



Florian Meinel, Berlin

Machthaber jenseits des Staates

Zur Aktualität des Gemeinwohls als rechtlicher Kategorie

Alle Macht, staatliche wie private gleichermaßen, legitimiert sich durch gute Zwecke. Allgemeinsten Nenner der Zwecke ist das Gemeinwohl. Mangels apriorischer Gemeinwohlfixierungen ist es dem Verfassungsstaat aufgegeben, das Gemeinwohl je konkret zu ermitteln. Dazu ist ein verfassungsrechtlicher Gemeinwohlbegriff vonnöten. Unmittelbar aus dem Grundgesetz ist ein konturscharfer Begriff nicht zu gewinnen, insbesondere knüpft das republikanische Prinzip des Art. 20 auch nicht an ältere, gemeinwohltreue res-publica-Lehren an. Die Verwendung des Rechtsbegriffs des Gemeinwohls im einfachen Recht als zunächst leerer Verweisbegriff gibt zu erkennen, dass das Gesetz mit seiner Verwendung die Erwartung an den Interpreten richtet, die jeweiligen Gemeinwohlgehalte objektiv, neutral und gerecht aufzuspüren. Diese Haltung findet ihren inhaltlichen Ausgangspunkt im Amtsethos. Das Tableau an legitimen Gemeinwohlbelangen ist dabei schier unendlich und findet insbesondere im leistungsstaatlichen Bereich der Daseinsvorsorge einen zentralen Bezugspunkt, der indes in einer freiheitlichen Ordnung wiederum Gemeinwohlgefahren birgt.

Da die Sorge für das Gemeinwohl klassisch staatliche Aufgabe ist, stellt sich die Verlagerung von Gemeinwohlaufgaben auf Private und zunehmend auch auf supranationale Organisationen als Gemeinwohlproblem dar. Das Spektrum möglicher Lösungsansätze oszilliert zwischen Staatsrenaissance und selbstbewusster zivilgesellschaftlicher Eigenorganisation der Gemeinwohlerbringung. Dabei ist die Frage, wie die Gesellschaft ihre parastaatlichen Machthaber legitimieren will, weitgehend ungelöst und heftig umstritten. Als möglicher Weg zur Abmilderung des Legitimationsdefizits drängt sich vor allem konsequentes Beharren auf vorbehaltloser Publizität auf.

S. 64

- HFR 12/2004 S. 1 -

1 **I. Einleitung**

Macht-Haben ist ohne Legitimation schlechterdings nicht zu rechtfertigen. Das ist trivial. Denn Macht ist einem umfassenden Verständnis nach die Fähigkeit eines Menschen oder einer Institution, andere zu einem Verhalten zu veranlassen, das sie von sich aus nicht an den Tag legen würden¹ und bedeutet daher in jedem Falle eine Abweichung von der natürlichen Gleichheit des ersten Anscheins. Genauso wie jede Macht und ihre Ausübung ethisch begründet oder begründbar sein muß, bedarf sie auch der rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

2 Es ist nahezu Gemeingut der allgemeinen Staatslehre, daß die metarechtliche Rechtfertigung des Staates von seinen Zwecken her zu erfolgen hat.² Ihre Zwecke legitimieren die Existenz von Herrschaft überhaupt, bevor diese in rechtlicher und historischer Ausformung konkret Gestalt annimmt. Gute Staatszwecke stiften Akzeptanz, die, wenn schon nicht hinreichende, so doch notwendige Bedingung für Legitimation ist. Wenn nun der Versuch unternommen werden soll, das Problem des Machthabens und seiner Legitimation unter einem einheitlichen Leitstern zu untersuchen, so scheint mir dafür

¹ Roman Herzog, Macht, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. I, 1987, Sp. 2057.

² Vgl. Christoph Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 192.

der gewiß ein wenig anachronistische³ Begriff des Gemeinwohls⁴ unverzichtbar, nicht zuletzt deshalb, weil er zunächst Streit über konkrete Inhalte vermeidet.

- ³ Kaum ein Begriff, der den, der ihn im Munde führt, so gefährlich in die Nähe autoritärer Ideologien rückt, dem Verdacht aussetzt, kraft höherer Einsicht das für alle Verbindliche definieren zu wollen. Dennoch: Mit der erlösenden Entdeckung der *salus publica ex processu vel constitutione*⁵ konnte der Begriff dem Geruch des Verdächtigen⁶ entrungen werden. Das Gemeinwohl soll nicht mehr vorgegeben, sondern je konkret aufgegeben sein.⁷ Eine offene Gesellschaft der Gemeinwohlkonkretisierer also? Schon hier drängen sich Zweifel auf: ist ein undifferenziertes Selbstverständnis aller als Gemeinwohllakteure wirklich legitimationsstiftend, ist es nicht mangels Zurechenbarkeit realer Verantwortung gerade der Ursprung des allseits beklagten Legitimationsverlustes? Ist nicht Gemeinwohl notwendig dem Öffentlichen verhaftet und damit den öffentlichen Dingen der *res publica* vorbehalten. Oder ist auch hier "Verantwortungsteilung" der "Schlüsselbegriff", der selig macht?

S. 65

- HFR 12/2004 S. 2 -

⁴ II. Gemeinwohl als verfassungsrechtliche Kategorie

Mit dem Wandel des Staatsverständnisses hat sich die Bedeutung des Gemeinwohls für die Staats- und Staatsaufgabenlehre in mehrfacher Hinsicht gewandelt.⁸ War, erstens, die Verpflichtung des Staates auf das Gemeinwohl ursprünglich⁹ ein Mittel, den ungebundenen, prinzipiell allmächtigen Leviathan aus der Idee des Vertrages heraus zur Achtung bestimmter elementarer Interessen zu verpflichten,¹⁰ so weist das liberale Staatsverständnis, das nur so viel Staat kennt, wie die Verfassung konstituiert,¹¹ dem allgemeinen Wohl die umgekehrte Aufgabe zu, begrenzend auf Rechte einzelner und damit insbesondere grundrechtsbegrenzend zu wirken¹² oder etwa staatliche Geheimhaltung zu rechtfertigen.¹³ Das freiheitliche Verständnis wird getragen von der anspruchsvollen Konstruktion, wonach das Gemeinwohl zwar Grenze der individualrechtlichen Verbürgungen ist, diese Grenze sich aber selbst aus dem Einzelnen als Wertmittelpunkt der Verfassung heraus begründen muß.¹⁴ Das Gemeinwohl ist somit zugleich "Grund und Grenze staatlichen Handelns".¹⁵ Anders gesagt: Die öffentlichen Zwecke,

³ So schon Ernst Forsthoff, Wer garantiert das Gemeinwohl?, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1977, S. 39.

⁴ Für eine „wiederentdeckte Kategorie“ hält das Gemeinwohl Andreas Voßkuhle, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, VVDStRL 62 (2003), S. 329, von einer „Renaissance“ des Begriffs spricht Claus Offe, Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hg.), FS Jürgen Habermas, 2001, S. 459. Dies erscheint nicht ganz unberechtigt, ist doch in letzter Zeit Beachtliches zum Thema Gemeinwohl erschienen, vgl. nur Gunnar Folke Schuppert/Friedhelm Neidhard (Hg.), Gemeinwohl – auf der Suche nach Substanz, 2002; Herfried Münkler/Karsten Fischer/Harald Bluhm (Hg.), Forschungsberichte der Arbeitsgruppe Gemeinwohl und Gemeinsinn, Bd. I-IV, 2002 f.; Winfried Brugger u. a. (Hg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002.

⁵ Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998, S. 819 f.

⁶ Hasso Hofmann, Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls, in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 27 f.; Josef Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1987 ff., Bd. III, § 57, Rz. 4; Michael Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1972.

⁷ Peter Häberle, Europäische Rechtskultur, 1994, S. 341.

⁸ Dieter Grimm, Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Münkler/Fischer (o. Fußn. 6), S. 125.

⁹ Siehe nur die historische Zusammenschau bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie, in: Münkler/Fischer (o. Fußn. 6), bes. S. 44 ff.

¹⁰ Vgl. nur Michael Sachs, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 342 ff.; Möllers (o. Fußn. 2), S. 194.

¹¹ Peter Häberle, Europäische Verfassungslehre – ein Projekt, in: ders., Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, 1999, S. 16 m. w. N.

¹² Ausführlich Sachs (o. Fußn. 10), S. 341 ff.

¹³ Häberle (o. Fußn. 5), S. 828.

¹⁴ Juliane Kokott, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 63 (2004), S. 24.

¹⁵ Gunnar Folke Schuppert, Gemeinwohldefinition im kooperativen Staat, in: Münkler/Fischer (o. Fußn. 6), S. 67.

um derentwillen individuelle Freiheiten eingeschränkt werden, sind "bei näherem Hinsehen ebenfalls Freiheitsansprüche in einem weiteren Sinne."¹⁶ Damit entfallen Anliegen wie Staatswürde oder selbstgenügsame Machtvollkommenheit von vorneherein als Gemeinwohlbelange.¹⁷ Der mangels greifbarer Rechtsfolgen¹⁸ nicht ins GG übernommene Art. 1 I des Herrenchiemsee-Entwurfes ("Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen."¹⁹) bringt zum Ausdruck, daß die Staatsgewalt Ausgangs- und Zielpunkt findet in dem bei aller Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit unantastbaren Eigenwert der menschlichen Persönlichkeit²⁰ und ihrer Freiheit.²¹ Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit sind dabei zwar Einfallstore für so apostrophierte Gemeinwohlbelange, diese bleiben aber dem von *Carl Schmitt* prägnant so benannten "rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip"²² unterworfen und sind so prinzipiell begründungsbedürftig gegenüber dem prinzipiell begründungsfreien Gestaltungsraum des Einzelnen. In dieser Sicht steht das Gemeinwohl für ein konstruktives Bindeglied und kann daher als "umfassendste Idee des Rechts"²³ bezeichnet werden. Damit wird ein Dimensionswechsel ersichtlich. Gemeinwohl ist zunächst metarechtliche vorstaatliche Rechtfertigungskategorie, eine dem Staat abstrakt vorgegebene Bindung. Im Rechtsstaat wird es zum internen Argument des Rechts, zum rechtsimmanenten Verweisbegriff. Ist es, vorstaatlich, Grund der Legitimität des Staates, so wird es im Staat zum Mittel der Legitimation konkreter Macht.²⁴

- 5 Zweitens hat die Säkularisierung des Staates zu einer Säkularisierung des Gemeinwohlverständnisses beigetragen: Auch das Gemeinwohl ist einer jener prägnanten Begriffe des modernen Staates, die nach *Schmitt* säkularisierte theologische Begriffe sind.²⁵ Das Heil der ganzen Christenheit²⁶ wird öffentliches Interesse. Metaphysische Gemeinwohlbegründungen gleich welcher Art taugen ungeachtet etwaiger *invocationes deorum* weder als Grundrechtsbeschränkungen noch als Begründungen für Staatsaufgaben überhaupt.²⁷ Gleichwohl ist der Begriff natürlich nicht bedeutungslos. Oder, in den Worten des *BVerfG*: "Der abstrakte Rechtsbegriff des Gemeinwohls deckt eine Vielfalt von Sachverhalten und Zwecken; er bedarf daher der Konkretisierung im einzelnen

¹⁶ Udo Di Fabio, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, 1999, S. 29.

¹⁷ Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 8.

¹⁸ Sachs (o. Fußn. 10), S. 358; Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 104; anders Michael Kloepfer, *Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung*, 1994, S. 18, dessen Ansicht nach die heutige Quellenlage eine Aussage über die Motive des Verzichts nicht erlaubt.

¹⁹ Abgedruckt in *JöR n. F.* Bd. 1 (1951), S. 48. Als „individualistische Definition des Gemeinwohls“ bezeichnet diese Formel Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 104, 118.

²⁰ *BVerfGE* 4, 7 (15 f.); 8, 274 (329); 30, 1 (20).

²¹ Armin v. Bogdandy, *Europäische Prinzipienlehre*, in: ders. (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 163 bezeichnet dieses Freiheitsverständnis als „das vielleicht bedeutendste Artefakt der europäischen Geschichte, fundamental für das Selbstverständnis der meisten Rechtsgenossen.“ Vgl. ferner ideengeschichtlich Klaus Stern, *Die Idee der Menschen- und Grundrechte*, in: Hans-Jürgen Papier/Detlef Merten (Hg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, 2003, § 1, Rz. 14 ff.

²² Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 163 ff.

²³ Christian Calliess, *Gemeinwohl in der Europäischen Union*, in: Brugger (o. Fußn. 3), S. 174.

²⁴ Möllers (o. Fußn. 2), S. 196 f.

²⁵ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1996, S. 41.

²⁶ So die Verpflichtung der Kurfürsten bei der Wahl des Kaisers in Frankfurt nach Cap. II 1 der Goldenen Bulle von 1356, wo sogar gewissermaßen eine verfahrensrechtliche Vorkehrung zur Gemeinwohlsicherung getroffen war, die gewährleistungsstaatliche Züge freilich allenfalls aus Sicht des Höchsten trug: „Postquam autem septem electores seu nuncios civitatem Frankenfordensem ingressi fuerint, statim sequenti die diluculo in ecclesia sancti Bartholomei apostoli ibidem in omnium ipsorum praesentiam missam de Sancto Spiritu faciant decantari, ad finem ut ipse Sanctus Spiritus corda ipsorum illustret et eorum sensibus lumen sue virtutis infundat, quatenus ipsi suo fulti presidio hominem iustum, bonum et utilem eligere valeant in regem Romanum futurumque cesarem ac pro salute populi christiani.“, abgedruckt in: Dietmar Willoweit/Ulrike Seif (Hg.), *Europäische Verfassungsgeschichte*, 2003, S. 75.

²⁷ Sachs (o. Fußn. 10). Noch das „Heilige Römische Reich deutscher Nation“ hatte die Verpflichtung auf transzendente Zwecke in seinen Staatsnamen aufgenommen, vgl. Stern (o. Fußn. 10), Bd. V, S. 18, 24. Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 41, Rz. 161: „Die Säkularität ist geschichtliches Strukturgesetz des Staates der Neuzeit, der seinem überkommenen transzendentalen Heilsauftrag hat entsagen müssen, um seinen diesseitsbezogenen Gemeinwohlauftrag erfüllen zu können“.

