁸⁸. Soweit ersichtlich hat jedoch allein *Ronellenfitsch* dieses Rechtsinstitut im Rahmen der Privatisierung erwähnt³⁸⁹. Die Oberaufsicht kann in der Tat heute wieder gute Dienste leisten, wenn es darum geht die staatsseitig zu bestimmenden Grenzen der Privatisierung aufzuzeigen.

2. Materieller Gehalt des Rechts zur Oberaufsicht

a) Ansicht *Pütters*

Ausführungen zum „Recht der höchsten Aufsicht“ finden sich etwa bei *Pütter*, der es im Zusammenhang mit, modern gesprochen: Datenschutzerwägungen, behandelt. Es geht darum, ob und welche Geschäfte der staatlichen Bestätigung bedürfen. Das Recht der Obrigkeit Einblick in die privaten Schriftsätze zu nehmen, leitet er aus der Oberaufsicht ab, von der er eingangs schreibt, dass fast kein Recht der höchsten Gewalt derart großen Umfang besitze, aber auch keines derart leicht dem Missbrauch unterworfen sei. „So oft es die gemeine Wohlfahrt erfordert, darf nichts, was im Staate ist, der Einsicht der höchsten Gewalt entzogen werden“. Daraus folgt, dass auch dieses Recht die natürliche Freiheit nie über Gebühr einschränken dürfe und besonderen (rechtlichen) Einschränkungen unterliegen müsse³⁹⁰. Später definiert er das Recht der Oberaufsicht so: „Das erste und allgemeinste³⁹¹ Recht der höchsten Gewalt ist, über alles, was zum Staate gehöret und darin vorgehet, so weit es die gemeine Wohlfahrt nöthig und nützlich macht, die höchste Oberaufsicht zu führen“³⁹².

³⁸⁷Dazu *Schoenborn*: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, S. 21 ff.

³⁸⁸*Ronellenfitsch*: Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, S. 16.

³⁸⁹Vgl. etwa *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III (1998), 109, S. 126; *Ronellenfitsch*: Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, S. 15 f.

³⁹⁰*Pütter*: Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht, S. 181 f..

³⁹¹*Schoenborn*: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, S. 3, spricht diesbezüglich von einem „Grundrecht“ des Staates, das nicht in einzelnen Rechtssätzen niedergelegt sei, sondern dem Staat kraft seiner Natur zukomme.

³⁹²*Pütter*: Litteratur des Teutschen Staatsrechts, T. 3, S. 300.

b) Ansicht Hänel

Hundert Jahre später nimmt sich *Hänel* im Rahmen des Kapitels über die Reichsgewalt des Themas der „Beaufsichtigung“ an, womit offenbar die Oberaufsicht gemeint ist. Beaufsichtigung habe nach allgemeinem, wie nach gesetzlichem Sprachgebrauch³⁹³ einen umfassenden und weiten Sinn³⁹⁴. Für den gesetzlichen Sprachgebrauch bezeichne das Wort „die Beobachtung und die Ermittlung der für die Gesellschaft wichtigen Thatbestände und zwar, um zu dem Urteile zu gelangen, ob und welche Thätigkeit des Staates in Gemäßheit der ihm gestellten Aufgaben erforderlich, nothwendig oder zweckmäßig ist. In diesem Sinne richtet sich die Beaufsichtigung auf alle Erscheinungen der Natur und der Gesellschaft, welche Voraussetzungen, Gegenstand oder Mittel der Staatsthätigkeit sein können“³⁹⁵. *Hänel* bezeichnet sie als „Voraussetzung für jede Funktion des Staates“ und als „das unentbehrliche Mittel, um die mannigfachen Rechte [...] zur Geltung zu bringen, welche, [...] dem Staate zur Wahrung der öffentlichen Interessen gewährt sind“³⁹⁶.

c) Ansicht Schoenborns

Gegen diesen weiten Begriff der Aufsicht wendet sich *Schoenborn*, der jedoch ebenfalls zugibt, dass „das Gebiet, auf welchem von einem Eingreifen der staatlichen Beaufsichtigung gesprochen werden muss ein sehr großes, im einzelnen unübersehbares ist“³⁹⁷. Er bemängelt insbesondere, dass das Aufsichtsrecht, wie es *Hänel* beschreibt daran kranke, dass dieser die Etymologie der Aufsicht falsch verstanden habe. So sei „Aufsicht“ zwar die korrekte Übersetzung aber nicht die korrekte Verdeutschung des lateinischen „inspectio“, das offenbar dem Aufsichts begriff von *Pütter* zugrundeliege³⁹⁸. Fraglich ist jedoch, ob zwischen den Ansichten *Pütters* und *Hänels* tatsächlich mehr als nur marginale Unterschiede zu Tage treten. *Schoenborn* unterstellt

³⁹³Zum Sprachgebrauch auch *Schoenborn*: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, S. 10 ff., 33.

³⁹⁴Er erkennt aber auch einen engeren Sinn der Beaufsichtigung der die Organaufsicht umfasse; dazu *Hänel*: Deutsches Staatsrecht, S. 301 f.

³⁹⁵A. a. O., S. 299.

³⁹⁶A. a. O., S. 300.

³⁹⁷*Schoenborn*: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, S. 12 und *passim* zur Oberaufsicht allgemein.

³⁹⁸A. a. O., S. 13 f.

Hänel das Aufsichtsrecht zu weit zu sehen und mit bloßer „Statistik“ zu vermen- gen. Dies ist m.E. nicht zutreffend. Denn auch eine statistische Erhebung kann für die Staatsgewalt von großer Bedeutung³⁹⁹ und Grundlage für das Staatshandeln sein⁴⁰⁰. Außerdem ist kaum ersichtlich, warum nicht auch die Definition *Pütters* statistische Erhebungen umfassen sollte. *Schoenborn* selbst tendiert offenbar dazu auch die Steuerungsmöglichkeit als dem Oberaufsichtsrecht immanent anzusehen⁴⁰¹.

d) Bedeutung der Oberaufsicht als Informationsrecht

Im Ergebnis richtig wird sein, die Oberaufsicht als *reines Informationsrecht* großen Umfangs zu betrachten. Dies fügte sich nahtlos in das heutige Bild der modernen Staatlichkeit. Im modernen Staat gilt dieses Oberaufsichtsrecht als eine „Selbstverständlichkeit und wird ohne weiteres in der Staatsgewalt mitgedacht“⁴⁰². Greift man etwa auf *Krügers* Bild von der General- und Blankovollmacht zurück, die es dem Staat ermögli- che auf Lagen zu reagieren, so hebt sich die Bedeutung des Oberauf- sichtsrechts deutlich hervor. Denn zwingende Voraussetzung um auf eine Lage, in welcher Form auch immer, reagieren zu können, ist es diese Lage überhaupt erst wahrzunehmen und zu deuten. Nur durch den erkennenden Blick auf das ihn Be- treffende versetzt sich der Staat selbst in die Lage ziel- und zweckgerichtet handeln zu können. Ein rationaler Willensentschluss kann nur getroffen werden, wenn ei- ne hinreichende Informationsgrundlage besteht. *Wissen* wird so zur Grundlage des rationalen Staates⁴⁰³, weil staatliches Handeln maßgeblich im Treffen von Entschei- dungen besteht, was Informationen zwingend voraussetzt⁴⁰⁴. Das Recht zur Aufsicht ist zentrales Element der Staatsgewalt zur Erfüllung des institutionellen Zwecks. Fehlt der Staatsgewalt die Einsichtsfähigkeit in „alle Erscheinungen der Natur und

³⁹⁹§ 1 Landesstatistikgesetz BW.

⁴⁰⁰*Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 76, Rn. 109.

⁴⁰¹Dies wird angedeutet, *Schoenborn*: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, S. 13.

⁴⁰²*Böckenförde*: Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 59.

⁴⁰³*Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 76, Rn. 2.

⁴⁰⁴Dazu, mit Ausführungen zur Informationsabhängigkeit der einzelnen Gewalten im gewalten- geteilten Staat, *Stohrer*: Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, S. 51.

der Gesellschaft“, dann kann sie höchstens eine blinde Gewalt sein, der es nicht möglich ist zielgerichtet zu agieren; gleiches gilt selbstverständlich auch dann, wenn die Staatsgewalt sprichwörtlich vor den sich ihr stellenden Problemen „die Augen verschließt“ – in beiden Fällen wäre der Staat sinnlos, weil er offenbar seine Funktion als die institutionalisierte Reaktionsfähigkeit des Volkes eingebüßt hätte. Macht kann von einem solchen Staat jedenfalls nicht mehr ausgehen und die Staatsgewalt ginge unter.

Es bedarf heute keines Eingriffstitels mehr aus dem ursprünglichen Majoritätsregal der Oberaufsicht. Die Staatsgewalt ist ohnehin systembedingt virtuell allmächtig. Es bedarf auch nicht mehr des Titels der Oberaufsicht um das Aufsichtsrecht auszuüben, auch dieses ist eine Selbstverständlichkeit der Staatsgewalt. Es dient aber zur terminologischen Abgrenzung eines Bereichs der Staatsgewalt; ähnlich wie auch die Begriffe Letztentscheidungsbefugnis oder Gewaltmonopol. Das Aufsichtsrecht bildet die informatorische Grundlage des Handelns der Staatsgewalt.

Damit ist der Begriffsteil der „Aufsicht“ erklärt. In Verbindung zu bringen ist er mit der Vorsilbe „Ober“. Diese Vorsilbe bringt zum Ausdruck, dass es sich nicht um irgendein Aufsichtsrecht handelt, sondern um das „höchste“, nämlich das der höchsten Gewalt. Es wird sogleich zu zeigen sein, dass der Staat notwendigerweise die höchste und damit in dieser Hierarchiestufe einzige Gewalt im von ihm beherrschten Gebiet sein muss. Dies setzt voraus, dass der Staat auch die „Deutungshoheit“ der Lage besitzt. Nicht die Ansicht gewisser partikulärer Kräfte der Gesellschaft, sondern seine eigene – die selbstverständlich in gewisser Weise durch die Gesellschaft beeinflusst wird – ist die allein maßgebliche. Insofern kann man, wie *Schmidt-Preuß* vorschlägt von „Entscheidungsautonomie“ des Staates sprechen⁴⁰⁵. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Entscheidung des Staates immer die letztverbindliche sein muss, sei es um über die Lage zu befinden oder eine Reaktion hierauf anzuordnen.

⁴⁰⁵ *Schmidt-Preuß*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 160, 181.

e) Ergebnis

Nach alledem muss die Oberaufsicht der Staatsgewalt als eine Voraussetzung der Aufrechterhaltung der Staatsgewalt angesehen werden. Nur wenn der Staat die Lagen erkennt, denen er sich, primär im Rahmen seines Schutzauftrages, stellen muss, kann er seine Zwecke erfüllen und sich legitimieren.

V. Gewaltmonopol

Gewalt, gerade die physische Gewalt kommt seit jeher in allen menschlichen Gemeinschaften, gleich welcher Größe vor⁴⁰⁶. Es wurde schon ausgeführt, dass die Möglichkeit legitimer physischer Gewaltanwendung nicht selbstverständlich einem einzigen Machtträger, in diesem Fall dem modernen Staat, zustehen muss, sondern dass im gedachten Naturzustand und im tatsächlichen vorstaatlichen Zustand, etwa bezüglich des deutschen Reiches im Mittelalter, von einer Gewaltpluralität auszugehen war. Die Staatsgewalt hat nur, wie sich aus der schon dargestellten geschichtlichen Entwicklung ableiten lässt, am – vorläufigen – Ende im Kampf gegen andere Machthaber obsiegt und sich als der beste Garant für den Schutz von Individualrechten erwiesen⁴⁰⁷. Sie hat sich stets zu bewähren, da weiterhin Bestrebungen bestehen die Staatsgewalt auszuhöhlen und abzuwerten. Der Staat sieht sich in neuerer Zeit wieder einem größeren auf ihn von innen, wie von außen einwirkenden Druck ausgesetzt. Darauf weist *Stolleis* hin. Zum einen leide die äußere Souveränität unter der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (Art. 24 Abs. 1 GG) und die Eingliederung in Systeme kollektiver Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG), zum anderen zeige sich die innere Seite staatlicher Exklusivgewalt durch verstreute gesellschaftliche Willensartikulationen und Gewaltausübungen geschwächt⁴⁰⁸. Letzteres bringt *Stolleis* vor allem in Verbindung mit der Parteistaatlichkeit. Besonders augenfällig wird dies jedoch gerade im nicht parteilichen Gesellschaftsbereich, wo gesellschaftliche Gruppierungen unter Leugnung der Rechtsordnung und des Gewaltmonopols mit Gewalt versuchen politische Ziele durchzusetzen und dieses Vorgehen

⁴⁰⁶ *Weber*: Staatssoziologie, S. 27; *Pernthaler*: Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 128.

⁴⁰⁷ *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X (2005), 27, S. 32.

⁴⁰⁸ *Stolleis*: Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, in: FS Kassimatis, S. 576.

auch noch für rechtens zu erachten⁴⁰⁹. Erstaunlich hoch ist, nebenbei bemerkt, die Anzahl der jungen Juristen, die ein solches Vorgehen zumindest tendenziell gut heißen⁴¹⁰. Nicht verkannt werden darf zugleich, dass es teils der Staat selbst ist, der ungerechtfertigt die Untergrabung der ihm allein zustehenden Gewaltausübung zumindest billigt, wenn nicht sogar fördert. Als besonders drastisches Beispiel sei das staatlicherseits anerkannte, angeblich aus Art. 9 Abs. 3 GG herauszulesende⁴¹¹, „Rechts“-Institut des Arbeitskampfes genannt⁴¹².

Darum ist es von besonderer Wichtigkeit auf die momentan vorgefundene und weiterhin zu fordernde Gewaltmonopolisierung hinzuweisen. Der Begriff des Gewaltmonopols geht zurück auf den Soziologen *Max Weber*. Der Staat war seiner Ansicht nach „diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes [...] das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht“; man pflegt kurz vom „Gewaltmonopol“ zu sprechen. Es ist also ein allgemeines, von der konkreten Staatsform unabhängiges Element der Staatlichkeit⁴¹³ und ist geradezu zum Schlüsselbegriff der Staatlichkeit geworden; es ist die Entstehungsbedingung des modernen Staates überhaupt⁴¹⁴. Seine eigentliche Bedeutung ergibt sich schon aus dem obigen Staats- und Staatsgewaltbegriff. Die Staatsgewalt ist einheitlich und im Staatsgebiet einzig. Einzigkeit bedeutet, dass keine zweite, ne-

⁴⁰⁹Vgl. insbesondere die zurecht harschen Kritiken von *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 32 ff.; *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 53 ff. und *Scholz*: Rechtsfrieden und Gewaltmonopol, in Rill/ders. (Hrsg.): Der Rechtsstaat und seine Feinde, S. 72 ff. Siehe zudem bereits oben, S. 6

⁴¹⁰Etwa 40 % der jungen Juristen (1982), und 26 % der Bevölkerung insgesamt (1980), so *Wassermann*: Ist der Rechtsstaat noch zu retten? Zur Krise des Rechtsbewusstseins in unserer Zeit, S. 16 f.,mwN. Nach der neuesten Erhebung in, Der Spiegel Nr. 17 v. 21.04.2008, S. 71, heißen Gewalt zur Erreichung eines politischen Ziels 14 bzw. 24 % der Frauen/Männer als gegen Sachen gerichtet für zulässig; 3 bzw. 7 % der Frauen/Männer bei Gewalt gegen Personen.

⁴¹¹*Löwer* in: v. Münch/Kunig: Grundgesetz-Kommentar, Art. 9 Rn. 80; BVerfGE 84, 212, 225 (st. Rspr.).

⁴¹²In dieselbe Richtungweisend auch *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 27; *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 518 f. Insgesamt zum staatsrechtlichen Problem intermediärer Gewalten im Bereich des Arbeitsrechts, *Picker*: NZA 2002, 761 ff.

⁴¹³*Stolleis*: Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, in: FS Kassimatis, S. 583. Das gilt gerade auch für die utopischen Staatsformen wie den Marxismus, der auf Herrschaftsfreiheit angelegt sein soll, letztlich aber in Unterdrückung und Diktatur enden muss, vgl. zu diesem Problem *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 201 ff., 203.

⁴¹⁴*Calliess*: ZRP 2002, 1, 3.

ben einer anderen stehende General- und Blankovollmacht sich innerhalb desselben Gebietes befinden kann und darf, weil dies offensichtlich ein Widerspruch in sich wäre⁴¹⁵. Dies betont schon *von Seydel*, der ausführt zwei höchste Willen hängen sich gegeneinander auf, verneinten sich und seien folglich begrifflich unmöglich⁴¹⁶.

Damit ist der Begriffsteil der Monopolisierung beschrieben. Wichtiger jedoch ist, was unter der *Gewalt* der Staatsgewalt verstanden wird. Im Rahmen der Erörterung des Gewaltbegriffs, zeigten sich bereits Hinweise für die Gründe, der Gewaltmonopolisierung.

1. Natur der Staatsgewalt

Krüger, der die Natur der Staatsgewalt nur im Schluss vom Zweck auf das Mittel erkennt, fasst die Staatsgewalt nicht als das Mittel, also etwa physische oder geistige Gewalt auf, sondern bezeichnet sie als die Fähigkeit sich das Mittel zu verschaffen und einzusetzen, um den Zweck durchzusetzen. Die Staatsgewalt ist ihrer Natur nach daher ein „geistiges Gebilde“⁴¹⁷, die „Willensmacht eines persönlich gedachten sittlichen Organismus“ als die „sittliche Gesamtkraft des selbstbewussten Volkes“⁴¹⁸. Die Staatsgewalt ist ihrerseits als solches geistiges Sein dreigliedrig. Sie umfasst das Bewusstsein des Trägers zum Vollzug des Schlusses vom Zweck auf das Mittel, sowie die Gewissheit des Trägers Helfer für die Durchsetzung des gewählten Mittels zu finden. Und schließlich die Sicherheit der Akzeptanz durch den Mitteladressaten. Daraus folgt, dass sie nicht nur ein psychologisches Moment seitens des Trägers, sondern auch ein entsprechendes Verhalten auf der Gegenseite voraussetzt. Dieses Moment auf Seiten des „Opfers“ sei der Gehorsam, bzw. die Bereitschaft dazu, sodass es letztendlich der Gehorsam der Vielen sei, auf dem die Gewalt des Einen beruhe⁴¹⁹.

Die Fähigkeit der Durchsetzung des Zweck-Mittel-Schlusses, wie *Krüger* dies beschreibt lässt sich leichter darstellen als die Fähigkeit das Verhalten der Staatsbürger so zu steuern, dass sie ihr Verhalten an das vom Staat gewollte, also den gewon-

⁴¹⁵ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 848.

⁴¹⁶ *von Seydel*: Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, S. 5.

⁴¹⁷ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 837 f.

⁴¹⁸ *von Gerber*: Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 19.

⁴¹⁹ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 838; *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 25.

nen Schluss, anpassen, d.h. ihr Verhalten dem Willen des Staates gleichgeschaltet wird⁴²⁰. Die Staatsmacht zeigt sich demnach in der Möglichkeit des Staates den Bürger in seinem Willen zu beeinflussen⁴²¹. *Weber*, für den jeder Staat auf Gewalt gegründet ist⁴²², definiert Macht und damit auch Staatsmacht, als „jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den Willen auch gegen den Widerstrebenden durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“⁴²³. Die Staatsgewalt ist die Fähigkeit „zu leiten, zu befehlen und zu zwingen“⁴²⁴, kurz, zu herrschen⁴²⁵.

2. Modalitäten der Gewalt

a) Differenzierung

Die Staatsgewalt kann als tatsächliche oder rechtliche Gewalt in Erscheinung treten⁴²⁶. Das augenfälligste Merkmal ist die bereits erwähnte physische Gewalt, deren stärkste Form die Tötung eines Menschen ist⁴²⁷. Daneben kommen auch andere Formen staatlicher Gewaltanwendung in Betracht, wie etwa die Autorität, die Herrschaft kraft geistiger Beeinflussung oder, besonders wichtig, Befehl und (unkörperlicher) Zwang. Bei diesen „milden“ Formen der Gewalt besteht die Gewaltwirkung letztlich in der Gleichschaltung des staatlichen Willens mit dem Willen des Bürgers⁴²⁸. Diese Formen der Gewalt sind im täglichen Leben von besonders großer Relevanz, da die physische Gewalt nur als ultima ratio zur Verfügung steht und sich die Befolgung des Rechts in der Regel, insbesondere in der Staatsform der Demo-

⁴²⁰Im Anschluss an *Weber*; *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 160.

⁴²¹Für physische Willensbeeinflussung ist eine Monopolisierung leicht zu erreichen, nicht aber bei einer psychischen; *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 513; dazu auch sogleich.

⁴²²*Weber*: Staatssoziologie, S. 27.

⁴²³*Weber*: Methodologische Schriften, S. 336; dem folgend *Hofmann*: Die Wiederkehr der Gewalt, in: *Der Staat* 44 [2005], 254, sowie *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 160. Das Element des Willens herauskürzend und die Macht nur als „Chance, gewisse Ereignisabläufe steuern zu können“, *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 298.

⁴²⁴*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 849.

⁴²⁵*von Gerber*: Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 21.

⁴²⁶*Schneider* in: *Dagtolou*: Ev. Staatslexikon, „Souveränität“, Sp. 1123.

⁴²⁷*Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 24.

⁴²⁸Ausführlich *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 160; außerdem *Stolleis*: Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, in: FS Kassimatis, S. 574, der darauf hinweist, dass das Monopol physischer Gewalt im Feld der weichen Lenkungsmöglichkeiten zu verschwinden droht und beginnt an Akzeptanz zu verlieren.

kratie, auf die konsensuale Einsicht der Normunterworfenen stützt, dass das Gesetz befolgt werden müsse, weil es Gesetz ist⁴²⁹. Daher kann der Staat üblicherweise seiner friedensstiftenden Funktion auch ohne die Ausübung physischer Gewalt nachkommen⁴³⁰. Wichtiger ist die bloße Möglichkeit der legalen Androhung von Gewalt, der üblicherweise ausreicht, um die Befolgung des Gesetzes zu gewährleisten⁴³¹. Dieser Gehorsam ist es, der die Gewalt überhaupt erst ermöglicht. Die Staatsgewalt darf nicht mit reiner Gewalt oder Macht als ein Gegensatz zum Recht verstanden werden. Das ergibt sich schon daraus, dass der Staat als Träger der Rechtsordnung hieran selbst gebunden ist⁴³². Nicht nur der Inhalt, sondern schon die Existenz des Rechts ist es, was Art und Umfang der Gewaltausübung beschränkt⁴³³; die Legitimität folgt laut *Isensee* aus der Autorität des Rechts und der freien Zustimmung der Bürger⁴³⁴.

Im modernen Staat ist die Gewalt des Staates nicht nur rechtlich gebundene einfache Macht, sondern eine Rechtsmacht im Sinne einer rechtlichen Befugnis⁴³⁵. Im Gegensatz zum Opfer eines Überfalles in dem der Räuber, für den Fall der Herausgabe von Wertsachen die Unterlassung des angedrohten Übels ankündigt, kann sich der Gewaltadressat staatlicher Gewalt aufgrund dessen Rechtsbindung darauf verlassen, dass er im Falle des befohlenen Verhaltens nicht in seinen Rechtsgütern (über das angedrohte Maß, im Fall eines zur Strafe führenden Verhaltens) verletzt wird. Der Räuber ist nicht an das von ihm gesetzte „Recht“ gebunden und kann sein Opfer, trotz dessen befehlmäßigen Verhaltens, bspw. zur Verdeckung der Straftat ermorden. Der Normadressat staatlichen Rechts wird daher, freiwillig die Norm befolgen oder sich der Gewalt beugen, weil er weiss, dass für den Fall der Befolgung eine

⁴²⁹ *Hegel*, zitiert bei *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 839.

⁴³⁰ *Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 44.

⁴³¹ *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 25.

⁴³² Zur zweiseitigen Bindung als Charaktereigenschaft des Rechts, s. *von Ihering*: Der Zweck im Recht, S. 278 f.

⁴³³ *Küchenhoff/Küchenhoff*: Allgemeine Staatslehre, S. 79; *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29.

⁴³⁴ *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 25.

⁴³⁵ *Küchenhoff/Küchenhoff*: Allgemeine Staatslehre, S. 79.

Beeinträchtigung seiner Interessen nicht erfolgt⁴³⁶. Aus Staatsräson ist es also besser sich auf die Wirksamkeit der Autorität (subsidiäre Anwendung von physischer Gewalt) zu verlassen und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu gewährleisten, sodass sich eine mehr oder minder freiwillige Befolgung positiven Rechts einstellen kann⁴³⁷.

Andererseits zeigt sich die Wichtigkeit des staatlichen Vorbehalts der als ultima ratio anzuwendenden physischen Gewalt, weil nur mit einem Rechtsgutseingriff erforderlichenfalls ein Ausschluss des Willens des Widerstrebenden durchgesetzt werden kann. Es ist gerade die fehlende Rechtsgutsbeeinträchtigung⁴³⁸ für die Täter, die den Terroranschlag so gefährlich macht. Denn den Gewaltadressaten kommt es nicht auf die Beeinträchtigung ihrer Rechtsgüter, noch nicht einmal auf das des Lebens, an. Sie erleiden folglich keinen Nachteil in Form einer Güterentziehung, wenn sie der staatlichen Rechtsordnung nicht gehorchen – wohl aber subjektiv einen Vorteil, wenn sie ihrer pseudo-religiösen Vorstellung folgen⁴³⁹. Dass in einem solchen Fall extremer und unumstößlicher Gehorsamsverweigerung die schon beschriebenen „milden“, geistigen Gewaltmittel wirkungslos sein müssen, liegt auf der Hand.

Es muss, weil das Wesen des Staates auf das Kriterium der „Existenz“ gerichtet ist⁴⁴⁰, noch ein anderes Mittel zur Verfügung stehen, um den staatlichen Willen um- und durchzusetzen. Dieses Mittel ist die schon erwähnte physische Gewalt. Ihre praktische Anwendbarkeit ist auf eben solche Fälle gerichtet, in denen der Willen des Bürgers nicht gleichgeschaltet werden kann, weil der Bürger entweder nicht Empfänger des den staatlichen Willens übermittelnden Befehls sein kann, etwa wenn ein Polizeipflichtiger abkömmlich ist, oder wenn der Bürger stur auf seinem Willen beharrt und sich im Wege geistiger Willensbeeinflussung nicht zur Willensanpassung entschließt. In diesen Fällen bleibt der Wille des sich widersetzenden Bürgers außer Betracht. Er wird nicht dem staatlichen Willen gleichgeschaltet, sondern ersetzt. Dieses staatliche Verhalten äußert sich als Ersatzvornahme oder in Form der vis ab-

⁴³⁶ Wengler: Völkerrecht, S. 18 f.

