

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abbildungsverzeichnis . . . . .	XV
Symbolverzeichnis . . . . .	XVI
Einleitung . . . . .	1
I. <i>Gerechtigkeit als verfassungsrechtlicher Maßstab?</i> . . . . .	5
II. <i>Gang der Untersuchung</i> . . . . .	7
A. Überpositives Recht als rechtliches Argument . . . . .	11
I. <i>Die Frühphase</i> . . . . .	11
1. Exkurs: Naturrecht in Art. 6 Abs. 2 GG? . . . . .	12
2. Überpositives Recht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	16
a. BVerfGE 1, 14 – Südweststaat . . . . .	16
b. BVerfGE 1, 208 – Sperrklausel . . . . .	17
c. BVerfGE 2, 237 – Hypothekensicherungsgesetz . . . . .	19
d. BVerfGE 3, 288 – Berufssoldaten . . . . .	19
e. BVerfGE 4, 299 – Zulieferung . . . . .	20
f. BVerfGE 6, 132 – Gestapo . . . . .	22
g. BVerfGE 10, 59 – Stichentscheid . . . . .	23
3. Grundgesetz vor Naturrecht . . . . .	24
II. <i>Die Radbruchsche Formel und das Bundesverfassungsgericht</i> . . . . .	25
1. Die Radbruchsche Formel . . . . .	27
a. Unklarheiten . . . . .	28
b. Die Radbruchsche Formel als Gerechtigkeitsachse . . . . .	30
c. Exkurs: Zur Genese der Radbruchschen Formel . . . . .	31
aa. Vorläufer der Radbruchschen Formel . . . . .	32
(1) Reichels Unsittlichkeitsformel . . . . .	32
(2) Kaufmanns Gleichheitsformel . . . . .	33
(3) Dahms Unsittlichkeitsformel . . . . .	33
bb. Kontinuität oder Diskontinuität . . . . .	35

(1) Radbruchs Position 1932 . . . . .	38
(2) Radbruchs Position nach 1945 . . . . .	43
(a) Der Positivismus als Übel . . . . .	45
(aa) Rechtspositivismus als Rechtfertigung . . . . .	49
(bb) Die Fiktion der Unbestrittenheit . . . . .	50
(cc) Kein Verrat an der eigenen Lehre . . . . .	55
(b) Der Rechtsstaat als Heil . . . . .	57
(aa) Zur richterlichen Verwerfungskompetenz . . . . .	59
(bb) Gefahren der Radbruchschen Formel . . . . .	60
(cc) Die Vorwärtsgewandtheit der Radbruchschen Formel . . . . .	61
(dd) Historische Relativität . . . . .	63
(ee) Antinomie der Radbruchschen Formel . . . . .	65
(c) Kontinuität und Diskontinuität . . . . .	66
d. Der Maßstab der Gerechtigkeit in Radbruchs Formel . . . . .	69
aa. Naturrecht, Gottesrecht, Vernunftrecht . . . . .	71
bb. Menschenrechte . . . . .	73
cc. Gleichheit <i>qua</i> Rechtsidee . . . . .	75
dd. Rückwirkendes Gesetz vor richterrechtlicher Nichtigkeit . . . . .	79
ee. Auf der Suche . . . . .	82
e. Konsequenzen der Radbruchschen Formel . . . . .	83
aa. Theorieinterne Widersprüchlichkeit . . . . .	83
bb. Rückfall in den Positivismus . . . . .	84
2. Die Radbruchsche Formel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	86
a. BVerfGE 3, 58 – G 131 . . . . .	87
b. BVerfGE 3, 225 – Gleichberechtigung . . . . .	88
c. BVerfGE 6, 132 – Gestapo . . . . .	93
d. BVerfGE 23, 98 – Ausbürgerung . . . . .	95
e. BVerfGE 54, 53 – Ausbürgerung II . . . . .	100
f. BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen . . . . .	102
<i>III. Gerechtigkeit versus Rechtssicherheit</i> . . . . .	112
B. Gerechtigkeit als rechtliches Argument . . . . .	113
I. „Gerechtigkeit“ im Grundgesetz . . . . .	115
1. Verfassungstextliche Bezugnahmen . . . . .	115
a. Art. 1 Abs. 2 GG: Gerechtigkeit in der Welt . . . . .	116
b. Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG: Gerechte Abwägung . . . . .	119
c. Art. 56 GG: Gerechtigkeit gegen jedermann . . . . .	120
d. Art. 20 Abs. 3 GG: Gesetz und Recht . . . . .	122
aa. Gesetz . . . . .	122
bb. Recht . . . . .	123