Fall."²⁸

- 6 Und schließlich drittens, wenn das Gemeinwohl im Rahmen der Verfassung "weniger vorgegeben als je konkret aufgegeben"²⁹ ist: Wer leistet diese erforderliche Aktualisierung des Gemeinwohls? Gibt es letztinstanzliche Gemeinwohlverantwortung? Oder ist der Staat, wie man fast schon gewohnheitsmäßig mutmaßt,³⁰ auch damit überfordert? Der gebetsmühlenartige Hinweis auf Verantwortungsteilung klingt nach Rückzugsgefecht.

S. 66

- HFR 12/2004 S. 3 -

7 **1. Das Navigationsfeld**

Ein brauchbarer Begriff des Gemeinwohls im Kontext des freiheitlichen Rechtsstaates muß zwei Klippen umschiffen, will man nicht entweder das Gemeinwohl als Parameter schlechthin über Bord werfen oder die Pluralismustauglichkeit einbüßen. Weder Gemeinwohleuphorie noch Gemeinwohlpessimismus sind hilfreich.³¹

8 **a) Skylla: Gemeinwohllontologien**

Ein solcher Begriff darf sich zum einen nicht an Essentialismen orientieren, die von Staat und Nation als Willenseinheiten³² und damit Willensentitäten ausgehen und das Gemeinwohl als eine vorhandene normative Größe aufzuspüren suchen, um alsdann einem wie auch immer konstruierten "Anstaltsstaat" dieses Gemeinwohl als Anstaltszweck zum Vollzug anheimzustellen. Insbesondere muß die Verrechtlichung des Gemeinwohls mitgedacht werden, was den vorschnellen Rekurs auf den vorrechtlichen Begründungszusammenhang "Wesen der Staatlichkeit" ausschließt. Eine das Wohl jedes Einzelnen einerseits, die positiven Rechts- insbesondere Verfassungsrechtssätze andererseits transzendierende Gemeinwohllontologie mag zwar manchen über das Ende irgendwelcher Gewißheiten hinwegtrösten, kann angesichts eines real existierenden Pluralismus aber kaum befriedigen.

9 **b) Charybdis: Kontingenz als Ausrede**

Andererseits darf sich das Nachdenken über das Gemeinwohl auch nicht darin erschöpfen, nicht nur seine theoretische Relevanz überhaupt, sondern auch schon die Möglichkeit eines gesellschaftlichen Gemeinwohldiskurses mit dem Hinweis auf funktionale Ausdifferenzierungen, Zersplitterungen und überhaupt den Einheitsverlust moderner Gesellschaften in Abrede zu stellen. Das Gemeinwohl als kontingente Setzung zu "entlarven", ist, wo staatliche und gesellschaftliche Funktionsträger unter dem Gemeinwohlpapardigma praktischen Entscheidungsprogrammen unterworfen sind, nicht hilfreich. Der damit eingestandene Verzicht auf die Idee einer ungeteilten demokratischen Öffentlichkeit bürge schließlich erhebliche Gefahren nicht nur für die Konsens- und damit Selbststeuerungsfähigkeit des Gemeinwesens, sondern auch für den der steten Herstellung materieller Gerechtigkeit verpflichteten Verfassungsstaat.

10 **2. Ausdrückliche Bezugnahmen auf das Gemeinwohl im Verfassungstext**

²⁸ BVerfGE 24, 367 (403).

²⁹ Häberle (o. Fußn. 7), S. 341 f.

³⁰ Thomas Ellwein/Jens Joachim Hesse, Der überforderte Staat, 1994, S. 22 ff., 161 ff.; Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., 1994, S. 159 ff., 343 ff., 399 ff.; ders., Der Wandel von Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: ders., (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 ff.; Roman Herzog, Der überforderte Staat, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), FS Peter Lerche, 1993, S. 15 ff., bes. 26; Udo Di Fabio, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung, in: VVDStRL 56 (1997), S. 239 f.; Callies (o. Fußn. 23), S. 186 f.; Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 917 ff.; Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 268.

³¹ Häberle (o. Fußn. 7), S. 344.

³² Vgl. Ulrich Haltern, Europäischer Kulturkampf, in: Der Staat 37 (1998), S. 594 ff.; Ulrich Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Theo Ritterspacher/Willi Geiger (Hg.), FS Gebhard Müller, 1970, S. 380.

Zunächst soll deshalb dem Gemeinwohlbegriff des geltenden (Verfassungs-) Rechts nachgespürt werden. Ausdrückliche Bezugnahmen auf das Gemeinwohl sind im Text des Grundgesetzes rar. Die Verfassung verwendet das Wort selten und fernab ihrer Zentralbegriffe.³³ Freilich ist seine zentrale Funktion die der Grundrechtsschranke: Nur zugunsten von Gemeinwohlzwecken darf in Grundrechtspositionen eingegriffen werden.³⁴

11 **a) Die Gemeinwohlbindung des Eigentums gem. Art. 14 GG**

Als erstes, augenfälligstes Beispiel eines verfassungstextlichen Gemeinwohlbezuges sticht das Eigentumsgrundrecht hervor,³⁵ dessen Gebrauch, so ordnet es Art. 14 II GG an, stets zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll. Manche wollen gar - entgegen der im übrigen vorherrschenden Meinung, das GG habe auf dieses Institut insgesamt verzichtet³⁶ - von einer "Grundpflicht"³⁷ sprechen. Dies ist aber richtigerweise nun gerade nicht Inhalt der Sozialbindung des Eigentums. Der Verweis auf das Interesse der Allgemeinheit schmälert nicht im mindesten die Befugnisse, die dem Eigentümer aus seinem vom Gesetzgeber nach Art. 14 I S. 2 GG ausgestalteten einfachgesetzlichen Eigentumsrecht erwachsen. Anderenfalls wäre der Schutzzweck des Grundrechts, das neben einer Bestands- gerade auch Vertrauensschutzfunktion hat, arg geschmälert. Der Eigentümer stünde stets unter dem Generalvorbehalt seiner Gemeinwohlverpflichtung, den Gebrauch seines Grundrechts jederzeit auf die Gemeinwohlverträglichkeit hin überprüfen zu müssen. Das Gemeinwohl bindet daher nicht ihn,³⁸ sondern den Gesetzgeber.³⁹ Gerade weil der Gesetzgeber weitestgehend über den Inhalt des Eigentums disponieren kann, soweit er damit nicht für den Betroffenen eine Lage schafft, die den Namen Eigentum nicht mehr verdient,⁴⁰ kommt der Sozialbindung nur insoweit Bedeutung zu, als sie den Einschätzungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers begrenzt. Gemeinwohlgebunden ist also streng genommen gar nicht das Eigentum in der ihm durch die Rechtsordnung verliehenen Gestalt, sondern der dieser gesetzlichen Ausgestaltung vorgelagerte verfassungsrechtliche Gesetzgebungsauftrag zur Eigentumsausgestaltung. Versuche globaler Indienstnahme der Eigentumsordnung zur Gemeinwohlgewährleistung über eine verfassungsunmittelbare Drittwirkungskonstruktion müssen daher scheitern.

S. 67

- HFR 12/2004 S. 4 -

12 **b) Die Eidesformeln nach Art. 56, 64 II GG**

Ein letzter Rest der alten staatsbegrenzenden Funktion des Gemeinwohls im Absolutismus findet sich heute noch in den Eidesformeln des Grundgesetzes,⁴¹ Art. 56 und Art. 64 II GG. Die Selbstverpflichtung des Schwörenden, seine Kraft dem "Wohle des deutschen Volkes" zu widmen und "Gerechtigkeit gegen jedermann" zu üben, ist eine zu-

³³ So Grimm (o. Fußn. 8), S. 125.

³⁴ Statt vieler Häberle (o. Fußn. 7), S. 342; Calliess (o. Fußn. 23), S. 179.

³⁵ Umfassend insbesondere zur historischen Entwicklung Christian Bumke, Eigentum - Paradigma für ein dem Gemeinwohl verpflichtetes Rechtsinstitut, in: Münkler/Fischer (o. Fußn. 6), S. 179 ff.

³⁶ Hasso Hofmann, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41 (1983), S. 42 ff.; Michael Sachs, in: ders. (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, vor Art. 1, Rz. 38 f. jeweils m. w. N.; unklar Häberle (o. Fußn. 7); differenziert zum Standpunkt der herrschenden Meinung Stern (o. Fußn. 10), S. 1017 ff.; Hasso Hofmann, Grundpflichten, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 6), Bd. V, § 114, Rz. 38 ff.

³⁷ Stern (o. Fußn. 10), S. 1018, 1043 f.; Hofmann (o. Fußn. 36), Rz. 18; anders aber Bumke (o. Fußn. 35), S. 217.

³⁸ Für eine Appellfunktion immerhin Michael Sachs, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: DVBl 1995, S. 889 m. w. N.; eine unmittelbare, auch rechtliche Bindung bejaht aber Peter Badura, Eigentum, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, S. 661.

³⁹ Papier, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u.a. (Hg.), Grundgesetz, Art. 14, Rz. 279 ff.; Walter Leisner, Eigentum, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 6), Bd. VI, § 149, Rz. 133 ff.; ausführlich ders., Das Eigentum zwischen privatem Nutzen und sozialer Bindung, in: ders., Eigentum, hg. v. Josef Isensee, 1996, S. 537 ff.; Josef Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./Kirchhof (o. Fußn. 6), Bd. V, § 115, Rz. 172 ff.

⁴⁰ BVerfGE 100, 226 (243).

⁴¹ Verfassungsgeschichtliche und verfassungsvergleichende Hinweise bei Häberle (o. Fußn. 5), S. 1010 f.

mindest ethische Selbstbindung⁴² an das Gemeinwohl, deren eigenständiger rechtlicher Gehalt freilich mehr als zweifelhaft ist, da die Rechte und Pflichten der Staatsorgane in der Verfassung im übrigen abschließend geregelt sind.⁴³ Insbesondere Grundrechtseingriffe ließen sich, bei im übrigen fehlender Rechtsgrundlage schwerlich auf eidliche Gemeinwohlbindungen stützen. Der Verfassungsstaat wird durch Recht konstituiert, nicht durch Treue zu geleisteten Eiden. Trotz mancher anderslautender Stimmen⁴⁴ wird man mithin davon ausgehen müssen, daß die Formeln "nur" politisch-symbolischen Gehalt haben.

13 **c) Infrastrukturverantwortung, Daseinsvorsorge und Gemeinwohl**

Der von *G. Hermes*⁴⁵ geprägte Begriff der staatlichen Infrastrukturverantwortung findet seine verfassungsrechtliche Grundlage im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG⁴⁶ und einige disparate Ausgestaltungen in Art. 87e IV; 87f I GG sowie, im weiteren Sinne, auch in Art. 143b II GG. So gewährleistet der Bund nach Art. 87e IV GG, daß dem Wohl der Allgemeinheit bei der Privatisierung Rechnung getragen wird, worunter dabei konkret die Verkehrsbedürfnisse der Bevölkerung zu verstehen sind.⁴⁷ Mit alledem wird zu Verfassungsrecht und Verfassungsanliegen und damit normativ, was *E. Forsthoff* als verwaltungswissenschaftlichen Befund im Begriff der Daseinsvorsorge⁴⁸ zusammengefaßt hatte, der alles umschreibt, "was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmbare Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu setzen."⁴⁹ Damit ist die primäre Legitimationsquelle des Sozialstaates genannt, der gegenüber dem Rechtsstaat dadurch zu einer Neudefinition auch des Staat-Bürger-Verhältnisses gelangt.⁵⁰ Grundrechtsbezogen ist Daseinsvorsorge, indem sie durch Schaffung von Grundrechtsvoraussetzungen den "Grundrechtsnutzen"⁵¹ erhöht. Sie ist in modernen Gesellschaften Bedingung der Möglichkeit von gleicher Freiheit. Damit erhält sie sich ihre Anschlußfähigkeit an den einzelnen als Wertmittelpunkt der Verfassung.

S. 68

- HFR 12/2004 S. 5 -

14 **3. Allgemeine Verankerung des Gemeinwahauftrags?**

Wo sich mehr als nur bruchstückhafte Gemeinwohlbezüge dem Verfassungstext nicht entnehmen lassen, muß ein allgemeiner Zugriff versucht werden.

15 **a) Die Präambel**

Mit der gewaltigen Formel von der Verantwortung vor Gott und den Menschen, mit der das Grundgesetz beginnt, ist sicher das Thema von Legitimation und Gemeinwohl angesprochen. Die Verantwortung, aus der heraus gehandelt wird, will Legitimation für die Handelnden, die sie indes nur selbst geben können: Das Volk gibt sich seine Ver-

⁴² Herzog, in: Maunz/Dürig (o. Fußn. 39), Art. 56, Rz. 7 ff.

⁴³ Nierhaus, in: Sachs (o. Fußn. 36), Art. 56, Rz. 3; Herzog, in: Maunz/Dürig (o. Fußn. 39), Art. 56, Rz. 2, 20; den bloß politischen Charakter der Eidesformeln betont Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 109; gegen eigenständige Rechtsgehalte auch Grimm (o. Fußn. 8), S. 132 f., der insoweit von einer bloß „deklaratorischen Funktion“ spricht; Sachs (o. Fußn. 38), S. 878 bezeichnet dagegen die Verpflichtung aus dem Amtseid immerhin als einen Verweis auf „weitgehend nur politisch auszufüllende, auf richterlich nicht abschließend zu erfassenden Wertungen beruhende Gemeinwohlkonzeptionen“.

⁴⁴ Hans Herbert v. Arnim, Wer kümmert sich um das Gemeinwohl?, in: ZRP 2002, S. 223 spricht sehr vage von einer „Verpflichtung der Amtsträger“, die ihren Ausdruck im Amtseid finde. Ob damit bloß der Inbegriff positiver Amtspflichten oder im Gegenteil eigene materielle Gehalte gemeint sind, bleibt im Dunklen.