⁴³⁷ Zu den rechtssoziologischen Grundlagen unten S. 106 ff. (Wirkungswahrscheinlichkeit der Norm; Rechtssicherheit).

⁴³⁸ Ähnlich Götz: Innere Sicherheit, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 85, Rn. 15.

⁴³⁹ Zum Problem der vom Täter erstrebten Strafdurchsetzung auch Herzog: Allgemeine Staatslehre, S. 162 zu Märtyrern, oder zur Straftatbegehung Obdachloser um im Gefängnis überwintern zu können.

⁴⁴⁰ Krüger: Allgemeine Staatslehre, S. 514.

soulta.⁴⁴¹ Ferner kann physischer Zwang auch als stärkste Form der vis compulsiva angewandt werden, denkt man etwa an die Möglichkeit der Beugehaft.

Im Folgenden soll an dieser Stelle⁴⁴² allein auf die physische Gewalt eingegangen werden. Diese stellt das Spezifische der Staatsgewalt dar, während andere, weichere Formen des Zwangs, wie etwa die Autorität⁴⁴³, auch gesellschaftlichen Gruppen legitimerweise zustehen können, ohne dass deswegen das Gewaltmonopol beeinträchtigt würde. Gleichwohl sind es gerade die weichen Formen des Zwangs, die für den Staat von besonderer Bedeutung sind, weil er nicht jeden Willensentschluss mit Gewalt durchsetzen kann⁴⁴⁴. Ihre Wirkung beruht aber zu einem guten Teil auf der Furcht der Adressaten des staatlichen Willensaktes, Opfer der staatlichen physischen Gewalt zu werden. Die Möglichkeit legitimer Anwendung physischer Gewalt ist Kern und Voraussetzung der umfassenden Staatsgewalt.

b) Berechtigung zu physischer Gewalt als Spezifikum der Staatsgewalt

Der Staatsgewalt eigentümlich ist, wie wir oben gesehen haben, nicht das Mittel, sondern die Berechtigung zur Mittelauswahl und -durchsetzung⁴⁴⁵. Dazu gehört insbesondere die Anwendung des Mittels des physischen, unwiderstehlichen Zwanges⁴⁴⁶, der als ein Sein zum Sollen wird, indem er in den Rechtsfolgeteil der Norm, also des Sollens aufgenommen wird⁴⁴⁷. Die Exklusivität des Staates bei der legitimen Anwendung von physischer Gewalt folgt aus der Tatsache, dass die Rechtsordnung immer zwangsbewehrt sein muss, also ihr Träger Zwang, auch physischen, ausüben können muss. Allein das Bestehen einer Rechtsordnung zeitigt noch nicht die Wirkung ihrer

⁴⁴¹Dazu *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 160 f.

⁴⁴²Automatisch gelangt man über die faktische Beschränktheit der Staatsgewalt, zu dem Bedürfnis der loyalen Rechtsbefolgung, die durch weiche Formen des Zwangs gesteigert werden kann. Hierauf wird weiter unten noch ausführlich eingegangen werden; vgl. etwa S. 106 ff., 148.

⁴⁴³Zu Befehl und Zwang, sowie zur Autorität, *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 838 ff.; zur "Herrschaftsausübung durch geistigen Einfluss", *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 167 ff.; sowie *Pernthaler*: Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 131 ff.

⁴⁴⁴*Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 25.

⁴⁴⁵*Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 45.

⁴⁴⁶*Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 24; *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 31.

⁴⁴⁷*Koja*: Allgemeine Staatslehre, S. 21; zur Normierung eines Seins, *Doehring*: Allgemeine Staatslehre, S. 13, Rn. 22.

Beachtung; denn es sind „Zwangsregeln immer noch die stärksten Klammern eines menschlichen Verbandes“⁴⁴⁸, was gerade für die Demokratie in erhöhtem Maße gilt und sie ein Staat besonders strenger Ordnung sein muss⁴⁴⁹. Physischer Zwang kann auftreten in Form der Zwangsvollstreckung durch Verwaltung oder die Rechtspflege, oder nach außen gerichtet⁴⁵⁰, durch die Streitkräfte. Die wichtigste Eigenschaft der Gewalt physischen Zwanges ist seine Unwiderstehlichkeit⁴⁵¹. Unwiderstehlichkeit bedeutet demnach die Anwendung Gewalt in Form von vis absoluta oder vis compulsiva gegen Personen u.U. auch durch die Einwirkung auf Sachen⁴⁵². Es ist eine faktische Durchsetzungsfähigkeit⁴⁵³. Ob eine Gewalt unwiderstehlich ist, kann sich nicht aus Sicht des Gewaltanwenders bestimmen, sondern ergibt sich aus der Opferperspektive. Dann bedeutet dies, entsprechend der Wirkung als vis absoluta, bzw. compulsiva, einen Druck, dem sich der Betroffene auf keine Weise mehr entziehen kann⁴⁵⁴.

Dass die Unwiderstehlichkeit der Gewalt nicht exklusiv bestehen kann, ergibt sich schon aus ihrer Natur, weil es auf die Opfersicht ankommt – welche Gewalt als unwiderstehlich angesehen wird, ist individuell verschieden. Das ist gerade im Bereich der psychischen Willensbeeinflussung von Bedeutung. Im Bereich absoluter Gewalt kommt es darauf aber nicht an. Dennoch zeigt sich, dass es von größter Wichtigkeit ist die absolute physische Gewaltaübung zu konzentrieren, will man von einem kriegerischen Naturzustand wegkommen. Dafür braucht man nicht, wie *Krüger*, zu fordern, dass dies nur eine Macht sein könne, die die größtmögliche Gewähr für die Richtigkeit ihrer Willenssetzungs- und Willensdurchsetzungsakten bieten kann⁴⁵⁵. Es genügt festzustellen, dass diese Macht seit jeher der menschliche Herrschaftsverband, heute in Form des Staates, ist⁴⁵⁶. Dieser ist, wie *Krüger* sehr richtig zusam-

⁴⁴⁸So zurecht *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 31. Es ist aber zu präzisieren, dass nicht die Zwangsregeln die Klammern bilden, sondern ihre faktische Durchsetzung, für den Fall des Verstoßes.

⁴⁴⁹Ausführlich *Leisner*: Demokratie, S. 60 ff.

⁴⁵⁰Beachte: Art. 87 a GG

⁴⁵¹*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 839 f; sowie S. 513 ff.

⁴⁵²*Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 24.

⁴⁵³*Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 180.

⁴⁵⁴*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 514.

⁴⁵⁵A. a. O., S. 515, 850.

⁴⁵⁶Dass es aus völkerrechtlicher Sicht unerheblich ist wie sich die Machthaber etablieren konnten

menfasst „die institutionalisierte Reaktionsfähigkeit eines Volkes“⁴⁵⁷. Die legitime Möglichkeit physischer Gewaltanwendung gegenüber jedermann macht die Staatsgewalt zu einem für die Aufrechterhaltung von Frieden und Sicherheit unerlässlichen Werkzeug.

3. Wirkungswahrscheinlichkeit der Norm: *Geiger*

Diese Darstellung muss das Ergebnis zwingend vorwegnehmen. Entscheidend ist aber, wie so oft, nicht das Ergebnis, sondern seine Begründung. Auch die unzweifelhaft zutreffende Aussage von *Seydels*, es könne nur einen höchsten Willen in einem Gebiet geben, bietet allenfalls eine unvollständige, rein logische, Erklärung, nicht aber die tiefergehende Begründung des Erfordernisses der Einzigkeit der Staatsgewalt, also des Gewaltmonopols. Dies ergibt sich schon daraus, dass allgemein vernachlässigt zu werden scheint, dass das Gewaltmonopol kein Rechtsbegriff, sondern ein soziologischer Begriff ist, was dann ebenso für die Staatsgewalt gelten muss. Der Staat ist eine Institution, die nach heutigem Rechtsverständnis als eigene Rechtsperson aufgefasst wird deren Steuerungsmöglichkeit das Recht bildet.

Das Erfordernis des Gewaltmonopols des Staates kann daher nicht allein juristisch oder logisch begründet werden, sondern hat (rechts-)soziologische und historische Aspekte mitzubersichtigen. Auf letzteres wird regelmäßig bei der Behandlung des Themas eingegangen⁴⁵⁸. Auf die (rechts-)soziologische Komponente des Erfordernisses zur Gewaltmonopolisierung soll an dieser Stelle eingegangen werden.

Es erscheint zunächst nicht klar, weshalb der Staat, der seinem Wesen nach allmächtig ist, vom Gehorsam des Gewaltadressaten abhängig sein sollte. Folgerichtig erscheint daher die oben zugrundegelegte Annahme, der Staat sei deshalb mit allmächtiger Staatsgewalt ausgestattet, dass er sich gegen den Willen des Gewaltunterworfenen im Falle des Widerstrebens notfalls mit physischer Gewalt durchsetzen

und wie die Macht ausgeübt wird, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Hier geht es um die Innenansicht im Verhältnis Staat-Bürger, während es dem Völkerrecht um seine möglichst effiziente Umsetzung gehen muss, für die grundsätzlich die eine so gut wie die andere Art der Staatsgewalt ist, solange sie sich nach innen behaupten kann und so ein Staat und damit ein Subjekt im völkerrechtlichen Sinne vorliegt.

⁴⁵⁷ *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 519.

⁴⁵⁸ Vgl. hier die Ausführungen zum Sicherheitszweck des Staates, sowie die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Staatsgewalt, sowie die dortigen Nachweise.

könne, indem er den Willen ersetze.

Das ist jedoch nur bei oberflächlicher Betrachtung als ein Widerspruch. Hierzu sind vor allem rechtssoziologische Belange zu berücksichtigen, allen voran die Frage, weshalb es überhaupt normativer Regelungen bedarf. Zunächst ist davon auszugehen, dass soziale Verhaltensmuster im Menschen nicht in so hohem Maße angelegt sind, dass sich soziales Verhalten in komplexen Gemeinschaften an diesen Grundmustern orientieren könnte. Daher bildeten sich für das Zusammenleben komplexere als die angeborenen intuitiven Verhaltensmuster, die zunächst in Bräuchen, Sitten und moralischen Maßstäben bestanden haben mögen. Jedoch ist in allgemeiner Betrachtung offenkundig, dass auch diese, nicht mit verbindlicher Wirkung ausgestatteten, Regelungen nicht ausreichen um Orientierung im Zusammenleben der Menschen herzustellen. Hierfür zeigte sich, dass es einer, den Menschen übergeordneten Herrschaft bedurfte, die verbindliche Normen aufstellte und diese durchsetzte⁴⁵⁹. Erst die dauerhafte Durchsetzung dieser verbindlichen Normen konnte zu Sicherheit – im individuellen, wie im kollektiven Sinne – führen.

Wie bereits im Rahmen der Begriffsdefinitionen von Frieden und Sicherheit dargelegt wurde, besteht eine synallagmatische Beziehung zwischen Individual- und Kollektivsicherheit im eigentlichen, existenziellen Sinne. Dies gründet sich aber in einer tiefer liegenden Ebene der Sicherheit, nämlich der Rechts- oder, allgemeiner gesprochen, der Ordnungssicherheit⁴⁶⁰, die zu gewährleisten der Staat erst erforderlich wurde.

Theodor Geiger sieht in der Frage nach der Ordnungssicherheit auch die Nagelprobe für die Entscheidung, ob ein angeordnetes Verhalten eine Norm⁴⁶¹ sei oder nur ein (unverbindlicher) Brauch, also eine soziale Gewohnheit. Denn die Ordnungssicherheit ergibt sich aus der Reaktion des Gesellschaftsintegrats (hier: des Staates)

⁴⁵⁹ *Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 122 f.

⁴⁶⁰ Letzterer Begriff zurückgehend auf *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 63.

⁴⁶¹ *Geiger* unterscheidet zwischen dem sprachlichen Ausdruck der Norm und der Norm selbst. Ersteres nennt er Normsatz oder Verbalnorm, letzteres (subsistente) Norm. Die Realordnung besteht immer aus subsistenten Normen. Es lassen sich dann zwei Arten der Ordnung finden. Einmal kann die Realordnung die primäre sein, einmal kann – etwa im Falle von Satzungen im weitesten Sinne, also auch bei der staatlichen Rechtsordnung – der Normsatz (Rechtssatz) primär sein und aus ihm die Realordnung folgen; A. a. O., S. 20 f; außerdem *Braun*: Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 363 f.

im Falle des Verstoßes gegen ein Gebot, weil bis zum Bruch der Norm, bzw. der Reaktion letztlich nicht klar sei, welche der beiden Möglichkeiten erfüllt sei. Seiner Ansicht nach zeigt sich der Normcharakter also an der Reaktion auf ihre Zuwiderhandlung⁴⁶². Der Unterschied zwischen Norm im Rechtssinne und Sitte, Brauch oder Konvention liege im Charakter der Reaktion. Während in den letztgenannten Fällen eine nur gesellschaftliche, indifferente und nicht organisierte Reaktion erfolge, sei diese beim Bruch einer Rechtsnorm organisiert und genau bestimmt⁴⁶³, denn die Reaktion erfolge nicht willkürlich und ungebunden, sondern sei Sanktion im Sinne des Inhalts der subsistenten Norm, die auch die Reaktion umfasse⁴⁶⁴.

Die Rechtssicherheit bildet einen besonderen Fall der Ordnungssicherheit⁴⁶⁵. Diese Rechts- oder Ordnungssicherheit besteht aus zwei *sich gegenseitig bedingenden* Elementen, die, um Rechtssicherheit zu erzeugen, kumulativ vorliegen müssen. *Geiger* spricht denn auch von „zwei Dimensionen“ der Ordnungssicherheit. Die Ordnungssicherheit ist für das Zusammenleben erforderlich, weil sie verhaltenssteuernd wirkt und damit Orientierung für das eigene Verhalten – im rechtlichen, wie im sozialen Sinne – bietet, worauf schon eben eingegangen wurde⁴⁶⁶.

Die beiden Elemente dieser Sicherheit lassen sich beschreiben als die *Ordnungsgewissheit* und die *Realisierungssicherheit* – diese Begriffe wurden unter den von *Geiger* angebotenen ausgewählt, weil sie am ehesten der *rechtlichen* Betrachtung entsprechen; die Ausführungen *Geigers* sind hier ebenfalls entsprechend angepasst. Die *Ordnungsgewissheit* bedeutet die Sicherheit des Normadressaten in der für ihn geltenden Ordnung. Er muss wissen, was „in der Ordnung ist“, d.h. er muss wissen, welches Verhalten er von anderen erwarten darf und welches er selbst an den Tag legen muss, um nicht dem Risiko der Sanktion ausgesetzt zu sein⁴⁶⁷. Diese Gewissheit kann erschüttert sein, wenn Gesetze in einer Art erlassen werden, die es dem

⁴⁶² *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 62 f.; zum Brauch s. a. a. O., S. 57.

⁴⁶³ *Nawiasky*: Allgemeine Rechtslehre, S. 9.

⁴⁶⁴ Reaktion bezeichnet hier die gesellschaftliche Reaktion auf ein Verhalten, während Sanktion die staatliche organisierte Reaktion bedeutet; siehe *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 91, 99 ff.

⁴⁶⁵ So auch bei *Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 123.

⁴⁶⁶ Hierzu, sowie zum Nachfolgenden, insbes. *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 63 ff.; sowie zusammenfassend *Zippelius*: Rechtsphilosophie, S. 123; ebenso *Rüthers*: Rechtstheorie, S. 59.

⁴⁶⁷ Ähnlich BVerfGE 21, 73, 79 aber bezüglich des Rechtsstaatsprinzips.

Adressaten nicht ermöglicht, sich daran zu orientieren, etwa weil sie zu allgemein oder wesentlich zu detailliert sind oder in zu schneller Folge geändert werden⁴⁶⁸ – die aktuelle Gesetzgebung sowohl der EU, wie auch des nationalen Gesetzgebers⁴⁶⁹ bestätigt dies.

Wohl noch wichtiger ist die zweite Komponente der Rechtssicherheit: die *Realisierungssicherheit*. Dieser Sicherheitsbegriff ist subjektiver Natur. Für die Normgeltung wird vorausgesetzt, dass für ein nicht normgerechtes Verhalten eine entsprechend für den Rechtsbrecher nachteilige Reaktion erfolgt. Dies kann aber nicht allgemein gelten, weil längst nicht jeder Normverstoß, aus welchen Gründen auch immer, entdeckt wird oder die nachteilige, staatliche Reaktion tatsächlich erfolgt. Für jede Norm kann also berechnet werden, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich die Norm entweder aufgrund von Befolgung oder aufgrund der Reaktion auf die Nichtbefolgung als wirksam erweist, mithin die faktische Wirkungschance der rechtlich unbedingt verbindlichen Norm. Die Wirkungswahrscheinlichkeit ist der Quotient aus der Anzahl der Fälle, in denen sich die Norm als wirksam erweist im Verhältnis zu allen Fällen, also auch denen in denen sie sich nicht als wirksam erweist⁴⁷⁰. Die Realisierungssicherheit nun betrifft nicht die objektive Wirkungswahrscheinlichkeit der Norm, sondern stellt ihre „psychische Entsprechung“ dar⁴⁷¹, d.h. die geistige Reflektion über die Wirkungswahrscheinlichkeit. Das muss in der zumindest unterbewusst realisierten Erkenntnis der Normunterworfenen münden, auf die Wirkungswahrscheinlichkeit einer Norm faktischen Einfluss zu haben – und zwar durch Akzeptanz oder Inakzeptanz ihrer Verbindlichkeit und ein entsprechendes Verhalten.

Aber nicht nur der Normadressat vergegenwärtigt sich die Wirkungswahrscheinlichkeit, sondern auch der Staat. Denn auch er kann – absichtlich oder unbewusst – Einfluss auf die Wirkungswahrscheinlichkeit nehmen, in dem Maße, wie er das sanktionierte Verhalten einfordert, oder, bei Missachtung der Norm, ein angedrohtes nachteiliges Verhalten gegenüber dem Normmissachtenden zeigt.

Die Rechtssicherheit also schwankt in dem Maße, wie die Ordnungsgewissheit und

⁴⁶⁸ Geiger: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 64.

⁴⁶⁹ Vgl. etwa zur Steuergesetzgebung und -rechtsprechung, *Sangmeister*: NJW 2008, 2630, ff.

⁴⁷⁰ Geiger: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 30 ff.

⁴⁷¹ A. a. O., S. 65.

die Realisierungssicherheit zu- oder abnehmen, wobei zwischen diesen ein wechselwirkendes Verhältnis besteht. Reduziert sich daher eines dieser Elemente auf Null, so kann von Rechtssicherheit, aufgrund der kumulativen Verknüpfung beider, nicht mehr die Rede sein. Diese subjektiven Empfindungen haben Auswirkungen auf die äußeren, objektiv feststellbaren Gegebenheiten. In dem Maße nämlich wie die subjektive Rechtssicherheit steigt oder sinkt, steigt oder sinkt auch die objektive Rechtssicherheit, die in der Wirkungswahrscheinlichkeit ihren Ausdruck findet.

Der Staatsgewalt als Konstrukt des menschlichen Geistes ist – theoretisch und systembedingt – die Allmacht immanent. Die soziologische Betrachtung ergibt jedoch, ebenso wie die historische, dass diese Annahme in der Realität keine Entsprechung findet. So ist selbst der totale Staat faktisch in seiner Macht beschränkt. Bildhaft gesprochen heißt das, dass er faktisch nicht überall sein kann, die Einhaltung der Normen zu kontrollieren, um im Zweifel seinen Machtanspruch durchzusetzen⁴⁷². Oben schon wurde auf Erklärungsmodelle eingegangen, die diesen „Fehler“ zu korrigieren versuchen⁴⁷³. Die nun gewonnene Erkenntnis unterstreicht das dort gefundene Ergebnis, dass die enge Staatsgewaltstheorie unzureichend und vielmehr von einer Schranke und Schrankenschranke der wesensmäßig allmächtigen Staatsgewalt auszugehen ist. Die von *Krüger* dargestellten drei Prinzipien – Zweckbestimmtheit, Öffentlichrechtlichkeit und Verfasstheit – sind offenkundig nicht in der Lage, diesen Befund zu erklären. Vielmehr zeigt gerade die Tatsache, dass es eine Wirkungswahrscheinlichkeit einer Norm gibt, dass etwa das Prinzip der (rechtlichen) Verfasstheit nicht vollständig in der Lage ist die Durchsetzung der Staatsgewalt zu bewirken – was selbstverständlich ebenso für die rechtliche Schranke gilt. Die Existenz einer rechtsverbindlichen Norm zeitigt noch nicht die Wirkung ihrer Befolgung. Das ist letzten Endes wiederum auf den freien menschlichen Willen zurückzuführen: dieser ist frei, die Norm zu befolgen oder es zu lassen und die angedrohte Sanktion billigend in Kauf zu nehmen.

Die Wirkungswahrscheinlichkeit und damit die sich aus Ordnungsgewissheit und

⁴⁷²So auch *Isensee*, der feststellt, kein Staat verfüge über die Kapazität jeden seiner Untertanen einzuschüchtern; er müsse sich daher auf die Loyalität seiner Bediensteten verlassen können; *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 25.

⁴⁷³Vgl. die enge Staatsgewaltstheorie von *Krüger* oben S. 79 ff.

Realisierungssicherheit ergebende Rechtssicherheit bezüglich jeder einzelnen Norm, ergibt für alle Normen zusammengenommen die für die Gesamtrechtsordnung geltende Rechtssicherheit. Dabei gilt es zu beachten, dass die Gesamtrechtsordnung mehr als die Summe ihrer Teile, sondern ein System ist. Sie wirkt integrierend für neu gebildete oder äußerst selten angewendete Normen, die anerkannt werden, weil man das System anerkennt⁴⁷⁴. Die Anerkennung der Rechtsordnung – in welcher inhaltlichen Form auch immer sie existiert – kann als der von *Buchheim* genannte organäre, staatstragende Konsens erkannt werden, weil sich aus ihrer grundsätzlichen Anerkennung der Konsens zum friedlichen Zusammenleben ergibt⁴⁷⁵.

4. Gewaltmonopol – Friedenspflicht – Wirkungswahrscheinlichkeit

Weshalb soll aber der Gewaltunterworfenen Gehorsam schulden für die Gewaltmonopolisierung beim Staat? Die Gewaltmonopolisierung ist zunächst bei Seite zu lassen. Die Schuld des Gehorsams ergibt sich für den Gewaltunterworfenen aus seinem eigenen Interesse, nämlich seine Rechtsgüter, allen voran, seine Existenz dauerhaft zu sichern⁴⁷⁶. Dieses Interesse kann von zwei Seiten beeinträchtigt werden: von anderen Individuen, die ihre eigenen Interessen verfolgen, sowie durch den Staat, der auch eigene Interessen verfolgt, weil sich dieses Interesse nicht zwingend mit dem Interesse jedes Einzelnen zu decken braucht. Im Grunde können die „eigenen“ Interessen des Staates aber nur die der Allgemeinheit sein⁴⁷⁷; auch darauf wurde schon hingewiesen.

Die Rechtssicherheit speist sich aus zwei Quellen, der Ordnungsgewissheit und der Realisierungssicherheit. An dieser Stelle zeigt sich der Unterschied zwischen den Staatsformen. Während etwa in der absoluten Monarchie oder Aristokratie die Einflussnahme der Gesamtheit der Gewaltunterworfenen auf die Ordnungsgewissheit

⁴⁷⁴ *Nawiasky*: Allgemeine Rechtslehre, S. 21.

⁴⁷⁵ *Buchheim*: Wie der Staat existiert, in: *Der Staat* 27 [1988], S. 7. Er weist aber zutreffend darauf hin, dass die Verfassung *nicht* die Einheit des Staates bilde, sondern sie ihre eigene Einheit aus der des Staates beziehe. Dies wird hier aber gerade nicht behauptet; die Verfassung und selbst die Staatsfundamentaln timer sind Teile der Rechtsordnung.

⁴⁷⁶ Deshalb ist die Darstellung von, *Kröger*: *JuS* 1984, 172, ff. nur teilweise richtig. Er sieht die Friedenspflicht als *nur* im demokratischen Verfassungsstaat gegeben an. Dagegen, wie hier, *Schmitt Glaeser*: Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht?, in: *FS Isensee*, S. 518.

⁴⁷⁷ *Krautzberger*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 73 mwN.

nicht gegeben oder zumindest äußerst beschränkt ist, kann in der Demokratie auch hierauf wenigstens mittelbar Einfluss ausgeübt werden. Anders dagegen verhält es sich bei der Realisierungssicherheit. Diese bezieht sich nicht auf den Inhalt oder die Art und Weise der Erzeugung und Ausgestaltung positiven Rechts, sondern auf dessen Durchsetzung, und die Erwartung der Durchsetzung und kann daher in wesentlich größerem Umfang als faktische Beschränkung jeder Staatsgewalt wirksam werden. Dabei ist selbstverständlich auch ein Rückkopplungseffekt nicht zu vernachlässigen, der eintritt wenn der Normvollzug leidet. Mit jedem nicht gesühnten Normverstoß nimmt die Wirkungswahrscheinlichkeit ab und mit abnehmender Wirkungswahrscheinlichkeit die Anzahl der weiteren Normbrüche oder „-vernachlässigungen“ potentiell zu, worunter die Wirksamkeit der Norm erneut leidet.

Das rechtlich, also normmäßig, geordnete Zusammenleben ist jedoch nur dann möglich, wenn die Normen auch in möglichst weitreichendem Maße Beachtung finden. Tun sie das – aufgrund einer, weshalb auch immer verminderten Ordnungsgewissheit oder Realisierungssicherheit – nicht mehr und sinkt die Rechtssicherheit, so ist dies ein für den Staat untragbarer Zustand, der sich daraus ergibt, dass der Staat ohne Recht nicht sein kann. Staat und (staatliches) Recht bilden sich im selben Augenblick⁴⁷⁸ und gehen auch gemeinsam unter. Hieraus ergibt sich die elementare Verbindung die zwischen dem Staat und seiner Rechtsordnung besteht⁴⁷⁹. Diese wurde schon knapp als die Gesamtheit aller Rechtsnormen im Staat bezeichnet. Der Staat wirkt als integrierender Faktor für die einzelnen Rechtsnormen hin zum System der Rechtsordnung. Denn das System der Rechtsordnung ist äußerlich räumlich und zeitlich bestimmt. Innerlich, gedanklich, bilden die Rechtsnormen ein System, weil die sie erschaffende Gemeinschaft auf einer gemeinsamen Grundeinstellung beruht, die sich in den einzelnen Rechtsnormen ausdrückt. Der Staat ist das die Einzelnormen zur Rechtsordnung verknüpfende Element, weil er Macht verkörpert und sich „die Staatsgewalt als die schärfste aller Waffen“ (*Krüger*) darstellt. Der Staat ist diejenige Macht, die in der Lage ist, das von den einzelnen Rechtsnormen geforderte Verhalten den Normunterworfenen zu gebieten und mit äußerem

⁴⁷⁸ *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 132.