cc. Gesetz und Recht . . . . .	127
dd. Neutralitätsthese . . . . .	128
2. Bezugnahmen der Rechtsprechung . . . . .	129
<i>II. Zur Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs</i> . . . . .	130
1. „Rechtsstaat“ als deutscher Begriff . . . . .	131
2. Ideengeschichtliche Grundlagen . . . . .	133
3. Rechtsstaat bis zur Weimarer Republik . . . . .	137
a. Rechtsstaat im konstitutionellen Liberalismus . . . . .	138
b. Der entpolitisierte Rechtsstaat . . . . .	140
c. Rechtsstaat und Verwaltungsrecht . . . . .	142
d. Rechtsstaat in der Weimarer Republik . . . . .	145
4. Rechtsstaat im Nationalsozialismus . . . . .	147
a. „Rechtsstaat“ im Nationalsozialismus . . . . .	148
b. Schmitts „Nationalsozialismus und Rechtsstaat“ . . . . .	151
aa. Der nationalsozialistische Rechtsstaat . . . . .	152
bb. Nationalsozialistischer Gesetzesbegriff und nationalsozialistische Auslegung . . . . .	154
cc. Vollzug: Gerechtigkeit und Gesetzlichkeit . . . . .	157
c. Entpositivierung des Rechtsstaats nach 1945 . . . . .	160
aa. Rematerialisierung des Rechtsstaatsbegriffs . . . . .	161
bb. Übermaterialisierung des Rechtsstaatsbegriffs? . . . . .	162
d. Eine Lehre aus der NS-Zeit . . . . .	164
<i>III. „Rechtsstaat“ im Grundgesetz</i> . . . . .	167
1. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG: Rechtsstaat i.S.d. Grundgesetzes . . . . .	168
2. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG: Rechtsstaatliche Grundsätze . . . . .	170
3. Art. 16 Abs. 2 GG: Rechtsstaatliche Grundsätze . . . . .	173
4. Art. 20 Abs. 3 GG: Gesetz und Recht . . . . .	179
<i>IV. Rechtsstaatsprinzip und Rechtsstaatsideal</i> . . . . .	181
1. Rechtsstaat als Staatsideal . . . . .	182
2. Rechtsstaatsprinzip als rechtliches Argument . . . . .	183
a. Rechtsstaatsprinzip als Abbraviatur . . . . .	185
b. Rechtsstaatsprinzip als Transzendenz . . . . .	186
aa. Das Induktionsproblem . . . . .	190
bb. Das Interpretationsproblem . . . . .	190
cc. Das Infiltrationsproblem . . . . .	190
3. Formale oder materiale, positive oder überpositive Gehalte . . . . .	191
<i>V. Rechtsstaat als rechtliches Argument</i> . . . . .	193
1. Das Rechtsstaatsargument in Zahlen . . . . .	194
a. Rückläufige Tendenz . . . . .	194
b. Interpretationsfähigkeit und -bedürftigkeit . . . . .	197
2. Das Rechtsstaatsargument in paradigmatischen Entscheidungen . . . . .	198