⁴⁵ Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

⁴⁶ Stern (o. Fußn. 10), Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 892 f.; Gröschner, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz, 1996 ff., Art. 20 (Sozialstaat), Rz. 54.

⁴⁷ Vgl. Windthorst, in: Sachs (o. Fußn. 36), Art. 87e, Rz. 48; Wieland, in: Dreier (o. Fußn. 46), Art. 87e, Rz. 15.

⁴⁸ Zuerst Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

⁴⁹ Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S. 370.

⁵⁰ Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 46 f.

⁵¹ Häberle (o. Fußn. 50), S. 53, 76, dessen Ausführungen allerdings in der Planungseuphorie der 70er Jahre ihren Mutterboden erahnen lassen.

fassung. Legitimator und Legitimand fallen im Begriff der verfassungsgebenden Gewalt zusammen. Seinem in der Präambel ausgedrückten Selbstverständnis nach ist der Verfassungsgeber originär legitimierte Macht, der seine Macht nur von sich selbst - insbesondere auch nicht von Gott⁵² - ableitet. Der Verfassungsgeber hat Legitimität, nicht Legitimation. Ob darüber hinaus für den *pouvoir constitué* aus der Präambel Legitimation ableitbar ist, erscheint zweifelhaft.⁵³ Verfassungsgebung legitimiert sich gerade aus der Schaffung rechtlich verfaßter Gewalt. Allenfalls enthalten sein könnte ein Bekenntnis gegen bloß formale Legitimation von Macht, gegen "relativistischen Gesetzespositivismus".⁵⁴ Dafür stellen Demokratie und Rechtsstaat aber begriffsschärfere Instrumentarien bereit.

16 **b) Die Republik**

Ob sich aus dem republikanischen Prinzip des Art. 20 I GG Gemeinwohlgehalte gewinnen lassen, hängt maßgeblich davon ab, ob man in Grundgesetz ältere *res-publica*-Lehren rezipiert sieht. Legt man zugrunde, welche geringe Bedeutung dem Verfassungssatz von der Republik im allgemeinen beigemessen wird (dazu sogleich), so nimmt es kaum wunder, daß sich Arbeiten zur Republik als Rechtsbegriff zahlenmäßig in engen Grenzen halten.⁵⁵

- 17 Wohl herrschend ist heute die Auffassung, nach der es sich beim republikanischen Prinzip lediglich um eine Absage an die Staatsform der Monarchie⁵⁶ handelt und damit um die grundgesetzliche Entscheidung in der Frage der „obersten Gliederung der Staatsformen“.⁵⁷ Die Stellung des republikanischen Prinzips ist ja schließlich auch im Staatsnamen etwas versteckt und daher im Gegensatz zur WRV⁵⁸ oder anderen Verfassungen⁵⁹ alles andere als exponiert. Demgegenüber will eine "ältere und weitere"⁶⁰ aber "wiederbelebte"⁶¹ Ansicht⁶² das republikanische Prinzip nicht auf eine formale Staatsformaussage beschränkt wissen, sondern ihm in seinen Verschränkungen mit den Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates eigenständige materielle Gehalte zusprechen. Die Vertreter dieser Ansicht stellen den Aspekt des Gemeinwesens, der Herrschaft aller zugunsten aller und damit den Inbegriff des Gemeinwohls, in den Vordergrund. Lapidar heißt es bei *Isensee*: Das "republikanische Prinzip (...) beinhaltet in seiner materialen Bedeutung (...) die Verpflichtung des Verfassungsstaates auf das Gemeinwohl".⁶³ Der demokratische Grundsatz stehe für die Herrschaft durch das Volk, der

⁵² Niemand könnte ernstlich eine Legitimationswirkung nach Art etwa von Joh 19, 11 behaupten.

⁵³ Abl. Sachs (o. Fußn. 38), S. 874.

⁵⁴ Huber, in: Sachs (o. Fußn. 36), Präambel, Rz. 36.

⁵⁵ Erwähnenswert lediglich Josef Isensee, Republik – Sinnpotential eines Begriffs, in: JZ 1981, S. 1 ff.; ferner Wilhelm Henke, Die Republik, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 6), , Bd. I, § 21; Konrad Löw, Was bedeutet Republik in der Bezeichnung Bundesrepublik Deutschland?, in: DÖV 1979, S. 819 ff.; Karl Albrecht Schacht-schneider, *res publica res populi*, 1994 mit vernichtender Kritik von Rolf Gröschner, Freiheit und Ordnung in der Republik des Grundgesetzes, in: JZ 1996, S. 637 ff.; Jost Delbrück, Das Staatsvolk und die offene Republik, in: Ulrich Beyerlin (Hg.), FS Rudolf Bernhard, 1995, S. 777 ff.

⁵⁶ Sachs, in: ders. (o. Fußn. 36), Art. 20, Rz. 9; Stern (o. Fußn. 10), Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 17 I 4; Dürig, in: Maunz/Dürig (o. Fußn. 39), Art. 20 Rz. 1; Dreier, in: ders. (o. Fußn. 46), Art. 20 (Republik), Rz. 16; aus alter Zeit Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1928, S. 711.

⁵⁷ Stern (o. Fußn. 56), § 17 I 4.

⁵⁸ Art. 1 WRV lautete schlicht: „Das Deutsche Reich ist eine Republik.“

⁵⁹ Prominent Art. 2 I Verf. Frankreich (1958): „La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.“; Art. 1 I Verf. Italien; Art. 1 Verf. Portugal; Art. 1 Verf. Rußland; Art. 1 S. 1 BV-G Österreich (dazu Walter Berka, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55 (1996), S. 51); Art. 5 II Verf. Kroatien; wie in Deutschland nur im Staatsnamen dagegen findet sich die Republik beispielsweise in Art. 1 Verf. Tschechien; Art. 1 ff. Verf. Polen.

⁶⁰ Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rz. 120.

⁶¹ Gunnar Folke Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, S. 773.

⁶² Hesse (o. Fußn. 60), Rz. 120; Isensee (o. Fußn. 55), S. 1 ff.; ders. (o. Fußn. 6), Rz. 124; Henke (o. Fußn. 55), passim, bes. Rz. 8 f., 29 ff.; Löw (o. Fußn. 55), S. 819 ff.; Wilhelm Henke, Republikanische Verfassungsgeschichte mit Einschluß der Antike, in: Der Staat 23 (1984), S. 75 ff.; Werner Maihofer, in: Benda/ders./Vogel (o. Fußn. 38), § 12, Rz. 48 ff.; Gröschner (o. Fußn. 55), S. 637 ff.; ausführlichst Schacht-schneider (o. Fußn. 55), passim.

⁶³ Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 124; ähnlich Häberle (o. Fußn. 7) S. 343.

republikanische Grundsatz aber für die Herrschaft für das Volk.⁶⁴ Damit sei der republikanische dem demokratischen Grundsatz sogar sachlich vorgelagert.⁶⁵

- 18 Daß republikanische Elemente auch, dogmatisch möglicherweise sogar präziser, in anderen Verfassungssätzen verwirklicht sind, oder daß es sich um einen philosophiegeschichtlich schwer beladenen Begriff handelt, kann alleine als Einwand gegen den materialen Gehalt nicht überzeugen, denn diese Kritik träfe die Menschenwürde mit nicht minderer Schärfe, ohne daß jedoch bei dieser soweit ersichtlich Streit bestünde. Dennoch wollen die republikanischen Tugenden, das antikisierende *Ethos*-Denken und die Pflichtenrhetorik⁶⁶ des Republikanismus mit ihren erzieherischen Appellen⁶⁷ sich so gar nicht einfügen in die Grammatik des Grundgesetzes, das sich jeder Globalinanspruchnahme für öffentliche Zwecke enthält und gerade auch aus seinem Entstehungszusammenhang heraus verstanden werden muß als Hohelied der Grundrechtsdemokratie.⁶⁸ Schließlich sperrt sich die große staatsethische Geste der *res publica*, ihr Verlangen nach großen Lösungen eines großen Staates⁶⁹ auch gegen die zunehmend ausdifferenzierten Strukturen des europäischen Staatenverbunds, weshalb es nur konsequent ist, daß der Verfassungsgeber in der Struktursicherungsklausel des Art. 23 I die Republik beiseite gelassen hat.⁷⁰

S. 69

- HFR 12/2004 S. 6 -

19 4. Der "abstrakte" Rekurs auf das Gemeinwohl

Die mannigfaltigen Eingänge die das Gemeinwohl als Rechtsbegriff in das positive Recht gefunden hat,⁷¹ zeigen, daß der abstrakte Rekurs auf das Gemeinwohl dennoch nicht entbehrlich ist. Der Verweisbegriff Gemeinwohl erlaubt die Integration legitimer rechtlicher Wertungen in den Auslegungszusammenhang, er öffnet damit das Fenster auf eine weite Landschaft möglicher Belange. Das *BVerfG*⁷² weist dem Gemeinwohlarargument seinen Platz im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, indem es fragt, ob die jeweilige Grundrechtsbeschränkung von "hinreichenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, das gewählte Mittel zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich ist, und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist."⁷³ Dies gilt jedoch nicht nur im vertikalen Staat-Bürger-Verhältnis, sondern auch im Falle "mehrdimensionaler Freiheitsprobleme".⁷⁴ Im Mülheim-Kärlich-Beschluß spricht das *BVerfG* beispielsweise von der Aufgabe des Staates, "unter Berücksichtigung der Allgemeinbelange einen Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen gefährdeter Bürger einerseits und der Betreiber andererseits herbeizuführen."⁷⁵ Was aber sind die Allgemeinbelange, was ist das jede Verhältnismäßigkeitsprüfung anführende legitime Ziel mehr als die Kontingenzformel von den "Gesamtheit der für ein Gemeinwesen von

⁶⁴ Josef Isensee, Das verfassungsstaatliche Erbe der Aufklärung in Europa, HFR 5/1996.

⁶⁵ Isensee (o. Fußn. 64), I. 6.

⁶⁶ Offe (o. Fußn. 4), S. 463.

⁶⁷ Offe (o. Fußn. 4), S. 465 f. spricht von „amtlich veranlaßtem und mit Gemeinwohlarargumenten unterfüttertem Tugendtraining“. Das republikanische Ideal des bonum commune fordere „Opferbereitschaft und Verzicht, Zurückstellung von Ansprüchen, Vermeidung von Konflikten, Hinnahme von Nachteilen, Verzicht auf die Ausübung von Freiheitsrechten.“ (S. 469).

⁶⁸ Vgl. Horst Dreier, Kontexte des Grundgesetzes, in: DVBl 1999, S. 669.

⁶⁹ Dreihundert Seiten Staatsgrößenrhetorik zum Nachlesen bei Walter Leisner, Der Monumentalstaat, 1989.

⁷⁰ Sachs, in: ders. (o. Fußn. 36), Art. 20, Rz. 10.

⁷¹ Dazu unten, II.5., S. 11.

⁷² Ansatzweise BVerfGE 3, 383 (399); st. Rspr. seit E 7, 377 (405, 407 f.).

⁷³ BVerfGE 78, 77 (85).

⁷⁴ Gunnar Folke Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1981, S. 41. Die dort getroffene Unterscheidung wonach die Lösung mehrdimensionaler Freiheitskonflikte im Gegensatz zu vertikalen Staat-Bürger-Konstellationen durch die Verfassung nicht vorentschieden seien, vermag allerdings in dieser Pauschalität nicht einzuleuchten, vgl. die überzeugende Kritik bei Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 424 f.

⁷⁵ BVerfGE 53, 30 (57 f.).

seinen zuständigen Organen für bedeutsam erklärten Interessen",⁷⁶ die das Gemeinwohl ausmachen sollen?

20 a) **Anerkannte Gemeinwohlbelange**

Eine Typologie verfassungsrechtlicher und insbesondere verfassungsgerichtlich gewiehrter Gemeinwohlbelange wäre natürlich unendlich. Erfolgversprechender erscheint daher zunächst der Versuch einer Systematisierung.

21 aa) **Systematik: Das Drei-Säulen-Modell**

Ein solcher ist von *W. Brugger* unternommen worden. Er unterscheidet als drei Säulen erstens Rechtssicherheit, worunter er erstens formale Rechtmäßigkeit und rechtliche Kohärenz versteht⁷⁷ und als rechtspositivistischen Gemeinwohlgehalt zusammenfaßt. Daneben steht zweitens die Legitimität als rechtsidealistische Gemeinwohlkomponente, die durch gute Politik und Gerechtigkeit im Sinne von materialer Rationalität und ethischer Kohärenz bezeichnet ist.⁷⁸ Schließlich berge das Gemeinwohl drittens eine rechtsrealistische Komponente der Zweckmäßigkeit, die *Brugger* mit Zweckrationalität und empirischer Kohärenz beschreibt.⁷⁹ Jeder Säule wird dann ein spezifischer Gemeinwohlkonkretisierungsdiskurs zugeordnet. Gemeinwohlgehalte der ersten Säule werden im juristischen, solche der zweiten Säule im moralphilosophischen, solche der dritten im sozialwissenschaftlichen Diskurs gewonnen. Unabhängig davon, daß der Gemeinwohlinterpret auch mit diesen Säulen etwas ratlos bleibt - wird doch kaum je ein bestimmtes Interesse sofort als ethisch völlig kohärent ins Auge springen, bleibt die praktische Notwendigkeit der Verschränkung aller Gemeinwohldiskurse unter dem juristischen Dach. Es ist deswegen doch ein kurzer Blick auf die Gemeinwohlskasuistik angebracht.