⁴⁷⁹ Dazu schon oben zur Frage ob die Einführung der Anarchie dem Staat rechtlich und faktisch möglich ist, S. 84.

Zwang gegen die Widerstrebenden durchzusetzen. Der Staat wird so zum Träger, bzw. Vollstrecker des in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Willens⁴⁸⁰. Gibt es keine verbindlichen, nach unbedingter Durchsetzung verlangenden Rechtsnormen, so braucht es keinen Staat, weil es dann kein normiertes Verhalten gibt, das in einem organisierten Verfahren zwangsweise durchzusetzen wäre⁴⁸¹. Die Frage nach dem Staat stellte sich in diesem Fall aber gar nicht, weil er nicht existieren könnte. Der Staat kann auf das Recht daher gar nicht verzichten⁴⁸².

Gegenstand von (Rechts-)Normen ist ein äußeres Verhalten⁴⁸³, also ein Sachverhalt, der von der Norm tatbestandlich erfasst und dem eine Rechtsfolge zugeordnet wird⁴⁸⁴. Durch das Recht kann der Staat somit abstrakt-generell Sachverhalte erfassen und zum Subjekt seiner Staatsgewalt machen, indem er eine entsprechende, verbindliche Regelung in der Rechtsfolge anordnet. Das Recht, das überall im Staatsgebiet den gleichen Wirkungsanspruch hat, ermöglicht es dem Staat auf diese Weise im gesamten Staatsgebiet eine Ordnung vorzuschreiben, von der er erwartet und erwarten darf, dass sie auch befolgt werde (Friedenspflicht). Durch den Erlass von Normen schont der Staat folglich seine Kräfte⁴⁸⁵. Das Recht bildet mithin das zentrale Handlungsinstrument zur staatlichen Steuerung gesellschaftlicher Handlungsabläufe. Es ist das wesentliche Gestaltungsmittel der Politik⁴⁸⁶. Kurz: Das Recht ist *das* Steuerungselement des Staates. Mit ihm gleicht der Staat seine faktische Machtbeschränkung aus. Diese faktische Beschränkung der Macht ist so lange und so weit unschädlich, wie der fehlende Rest durch die Friedenspflicht, das heißt die Loyalität der Normunterworfenen zu Staat und Recht, ausgeglichen wird.

Die Wirkungswahrscheinlichkeit der Rechtsordnung wirkt sich auf die Vitalität

⁴⁸⁰Vgl. hierzu *Nawiasky*: Allgemeine Rechtslehre, S. 17; *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III, S. 9.

⁴⁸¹Ähnlich *Weber*, der den Staat als fortgefallen ansieht, wenn es des Mittels der Gewaltsamkeit nicht mehr bedürfte. Dann herrschte Anarchie; *Weber*: Staatssoziologie, S. 27.

⁴⁸²Diese Feststellung trifft *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 10 f. für jedes Gesellschaftsintegrat, nicht nur den Staat.

⁴⁸³So schon *Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, S. 333.

⁴⁸⁴In Anlehnung an *Nawiasky*: Allgemeine Rechtslehre, S. 13.

⁴⁸⁵Zur Privatisierung als Steuerungsstrategie zur Schonung knapper staatlicher Ressourcen und zur Souveränität, *Schmidt-Preuß*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 160, 170, auch Fn. 28.

⁴⁸⁶*Hoppe*: Planung, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): HdbStR IV § 77, Rn. 5; das Recht wird auch als „geronnene Politik“ bezeichnet, *Ebsen*: DVBl. 1997, 1039.

des Staates aus. Die Wirkungswahrscheinlichkeit einer Norm und damit die Rechtssicherheit entspricht folglich einer faktischen Schranke der Staatsgewalt, wie sie von *Nawiasky* vertreten wird, bildet also eine Schrankenschranke der Staatsgewalt. Wird eine Norm gebrochen, richtet der Einzelne sein Verhalten damit nicht am positiven Recht aus, so bedeutet dies einen Rückfall aus der rechtlichen Freiheit in die natürliche Freiheit⁴⁸⁷. Wird nicht nur eine, sondern werden viele und insbesondere wesentliche – man könnte sagen „staatstragende“ – Normen durch viele Rechtsunterworfenen gebrochen, so sinkt, die Rechtssicherheit, damit die zukünftige Durchsetzungsfähigkeit der Rechtsordnung und damit wiederum die Wahrscheinlichkeit, dass in diesem Staat ein Leben in der so geordneten Freiheit möglich sein wird.

Der Bruch der Norm ist gleichbedeutend mit ihrer Nichtakzeptanz und kann als Verweigerung des Gehorsams bezeichnet werden. Aus dem eben Dargelegten folgt aber, dass der mangelnde Gehorsam zu mangelnder zukünftiger Rechtsdurchsetzungsfähigkeit und Rechtssicherheit führt. Jeder Bruch einer Norm bedroht daher zugleich das Funktionieren der Gesamtrechtsordnung⁴⁸⁸. Der Staat ist jedoch gehalten die Ordnung aufrechtzuerhalten. Er darf den Mangel an Gehorsam daher nicht dulden, sondern *muss*⁴⁸⁹ mit seinen Mitteln, nämlich dem der (Staats-)Gewalt, „dagegenhalten“ und diesen Mangel kompensieren. Das ist so lange nicht problematisch, als sich die Gehorsamsverweigerung in ganz geringem Maße hält und deshalb hinzunehmen ist⁴⁹⁰, weil vollständiger Gehorsam ohnehin unmöglich ist. Wenn die Weigerung des Gehorsams aber ein quantitatives oder qualitatives⁴⁹¹ Maß erreicht, das die Staatsgewalt nicht mehr auszugleichen in der Lage ist, so kippt die Rechtsordnung aus dem Fundament und kann in der ursprünglichen Form nicht mehr aufrechter-

⁴⁸⁷Ausführlich hierzu unten, S. 134 ff.

⁴⁸⁸In diesem Sinne *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 33, 42 f., ebenso *Zippelius*: Allgemeine Staatslehre, S. 44.

⁴⁸⁹Zu den Gründen sogleich, S. 119.

⁴⁹⁰Die Gehorsamsverweigerung kann, wenn es opportun erscheint auch in gewissem Rahmen hingenommen werden; vgl. dazu etwa *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 42; *Eichenberger*: Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: Der Staat der Gegenwart, S. 82 f., der auch die Grenze der Toleranz in diesem Bereich bezeichnet: Gewaltverbrechen und Terror.

⁴⁹¹Quantitativ etwa in Form der Revolution, die eine rechtswidrige Ergebung der Massen kennzeichnet; qualitativ in Form des Staatsstreichs als rechtswidrige Erweiterung oder Ergreifung der Regierungsmacht; vgl. dazu mit historischen Beispielen *von Laun*: Allgemeine Staatslehre, S. 71 f.

halten werden. In der faktischen Möglichkeit der Willensdurchsetzung mit Gewalt, liegt die besondere Ausprägung der faktischen Schranke der Staatsgewalt. Wo sie, über ein gewisses Maß hinaus, nicht möglich ist, muss auch die Rechtssicherheit absinken⁴⁹².

Eine aus der schwindenden Staatsgewalt folgende Neuordnung des Rechts, durch nun nach (staatlicher) Macht strebenden gesellschaftlichen Gruppen, ist ein kritischer Zustand. Dann fehlt es zumindest an der Ordnungsgewissheit, sodass es, selbst bei gutem Willen, den Normadressaten nicht möglich ist, sich am Recht zu orientieren, weil hierüber zumindest teilweise keine Klarheit herrscht oder die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung mangelt. Verbunden mit der schwindenden Staatsmacht steht der Staat – wenn man ihn noch als solchen bezeichnen kann – am Rande zur Anarchie. Der fehlende Gehorsam, verbunden mit der Unfähigkeit der Staatsgewalt, notfalls mit äußerster Gewalt die Normwirkung – die, das sei wiederholt, auch dann gegeben ist, wenn ein Normbruch erfolgt ist, der Betreffende aber eine nachteilige Reaktion daraufhin erfährt – herbeizuführen, zeigt, dass eine beim Staat konzentrierte, monopolisierte und effektive Gewalt nicht mehr besteht, sondern das Recht der Ausübung legitimer physischer Gewalt zersplittert ist zwischen der schwindenden Staatsmacht und widerstrebenden gesellschaftlichen Gruppen; das Gewaltmonopol ist dem nachstaatlichen Zustand der Gewaltpluralität gewichen⁴⁹³. Die Freiheit im Rahmen des rechtlich geordneten Zusammenlebens besteht dann nicht mehr und damit sind Sicherheit und Frieden jedenfalls vorübergehend ebenfalls gewichen. Die Wahrheit des Sinnspruches: „*oboedientia facit imperantem*“ ergibt sich aus dieser Tatsache⁴⁹⁴.

⁴⁹²Das umfasst auch die verbindliche Festlegung dessen was Recht ist, da Rechtsbegriffe nie intersubjektiv uneindeutig feststellbar sind. Die verbindliche Feststellung des Inhalts der Norm darf daher nicht allen Rechtsgenossen überlassen bleiben, sondern es sind bestimmte Organe mit einer solchen „Erkenntniszuständigkeit“ oder „Erkenntnisbefugnis“ auszustatten; vgl. diesbezüglich VG Wiesbaden NJW 1988, 356, 360 mwN.

⁴⁹³Der nachstaatliche Zustand kann entsprechend dem vorstaatlichen Zustand als „*bellum omnium contra omnes*“ gedacht werden, *Merten: Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, S. 67; ähnlich *Stolleis: Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt*, in: FS Kassimatis, S. 585.

⁴⁹⁴Völkerrechtlich spricht man bei dauerhafter Funktionsunfähigkeit oder dem vollständigen Wegbrechen der Staatsgewalt vom *failing state* bzw. vom *failed state*, wobei Letzterer nichts weiter als eine „kaum mehr oder überhaupt nicht mehr funktionsfähige Hülse“ ist und nur deshalb am Leben gehalten wird um kein rechtliches Vakuum für die Staatselemente Volk und Gebiet aufkommen zu lassen, mit Beispielen *Herdegen: Völkerrecht*, S. 84 f.

Aus dem eben Dargelegten folgt, dass es nicht nur auf die Macht des Staates ankommen kann die Herrschaft des Rechts zu sichern – *Gewaltmonopol*. Vielmehr ist erforderlich, dass auch der Normunterworfene das Seinige dazu beiträgt, dass die Herrschaft des Rechts bestehen bleibt – *Friedenspflicht*. Zu kurz fassen daher Ansichten, die nicht in der Staatsgewalt, sondern nur im Gehorsam der Normunterworfenen die wahre Rechtsquelle erkennen (*von Laun, Duguit*). Denn es ist gerade der Sinn des Staates auch gegen den Widerstrebenden den von der Allgemeinheit getragenen Willen durchzusetzen, weil nur so die Chance zum besseren Überleben für alle gewahrt werden kann, selbst wenn – auch dies sei nochmals bemerkt – dies für einige der Normunterworfenen Opfer bedeutet. Die freiwillige Normbefolgung muss die Regel sein, die Nichtbefolgung die Ausnahme. Noch vielmehr muss es die Ausnahme bleiben, dass ein Normverstoß nicht geahndet wird, weil hierdurch infolge der verminderten Realisierungssicherheit die Rechtssicherheit insgesamt zu sinken droht. Gewaltmonopol und Friedenspflicht sind ein korrespondierendes Begriffspaar. Die Möglichkeit der rechtlichen Kontrolle von Lebenssachverhalten und die Einhaltung der Normen durch einen Großteil der Normunterworfenen einerseits und die faktische Durchsetzung des Rechts im Falle der Nichtbefolgung, andererseits bilden die beiden wechselwirkenden, *faktischen* Schranken der Staatsgewalt.

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Die Staatsgewalt ist zwingend die einzige, höchste und virtuell allmächtige Gewalt. Sie ist einzig und einheitlich im Gebiet eines Staates. Die Einheitlichkeit bezieht sich aber nicht auf ihre Struktur, sondern auf ihre Natur. Sie ist im Grunde überall, d.h. in allen Staaten, gleich strukturiert und besteht aus drei Strukturelementen: Dem Oberaufsichtsrecht, der Letztentscheidungsbefugnis und dem Gewaltmonopol. Dies entspricht der Voraussetzung für einen vollständigen Leistungserstellungsprozess, der seiner Grundstruktur nach die Elemente -Beobachten, -Denken (Planen, Entscheiden) und -Ausführen enthalten muss⁴⁹⁵. Dieser Grundstruktur eines Leistungserstellungsprozesses lassen sich die drei Elemente der Staatsgewalt zuordnen.

Die Staatsgewalt ist ein institutionalisierter Leistungserstellungsprozess, der es

⁴⁹⁵ *Lenk*: Wirkungsorientiertes Handeln im Bereich öffentlicher Sicherheit, in Hill/Hof (Hrsg.): Wirkungsforschung zum Recht II, S. 131.

der Institution Staat – innerhalb der ihr gesetzten Grenzen – ermöglicht auf Lagen zu reagieren und so die Bewältigung der ihr gestellten Aufgaben, allen voran die Gewährleistung existenzieller Sicherheit, zu leisten.

G. Sicherheit und Selbsterhalt

I. Verhältnis von existenzieller Sicherheit und Rechtssicherheit

Rechtssicherheit und existenzielle Sicherheit stehen nicht beteiligungslos nebeneinander. Vielmehr ist festzustellen, dass die eine Art der Sicherheit von der jeweils anderen Art symbiotisch abhängig ist. Dies sei anhand einer kurzen hypothetischen Betrachtung dargestellt: Denkt man sich einen (despotischen) Staat, dem positiviertes materielles Recht völlig fehlt und der nur eine (Organisations-)Norm hat, die regelt, dass dem Herrscher uneingeschränkt Folge zu leisten sei. Dann wird hier existenzielle Sicherheit durch den Befehl des Despoten und dessen Befolgung durch einige Helfer hergestellt. Diese müssen zunächst die zugrundeliegende Norm und ihre Rechtsfolge anerkennen, die besagt, dass dem Befehl zu folgen ist und sodann den Befehl ausführen. Das bedeutet, dass es ohne Zugrundeliegen wenigstens einer Norm, keinen, in jedem Fall wirksamen, staatlichen Existenzschutz für den Einzelnen geben kann. Es bedeutet aber auch, dass die Norm die die Existenzsicherung herbeizuführen geeignet und bestimmt ist, so gefasst sein muss, dass der Einzelne sie versteht (Ordnungsgewissheit) und damit rechnen kann, dass sie auch wirksam werde (Realisierungssicherheit), weil er, wäre das nicht der Fall, wohl den Gedanken hegen würde, ohne die Rechtsordnung und den Staat besser dran zu sein, als mit diesem. Hegen alle diesen Gedanken, so wird die Norm wirkungslos und der despotische Staat dieses Beispiels dem Untergang geweiht, weil der Zustand der natürlichen Freiheit zurückgekehrt ist. Daraus folgt, dass existenzielle Sicherheit nicht aus dem luftleeren Raum auftaucht. Auch der Staat kann sie nicht ohne jede rechtliche Voraussetzung schaffen. Ohne Rechtssicherheit kann existenzielle Sicherheit nicht garantiert werden, ohne existenzielle Sicherheit kann es keine Rechtssicherheit geben, weil sich die Rechtssicherheit aus der Ordnungsgewissheit und der Realisierungsgewissheit bezüglich der existenzielle Sicherheit dienenden Rechtsordnung speist⁴⁹⁶. Aus dieser wiederum ergeben sich Art und Maß des existenziellen Schutzes – im Staat des Grundgesetzes grundlegend aus den grundrechtlichen Schutzgütern, sodass Sicherheit dort gleichbedeutend wird mit der „Unversehrtheit dieser Schutzgüter im

⁴⁹⁶Das fasst *Rüthers* unter dem Schlagwort „Recht als Verhinderung von Chaos“ zusammen, *Rüthers: Rechtstheorie*, S. 59.

Verhältnis zwischen den Bürgern“, als „Freiheit des einen Grundrechtsträgers vom Übergriff eines anderen“⁴⁹⁷. Konkretisiert wird diese Schutzpflicht in den einfachen Gesetzen. Dieser unauslöschliche Zusammenhang zwischen Rechts- und existenzieller Sicherheit beweist die Richtigkeit der Annahme von *Hobbes*, der eher bereit war die staatliche Tyrannei zu dulden, als die natürliche Freiheit aufrechtzuerhalten.

II. Keine Nichtexistenzberechtigung des Staates

Der Staat kann nicht ohne Gewaltmonopol und auch nicht Friedenspflicht auskommen. Denn seine Macht ist faktisch begrenzt und würde durch fortlaufende Normverstöße geschwächt. Weil der Staat aber ohne Recht nicht sein kann, gefährdet jeder Verstoß gegen eine Rechtsnorm nicht nur die Rechtsordnung, sondern mittelbar auch die Existenz des Staates. Dass der Staat sich nicht erlauben darf die Einhaltung der Ordnung und damit sich selbst aufzugeben ist vorstehend schon vorausgesetzt worden. Die Frage aber ist, weshalb dem Staat kein Recht gegeben sein kann aus eigenem Willen seine Existenz aufzugeben. Die Antwort folgt aus zwei Gründen:

1. Pflicht zur Selbstlegitimation: Sicherheit als primäre Staatsaufgabe

Die Existenz von originären, genuinen, unbedingten, unverzichtbaren oder notwendigen, staatlichen (Kern-)aufgaben⁴⁹⁸, oder Staatszwecken entspricht wohl noch heute⁴⁹⁹ allgemeiner Ansicht und ist gerade im Bereich der Privatisierungsdiskussion in Erinnerung gerufen worden⁵⁰⁰. Ebenso decken sich die Ansichten hinsichtlich dieses Kernbereichs staatlicher Kompetenz sowie hinsichtlich der sich daraus ergebenden Folgen. So gelten allgemein die Bereiche der Polizei, Justiz, Bundeswehr, Strafvollzug, Steuererhebung⁵⁰¹; oder weniger konkretisiert das Gewaltmonopol, Rechtspflege und Rechtssetzung, Schutz nach außen, Garantie der inneren Sicherheit und Ordnung, die die Hoheitsgewalt zwingend erforderlichen Bereiche, Aufgaben die nur der Staat bewirken kann, Gemeinwohlförderung und Letztverantwortlichkeit für das

⁴⁹⁷ *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 111, Rn. 84.

⁴⁹⁸ Zu diesen und weiteren in der Literatur gebräuchlichen Begriffen, *Bull*: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 99.

⁴⁹⁹ Zu den historischen Ansichten, vgl. bereits auf S. 34 ff.

⁵⁰⁰ Dazu *Peilert*: DVBl. 1999, 282, 284.

⁵⁰¹ *Tettinger*: NWVwBl. 2005, 1, 1, 5.

Gemeinwesen⁵⁰², schließlich auch die zur staatlichen Selbstlegitimation erforderlichen Aufgaben⁵⁰³ als derartige originären Staatsaufgaben. *Di Fabio* meint auch die Kernaufgaben seien wandelbar und nicht festgelegt⁵⁰⁴. Dies ist, wenn man auf den gesamten oben genannten Katalog abstellt, zutreffend. Fraglich ist aber, ob der ganze Katalog derartige Kernaufgaben umfasst. Das ist abzulehnen.

Der Staat *muss* – und hieran ist zu messen, ob es sich um eine *Kernaufgabe* handelt – zwei Aufgaben wahrnehmen. Die Erste ist die Gewährleistung der Sicherheit, wie etwa *Ronellenfitsch* unter Verweis auf die Selbstlegitimation des Staates zurecht betont⁵⁰⁵ – wobei diese Aufgabenzuweisung nicht als Errungenschaft speziell des Verfassungsstaates angesehen werden darf⁵⁰⁶. Diese Aufgabe ist so zentral, dass ihre Nichterfüllung zum Untergang des Staates führen muss. Der Staat soll mit monopolisierter Gewalt ausgestattet sein und nimmt folglich seinen Untertanen die Gewaltmittel aus der Hand. Weil und wenn er das tut, dann ist er im Gegenzug verpflichtet den Untertanen Schutz zu gewährleisten. Der Gewaltverzicht auf Seite der Gesellschaft steht in synallagmatischer Verknüpfung mit der Gewaltmonopolisierung des Staates. Die Legitimation staatlicher Gewalt und damit des Staates selbst hängt an der Erfüllung der Aufgabe der Schutzgewährleistung⁵⁰⁷.

Zu ihrer Erfüllung entstehen selbstverständlich Notwendigkeiten, wie etwa eine genügende Finanzausstattung, die aber nur sekundär sind⁵⁰⁸. *Eichenberger* bezeichnet dagegen die Staatsaufgabe der Gewährleistung von Sicherheit bzw. innerem Frieden treffend als „primär“⁵⁰⁹. Aus diesem Terminus ergibt sich in umfassendem

⁵⁰²Diesen Kernaufgabenkatalog hat *Krautzberger*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 50 mwN. aus Stimmen in der Literatur zusammengetragen, stimmt selbst aber nicht mit diesen Meinungen überein.

⁵⁰³*Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X (2005), 27, S. 33.

⁵⁰⁴*Di Fabio*: JZ 1999, 585, 590.

⁵⁰⁵*Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X (2005), 27, S. 34.

⁵⁰⁶*Götz*: Innere Sicherheit, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): HdbStR IV § 85, Rn. 21. Dies belegt auch die Entwicklung und die Bedeutung des Sicherheitszwecks in der Geschichte des Staates 34 ff.

⁵⁰⁷Heute herrschende Meinung; vgl. etwa BVerfG 49, 24, 59f.; *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 9; *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 769; *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X (2005), 27, S. 31.

⁵⁰⁸Dass die Finanzausstattung von besonderer Bedeutung für den Staat und seine Aufgabenerfüllung ist, wird nicht bestritten. Es ist aber doch so, dass niemand einen Staat gründet *um* Steuern zu zahlen. Der Staat dient anderen Zwecken und hat hierzu Aufgaben – etwa Finanzsicherung – zu betreiben.

⁵⁰⁹*Eichenberger*: Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: Der Staat der

zeitlichen Rahmen die existenzielle Bedeutung der Sicherheit für den Staat. Denn „innere“ Sicherheit und „innerer“⁵¹⁰ Frieden sind nicht nur *Bestehensvoraussetzung* für den Staat, sondern auch *Entstehensvoraussetzung*⁵¹¹.

Die Rechtssicherheit bildet die Basis für die Gewährleistung der Erfüllung jeder staatlichen Aufgabe, insbesondere der der Sicherheit und des Friedens. Wenn der Staat aber duldet, dass die Rechtssicherheit abnimmt, dann gefährdet er den Bestand und die Wirksamkeit der Rechtsordnung, also jenes Systems, das das Zusammenleben im Staat umfassend regelt. Weil primäre Aufgabe des Staates die Aufrechterhaltung der Sicherheit ist und diese dauerhaft nur mit Mitteln des Rechts und der überwiegenden Befolgung und Einforderung der Befolgung dieser Normen durchgesetzt werden kann, kann der Staat sich dieser Aufgabe und den zu ihrer Bewältigung erforderlichen Mitteln nicht entziehen, ohne seine eigene Existenz zu gefährden. *Krüger* führt aus, dass der Staat als geistige Wesenheit, würde er seines Existenzsinner entbehren, seiner Existenz beraubt sei⁵¹².

2. Pflicht zur Selbstermöglichung und Selbsterhaltung

Die zweite Aufgabe die der Staat zu erfüllen hat, ist sich selbst *zu erhalten*. Eine Pflicht zur Existenz ergibt sich jedoch *nicht* daraus, dass der Staat Sicherheit zu gewährleisten habe – dies ist nur primäre Aufgabe und Zweck des Staates. Die Pflicht zur Selbsterhaltung dagegen ergibt sich unmittelbar aus der Institutionalisierung des Staates selbst. Sofern eine menschliche Gemeinschaft eine Institution kraft des freien Willens ihrer Mitglieder – zu welchem Zweck auch immer – schafft, dann hegt sie, das darf man wohl unterstellen, auch ein Interesse am Bestehen dieser Institution, solange, bis nicht ein entgegenstehender Willensentschluss⁵¹³ erfolgt; kurz: der Staat

Gegenwart, S. 94.

⁵¹⁰Auf die logische Unmöglichkeit des Inneren vor der abgrenzenden Herausbildung des Staatsgebiets wurde schon oben hingewiesen; vgl. S. 13.

⁵¹¹*Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 111, Rn. 83; *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof, S. 26 Staatsaufgabe Sicherheit als selbstverständliche – und deshalb im Grundgesetz nicht erwähnte – Voraussetzung der Verfassungsgeltung.

⁵¹²*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 767; Hervorhebung nicht im Original.

⁵¹³„Menschliche Willen schaffen also die Rechtsnormen, menschliche Willen erhalten sie aufrecht – solange sie aufrecht erhalten werden“, *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 328.

ist für seine Bürger da⁵¹⁴. Folglich kann es nicht in das Belieben der Funktionsträger dieser Institution gestellt sein, diese aufzulösen oder wesensmäßig zu verändern⁵¹⁵.

Staatlicher Selbsterhalt bedeutet die Bewahrung seiner Elemente, Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt. Das wesentliche Element hierunter ist die Staatsgewalt. Denn während ein Staat im Grunde auch auf kleinerem oder größerem Gebiet, mit kleinerem oder größerem Staatsvolk als derselbe weiterexistieren kann, ist es die Staatsgewalt, die entweder in vollem Umfang vorliegt oder nicht. Im einen Fall gibt es einen Staat, im andern nicht. Der Staat muss also seine Staatsgewalt im vollen Umfang aufrechterhalten um seinen Zweck zu erfüllen. Würde der Staat aber auf die Rechtssetzung und -durchsetzung verzichten, die zu jeder staatlichen Zweckerreichung notwendig ist, dann führte dies zur Auflösung des Staates. Solange also nicht die den Staat in Gemeinschaft bildenden Menschen diesen in eine andere Form überführen oder ihn insgesamt für unnütz erachten und abschaffen, ist der Staat schon aus dem Faktum seiner Existenz heraus verpflichtet die Rechtssetzung und -durchsetzung zu gewährleisten und sich selbst zu ermöglichen und zu erhalten.

