

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Marcel Boller

Rechtsstaat und Rechtsweggarantie

**Die Rekonstruktion eines materiellen
Rechtsstaatsbegriffs und sein Nachweis in der
US-amerikanischen Klausel des due process und
der Rechtsweggarantie**

Schulthess § 2016

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX
A. Einleitung	1
B. Die Frage des Rechtsbegriffs	15
I. Das grundlegende Problem	15
II. Die Natur des Rechts	16
III. Verbindungstheorie und Rechtspositivismus	19
IV. Moralisches Recht	20
V. Recht als Faktum	24
VI. Die Rekonstruktion des Rechtsbegriffs	28
1. Der historische Hintergrund	29
2. Die südafrikanische Republik	30
3. Rechtsqualität der Gesetzgebung?	33
4. Die Interims-Konstitution als Neuanfang	35
5. Südafrika als Verfassungsstaat	38
a) Die Verbürgung von Grundrechten	38
b) Menschenwürde als subjektives Recht	39
c) Begründung der Menschenwürde	41
d) Menschenwürde als Wert in der Rechtsordnung	43
VII. Ergebnis	45
C. Geistige Tradition des Rechtsstaats	49
I. Das Konzept des Rechtsstaats	50
II. Ursprünge in der Antike	52
1. Rechtliche Ausgestaltung	53
2. Theorien des Rechtsstaats	56
	IX

III.	Die Magna Charta als Ausgangspunkt	59
IV.	Die Eingliederung des Königs	63
V.	Die Weiterbildung durch Edward Coke	65
VI.	Legitimation von Herrschaft durch Vertrag	71
VII.	Gewaltentrennung als Voraussetzung persönlicher Freiheit	75
VIII.	Der Einfluss Blackstones	80
IX.	„Checks and Balances“ zur Verhinderung einer Diktatur der Mehrheit	84
X.	Der Rechtsstaat als Gebot der praktischen Vernunft	89
XI.	Rechtsstaatliche Prinzipien zum Schutz vor Willkür	94
XII.	Zusammenfassung	99
D.	Die Entfaltung des Begriffs des Rechtsstaats	105
I.	Die Anfänge im 19. Jahrhundert	105
II.	Die erste wissenschaftliche Konzeption	106
III.	Der Rechtsstaat nach dem politischen Liberalismus	109
	1. Limitierung obrigkeitlicher Gewalt	109
	2. Die formelle Konzeption des Rechtsstaats	111
	3. Die Begründung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	112
IV.	Der Rechtsstaat unter dem Eindruck des Rechtspositivismus	114
V.	Die Weimarer Republik	117
	1. Pouvoir constituant und pouvoir constitué	117
	2. Die Einheit von Staat und Recht	120
VI.	Die Negierung des Rechtsstaats im Dritten Reich	122
VII.	Materielle Konzeptionen als Antwort	122
	1. Rechtsstaat und Sozialstaat	122
	2. Die materielle Verfassung als Wertentscheidung	125
VIII.	Das Primat der objektiven Wertordnung	126
IX.	Zusammenfassung	128
E.	Moderne Theorien des Rechtsstaats	135
I.	Wirtschaftliche Prosperität durch rechtliche Leitlinien	135
II.	Die Legalität von Normen	139

III.	Rechtsstaatlichkeit als interne Moral des Rechts	145
IV.	Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Rechtsstaat	152
V.	Das Recht als Interpretationskonzept	158
VI.	Die Formalität des Rechtsstaats	166
VII.	Zusammenfassung	170
F.	Die Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse	175
G.	Rechtsweg und Rechtsstaat im US-Verfassungsrecht	179
I.	Die Verfassungsgarantie des <i>due process</i>	179
II.	Besonderheiten des US-Rechts	181
	1. Gegenüberstellung	182
	2. Geltung von Normen	187
	3. Verfassungsinterpretation	190
	4. Das Justizsystem der Vereinigten Staaten	194
III.	<i>Due process</i> als Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit	199
	1. Eingliederung in die Verfassung	199
	2. Die Erweiterung durch das 14. Amendement	202
	3. <i>Due process</i> als Element des Rechtsstaats	205
IV.	Konkretisierung von <i>due process</i> durch den US-Supreme Court	210
	1. Grundsatz	211
	2. Methode der Auslegung	212
	3. Geschützte Interessen	214
	a) Liberty	216
	b) Property	219
	4. Prozedurale Anforderungen	222
	a) Adäquanz des Verfahrens	223
	b) Das Recht auf Anhörung	227
	5. Das Recht auf Anhörung als Ausdruck einer Wertordnung	230
V.	Anfechtung eines Behördenentscheids	233
	1. Prämissen der Gewaltenteilung	234
	2. Rechtliche Grundlagen	237
	3. Die Vorgaben des Administrative Procedure Act (APA)	240
	a) Gesetzlicher Ausschluss	240