22 bb) **Typologie**

Als Bedingung aller anderen Staatstätigkeit wird in der Regel die Gewährleistung innerer und äußerer Sicherheit gesehen. Man braucht kein Etatist zu sein, um den Wert der Existenz des freiheitlichen Staates im Eigenwert des Einzelnen verorten zu können. Äußere Sicherheit betrifft dabei die Landesverteidigung im weitesten Sinne,⁸⁰ innere Sicherheit betrifft die Gefahrenabwehr als Friedenserhaltung.⁸¹ Der insoweit maßgebliche Begriff der wehrhaften oder streitbaren Demokratie richtet sich sowohl gegen äußere Feinde wie Aggressoren im völkerrechtlichen Sinne wie gegen innere Feinde, also Verfassungsfeinde.⁸² Innere Sicherheit reicht jedoch weiter und umfaßt auch die staatliche Garantie für höchstpersönliche Rechtsgüter der Bürger. Hierher gehört auch der Gemeinwohlbelang der Strafrechtspflege.⁸³ Vom *BVerfG* als dem Gemeinwohl dienlich anerkannt sind auch genuine Eigeninteressen des Staates wie solide Staatsfinanzen,⁸⁴ eine funktionierende Steuerrechtspflege,⁸⁵ aber auch die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen.⁸⁶

⁷⁶ Sachs (o. Fußn. 10), S. 350.

⁷⁷ Winfried Brugger, Gemeinwohl als Integrationskonzept von Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit, in: ders. (o. Fußn. 3), S. 24.

⁷⁸ Brugger (o. Fußn. 77), S. 26 ff.

⁷⁹ Brugger (o. Fußn. 77), S. 29 ff.

⁸⁰ Zum Wandel des Verständnisses der Verteidigung aus der Sicht der Staatsaufgabenlehre Roman Herzog, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 6), Bd. III, § 58, Rz. 25.

⁸¹ Ausführlich Herzog (o. Fußn. 80), Rz. 38 ff.

⁸² Ein besonderes Problem wirft im Zuge der sogenannten Terrorismusbekämpfung die Figur des „Schläfers“ auf, der sich in Schmittscher Terminologie als innerer Feind darstellt. Bereits die Möglichkeit seiner Existenz verbreitet Angst und wird zum Sicherheitsproblem. Dagegen hat der Polizeistaat keine Handhabe. Vgl. dazu Matthias Kötter, Sicherheitsgefühl und Ordnungsvertrauen durch soziale Kontrolle, in: *Der Staat* 43 (2004), i. E., Ms., S. 17 f. m. w. N.

⁸³ BVerfGE 40, 211 (217).

⁸⁴ BVerfGE 70, 69 (87).

⁸⁵ BVerfGE 60, 215 (231).

⁸⁶ BVerfGE 72, 66 (79).

- 23 Als Teil des Gemeinwohl werden seit jeher Interessen der staatlichen Daseins- oder Infrastrukturvorsorge⁸⁷ genannt, so beispielsweise die Energie- und Wasserversorgung,⁸⁸ die soziale Sicherung,⁸⁹ freilich auch die Gesundheitsvorsorge;⁹⁰ ferner die Vermeidung von Arbeitslosigkeit⁹¹ oder die allgemeine Funktionsfähigkeit der Rechtspflege;⁹² schließlich die Stabilität des gesamten Wirtschaftssystems.⁹³ Allgemein handelt es sich dabei um öffentliche Güter, die sich dadurch auszeichnen, daß ihre Bereitstellung nicht durch den Markt gesichert ist,⁹⁴ sondern rechtlich-politisch, d.h. staatlich zu regeln ist.⁹⁵ Dabei soll es insbesondere gehen um "Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist."⁹⁶ Mit diesem Begriff *Forsthoffs* ist freilich eine Schwierigkeit verbunden, die vielleicht aller Gemeinwohlsorge durch öffentliche Gewalt innewohnt. Daseinsvorsorge hat zunächst die Aufgabe, das Individuum durch Versorgung mit Lebensnotwendigem von den existentiellen Lebensrisiken abzuschirmen.⁹⁷ Insoweit ist Daseinsvorsorge offenbar Gemeinwohlbelang im originären Sinne und legitim. Diese Funktion kann jedoch umschlagen und schlägt um in einen Sozialdisziplinierungsmechanismus, der das Individuum unauflöslich und existentiell an den Leistungsträger zu binden vermag. Auf diese Weise entsteht bei *Forsthoff* der totale Staat.⁹⁸ Noch 1971 schreibt er, die politischen Ideologien hätten sich "dem primären Interesse an dem Funktionieren der im Staat vereinigten Leistungssysteme unterzuordnen. Auf diese Weise entsteht eine Stabilität, die des herkömmlichen Machtmittels der Polizei nicht mehr bedarf."⁹⁹ Das dürfte eine verallgemeinerungsfähige Erkenntnis sein, vielleicht gar fähig der theoretischen Erweiterung zur Dialektik des Leistungsstaates: Die Mediatisierung des Individuums durch die Wohltaten der Sozialleistungen, die völlige Integration der einzelnen Körper in die öffentlichen Kontrolle und demokratischer Legitimation entziehen.

S. 70

- HFR 12/2004 S. 7 -

24 **b) Gemeinwohl und "funktionale" Grundrechtsinterpretation**

Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* handelt es sich bei der Medienfreiheit des Art. 5 I GG nicht um ein Grundrecht, das als Zweck in sich im Interesse des Trägers, sondern mit einer spezifischen öffentlichen Funktion beladen primär im Interesse des Publikums ausgeübt wird:¹⁰⁰ Der Rundfunk ist danach Medium und Faktor des verfassungsrechtlich geschützten Prozesses freier Meinungsbildung. Demgemäß ist Rundfunkfreiheit primär eine der Freiheit der Meinungsbildung in ihren subjektiv- und objektivrechtlichen Elementen dienende Freiheit: Sie bildet "unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation eine notwendige Ergänzung und Verstärkung dieser Freiheit" und dient der Aufgabe, "freie und umfassende Meinungsbildung durch den Rundfunk zu gewährleisten."¹⁰¹

- 25 Das diese Rechtsprechung tragende Oxymoron der "dienenden Freiheit"¹⁰² weist den Weg zum Gemeinwohlbezug.¹⁰³ Als Wohl der Allgemeinheit wird vom Gericht die freie

⁸⁷ Diesen Begriff verwendet Otto Depenheuer, Das soziale Staatsziel und die Angleichung der Lebensverhältnisse in Ost und West, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 6), Bd. IX, § 204, Rz. 98.

⁸⁸ BVerfGE 30, 292 (324); 58, 300 (375).

⁸⁹ BVerfGE 78, 232 (245).

⁹⁰ BVerfGE 78, 179 (192).

⁹¹ BVerfGE 102, 293 (306 f.).

⁹² BVerfGE 103, 44 (64).

⁹³ BVerfG, 1 BvR 1759/91 vom 19.1.2001, Absatz-Nr. 38, <http://www.bverfg.de/>.

⁹⁴ Vgl. Helmut Willke, Ironie des Staates, 1992, S. 101 f. m. w. N.

⁹⁵ Calliess (o. Fußn. 23), S. 182.

⁹⁶ Forsthoff (o. Fußn. 48), S. 7.

⁹⁷ Forsthoff (o. Fußn. 48), S. 7.

⁹⁸ Ernst Forsthoff, Der totale Staat, 1933.

⁹⁹ Ernst Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 159.

¹⁰⁰ Grimm (o. Fußn. 8), S. 131.

¹⁰¹ BVerfGE 57, 298 (320); vgl. ferner BVerfGE 12, 205 (260).

¹⁰² Im Zusammenhang mit der Frage nach den Grundpflichten erwähnt die Figur der „dienenden Freiheit“ Sachs (o. Fußn. 38), S. 888, Fn. 155 a.E.

Meinungsbildung in ihrer Bedeutung für das "individuelle und öffentliche Leben der Gegenwart"¹⁰⁴ angesehen. Eine Erweiterung dieser Argumentation auch auf andere Grundrechte nimmt die sog. demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie¹⁰⁵ vor, die das öffentliche Interesse an den grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen betont und die Grundrechte damit, wie einmal gesagt wurde, zu "Berufsrechten der Staatsbürger"¹⁰⁶ macht. In diesem Lichte können Meinungen (Art. 5 I GG) und Versammlungen (Art. 8) jeder Art als "schlechthin konstituierender"¹⁰⁷ Beitrag zum demokratischen Pluralismus; wissenschaftliche Leistungen (Art. 5 III) als Dienst am geistigen und ökonomischen Fortschritt¹⁰⁸ oder der Gebrauch der wirtschaftlichen Grundrechtsverbürgungen (Art. 12, 14 GG) allgemein als Beitrag zum gesellschaftlichen Wohlstand interpretiert werden. Jedermann wäre in dieser Sichtweise "Grundrechtsbeamter",¹⁰⁹ die Grundrechte wären "Einberufungsbefehle für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben".¹¹⁰ Die Gemeinwohlträchtigkeit verleiht dem Grundrecht eine Verstärkungswirkung.¹¹¹

- 26 Auch wenn es nicht undenkbar erscheint, die grundrechtlichen Verbürgungen mit Hinweis auf die jeweils geschützten funktionellen Teilsysteme zu erklären, so verbietet es sich doch, ihren Schutzzumfang im Lichte dieser funktionellen Dimension zu bestimmen. Die Grundrechte sind ihrer Natur nach Abwehrrechte gegen den Staat¹¹² und schützen den Einzelnen gerade gegen kollektive Inanspruchnahme. In grundrechtlich geschützten Bereichen kann sich der Einzelne - im Gegensatz zum Staat, der an die Kompetenzordnung gebunden ist¹¹³ - prinzipiell so verhalten wie er will, ohne sein Handeln rechtfertigen zu müssen. mit anderen Worten: Private haben von vorneherein keine Aufgaben.¹¹⁴ Diese "Beliebigkeit des Verhaltenkönnens",¹¹⁵ die prinzipielle Privatnützigkeit der Grundrechte schließt die Bewertung des Verhaltens nach Kriterien gesellschaft-

¹⁰³ Grimm (o. Fußn. 8), S. 131 zufolge wird der Widerspruch dadurch aufgelöst, daß die Medien einer „höheren Freiheit“ dienen. Dies erscheint indes überaus zweifelhaft: Die Frage, ob die Grundrechte überhaupt eine Wertehierarchie konstituieren, ist zumindest umstritten, vgl. nur ablehnend Michael Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl., 2003, S. 31.

¹⁰⁴ BVerfGE 57, 298 (321).

¹⁰⁵ Klassisch Rudolf Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, 1933, wieder abgedruckt in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 309 ff., 318 f.; vgl. ferner Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1534 f.; Gunnar Folke Schuppert, Grundrechte und Demokratie, in: EuGRZ 1985, S. 527 ff.; Hans-Hugo Klein, Öffentliche und private Freiheit, Der Staat 10 (1971), S. 159 ff.; Michael Kloepfer, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 6), § 35, Rz. 49; aus rechtsphilosophischer Perspektive eingehend Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, S. 162 ff. sowie Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, 3. Aufl., 1996; für eine Stärkung der funktionellen Dimension wohl auch Hans-Heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat, 1999, S. 43; euphorisch, aber wenig überzeugend Heinrich Weber-Grellet, Staat und Recht als Instrumente der demokratischen Gesellschaft, in: Rechtstheorie 34 (2003), S. 186; zurecht abl. daher Bethge, in: Sachs (o. Fußn. 36), Art. 5, Rz. 19; pointiert Otto Depenheuer, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55 (1996), S. 108: Die „verfassungsgerichtliche Subventionierung politischer Grundrechtsausübung“ beruhe auf „monistischer Verengung und inhaltlicher Auflösung des Verantwortungsbegriffes“.

¹⁰⁶ Berka (o. Fußn. 59), S. 55.

¹⁰⁷ BVerfGE 7, 198 (208).

¹⁰⁸ BVerfGE 36, 79 (113).

¹⁰⁹ Sachs (o. Fußn. 38), S. 888.

¹¹⁰ Depenheuer (o. Fußn. 105), S. 101.

¹¹¹ Eine Ausnahme bildet insoweit lediglich die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG. Hier kann die Bedeutung des Grundrechts für die Integrität der Gesamtrechtsordnung nicht zulasten des Rechtsträgers ins Feld geführt werden, da ein Mehr an Überprüfung des Staatshandeln zugleich ein Mehr an subjektiver Berechtigung bedeutet.

¹¹² Dies gilt ungeachtet mancher Funktionserweiterung, vgl. Sachs, in: Stern (o. Fußn. 10), Bd. III/1, § 67, S. 687 ff., bes. 697 ff.; ausführlich Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. V, 96 ff. („grundlegende Grundrechtsfunktion“).

¹¹³ Isensee (o. Fußn. 6), Rz. 61 f.: „Staatsfunktionen und Grundrechtsfreiheit sind schlechthin inkompatibel.“ Für ein Entweder-Oder von grundrechtlicher Freiheit und demokratische verfaßter Staatlichkeit im Sinne eines tertium non datur Markus Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 235 sowie auch Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 292, der auch auf den Nebeneffekt der Privatisierungsdiskussion hinweist, daß die einst umstrittene Unterscheidung von Staat und Gesellschaft heute wieder einigermaßen unkontrovers ist.

¹¹⁴ Hans-Peter Bull, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 62 (2003), S. 350.

