



Menschenrechtszentrum
der Universität Potsdam
Band 27

Eckart Klein (Hrsg.)

Gewaltenteilung und Menschenrechte

2. überarbeitete Auflage



BWV • BERLINER
WISSENSCHAFTS-VERLAG

Gewaltenteilung und Menschenrechte

Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam
Human Rights Centre of the University of Potsdam

Hrsg./ed.:
Eckart Klein
Christoph Menke

Band 27

ISBN 978-3-8305-2575-2

Eckart Klein (Hrsg.)

Gewaltenteilung und Menschenrechte

Kolloquium 11.–12. November 2005, Potsdam

2. überarbeitete Auflage



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2575-2

© 2. Auflage 2010 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur zweiten Auflage

Die erfreulich interessierte Aufnahme, die der im Jahr 2006 vorgelegte Band „Gewaltenteilung und Menschenrechte“ gefunden hat, haben Verlag und Herausgeber veranlasst, das Buch erneut aufzulegen. Die Autoren haben sich dankenswerter Weise bereitgefunden, ihre Beiträge nochmals kritisch durchzusehen, wo nötig zu überarbeiten und auf den neuesten Stand zu bringen. So hoffen wir, die Diskussion der mit dem Titel des Bandes angesprochenen Thematik, die in dieser Form bislang nicht aufgegriffen war, weiterhin anregen zu können.

Frau Dr. Dieter danke ich sehr für Ihre wertvolle Hilfe bei der Redaktion des Bandes.

Potsdam, 5. Juli 2010

Eckart Klein

Inhalt

Gewaltenteilung und Menschenrechte
Einführung

Eckart Klein 9

Die Idee der Freiheit und ihre Sicherung
bei Montesquieu

Thomas Würtenberger 17

Der demokratische Staat im Zeitalter von
Privatisierung, Europäisierung und Globalisierung –
Gewaltenteilung zweihundertfünfzig Jahre nach Montesquieu

Michael Kilian 41

Der Gesetzesvorbehalt in europäischen und
internationalen Menschenrechtsverträgen

Bardo Fassbender 83

Die Reichweite der Bindung menschenrechtlicher Verträge
für das auswärtige Handeln von Staaten

Christophe Eick 139

Inhalt

Die Gewährleistung von Gerichtsschutz als
menschenrechtliche Verpflichtung

Oliver Dörr

155

Menschenrechtliche Anforderungen an die Struktur
und Organisation von Legislative, Exekutive und Judikative

Winfried Bausback

175

Notstand und gewaltenteilende Staatsstrukturen:
eine rechtsvergleichende Perspektive

Heike Krieger

203

Die rechtliche Bedeutung der Entscheidungen
internationaler Menschenrechtsschutzinstanzen, insbesondere
des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, für die
Tätigkeit der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung

Theo Öhlinger

233

Anhang

267

Verzeichnis der Autoren

267

Index

269

Gewaltenteilung und Menschenrechte Einführung

Eckart Klein

I.

Die Idee der Gewaltenteilung, wie sie sich insbesondere mit den Namen von *John Locke* und *Charles de Montesquieu* verbindet, hat in Geschichte und Gegenwart tiefe Spuren hinterlassen.¹ Ohne ihren Charakter als politische Klugheitsregel zu verlieren,² ist sie zu einem fundamentalen Verfassungsgrundsatz des freiheitlichen Staates geworden.³ Frühe Belege sind die Virginia Bill of Rights (12. Juni 1776), in der die Verbürgung der angeborenen Rechte (Art. 1) und die Trennung der Gewalten (Art. 5) nebeneinander gestellt sind, und vor allem der berühmte Artikel XVI der französischen Menschenrechtserklärung vom 26. August 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.»

Wie die Rechte der einzelnen wird die Idee der Gewaltenteilung dem unbezweifelbar gewordenen Staatszweck: Bewahrung der Menschenwür-

¹ Aus der reichen Literatur vgl. neustens nur *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005; *U. Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 27 (S. 613ff.).

² *E. Forsthoff*, Montesquieu Esprit des Lois – Zum Gedächtnis des Erscheinens im November 1748 (1948), in: E. Mass/P.-L. Weinacht (Hrsg.), Montesquieu-Traditionen in Deutschland. Beiträge zur Erforschung eines Klassikers, 2005, S. 99ff. (100): Nach Absicht des Verfassers sollte der „Esprit“ vor allem ein „Traktat über das richtige verfassungspolitische Handeln“ sein.

³ *Di Fabio* (Fn. 1), § 27 Rn. 1.

de und Sicherung der Freiheit zugeordnet.⁴ Diese Aufgabe muss zeit- und situationsgebunden immer wieder neu gelöst werden.⁵ So muss sich das Prinzip etwa mit der Entfaltung der politischen Parteien und privater Mächtigkeiten ebenso wie dem Hineinwachsen des Staates in internationale, vor allem supranationale Zusammenhänge immer aufs Neue bewähren.

Neben den spezifischen Freiheitssicherungsaspekt sind zunehmend weitere Gesichtspunkte getreten, die dem Gewaltenteilungsprinzip zugeordnet werden: Sie sind übrigens so neu nicht, sondern lassen sich bei genauem Hinsehen durchaus in den klassischen Vorstellungen eines Montesquieu verorten. Hierzu gehört vor allem der Gedanke, dass die Gewalten trotz klarer kompetentieller Trennung und ihrer wechselseitigen Machthemmung und Kontrolle gemeinsam in der Lage sind, die Einheit der öffentlichen Gewalt sichtbar zu repräsentieren.⁶ Diese scheinbare Widersprüchlichkeit spiegelt sich in der Erkenntnis, dass der Staat zwar einerseits der potentiell größte Gefährder der Freiheit, andererseits aber ihr bester (und letztlich unabdingbarer) Garant ist,⁷ der darum nicht schwach sein darf, aber freiheitsgerecht organisiert sein muss. Die Teilung der Gewalten zielt, so ist heute allgemeine Ansicht, „auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“⁸

Unsere Tagung will nicht alle diese Richtungen weiter verfolgen, sondern sich auf den bis heute zentralen Aspekt des Gewaltenteilungsprinzips, die Freiheitssicherung, beschränken, also die Verklammerung untersuchen, die das Gewaltenteilungskonzept mit den die Freiheit konstituierenden

⁴ F. Ossenbühl, Schlußwort, in: J. Isensee (Hrsg.), *Gewaltenteilung heute*, Symposium aus Anlaß der Vollendung des 65. Lebensjahres von F. Ossenbühl, 2000, S. 123ff. (126).