b)	Ermessen der Behörde	244
VI.	Der Gerichtszugang als Grundrecht	250
1.	Zugang zur richterlichen Behörde	250
2.	Kognition des Gerichts	251
3.	Zugangsschranken	252
VII.	<i>Due process</i> und nationale Sicherheit	254
1.	<i>Mathews</i> als Anknüpfungspunkt	255
2.	Politische Sachbereiche als Ausnahme	256
3.	Der Grundsatz des <i>plenary power</i>	258
4.	Der besondere Status der nationalen Sicherheit	260
5.	Die Entwicklung nach 9/11	264
6.	Die Funktion von <i>due process</i>	269
VIII.	Ergebnis	272
H.	Rechtsweg und Rechtsstaat in der schweizerischen Rechtsordnung	277
I.	Grundsätze staatlichen Handelns	278
II.	Die Etablierung des Rechtswegs	283
1.	Vorgeschichte	283
2.	Kollision mit der Menschenrechtskonvention	285
3.	Umsetzung	287
III.	Die Rechtsweggarantie in der EMRK als Anknüpfungspunkt	290
1.	Die institutionelle Garantie	291
a)	Das Gericht als rechtsstaatliche Institution	292
b)	Anforderungen an die richterliche Behörde	293
aa)	Unabhängigkeit	293
bb)	Unparteilichkeit	296
2.	Das Individualrecht	297
a)	Die autonome Bestimmung des Anspruchs	298
b)	Zivilrechtspositionen als Anknüpfungspunkt	299
IV.	Die Rechtsweggarantie in der Bundesverfassung	302
1.	Die institutionelle Garantie	302
a)	Unabhängigkeit	303
b)	Unparteilichkeit	305
2.	Das Individualrecht	306
a)	Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 29a BV	307
b)	Der eigenständige Gehalt der Rechtsweggarantie	308

V.	Die normative Begründung des Rechtswegs	312
1.	Das rechtliche Gehör	313
a)	Die Positivierung als Nachführung der Rechtsprechung	314
b)	Das Mitwirkungsrecht als Element der Sachaufklärung	316
c)	Das Mitwirkungsrecht als Element der Menschenwürde	318
d)	Die formelle Natur des Anspruchs	324
aa)	Grundsatz	324
bb)	Heilung	325
cc)	Kritik und Relativierung der Heilung	326
e)	Das rechtliche Gehör als Bestandteil eines materiellen Rechtsstaatsbegriffs	327
2.	Die Geltungsgrundlage der Rechtsweggarantie	330
a)	Die gemeinsame Grundlage	331
b)	Die instrumentelle Funktion	334
c)	Der intrinsische Wert	336
d)	Der Rechtsweg im Kontext des Rechtsstaats	340
VI.	Die Dimension der Rechtsweggarantie	343
1.	Konkretisierung des Anwendungsbereichs	344
a)	Der Begriff der Rechtsstreitigkeit	344
b)	Eine negative Definition als Anknüpfungspunkt	346
2.	Generelle Zulässigkeit von Einschränkungen	347
a)	Die Rechtsweggarantie als Grundrecht	347
b)	Der Einschränkungsmodus	348
3.	Einschränkungen durch Sachurteilsvoraussetzungen	352
a)	Zulässigkeit von Sachurteilsvoraussetzungen	352
b)	Konkrete Beschränkungen	354
aa)	Anfechtungsobjekt	355
bb)	Legitimation	356
4.	Ausnahme von politischen Entscheidungen	359
a)	Ausgestaltung der Rechtsordnung	360
b)	Abwägungsfragen	362
aa)	Enge Auslegung von Art. 29a Satz 2 BV	362
bb)	Völkerrechtlicher Vorbehalt	363
cc)	Unzulässigkeit von generellen Ausnahmen	364

VII. Rechtsschutz gegen Massnahmen des Nachrichtendienstes des Bundes	366
1. De lege lata	367
a) Die rechtlichen Grundlagen	368
b) Das Auskunftsbegehren	369
c) Massnahmen des Nachrichtendienstes als Ausnahmen	369
d) Die Praxis des Bundesgerichts	371
2. De lege ferenda	374
a) Kodifikation des Nachrichtendienstgesetzes	374
b) Die Beschaffungsmassnahmen	375
aa) Öffentliche Informationen	375
bb) Nicht öffentlich zugängliche Quellen	376
c) Das Genehmigungsverfahren	377
aa) Der Ablauf	377
bb) Rechtsstaatlicher Vorbehalt	378
VIII. Ergebnis	380
I. Schlussteil	385