¹¹⁵ Sachs (o. Fußn. 112), S. 628 ff.

licher Nützlichkeit aus. Der Nutzen kann freilich erfreut zur Kenntnis genommen werden; wertvolle und weniger wertvolle Grundrechtsbetätigung gibt es aber nicht, sie gehören, wenn überhaupt, in den vorrechtlichen Bereich der Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung.¹¹⁶ Ansätze, die Grundrechtsbetätigung als Gemeinwohlerzeugung instrumentalisieren,¹¹⁷ die Bürger als Amtsträger für die Sache des Gemeinwesens in die Pflicht nehmen, setzen sich daher, soviel soll vorerst festgehalten werden, trotz aller möglicher Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einem verfassungsrechtlichen Anfangsverdacht aus.¹¹⁸

S. 71

- HFR 12/2004 S. 8 -

27 5.Einfachgesetzliche Gemeinwohlbezüge

Gemeinwohlbezugnahmen des einfachen Rechts sind jedem Juristen wohlvertraut. Sie begegnen einem nicht selten. So erklären §§ 13 II Nr. 6; 14 II Nr. 6 BDSG das Erheben von personenbezogenen Daten für zulässig, soweit dies dem Gemeinwohl dient, Bauleitpläne sollen gem. § 1 V BauGB eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung und eine dem Wohl der Allgemeinheit entsprechende sozialgerechte Bodennutzung gewährleisten und sind damit autonome örtliche Gemeinwohlkonkretisierung¹¹⁹; der Widerruf eines Verwaltungsaktes ist gem. § 49 II Nr. 5 VwVfG, die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gem. § 60 S. 2 VwVfG zulässig, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten; das freiwillige soziale Jahr hat nach § 2 III S. 3 FSJG zum Ziel, das Verantwortungsbewußtsein für das Gemeinwohl zu stärken, eine Vorschrift, die schon deshalb interessant erscheint, weil sie den Begriff der Verantwortung mit dem des Gemeinwohls in Verbindung bringt und damit an die Idee republikanischer Tugenden erinnert. Auch im Naturschutzrecht finden sich Gemeinwohlverweise. Dem Wohl der Allgemeinheit und im Einklang mit ihm auch dem Nutzen Einzelner dienen sollen nach § 1a WHG die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts und als Lebensraum für Tiere und Pflanzen. Einen ganz gegensätzlichen Gemeinwohlbelang bringt § 30 BNatSchG zum Ausdruck. Danach können die Länder Ausnahmen zulassen vom gesetzlichen Schutz bestimmter Biotope, wenn die Maßnahmen aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls notwendig sind. Auch können aus Gründen des Gemeinwohls von artenschutzrechtlichen Vorschriften gem. § 62 I Nr. 2 BNatSchG aus Gründen des Gemeinwohls Ausnahmen erteilt werden. Die Versagung der Planfeststellung ordnet § 18 WaStrG an, wenn eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten ist, die nicht durch Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann. Der Zusammenhang von Infrastruktur und Gemeinwohl findet sich in § 39 II S. 2 PersBefG; § 13 I S. 1 InfektSchG; § 40 I Nr. 3 KrWG.

28 Keiner näheren Befassung mit den zitierten Vorschriften bedarf es wohl zu der Feststellung, daß die Gemeinwohlbelange im Einzelfall kaum kongruent sein werden. Ebenso zwanglos ergibt sich freilich, daß der umstandlose Verweis auf "das Gemeinwohl" der gesetzlichen Grundlage keinesfalls genüge leistet. Es bedarf vielmehr stets einer besonderen, wertenden Entscheidung. Diese darf gerade nicht nur bestimmte Belange gegeneinander gewichten, der Interpret ist vielmehr aufgerufen, die in Betracht kommenden Gesichtspunkte überhaupt erst aufzuspüren. Die Wertung muß vollständig, rational und objektiv sein - sie erwartet eine im Begriff des Gemeinwohls ausgedrückte Haltung des Interpreten, das Ethos des Interpreten, das den hermeneutischen Zirkel der Subjektivität durchbricht.¹²⁰

¹¹⁶ Dazu Isensee (o. Fußn. 39), Rz. 222 ff.

¹¹⁷ So beispielsweise die euphorische Rede von der „gelungenen Verschmelzung von privatem Status und staatlicher Funktion“ bei Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 301.

¹¹⁸ Daß es sich dabei um eine „erklärungsbedürftige Anomalie“ (Heintzen (o. Fußn. 113), S. 222) handelt, erscheint angesichts inflationärer Staatsüberforderungsdiskussionen ein fast schon wieder erwähnenswerter Befund.

¹¹⁹ Klaus-Joachim Grigoleit, Normative Steuerung von kooperativer Planung, in: Die Verwaltung 33 (2000), S. 81.

¹²⁰ Josef Isensee, Staat im Wort, in: Jörn Ipsen (Hg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 590.

29 III. Herausforderungen der staatlichen Gemeinwohlfähigkeit

Zur Selbstverständlichkeit wurde, daß nichts, was den Staat betrifft, mehr selbstverständlich ist, weder in ihm noch in seinem Verhältnis zum Ganzen, nicht einmal sein Existenzrecht. Und ein *Epitheton ornans* reiht sich ans andere: Man hört von der "Entzauberung des Staates",¹²¹ vom "offenen"¹²² oder "unsichtbaren Staat",¹²³ vom "kommunikativen"¹²⁴ oder vom "kooperativen Verfassungsstaat".¹²⁵ Öffnungen, Schwundstufen und damit potentielle Gemeinwohlgewährleistungsgefahren werden im Inneren wie im Äußeren gewahrt - soweit diese Differenz überhaupt noch Sinn macht.¹²⁶

30 1. Die innere Öffnung des Staates

Unter der Öffnung des Staates oder seinem Rückzug werden zunächst innere Erosionserscheinungen rubriziert. Zwar scheint die prinzipielle Unterscheidbarkeit und die Unterscheidungsbedürftigkeit von Staat und Gesellschaft heute nicht mehr im selben Maße umstritten wie früher,¹²⁷ gleichwohl haben immer mehr Privatisierung und Verantwortungsteilung der Lehre von den Staatsaufgaben und ihrer Wahrnehmung den Charakter von Rückzugsgefechten gegeben,¹²⁸ die die Brisanz der Frage nach dieser Unterscheidung mit unverminderter Schärfe hervortreten lassen.

31 a) Pluralisierung

Pluralismus als gesellschaftliche Tatsache ist ein Gemeinplatz und Teil der Identität der Moderne. Neben soziale Pluralität ist indes - manchmal scheint es: unversehens - das Phänomen der Staatspluralisierung getreten. Im gleichem Maße, wie monolithische Gemeinwohlvorstellungen unter der Sonne liberaler Theorien dahinschmolzen, schwand auch die Einheit des Staates und damit die Relevanz der Staatsidee als eines Willensverbandes, dessen Einheit zur Durchsetzung des Gemeinwohl unabdingbar ist. Das Hineinwachsen privater Entscheidungsträger in die staatliche Willensbildung, ein Phänomen, von dem im ersten Zugriff der Charme des Bunten ausgeht, erweist sich zunehmend als Problem des grundgesetzlichen Demokratiegebotes.¹²⁹

32 b) Kooperation

Schon 1971 schrieb *E. Forsthoff* im Schlußkapitel seines Spätwerkes: "Unter der Weimarer Reichsverfassung war es allgemeine und richtige Meinung, daß es der Staatlichkeit abträglich sei, wenn der Staat sich auf engere, wechselseitige Beziehungen mit den organisierten Mächten der Gesellschaft einlasse. Heute trifft das Gegenteil zu."¹³⁰ Ob dieser Befund nach wie vor richtig ist, oder ob nicht in Zeiten der Ausfransung der Staatstätigkeit doch Skepsis geboten ist, erscheint wenigstens fraglich. Das damit zusammenhängende Problem der Allmacht politischer Parteien soll hier einmal zugunsten eines anderen, besonders plastischen Ausschnittes kooperativer Staatlichkeit außen vor gelassen werden.

¹²¹ Helmut Willke, *Die Entzauberung des Staates*, 1980.

¹²² Jüngst Rainer Wahl, *Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen*, in: *JuS* 2003, S. 1145 ff.

¹²³ Walter Leisner, *Der unsichtbare Staat*, 1994.

¹²⁴ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, *Der Rückzug des Staates*, in: *DÖV* 1995, S. 763 m. w. N.

¹²⁵ Peter Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat*, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl., 1999, S. 407 ff.; ähnlich Ernst-Hasso Ritter, *Der kooperative Staat*, in: *AöR* 1979, S. 389 ff.

¹²⁶ Di Fabio (o. Fußn. 16), S. 51 ff.

¹²⁷ Willke (o. Fußn. 121), S. 87; krit. zur unbedingten Unterscheidung aber Walter Schmitt Glaeser, *Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung*, in: *Isensee/Kirchhof* (o. Fußn. 6), Bd. II, § 31, Rz. 2.

¹²⁸ Ähnlich Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 273 ff.

¹²⁹ Ausführlich Matthias Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, 1993, S. 369 ff.; 603.

¹³⁰ Forsthoff (o. Fußn. 99), S. 160.

- 33 Zunehmend bedient sich eine partnerschaftliche öffentliche Gewalt auch im Zuge europäischer Einflüsse neuer Formen der Rechtssetzung¹³¹ - in offenkundiger Abkehr vom Glauben an die Steuerungsfähigkeit des allgemeinen Gesetzes.¹³² Als flexibler erscheinen gesetzesvorbereitende¹³³ gesetzesvertretende,¹³⁴ gesetzesverzichtende¹³⁵ oder gesetzesergänzende¹³⁶ Selbstverpflichtungen¹³⁷ Privater in Form von Verwaltungsverträgen¹³⁸ oder schlichten Verpflichtungserklärungen, wie sie im Arbeits¹³⁹-, Umwelt¹⁴⁰- oder Energierecht (Atomkonsens!¹⁴¹) Anwendung finden. Neben diese Absprachen treten rasch zusammengeschusterte und auf kurzfristige Wirkung hin konzipierte "Maßnahmegesetze",¹⁴² die vom Illegitimitätsverdacht nicht verschont bleiben können. Eine hybride Zwischenstufe in Form eines "Androhungsgesetzes"¹⁴³ kann man an dem jüngst verabschiedeten Berufsausbildungssicherungsgesetz¹⁴⁴ beobachten, das in § 1 mit einem ethischen Appell an die Betroffenen beginnt und nach § 3 I insgesamt keine Anwendung findet, wenn diesem Folge geleistet wird. Geht er fehl, kommt es zu "erzwungener Selbsthilfe".¹⁴⁵
- 34 Muß das Parlament die getroffenen Absprachen in Gesetzesform beschließen, so findet es sich in einer "faktischen Ratifikationslage",¹⁴⁶ die von Verabschiedung in Gesetzesform gestiftete Legitimation ist rein formal - jede kleine Änderung im Verfahren würde den Kompromiß vereiteln! - man denke nur an die dauernden Appelle zur Eins-zu-eins-Umsetzung der sog. Hartz-Reformen. Auf diese Weise entsteht ein Wildwuchs "parakonstitutioneller Gewalten",¹⁴⁷ eine "Klientelisierung der Verwaltung"¹⁴⁸ durch die die Erhebung privater Interessendurchsetzungsvereinigungen in den Stand der an der Staatsleitung beteiligten Organe. Die tatsächliche Wirksamkeit¹⁴⁹ solcher "Normabwen-

¹³¹ Matthias Herdegen, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62 (2003), S. 10, 16; Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 278; krit. zur These vom Niedergang der parlamentarischen Gesetzgebung aber Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 162 ff., 199.

¹³² Dreier (o. Fußn. 131), S. 164 ff.

¹³³ Frank Schorkopf, Die vereinbarte Novellierung des Atomgesetzes, in: NVwZ 2000, S. 1111; Martin Morlok, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62 (2003), S. 76: „paktierte Gesetzgebung“; ähnlich Ernst-Hasso Ritter, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm (o. Fußn. 30, 1990), S. 74. Helmut Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 281 f. weist besonders auf die Erhöhung der Regelungsakzeptanz durch Aushandeln von Gesetzen hin.

¹³⁴ Morlok (o. Fußn. 133), S. 42.

¹³⁵ Schorkopf (o. Fußn. 133), S. 1112.

¹³⁶ Herdegen (o. Fußn. 131), S. 22, der dafür das treffende Wort eines „Kodex“ wählt.

¹³⁷ Statt vieler Morlok (o. Fußn. 133), S. 42 ff.; Horst Dreier, Informales Verwaltungshandeln, in: StWissStPrax 4 (1993), S. 647 ff.; Schuppert (o. Fußn. 30), S. 182 f. Davon unterschieden werden müssen allerdings die von Jürgen Becker, Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, in: DÖV 1985, S. 1007 sogenannten normvollziehenden Absprachen, die nicht ein Gesetz selbst, sondern ein gesetzeskonkretisierendes hoheitliches Handeln, also Verwaltungsakte oder Verwaltungsvorschriften ersetzen.

¹³⁸ Zu dieser Einordnung krit. Schorkopf (o. Fußn. 133), S. 1112 f.

¹³⁹ Hier war das inzwischen gescheiterte sog. Bündnis für Arbeit tätig, vgl. Herdegen (o. Fußn. 131), S. 17, Fn. 29 m. w. N.

¹⁴⁰ Im Umweltrecht erhielt die Kooperation sogar ihre Weihen zum Kooperationsprinzip, vgl. Gertrude Lübbecke-Wolf, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, in: Arthur Benz/Wolfgang Seibel (Hg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 209 ff.

¹⁴¹ Dazu Gunnar Folke Schuppert, Gute Gesetzgebung, in: ZG Sonderheft 2003, S. 78 ff.

¹⁴² Herzog, in: Maunz/Dürig (o. Fußn. 39), Art. 20 III. Schuppert (o. Fußn. 141), S. 5 f. sieht diese Art von Gesetzgebung schlicht als „Kennzeichen moderner Industriestaaten“.

¹⁴³ Schuppert (o. Fußn. 141), S. 87.

¹⁴⁴ Gesetzesentwurf: BT-Drucks. 15/2820, beschlossen vom BT in seiner 129. Sitzung am 7.5.2004.

¹⁴⁵ Begründung des Gesetzes, BT-Drucks. 15/2820, S. 15.

¹⁴⁶ Dieter Grimm, Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, in: FS Habermas (o. Fußn. 4), S. 504.

¹⁴⁷ Dreier (o. Fußn. 131), S. 31.

¹⁴⁸ Dreier (o. Fußn. 131), S. 200.

¹⁴⁹ Es darf nicht übersehen werden, daß hinter der Form der Absprachen wenigstens auch das Interesse an der Rückgewinnung staatlicher Steuerungsfähigkeit durch Recht steht, vgl. Frank Andreas Schendel, Selbstverpflichtungen der Industrie als Steuerungsinstrument im Umweltschutz, NVwZ 2001, S. 494 ff. Verblüffend ist der dort (S. 500) gemachte Vorschlag, die Öffentlichkeitsdefizite durch umfassende Informationen unter „www.selbstverpflichtungen.de“ zu korrigieren. Jestaedt (o. Fußn. 129), S. 134 f. verweist auf die Möglichkeit der Integrationssteigerung durch die Entscheidungsteilnahme Privater.

dungsabsprachen"¹⁵⁰ mag sich sehen lassen können (schließlich droht ja latent immer ein Gesetz) - daß ihnen freilich die Legitimität eines wenigstens unter dem Leitstern des Modells parlamentarischer öffentlicher Deliberation zustande gekommenen Gesetzes fehlt, kann kaum bestritten werden. Den paktierten Absprachen fehlt demokratische Legitimation schon mangels Publizität,¹⁵¹ ganz zu schweigen von Rechtsschutzdefiziten.¹⁵² Das demokratisch-rechtsstaatliche Versprechen, daß in Grundrechten, Wahlen und Gerichten Kräuter gewachsen sind gegen "die da oben", wird an prominenter Stelle gebrochen.