⁵ Dies ist ein im Begriff des „Geistes“ der Gesetze enthaltener Gedanke Montesquieus; vgl. dazu U. Muhlack, *Montesquieu in seiner Zeit*, in: D. Merten (Hrsg.), *Gewaltentrennung im Rechtsstaat. Zum 300. Geburtstag von C. de Montesquieu*, 2. Aufl. 1989, S. 37ff. (42).

⁶ Hierzu K. Eichenberger, *Gewaltenteilung – schweizerische Sicht*, in: *Gewaltenteilung heute* (Fn. 4), S. 27ff. (41).

⁷ P. Kirchhof, *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit*, 2004.

⁸ BVerfGE 95, 1 (15) – Stendal.

Rechten verbindet. Selbst in dieser Beschränkung ist die Thematik nicht auszuschöpfen, sondern kann nur – partes pro toto – andiskutiert werden.

II.

Mit Montesquieu, dessen 250. Todestag sich am 10. Februar 2005 jährte, haben sich bereits unzählige Konferenzen und Untersuchungen befasst. Doch ist unsere Thematik „Gewaltenteilung und Menschenrechte“ meines Wissens noch nicht Gegenstand ausführlicher Verhandlungen gewesen. Ich bin Herrn Kollegen *Württemberg* sehr dankbar, dass er mit dem Referat zum Thema „Die Idee der Freiheit und ihre Sicherung bei Montesquieu“ unsere Diskussion eröffnen wird. Es mag sein, dass das berühmte XI. Buch des « *Esprit des Lois* » (1748) zunächst gar nicht im Mittelpunkt des Interesses der Zeitgenossen gestanden hatte, vielmehr erst durch die spätere Revolutionszeit ins volle Licht geriet.⁹ Gleichwohl ging es Montesquieu um die „politische Freiheit“ des Bürgers, die er nicht nur in berühmten gewordenen Wendungen definierte,¹⁰ sondern deren Sicherung er erstrebte. Sein entscheidender Gedanke war, den immer möglichen Missbrauch von Macht durch deren Beschränkung zu verhindern.¹¹ Das maßgebliche Mittel ist Ausgleich, Balance, in der die Gewalten sich gegenseitig halten müssen.¹² Wo diese Balance aufgehoben ist, herrscht Despotie, ein weiteres Schlüsselwort in diesem Kontext.¹³

Montesquieu war kein Menschenrechtler, der Individualrechte proklamierte. Zwar ließ er sich von Erkenntnissen über die Natur des Menschen

⁹ *E. Forsthoff*, Einleitung des Herausgebers, in: Montesquieu. Vom Geist der Gesetze. Ausgewählt, übertragen und eingeleitet von E. Forsthoff, 1967, S. 17ff. (31).

¹⁰ *Vom Geist der Gesetze*, Buch XI, Kap. 3 und 6.

¹¹ *Vom Geist der Gesetze*, Buch XI, Kap. 4.

¹² *F. A. Frh. von der Heyde*, Die Persönlichkeit Montesquieus und sein Werk – Lehrmeister des modernen Rechtsstaates (1950), in: Montesquieu-Traditionen in Deutschland (Fn. 2), S. 111ff. (113).

¹³ *A. Morkel*, Montesquieus Begriff der Despotie (1966), in: Montesquieu-Traditionen in Deutschland (Fn. 2) S. 195ff.; *C. Schmitt*, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf (1928), 4. Aufl. 1978, S. 105.

ebenso wie vom Humanitätsideal der frühen Aufklärung leiten.¹⁴ Aber es ging ihm um die Herstellung einer gesetzlichen, objektiven Ordnung, in der politische Freiheit bestehen kann. Demgegenüber generierten die mit der Bill of Rights of Virginia einsetzenden Menschenrechtskataloge in der Tat etwas Neues, verbanden sich aber rasch mit der Gewaltenteilungsidee, wie dies die Virginia Bill und der ebenfalls schon zitierte Art. XVI der französischen Menschenrechtserklärung belegen.

Nur am Rande sei der interessante Befund vermerkt, dass die neueren regionalen und internationalen Menschenrechtskataloge, einschließlich der Europäischen Grundrechte-Charta von 2000, diese Verbindung, anders als die frühen Dokumente, nicht mehr ausdrücklich herstellen. Die Bedeutung der Gewaltenteilungsidee für die Gewährleistung der Freiheit ist der Sache nach allerdings ungebrochen.¹⁵ Im Fall *Hamdi u. a. gegen den amerikanischen Verteidigungsminister Rumsfeld* erkannte der US Supreme Court am 28. Juni 2004: “The very core of liberty secured by our Anglo – Saxon system of separated powers has been freedom from indefinite imprisonment at the will of the Executive.”¹⁶

III.