⁵¹⁴*Di Fabio*: JZ 1999, 585, 591.

⁵¹⁵Dies wäre etwa bei einer weitgehenden Hoheitsrechtsübertragung auf supranationale Organisationen zu bedenken. Ob Volksabstimmungen über derartige Fragen verfassungsrechtlich normiert sind oder nicht, erscheint nach dem eben Gesagten irrelevant. Es stellt eine Selbstverständlichkeit dar, das staatstragende Volk über solche den Staat tiefgreifend verändernde Entscheidungen abstimmen zu lassen.

H. Privatisierung

In den 1990er Jahren ist die Privatisierung bislang staatlich wahrgenommener Aufgaben zu einem „Modethema“⁵¹⁶ in der Verwaltungsrechtswissenschaft avanciert. Neben der Befassung mit speziellen Problemen aus den einzelnen Bereichen des Verwaltungsrechts kehrte die Frage immer wieder, wo die Grenzen der Privatisierung zu ziehen seien. Denn eines war klar: eine vollständige Vergesellschaftung aller Aufgaben war und ist dem Staat nicht möglich. Dies führte auch zu einer erneuten intensiven Befassung mit den Staatsaufgaben und dem Gewaltmonopol. Als gemeinsamen Standpunkt fixieren kann man ganz allgemein gesprochen, dass eine Privatisierung dort ausgeschlossen sei, wo das Gewaltmonopol des Staates angegriffen sei und/oder im Bereich staatlicher Kernaufgaben, wie etwa der Polizei, Steuererhebung, Militär etc. Schon lange streitig sind in diesem Zusammenhang gerade auch die Eigensicherung, Eigenüberwachung⁵¹⁷ und Selbstregulierung. Im Wesentlichen wird hier bezüglich der Grenzen derselbe Standpunkt vertreten, wie im Bereich der eigentlichen Privatisierung. Verwunderlich ist das nicht, geht es im Kern doch um dieselbe Frage, nämlich darum im welchem Maße der Staat unbedingt tätig werden muss, ohne selbst seines Existenzsinns und damit seiner selbst zu entbehren. Verwunderlich ist dies auch deswegen nicht, weil gerade hinsichtlich der Eigensicherungspflicht schon nicht klar ist, ob es sich etwa um ein polizeirechtliches Modell handelt oder um eine Privatisierung.

I. Eigensicherung

Wie eben angedeutet, werden im Rahmen der Eigensicherung verschiedene Lösungsansätze dazu vertreten, wie diese dogmatisch einzuordnen ist. Herrschend ist wohl das Modell der Eigensicherung als Figur des Polizeirechts. Einerseits wird vertreten, die Eigensicherungspflicht bilde eine dritte Kategorie neben dem Handlungs- und dem Zustandsstörer⁵¹⁸. Dagegen wird eingewendet, diese Kategorisierung verwische die Grenzen zwischen den beiden Figuren, obwohl dies zu verhindern der Ausgangs-

⁵¹⁶Ronellenfitsch: DÖV 1999, 705.

⁵¹⁷Die Eigenüberwachung umfasst die Eigenkontrolle und Selbstüberwachung; *Lübbe-Wolff/ Steenken*: ZUR 1993, 263, 265; zur Systematisierung von Eigensicherungsmaßnahmen s.a. *Schoch*: Privatisierung polizeilicher Aufgaben?, in: FS Stober, S. 563 mwN.

⁵¹⁸Insbesondere *Ossenbühl*: Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr, S. 25.

punkt für die Erweiterung der Kategorien war. Andererseits wird vorgeschlagen die Eigensicherung als eine gesetzliche Normierung der Zweckveranlassung zu behandeln⁵¹⁹. Auch der Begriff des Risikoveranlassers ist in diesem Zusammenhang geschaffen worden⁵²⁰. *Otten*⁵²¹ schließlich ist der Ansicht, die Eigensicherung sei eine Form der (materiellen) Privatisierung. Dies stützt er insbesondere auf die Tatsache, dass nach allgemeiner Ansicht die Eigensicherung ohne die, etwa für den Verwaltungshelfer und den Beliehenen typische Übertragung von Hoheitsrechten auskomme. Denn der Eigensichernde werde in seinem Rechtskreis aufgrund gesetzlicher Anordnung tätig, ohne dass hoheitliche Befugnisse auf ihn oder einen Erfüllungshelfen – etwa im Falle der Organisation eines bewaffneten Werkschutzes – übertragen würden. Im Ergebnis, hinsichtlich den Grenzen der privaten Wahrnehmung von Gefahrenabwehraufgaben, spielt die dogmatische Einordnung der Eigensicherung keine Rolle. Die Grenze ist nämlich vom Staatsbegriff her zu bestimmen. Ab einem gewissen Punkt ist diese Grenze *faktisch* überschritten, unabhängig davon, wie die Aufgabenwahrnehmung rechtlich konstruiert ist.

Die materielle Rechtsgrundlage für die Maßnahmen im Rahmen der Eigensicherung ist nicht das öffentliche, sondern das private Recht⁵²². Dies sind die Haus- und Notrechte, wie sie im Zivil- und Strafrecht⁵²³ normiert sind. Daraus folgt das prinzipielle Problem der Eigensicherung. Sie ist nicht bloße Selbstüberwachung oder Selbstregulierung im Sinne einer im Grunde nur verwaltenden Tätigkeit, sondern sie ist Verpflichtung auch zur aggressiven Verteidigung, die grundsätzlich dem hoheitlichen Tätigkeitsbereich des Staates verbleibt.

Die Notrechte stellen eine Ausnahme vom unbedingten Gewaltmonopol des Staates dar⁵²⁴, die die natürliche Freiheit wieder aufleben lassen, wenn sich der Einzelne

⁵¹⁹ *Schüller/Drettmann*: DVBl. 1997, 956, 957.

⁵²⁰ *Hoffmann-Riem*: ZPR 1977, 277, 280 f.

⁵²¹ Ausführlich *Otten*: Eigensicherung, S. 146 ff.

⁵²² Allgemein zu Privatisierungen im Gefahrenabwehrbereich, *Stober*: DÖV 2000, 261, 263; *Schoch*: Privatisierung polizeilicher Aufgaben?, in: FS Stober, S. 562.

⁵²³ Die öffentlich-rechtliche Natur des Strafrechts ändert nichts daran, dass es sich um ein privates Recht handelt.

⁵²⁴ So auch *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger, S. 27; dagegen *Kämmerer*: Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, in: FS Stober, S. 599, der von „Scheinausnahmen“ spricht, weil sie auf staatlicher Gestattung beruhen.

im Moment des Angriffes nicht auf den Staat verlassen kann⁵²⁵ – andernfalls mangelt es an der Erforderlichkeit des privaten Handelns⁵²⁶. Sie sind schlicht Konsequenz der Tatsache, dass auch die staatliche Macht nur *virtuell*, aber nicht faktisch omnipräsent ist. Auch sie sind Ausdruck der Subsidiarität⁵²⁷.

So könnte man es sich einfach machen und die Eigensicherung mit den Notrechten über einen Kamm scheren und ebenso für zulässig erklären. So einfach liegen die Dinge jedoch nicht. Denn erstens ist die Eigensicherung für den „Berechtigten“ ein *aliud* zur den Notrechten. Zweitens, und damit zusammenhängend, liegt der Notrechtsausübung nicht mehr der private, sondern der staatliche Wille zugrunde. Die Verpflichtung zur Eigensicherung erfolgt auf spezialgesetzlicher Grundlage, etwa des Atomgesetzes⁵²⁸. Sie spaltet sich daher in einen formellen Teil, die gesetzliche Grundlage – aus dem öffentlichen Recht – und einen materiellen Teil, das Haus- oder das Notrecht – aus dem privaten Recht. Weil aber Spezialgesetze die Genehmigung einer gefährlichen Anlage, etwa eines Atomkraftwerks, unter den Vorbehalt stellen, dass „der Schutz [...] gewährleistet ist“, ändert sich der Charakter der materiellen „Eingriffsbefugnisnormen“ des Privaten grundlegend. Waren es zuvor Rechte, so sind sie nun, zumindest faktisch, zu Pflichten mutiert. Der Kern eines Rechts ist es, es auszuüben oder auf die Ausübung verzichten zu können. Der Kern einer Pflicht ist es, ihr nachzukommen. Die Rechte, die der Staat ursprünglich als Konsequenz seiner eigenen, faktischen Beschränktheit den Bürgern gewähren musste, damit diese sich straflos selbst verteidigen können, wenn der Staat ihnen nicht helfen *kann*, kann so zum Instrument werden eigentlich staatliche Pflichten in private Pflichten umzumünzen. Dies ist grundsätzlich selbstverständlich zulässig⁵²⁹. Die Frage erhebt sich nur, in welchem Rahmen dürfen staatliche Pflichten Privaten auferlegt werden und wo liegen die Grenzen.

⁵²⁵So auch *Burgi*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages [2008], D 58, der zurecht auch die organisierte, professionelle Nothilfe als von den Nothilfebefugnissen erfasst ansieht.

⁵²⁶Vgl. die Nachweise bei *Peilert*: DVBl. 1999, 282, 286.

⁵²⁷A. a. O., 286 mwN.; kritisch *Kühl*: Strafrecht AT, S. 183 ff.

⁵²⁸Vgl. etwa § 7 Abs. 2 Ziff. 5 AtG: „Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter gewährleistet ist“.

⁵²⁹Sowohl staatsrechtlich, wie auch verfassungsrechtlich. Die Verfassung stellt der Neuverteilung von Tätigkeitsbereichen zwischen Staat und Gesellschaft grundsätzlich keine hohen Hürden entgegen, so *Di Fabio*: JZ 1999, 585, 592.

Bezüglich der Grenzen ist grundsätzlich zu beachten, dass der private Wille oder Unwille zum Gebrauch der Notrechte durch die staatliche – normierte – Regelung verbindlich gemacht wird. Dies bedeutet, dass das Ob und Wie der Reaktion auf einen Angriff auf die Sicherheit nun nicht mehr privater Natur – im von der Rechtsordnung erlaubten Rahmen – ist, sondern, dass sie (halb)staatlicher Natur ist. Sie findet nun aufgrund staatlichen Willens im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung von Privaten ausgeübt statt. Vom Staat her betrachtet findet dennoch eine Privatisierung statt, deren Voraussetzungen und rechtlicher Rahmen staatlicherseits normiert wurde. Aus der Reaktion ist eine privatisierte Sanktion geworden⁵³⁰.

Die Eigensicherung ist die die Staatsgewalt herausfordernde Art der Privatisierung. Daher können die hier gewonnenen Erkenntnisse über die Kriterien und Grenzen der Vergesellschaftung auch auf alle sonstigen Arten der Privatisierung übertragen werden.

II. Wesen der Privatisierung

1. Begriff des Privaten und die Subjekte der Verteilung

Als Privater ist schlicht jedes Mitglied der Gesellschaft in dieser gesellschaftlichen Funktion anzusehen, sei es individualisiert oder als Teil der Gemeinschaft in Bezug genommen. Fraglich ist nur, nach was sich bestimmt ob ein Mensch dem staatlichen oder dem gesellschaftlichen Bereich zugeordnet wird. Einerseits wird vorgeschlagen nach der Grundrechtsträgerschaft den individuellen, gesellschaftlichen Bereich vom Staat abzugrenzen⁵³¹. Hiergegen kann eingewandt werden, dass diese Argumentation die Gefahr eines Zirkelschlusses birgt, weil so der Grundrechtsschutz aus der Stellung als Privater abgeleitet werden könnte, während diese Stellung wiederum aus den Grundrechten folgen soll. Anderer Ansicht nach soll danach unterschieden werden, dass ein Privater diejenige natürliche Person ist, die nicht Beamter oder sonstiger professioneller Funktionär des Staates ist, bzw. jede juristische Person, die nicht

⁵³⁰Zu diesen Begriffen schon oben, S. 108, sowie erneut *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 91.

⁵³¹*Ossenbühl*: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 [1971], 137, 159.

in die Staatsorganisation eingegliedert ist⁵³² und damit eigenverantwortliche und selbstständige Entscheidungen über Art und Weise seiner Tätigkeit treffen darf⁵³³. Ob einer dieser Ansichten oder der diese kombinierenden Ansicht⁵³⁴ zu folgen ist, kann für die vorliegende Betrachtung dahinstehen. Wesentlich ist vielmehr, dass Privatisierung nur dort überhaupt möglich ist, wo Staat und Gesellschaft wie auch immer getrennt sind. Denn wo der Staat allumfassend ist, kann es keinen privaten, gesellschaftlichen Bereich geben.

2. Privatisierung als Verteilungsproblem

Bei der Frage der Privatisierung handelt es sich folglich um ein Abgrenzungsproblem zwischen dem Staat als organisierter, fremdbestimmender und der Gesellschaft als unorganisierter, selbstbestimmender Funktionseinheit des Menschen. Aus dem Begriff der Privatisierung folgt bereits die Verteilungsrichtung, die sich weg vom Staat und hin zur Gesellschaft richtet; es handelt sich um eine Entstaatlichung⁵³⁵. Das Wesen der Privatisierung als ein Verteilungsproblem⁵³⁶ setzt dreierlei Voraus:

Die *Subjekte* der Privatisierung – erstens – wurden schon vorstehend erörtert: Staat und Gesellschaft. Zweitens bedarf es der Bestimmung von *Objekten*, die zu verteilen sind. Und schließlich bedarf es drittens eines *Kriteriums*, nach dem sich diese Verteilung richten und sie begrenzen soll. Aus der Geschichte und dem Wesen des Staates folgt, dass eine vollständige Privatisierung sämtlicher Lebensbereiche staatlicherseits unmöglich ist. Hierdurch würde die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft derart aufgehoben werden, dass der Staat sich selbst in der Gesellschaft auflöst und somit seine Existenz einbüßt. Daher muss ein Kriterium gefunden werden, das diese Grenze trennscharf zu markieren in der Lage ist.

⁵³²Zu Kritik und Definition *Hengstschläger*: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVD-StRL 54 [1995], 165, 174; ebenso *Krautzberger*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 59.

⁵³³*Otten*: Eigensicherung, S. 8.

⁵³⁴So wohl *Burgi*: Privatisierung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 75, Rn. 5, der die Organisationseingebundenheit neben der Grundrechtsträgerschaft erwähnt.

⁵³⁵*Di Fabio*: JZ 1999, 585.

⁵³⁶Von Umverteilungsprozessen hin zum Privaten spricht, *Bauer*: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54 [1995], 243, 251.

III. Objekt der Verteilung

Die Privatisierungsdiskussion rankt sich zum Einen um die Frage welche Objekte privatisierungsfähig sind. Für den Staat ist es von rechtfertigender Bedeutung bestimmte Aufgaben zu erfüllen und so bestimmten Zielen zu dienen. Die Aufgabenerfüllung rechtfertigt und verlangt die Existenz des Staates. Es liegt daher nahe die Aufgaben selbst als Objekt der Verteilung zu betrachten. Dies entspricht der herrschenden Ansicht⁵³⁷. Allerdings ist fraglich wie solche Staatsaufgaben zu bestimmen sind. Hierfür hat sich der vom *Bundesverfassungsgericht* geprägte, formale Staatsaufgabenbegriff durchgesetzt: Staatsaufgaben sind im Umfang ihrer Wahrnehmung die Aufgaben, die der Staat durch eine ihm institutionell zurechenbare Organisationseinheit im Einklang mit den Verfassungsbestimmungen wahrnimmt⁵³⁸. Träger aller anderen Aufgaben sind Private, selbst dann, wenn es sich um öffentliche Aufgaben handeln sollte. Gegenstand der Privatisierung können aber auch die Organisation bei der Aufgabenerledigung und Gegenstände staatlichen Vermögens sein⁵³⁹.

Auch wenn sich formal Staatsaufgaben bestimmen und kategorisieren lassen, bildet nicht die Staatsaufgabe das Objekt der Privatisierung, sondern der Tätigkeitsbereich⁵⁴⁰, bzw. Lebenssachverhalt, den der Staat berührt. Nicht die Aufgabe, sondern der Lebenssachverhalt wird der Gesellschaft zur selbstständigen Befassung übertragen. Das Wort „Aufgabe“ beinhaltet ein auftragsähnliches Pflichtelement⁵⁴¹, das der Gesellschaft per se fremd ist. Die Gesellschaft hat als solche keine Pflichten. Sie kann sich um einen Lebenssachverhalt kümmern oder es lassen. Das ist dem Staat dagegen nur in den Grenzen seiner Natur und der Verfassung möglich. Es ist daher – wenn man das Wort „Aufgabe“ benutzen möchte – von *Aufgabenüberlassung*⁵⁴² zu sprechen, weil dann deutlich wird, dass es grundsätzlich keine Verpflichtung für die

⁵³⁷Dazu zuletzt *Burgi*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages [2008], D 14.

⁵³⁸BVerfGE 12, 205, 243.

⁵³⁹*Burgi*: Privatisierung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 75, Rn. 2.

⁵⁴⁰So auch A. a. O., der das Wort „Tätigkeitsbereiche“ bei der Wiedergabe der Definition des formalen Aufgabenbegriffes bezüglich der „Aufgabe“ in Klammer setzt. Neuerdings, *Burgi*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages [2008], D 14 f., spricht er aber von der Aufgabe als Anknüpfungspunkt im Gegensatz zum zu unbestimmten „Aufgabenfeld“.

⁵⁴¹Vgl. „Aufgabe“, in: *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, wo als Synonym die Pflicht genannt ist.

⁵⁴²Von einer „Rückgabe staatlich verwalteter Bereiche“ spricht, *Di Fabio*: JZ 1999, 585.

Privaten geben kann, sich mit einem Sachverhalt zu befassen; selbstverständlich ist es jedoch möglich bestimmte Private gesetzlich zu verpflichten, sich des Sachverhalts anzunehmen.

Im Folgenden werden daher die Begriffe *Tätigkeitsbereich* oder *Lebenssachverhalt* verwendet – wobei schon aus Gründen der Logik zu fordern ist, dass es überhaupt jemals eine irgendwie geartete Befassung des Staates mit dem in Rede stehenden Sachverhalt gegeben haben muss⁵⁴³. Dies verhindert auch die Verwechslung von Aufgabe und Aufgabenbereich. Denn eine Aufgabe kann mehrere Aufgabenbereiche – Lebenssachverhalte – umfassen, die in unterschiedlichem Umfang der Privatisierung zugänglich sind⁵⁴⁴. Insofern vermeidet man das Problem von „abgrenzbaren Teilbereichen“⁵⁴⁵ bestimmter Staatsaufgaben sprechen zu müssen, die, obwohl der Kern der Aufgabe nicht privatisierungsfähig ist, doch der Gesellschaft übertragen werden können – wobei sich im Übrigen dann ebenso wieder die Frage erhebt, nach welchem Kriterium der Kernbereich vom Teilbereich abzugrenzen ist. Spricht man vom Lebenssachverhalt, fehlt außerdem die rechtliche Wertung, die der Zuordnung zu einer Staatsaufgabe zugrunde liegt, sodass möglicherweise eine unverblendete, objektive Position dazu eingenommen werden kann, ob sich tatsächlich nur der Staat in eigener Verantwortung mit diesem Sachverhalt befassen und die Gesellschaft ausschließen darf.

Der Katalog der Staatsaufgaben ist ebenso wie der Begriff des Staates zeitabhängig und wandelbar. Es ist daher denkbar, dass Staatsaufgaben hinzukommen. Bevor sie in den staatlichen Aufgabenkatalog durch Befassung integriert werden, sind es aber keine „Staatsaufgaben“, sondern einfache Lebenssachverhalte bzw. Tätigkeiten, mit denen sich bislang die Gesellschaft konfrontiert sah und mit denen sich der Staat befassen will oder muss. Die Kriterien nach denen zu bestimmen ist, ob der Staat ein Tätigkeitsbereich der Gesellschaft überlassen darf, sind die gleichen, wie die nach denen sich bestimmt, ob der Staat sich mit einem Lebenssachverhalt befassen muss.

⁵⁴³Siehe zu den Gründen ausführlich unten S. 134 f.

⁵⁴⁴Mit diesem Hinweis auch *Burgi*: Privatisierung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 75, Rn. 4.

⁵⁴⁵So etwa *Di Fabio*: JZ 1999, 585, 591; *Weiss*: Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 342: „Randzonen“; *Tettinger*: NWVwBl. 2005, 1, 5: „deutlich markierbare Annexaufgaben“. Auf das Abgrenzungskriterium bezogen kritisiert auch *Stober*: DÖV 2000, 261, 265 solche Merkmale (dort: „Randbereiche“) als „völlig unbestimmt“.

Dies lässt sich etwa am Beispiel der inneren Sicherheit aufzeigen in deren Bereich Privatisierungen nach – zurecht – allgemeiner Ansicht an Grenzen stößt und zum Bereich der genuinen staatlichen Kernaufgaben gehören soll⁵⁴⁶. Der Begriff der inneren Sicherheit ist, selbst wenn er historisch unterfüttert wird, nicht geeignet als taugliches Verteilungsobjekt herzuhalten, da der Begriffshof zu weit reicht. Das ergibt sich aus Folgendem: Erstens liegt hier ein Rekurs auf den Katalog der Staatsaufgaben vor, der aber historisch geprägt, beliebig und wandelbar ist. Es ist kaum eine Aufgabe denkbar, die der Staat nicht übernehmen könnte⁵⁴⁷ und nicht auch schon übernommen hätte⁵⁴⁸. Zweitens ist der Umfang der Staatsaufgaben höchst diffus und von Staat zu Staat verschieden. Die „innere Sicherheit“ umfasst jedenfalls das Polizeirecht⁵⁴⁹. Die Aufgaben der Polizei erstrecken sich im Geltungsbereich des Grundgesetzes auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung⁵⁵⁰. Öffentliche Sicherheit umfasst unter anderem und als wesentliches Begriffselement die Bewahrung der Unversehrtheit der Rechtsordnung, weil jede Verletzung einer Rechtsnorm die öffentliche Sicherheit berührt oder bedroht⁵⁵¹. Daraus ergibt sich, dass das Polizeirecht und damit die innere Sicherheit an sich uferlos oder jedenfalls nicht annähernd klar bestimmbar ist, weil auch die Rechtsordnung an sich und damit die Rechtssicherheit in die Aufgabenbestimmung miteinbezogen ist. Dass die Polizei zum Schutz privater Rechte nur subsidiär zuständig ist, spielt für den grundsätzlichen Umfang der Aufgaben keine Rolle⁵⁵². Dennoch wird genau dies, nämlich die Erfüllung des Tatbestands der polizeilichen Generalklausel als Grenze der Sicherheitsaufgabenprivatisierung gezogen, während der private Sicherheitsunternehmer nur im Bereich privater Rechte tätig werden dürfe⁵⁵³. Dies bedeutet eine

⁵⁴⁶Vgl. dazu schon oben S. 119 f.

⁵⁴⁷Dies zurückführend auf die „Kompetenz-Kompetenz“, *Pabst*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstrassenbau, S. 61 mwN.

⁵⁴⁸*Laband*: Staatsrechtliche Vorlesungen, S. 179; darauf weisen im Zusammenhang mit der Aufgabenprivatisierung ausdrücklich hin, *Peilert*: DVBl. 1999, 282, 284; *Ossenbühl*: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 [1971], 137, 153.

⁵⁴⁹*Götz*: Innere Sicherheit, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): HdbStR IV § 85, Rn. 4.

⁵⁵⁰Vgl. etwa § 1 Abs. 1 PolG BW.

⁵⁵¹*Denninger*: in *Lisken/ders.* (Hrsg.): HdbPolR, S. 307, Rn. 17; siehe dazu schon oben zur Wirkungswahrscheinlichkeit und Realisierungssicherheit.

⁵⁵²Vgl. etwa § 2 Abs. 2 PolG BW.

⁵⁵³Ausdrücklich *Stober*: DÖV 2000, 261, 263.

Verwischung von Zuständigkeit und Aufgabe, weil die Aufgabe des Schutzes privater Rechte der Polizei immer zukommt, aber ein Tätigwerden nur subsidiär gefordert ist. Wenn überhaupt, dann müsste vom privaten Recht und seinem anderweitigen Schutz abgegrenzt werden und nicht vom Generaltatbestand. Im Ergebnis ändert sich so oder so nichts an der Feststellung, dass eine saubere Umschreibung des staatlichen Aufgabenbereichs nicht möglich ist. Drittens zeigt sich, dass der Umfang der Staatsaufgaben im Laufe der Zeit Wandlungen unterliegt. Auch dies zeigt deutlich das Polizeirecht. Der polizeistaatliche Polizeibegriff des 19. Jahrhundert hat mit dem heutigen nicht viel gemein.

Diese Abgrenzungsprobleme innerhalb des Aufgabenbegriffs sind auf jede beliebige Aufgabe übertragbar. Es wird immer das Problem bleiben, wie die Bereiche abzugrenzen sind, die geringe „Verlagerungsrisiken“ bergen, sei es etwa die Frage ob Private eine Kaserne bewachen, eine Geschwindigkeitskontrolle durchführen oder die Einhaltung umweltrechtlicher Schutzvorschriften überwachen dürfen⁵⁵⁴.

Objekt der Privatisierung ist – neben Organisation und Finanzen um die es hier nicht gehen soll – nicht eine (Staats-)Aufgabe, sondern *der der Aufgabe zugrunde liegende Lebensachverhalt*. Der Aufgabenbegriff ist uferlos und zu grob für die feine Trennung solcher Bereiche die privatisierungsfähig sind und solchen wo dies nicht der Fall ist.

IV. Kriterium der Verteilung

Es ist notwendig ein Kriterium zu definieren, an dem der Lebensachverhalt zu beurteilen ist, um zu entscheiden, ob eine Privatisierung zulässig sein kann oder nicht. Ein solches abstraktes Kriterium ist bislang noch nicht gefunden⁵⁵⁵. Gleichwohl finden sich in der Literatur Hinweise darauf, dass nicht ganz unverkannt geblieben ist, worin der Kern staatlicher Macht besteht und wann folglich eine Privatisierung ausgeschlossen ist. Nähere Ausführungen fehlen aber. Ferner ist festzustellen, dass die im Kern zutreffenden Aussagen nicht von dem jeweils behandelten Einzelproblem verallgemeinert werden. Im Folgenden soll versucht werden ein abstraktes, allgemein

⁵⁵⁴Zu den „Verlagerungsrisiken“ im Rahmen des Umweltrechts, aber allgemein gesprochen, *Lübbe-Wolff/Steenken*: ZUR 1993, 263, 267.