- 35 Ungeachtet der Diskussion um die Vereinbarkeit dieser Praktiken mit dem Grundgesetz, insbesondere dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip¹⁵³ und ungeachtet der bedenklichen Entmaterialisierung der parlamentarischen Gesetzgebung¹⁵⁴ erscheint als Problem des Gemeinwohls in erster Linie der Verzicht des Gesetzgebers auf einen bestimmten mit dem Parlamentsgesetz verbundenen Anspruch: der Anspruch des allgemeinen, allgemeinverbindlichen, allgemeingültigen und auf gewisse Dauer angelegten Gesetzes als "Mittel politischer Selbstbestimmung des Ganzen"¹⁵⁵, aus dem heraus sich nach konventioneller Ansicht der staatliche Regelungsanspruch legitimiert.
- 36 Durch Kooperation in Nichtöffentlichkeit vollzieht sich im Staat der Verfallsprozeß nach, den R. Sennett der Gesellschaft unter dem Schlagwort von der "Tyrannei der Intimität"¹⁵⁶ diagnostiziert hatte. Die falsche Vorstellung, Nähe sei ein moralischer Wert an sich, führt zu einem Verfall des Öffentlichen. Allein in der durch spezifische Rollen und Masken konstituierten und damit auf Distanz angelegten Öffentlichkeit ist politische Rationalität möglich. Das damit von Sennett gelieferte analytische Instrumentarium zeigt in staatssoziologischer Perspektive die vom Legitimationsbedürfnis gesetzten Grenzen kooperativen Staatshandelns auf. Es ist eben nicht schlechthin gut, sich, "mit den Betroffenen an einen Tisch zu setzen", ihnen "zuzuhören", sich zu verständigen und das in Kamingesprächen Entstandene dann "umzusetzen". Die dem Privaten entlehnten Begriffsschöpfungen des kooperativen Staates klingen hohl, nicht weil sie das Handeln dieses Staates nicht zutreffend beschreiben, sondern weil es Begriffe sind, die die öffentliche Hand ihres Gemeinwohlauftrages wegen nicht glaubhaft und legitimationsstiftend für ihr Politikdesign, für ihre Selbstinszenierung in der öffentlichen Arena in Anspruch nehmen kann.

S. 73

- HFR 12/2004 S. 10 -

37 **c) Gewährleistung**

Der Vorgang des Rückzugs des Staates ist, so liest man, "staatstheoretisch nicht allzu ergiebig, solange nicht staatliche Kernaufgaben davon betroffen sind."¹⁵⁷ Im Umkehrschluß heißt dies aber, daß es zu einem Problem der Staatstheorie wird, sobald solche Kernaufgaben auf private Träger verlagert werden - zu einem Problem, das gar Anlaß zu einem neuen Methoden- und Richtungsstreit im öffentlichen Recht sein soll.¹⁵⁸ Die Typologie staatlicher, halbstaatlicher, quasistaatlicher und nichtstaatlicher Regelungsstrukturen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist kaum mehr zu überblicken.¹⁵⁹ G. F. Schuppert¹⁶⁰ unterscheidet drei Grundtypen der Verantwortungs-

¹⁵⁰ Herdegen (o. Fußn. 131), S. 16.

¹⁵¹ Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 1999, S. 235 f.; in Bezug auf den inzwischen ja durchweg anerkannten öffentlich-rechtlichen Vertrag krit. noch Forsthoff (o. Fußn. 49), S. 276.

¹⁵² Andreas Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, in: VerwArch 92 (2001), S. 206.

¹⁵³ Eingehend Birthe Pasemann/Stefan Baufeld, Verfassungsrecht und Gesetzgebung auf Grundlage von Konsensvereinbarungen, in: ZRP 2002, S. 119 ff.

¹⁵⁴ Herdegen (o. Fußn. 131), S. 17.

¹⁵⁵ Scheuner (o. Fußn. 32), S. 381.

¹⁵⁶ Richard Sennett, Verfall und Ende des öffentlichen Lebens: Die Tyrannei der Intimität, 1991.

¹⁵⁷ Peter Bußjäger, Entgrenzung und Staatserosion als Problem der modernen Staatstheorie, in: ZÖR 55 (2001), S. 353.

¹⁵⁸ Christoph Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: VerwArch 1999, S. 188 ff.

¹⁵⁹ Dies die Diagnose von Di Fabio (o. Fußn. 16), S. 112.

¹⁶⁰ Schuppert (o. Fußn. 15), S. 77 f.; ähnlich ders. (o. Fußn. 30), S. 404 ff.

tung:¹⁶¹ Erfüllungs-, Gewährleistungs- und Auffangverantwortung, die sich ihrerseits in eine Vielzahl von Unterverantwortungsstufen untergliedern. Treffe den Staat die konventionelle Erfüllungsverantwortung, so nehme die Verwaltung in eigener Regie und mit eigenen Mitteln Aufgaben der Gemeinwohlverwirklichung wahr, so beispielsweise in den Bereichen der Ordnungs- oder der Finanzverwaltung. Gewährleistungsverantwortung bedeute demgegenüber den Versuch, mittels einer bei der Verwaltung verbleibenden "Rahmenverantwortung"¹⁶² das Verhalten Dritter nach Maßgabe des gewünschten Gemeinwohlergebnisses zu steuern¹⁶³ und "endogene Potentiale für die Verfolgung öffentlicher Zwecke nutzbar zu machen".¹⁶⁴ Verwaltungssoziologisch sei diese Form der Verantwortung gekennzeichnet durch die Herausbildung neuer Handlungsformen, durch Netzwerke und Partnerschaften.¹⁶⁵ Im Bereich der Privatisierung der staatlichen Daseinsvorsorge, also insbesondere im Post- und Telekommunikationsbereich, sei als Unterform der Gewährleistungs- die "Regulierungsverantwortung"¹⁶⁶ zu beobachten. So sprechen beispielshalber § 2 I TKG; § 2 I PostG nicht von der Wahrnehmung, sondern der Regulierung als "hoheitlicher Aufgabe des Bundes". Drittens nennt Schuppert dann die "Auffangverantwortung",¹⁶⁷ die bei grundsätzlichem Vertrauen in die Selbstregulierungskräfte privater Aufgabenwahrnehmung nur dann zum tragen kommt, wenn Gefahren für das Gemeinwohl auftreten.

38 Dieser kurze Anriß mag genügen, um die Bedenken klar zu Tage treten zu lassen: Der Beweis, daß bei der zunehmenden Abschichtung staatlicher Gemeinwohlverantwortung nicht die fundamentalen Verfassungswerte der Demokratie und des Rechtsstaates auf dem Altar des neuen Verfassungsprinzips Verwaltungseffizienz¹⁶⁸ geopfert werden, steht noch aus.

39 **d) Privatisierung der Gemeinwohlverantwortung, Beispiel Verbandsklage**

Der Schutzauftrag des Art. 20a GG ist als Gemeinwohlbelang weithin anerkannt. Gerade Umweltbewahrung ist eine zentrale Legitimationsquelle staatlichen Tätigwerdens¹⁶⁹ (wenngleich auch zunehmend nicht mehr auf nationaler Ebene), erscheint doch, zumal wenn man in Ökologie und Ökonomie einen Antagonismus sieht, Umweltschutz gleichsam als natürliche Staatsaufgabe - der Staat als Wahrer des Sanften der Natur gegen das Harte der Wirtschaft. Und doch redet man auch im Umweltrecht über die "Privatisierung des Gemeinwohls"¹⁷⁰. Eine unter Aspekten des Gemeinwohls wie der inneren Öffnung erwähnenswerte Ausnahme vom Grundsatz des subjektiv-rechtlichen Rechtsschutzes bildet die nunmehr¹⁷¹ auch bundesrechtlich vorgesehene naturschutzrechtliche Verbandsklage gem. § 61 BNatSchG. Anerkannte Organisationen sollen auch bei

¹⁶¹ Gunnar Folke Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, in: Die Verwaltung 31 (1998), S. 416 ff.

¹⁶² Schuppert (o. Fußn. 15), S. 77; eingehend Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 307 ff., 320 ff.; s. a. Trute, DVBl. 1996, S. 951.

¹⁶³ Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 326 weist nachdrücklich darauf hin, daß eine „effektive Rückholoption“ beim Staat verbleiben muß („unabdingbare Reservefunktion des Staates“). Dies erfordere insbesondere eine verbleibende Nähe zum operativen Geschäft, damit die Gewährleistung nicht zur tatsächlich wirkungslosen Leerformel wird, pessimistischer aber Christoph Engel, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 342

¹⁶⁴ Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 307.

¹⁶⁵ Schuppert (o. Fußn. 15), S. 78.

¹⁶⁶ Schuppert (o. Fußn. 15), S. 78; ders., Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: Klaus König/Angelika Benz (Hg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 539 ff.; Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 304 f.

¹⁶⁷ Schuppert (o. Fußn. 15), S. 78.

¹⁶⁸ Möllers (o. Fußn. 158), 190 f.

¹⁶⁹ Ausführlich Hasso Hofmann, Umweltstaat, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), FS BVerfG, 2001, Bd. II, S. 873 ff., 882 ff.; Schuppert (o. Fußn. 30), S. 106 ff.

¹⁷⁰ Christian Calliess, Die umweltrechtliche Verbandsklage - Tendenzen zu einer Privatisierung des Gemeinwohls im Verwaltungsrecht?, in: NJW 2003, S. 97 ff.

¹⁷¹ Eingeführt durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BNatSchGNeuregG) vom 25. März 2002, BGBl I S. 1193; zur alten Rechtslage vgl. Lothar Harings, Die Stellung der anerkannten Naturschutzverbände im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: NVwZ 1997, S. 538 ff. Seit BVerwGE 87, 62 = NVwZ 1991, 162 war den Verbänden bereits nach altem Recht neben der Möglichkeit einer Partizipationserzwingungsklage eine faktische Verbandsklage eröffnet.

fehlender subjektivrechtlicher Betroffenheit in die Lage versetzt werden, eine gerichtliche Kontrolle der Umweltrechtskonformität zu erwirken. Dies leuchtet auf den ersten Blick ein. Da der "Zielgruppe" des Naturschutzrechts, den Kröten, Heuschrecken und Feuchtgebieten wenigstens auf absehbare Zeit keine Rechtssubjektivität zukommen wird, versagt der über Art. 19 IV GG garantierte Rechtsschutz als subjektiviertes Kontrollelement zur Einhaltung auch dem Gemeinwohl dienender Gesetze. Zur Begründung dieses Vorgehens lesen wir in der Gesetzesbegründung allerdings eine eigenartige Auffassung: "Wenn mit der Möglichkeit einer Klageerhebung zu rechnen ist, werden Verwaltungsentscheidungen in der Regel sorgfältiger vorbereitet und begründet."¹⁷² Auch das BVerwG vertrat in einer Entscheidung von 1996 eine ähnliche Sichtweise: Die Naturschutzverbände (...) sollten, *gleichsam als Verwaltungshelfer*, dafür Sorge tragen, daß diese Belange (sc. des Umweltschutzes) über die vorgeschriebene Berücksichtigung durch die zuständige Behörde hinaus in besonderer Weise zur Geltung gebracht werden."¹⁷³ Die Verbandsklage hat inzwischen, insbesondere durch europarechtliche Vorgaben, auch in das Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht Eingang gefunden.¹⁷⁴ Verbraucherschützer können gegen Vertragspraktiken zu Felde ziehen, selbst wenn kein Betroffener daran Anstoß nimmt. Bei der Umsetzung der EG-Antidiskriminierungsrichtlinie war Ähnliches - besser: Schlimmeres¹⁷⁵ - geplant.¹⁷⁶

S. 74

- HFR 12/2004 S. 11 -

40 2.Äußere Öffnung des Staates

Schon Ende der Siebziger Jahre fand P. Häberle angesichts des Phänomens der Einbindung des modernen Verfassungsstaates in mannigfaltige trans- und internationale Verpflichtungssysteme, "das Geflecht internationaler Beziehungen (habe) eine solche Intensität, Breite und Tiefe gewonnen, daß der westliche Verfassungsstaat in seinem Selbstverständnis darauf angemessen reagieren muß."¹⁷⁷ Breite Krisendiskurse blieben allerdings aus, bis das BVerfG mit seiner Entscheidung zum Vertrag von Maastricht die "kopernikanische Wende"¹⁷⁸ in Form eines *Kuhnschen* Paradigmenwechsels¹⁷⁹ herbeiführte und den Dornröschenschlaf¹⁸⁰ beendete. Zwar ist der Entscheidung zu entnehmen, daß dem (National-) Staat Aufgaben von substantiellem Gewicht verbleiben müssen,¹⁸¹ an der Krisendiagnose¹⁸² sich international verflüchtigender Staatlichkeit hat dies freilich nichts zu ändern vermocht.

41 Die fortschreitende europäische Integration und die "Erosion" nationaler souveräner Staatlichkeit gehören untrennbar zusammen.¹⁸³ Mit der Souveränität der Mitgliedsstaaten sieht man auch ihre Fähigkeit zur Übernahme von Verantwortung für das Gemeinwohl schwinden.¹⁸⁴ Dieses Krisenszenario erklärt die fast schon verzweifelten Rufe nach einer Europäischen Verfassung, die, so scheint es, zuweilen doch nur nach dem verlorenen Idyll des Nationalstaates rufen. Auch wenn man hört, von Souveränität könne auf europäischer Ebene schon gar nicht mehr gesprochen werden,¹⁸⁵ kommt einem der

¹⁷² BT-Drucks. 14/6378, S. 61.