Dem Thema „Der demokratische Staat im Zeitalter von Privatisierung, Europäisierung und Globalisierung – Gewaltenteilung zweihundertfünfzig Jahre nach Montesquieu“ wird sich dankenswerter Weise Herr *Kilian* widmen. Das angesprochene Verhältnis ist ja mindestens unter zwei Gesichtspunkten interessant. Wenn sowohl das Gewaltenteilungs- als auch das Demokratieprinzip Legitimationsfaktoren staatlicher Herrschaft sind, muss die Beziehung, in der beide zueinander stehen, virulent werden. Die in der Volkssouveränität ausgedrückte Freiheit des Volkes vermag unter Umständen die Freiheit der einzelnen zu bedrohen. Das in der amerikanischen Verfassungsdoktrin von Anfang an bestehende Misstrauen gegen

¹⁴ E. Forsthoff (Fn. 2), S. 101f.

¹⁵ Dies belegt bereits eine Reihe älterer und neuer Judikate des Bundesverfassungsgerichts, z.B. BVerfGE 9, 268 (279f.); 68, 1 (86); 90, 286 (357ff.); 95, 1 (15).

¹⁶ US Supreme Court, No. 03-6696 (June 28, 2004), *Yaser Esam Hamdi et al. v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, International Legal Materials XLIII (2004), S. 1186.

eine Tyrannei der Mehrheit hat hier seine Wurzel. Der andere interessante Gesichtspunkt ergibt sich aus der neueren, vor allem von *Detlef Horn* vertretenen Auffassung, dass Funktion und Ausgestaltung des Gewaltenteilungsprinzips „nicht mehr aus dem Zweck der Staatsbegrenzung und Gewaltenhemmung erschlossen“ werden könne, „sondern aus dem des Staatsaufbaus und der Gewaltenkonstituierung“.¹⁷ Begriffsleitendes Schutzgut sei die demokratische, nicht die rechtsstaatliche Verfassung. Ob diese radikale Entwurzelung und Umtopfung des Gewaltenteilungsgrundsatzes sinnvoll ist, ist aus meiner Sicht zweifelhaft, aber der Diskussion wert.¹⁸

IV.

Die folgenden drei Referate befassen sich mit den drei Gewalten unter sehr spezifischen Aspekten. Zunächst wird Herr *Fassbender* die aus dem nationalen Recht wohlbekannte Frage der Bedeutung und Reichweite des Gesetzesvorbehalts im Hinblick auf die Verbürgungen der Menschenrechtsverträge untersuchen. In zahlreichen Vertragsvorschriften heißt es, dass Eingriffe „gesetzlich vorgesehen sein müssen“.¹⁹ Hier wird nicht nur relevant, ob es sich auch um gewohnheitsrechtliche und untergesetzliche Eingriffsnormen handeln kann, sondern ob – parallel zur nationalen Entwicklung – der Gesetzesvorbehalt sich vom Eingriffsbegriff löst und die Menschenrechtsrelevanz der staatlichen Maßnahme in den Vordergrund tritt. Letztlich mag sich hier auch auswirken, ob in den international verbürgten Menschenrechten nur Abwehrrechte oder auch objektive Wertentscheidungen gesehen werden, deren nähere Ausgestaltung dem Gesetzgeber überlassen ist.

Herr *Eick* wird sich einem besonderen Problem zuwenden, dessen Aktualität durch interessante Fälle der letzten Jahre unterstrichen wird. Zwar gibt es an der Bindung staatlicher, gerade auch der auswärtigen Gewalt,

¹⁷ *H.-D. Horn*, Die grundrechtsummittelbare Verwaltung, Zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz, 1999, S. 262f; hierzu zustimmend auch *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 127.

¹⁸ Zurückhaltend auch *P. Lerche*, Gewaltenteilung – deutsche Sicht, in: *Gewaltenteilung heute* (Fn. 4), S. 75ff. (78ff.).

¹⁹ Z. B. Art. 8-11 EMRK; Art. 12, 18, 19 IPbPR.

die primär exekutivischer Art ist, durch die abgeschlossenen Verträge keinen Zweifel. Wohl aber hat sich die Frage als erörterungsbedürftig erwiesen, ob die Menschenrechtsverträge auch auf das extraterritoriale Handeln der Staaten Anwendung finden. Die Reichweite der Bindung der Staaten an ihre je eigene Verfassung mag verschieden sein, die territoriale Reichweite der vertraglichen Bindung muss prinzipiell – vom Problem der Vorbehalte abgesehen – für alle Vertragsparteien einheitlich bestimmt werden. Entzieht sich die Bombardierung eines fremden Territoriums dem Maßstab der EMRK?²⁰ Ist Israel in den besetzten palästinensischen Gebieten und sind die USA und Großbritannien im Irak an die Bestimmungen des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte gebunden?²¹ Nimmt die Bundesrepublik Deutschland ihre menschenrechtlichen Vertragspflichten mit nach Afghanistan, wo ihre Streitkräfte im Rahmen der von den Vereinten Nationen autorisierten Mission stationiert sind?²²

Die Rolle der richterlichen Gewalt schließlich gerät unter dem von Herrn *Dörr* behandelten Aspekt in den Blickpunkt. Gefragt wird, inwiefern sich Gewährung von Gerichtsschutz aus menschenrechtlichen Verpflichtungen ergibt. Obgleich auch zahlreiche nichtgerichtliche Schutzmechanismen existieren, deren Wirksamkeit nicht grundsätzlich abzuspochen ist, wird die Anrufung von Gerichten zur Durchsetzung der Menschenrechte doch zutreffend als das effektivste Rechtsschutzzinstrument angesehen.²³ Das Recht auf Zugang zum Gericht ist daher, jedenfalls für bestimmte Angelegenheiten, in den Menschenrechtsverträgen gewährleistet (Art. 6 EMRK, Art. 14 IPBPR). Man muss auch fragen, ob das Recht zur wirksamen Beschwerde bei Verletzung der Rechtsgewährleistungen (Art. 13

²⁰ Vgl. EGMR, *Banković et al. v. Belgium et al.* (Application No. 52207/99), [GC] Judgment of 12 December 2001, ECHR Reports 2001-XII, S. 333.