⁵⁵⁵*Stober*: DÖV 2000, 261, 265, der aber zu einem solchen Kriterium nichts weiter ausführt. Auf ihn verweisend und mit demselben Befund noch *Tettinger*: NWVwBl. 2005, 1, 9.

anwendbares Kriterium zu finden. Hierzu wird auf die obigen Grundlagen zurückgegriffen.

1. Notwendigkeit eines Kriteriums und Vorüberlegung

Eines Kriteriums bedarf es, weil Staat und Gesellschaft – trotz allen faktischen Ineinandergreifens⁵⁵⁶ – getrennte Bereiche sind und staatliche, organisierte Zwangsgewalt nur vom Staat und nicht von der Gesellschaft ausgeübt werden kann, für diese also ein grundsätzliches Gewaltverbot besteht. Insofern zeigt sich der oft gesehene Zusammenhang zwischen Gewaltmonopol und Privatisierung⁵⁵⁷. Es ist nicht falsch, wenn zur Bestimmung der Grenze privatisierungsfester Bereiche (auch) auf das Gewaltmonopol verwiesen wird. Unzweifelhaft darf das Gewaltmonopol in seinem Kern vom Staat selbst nicht angetastet werden. Andernfalls droht die Einzigkeit der Staatsgewalt sich in der Gewaltpluralität der Gesellschaft aufzulösen. Zuerst würde die Rechtssicherheit und mit ihr der Staat selbst in den Mühlen dieser gewaltbemächtigten Gesellschaft zerrieben. Der Staat darf sich selbst jedoch nicht anheimstellen. Er ist zum Zwecke der Sicherheitsgewährleistung geschaffen worden und seine Etablierung beweist schon den Willen der ihn schaffenden Menschen, dass der Staat erhalten bleibe. Eine Überlassung von Aufgaben, die bezweifeln lassen, ob der Staat noch existiere, darf daher *staatlicherseits* nicht erfolgen. Der Staat muss die ihn legitimierenden Aufgaben selbst erfüllen und sich selbst erhalten⁵⁵⁸. Dennoch müssen auch die anderen Elemente der Staatsgewalt Berücksichtigung finden.

Es handelt sich insgesamt um ein tiefer greifendes Problem als das oben erörterte zur Frage der Zuordnung eines Menschen in den staatlichen oder gesellschaftlichen Bereich. Hier geht es um die Frage wie der staatliche und der gesellschaftliche Bereich abzugrenzen sind und nicht um das oben schon behandelte Problem der Zuordnung des Individuums in den jeweiligen Bereich. Weil sie also auf einer ganz anderen Ebene wirksam sind, sind folglich die dort genannten Differenzierungskri-

⁵⁵⁶Hierzu *Ossenbühl*: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 [1971], 137, 150; *Kämmerer*: Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, in: FS Stober, S. 597.

⁵⁵⁷Vgl. dazu, *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X (2005), 27, S. 33; *Burgi*: Privatisierung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 75, Rn. 19 f.

⁵⁵⁸So schon oben S. 119 ff.

terien – Grundrechtsträgerschaft bzw. staatliche Funktionsträgerschaft – hier nicht zu gebrauchen.

Wie aber ist zu differenzieren?

2. Aus den Elementen der Staatsgewalt abgeleiteten Kriterien

Es ist anhand der *Staatsgewalt* abzugrenzen. Wird durch die Verlagerung in den gesellschaftlichen Bereich, die Staatsgewalt in ihrem Wesen angetastet, so ist eine Privatisierung ausgeschlossen. In dieser Allgemeinheit ist ein „Differenzierungs“kriterium völlig untauglich. Anhand der obigen Ausführungen zu Staat und Staatsgewalt lässt sich dieses Kriterium jedoch präzisieren und die Trennschärfe erheblich erhöhen.

Gewonnen ist bereits viel, wenn man die Staatsgewalt entsprechend den drei oben genannten Elementen aufschlüsselt. *Die Staatsgewalt enthält als ihre wesentlichen Elemente das der Oberaufsicht, der Letztentscheidungsbefugnis und des Gewaltmonopols.* Während das der Oberaufsicht die informatorische Grundlage der Staatsgewalt bildet und dazu dient Lagen zu *erkennen* und so eine Grundlage für die *letzverbindliche Entscheidung herbeizuführen*, ist das Gewaltmonopol erforderlich um diese Entscheidung auch letztverbindlich, notfalls mittels physischer Gewalt *durchzusetzen* und der Entscheidung damit Wirksamkeit auch und gerade dann zu verleihen, wenn die Adressaten der Entscheidung nicht Willens sind, sich dieser zu fügen. Nur unter Berücksichtigung dieser Wechselwirkung von Oberaufsichtsrecht, Letztentscheidungsbefugnis und Gewaltmonopol, ist es möglich, zunächst unter Berücksichtigung *aller* dieser Begriffe, kurz: der Staatsgewalt, eine sinnvolle Abgrenzung privatisierungsfester und privatisierungsfähiger Lebenssachverhalte durchzuführen. Insbesondere das Gewaltmonopol wird häufig (allein) benutzt um im Bereich der Schutzaufgaben des Staates Privatisierungsgrenzen abzustecken⁵⁵⁹. Dieser Versuch kann indessen nicht gelingen. Denn offenbar vernachlässigt man dabei wenigstens das entfernte, aber nicht minder wichtige Element der Oberaufsicht. Dies führt zwangsläufig zu einer eindimensionalen und damit eingeschränkten Problembetrachtung.

Es sind Sachverhalte denkbar, bei denen der Privatisierungsschwerpunkt erheblich hin zum einen oder anderen Element verschoben ist. Wurde nicht die Drei-

⁵⁵⁹So etwa *Burgi*: Privatisierung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 75, Rn. 19 f.; *Stober*: DÖV 2000, 261, 268.

gliedrigkeit der Staatsgewalt berücksichtigt, so führt die Feststellung, eines der Elemente sei nicht angegriffen, automatisch dazu, anzunehmen eine Privatisierung sei unschädlich. Die Gegenprobe an den jeweils anderen Elementen der Staatsgewalt beweist erst, ob dem tatsächlich so ist, oder ob nicht ein die Privatisierung ausschließender Eingriff hierin vorliegt. Die Elemente müssen im Kern stets kumulativ vorliegen. Nur wenn der vollständige Leistungserstellungsprozess im Grunde noch bei der Staatsgewalt verbleibt, kann die einheitliche Staatsgewalt aufrechterhalten und den Staatsaufgaben bzw. -zwecken gedient werden. Daraus folgt, dass eine Privatisierung dann ausgeschlossen ist, wenn eines der Elemente der Staatsgewalt in seinem Kern angetastet wird und aus dem Leistungserstellungsprozess vollständig herausfällt. Fraglich ist, worin der Kern der Elemente jeweils besteht und folglich was der Kern der Staatsgewalt überhaupt ist.

a) Letztentscheidungsbefugnis

Die Letztentscheidung kann nicht immer aufs Neue für jede sich bietende Lage erfolgen, weil die Staatsgewalt faktisch nicht überall sein kann, um zu erkennen, entscheiden und ausführen – das erfasst *Krüger* mit dem Begriff der Verfasstheit der Staatsgewalt. Sie ist auf die Steuerungsfähigkeit des Rechts angewiesen. Die faktische Beschränktheit der Staatsgewalt bedeutet „Lücken“ in ihr, die der Staat versuchen kann mit Rechtsnormen zu füllen. Dies setzt ein Erkennen der (*primären*) Lage voraus, auf die hin entweder eine unmittelbare Reaktion erfolgt, oder durch Normerlass versucht wird, die Lage im Sinne des Staates zu beherrschen. Letzteres, die Normierung, ist der Regelfall staatlichen Handelns. Auf die Beachtung der Normen darf sich der Staat verlassen (Friedenspflicht)⁵⁶⁰ und er darf sie erforderlichenfalls auch gewaltsam durchsetzen (Gewaltmonopol).

Wenn der Staat eine verbindliche Entscheidung getroffen hat, sei es durch Erlass einer abstrakt-generellen oder einer konkret-individuellen Rechtsnorm, schafft das eine neue, *sekundäre Lage*, die wiederum Gegenstand der Staatsgewalt in ihren drei Handlungsformen – erkennen, entscheiden, ausführen – sein kann. Die Feststellung der Normbefolgung ist zwingend erforderlich, weil nur so auf die (sekundäre) Lage reagiert, d.h. über die Normbefolgung entschieden und eine möglicherweise für den

⁵⁶⁰Vgl. oben S. 113.

Fall der Zuwiderhandlung angedrohte Sanktion durchgesetzt werden kann. Die sekundäre Lage besteht, von Fernwirkungen abgesehen, ihrem Grundmuster nach in zwei Zuständen: Entweder die *Norm wird befolgt* und das Recht erfüllt ohne weiteres seine Steuerungsfunktion, oder die *Norm wird nicht befolgt*, sodass ihre Wirksamkeit mit staatlichen Mitteln durchgesetzt werden muss. Dabei kann der Normadressat ein staatliches Organ oder ein Privater sein. Der Staat kann als juristische Person nur durch seine Organe handeln. Ob der Normadressat nun ein Organ(-walter) des Staates oder ein Privater ist, ist unerheblich, weil auch das Organ an das Recht gebunden ist⁵⁶¹. Dessen menschliche Willensentscheidung wird dem Staat grundsätzlich als die seinige zugerechnet.

aa) Befolgung der Norm

Schafft der Staat Verhaltensnormen, die der Willenslenkung der Normadressaten dienen, so trifft jedoch der Adressat die letztverbindliche Entscheidung über die Reaktion. Denn er erkennt die Lage, entscheidet und setzt seine Entscheidung um. Die Möglichkeit die Entscheidung und das Verhalten des Normadressaten zu revidieren berührt die Tatsache nicht, dass in der Situation selbst nicht der Staat, sondern ein Privater eine letztverbindliche Entscheidung getroffen hat. Das ist für die Staatsgewalt offensichtlich so lange unschädlich, wie der Private „richtig“ handelt, nämlich unter den tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm, die von der Norm angedachte Rechtsfolge herbeiführt oder sich entsprechend der Regelung verhält. Dann also hat der Normadressat die Norm objektiv befolgt. Und nur darauf kommt es an. Ein Eingriff in die Letztverbindlichkeit der staatlichen Entscheidung liegt dann gerade nicht vor, weil sich der Normadressat im Rahmen der „gesetzlichen Freiheit“ (*v. Humboldt*) entschieden hat. Er hat seinen Willen an dem der Staatsgewalt ausgerichtet und mit diesem objektiv in Einklang gebracht – aus welchen subjektiven Gründen er entsprechend handelt ist dagegen irrelevant. Mehr noch: er hat durch die Adaption des staatlichen Willens zur Existenzfähigkeit der auf diese Adaption angewiesenen Staatsgewalt beigetragen (Friedenspflicht), sodass diese auf die Kontrolle und Durchsetzung der Norm verzichten kann (Gewaltmonopol). Im Falle der Normbefolgung ist es für die staatliche Letztentscheidungsbefugnis grundsätzlich

⁵⁶¹Zur Bindung des Staates an sein Recht, oben S. 84.

unerheblich, ob ein Privater oder ein staatlicher Funktionsträger handelt. Der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommende Wille wird in jedem Fall befolgt und umgesetzt.

bb) Nichtbefolgung der Norm

Anders verhält es sich im umgekehrten Falle, der Nichtbefolgung der Norm. Wenn auch der Staat letztverbindliche Entscheidungen Privater nicht dulden darf – verhindern kann er sie nicht. Das verdeutlicht die Tatsache, dass es eine Ineffektivitätsquote, bzw. eine Wirkungswahrscheinlichkeit von Normen gibt. Ineffektiv, bzw. unwirksam ist eine verhaltenssteuernde Norm dann, wenn sie nicht befolgt wird. Dann liegt ein Verstoß gegen die Rechtsnorm vor, sei er durch Verkennen des der Norm zugrundeliegenden Tatbestands oder durch Missachtung der Rechtsfolge verursacht. In jedem Fall wird der Wille des Normadressaten *nicht* dem Wille des Staates entsprechen. Daraus folgt, dass der Normadressat seinen natürlichen, freien Willen an die Stelle des staatlichen Willens gesetzt hat und damit eine eigene, nicht dem staatlichen Willen folgende, letztverbindliche Entscheidung über die sich ihm darbietende Lage getroffen hat. Der Normadressat bewegt sich dann nicht mehr im Rahmen seiner „gesetzlichen Freiheit“. Die Möglichkeit des Abweichens von privatem und staatlichem Willen ergibt sich aus zwei Gründen: Einmal folgt dies aus der grundsätzlichen Willensfreiheit des Einzelnen, die nicht mit dem Gesamtwillen übereinstimmen muss. Zweitens aus der faktischen Beschränktheit der Staatsgewalt. Diese führt dazu, dass der Staat die Normeinhaltung nicht immer und überall überwachen und, falls sich ein Normverstoß andeutet, korrigieren, d.h. *seinen eigenen Willen durchsetzen kann*. Es ist grundsätzlich Jedem möglich Lebenssachverhalte zu überwachen, Entscheidungen zu treffen und durchzusetzen; ein staatliches Monopol im eigentlichen Sinne gibt es hierüber nicht. Der Einzelne findet seine Grenze aber jeweils dort, wo der Staat seine höhere Macht bekundet oder schon bekundet hat. Der Kern der Elemente ist also nicht ihr materieller Gehalt (beobachten, erkennen, ausführen) selbst, sondern das Element des Zu-höchst-Seins. Die Begriffe *Oberaufsicht*, *Letztentscheidungsbefugnis* und *Gewaltmonopol* zeigen dies jeweils schon begrifflich an.

Da sich die Entscheidungsfreiheit der Menschen, ob diese als staatlicher Funkti-

onsträger oder als Teil aus der Gesellschaft auftreten, für den Staat vorrangig nur über das Recht verbindlich beeinflussen lässt und die Adaption des staatlichen Willens zwar vorausgesetzt werden kann, aber nicht immer erfolgt, muss dem Staat insbesondere die Möglichkeit letztverbindlicher Überwachung der primären und sekundären Lagen, die letztverbindliche Entscheidung über den Verstoß, sowie die letztverbindliche Durchsetzbarkeit, bzw. Durchsetzungsfähigkeit verbleiben. Wiederum spielt es keine Rolle, ob die Norm durch einen Privaten oder einen staatlichen Funktionsträger nicht befolgt wird.

Die Grenzen der Privatisierung ergeben sich demzufolge nicht schon hinsichtlich der primären Lage, sondern erst hinsichtlich der sekundären Lage. Dann nämlich, wenn der Staat schon eine Leistung (erkennen, entscheiden, ausführen) bezüglich einer Lage erbracht hat. Ohne dass eine staatliche Entscheidung überhaupt vorliegt, kann ein Mensch keine der letztverbindlichen Entscheidung des Staates zuwiderlaufende eigene Entscheidung treffen. Es liegt keine Willenskollision vor, die entsprechend einer „vis superior“-Regel zugunsten der staatlichen Entscheidungsmacht aufgelöst werden müsste. Wo es keinen Rahmen der „gesetzlichen Freiheit“ gibt, da muss zwangsläufig die natürliche Freiheit herrschen. Deren Subjekt ist aber nicht der Staat, sondern der Einzelne. Nur, wo der Staat sich überhaupt mit einem Sachverhalt befasst hat, kann eine Privatisierung – also eine Vergesellschaftung – logisch möglich sein. Dieser „Staatsaufgabenbegriff“ geht aber immernoch deutlich über den formellen des *Bundesverfassungsgerichts* hinaus, nach dem die Wahrnehmung durch eine dem Staat zurechenbare Institution erfolgen muss.

cc) Bedeutung für das Kriterium zur Abgrenzung

Entscheidungen hinsichtlich der sekundären Lage trifft immer der Normadressat. Das bedeutet nicht weniger, als dass die Letztentscheidungsbefugnis de facto nicht im eigentlichen Sinne bestehen kann. *Die Letztentscheidungsbefugnis ist nur eine Fiktion und ein Maßstab für die Richtigkeit der Entscheidung des Normadressaten.* Entscheidet sich der Normadressat im Sinne des Staates, also des Rechtes, so *gilt* die Entscheidung als richtig und der Staat hat seine Entscheidung durchgesetzt. Im anderen Fall *gilt* die Entscheidung des Normadressaten als falsch, weil sie dem Recht und mithin staatlicher Entscheidung widerspricht. Der Staat kann seinen Willen

nur durchsetzen, wenn er selbst steuernd eingreift und unter Umständen das falsche Verhalten sanktioniert. Hierzu bedarf er der Oberaufsicht und des Gewaltmonopols.

Daraus wiederum folgt für das Element der Letztentscheidungsbefugnis, dass die Abgrenzung privater und zwingend staatlicher Bereiche anhand dieses Merkmals wenig ergiebig ist, obgleich es sich um das zentrale Element der Staatsgewalt handelt. Ein Eingriff in die Letztentscheidungsbefugnis wird sich vielmehr erst inzident und dann ergeben können, wenn schon ohnehin ein Eingriff entweder in die informatorische Grundlage der Entscheidung oder die Durchsetzungsmöglichkeit für die Entscheidung, sprich in die Elemente der Oberaufsicht oder des Gewaltmonopols vorliegt. Eine echte Mitbestimmung Privater bei staatlichen Entscheidungen wäre von vorn herein und in jedem Fall unzulässig⁵⁶²

b) Oberaufsicht und Gewaltmonopol

Damit schließt sich der Kreis hin zu dem eben Gesagten, dass Sachverhalte denkbar sind, bei denen die Belastung der Staatsgewalt zum einen oder anderen Element verschoben sei. Konkret bedeutet dies: Einerseits kann die Privatisierung dazu führen, dass sich der Staat seiner Möglichkeit zur Oberaufsicht begibt. Andererseits kann sie dazu führen, dass sich der Staat seiner Durchsetzungsmöglichkeit, des Gewaltmonopols, begibt. Beides führt zu einem Eingriff in die Staatsgewalt – und zwar primär in die Elemente der Oberaufsicht und des Gewaltmonopols.

⁵⁶²*Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 883. Ein Beispiel unzulässiger Privatisierung betreffs der Letztentscheidungsbefugnis sei hier kurz dargestellt: Am 11. September 1972 näherte sich München, wo zu dieser Zeit die Olympiade stattfand, von Stuttgart kommend, ein unbekanntes Flugobjekt in geringer Höhe. Die Möglichkeit bestand, dass ein Angriff auf das vollbesetzte Olympiastadion bevorstand. Diesen Sachverhalt teilte man seitens der staatlichen Funktionsträger vor Ort dem Stadionsprecher, *Joachim Fuchsberger*, mit, unter dem Hinweis, wie er diese Information verwenden sei seine Sache. Die Entscheidung die Bedrohung bekannt zu geben und unweigerlich eine Massenpanik auszulösen oder nichts zu sagen und auf einen guten Ausgang zu hoffen, hatte der Staat an einen Privaten abgegeben, obgleich es ganz offensichtlich auch staatlichen Funktionsträgern zu dieser Zeit möglich gewesen wäre diese Entscheidung selbst zu treffen. Es handelte sich um eine existenziell bedrohliche Lage in der der Staat seine Letztentscheidung, darüber wie zu reagieren sei, vollständig verweigert und stattdessen einem Privaten übertragen hat. Kurz bevor eine Entscheidung das Objekt abzuschießen getroffen werden musste, stellte sich dieses als verirrtes finnisches Flugzeug heraus, dessen Radar ausgefallen war. Insofern war die Entscheidung *Fuchsbergers* die Information zurückzuhalten zwar richtig, da ansonsten mit Sicherheit etliche Menschen verletzt oder getötet worden wären. Diese Entscheidung hätte aber, wie ausgeführt, dem Staat obliegen.

aa) Eingriff in die informatorische Grundlage: Oberaufsicht

Sofern die Grundlage für die Entscheidungsfindung wegfällt, ist es dem Staat nicht länger möglich, sich selbst eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage für diese zu verschaffen. Diese Grundlage heißt *Wissen*. Hierzu bedarf es der *Information*. Dementsprechend wurde das Oberaufsichtsrecht bereits als Informationsrecht beschrieben⁵⁶³.

Information ist zwingende Voraussetzung eine freie Willensentscheidung treffen zu können. Andernfalls kann der Willensträger nicht alle Umstände abwägen, sodass die Möglichkeit besteht einen wesentlichen Umstand zu übersehen und nicht in seine, zur Willensbildung notwendige, Überlegung miteinbezogen zu haben⁵⁶⁴. Dass die zugrundeliegende Information Entscheidungen und Meinungen massiv beeinflussen kann, ist offenkundig. Die Beeinflussungsfähigkeit ist der Definition des Informationsbegriffes immanent, wonach Information eine geordnete Datenmenge ist, die Grundlage für Wissen, Meinungen und Entscheidungen sein kann⁵⁶⁵. Daher ist bezüglich der Letztverbindlichkeit von Entscheidungen Vorsicht geboten. Zum Zeitpunkt des staatlichen Steuerungs- d.h. Entscheidungsaktes selbst ist die Teilhabe Privater, die zwangsläufig ihre Partialinteressen vertreten⁵⁶⁶, nicht zulässig. Eine Verlagerung der Entscheidungsvorbereitung in den privaten Bereich kann hingegen zulässig sein⁵⁶⁷. Wenn einem Privaten die Ermittlung bestimmter Tatsachen übertragen wird, die er möglicherweise sogar im eigenen Interesse erheben soll, dann wird er

⁵⁶³Vgl. zur Oberaufsicht insgesamt bereits oben, S. 92 ff.

⁵⁶⁴Im deutschen Recht finden sich Vorschriften, in denen diese Wertung zum Ausdruck kommt an vielen Stellen im Gesetz: §§ 119 ff., 138 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 300 ZPO (Entscheidungsreife).

⁵⁶⁵*Stohrer*: Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, S. 43, mit Verweis auf *Ebsen*: DVBl. 1997, 1039, dieser wiederum mwN.

⁵⁶⁶Dies trifft selbst dann zu, wenn die entsprechenden privaten Korporationen sowohl der Gesellschaft als auch dem Staat das Gegenteil weiß machen wollen. Als solche selbsternannten „Grals Hüter“ des allgemeinen Wohls tun sich insbesondere Kirchen und Gewerkschaften hervor. Vgl. zum Problem der Inanspruchnahme des Staates zur Durchsetzung und Verbindlichmachung von Partikularinteressen für die ganze Gesellschaft etwa, *Wiesing*, der aus diesem Grund den Streit um die Novellierung des Stammzellengesetzes als einen „Stellvertreterkrieg“ bezeichnet, *Wiesing*: Spektrum der Wissenschaft 6/2008, S. 84, insbes. 87 f.

⁵⁶⁷Hierzu, sowie zum – m.E. ebenfalls unzulässigen – Ausnahmefall der paritätischen Besetzung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, *Schmidt-Preuß*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 160, 181.

selbstverständlich versuchen eine Tatsachenlage zu schaffen, die zu einer weitgehenden Berücksichtigung seiner eigenen, privaten Interessen führen kann. Dann kann im Zweifel nicht mehr von freier und höchster Entscheidung des Staates gesprochen werden, da durch die Informationsbeeinflussung die Richtung der staatlichen Willensbekundung vorgezeichnet war.

α) Öko-Audit-Verfahren

Beispielhaft soll das anhand des Öko-Audit-Verfahrens nach dem UAG und der EWG(VO) 1836/93⁵⁶⁸ dargestellt werden. Vor allem geht es darum, Unternehmen zu motivieren, sich für ihre Betriebsstandorte zu einer bestimmten Umweltpolitik zu verpflichten und Maßnahmen zu treffen, die die Einhaltung dieser Zielsetzungen in Form von organisatorischer Absicherung und Kontrolle, zu gewährleisten⁵⁶⁹. Wenngleich sich der unternehmerische Anreiz auf Imageverbesserung, Reduzierung von Versicherungsprämien, Umweltkosten und der Anzahl an Rechtsstreitigkeiten⁵⁷⁰ des auditierten Unternehmens beschränkt, so sind die Unternehmensverbände nicht verlegen gewesen für den Fall der Auditierung weitreichende Deregulierungsforderungen zu stellen. Für den Bereich der antragsunabhängigen behördlichen Überwachung und der Selbstüberwachung wurde gefordert, dass für auditierte Betriebe die immissionsschutzrechtliche Regelüberwachung abgeschafft wird, bzw. im Fall der Selbstüberwachung die Aufgaben der Immissionsschutz-, Störfall- und auch Abfallbeauftragten nach dem KrW-/AbfG, eingeschränkt werden kann⁵⁷¹. Ersteres ist – in den meisten Ländern – nicht erfolgt. Letzteres regelt nun § 3 Abs. 1 EMASPrivilegV.

β) Folgen für die Möglichkeit der Oberaufsicht

Daran zeigt sich, dass sich im Rahmen dieser Verfahren der Staat weitgehend aus seiner Prüfungspflicht zurückzieht und es bei anlassbezogenen Prüfungen belässt,

⁵⁶⁸ ABl. EG Nr. L 168/1.

⁵⁶⁹ Das Verfahren fasst *Lübbe-Wolf*: Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit, in Koch (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, S. 214 ff. zusammen.

⁵⁷⁰ Die Vorteile zusammenfassend, *Stober*: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 208. Diese Anreize lösten einen beträchtlichen Sogeffekt aus, so *Schmidt-Preuß*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 160, 187.

⁵⁷¹ *Lübbe-Wolf*: Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit, in Koch (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, S. 219, 223.

während er ansonsten die Betreiber nicht mehr „behelligen“ soll (*Lübbe-Wolf*). Mehr noch: So soll bei auditierten Betrieben sogar die Eigenüberwachung eingeschränkt werden, die grundsätzlich die eben genannten Sonderbeauftragten der Betreiber übernehmen würden. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil diese Beauftragten den Betreiber zu unterrichten haben, von dem wiederum die Behörde Mitteilungen erhält. Fällt der Beauftragte weg, so fällt ein Instrument der Behörde zur mittelbaren Informationserlangung weg, was ihre Informationsgrundlage schmälert und den Bereich der letztlich unüberwachten Selbstkontrolle des Betreibers erweitert⁵⁷².

Dies kritisiert auch *Koch*, der – mit Recht – ausführt, es sei rechtssystematisch kaum verständlich, dass die angebliche Pflichterfüllung des Betreibers zum Fortfall der behördlichen Überwachung führen solle. Es gehe gerade darum zu kontrollieren, ob der Betreiber die ihm obliegenden Sicherungspflichten tatsächlich erfüllt, weil diese Sicherungspflichten nicht die staatliche Überwachung ersetzen, sondern vielmehr deren „natürlicher“ Gegenstand seien⁵⁷³.