¹⁷³ BVerwG, NVwZ 1997, 905 (906) – Hervorhebung von mir.

¹⁷⁴ Vgl. Reinhard Greger, Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, in: NJW 2000, S. 2457 ff.

¹⁷⁵ Vgl. insbesondere die Beweislastumkehr nach Art. 8 I RL 2000/43/EG des Rates vom 25.6.2000.

¹⁷⁶ Johann Braun, Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, in: JuS 2002, S. 424 f.

¹⁷⁷ Häberle (o. Fußn. 125), S. 408 f.

¹⁷⁸ Ulrich Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, in: AöR 128 (2003), S. 511 ff.

¹⁷⁹ Thomas S. Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl., 1976, S. 123 ff.

¹⁸⁰ Fritz Ossenbühl, Maastricht und das Grundgesetz, DVBl 1993, S. 637.

¹⁸¹ BVerfGE 89, 155 (186); ähnlich schon („Hausgut“) BVerfGE 34, 9 (19 f.).

¹⁸² Herdegen (o. Fußn. 131), S. 11, 29 ff.; Morlok (o. Fußn. 133), S. 44.

¹⁸³ Vgl. Armin v. Bogdandy, Supranationale und staatliche Herrschaft, HFR 5/1997, S. 2.

¹⁸⁴ Ob freilich die von den Mitgliedsstaaten abgegebene Souveränität auch bei der Europäischen Union „ankommt“, ist ein selten diskutiertes, aber zentrales Problem. Eine originelle Antwort hat MacCormick (zit. n. Haltern (o. Fußn. 32), S. 591 ff., 604) bereit, der den Verlust nationaler Souveränität mit dem Verlust von Jungfräulichkeit vergleicht, die auch entschwindet – ohne allerdings anderswo wieder aufzutauchen!

¹⁸⁵ Bußjäger (o. Fußn. 157), S. 358 f.

Verdacht, daß dort ein gewisser Späthegeianismus verabschiedet wird.¹⁸⁶ Sicher berechtigt ist freilich die Furcht, die Steuerungsfähigkeit des Staates könne in Europa dadurch unterlaufen werden, daß sich infolge subjektiv-rechtlich verbürgter ökonomischer Freiheiten im Binnenmarkt der ordnungspolitische Alptraum eines Wettbewerbs der Ordnungssysteme einstelle, bei dem das jeweils regulierungsärmste System stets die Oberhand behielte. Damit entscheide schließlich der Markt, nicht die Politik, welche Regelungen sich durchsetzten.¹⁸⁷ In Reaktion auf diese europäisch bedingten Steuerungskrisen wird eine "Hochzonung der staatlichen Verantwortung für das Gemeinwohl auf den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund"¹⁸⁸ gefordert, denn selbst im Kernbereich der Staatsaufgaben, aus denen der moderne Staat nach *Hobbes* zuerst seine Legitimation schöpfte, bei der Gewährleistung von innerer und äußerer Sicherheit steht der Nationalstaat hilflos da,¹⁸⁹ gleich ob es sich um die Landesverteidigung oder um die Terrorismusabwehr handelt.

- 42 Manche bestreiten gar das genuin Politische der supranationalen Organisationsformen und wollen ihnen die Fähigkeit zur Organisation anderer als ökonomischer Diskurse absprechen.¹⁹⁰ Ökonomische Diskurse stiften aber keinen Sinn, keine Bedeutung; ökonomische Institutionen können keine Folgebereitschaft einfordern.¹⁹¹ Allein das Politische betreffe indes den Bereich letzter Werte und letzter Bedeutungen;¹⁹² das Geld, das Universale des Marktes sei im Gegenteil gerade vollkommen gedächtnis- damit bedeutungslos.¹⁹³ Mag eine solche Betrachtung für Institutionen wie die WTO auch zutreffen, die völkerrechtlich verfaßte internationale Gemeinschaft¹⁹⁴ und insbesondere Europa haben mit politischen Anliegen wie dem der Menschenrechte¹⁹⁵ und des Umweltschutzes¹⁹⁶ oder der Unionsbürgerschaft¹⁹⁷ sich eigene legitimationsstiftende¹⁹⁸ Rechtsinhalte erschaffen,¹⁹⁹ die eigenen politischen Sinn auch in Europa stiften.

S. 75

- HFR 12/2004 S. 12 -

43 **IV.Perspektiven****1.Lösungsmodell 1 - Staatsrenaissance durch Staatsstärkung**

Das Ausmaß allenthalben erodierender Staatlichkeit mit ihren klassischen Legitimationsmustern erklärt die lauten Rufe nach Staatsstärkung: der Staat habe zwar vormals

¹⁸⁶ Zum Souveränitätsbegriff Hegels unlängst Andraes Fischer-Lescano, Die Emergenz der Globalverfassung, in: ZaöRV 63 (2003), S. 726 f.

¹⁸⁷ Siehe Di Fabio (o. Fußn. 16), S. 19 ff.

¹⁸⁸ Calliess (o. Fußn. 23), S. 186 ff.

¹⁸⁹ Kokott (o. Fußn. 14), S. 24 f.

¹⁹⁰ Vgl. Kokott, (o. Fußn. 14), S. 25 m. w. N.

¹⁹¹ Ulrich Haltern, Gestalt und Finalität, in v. Bogdandy (o. Fußn. 21), S. 825.

¹⁹² Haltern (o. Fußn. 191), S. 843 ff.

¹⁹³ Haltern (o. Fußn. 191), S. 825.

¹⁹⁴ Zum Begriff Christian Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), S. 113 ff.

¹⁹⁵ Bardo Faßbender, Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, EuGRZ 2003, S. 1 ff.; siehe auch Antonio López-Pina, Die Bürgerschaft als Voraussetzung einer Europäischen Republik, in: Ulrich Battis/Ingolf Pernice u.a. (Hg.), das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, S. 84; zur Entwicklung sozialer Grundrechte in Europa insbesondere Bernhard Losch/Christine Radau, Die soziale Verfassungsaufgabe der Europäischen Union, in: NVwZ 2003, S. 1440 ff.; zum Ganzen Brun-Otto Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, in: Der Staat 42 (2003), S. 64 ff. sowie Christian Tomuschat, International Law as the Constitution of Mankind, in: UN (Hg.), International Law on the Eve of the Twenty-first Century, 1997, S. 37 ff.

¹⁹⁶ Christian Calliess, Ansätze zur Subjektivierung von Gemeinwohlbelangen im Völkerrecht, ZUR 2000, S. 246 ff.

¹⁹⁷ López-Pina (o. Fußn. 195), S. 87. López-Pina (S. 97) hat diese Zwischenstufe mit dem sozialliberalen Staatstyp des 19. Jahrhunderts identifiziert, der volle politische Status des demokratischen sozialen Rechtsstaates bleibe ein Desiderat im fortschreitenden Integrationsprozeß.

¹⁹⁸ Zu abstrakt ist demgegenüber sicherlich das mit der GASP verfolgte Anliegen, Frieden in der Welt zu schaffen (Art. 11 I Sp. 1 EUV).

¹⁹⁹ Fischer-Lescano (o. Fußn. 186), S. 745: „Der selbstorganisierte Kommunikationsprozeß des Rechts hat normative Höchstwerte einer politischen Globalverfassung geschaffen, die sich wie folgt klassifizieren lassen: 156 (1) Rule of law (Ausbildung einer Zentralinstanz: global remedies; global remedies rules; Unabhängigkeit der Richter), (2) formelles Globalverfassungsrecht von ius cogens- und erga omnes-Rechten, d.h.: Fundamentalmenschenrechte, Gruppenrechte, Staatenrechte.“

öffentliche Aufgaben abgegeben, neue Legitimation sei aber seitens der neuen Verantwortlichen nicht entstanden. Es ist "keine Instanz ersichtlich (...), die auch nur annähernd in der Lage wäre, mit derselben Legitimation verbindliche Entscheidungen herzustellen und durchzusetzen wie der mit dem Gewaltmonopol ausgestattete Nationalstaat."²⁰⁰ Manche Kommentatoren meinen, auch das *BVerfG* habe sich in seiner Maastricht-Entscheidung²⁰¹ zum starken Staat und zu "Einheitsmythen über die Konvergenz von Staat, Nation, Volk und Demos" bekannt.²⁰² In historischer Perspektive ließe sich holzschnittartig argumentieren, daß sich der mit der Erhebung des Hobbesschen Leviathans begonnene Kreislauf von der Begründung des Gewaltmonopols, dessen Bändigung durch Rechtsstaatlichkeit zur Reprivatisierung der Gewalt in einem neuen Urzustand geschlossen habe.²⁰³ Die Möglichkeit der Frage nach der Letztverantwortung bleibe trotz zunehmender Auflösung der scharfen Begriffe institutioneller Verantwortung eine Essentiale der Demokratie.²⁰⁴ Um seiner selbst willen müsse der Staat seine Schwäche überwinden.

S. 76

- HFR 12/2004 S. 13 -

44 **2.Lösungsmodell 2 - Die offene Gesellschaft der Gemeinwohlkonkretisierer**

Demgegenüber wird zumal unter dem schillernden Begriff der Zivilgesellschaft, dem "Megathema" der letzten Zeit,²⁰⁵ zunehmend auf staatliche Letztverantwortung verzichtet. An ihre Stelle tritt nach dem "Abschied vom Gemeinwohlkonkretisierungsmopol der öffentlichen Verwaltung"²⁰⁶ die Allzuständigkeit aller in Gemeinwohlfragen. Dabei soll nicht auf die normative Einheit des Gemeinwohls verzichtet werden, es ändert sich lediglich der Modus der Gemeinwohlgewinnung. Zweifel an der Tauglichkeit dieses Gemeinwohlbegriffs regen sich aber schon, wenn man mit *J. Burmeister* annimmt, daß parallel zur Entlassung des Staates aus seiner alleinigen Gemeinwohlverantwortung die dann unabdingbaren funktionalen Äquivalente der Bürgertugenden und des Gemeinsinns von Emanzipationsbewegungen dahingerafft wurden.²⁰⁷

45 **3.Das Prinzip des Amtes**

Kontrastiert man die Erosionen von Staat und Gemeinwohlverantwortung und das damit verbundene glatte staatspolitische Designervokabular des sogenannten Neoliberalismus mit dem klassischen Modell der Konkretisierung und Vollstreckung öffentlicher Interessen durch das Prinzip des Amtes, so klingt dessen staatspolitische Grammatik wie eine Reminiszenz an längst vergangene Staatsallmacht, in der alle Staatszuständigkeit Gemeinwohlzuständigkeit war, und die sich nun dem Vorwurf aussetzt, Staatsmetaphysik zu betreiben.

46 Nach hergebrachter Ansicht ist primär das öffentliche Amt Medium des Gemeinwohls.²⁰⁸ Es "vermittelt zwischen der abstrakten Größe des Staates und dem konkreten Menschen. (...) Es transformiert individuelles in staatliches Handeln und führt ihm rechtliche Verbindlichkeit zu."²⁰⁹ Durch seine institutionelle Gebundenheit ist jede persönliche Freiheit des Amtswalters ausgeschlossen, denn "amtliche Verantwortung beruht auf demokratischer Legitimation, die durch die Zuständigkeitsordnung und das Organisationsrecht ausdifferenziert und bis auf den einzelnen Amtswalter hin konkreti-

²⁰⁰ Voßkuhle (o. Fußn. 4), S. 272.

²⁰¹ BVerfGE 89, 155 ff.

²⁰² Roland Lhotta, Der Staat als Wille und Vorstellung, in: Der Staat 37 (1997), S. 206.

²⁰³ So – stark vereinfacht – Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 56 ff.

²⁰⁴ So Udo Di Fabio, Mehrebenendemokratie in Europa, in: Walter Hallstein-Institut Berlin (Hg.), Die Konsolidierung der europäischen Verfassung, 2002, S. 123.

²⁰⁵ Vgl. nur die Beiträge in Dieter Gosewinkel u.a. (Hg.): Zivilgesellschaft – national und transnational, 2003.

²⁰⁶ Schuppert (o. Fußn. 30), S. 811.

²⁰⁷ Joachim Burmeister, Praktische Jurisprudenz und rechtsethischer Konsens in der Gesellschaft, in: Wilfried Fiedler/Georg Ress (Hg.), GS Wilhelm Karl Geck, 1989, S. 103.

²⁰⁸ Josef Isensee, Das Amt als Medium des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: Schuppert/Neidhard (o. Fußn. 4), S. 241 ff.

²⁰⁹ Josef Isensee, Transformation von Macht in Recht – das Amt, in: ZBR 2004, S. 3.

siert wird."²¹⁰ Damit wird das Amt zur Bedingung der Möglichkeit grundrechtlicher Freiheit.²¹¹ Diese Polarität ist rechtsstaatlich unverzichtbar²¹² und setzt weitere Polaritäten wie die von Öffentlichkeit und Privatheit²¹³ und von Staat und Gesellschaft²¹⁴ voraus. Es stiftet "existenzielle Legitimation, die sich aus dem Grundvertrauen der Bürger ergibt in die Integrität der Personen, die für den Staat tätig sind."²¹⁵ Insbesondere legitimiert sich die Amtsmacht damit auch aus ihrem Selbstverständnis heraus, das in § 35 I BRRG idealtypisch formuliert ist: "Der Beamte dient dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Er hat seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei seiner Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen." Dieses normative Selbstverständnis,²¹⁶ der ethische Anspruch guter und gerechter Ausführung der Gesetze sowie neutraler und uneigennütziger Planung legitimiert, öffentlich wirksam, die hoheitlichen Befugnisse des Amtsträgers.