²¹ Siehe hierzu die Concluding Observations des Menschenrechtsausschusses zu Israels Staatenberichten, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93 (1998) und CCPR/CO/78/ISR (2003).

²² Vgl. die Concluding Observations des Menschenrechtsausschusses zum fünften Bericht der Bundesrepublik Deutschland und die Stellungnahme der Bundesregierung hierauf, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU (2004) und CCPR/CO/80/DEU/Add.1 (2005).

²³ Dazu *E. Klein*, Ergänzungen zum gerichtlichen Rechtsschutz im Bereich der Menschenrechte, in: W. Karl (Hrsg.), *Internationale Gerichtshöfe und nationale Rechtsordnung*, 2005, S. 145ff.

EMRK, Art. 2 Abs. 3 IPBPR) sich nicht in Richtung gerichtlicher Überprüfung entwickelt.

V.

Bei dem Thema, dessen Bearbeitung Herr *Bausback* freundlicherweise übernommen hat, wird gefragt, ob sich aus den Menschenrechten bestimmte Profilanforderungen an die drei Gewalten ergeben. Hier taucht der Gedanke der funktionsgerechten Organstruktur wieder auf, wonach die Gewalten so zu strukturieren sind, dass sie ihre Aufgaben erfüllen können. Was tragen zu dieser Organisations- und Strukturdebatte die Menschenrechte bei? Folgt aus ihnen die objektive Verpflichtung, vielleicht das subjektive Recht des einzelnen, die Träger der staatlichen Gewalten so einzurichten, dass sie die Aufgabe des Grundrechtsschutzes effektiv wahrnehmen können, was z.B. für das legislative Organ – Gesetzesvorbehalt! – die Unabhängigkeit von der Exekutive, für die richterliche Gewalt neben ihrer Unparteilichkeit die Unabhängigkeit von den beiden anderen Gewalten und für alle Gewalten einen für die Bewältigung ihrer Aufgabe notwendigen unentziehbaren Zuständigkeitskernbereich bedeuten würde?²⁴

Es liegt auf der Hand, dass das bekannte, zwar nicht im Grundgesetz, aber in vielen anderen Staaten verwirklichte Prinzip, wonach der Notstand die „Stunde der Exekutive“ ist, die Gewaltenteilung und damit einen wichtigen Pfeiler der Freiheit in evidente Gefahr bringt. Andererseits muss mit Notständen gerechnet werden; übrigens hat auch Montesquieu damit gerechnet.²⁵ Die Notstandsklauseln der Menschenrechtsverträge verschließen die Augen vor solchen Situationen gleichfalls nicht,²⁶ doch geht es dort unmittelbar nur darum, dass der Staat bestimmte Rechte während des Notstands – nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit – außer Acht

²⁴ Ergibt sich z. B. aus dem Recht der Staatsangehörigen, sich an den Wahlen zu den gesetzgebenden Körperschaften zu beteiligen (Art. 3 Zusatzprotokoll EMRK; Art. 25 IPbPR), eine Mindestausstattung des Parlaments mit Kompetenzen? Vgl. zu einer solchen Fragestellung BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

²⁵ *Vom Geist der Gesetze*, Buch XI, Kap. 6.

²⁶ Vgl. Art. 15 EMRK; 4 IPbPR.

lassen darf; andere Rechte werden hingegen für notstandsfest erklärt.²⁷ Mittelbar freilich findet hier durch die Rechtsderogation eine entscheidende Verschiebung des Gewaltenteilungsgefüges statt, da es für den Eingriff nicht mehr der gesetzlichen Grundlage bedarf und die richterliche Kontrolle weitestgehend eliminiert ist. Frau *Krieger* geht der gewaltverschiebenden Auswirkung des Notstands auch in rechtsvergleichender Perspektive nach.

Mit dem letzten Referat, das Herr *Öhlinger* übernommen hat, wird ein Problem aufgeworfen, das gerade wieder einmal im vergangenen Jahr in Deutschland für erheblichen Diskussionsstoff sorgte. Ein deutsches Oberlandesgericht vertrat vehement die Ansicht, dass nur der Staat als solcher, nicht aber das einzelne Staatsorgan, insbesondere nicht die Gerichte, an die EMRK und an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gebunden seien.²⁸ Das Problem reicht aber weit über unser Land hinaus. Insgesamt geht es um die Frage, welche (rechtliche) Wirkung die Entscheidung einer menschenrechtlichen Schutzinstanz für alle drei Staatsgewalten hat.²⁹ Dabei wird man gewiss nach dem Rechtscharakter der jeweiligen Instanz und ihrer Entscheidungen zu differenzieren haben, auch nach der jeweiligen prozessualen Situation. Insgesamt fällt aber auf, dass die aufgeworfene Frage offenbar nach wie vor endgültiger Klärung harrt – eine erstaunliche Feststellung nach 50 Jahren EMRK und fast 30 Jahren Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte.

²⁷ Neuerdings aus Sicht des Art. 4 IPbPR *A. Siehr*, Derogation Measures under Article 4 ICCPR, with Special Consideration of the “War Against International Terrorism”, in: *GYIL* 47 (2004), S. 545ff.

²⁸ OLG Naumburg, Beschluß vom 30. Juni 2004, 14 WF 64/04, in: *EuGRZ* 2004, S. 749ff.; dazu BVerfG, Beschluß vom 14. Oktober 2004, 2 BvR 1481/04, in: *JZ* 2004, S. 1171ff. m. Anm. *E. Klein*, ebd., S. 1176ff.; vgl. auch *M. Breuer*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du’s mit Straßburg?, in: *NVwZ* 2005, S. 412ff.