In der Tat führt die Auflösung staatlicher Oberaufsicht dazu, dass die Entscheidungsgrundlage für staatliche Maßnahmen, etwa eine Betriebsstillegung, fehlt, manipuliert oder schlicht falsch ist und als Folge hiervon, dazu, dass der staatliche Schutzauftrag für die existenzielle Sicherheit, der etwa über das Immissionsschutzrecht erfüllt werden sollte, nicht mehr im vollen Umfang wahrgenommen werden kann. Die Auflösung staatlicher Oberaufsicht berührt nicht nur die existenzielle Sicherheit, sondern auch die Rechtssicherheit. Für den Fall des vollkommenen Fehlens einer Entscheidungsgrundlage, kann eine Entscheidung, die der Sanktionierung des Normverstoßes und der Einhaltung der Normen dienen soll, – selbstredend – weder getroffen noch durchgesetzt werden. Betroffene, aber auch die sich der Norm Widersetzenden, verlieren ihr Vertrauen in die Wirksamkeit der Norm, sodass die Realisierungssicherheit und damit die Rechtssicherheit insgesamt schwindet.

Wie oben schon gezeigt wurde, liegt ein Eingriff in den Kernbereich der Elemente der Staatsgewalt dann vor, wenn in ihre Eigenschaft des Zu-höchst-Seins eingegriffen

⁵⁷²Im Ergebnis ebenso, bereits zum Arbeitsentwurf der PrivilegierungsVO, *Lübbe-Wolf*: Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit, in Koch (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, S. 222 f.

⁵⁷³*Koch*: Immissionsschutzrecht, in ders. (Hrsg.): Umweltrecht, S. 208, Rn. 174.

wird. Die Bestimmung dessen, wann ein Eingriff in das Zu-höchst-Sein der Staatsgewalt gegeben ist, ist im Falle der Oberaufsicht besonders schwer. Es ist zu bedenken, dass die Staatsgewalt faktisch begrenzt ist und sich demzufolge keine absolut sichere Tatsachenbasis für jede einzelne zu treffende Entscheidung verschaffen kann, respektive jede tatsächlich erforderliche Entscheidung treffen kann. Um genügend Wissen für die Erfüllung seiner lagebezogenen Aufgaben zu beschaffen, ist er in erheblichem Maße des Rückgriffs auf das immense gesellschaftliche Wissenspotential bedürftig⁵⁷⁴ und zwar insoweit als es nötig ist rationale Entscheidungen zu treffen.

Infolge einer wie auch immer gearteten Deregulierung, d.h. entweder den bloßen Abbau gesetzlicher Regelungen oder den staatlichen Rückzug und die Schaffung oder Vergrößerung gesellschaftlicher Freiräume⁵⁷⁵, ist es dem Staat sogar möglich, seine Überwachungs- und Durchsetzungseffizienz zu steigern, bzw. eine Überwachung überhaupt erst zu gewährleisten. Etwa weil sich die überlastete Behörde zuvor entsprechend dem „Vogel-Strauß-Pinzip“ von belastenden Überwachungsaufgaben ferngehalten hat⁵⁷⁶, oder auch, weil durch Steigerung der Eigenverantwortung und der diesbezüglichen Schaffung von Anreizen dieser nachzukommen, nicht nur unmittelbar staatlich gewünschte Ziele erreicht, sondern auch betriebliche Maßnahmen ausgelöst werden können, die über die staatliche Gefahrenabwehrmöglichkeiten hinausgehen⁵⁷⁷.

Schließlich ist zu fordern, dass überhaupt die Möglichkeit besteht, private Entscheidungen, Prüfergebnisse, angewandte Verfahren etc. qualifiziert, wenigstens überblickartig zu überprüfen. Prägnant bemerkt etwa *Di Fabio*, es könne nicht sein, dass „Private unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten handeln und von einer fachlich weitgehend ahnungslosen Behörde nur die Unbedenklichkeit bescheinigt bekommen oder es zu einer unkontrollierten Übernahme in den behördlichen Willen kommt“⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ *Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 76, Rn. 59.

⁵⁷⁵ Zum Deregulierungsbegriff insgesamt, *Schneider*: Öko-Audit und Deregulierung im Immissionsschutzrecht, S. 93 ff.

⁵⁷⁶ *Lübbe-Wolff/Steenken*: ZUR 1993, 263, 264.

⁵⁷⁷ *Stober*: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 207; auf die Gefahren diffuser Wirkungsbeziehungen hinweisend, *Di Fabio*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 235, ff., insbes. S. 261 f.

⁵⁷⁸ Mit Verweis auf OLG Frankfurt a.M. NJW 1995, 2570, 2571, *Di Fabio*: JZ 1999, 585, 592. Falsch liegt dagegen *Hammer*, der eine ausschließlich sichernde und beobachtende Betätigung von

Ähnlich äußern sich auch *Lübbe-Wolf* und *Moormann*, die von einer „Kontrolle der Kontrolleure“ aufgrund real nachvollziehender Kontrollen⁵⁷⁹, bzw. von einer Befähigung zur Überwachung sprechen. Die Befähigung zeige sich insbesondere darin, dass die Behördenmitarbeiter technisch versiert und im Betriebsleben erfahren sein müssten⁵⁸⁰. Man kann insoweit von der Erforderlichkeit von *Beteiligungswissen* sprechen, im Gegensatz zum nicht notwendigen Aktionswissen des Staates⁵⁸¹.

Das Erkennen von Lagen schließt es ein, dass der Staat laufend über das erforderliche Beteiligungswissen verfügt und wissensmäßig vorgesorgt hat, falls der Markt versagt und er bestimmte Aufgaben wieder selbst übernehmen muss⁵⁸², womit die Verbindung zur Durchsetzungsfähigkeit staatlicher Entscheidungen angedeutet ist. Das staatliche Wissen kann nach Art und Umfang seines Einsatzes gestaffelt sein. Die Wissensbeschaffung, die „Informationsvorsorge“⁵⁸³, richtet sich nicht nur auf die Gegenwart, sondern auch in die Zukunft und wird mit den komplexer werdenden Zielen, die sich der Staat stellt, selbst immer umfangreicher⁵⁸⁴. Die zukunftsgerichtete Wissenserlangung ist Voraussetzung für die Planung, als methodischem Lenkungselement künftigen Geschehens, die sich als zentrale Kategorie menschlichen – und damit staatlichen – Handelns darstellt⁵⁸⁵.

Der Staat hat im Interesse der Erhaltung seiner Aufsichtsfähigkeit, jedoch nicht nur für eine hinreichende Informationsvorsorge – sei es durch eigene oder fremde Informationsgewinnung – zu sorgen, sondern er muss außerdem darauf achten, dass sich der Informationszufluss nicht in eine Flut verwandelt und er gleichsam in den Informationen ertrinkt. Es ist nicht das Ziel des Staates möglichst viel Information zu sammeln, sondern es ist das *Ziel möglichst viel Wissen* zu sammeln. Das setzt

Sicherheitsdiensten für „unbeschränkt zulässig“ hält, weil es am Eingriff in das Gewaltmonopol fehle; *Hammer*: DÖV 2000, 613, 619.

⁵⁷⁹ *Lübbe-Wolff/Steenken*: ZUR 1993, 263, 268.

⁵⁸⁰ *Moormann*: Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit, in Koch (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, S. 243.

⁵⁸¹ *Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 76, Rn. 29.

⁵⁸² So ausdrücklich in Bezug auf die Privatisierung, A. a. O., Rn. 27.

⁵⁸³ *Stohrer*: Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, S. 53 und öfter.

⁵⁸⁴ *Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 76, Rn. 120.

⁵⁸⁵ *Hoppe*: Planung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 77, Rn. 1 ff.

die geistige Erfassung, Verarbeitung und Verwertung der gewonnenen Information voraus. Das oben schon erwähnte Beteiligungswissen ist mehr als nur eine Information die Private über ihre Tätigkeit abgeben. Es ist die eigene Reflektion des Staates über die erlangten Informationen. Information wird so in Herrschaftswissen überführt⁵⁸⁶. In der Erlangung von Information und Wissen erschöpft sich das Überwachungsrecht des Staates. Im Element des Wissen gehen Obergerichtsrecht und Letztentscheidungsrecht ineinander über.

Selbstverständlich reicht es nicht aus, dass der Staat weiss. Die bloße Kontrolle äußerer Lebensvorgänge genügt nicht. Vielmehr bedarf es auch der Möglichkeit erkannte Missstände abzuschalten, also zu berichtigen⁵⁸⁷. Als Regalrechte dienten für den Landesherren die Obergerichts- und das *ius polittiae*, die heute, aufgrund der virtuellen Allmächtigkeit der Staatsgewalt und des ihr eigenen Gewaltmonopols immanent sind.

Es kann daher nicht sein, dass sich der Staat von jetzt auf gleich dazu entschließt, Regelwerke abzubauen und sich auch hinsichtlich der Prüftiefe und -dichte zurückzuziehen. Damit überließe er faktisch den freiwerdenden Raum allein gesellschaftlicher Selbstregulierung, die er nicht mehr steuern und eventuelle Fehlentwicklungen korrigieren kann⁵⁸⁸. Vielmehr wäre es notwendig in einem schrittweisen Prozess den betreffenden Bereich der Selbstregulierung zuzuführen, etwa indem die Regelungs- und Prüfdichte abgebaut wird, aber eine strenge Überwachung der privaten Akteure erfolgt. Stellt sich dann heraus, dass die zugrundeliegenden, nur noch grob steuernden Nor-

⁵⁸⁶Ähnlich, *Stohrer*: Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, S. 50.

⁵⁸⁷*Ronellenfisch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III (1998), 109, 126, der die Berichtigungsfunktion allerdings dem Obergerichtsrecht selbst zuordnet.

⁵⁸⁸In Großbritannien, wo die Netzinfrastruktur der Bahn privatisiert worden war, kam es infolge der fehlenden Wartung des Schienennetzes – die zuvor aber auch der Staat selbst versäumt hatte – zu mehreren schweren Eisenbahnunglücken. Die Betreibergesellschaft meldete Insolvenz an und der Infrastrukturbetrieb ging in die Hand einer Not-for-dividend-Organisation, einer Art öffentlich-rechtlicher Anstalt zurück; dazu, *Amann*: Die funktionelle Trennung von Infrastruktur und Betrieb im Eisenbahnwesen, S. 36 ff. Dies zeigt einerseits, dass Großbritannien bei der Liberalisierung übers Ziel hinausgeschossen ist, als man die notwendige Profitorientierung der Privatunternehmen unberücksichtigt gelassen hat, die zur Unterlassung der Wartung beitrug. Aufgrund des vollkommenen Verlustes unmittelbarer staatlicher Einflussnahme konnte dieser Entwicklung nicht entschieden entgegen gewirkt werden. Andererseits zeigt sich aber auch, dass man der Beobachtungspflicht im Ergebnis nachgekommen ist und die Fehler schließlich korrigiert hat.

men tatsächlich hohe Wirkungswahrscheinlichkeit infolge großer Befolgungsdichte besitzen, dann kann sich der Staat möglicherweise – nach erneuter Entscheidung auf Grundlage der neuen Tatsachenlage – noch weiter zurückziehen⁵⁸⁹. Wegen des Sicherheitszwecks zwingend zu fordern ist, dass der Staat Bereiche, die die existenzielle Sicherheit betreffen, nie unbeobachtet lässt.

γ) Norm als Information

Hierin zeigt sich der wesentliche Zusammenhang zwischen Oberaufsicht, Gewaltmonopol und Wirkungswahrscheinlichkeit⁵⁹⁰. Nur wenn diese Elemente vorhanden sind kann die Staatsgewalt effektiv und zu-höchst sein, weil sie über Lagen zu entscheiden vermag, diese Entscheidungen durchsetzen, aber gleichzeitig auch auf die grundsätzliche Normeinhaltung vertrauen kann.

Oben wurde ausgeführt, dass es immer der handelnde Mensch ist, der die zeitlich letzte Entscheidung trifft unabhängig davon, ob seine Handlung dem staatlichen oder gesellschaftlichen Bereich zugeordnet wird. Ob die Staatsgewalt sich durchsetzt und sich der Handelnde also im Rahmen seiner gesetzlichen Freiheit bewegt, liegt daher primär im freien Willen des Einzelnen begründet. Der Staat kann nicht immer und überall in persona anwesend sein. Daher ist er auf die Steuerungsfähigkeit des Rechts angewiesen. Für den Normadressaten ist eine Norm im Grunde nur eine Information, also eine geordnete Datenmenge, die Grundlage für Wissen, Meinung oder Entscheidung sein kann und, im Falle des Rechts, sein soll. Die Steuerungsfähigkeit von Recht beruht daher, freilich neben anderen Faktoren⁵⁹¹, schon in seiner

⁵⁸⁹Zum „stufenweisen Überwechseln“ vom Verwaltungsprivatrecht zu selbstregulativem Gesetzesvollzug ist das Beispiel der Privatisierungen im Telekommunikationsbereich zu nennen, *Di Fabio*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: *VVDStRL* 56 [1997], 235, 270; mit kurzem Überblick über die Einzelschritte, *Ebsen*: DVBl. 1997, 1039, 1041 f. Ebenso *Stohrer*: Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, S. 133 ff., auch hinsichtlich der Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat im Rahmen der einzelnen Privatisierungsschritte.

Nach Ansicht von *Ronellenfitsch* ist bei der Privatisierung außerdem zu beachten, dass der ursprünglich vorhandene Grundrechtsschutz nicht endet, dass also eine Drittwirkung von Grundrechten anzunehmen sei, wenn privatisiert wird. Denkbar wäre andererseits auch, dass die Grundrechtswirkung durch einfachgesetzliche Bindung des Privaten herbeigeführt wird.

⁵⁹⁰Vgl. daher S. 119 ff.

⁵⁹¹Etwa der Autorität der Staatsgewalt wegen. Zu dieser, *Herzog*: Allgemeine Staatslehre, S. 171 ff.; *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 840 ff.

bloßen Existenz als Information für den Einzelnen – sofern diese Information aus sich heraus verständlich ist, was bei der heutigen Gesetzgebung aber nicht mehr allgemein vorausgesetzt werden darf – dies kommt im Wirkungselement der Ordnungsgewissheit zum Ausdruck.

So rückt die Norm in den Mittelpunkt der Betrachtung. Und in der Tat spielt die Normierbarkeit, verstanden als die Möglichkeit ein äußeres Verhalten begrifflich zu erfassen und einer Regelung zuzuführen, eine bedeutende Rolle. Die gesetzliche Freiheit, die dem Einzelnen im Staat bleibt, wird durch Normen reguliert. Daraus folgt, dass dort, wo ein Sachverhalt einer normativen Erfassung überhaupt sinnvollerweise zugänglich ist, der Rahmen gesetzlicher Freiheit knapper bemessen sein kann, als dort, wo dies nicht oder jedenfalls nicht in größerem Umfang der Fall ist.

Im ersten Fall gilt im Grundsatz, dass die Steuerungsfähigkeit des Rechts erhöht wird, indem man die Willensentscheidung des Normadressaten weitgehend vorgibt. Dies ließe den Schluss zu, durch mehr Gesetze lasse sich der Willen des Staates umfassender durchsetzen. Das ist ein Trugschluss. In gewissem Maße ist zur Erreichung einer Ordnungsgewissheit sicher eine präzise Regelung von Lebensvorgängen erforderlich. Andererseits bedeutet jeder Normverstoß einen Eingriff in die Rechtssicherheit insgesamt, sodass, wenn sich die Adressaten nicht an den minutiös geregelten gesetzlichen Rahmen ihrer Freiheit halten (können), die Rechtssicherheit sinkt und der Staat das Gegenteil dessen erreicht hat, was geplant war. Das Abstecken eines weiten Rahmens kann insbesondere dann erforderlich sein, wenn die Lagen und ihre Bewältigung so unabsehbar und vielgestaltig sein können, dass eine sinnvolle vom konkreten Anlass losgelöste Regelung einzelner Lagen schlicht unmöglich ist. Als Beispiel für eine derartige Norm sei die polizeiliche Generalklausel genannt, §§ 1, 3 PolG BW. Auf ihren Kern reduziert lautet sie: Die Polizei hat die Aufgabe Gefahren von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen (Tatbestand) dadurch abzuwehren, dass sie diejenigen Maßnahmen trifft, die nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen erforderlich sind (Rechtsfolge). Hieran zeigt sich, dass durch die Variabilität, die die Generalklausel als Delegationsnorm und Lücke im Gesetz⁵⁹² gewährt, nicht die Rechtssicherheit schwächt, sondern zumindest gleichbleibend erhält. Zwar ist zuzugeben, dass durch

⁵⁹² *Rüthers*: Rechtstheorie, S. 534.

die unbestimmte, einzelfalloffene Rechtsfolge die Ordnungsgewissheit sinkt. Andererseits darf der gegenläufige Anstieg der Realisierungssicherheit der Generalklausel nicht verkannt werden, sodass die Rechtssicherheit stabilisiert wird⁵⁹³.

Die Norm als Informationsgrundlage des Einzelnen taugt somit in verschiedener Weise. Während im Falle einer – im Rahmen einer abstrakt-generellen Regelung – „genauen“ tatbestandlichen Umschreibung und Rechtsfolgenanordnung die Information, die Entscheidung des Einzelnen grundsätzlich in hohem Maße zu steuern, geeignet ist, trifft dies im Falle generalklauselartiger Regelung nicht zu. Sie lässt dem Normanwender Raum für eine eigene, auf anderer Information, Meinung oder Wissen getroffene Entscheidung. Die polizeiliche Generalklausel setzt nur eine subjektbezogene Gefahr voraus und verlangt deren Abwendung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens.

δ) Zwischenergebnis

Für die Privatisierungsfähigkeit von Lebenssachverhalten bedeutet das Folgendes:

Wo Lagen ihrer Grundstruktur nach erkennbar, regelbar und somit planerisch zu bewältigen sind, da kann eine Privatisierung eher zulässig sein als dort, wo dies nicht der Fall ist. Wo eine grundsätzliche Planung der einzelnen Lagen nicht möglich ist, bedarf es einer einzelfallbezogenen und oftmals schnellen Entscheidung. Dann ist von „staatstragender“ Bedeutung, ob die letzte Entscheidung, die effektiv die konkrete Lage regelt, von einem der staatlichen oder der gesellschaftlichen Sphäre angehörenden Normadressaten getroffen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Entscheidung die existenzielle Sicherheit Einzelner oder des Gemeinwesens betrifft, zu deren Schutz grundsätzlich der Staat verpflichtet ist.

bb) Temporales Element

Das folgt aus dem *temporalen Element*. Die zeitlich letzte Entscheidung, die die Lage regelt, stellt zugleich die in diesem Augenblick letztverbindliche dar. Für den Staat ergibt sich also ein erhebliches Problem: Er kann in Person nicht überall gleichzeitig sein, weshalb zuvor schon die Bedeutung der Steuerungsfähigkeit des

⁵⁹³ Anders dagegen *Krüger* bezüglich des – ebenfalls als Generalklausel gefassten – Staatsnotrechts, *Krüger*: Allgemeine Staatslehre, S. 835 f.

Rechts hervorgehoben wurde. Das Problem lässt sich offensichtlich aber auch nicht anhand der Normierung lösen, weil hierdurch eine weitere, sekundäre Lage entsteht, die der Staat wiederum nicht vollumfänglich unter Aufsicht und Kontrolle halten kann.

α) Faktische Beschränktheit der Staatsgewalt

Der Staat kann seiner faktischen Beschränktheit nicht entrinnen⁵⁹⁴. Weder durch das Recht, noch durch das mit der Friedenspflicht korrespondierende Gewaltmonopol. Die Adressaten staatlichen Schutzes müssen erkennen, dass die von ihnen gebildete Institution zur Ermöglichung besseren Überlebens nicht unumschränkt dieser Aufgabe nachkommen kann. Der Staat kann bei der Erfüllung seiner Aufgaben – insbesondere der eben genannten – nicht Erfolg, sondern nur Tätigkeit schulden. Seine Leistungspflicht ist auf das Maß beschränkt, das zu leisten möglich ist. Es ist unstrittig, dass der Staat im Bereich des Existenzschutzes zu besonderer Anstrengung verpflichtet ist, während er an anderer Stelle Tätigkeit nur in geringerem Umfang schuldet. Zum Existenzschutz kann auf die Ausführungen des Oberbundesanwalts im Verfahren über den bewaffneten Werkschutz im Kernkraftwerk Neckarwestheim zurückgegriffen werden, auf die in der Urteilsbegründung kurz Bezug genommen und die vom *Bundesverwaltungsgericht* gebilligt wurde. Das Gericht führt aus: „Zutreffend weist der Oberbundesanwalt darauf hin, dass es neben Kernkraftwerken zahlreiche andere großtechnische Anlagen gibt (z.B. Raffinerien, chemische Fabriken, Lagerstätten für toxische, brennbare oder explosive Stoffe), die ebenso wie Kernkraftwerke durch Anschläge gefährdet sind und für die dann ebenso gefordert werden müsste, dass Polizei auf dem Gelände ständig einsatzbereit ist“. Weiter führt das Gericht aus, es stünde im weiten gesetzgeberischen Ermessen, ob er den Schutz zu einer öffentlichen, durch die Polizei wahrzunehmenden Aufgabe mache, oder für eine Übergangszeit, bis zum Eintreffen der Polizei den Schutz dem „Hausrecht“ des Betreibers überlasse⁵⁹⁵. Weiter erkennt das Gericht, es sei nur eine Annahme, die Polizei treffe regelmäßig in zehn bis zwölf Minuten ein. Diese Annahme könne aber

⁵⁹⁴Dazu schon oben S. 113.

⁵⁹⁵BVerwGE 81, 185, 189.

durch diverse, nicht jeweils vorhersehbare Einflüsse in Frage gestellt sein⁵⁹⁶.

β) Rahmen der Disponibilität der beschränkten staatlichen Ressourcen

Auch wenn es an den Zitatstellen nicht zum Ausdruck kommt, so liegt in diesen Ausführungen doch ein deutlicher Hinweis auf das *Restrisiko* vor. Offenbar ist es das Restrisiko, das den Gegenstand gesetzgeberischen Ermessens bildet. Es obliegt dem Gesetzgeber festzustellen, ob das Hausrecht für die Übergangszeit genügt oder ob sogleich die Staatsmacht anwesend sein muss, es eine Übergangszeit also gar nicht geben darf. Der Staatist daher gezwungen die Schutzobjekte herausuchen, die besonders wichtig erscheinen. Offenbar waren der Gesetzgeber, die handelnde Behörde und das Gericht, der Ansicht, es genüge, gemessen am Maßstab praktischer Vernunft, die vorübergehende Abwehr von Angreifern am Boden dem Betreiber und seinem Hausrecht zu überlassen, weil die Verwirklichungswahrscheinlichkeit eines Schadens auf diese Weise so gering ist, dass vernünftigerweise und angesichts prinzipiell knapper Ressourcen keine umfangreicheren staatlichen Schutzmaßnahmen erforderlich seien⁵⁹⁷.

Es mag dahingestellt bleiben, ob ein Kernkraftwerk, gemessen am Maßstab praktischer Vernunft, nicht einen weitergehenden staatlichen Schutz verdient hätte, als eine Tankstelle in derselben Entfernung zur nächsten Polizeiwache. Das ist eine wertungsmäßige Einzelfallentscheidung, die im dargestellten Fall jedenfalls nicht unvertretbar ist. Der springende Punkt aber ist, dass das Gericht die faktische Beschränktheit der Staatsgewalt erkannt und beachtet hat, indem es die *zeitliche* Möglichkeit des staatlichen Schutzes berücksichtigt. Es hat ausgeführt, dass es nicht um eine Privatisierung gehen könne, sondern darum *bis zum Eintreffen* der Polizei auch in organisatorischer Hinsicht einen Schutz der Anlage zu gewährleisten⁵⁹⁸.

Zurückkommend auf die zeitlich letzte und damit letztverbindliche Entscheidung folgt daraus, dass der Staat aufgrund seiner faktischen Beschränktheit *gezwungen* ist, für bestimmte Lagen bis zur tatsächlichen staatlichen Befassung mit ihnen, deren letztverbindliche Regelung Privaten im Rahmen ihrer Rechte – Normen – zu über-

⁵⁹⁶BVerwGE 81, 185, 194 f.

⁵⁹⁷Zum Begriff des Restrisikos, vgl. bereits oben S. 11 mwN.

⁵⁹⁸BVerwGE 81, 185, 189; Hervorhebung im Original.

lassen. Der Betreiber eines Kernkraftwerks wird tätig, auf Grundlage allgemeiner ihm zukommender Rechte, insbesondere der Haus- bzw. Notrechte, die im übrigen tatbestandlich ebenfalls von generalklauselartiger Weite sind.

Nicht genug betont werden kann das Element des Zwangs, *faktisch* nicht handeln zu können. Es kann nicht sein, dass der Staat „besseres zu tun hat“, als sich um kritische, existenzbedrohende Situationen zu kümmern. Von daher mutet es seltsam an, wenn das *Bundesverwaltungsgericht* in der eben zitierten Entscheidung davon spricht, die Dauer bis zum Eintreffen der Polizei hänge auch von ihrer „sofortige[n] Einsatzbereitschaft und -fähigkeit“ ab⁵⁹⁹. Was hat die Polizei anderes zu tun, als sich einsatzbereit und -fähig zu halten – insbesondere wenn ein besonders schützenswertes Objekt in der Nähe belegen ist?

Der Staat darf sich nicht, über seine, sich aus der Natur der Sache ergebende, faktische Beschränktheit hinaus, selbst in seinen Möglichkeiten zur Aufgabenerfüllung hindern. Als obere Grenze, bis zu der hin der Staat seine Leistung verweigern darf, ist die Schwelle des Restrisikos zu beachten.

Staatliche Aktivität ist dann *geboten*, wenn vernünftigerweise und trotz prinzipieller Ressourcenknappheit die Wahrscheinlichkeit einer Schadensverwirklichung mehr als nur unerheblich ist. Bezogen auf das eben genannte Beispiel hat der Staat so viele Mittel zur Verfügung zu stellen, dass wenigstens auf der nächsten Wache immer genügend Personal einsatzbereit und -fähig ist, sodass unverzüglich ein Einsatz beginnen kann, wenn vom Kernkraftwerk ein Notruf erfolgt. Für die sonstigen im Urteil genannten möglichen Verzögerungen, wie etwa glatte Straßen, Verkehrshindernisse etc. kann der Staat nichts. Sie sind vom Staat, wie vom Schutzadressaten hinzunehmen; hierin drückt sich die faktische Machtbeschränkung des Staates aus. Ebenso könnte fraglich sein, weshalb die Polizei, wenn sie für die Terrorismusbekämpfung zuständig ist, nicht auch mit den entsprechenden Mitteln ausgestattet wird⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹BVerwGE 81, 185, 194.