a. Rechtsstaatsprinzip als Leitidee . . . . .	199
b. Rechtsstaatlichkeit als Verfassungsmäßigkeit . . . . .	202
c. Rechtsstaatsprinzip als Rechtsquelle . . . . .	205
aa. BVerfGE 17, 306 – Mitfahrzentrale . . . . .	205
bb. BVerfGE 19, 342 – Untersuchungshaft . . . . .	207
cc. BVerfGE 24, 75 – Rückerstattung . . . . .	209
dd. BVerfGE 25, 371 – lex Rheinstahl . . . . .	211
ee. BVerfGE 30, 392 – Vertrauenstatbestand . . . . .	214
ff. BVerfGE 53, 115 – effektiver Rechtsschutz . . . . .	217
gg. BVerfGE 63, 343 – Rechtshilfevertrag . . . . .	224
hh. BVerfGE 84, 90 – Enteignungsentschädigung . . . . .	225
ii. BVerfGE 108, 1 – Rückmeldegebühr . . . . .	228
jj. BVerfGE 111, 307 – Görgülü . . . . .	230
d. Die Verfassungstexttranszendenz des Rechtsstaatsarguments . . . . .	236
3. Vier Defizite des Rechtsstaatsarguments . . . . .	237
a. Das Positivitätsdefizit . . . . .	237
b. Das Begründungsdefizit . . . . .	237
c. Das Normativitätsdefizit . . . . .	238
d. Das Demokratiedefizit . . . . .	239
<i>VI. Die Inklusion der Gerechtigkeit . . . . .</i>	240
C. Eine diskurstheoretische Kritik . . . . .	245
<i>I. Recht und Gerechtigkeit . . . . .</i>	245
1. Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivismus . . . . .	247
a. Zum Begriff des Rechtspositivismus . . . . .	248
b. Trennungs- und Verbindungsthese . . . . .	250
aa. Kontradiktorisches Verhältnis . . . . .	251
bb. Hauptelemente des Rechtsbegriffs nach Dreier und Alexy . . . . .	253
cc. Inhaltliche Richtigkeit . . . . .	255
c. Richtigkeit als Demarkation . . . . .	256
2. Inklusive und exklusive Varianten . . . . .	256
a. Rechtspositivismus: Dualität des Exklusiven und des Inklusiven . . . . .	256
b. Rechtsnichtpositivismus: Alexys Trias . . . . .	258
aa. Klassifizierende und qualifizierende Zusammenhänge . . . . .	259
bb. Exklusiver, inklusiver und superinklusiver Rechtsnichtpositivismus . . . . .	260
cc. Inklusiver Rechtsnichtpositivismus als Mittelweg . . . . .	262
3. Ein quadrales Modell . . . . .	263
a. Alexys doppeltriadisches Modell . . . . .	264
aa. Alexys Notwendigkeitstriade . . . . .	264
bb. Alexys Quantorentriade . . . . .	265

cc. Eine Asymmetrie in Alexys System . . . . .	267
b. Eine doppelduale Unterscheidung . . . . .	268
aa. Begriff und Geltung . . . . .	269
bb. Relationen der Positionen . . . . .	272
c. Das quadrale Modell . . . . .	275
aa. Konvergenz und Divergenz . . . . .	276
(1) Begriffszusammenhang . . . . .	276
(2) Geltungszusammenhang . . . . .	277
(3) Trennung oder Verbindung . . . . .	278
bb. Radbruch im quadralen Modell . . . . .	280
cc. Das Bundesverfassungsgericht im quadralen Modell . . . . .	283
<i>II. Diskurstheorie des Rechts und Gerechtigkeit . . . . .</i>	<i>286</i>
1. Eine relativistische Diskurstheorie des Rechts . . . . .	287
2. Das diskursive Modell des Rechts . . . . .	289
a. Das vierstufige prozedurale Modell des Rechts . . . . .	289
b. Die Verfassung im diskursiven Modell des Rechts . . . . .	291
3. Recht und Gerechtigkeit . . . . .	293
a. Geltung des positiven Rechts . . . . .	295
aa. Diskurstheoretische Ambivalenz . . . . .	298
bb. Unbedingter Vorrang der Rechtssicherheit . . . . .	300
cc. Das Relativismusargument . . . . .	305
b. Begriffsbezogener Rechtsnichtpositivismus und geltungsbezogener Rechtspositivismus . . . . .	308
<i>III. Der Übergriff des Bundesverfassungsgerichts . . . . .</i>	<i>308</i>
Schluß: Gerechtigkeit im Rechtsstaat . . . . .	311
<i>I. Ein Desiderat der Debatte . . . . .</i>	<i>312</i>
<i>II. Keine Inklusion der Gerechtigkeit . . . . .</i>	<i>313</i>
<i>III. Die These der Gerechtigkeitsexklusion . . . . .</i>	<i>314</i>
Literaturverzeichnis . . . . .	317
Autorenverzeichnis . . . . .	339
Stichwortverzeichnis . . . . .	345