²⁹ Dazu etwa *R. Bernhardt*, Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Rechtsraum, in: R.. Geiger (Hrsg.), *Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen*, 2000, S. 147ff.

Die Idee der Freiheit und ihre Sicherung bei Montesquieu

Thomas Würtenberger

Alle Überlegungen zu „Gewaltenteilung und Menschenrechten“ beginnen bei *Montesquieu*. Der *Baron de la Brède*, genannt nach seinem Schloss bei Bordeaux, das zu besuchen sich lohnt, steht in der Geschichte der politischen Ideen für Freiheitsschutz durch eine gewaltenteilige staatliche Organisation und gilt als Vordenker einer liberalen Staatstheorie. Dabei ist die Rezeptionsgeschichte der Ideen *Montesquieus* vielfach an seinem berühmten „England-Kapitel“ in seinem « *De l'esprit des Lois* » orientiert. Dieses wird allerdings aus dem Gesamtzusammenhang seines Werks oftmals einseitig herausgebrochen und daher in verkürzender Weise fehlinterpretiert. Überspitzt formuliert: Eine einseitige und auf Schlagworte begrenzte Rezeption des *Montesquieu'schen* Gedankengebäudes ließ ihn zum Klassiker des politischen Liberalismus werden.¹ Die folgenden Überlegungen sollen daher nicht auf eine einseitige Befassung mit dem zweifellos wichtigen England-Kapitel beschränkt bleiben. *Montesquieus* Konzept von Freiheit soll vielmehr zunächst aus seinem historisierenden Ansatz ebenso wie aus seiner Geistphilosophie entwickelt, sodann in seinem System staatsorganisatorischer Sicherung entfaltet und schließlich in die größeren theoriegeschichtlichen Zusammenhänge gestellt werden.

¹ So *R. Ogorek*, *De l'esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde*, in: *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983), S. 273ff. mit zahlreichen Nachweisen zu den Missdeutungen im deutschen rechts- und staatsphilosophischen Schrifttum; *dies.*, *Gewaltenteilung heute*, in: *E. Böhlke/E. François* (Hrsg.), *Montesquieu. Franzose – Europäer – Weltbürger*, 2005, S. 57ff.; vgl. weiter *H. Schlosser*, *Montesquieu: Der aristokratische Geist der Aufklärung*, 1990, S. 8ff., 22; *A. Christ*, *Bürgerliche Freiheit und Strafrecht bei Montesquieu*, 2003, S. 16ff.; *E. Mass/P.-L. Weinacht* (Hrsg.), *Montesquieu-Traditionen in Deutschland*, 2005.

I. Die Person hinter dem Werk

Verweilen wir aber zunächst einen Moment bei der Person *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu*, bei seiner Zeit, in die er hineingeboren wurde, und bei seinem geistigen Umfeld, das ihn umgab und das er sich schuf. Ist doch bei Montesquieu, wie bei allen großen Denkern über Staat und Politik, das Werk eng mit seinem Erfahrungshorizont und mit seinem Lebensschicksal verbunden.²

1689 im Chateau de la Brède geboren, wächst er in eine politische Epoche hinein, in der Frankreich als erster politischer Macht in Europa von England der Rang abgelaufen wird.³ Die chronische Zerrüttung der Staatsfinanzen, der wirtschaftliche Aufstieg Englands und parallel hierzu ein wirtschaftliches Absinken Frankreichs, die militärischen Erfolge Englands und die ausbleibende militärische Fortune Frankreichs sowie eine wachsende Kritik am überkommenen absolutistischen Herrschaftssystem ließen den Blick der Reformer nach England schweifen. Modern gesprochen kam es zu einem Systemwettbewerb, in dem *Montesquieu* zur anglophilen Bewegung Frankreichs gehörte; sein Engländeraufenthalt von 1729 bis 1731 sollte zu einem der Höhepunkte seiner Reisen werden.⁴

Eine zweite Entwicklungslinie seines Denkens ist durch seine adelige Herkunft bestimmt. Sein Vater steht in militärischen Diensten, der ältere Bruder des Vaters ist Präsident des Parlaments von Bordeaux, d.h. am obersten Gerichtshof dieser südwestlichen französischen Provinz. *Montesquieu* wird 1714 Parlamentsrat und 1716 nach dem Tod des Onkels Präsident des Parlaments von Bordeaux, ohne freilich das Amt wirklich wahrzunehmen. Er gehört zum Lager jenes französischen Adels, der in wachsender Opposition gegen das absolutistische Königtum steht: Der Adel in den Parlamenten sucht dem absolutistischen Staat zu widerstehen,

² Aus den zahlreichen Biographien sei nur genannt: *L. Desgraves*, *Montesquieu*, 1992.

³ Zum Folgenden *H. Schlosser* (Fn. 1), S. 10ff.; *U. Muhlack*, *Montesquieu in seiner Zeit*, in: D. Merten (Hrsg.), *Gewaltentrennung im Rechtsstaat*, 1989, S. 37ff.; *I. Fetscher*, in: *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Bd. 3, 1985, S. 441ff.

⁴ Zu seiner Teilnahme am politischen Leben in London, vor allem zu Besuchen von Sitzungen beider Kammern mit heftigen Debatten: *L. Desgraves* (Fn. 2), S. 227ff.

seine sozialen Privilegien zu verteidigen, wie etwa die Steuerfreiheit, und seinen früheren politischen Einfluss zurückzugewinnen. In diesem Sinne schreibt *Montesquieu* aus einem adeligen Selbstbewusstsein, kritisiert den Absolutismus auch vom Standpunkt des Adels aus und kann daher auch nur schwerlich als Verfechter eines neuen bürgerlichen Liberalismus bezeichnet werden.