⁶⁰⁰Gegen Flugzeugangriffe, für die die Bundeswehr nicht zuständig ist, wären Raketen geeignet, über die die Polizei aber nicht verfügt. Zum Schutz der Bodenbevölkerung bietet sich eine Rakete mit möglichst großer Zerstörungswirkung an, sodass das Flugzeug in möglichst kleine Teile zerfällt, hierzu *Winkeler*: Bedingt abwehrbereit?, S. 91. Für eine verbesserte Ausstattung der Polizeikräfte in derartigen Fällen, *Ladiges*: Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, S. 161 f. mwN. zur (herrschenden) Gegenansicht.

Dieser Mangel an sachlichen Mitteln zur staatlichen Aufgabenerfüllung wirkt sich letztlich im temporalen Element aus, sodass dieses keine Beschränkung anderer als temporaler Art ist: Wenn der Staat nicht handeln *kann* oder nicht handeln *darf*, hat das letztlich Auswirkungen auf die zeitlich-faktische Beschränktheit der Staatsgewalt. Das temporale Element dauert dann über die natürliche Dauer der faktisch bestehenden Beschränktheit an. Daraus folgt, dass so lange über die Lage nicht letztverbindlich durch den Staat – also durch seine zuständigen Funktionsträger – entschieden werden kann. Dann liegt in der überschießenden Zeit staatlicher Unfähigkeit zur Letztentscheidung ein Eingriff in die Staatsgewalt vor.

Aber nicht nur gezielte, sondern auch unbewusste Verlagerungen von Schutzaufgaben in den gesellschaftlichen Bereich können eine unzulässige Beschränkung der Staatsgewalt sein. Würde der Staat, etwa aufgrund vermeintlich knapper Mittel, die Verteilung von Polizeiwachen ausdünnen, so erhöht er die Zugriffszeit der Polizei im Notfall. Hierin liegt keine Privatisierung im allgemein gemeinten Wortsinne. Gleichwohl liegt eine mittelbare Überlassung der Regelung von Lebenssachverhalten in den gesellschaftlichen Bereich vor, weil dort, wo vormals die Polizei in fünf Minuten anwesend sein konnte, nun zehn Minuten bis zum Eintreffen vergehen. Dann ist für die – aufgrund staatlicher Entscheidung – differierende Zeitdauer die Gesellschaft sich selbst überlassen. In welchem Rahmen ein solcher Rückzug zulässig ist, bestimmt sich wiederum am Kriterium des Restrisikos. Unzweifelhaft unzulässig sind extreme Fälle, wie der beginnende polizeiliche Rückzug aus manchen großstädtischen Straßenzügen, weil dort die Polizei keine Macht mehr besitzt, sondern die Beamten um ihr eigenes Wohlergehen besorgt sein müssen. Ein solcher Zustand ist völlig untragbar und *muss* abgestellt werden. Die Geltung des Rechts muss überall grundsätzlich durchsetzbar sein⁶⁰¹.

In Fällen wie sie etwa § 14 Abs. 3 LuftSiG im Auge hatte (sog. Renegade-Fall) dagegen darf der Staat nicht handeln. Die Abwägung von Menschenleben, die ein solcher Fall zwingend mit sich bringt, verstößt gegen die Menschenwürde. Dem Staat ist eine sinnvolle Entscheidung nicht möglich, da sich die beiden Lösungsalternati-

⁶⁰¹Zu den sog. no-go-areas, ebenfalls den polizeilichen Rückzug kritisierend, *Brinktrine*: Privatisierung im Bereich der Gefahrenabwehr, in Kleszczewski/Müller/Neuhaus (Hrsg.): Entstaatlichung und gesellschaftliche Selbstregulierung, S. 54.

ven Abschluss/Geschehenlassen an Rechtswidrigkeit nichts nehmen. Die Staatsmacht wird – vermutlich? – nichts tun. Daraus folgt ebenfalls nichts anderes, als eben beschrieben: Die zeitliche Unmöglichkeit staatlicher Herrschaftsausübung dehnt sich aus, bis über diese oder sogar eine nachfolgende Lage nicht mehr entschieden werden kann. Das Heft des Handelns bleibt in den Händen der Gesellschaft und des Zufalls.

Einfach gesagt: In all jenen Fällen, in denen aufgrund staatlicher Entscheidung über die Gebotenheit im Rahmen des Restrisikos hinaus, der Staat an faktischen Einflussmöglichkeiten verliert und so die Durchsetzung des Rechts und der existenziellen Sicherheit leidet oder unmöglich wird, liegt ein Eingriff in den Kern der Staatsgewalt vor. Denn über den Zeitraum der Handlungsunfähigkeit hinaus, die auf der faktischen Beschränktheit der Staatsgewalt beruht, liegt eine zumindest mittelbare „Vergesellschaftung“ der zu regelnden Lebensachverhalte vor.

γ) Oberaufsicht im Lichte des temporalen Elements

Abschließend bietet sich ein Blick zurück zur Oberaufsicht an. Es ist noch nicht beantwortet worden, wie sich eine Vergesellschaftung im Bereich der Informations- und Wissensbeschaffung auswirkt, die dem Element der Oberaufsicht zugeordnet ist. Zu klären und zu begründen sind insbesondere die Grenzen.

Als Obersatz zu merken ist, dass ein Vorrecht des Staates besteht Sachverhalte zu entschärfen, bevor sie sich tatsächlich zu kritischen Situationen entwickeln⁶⁰². Das eben hervorgehobene Zeitelement wird auch in diesem Zusammenhang wirksam. Oben wurde exemplarisch auf den Fall der Überwachung von Umweltwerten eingegangen. Im Gegensatz zu den eben geschilderten Lebensachverhalten, zeichnen sich die von Emmissionen ausgehenden Gefahren in aller Regel, abgesehen von Unfallereignissen, durch einen dauerhaften schadensstiftenden Verlauf aus, wohingegen bei Unfällen oder Anschlägen aller Art ein plötzliches Auftreten typisch ist. Unter der Prämisse betrachtet, dass der Staat im Rahmen seiner faktisch beschränkten Macht eine letztverbindliche Entscheidung zu treffen hat, ergibt sich daraus ein bedeutender Unterschied. In Fällen der letztgenannten Art nämlich, wird die Entscheidung eines Privaten höchstwahrscheinlich die zeitlich letzte und damit die letztverbind-

⁶⁰² Krüger: Allgemeine Staatslehre, S. 769.

liche vor dem Eintritt eines Schadens sein, weil sich bis dahin kaum mehr eine Möglichkeit staatlicher Kontrolle und einer eventuellen Korrekturentscheidung ergeben wird. In den Fällen der erstgenannten Art dagegen, ist, aufgrund der sich nur langsam entwickelnden Gefahrenlage, für die staatliche Kontrolle privater Tätigkeit und Entscheidung bis zum Schadenseintritt noch genügend Zeit. Insbesondere ist es dem Staat noch möglich steuernd auf die Situation derart Einfluss zu nehmen, dass ein kritisches, die staatliche Letztentscheidung ausschließendes Maß überhaupt nicht erreicht wird.

Je mehr Zeit bis zum möglichen Schadenseintritt verbleibt, desto eher ist es dem Staat erlaubt – selbstverständlich gemessen am Restrisiko – Tätigkeiten auf Private zu verlagern, sofern er die Oberaufsichtsmöglichkeit und damit auch die Möglichkeit zu letztverbindlichen eigenen Entscheidungen behält. Gerade im Bereich sich langsam entwickelnder, potentiell gefährlicher Sachverhalte bietet es sich für den Staat geradezu an, Privaten mit bestimmten Pflichten zu belasten, um sich selbst zu entlasten und für solche Sachverhalte möglichst frei zu halten, die im Interesse der existenziellen Sicherheit in zeitlich engem Rahmen nach dem Staat verlangen.

Aufsichtstätigkeiten nehmen verhältnismäßig viel Zeit in Anspruch, sodass sie teils vom Staat ganz unterlassen wurden⁶⁰³. Daran zeigt sich, dass die staatliche Entscheidung Privaten das Feld weitgehend zu überlassen und diese zugleich in die Pflicht zunehmen, sogar zu einer Erhöhung der Prüfdichte und damit mittelbar auch zu einer Erhöhung des Maßes der Gewährleistung existenzieller Sicherheit führen kann.

3. Ergebnis

Staatliche Macht ist ein knappes Gut, mit dem es zu wirtschaften gilt. Dies darf nicht zu einem Ausverkauf und einer Dezimierung staatlicher Macht führen. Es geht um optimierten Einsatz der staatlichen Macht. Das schließt es ein, in Bereichen, wo der Rückzug ohne Eingriffe in die Möglichkeit letztverbindlicher Entscheidung möglich ist und die Kontrollmöglichkeit gewährleistet bleibt, im Rahmen des Restrisikos Private zur Zuarbeit anzuhalten und sich deren Erfahrungen und Einsatzfähigkeit

⁶⁰³Zu dem „Vogel-Strauß-Prinzip“, nach dem sich die Behörden von den sie belastenden Überwachungsaufgaben freigehalten haben, *Lübbe-Wolff/Steenken*: ZUR 1993, 263, 264.

zu eigen zu machen.

Der oft verwendete Begriff des Restrisikos mit seinem wertenden Bestandteil der Gebotenheit führt den Weg heraus aus dem staatstheoretischen Teil der Prüfung in den verfassungsrechtlichen Teil – der, wie zu Anfang erwähnt, nicht Gegenstand dieser Arbeit sein soll. Wann ein Einschreiten des Staates geboten ist, hängt für den Staat des Grundgesetzes neben dem Verständnis der staatstheoretischen Grundlagen insbesondere von den die existenziellen Rechtsgüter betreffenden Verfassungsbestimmungen und ihrem Verständnis ab. Die Schutzverpflichtung des Staates wird im Verfassungsstaat aus den Grundrechten abgeleitet.

Vier Kriterien zur Prüfung der Zulässigkeit von Privatisierungsmaßnahmen lassen sich demnach zusammenfassen:

- Die Befassung der Gesellschaft mit Lebenssachverhalten, die die existenzielle Sicherheit bedrohen ist, sofern der Staat physisch abwesend ist, nicht nur möglich, sondern der status quo. Dies findet seinen stärksten Ausdruck in den Notrechten.
- Der Staat ist aber nicht berechtigt seine Leistungsfähigkeit über die Grenze des Restrisikos hinaus, durch rechtliche, finanzielle, sächliche oder sonstige Beschränkungen seiner Handlungsfähigkeit, weiter zu beschneiden.
- Der Rahmen, innerhalb dessen sich der Staat zurückziehen darf, ist um so weiter, als die planerische – rechtliche – Bewältigung von Lagen möglich ist und genügend Zeit bleibt, für eine dem Staat zurechenbare Entscheidung zur Verhinderung eines für die existenzielle Sicherheit kritischen Zustands.
- Es ist auf eine optimale Verteilung der verfügbaren staatlichen Ressourcen zu achten; wobei der Aufgabe der Schutzgewährleistung eine hervorgehobene Position zukommt. Die Wichtigkeit anderer Staatsaufgaben und Werte, etwa der Freiheit, kann sich nur aus dem Recht des einzelnen Staates oder aus Völkerrecht ergeben. Das ist im Rahmen des Restrisikos zu berücksichtigen.

Befolgt der Staat diese Verteilungskriterien unter Berücksichtigung seiner jeweiligen verfassungsmäßigen Aufgaben, so führt dies zu einer Optimierung der mit der

Privatisierung verfolgten Ziele. Einerseits werden staatliche Ressourcen geschont. Der Staat braucht sich nicht länger selbst mit bestimmten Lebenssachverhalten zu befassen. Andererseits sinkt durch die Privatisierung nicht das Sicherheitsniveau, weil die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung – vor allem in den bedeutendsten Bereichen – voll erhalten bleibt. Die Staatsgewalt wird nicht in Ihrem Kernbereich angetastet. Mehr noch: Durch die trennscharfe Abgrenzung bietet sich dem Staat die Möglichkeit genau in jenen Bereichen Handlungsfähigkeit hinzuzugewinnen, für die er benötigt wird. Dies sind all jene Lebenssachverhalte, die die existenzielle Sicherheit betreffen und deren Schutz oberste Pflicht des Staates ist. Die Privatisierung führt dann nicht zu einer Schwächung des Staates, sondern zu seiner Stärkung. Ein Mehr an Freiheit und ein Mehr an Sicherheit sind dann die Folgen der Privatisierung. Der liberale Rechtsstaat ist nicht schwach, sondern dort stark, wo er es sein muss.

Literaturverzeichnis

Achenwall, Gottfried/Pütter, Johann Stephan

- ▷ In *Elementa iuris naturae*, Hrsg. v. **Schröder, Jan.** 1. Auflage. Frankfurt a.M, 1995 (zitiert: *Achenwall/Pütter: Elementa iuris naturae*)

Alexy, Robert

- ▷ *Theorie der Grundrechte*, 1. Auflage. Baden-Baden, 1985 (zitiert: *Alexy: Theorie der Grundrechte*)

Amann, Karsten

- ▷ *Die funktionelle Trennung von Infrastruktur und Betrieb im Eisenbahnwesen. Öffentlich-rechtliche Vorgaben – gesellschaftsrechtliche Konsequenzen*, 1. Auflage. Hamburg, 2008, Zugl. Diss, Tübingen 2007 (zitiert: *Amann: Die funktionelle Trennung von Infrastruktur und Betrieb im Eisenbahnwesen*)

Anschütz, Gerhard

- ▷ *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Auflage. Bad Homburg v.d.H., 1960, Unveränderter Nachdruck der 14. Auflage von 1933 (zitiert: *Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs*)

Bauer, Hartmut

- ▷ *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, 54 [1995], 243–286 (zitiert: *Bauer: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, in: *VVDStRL* 54 [1995])

Böckenförde, Ernst-Wolfgang

- ▷ Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin, 1958 (zitiert: *Böckenförde: Gesetz und gesetzgebende Gewalt*)

Becker, Hans-Jürgen

- ▷ Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers – Der Ewige Landfriede – vor 500 Jahren, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 2077–2081 (zitiert: *Becker: NJW 1995, 2077*)

Below, Georg von

- ▷ Der deutsche Staat des Mittelalters, Band 1, Die allgemeinen Fragen, 1. Auflage. Leipzig, 1914 (zitiert: *von Below: Der deutsche Staat des Mittelalters*)

Bergstraesser, Arnold/Oberndörfer, Dieter

- ▷ Klassiker der Staatsphilosophie, Band 1, Stuttgart, 1962 (zitiert: *Bergstraesser/Oberndörfer: Klassiker der Staatsphilosophie*)

Bluntschli, Johann Kaspar

- ▷ Geschichte der neueren Staatswissenschaft, 3. Auflage. Aalen, 1964, Neudruck der 3. Auflage von 1881 (zitiert: *Bluntschli: Geschichte der neueren Staatswissenschaft*)

Bodin, Jean

- ▷ In Sechs Bücher über den Staat, Hrsg. v. **Mayer-Tasch, Peter Cornelius**. Band 1. 1. Auflage. München, 1981 (zitiert: *Bodin: Sechs Bücher über den Staat*)

Braun, Johann

- ▷ Einführung in die Rechtsphilosophie, 1. Auflage. Tübingen, 2006 (zitiert: *Braun: Einführung in die Rechtsphilosophie*)

Brinktrine, Ralf

- ▷ Privatisierung im Bereich der Gefahrenabwehr – ein Überblick, In Entstaatlichung und gesellschaftliche Selbstregulierung, Hrsg. v. **Kleszczewski, Diethelm/Müller, Steffi/Neuhaus, Frank**. Paderborn, 2008, 45–58 (zitiert: *Brinktrine*: Privatisierung im Bereich der Gefahrenabwehr, in Kleszczewski/Müller/Neuhaus (Hrsg.): Entstaatlichung und gesellschaftliche Selbstregulierung)

Brugger, Winfried

- ▷ Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 63 [2003], 101–150 (zitiert: *Brugger*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 [2003])

Bruha, Thomas

- ▷ Neuer Internationaler Terrorismus: Völkerrecht im Wandel? In Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit, Hrsg. v. **Koch, Hans-Joachim**. Baden-Baden: Nomos, 2002, 51 – 82 (zitiert: *Bruha*: Neuer Internationaler Terrorismus: Völkerrecht im Wandel?, in Koch (Hrsg.): Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit)

Brunner, Otto

- ▷ Land und Herrschaft – Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 4. Auflage. Wien, 1959 (zitiert: *Brunner*: Land und Herrschaft)

Buchheim, Hans

- ▷ Wie der Staat existiert, in *Der Staat*, 27 [1988], 1–21 (zitiert: *Buchheim*: Wie der Staat existiert, in: *Der Staat* 27 [1988])

Bull, Hans Peter

- ▷ Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 3. Auflage. Kronberg/Ts., 1977 (zitiert: *Bull*: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz)

Burgi, Martin

- ▷ Privatisierung, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band IV. Aufgaben des Staates, 3. Auflage. Heidelberg, 2006. – Kapitel 75 (zitiert: *Burgi*: Privatisierung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 75)
- ▷ Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf; Gutachten D, in Deutscher Juristentag 67 [2008] (zitiert: *Burgi*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages [2008])

Calliess, Christian

- ▷ Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, in Zeitschrift für Rechtspolitik, 2002, 1–7 (zitiert: *Calliess*: ZRP 2002, 1)

Conze, Werner

- ▷ Sicherheit und Schutz, In Geschichtliche Grundbegriffe Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache Deutschlands, Hrsg. v. **Brunner, Otto/Conze, Werner/Kosselleck, Reinhardt**. Band 5. Stuttgart, 1984, 831–862 (zitiert: *Conze*: Sicherheit und Schutz, in Brunner/Conze/Kosselleck(Hrsg.): HRG)

Dagtolou, Prodromos

- ▷ Souveränität, In Evangelisches Staatslexikon, Hrsg. v. **Herzog, Roman**. Band 2. Stuttgart, 1987, Sp. 3155–3169 (zitiert: *Dagtolou*: Ev. Staatslexikon, „Souveränität“)

Deckers, Rüdiger/Heusel, Johanna

- ▷ Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen – rechtsstaatlich nicht tragbar, in Zeitschrift für Rechtspolitik, 2008, 169–173 (zitiert: *Deckers/Heusel*: ZRP 2008, 169)

Denninger, Erhard

- ▷ Freiheit durch Sicherheit? In Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit, Hrsg. v. **Koch, Hans-Joachim**. Baden-Baden, 2002, 9–27 (zitiert: *Denninger*: Freiheit durch Sicherheit?, in Koch (Hrsg.): Terrorismus – Rechtsfragen der äusseren und inneren Sicherheit)

Denninger, Erhard (Forts.)

- ▷ Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Denninger*: in Lisken/ders.(Hrsg.): HdbPolR)

Di Fabio, Udo

- ▷ Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 56 [1997], 235–282 (zitiert: *Di Fabio*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 235)
- ▷ Privatisierung und Staatsvorbehalt, in Juristenzeitung, 1999, 585–592 (zitiert: *Di Fabio*: JZ 1999, 585)

Doehring, Karl

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage. Heidelberg, 2004 (zitiert: *Doehring*: Allgemeine Staatslehre)
- ▷ Der Mensch in einer veränderten Staatenwelt, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 64 [2004], 659–664 (zitiert: *Doehring*: Der Mensch in einer veränderten Staatenwelt, in: ZaöRV 64 [2004])

Dreist, Peter

- ▷ Einsatz der Bundeswehr im Innern – Das Luftsicherheitsgesetz als Anlass zum verfassungsrechtlichen Nachdenken, In Sicherheit statt Freiheit – Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Hrsg. v. **Blaschke, Ulrich et al.**. Berlin, 2005, 77–105 (zitiert: *Dreist*: Einsatz der Bundeswehr im Innern, in Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt (Hrsg.): Sicherheit statt Freiheit)

Dörner, Dietrich

- ▷ Die Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen, 5. Auflage. Reinbek bei Hamburg, 2006 (zitiert: *Dörner*: Die Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen)

Ebsen, Ingwer

- ▷ Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in Deutsches Verwaltungsblatt, 1997, 1039–1052 (zitiert: *Ebsen*: DVBl. 1997, 1039)

Ehrlich, Eugen

- ▷ Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Auflage. Berlin, 1989 (zitiert: *Ehrlich*: Grundlegung der Soziologie des Rechts)

Eichenberger, Kurt

- ▷ Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, In Der Staat der Gegenwart, Hrsg. v. **Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau**. Basel, 1980, 73–94 (zitiert: *Eichenberger*: Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: Der Staat der Gegenwart)

Ermacora, Felix

- ▷ Allgemeine Staatslehre – Vom Nationalstaat zum Weltstaat, Band Tbd. 1, 1. Auflage. Berlin, 1970 (zitiert: *Ermacora*: Allgemeine Staatslehre, Tbd. 1)

Fassbender, Bardo

- ▷ Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band IV. Aufgaben des Staates, 3. Auflage. Heidelberg, 2006. – Kapitel 76 (zitiert: *Fassbender*: Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 76)

Fischer, Mattias G.

- ▷ Reichsreform und „Ewiger Landfrieden“: über die Entwicklung des Fehderechts im 15. Jahrhundert bis zum absoluten Fehdeverbot von 1495, 1. Auflage. Aalen, 2007, zugl. Diss. Göttingen 2002 (zitiert: *Fischer*: Reichsreform und „Ewiger Landfrieden“)

Fleiner, Thomas/Fleiner, Lidija R. Basta

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage. Berlin, 2004 (zitiert: *Fleiner/Fleiner*: Allgemeine Staatslehre)

Geiger, Theodor

- ▷ Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 3. Auflage. Berlin, 1987, vgl. zu den von Geiger im Text verwendeten Symbolen auch dessen Überblick über die Symbole auf S. 378 (zitiert: *Geiger*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts)

Gerber, Carl Friedrich Wilhelm von

- ▷ Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Auflage. Leipzig, 1869 (zitiert: *von Gerber*: Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts)

Graf Vitzthum, Wolfgang

- ▷ Der Staat der Staatengemeinschaft – Zur internationalen Verflechtung als Wirkungsbedingung moderner Staatlichkeit, 1. Auflage. Paderborn, 2006 (zitiert: *Graf Vitzthum*: Der Staat der Staatengemeinschaft)
- ▷ Raum und Umwelt im Völkerrecht, In *Völkerrecht*, 4. Auflage. Berlin: Wolfgang Graf Vitzthum, 2007. – Kapitel 5, 387–489 (zitiert: *Graf Vitzthum*: Raum und Umwelt im Völkerrecht, in ders. (Hrsg.): *Völkerrecht*)

Gröschner, Rolf

- ▷ Das Überwachungsrechtsverhältnis – Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, 1. Auflage. Tübingen, 1992, Zugl. Habil., Erlangen 1990 (zitiert: *Gröschner*: Das Überwachungsrechtsverhältnis)

Götz, Volkmar

- ▷ Innere Sicherheit, In *Handbuch des Staatsrechts*, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band IV. Das Handeln des Staates, 3. Auflage. Heidelberg, 2006. – Kapitel 85 (zitiert: *Götz*: Innere Sicherheit, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): *HdbStR IV § 85*)

Gusy, Christoph

- ▷ Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 63 [2003], 151–190 (zitiert: *Gusy*: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 [2003])

Hailbronner, Kai

- ▷ Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, In Völkerrecht, 4. Auflage. Berlin: Wolfgang Graf Vitzthum, 2007. – Kapitel 3, 157–264 (zitiert: *Hailbronner*: Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in Graf Vitzthum (Hrsg.): Völkerrecht)

Hammer, Felix

- ▷ Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und 'schlanker Staat', in Die öffentliche Verwaltung, 2000, 613–621 (zitiert: *Hammer*: DÖV 2000, 613)

Heckmann, Dirk

- ▷ Sicherheitsarchitektur im bedrohten Rechtsstaat. Neue Polizeibefugnisse zwischen gestalterischer Freiheit und grundrechtlicher Statik, In Sicherheit statt Freiheit – Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Hrsg. v. **Blaschke, Ulrich et al.**. Berlin, 2005, 9–28 (zitiert: *Heckmann*: Sicherheitsarchitektur im bedrohten Rechtsstaat, in Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt(Hrsg.): Sicherheit statt Freiheit)

Heintzen, Markus

- ▷ Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in Der Staat, 25 [1986], 17–33 (zitiert: *Heintzen*: Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in: Der Staat 25 [1986])

Heller, Hermann

- ▷ Staatslehre, 4. Auflage. Leiden, 1970 (zitiert: *Heller*: Staatslehre)

Hengstschläger, Johannes

- ▷ Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 54 [1995], 165–203 (zitiert: *Hengstschläger*: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54 [1995])

Herdegen, Matthias

- ▷ Völkerrecht, 7. Auflage. München, 2008 (zitiert: *Herdegen*: Völkerrecht)

Herzog, Roman

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage. Frankfurt, 1971 (zitiert: *Herzog*: Allgemeine Staatslehre)
- ▷ Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band 4. Aufgaben des Staates, 3. Auflage. Heidelberg, 2006. – Kapitel 72 (zitiert: *Herzog*: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in Isensee/Kirchhof: HdbStR IV § 72)

Hillgruber, Christian

- ▷ Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, in Juristenzeitung, 2002, 1072–1080 (zitiert: *Hillgruber*: JZ 2002, 1072)

Hippel, Ernst von

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage. Berlin, 1967 (zitiert: *von Hippel*: Allgemeine Staatslehre)

Hänel, Albert

- ▷ Deutsches Staatsrecht, Band 1, Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Berlin, 1892, es ist bei diesem einen Band geblieben (zitiert: *Hänel*: Deutsches Staatsrecht)

Hobbes, Thomas

- ▷ In Leviathan, Hrsg. v. **Fetscher, Iring**. Neuwied, 1966 (zitiert: *Hobbes*: Leviathan)

Hoffmann-Riem, Wolfgang

- ▷ Übergang der Polizeigewalt auf Private, in Zeitschrift für Rechtspolitik, 1977, 277–284 (zitiert: *Hoffmann-Riem*: ZPR 1977, 277)
- ▷ Sicherheit und Freiheit im Angesicht terroristischer Anschläge, in Zeitschrift für Rechtspolitik, 2002, 497–501 (zitiert: *Hoffmann-Riem*: ZPR 2002, 497)

Hofmann, Martin Ludwig

- ▷ Die Wiederkehr der Gewalt, in Der Staat, 44 [2005], 251–264 (zitiert: *Hofmann*: Die Wiederkehr der Gewalt, in: Der Staat 44 [2005])