S. 77

- HFR 12/2004 S. 14 -

47 4. Transsubstantiationshoffnungen

Demgegenüber unterliegt grundrechtlich geschütztes Handeln einem Rationalisierungsverbot.²¹⁷ Wiewohl es sich allein für die Religionsfreiheit²¹⁸ unmittelbar aufdrängt, gilt gleiches für die Meinungsfreiheit, die auch gänzlich unsinnige Meinungen unter ihren Schutz stellt.²¹⁹ Art. 12 GG schützt so absonderliche Berufe wie das Heilmagnetisieren,²²⁰ Art. 14 auch den ganz unsinnig erscheinenden Gebrauch des Eigentums und schließlich die Vertragsfreiheit auch das unwirtschaftlichste Geschäftsgebahren. Die Grundrechte, die das Verhältnis des Einzelnen zur Gesellschaft und zum Staat prägen, konstituieren mithin einen Raum, in dem die Rationalitätserfordernisse staatlicher Herrschaftsausübung zurücktreten und es dem Einzelnen und seiner Verantwortung überlassen, sein eigenes Handeln in seinen eigenen selbstverantworteten Begründungszusammenhang zu stellen.²²¹ Nun mag es zwar dem Zeitgeist entsprechen, "eigennützige Rechtsverwirklichung als Dienst an der Gemeinschaft"²²² zu verstehen, doch ergeben sich daraus gewisse Schwierigkeiten bei der Konstruktion eines gesellschaftlich erzeugten Gemeinwohls.

48 Handeln die Einzelnen aus jenem juristisch nicht abschließend rationalisierbaren Raum grundrechtlicher Freiheit heraus, so ergibt dies eine unter dem Leitstern der Grundrechte generierte Handlungsmasse, die zwar nicht unbedingt irrational, aber doch jedenfalls nicht in rechtlich verlässlicher Weise rational ist. Das gilt jedenfalls so lange wie die überwiegende Meinung und auch das BVerfG eine Verschmelzung des Dualismus von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung im Dritten Sektor ablehnen.²²³ Daraus ein normatives Konzept des Gemeinwohls machen zu wollen, das im modernen säkularen Staat notwendig ein rationales zu sein hat, hieße, den grundrechtlichen Freiheitszusammenhang in sein Gegenteil zu verkehren - oder aber, eine meta-

²¹⁰ Depenheuer (o. Fußn. 105), S. 112 f.

²¹¹ Isensee (o. Fußn. 209), S. 6.

²¹² So bereits der Abg. Strauß (CDU) in den Verhandlungen des Parl. Rates, in: JöR n. F. Bd. 1 (1951), S. 315.

²¹³ Rudolf Wassermann, Das Amtsethos schwindet, in: NJW 2000, S. 1159 f.

²¹⁴ Isensee (o. Fußn. 209), S. 7; ausführlich Möllers (o. Fußn. 158), S. 197 ff. Sicherlich historisch überwunden ist der Staat-Gesellschaft-Dualismus G.W.F. Hegels, der (Rechtsphilosophie, § 188) die Gesellschaft als „System der Bedürfnisse“ und dagegen den Staat als „Wirklichkeit der sittlichen Idee“ (§ 257) sieht.

²¹⁵ Isensee (o. Fußn. 209), S. 11.

²¹⁶ Martin Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 65.

²¹⁷ Originell Otto Depenheuer, Der Staat ist um des Menschen willen da: Kölner Humor als Quelle staatsphilosophischer Erkenntnis, 2001.

²¹⁸ Vgl. nur Fabian Wittreck, Religionsfreiheit als Rationalisierungsverbot, in: Der Staat 34 (2003), S. 519 ff.

²¹⁹ BVerfGE 33, 1 (14 f.); 66, 1 (7). Es soll gerade unerheblich sein, ob eine „Äußerung wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch, emotional oder rational begründet ist“.

²²⁰ BVerfGE 94, 269 (277).

²²¹ Depenheuer (o. Fußn. 105), S. 97: „Aus der Perspektive des Gemeinwesens (...) ist jedes Handeln des Bürgers gleichwertiger Ausdruck von Bürgerverantwortung, unabhängig davon, ob er im privaten oder öffentlichen, im gesellschaftlichen oder politischen Bereich wirkt, ob er privatnützig seine Interessen verfolgt oder altruistisch sich dem Gemeinwohl hingibt, ob er seine grundrechtliche oder demokratische Freiheit ausübt.“

²²² Burmeister (o. Fußn. 207), S. 103.

²²³ Möllers (o. Fußn. 158), S. 192.

physisch vermittelte Heilshoffnung in das Modell zu integrieren, die nach Art einer unsichtbaren Hand die Partikularismen grundrechtlicher Subjektivität zu einem allseits zufriedenstellenden Gemeinwohl verbindet. Eine solche Wandlung des Handlungsstoffes von der Beliebigkeit zur praktischen Vernunft aber läßt sich nur (staats-) metaphysisch begründen.

- 49 Vom sakramentalen Amt der Gewährleistungsverantwortung soll, so scheint es, jene Kraft ausgehen, die die zentrifugalen Kräfte der Ökonomisierung des Sozialen zum Gemeininteresse zu fügen weiß. Das katholische Lehramt pflegt für den vergleichbaren Vorgang der Eucharistie seit langem²²⁴ den Begriff der *transsubstantiatio*, der Wesenswandlung.²²⁵ Profanes Brot, irdischer Wein werden durch die Segenskraft des Priesteramtes in der eucharistischen Segenhandlung *substantialiter* gewandelt in den wahren Leib und Blut Jesu Christi. Taucht nicht, so fragt man sich, die Analogie stetig fort denkend, hinter dem Gewährleistungsstaat der nach Art von *Schmitts* politischer Theologie zum allmächtigen Regulierungsgesetzgeber säkularisierte gütige ganzmachende Gott auf?

S. 78

- HFR 12/2004 S. 15 -

50 5. Gemeinwohl als Argument - Gemeinwohl als Perspektive

Gemeinwohl ist zunächst ein bestimmtes Argument. Als Argument beinhaltet es das Konzept öffentlicher politischer Verantwortung. In dem Gemeinwohlargument verkörpert sich zugleich auch eine Perspektive, d.h. eine bestimmte Sicht der Dinge, das Blicken durch die Brille demokratisch verstandener politischer Verantwortung. Wer von sich sagt, aus Gründen des Gemeinwohls zu handeln, gibt damit zu erkennen, daß er die Wertungen, die das Gemeinwesen, die die Verfassung trifft, zu seinen eigenen macht, sie über seine eigenen stellt. Diese Perspektive findet ihren inhaltlichen Ausgangspunkt im Amtsethos und dem damit verbundenen "Gebot exegetischer Askese"²²⁶ im Sinne perspektivischer Selbstlosigkeit; Asubjektivität.

- 51 Vor diesem Dilemma stehen wir angesichts der Machthaber jenseits der Staates. Der Staat kann oder will seine hergebrachte Verantwortung nicht mehr wahrnehmen - Privaten gebietet es an der insoweit unverzichtbaren Legitimität. Denn in der Tat: Private sogenannte Gemeinwohllakteure zeichnet ja gerade aus, daß sie dazu neigen, ein zum Teil gänzlich partikulares Interesse, das, so schützenswert und wichtig es auch sein mag, ein partikulares bleibt, als "Gemeinwohl" oder gar "Menschheitsinteresse" zu apostrophieren. Die undifferenzierte Berufung auf das Gemeinwohl²²⁷ soll Legitimität für private Macht stiften. Unbestritten ist, daß es private Institutionen gibt, die im besten Sinne öffentliche Interessen vertreten. Damit freilich sind sie noch keine "Gemeinwohllakteure". Sie sind, wie Umweltschutzbewegungen oder das Weltsozialforum, Vertreter einseitiger Interessen, und gerade das macht ihren Erfolg und - das scheint sich abzuzeichnen - ihre Globalisierungsfähigkeit²²⁸ aus. Sie tragen bei zum Entstehen einer na-

²²⁴ Seine erste lehramtliche Fixierung erhielt die Lehre von der Transsubstantiation auf dem Konzil von Trient (1545–1563), das formuliert (Sessio XIII, cap. 4, in: Heinrich Denzinger/Adolf Schönmetzer (Hg.), *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, 1976, S. 1642): „Per consecrationem panis et vini conversionem fieri totius substantiae panis in substantiam corporis Christi Domini nostri, et totius substantiae vini in substantiam sanguinis eius. Quae conversio convenienter et proprie a sancta catholica Ecclesia transsubstantiatio est appellata.“

²²⁵ Siehe zum Ganzen ausführlich Hans Jorissen, *Die Entfaltung der Transsubstantiationslehre bis zum Beginn der Hochscholastik*, 1965, S. 8 ff.

²²⁶ Isensee (o. Fußn. 120), S. 590.

²²⁷ Siehe nur Bundespräsident Johannes Rau, *Vertrauen in Deutschland – eine Ermutigung*, Berliner Rede, gehalten am 12. Mai 2004, http://www.bundespraesident.de/Downloads/berliner_rede_2004.pdf, S. 4.

²²⁸ NGOs sind dafür ein interessantes Beispiel, weil sie das situativ- projekthafte moderner Gemeinwohlvorstellungen verkörpern. Im Gegensatz zu nationalstaatlichen Öffentlichkeitsakteuren wie Kirchen, Verbänden etc. treten sie v. a. mit Bezug auf konkrete issues in Erscheinung, vgl. Schuppert (o. Fußn. 61), S. 252 ff.; 870 ff.

tionalen und internationalen *colère publique*,²²⁹ aus der sich Gemeinwohldiskurse dann bilden können. *Colère publique*, das bedeutet Skandalisierung, *shaming by naming* - sie kann Anstoß geben zu Rechtsentwicklungen, nicht aber selbst Recht werden, denn Wutrecht verfehlte den inhaltlichen Anspruch des Rechts an sich selbst.

- 52 Die "entstaatlichten" Gesellschaften aber müssen mit ihren Machthabern leben - müssen auch sie domestizieren. Das "Legitimationsdefizit" muß wenigstens abgemildert werden. Im Augenblick scheint vor allem eines bedenkenswert:
- 53 Legitimität könnte jedenfalls partiell wiederhergestellt werden durch Publizität,²³⁰ denn einiges an Legitimität ging wohl auch in den neuen Arkana der neuen Logen verloren, in denen, ähnlich jenen, die R. Koselleck²³¹ klassisch beschrieben hat, eine Gegenwelt zum Staat entstanden ist und sich bewußt seinem demokratischen Selbstverständnis widersetzt. Die aufklärende Öffentlichkeit muß versuchen, ihren Fuß in die Tür zu klemmen, wo immer man ihre Kontrolle fürchtet. Das setzt Sensibilisierung voraus für die Wichtigkeit der unvermittelt und jederzeit eingeforderten Verantwortlichkeit aller Machttträger in der Öffentlichkeit, mithin: demokratische Kultur und *ownership-Bewußtsein*²³² ihrer Teilnehmer,²³³ jenseits der Identität von Regierenden und Regierten.²³⁴ Dem scheint die Überlegung günstig, daß die Gesellschaft über eine kommunikative und publizistische Infrastruktur verfügt, die es erlaubt, jeden jederzeit öffentlich zur Verantwortung zu ziehen. Die Legitimationsketten, die die Träger öffentlicher Gewalt hinter sich herschleppen sollen,²³⁵ sind in ihrer Wissenszurechnungsfunktion teilweise entbehrlich geworden - nicht freilich als Element personaler Legitimation. Unmittelbare Legitimation durch Öffentlichkeit ist mithin nur *neben* demokratischer Kontrolle möglich. Das ist gleichbedeutend mit der Politisierung der Verantwortlichkeit Privater für öffentliche Belange.

S. 79

- HFR 12/2004 S. 16 -

- 54 Der Möglichkeit wesensmäßiger Unterscheidung zwischen privater Verantwortlichkeit, die *ultra posse* endet, und politischer Verantwortung, die über Rechtspflichten hinausgreift,²³⁶ endet, wo der Staat nicht mehr über den Ausnahmezustand entscheidet. Politische Verantwortung, deren Maßstab nicht "der der Rechtsverletzung (ist), sondern der der wirksamen Wahrnehmung des Gesamtwohls, jedenfalls ein letztlich nicht justifiables Moment",²³⁷ diese Verantwortung ist für die Demokratie lebensnotwendig. Wo sie der Staat nicht übernimmt, muß die Gesellschaft unweigerlich beginnen, politische Einstandsverantwortung für sich selbst zu übernehmen, insbesondere: sich für sich selbst zu interessieren. Desinteresse einer mächtiger werdenden Gesellschaft an sich selbst könnte Folgen haben, die denen des Desinteresses der Gesellschaft an einem mächtigen Staat in nichts nachstehen. Diese politische Leistung der Gesellschaft wäre Legitimationsleistung.
- 55 Wobei die Gesellschaft, natürlich, dann auch und zunehmend Weltgesellschaft wird sein

²²⁹ Zum Begriff Emil Durkheim, Über soziale Arbeitsteilung, 3. Aufl., 1999, S. 118 ff.; daran angelehnt Niklas Luhmann, Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 6, Die Soziologie und der Mensch, 1995, S. 229.

²³⁰ Klassisch Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden, Anhang II, in: ders., Werke, hg. v. Ernst Cassirer, 1912 ff., Bd. VI, S. 468 ff.

²³¹ Reinhard Koselleck, Kritik und Krise, 1973, S. 68 ff.

²³² Begriff von Ingolf Pernice, Institutional Settlements for an Enlarged European Union, WHI-Paper 5/03, www.whi-berlin.de/pernice-institutions.htm, S. 22.

²³³ Daß Kontrolle durch Öffentlichkeit von kulturellen Voraussetzungen abhängt, wird von manchen, die Publizität allzu schnell als linderndes Hausmittelchen gegen Privatisierungsschmerzen verkaufen wollen, gelegentlich unterschlagen, vgl. nur Alexander von Brünneck, Das Demokratieprinzip und die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Grimm (o. Fußn. 30, 1990), S. 253 ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, in: DVBl. 1993, S. 993.

²³⁴ So die Formeln von Schmitt (o. Fußn. 22), S. 204 ff.

²³⁵ Zu den Ketten ausführlich Jestaedt (o. Fußn. 129), S. 332 ff.

²³⁶ Di Fabio (o. Fußn. 16), S. 107.

²³⁷ Scheuner (o. Fußn. 32), S. 392.

müssen.

Zitierempfehlung: Florian Meinel, HFR 2004, S. 64 ff.