Neben seiner sozialen Herkunft ist *Montesquieu* entscheidend durch seine Bildungskarriere geprägt. Auf der Schule der Oratorianer bei Paris wird er in humanistischer Tradition und im Geiste der antiken Autoren ausgebildet. Hier gewinnt er seine historisch-philologische Gelehrsamkeit. Das klassische Altertum sollte in seinen Schriften immer wieder hervortreten. Von 1705 bis 1708 studiert er an der juristischen Fakultät von Bordeaux. Rechtsstudium und humanistische Bildung haben ihn erkennen lassen, dass das Recht in allen Völkern und zu allen Zeiten im Grundsatz sehr vergleichbar sei, dass es aber aus unterschiedlichen historischen Gründen teils Fehlentwicklungen nimmt, teils aber auch durch vorausschauende politische Leitung verbessert werden könne.

Weder Bordeaux noch Paris interessierten *Montesquieu* für eine politische Laufbahn. Er widmete vielmehr sein Leben einer publizistischen Karriere, in deren Mittelpunkt die Reformbedürftigkeit des ihn umgebenden absolutistischen Systems stand. 1721, also mit 32 Jahren, gab er mit den „Persischen Briefen“, den « Lettres persanes » sein Debüt. Mit dieser ebenso verschleierte wie heftigen Kritik am französischen absolutistischen System wurde er sofort als Leitfigur der politischen Philosophie anerkannt, aber auch angefeindet. Ebenso wie im 1748 erschienenen Werk „Vom Geist der Gesetze“ verfolgt *Montesquieu* ein besonderes Stilelement der französischen Aufklärung, nämlich das Schreiben mit « esprit ». Historische Belesenheit und klassischer Geschmack verbinden sich mit einem kritischen Nachdenken über die Grundlagen von Recht und Staat. 1726, also mit Ende dreißig, verkauft *Montesquieu* sein Amt als Parlamentspräsident und gewinnt dadurch ein beträchtliches Vermögen, das ihm mit seinen Einnahmen aus dem Grundbesitz ein unabhängiges Leben als politischer Schriftsteller ermöglicht.

In Distanz zum höfischen Leben, zur geistigen Öde des höfischen Adels, aber auch in Distanz zu regionaler Selbstgefälligkeit entwickelt *Montesquieu* seine politische Philosophie, die auf Aussagen zielt, die jenseits von Zeit und Ort Bestand haben sollen. Hierbei hilft ihm eine unumstrittene Brillanz im Umgang mit der französischen Sprache. In Frankreich jeden-

falls konnte sich sein Werk im Laufe des 18. Jahrhunderts auch darum durchsetzen, weil es eine literarische Meisterleistung war, weil es von einem Autor geschrieben wurde, der in unnachahmlicher Weise dem genügen konnte, was man damals unter dem Begriff « esprit » zusammenfasste.

II. Die Idee der Freiheit bei Montesquieu

Montesquieus Idee der Freiheit ist nicht leicht zu erfassen. Er setzt zwar allgemein voraus, dass es ein Naturrecht gibt, und argumentiert auch naturrechtlich⁵, entwickelt aber keine Lehre von natürlichen bzw. naturrechtlichen Freiheitsrechten, wie sie sich insbesondere in der deutschen staatsrechtlichen Literatur der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts findet. Er bleibt einer älteren Schicht politisch-rechtlichen Argumentierens verhaftet, die aus dem Lauf der Geschichte seit der Antike ihre Argumente sucht. Durch meist geschickte Wahl historischer Beispiele lässt er erkennen, wie eine freiheitliche Ordnung zu gestalten sei. Dabei tritt bei ihm die Gestaltung einer politisch-rechtlichen Ordnung in den Vordergrund, die unter dem Aspekt der Gerechtigkeit Freiheit gewähren möchte.⁶

1. Der Vorrang bürgerlicher Freiheit vor politischer Freiheit

Blicken wir zunächst auf die politische Freiheit, die er von der bürgerlichen Freiheit trennt: *Montesquieu* warnt nachdrücklich davor, in republikanischen Staaten die Macht des Volkes mit der Freiheit des Volkes zu verwechseln.⁷ Es sei zwar wichtig, dass in demokratischen Staaten das Volk regeln kann, was es wolle. Die politische Freiheit bestehe aber nicht

⁵ P.-L. Weinacht, Überwindung des Naturrechts? Natürliche und positive Gesetze bei Montesquieu, in: O. Hidalgo/K. Herb (Hrsg.), Die Natur des Staates. Montesquieu zwischen Macht und Recht, 2009, S. 27ff.

⁶ Zum Folgenden ausführlich B. Binoche, Introduction à De l'esprit des lois de Montesquieu, 1998, S. 254ff.; N. Campagna, Charles de Montesquieu, 2001; G. Bergeron, Tout était dans Montesquieu, 1996, S. 201ff.; A. Christ (Fn. 1), S. 25ff.; S. Goyard-Fabre, La philosophie du droit de Montesquieu, 1973, S. 162ff., 287ff.

⁷ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XI, Kap. 2.

darin, zu tun, was man wolle, sondern das tun zu können, was man wollen muss. Man darf also nicht gezwungen sein zu tun, was man nicht wollen darf.⁸ Kriterien für das, was man wollen muss oder nicht wollen darf, finden sich nicht. Dennoch waren diese Formulierungen zukunftsweisend: Die Gefahr, dass politische Freiheit die bürgerliche Freiheit zerstören kann, ist klar gesehen. Auch ein demokratischer Staat ist nicht notwendig ein freiheitlicher Staat. Politische Freiheit findet sich nur in den « gouvernements modérés », in den Mischstaatsformen.⁹

Diese Demokratieskepsis sollte zu Ende des 18. Jahrhunderts auch die preußische Aufklärung beherrschen. Ihr Credo war ebenfalls, dass es bürgerliche Freiheit auch ohne politische Freiheit geben kann, sie hielt ebenfalls die Despotie der Mehrheit für ebenso verabscheuungswürdig wie die Despotie eines Monarchen.