Holubek, Reinhard

- ▷ Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft – Eine Untersuchung am Beispiel von Georg Jellinek, 1. Auflage. Bonn, 1961, Zugl. Diss., Köln 1961 (zitiert: *Holubek*: Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft)

Hoppe, Werner

- ▷ Planung, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band IV. Aufgaben des Staates, 3. Auflage. Heidelberg, 2006. – Kapitel 77 (zitiert: *Hoppe*: Planung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 77)

Huber, Ernst Wolfgang

- ▷ Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, 2. Auflage. Hamburg, 1939 (zitiert: *Huber*: Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches)

Humboldt, Wilhelm von

- ▷ Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates, 2. Auflage. Nürnberg, 1954, Titel des Originals, wie zitiert (zitiert: *von Humboldt*: Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen)

Ihering, Rudolph von

- ▷ Der Zweck im Recht, Band 1, 4. Auflage. Leipzig, 1904 (zitiert: *von Ihering*: Der Zweck im Recht)

Isensee, Josef

- ▷ Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, In Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Hrsg. v. **Müller, Georg**. Basel, 1982, 23–40 (zitiert: *Isensee*: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS Eichenberger)
- ▷ Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, In Bürger - Richter - Staat, Hrsg. v. **Franßen, Everhardt et al.**. München, 1991, 39–63 (zitiert: *Isensee*: Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: FS Sendler)
- ▷ Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band 5. Allgemeine Grundrechtslehren, 1. Auflage. Heidelberg, 1992. – Kapitel 111 (zitiert: *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 111)
- ▷ Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren, 1. Auflage. Heidelberg, 1992. – Kapitel 115 (zitiert: *Isensee*: Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR V § 115)
- ▷ Verfassungsstaat als Friedensgarant, In Die Erneuerung des Verfassungsstaates – Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Paul Kirchhof, Hrsg. v. **Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Puhl, Thomas**. Heidelberg, 2003, 7–57, Auf den S. 45 - 57 sind Diskussionsbeiträge der Teilnehmer abgedruckt (zitiert: *Isensee*: Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Symposium P. Kirchhof)
- ▷ Staatsaufgaben, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band IV. Aufgaben des Staates, 3. Auflage. Heidelberg, 2006. – Kapitel 73 (zitiert: *Isensee*: Staatsaufgaben, in ders./Kirchhof (Hrsg.): HdbStR IV § 73)

Jellinek, Georg

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage. Darmstadt, 1959, Sechster Neudruck der Dritten Auflage (zitiert: *Jellinek: Allgemeine Staatslehre*)

Jouvenel, Bertrand de

- ▷ Über die Staatsgewalt, 1. Auflage. Freiburg i.Br., 1972 (zitiert: *de Jouvenel: Über die Staatsgewalt*)

Kant, Immanuel

- ▷ In Metaphysik der Sitten, Hrsg. v. **Weischedel, Wilhelm**. Frankfurt a.M., 1982 (zitiert: *Kant: Metaphysik der Sitten*)

Kaufmann, Erich

- ▷ Fehde, In Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Hrsg. v. **Erlner, Adalbert**. Band 1. Berlin, 1972, Sp. 1083–1093 (zitiert: *Kaufmann: Fehde*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte)

Küchenhoff, Günther/Küchenhoff, Erich

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 8. Auflage. Stuttgart, 1977 (zitiert: *Küchenhoff/Küchenhoff: Allgemeine Staatslehre*)

Kelsen, Hans

- ▷ Die Staatslehre des Dante Alighieri, Wien, 1905 (zitiert: *Kelsen: Die Staatslehre des Dante Alighieri*)

Kemmler, Hans

- ▷ Der Ursprung des Staates: Eine Kritik an der Übertragungslehre, 1. Auflage. Köln, 1966 (zitiert: *Kemmler: Der Ursprung des Staates*)

Kühl, Kristian

- ▷ Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage. München, 2000 (zitiert: *Kühl: Strafrecht AT*)

Kimminich, Otto

- ▷ Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Auflage. Baden-Baden, 1987 (zitiert: *Kimminich: Deutsche Verfassungsgeschichte*)

Kämmerer, Jörn Axel

- ▷ Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, In *Wirtschaft – Verwaltung – Recht*, Festschrift für Rolf Stober, Hrsg. v. **Kluth, Winfried/Müller, Martin/Peilert, Andreas**. Köln, 2008, 595–613 (zitiert: *Kämmerer*: Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, in: FS Stober)

Kneihs, Benjamin

- ▷ Verfassungsfragen des sogenannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts, in *Der Staat*, 44 [2005], 265–288 (zitiert: *Kneihs*: Verfassungsfragen des sogenannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts, in: *Der Staat* 44 [2005])

Koch, Hans-Joachim

- ▷ Immissionsschutzrecht, In *Umweltrecht*, Hrsg. v. **Koch, Hans-Joachim**. 2. Auflage. Köln, 2007. – Kapitel § 4, 151–218 (zitiert: *Koch*: Immissionsschutzrecht, in ders. (Hrsg.): *Umweltrecht*)

Koja, Friedrich

- ▷ *Allgemeine Staatelehre*, 1. Auflage. Wien, 1993 (zitiert: *Koja*: *Allgemeine Staatelehre*)

Kokott, Juliane

- ▷ Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, in *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, 63 [2003], 7–40 (zitiert: *Kokott*: Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, in: *VVDStRL* 63 [2003])
- ▷ Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64 [2004], 517–534 (zitiert: *Kokott*: Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, in: *ZaöRV* 64 [2004])

Krautzberger, Michael

- ▷ Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin, 1971, zugl. Diss. München, 1971 (zitiert: *Krautzberger*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private)

Krüger, Herbert

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage. Stuttgart, 1966 (zitiert: *Krüger*: Allgemeine Staatslehre)

Kröger, Klaus

- ▷ Forum: Die vernachlässigte Friedenspflicht des Bürgers, in Juristische Schulung, 1984, 172–176 (zitiert: *Kröger*: JuS 1984, 172)

Kriele, Martin

- ▷ Einführung in die Staatslehre - Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 6. Auflage. Stuttgart, 2003 (zitiert: *Kriele*: Einführung in die Staatslehre)

Laband, Paul

- ▷ In Staatsrechtliche Vorlesungen – Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelm-Universität Straßburg 1872-1918, Hrsg. v. **Schlüter, Bernd**. Berlin, 2004 (zitiert: *Laband*: Staatsrechtliche Vorlesungen)

Ladiges, Manuel

- ▷ Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum – Unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten, 1. Auflage. Berlin, 2007 (zitiert: *Ladiges*: Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum)

Laufs, Adolf

- ▷ Frieden durch Recht – Der Wormser Reichstag von 1495, in Juristische Schulung, 1995, 665–671 (zitiert: *Laufs*: JuS 1995, 665)

Laun, Rudolf von

- ▷ Allgemeine Staatslehre im Grundriss. Ein Studienbehelf, 9. Auflage. Schloss Bledewecke a.d. Elbe, 1964 (zitiert: *von Laun*: Allgemeine Staatslehre)

Lübbe-Wolf, Gertrude

- ▷ Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit: Verfassungsrechtliche Grenzen einer funktionellen Privatisierung, In Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, Hrsg. v. **Koch, Hans-Joachim**. Baden-Baden, 1998, 211–237 (zitiert: *Lübbe-Wolf*: Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit, in Koch (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts)

Lübbe-Wolff, Gertrude/Steenken, Annette

- ▷ Privatisierung umweltbehördlicher Aufgaben, in Zeitschrift für Umweltrecht, 1993, 263–268 (zitiert: *Lübbe-Wolff/Steenken*: ZUR 1993, 263)

Lübtow, Ulrich von

- ▷ Die römische Diktatur, In Der Staatsnotstand, Hrsg. v. **Fraenkel, Ernst**. Berlin, 1965, 91–137 (zitiert: *von Lübtow*: Die römische Diktatur, in Fraenkel (Hrsg.): Der Staatsnotstand)

Leisner, Walter

- ▷ Demokratie: Betrachtungen zur Entwicklung einer gefährdeten Staatsform, 1. Auflage. Berlin, 1998 (zitiert: *Leisner*: Demokratie)

Leisner, Walter Georg

- ▷ Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, 1. Auflage. Tübingen, 2007, Zugl. Habil. Hamburg, 2006 (zitiert: *Leisner*: Existenzsicherung im Öffentlichen Recht)

Lenk, Klaus

- ▷ Wirkungsorientiertes Handeln im Bereich öffentlicher Sicherheit, In Wirkungsforschung zum Recht II – Verwaltung als Adressat und Akteur, Hrsg. v. **Hill, Hermann/Hof, Hagen**. Baden-Baden, 2000, 127–148 (zitiert: *Lenk*: Wirkungsorientiertes Handeln im Bereich öffentlicher Sicherheit, in Hill/Hof (Hrsg.): Wirkungsforschung zum Recht II)

Lieberwirth, Rolf

- ▷ Die historische Entwicklung der Theorie vom vertraglichen Ursprung des Staates und der Staatsgewalt, 1. Auflage. Berlin, 1977 (zitiert: *Lieberwirth*: Die historische Entwicklung der Theorie vom vertraglichen Ursprung des Staates und der Staatsgewalt)

Link, Christoph

- ▷ Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 48 [1990], 7–49 (zitiert: *Link*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 [1990])

Maier, Hans

- ▷ Die ältere deutsche Staats- und Verfassungslehre, 2. Auflage. München, 1980 (zitiert: *Maier*: Die ältere deutsche Staats- und Verfassungslehre)

Derselbe/Rausch, Heinz/Denzer, Horst

- ▷ Klassiker des politischen Denkens, (zitiert: *Maier/Rausch/Denzer*: Klassiker des politischen Denkens)

Merk, Walther

- ▷ Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, 1. Auflage. Weimar, 1934, Sonderabdruck aus der FS für Alfred Schultze zum. 70. Geb., Weimar, 1934 (zitiert: *Merk*: Der Gedanke des gemeinen Besten)

Merten, Detlef

- ▷ Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1. Auflage. Tübingen, 1975 (zitiert: *Merten*: Rechtsstaat und Gewaltmonopol)

Merzbacher, F.

- ▷ Landesherr, Landesherrschaft, In Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Hrsg. v. **Erler**. Band 1. Berlin, 1972, Sp. 1383–1388 (zitiert: *Merzbacher*: Landesherr, Landesherrschaft, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte)

Meyer, Alexander

- ▷ Anmerkung zu Bayr. ObLG v. 11.2.1959 - RReg. 1 St 821/58, in Die öffentliche Verwaltung, 1960, 130–134 (zitiert: *Meyer*: DÖV 1960)

Meyer, Georg/Anschütz, Gerhard

- ▷ Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Auflage. München, 1919 (zitiert: *Meyer/Anschütz*: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts)

Mitteis, Heinrich/Liebrich, Heinz

- ▷ Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Auflage. München, 1992 (zitiert: *Mitteis/Liebrich*: Deutsche Rechtsgeschichte)

Münch, Ingo v./Kunig, Philip

- ▷ (Hrsg.)Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage. München, 2005 (zitiert: *Bearbeiter* in: v. Münch/Kunig: Grundgesetz-Kommentar)

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat Baron de la Brède et de

- ▷ In Vom Geist der Gesetze, Hrsg. v. **Forsthoff, Ernst**. Tübingen, 1951 (zitiert: *Montesquieu*: Vom Geist der Gesetze)

Moormann, Franz-Josef

- ▷ Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit: Vollzugspraktische Grenzen einer funktionellen Privatisierung, In Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, Hrsg. v. **Koch, Hans-Joachim**. Baden-Baden, 1998, 239–256 (zitiert: *Moormann*: Anlagenüberwachung im Zeichen des Öko-Audit, in Koch (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts)

Nawiasky, Hans

- ▷ Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage. Einsiedeln, 1947 (zitiert: *Nawiasky*: Allgemeine Rechtslehre)
- ▷ Positives und überpositives Recht, in Juristenzeitung, 1954, 717–719 (zitiert: *Nawiasky*: JZ 1954, 717)
- ▷ Allgemeine Staatslehre, Band 3, Staatsrechtslehre, Einsiedeln, 1956 (zitiert: *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. III)

Nawiasky, Hans (Forts.)

- ▷ Allgemeine Staatslehre, Band 4, Staatsrechtslehre, Einsiedeln, 1958 (zitiert: *Nawiasky*: Allgemeine Staatslehre, Bd. IV)

Oppermann, Thomas

- ▷ Ein Deutscher Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts – Zum 100. Geburtstag von Herbert Krüger, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130 [2005], 494–499 (zitiert: *Oppermann*: Ein Deutscher Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts – Zum 100. Geburtstag von Herbert Krüger, in: *AöR* 130 [2005], 494)

Ossenbühl, Fritz

- ▷ Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, 29 [1971], 137–209 (zitiert: *Ossenbühl*: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: *VVDStRL* 29 [1971])
- ▷ Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr – Rechtsgutachten zum 9. Änderungsgesetz des Luftverkehrsgesetzes, Stuttgart, 1981 (zitiert: *Ossenbühl*: Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr)

Otten, Wolfgang

- ▷ Eigensicherung, Köln, 2006, zugl. Diss Köln 2005 (zitiert: *Otten*: Eigensicherung)

Pabst, Heinz-Joachim

- ▷ Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstrassenbau, Berlin, 1997, zugl. Diss, Köln 1996 (zitiert: *Pabst*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstrassenbau)

Peilert, Andreas

- ▷ Police-Private-Partnership – Rechtliche Vorgaben und tatsächliche Möglichkeiten für das Zusammenwirken von Sicherheitsbehörden und Sicherheitsgewerbe, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, 282–191 (zitiert: *Peilert*: DVBl. 1999, 282)

Pernthaler, Peter

- ▷ Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Auflage. Wien, 1996 (zitiert: *Pernthaler*: Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre)

Picker, Eduard

- ▷ Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, 761–770 (zitiert: *Picker*: NZA 2002, 761)

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard

- ▷ Grundrechte, Staatsrecht II, 23. Auflage. Heidelberg, 2007 (zitiert: *Pieroth/Schlink*: Staatsrecht II, Grundrechte)

Preuß, Ulrich K.

- ▷ Risikovorsorge als Staatsaufgabe – Die epistemologischen Voraussetzungen von Sicherheit, In Staatsaufgaben, Hrsg. v. **Grimm, Dieter**. Baden-Baden, 1994, 523–551 (zitiert: *Preuß*: Risikovorsorge als Staatsaufgabe, in Grimm (Hrsg): Staatsaufgaben)

Pütter, Johann Stephan

- ▷ Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Auflage. Göttingen, 1777 (zitiert: *Pütter*: Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht)
- ▷ Litteratur des Teutschen Staatsrechts, Band 3. Theil, Göttingen, 1783 (zitiert: *Pütter*: Litteratur des Teutschen Staatsrechts, T. 3)
- ▷ Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des Teutschen Reiches, Band 3, 3. Auflage. Göttingen, 1799 (zitiert: *Pütter*: Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des Teutschen Reiches, Bd. 3)

Quaritsch, Helmut

- ▷ Staat und Souveränität Bd. 1: Die Grundlagen, 1. Auflage. Berlin, 1970, es ist bei diesem einen Band geblieben (zitiert: *Quaritsch*: Staat und Souveränität)
- ▷ Souveränität – Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806, 1. Auflage. Berlin, 1986 (zitiert: *Quaritsch*: Souveränität)

Randelzhofer, Albrecht

- ▷ Staatsgewalt und Souveränität, In Handbuch des Staatsrechts, Hrsg. v. **Isensee, Josef/Kirchhof, Paul**. Band 2. Verfassungsstaat, 3. Auflage. Heidelberg, 2004. – Kapitel 17 (zitiert: *Randelzhofer*: Staatsgewalt und Souveränität, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HdbStR II, § 17)

Rehm, Hermann

- ▷ Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1. Auflage. Freiburg i.Br., 1896 (zitiert: *Rehm*: Geschichte der Staatsrechtswissenschaft)
- ▷ Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage. Leipzig, 1907 (zitiert: *Rehm*: Allgemeine Staatslehre)

Reich, Andreas

- ▷ Gefahr-Risiko-Restrisiko: Das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionsschutzrechts, 1. Auflage. Düsseldorf, 1989, Zugl. Diss. Bremen 1988 (zitiert: *Reich*: Gefahr-Risiko-Restrisiko)

Roellecke, Gerd

- ▷ Staat und Tod, 1. Auflage. Paderborn, 2004 (zitiert: *Roellecke*: Staat und Tod)

Ronellenfitsch, Michael

- ▷ Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, 1. Auflage. Berlin, 1995 (zitiert: *Ronellenfitsch*: Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht)
- ▷ Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn durch Private, in Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, [1998], 109–129 (zitiert: *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III (1998), 109)
- ▷ Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, in Die öffentliche Verwaltung, 1999, 705–711 (zitiert: *Ronellenfitsch*: DÖV 1999, 705)

- ▷ Eigensicherung der Eisenbahnunternehmen. Der Beitrag der Eisenbahnunternehmen zur Terrorismusabwehr, in Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, [2005], 27–49 (zitiert: *Ronellenfitsch*: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X (2005), 27)

Rousseau, Jean-Jacques

- ▷ In Der Gesellschaftsvertrag, Hrsg. v. **Rolland, Romain**. Rudolstadt, 1953 (zitiert: *Rousseau*: Der Gesellschaftsvertrag)

Rüthers, Bernd

- ▷ Rechtstheorie, 2. Auflage. München, 2005 (zitiert: *Rüthers*: Rechtstheorie)

Rudhart, Ignaz von

- ▷ Das Recht des deutschen Bundes, 1. Auflage. Stuttgart, 1822 (zitiert: *von Rudhart*: Das Recht des deutschen Bundes)

Sander, Fritz

- ▷ Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage. Brünn, 1936 (zitiert: *Sander*: Allgemeine Staatslehre)

Sangmeister, Bernd

- ▷ Achtung, Steuerfallen! in Neue Juristische Wochenschrift, 2008, 2630–2632 (zitiert: *Sangmeister*: NJW 2008, 2630)

Schiller, Siegfried/Drettmann, Fritz

- ▷ Probleme einer gesetzlichen Verpflichtung zur Eigensicherung gefährdeter Objekte, in Deutsches Verwaltungsblatt, 1977, 956–961 (zitiert: *Schiller/Drettmann*: DVBl. 1997, 956)

Schlüter, Hans

- ▷ Staatsnotrecht, Dissertation, Heidelberg, 1938 (zitiert: *Schlüter*: Staatsnotrecht)

Schmidt-Preuß, Matthias

- ▷ Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 56 [1997], 160–234 (zitiert: *Schmidt-Preuß*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 [1997], 160)

Schmitt, Carl

- ▷ Staat, Volk, Bewegung, 1. Auflage. Hamburg, 1934 (zitiert: *Schmitt*: Staat, Volk, Bewegung)
- ▷ Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, Hamburg, 1938 (zitiert: *Schmitt*: Leviathan)
- ▷ Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 1. Auflage. Köln, 1950 (zitiert: *Schmitt*: Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum)
- ▷ Raum und Großraum im Völkerrecht, In Staat, Großraum, Nomos; Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, Hrsg. v. **Maschke, Günter**. 1995, 234–268 (zitiert: *Schmitt*: Raum und Großraum im Völkerrecht, in Maschke (Hrsg.): Staat, Großraum, Nomos)

Schmitt Glaeser, Walter

- ▷ Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht? In Der Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee, Hrsg. v. **Depenheuer, Otto et al.**. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2007, 507–523 (zitiert: *Schmitt Glaeser*: Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht?, in: FS Isensee)

Schneider, Volker

- ▷ Öko-Audit und Deregulierung im Immissionsschutzrecht, 1. Auflage. Köln, 1999, Zugl. Diss. Osnabrück, 1998/1999 (zitiert: *Schneider*: Öko-Audit und Deregulierung im Immissionsschutzrecht)

Schoch, Friedrich

- ▷ Privatisierung polizeilicher Aufgaben? In *Wirtschaft – Verwaltung – Recht*, Festschrift für Rolf Stober, Hrsg. v. **Kluth, Winfried/Müller, Martin/Peilert, Andreas**. Köln, 2008, 559–571 (zitiert: *Schoch*: Privatisierung polizeilicher Aufgaben?, in: FS Stober)

Schoenborn, Walther

- ▷ Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, Heidelberg, 1906, zugl. Diss. Heidelberg, 1906 (zitiert: *Schoenborn*: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht)

Scholz, Rupert

- ▷ Rechtsfrieden und Gewaltmonopol, In *Der Rechtsstaat und seine Feinde*, Hrsg. v. **Rill, Bernd/Scholz, Rupert**. Heidelberg, 1986, 71–84 (zitiert: *Scholz*: Rechtsfrieden und Gewaltmonopol, in Rill/ders. (Hrsg.): *Der Rechtsstaat und seine Feinde*)

Schröder, Richard/Künßberg, Eberhard Frh. von

- ▷ Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage. Belin, Leipzig, 1922 (zitiert: *Schröder/von Künßberg*: Deutsche Rechtsgeschichte)

Sellert, W.

- ▷ Landeshoheit, In *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Hrsg. v. **Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard/Schmidt-Wiegand, Ruth**. Band 1. Berlin, 1972, Sp. 1388–1394 (zitiert: *Sellert*: Landeshoheit, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*)

Seydel, Max von

- ▷ Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Freiburg i. Br., 1893 (zitiert: *von Seydel*: Staatsrechtliche und politische Abhandlungen)

Simon, Thomas

- ▷ „Gute Polizey“ Ordnungsbilder und Zielvorstellungen politischen Handeln in der Frühen Neuzeit, 1. Auflage. Frankfurt am Main, 2004, zugl. Habil. Frankfurt am Main, 2001 (zitiert: *Simon*: „Gute Polizey“)

Simson, Werner von

- ▷ Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, 1. Auflage. Berlin, 1965 (zitiert: *von Simson*: Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart)

Stein, Lorenz vom

- ▷ Verwaltungslehre, Band 1, Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, 1. Auflage. Stuttgart, 1865 (zitiert: *vom Stein*: Verwaltungslehre, Bd. 1)

Stober, Rolf

- ▷ Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, in Die öffentliche Verwaltung, 2000, 261–269 (zitiert: *Stober*: DÖV 2000, 261)
- ▷ Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht – Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht, 15. Auflage. Stuttgart, 2006 (zitiert: *Stober*: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht)

Stohrer, Klaus

- ▷ Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, 1. Auflage. Berlin, 2007, Zugl. Diss, Freiburg 2005/2006 (zitiert: *Stohrer*: Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung)

Stolleis, Michael

- ▷ Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992 (zitiert: *Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2)
- ▷ Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, In Essays in honour of Georgios I. Kassimatis, Hrsg. v. **Alivizatos, Nikolaos**. Sakkoulas, 2004, 571–587 (zitiert: *Stolleis*: Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, in: FS Kassimatis)

Tettinger, Peter

- ▷ Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, in Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter, 2005, 1–10 (zitiert: *Tettinger: NWVwBl.* 2005, 1)

Verdross, Alfred/Simma, Bruno

- ▷ Universelles Völkerrecht, 3. Auflage. Berlin, 1984 (zitiert: *Verdross/Simma: Universelles Völkerrecht*)

Waitz, Georg

- ▷ Deutsche Verfassungsgeschichte, Band II/1, Die Verfassung des Fränkischen Reichs, 4. Auflage. Darmstadt, 1953 (zitiert: *Waitz: Deutsche Verfassungsgeschichte*)

Wassermann, Rudolf

- ▷ Ist der Rechtsstaat noch zu retten? Zur Krise des Rechtsbewusstseins in unserer Zeit, 1. Auflage. Hannover, 1985 (zitiert: *Wassermann: Ist der Rechtsstaat noch zu retten? Zur Krise des Rechtsbewusstseins in unserer Zeit*)

Weber, Max

- ▷ Staatssoziologie, 1. Auflage. Berlin, 1956 (zitiert: *Weber: Staatssoziologie*)
- ▷ Methodologische Schriften, 1. Auflage. Frankfurt, 1968 (zitiert: *Weber: Methodologische Schriften*)

Weber-Fas, Rudolf

- ▷ Rechtsstaat und Grundgesetz, 1. Auflage. Pfullingen, 1977 (zitiert: *Weber-Fas: Rechtsstaat und Grundgesetz*)
- ▷ Über die Staatsgewalt – Von Platons Idealstaat bis zur Europäischen Union, 1. Auflage. München, 2000 (zitiert: *Weber-Fas: Über die Staatsgewalt*)

Weinrich, Lorenz

- ▷ Quellen zur Verfassungsgeschichte des römisch-deutschen Reiches im Spätmittelalter (1250-1500), 1. Auflage. Darmstadt, 1983 (zitiert: *Weinrich: Quellen*)

Weiss, Wolfgang

- ▷ Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen, 2002, zugl. Diss. Bayreuth 2000 (zitiert: *Weiss*: Privatisierung und Staatsaufgaben)

Wengler, Wilhelm

- ▷ Völkerrecht, Band 1, 1. Auflage. Berlin, 1964 (zitiert: *Wengler*: Völkerrecht)

Wiesing, Urban

- ▷ Stammzellen, Politik und Pluralität: Wer hat in diesem Land die Moral gepachtet? in *Spektrum der Wissenschaft*, 2008, Nr. 6, 84–88 (zitiert: *Wiesing*: *Spektrum der Wissenschaft* 6/2008, S. 84)

Wildhaber, Luzius

- ▷ Entstehung und Aktualität der Souveränität, In *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Hrsg. v. **Müller, Georg**. Basel, 1982, 131–145 (zitiert: *Wildhaber*: Entstehung und Aktualität der Souveränität, in: FS Eichenberger)

Willoweit, Dietmar

- ▷ Deutsche Verfassungsgeschichte, 4. Auflage. München, 2000 (zitiert: *Willoweit*: Deutsche Verfassungsgeschichte)

Winkeler, Frank

- ▷ Bedingt abwehrbereit? : die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen auf Kosten Unschuldiger am Beispiel des Luftsicherheitsgesetzes, Stuttgart, 2007, zugleich Diss. Freiburg 2007 (zitiert: *Winkeler*: Bedingt abwehrbereit?)

Zachariä, Heinrich Albert

- ▷ Deutsches Staats- und Bundesrecht, Band 1, 3. Auflage. Göttingen, 1865 (zitiert: *Zachariä*: Deutsches Staats- und Bundesrecht, Teil 1)

Zippelius, Reinhold

- ▷ Geschichte der Staatsideen, 8. Auflage. München, 1991 (zitiert: *Zippelius*: Geschichte der Staatsideen)

Zippelius, Reinhold (Forts.)

- ▷ Kleine deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Auflage. München, 2006 (zitiert: *Zippelius: Verfassungsgeschichte*)
- ▷ Allgemeine Staatslehre, 15. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Zippelius: Allgemeine Staatslehre*)
- ▷ Rechtsphilosophie, 5. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Zippelius: Rechtsphilosophie*)