2. Freiheit im Geist der Mäßigung

In Republiken ebenso wie in Monarchien, also unabhängig von der Regierungsform kann es Gesetze geben, die Freiheit gewähren. Ist Freiheit in der rechtlichen Ordnung verwirklicht, so kann *Montesquieu* folgern, dass die Freiheit das Recht sei, alles zu tun, was die Gesetze gestatten. Freiheit ist also immer gesetzliche Freiheit, das Gesetz wird zum Hort der Freiheit. Freiheit entfaltet sich in einer rechtlichen Ordnung, die auf Freiheits-sicherung angelegt ist.

Wie aber entsteht ein solches freiheitliches Recht? Abstrakte Kriterien finden wir nicht; *Montesquieu* begnügt sich damit, ganz allgemein auf das rechte Maß abzuheben. Freiheitliches Recht entsteht aus dem Geist der Mäßigung.¹⁰ Nicht politische Extreme, sondern ein Anpassen mit Augenmaß ist sein Credo. Selbst ein Zuviel an Vernunft erscheint ihm nicht immer wünschenswert¹¹ – eine deutliche Distanz zu den naturrechtlichen Freiheitsdiskussionen seiner Zeit.

⁸ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XI, Kap. 3.

⁹ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch VIII, Kap. 3; Buch XXII, Kap. 2.

¹⁰ Zu diesem das gesamte Werk durchziehenden Leitgedanken: *N. Campagna* (Fn. 6), S. 30f.

¹¹ Vgl. *R. Ogorek* (Fn. 1), S. 277.

Freiheit gemessen am rechten Maß ist relativ. In unterschiedlichen Gesellschaften kann es ein unterschiedliches Verständnis von Freiheit geben. Hier spielen das Herkommen und die gesellschaftlichen Gepflogenheiten eine Rolle, aber auch die historischen Ereignisse, die Marksteine in der Geschichte der Entwicklung von Freiheit sind. Eines wird aber immer wieder betont: Freiheit wird in erster Linie durch die Rechtsordnung konstituiert.

3. Sicherheit als Voraussetzung von Freiheit

Die Verbürgung der Freiheit durch Recht führt *Montesquieu* zu einer engen Verbindung von Sicherheit und Freiheit. In scharfer Zuspitzung formuliert er, dass die Freiheit auch in der Sicherheit ruhe oder jedenfalls in der Meinung, man lebe in Sicherheit, – eine beachtlich frühe Differenzierung von objektiver Freiheit und subjektiver Wahrnehmung von Freiheitlichkeit. Diese Subjektivierung von Freiheitlichkeit führt zu einem relativistischen Freiheitsverständnis: Ob man in Freiheit lebt, beurteilt sich nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach subjektiver Befindlichkeit, die zu unterschiedlichen Zeiten und an unterschiedlichen Orten sehr variieren kann. Erst ein Gefährdungsbewusstsein macht damit die individuelle bzw. kollektive Erfahrung von Unfreiheit einer politischen Ordnung aus.¹²

Dieses Bewusstsein, in Sicherheit z. B. Eigentum zu besitzen und über dieses verfügen zu können, hat nach *Montesquieu* zudem ökonomische Konsequenzen. Dieses Bewusstsein führt dazu, dass in Handels- und Wirtschaftsunternehmen investiert wird, um den Erwerb zu steigern, was vor allem in Republiken mit einer Rechtsordnung, die das Eigentum schützt, zu beobachten sei.¹³ Dies ist eine äußerst bemerkenswerte, aus dem historischen Material gewonnene Feststellung und vielleicht auch ein versteckter Hinweis darauf, warum sich in England anders als in Frankreich eine positive wirtschaftliche Entwicklung vollzog. Auf der Linie dieser Zusammenhänge hat man in den letzten Jahren folgende These entwickelt: Der in Deutschland auch verfassungsrechtlich gewährte Ver-

¹² *B. Binoche* (Fn. 6), S. 288.

¹³ *B. Binoche* (Fn. 6), S. 289; *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XX, Kap. 4.

trauensschutz für wirtschaftliche Unternehmen gegen rückwirkende belastende oder enteignend wirkende Gesetzesänderungen ist ökonomisch gesehen günstiger für die Wirtschaftsentwicklung eines Staates als die weitgehende Ablehnung von Vertrauensschutz in der französischen Rechts- und Verfassungsordnung.¹⁴

Um wieder auf *Montesquieus* allgemeine Feststellung zurückzukommen: Freiheit ist also dort, wo man sicher ist oder sicher sein kann, dass es nicht zu unberechenbaren oder unberechtigten Eingriffen in den privaten Bereich kommt. Was rechtlich dem einzelnen zusteht oder geschützt ist, muss also auch mit Sicherheit gewahrt bleiben. Im Sinne der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes und des Verbotes belastender Analogie fordert *Montesquieu*: Gesetze dürfen nicht zuungunsten eines Bürgers ausgelegt werden, wenn es sich um sein Vermögen, seine Ehre oder sein Leben handelt.¹⁵

Aus seiner Sicht wird die Sicherheit vor allem durch willkürliche Strafverfahren bedroht, so dass er die Bedingungen eines freiheitsschützenden Strafverfahrens entwickelt.¹⁶ Für dieses freiheitsschützende Strafverfahren fordert er eine Trennung von Anklagebehörde und Richter¹⁷, Unschuldsvermutung und Verbot der Folter¹⁸ und eine auf Verhältnismäßigkeit abzielende Strafe¹⁹. Als Verfahrenssicherungen nennt er die Notwendigkeit des rechtlichen Gehörs²⁰, Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung²¹ sowie Gelegenheit zur Verteidigung gegen vorgebrachte Verdachtsmomente²². Hier dürften seine Erfahrungen mit der forensischen Praxis Anlass für diese rechtsstaatliche und freiheitsschützende Ausgestaltung des Strafverfahrens gegeben haben.

¹⁴ T. Württemberg/D. Tschulin u.a. (Hrsg.), Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich, 2002.

¹⁵ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch VI, Kap. 3.

¹⁶ Zum folgenden A. Christ (Fn. 1), S. 187ff.; G. Bergeron (Fn. 6), S. 203.

¹⁷ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch VI, Kap. 5.

¹⁸ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XXVIII sowie XI, Kap. 17.

¹⁹ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XII, Kap. 4.; A. Christ (Fn. 1), S. 227f.

²⁰ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XII, Kap. 2.

²¹ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XXIX, Kap. 1.

²² *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch VI, Kap. 2; XXVI, Kap. 4.

4. Bezugspunkte bürgerlicher Freiheit

Welche einzelnen Freiheitsrechte durch die staatliche Ordnung zu gewährt sind, entwickelt *Montesquieu* punktuell in unterschiedlichem Kontext. Nicht aus einem System heraus, aber die Spannung zwischen Autonomie und sozialer Bindung auflösend werden einzelne Freiheits- und Gleichheitsrechte entfaltet:

Die Verwirklichung von Gleichheit bezeichnet er in der Demokratie als „Seele des Staates“, wobei er begrifflich an den biblischen Satz von der Gleichheit als Seele der Gerechtigkeit anknüpft.²³ Zugleich hält er es für sehr schwierig, reale Gleichheit herzustellen. Durch Gesetze sind Ungleichheiten zu egalisieren, vor allem durch Steuergesetze. Ungleichheiten in der Demokratie dürfen nur durch die Natur der Demokratie und durch das Prinzip der Gleichheit selbst gerechtfertigt sein. Dies klingt sehr modern. Was dies freilich im Einzelnen bedeutet, bleibt offen.

Extreme Gleichheit ist allerdings zu vermeiden. So weit wie der Himmel von der Erde, so weit ist für *Montesquieu* der Geist der Gleichheit vom Geist extremer Gleichheit entfernt. Zwar werden die Menschen als gleiche geboren, sie können aber in diesem Zustand nicht bleiben. Sie werden erst wieder gleich durch die Gesetze. Diese regeln die bürgerliche Gleichheit, zugleich aber auch die besonderen Rechte für die Verwaltung, die Gerichtsbarkeit, in der Familie, für den Adel und in anderen sozialen Beziehungen.²⁴ Bei *Montesquieu* wendet sich damit der Gleichheitssatz nicht gegen die ständische Ordnung und gegen gesellschaftliche Hierarchien.

Eine besondere Rolle spielt der Wohnungsschutz, den er jedem zubilligt, der nach Recht und Gesetz lebt. Die Wohnung soll Hort persönlicher Entfaltung sein, Wohnungsschutz muss mit Sicherheit garantiert werden.²⁵ Der Idee nach wird dem Wohnungsschutz ein ähnlich hoher Stel-

²³ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch V, Kap. 5.

²⁴ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch VIII, Kap. 3.; *N. Campagna* (Fn. 6), S. 37f.

²⁵ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XII, Kap. 23.

lenwert zugewiesen wie in der derzeitigen Diskussion der Zulässigkeit und Grenzen des großen Lauschangriffs.²⁶

Einen dezidierten Schutz gewährt *Montesquieu* der Geistesfreiheit. Das Recht, zu sagen und zu schreiben, was man denkt, ist ihm Voraussetzung für individuelle ebenso wie für gesellschaftliche Freiheit, wobei allerdings die Gesetze dieser Geistesfreiheit doch Schranken ziehen können.²⁷ Dabei ist es in einem freiheitlichen Staat gleichgültig, ob die einzelnen mit guten oder schlechten Argumenten streiten: Es reicht, dass politische Auseinandersetzungen stattfinden, ein Diskurs in Freiheit garantiert positive Wirkungen.²⁸ *Montesquieu* erscheint hier als einer der Vorläufer der Lehren von der freiheitsstiftenden öffentlichen Meinung, wie sie zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch *Constant* verfochten wurden.²⁹

Nicht zuletzt erfährt das Eigentum eine klare zivilrechtliche Sicherung.³⁰ Diese lediglich zivilrechtliche Sicherung entspricht dem Gedanken, Freiheit nicht aus abstrakten Prinzipien herzuleiten, sondern im und durch Recht zu schützen. Vor allem gegen den Staat wird Eigentumsschutz gefordert. Enteignungen sind nur zum gemeinen Wohl und nur gegen Entschädigung zulässig – eine Forderung, die ebenfalls im Deutschland des 18. Jahrhunderts erhoben wurde.³¹

5. Zwischenergebnis

Eine Würdigung des Tour d’horizon des Freiheitsschutzes bei *Montesquieu* fällt nicht leicht. Was die Substanz des Freiheitsschutzes betrifft, bietet er, abgesehen vom freiheitlichen Strafverfahren, wenig Neues. Ihm geht es nicht um eine abstrakte Freiheit aller Bürger in einem revolutionä-

²⁶ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XII, Kap. 11 und 12.

²⁷ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XIX, Kap. 27.

²⁸ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XIX, Kap. 27.

²⁹ *T. Würtenberger*, Zur Legitimation der Staatsgewalt in der politischen Theorie von Benjamin Constant, in: *Annales Benjamin Constant*, 1989, S. 65ff.

³⁰ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Buch XXVI, Kap. 1 und 15; *S. Goyard-Fabre* (Fn. 6), S. 203ff.

³¹ *T. Würtenberger*, Der Schutz von Eigentum und Freiheit im ausgehenden 18. Jahrhundert, in: *W. Gose/T. Würtenberger* (Hrsg.), *Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts*, 1999, S. 55ff. (57).