

inspective.

Gemeinwohl und Res publica

Marc Dressler

Albuchweg 19, 70188 Stuttgart

im November 2007

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

A	Republik und Gemeinwohl	1
	I) Anfang der Republik	2
	II) Ende der Republik	4
B	Naturrecht und Verfassungsrecht	6
	I) Einheitsprinzip	6
	1. Naturrecht	6
	2. Naturtrieb	9
	II) Mehrheitsprinzip	12
	1. Liberal	12
	2. Demokratisch	17
	III) Diskursprinzip	22
	1. Auslegung	22
	2. Öffentlichkeit	28
C	Gemeinwohl und Republik	32

A Republik und Gemeinwohl

Das Verhältnis von Republik und Gemeinwohl fasse ich in der vorliegenden Arbeit als Erkenntnisproblem: Die Begründung einer Staatsform führt im Kontext der Republik auf das Gemeinwohl, das zur Rechtfertigung staatlichen Handelns erkannt sein muss. Ist das Gemeinwohl Grund und Grenze staatlichen Handelns,¹ müssen Grund und Grenze freigelegt werden, damit eine Legitimierung valide sein kann.

Die Begründung einer Staatsform bedeutet die Legitimation von Herrschaft. Wo Menschen über Menschen herrschen, wird Gewalt ausgeübt. Diese bedarf einer Rechtfertigung. In der Republik legitimiert die Staatsgewalt sich über das Gemeinwohl. Es liegt am Grunde der Begründung. Für die Begründung der Herrschaft von Menschen über Menschen ist daher entscheidend, dass das staatliche Handeln – sei es legislativ, judikativ oder exekutiv – tatsächlich dem Gemeinwohl dient.

Damit verlagert sich die Legitimierung von Herrschaft auf die Begründung des Gemeinwohls. Herrschaft ist dann legitim, wenn sie das Gemeinwohl verwirklicht. Wann und unter welchen Voraussetzungen staatliches Handeln das Gemeinwohl verwirklicht, erörtere ich entlang der Grundsätze der Einheit, der Mehrheit und des Diskurses. Ich werde herausarbeiten, dass trotz Ermangelung eines Fundamentes dem öffentlichen Diskurs ein tragfähiger Begriff des Gemeinwohls entnommen werden kann. Dieser ist weitgehend austauschbar mit dem des öffentlichen Interesses.² Weil vom Gemeinwohl niemand ausgeschlossen sein soll, gebrauche ich ebenso unterschiedslos und wechselweise die Begriffe ‚Staatsbürger‘ und ‚Person‘, ‚Volk‘ und ‚Bevölkerung‘.

¹ Schuppert (2002) S.67.

² Häberle (1970) S.716.

I) Anfang der Republik

Der Begründung einer Staatsform ist es angemessen, am Anfang anzufangen; am Anfang der Republik. Diesen lokalisiere ich im Ursprung der Republik der Neuzeit. Indem ich den Anfang der Republik historisch in die Republik Frankreichs lege, die sich in der Folge der Aufklärung erhoben hat, umgehe ich zu Anfang einen möglichen Regress an Begründungen, der noch hinter jeden Anfang zurückgeht.³ Am konkreten historischen Beispiel lassen sich dann allgemein die Eigenschaften einer Republik gewinnen, die staatsphilosophisch zu ihrer Begründung taugen.

Die französische Republik gründet sich auf Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Die Begründer der Republik brachten mit der normativen Trias in erster Linie ihren Unmut zum Ausdruck. Ihren Unmut gegenüber der Knechtschaft, der Ungleichbehandlung und der Ausbeutung. Eben das verbanden sie mit dem Ancien Régime. Ihr Unmut richtete sich folglich gegen die Willkürherrschaft absolutistischer Monarchen. Dieser Willkürherrschaft entgegen hielten sie ein in Freiheit geführtes Leben, geprägt von einer Solidarität, in der Gleiche unter Gleichen zusammenwirken: Ein Leben in der Republik.

In der Republik steht der Wert der Freiheit an erster Stelle. Ein freies Leben ist ein selbstbestimmtes Leben; ein Leben, das vom eigenen Willen bestimmt ist, nicht vom Willen eines Herrschers. Insofern grenzt sich die Republik ab von der absolutistischen Monarchie. In einer Republik sind alle Menschen frei in ihrer Entscheidung, nicht nur der Monarch. Der König ist Mensch wie jeder andere auch. Das stellt der Wert der Gleichheit klar. Dieser verbietet eine Hierarchie von Herrschern und Beherrschten, von Fürsten und Dienern. In einer Republik gibt es nur Bürger, keine Untertanen.⁴

Die Regenten einer Republik regieren nach dem Willen der Bürger. Der Wille der Regierten ist gleich dem Willen der Regierenden. Die Identität dieser Willen macht die Republik aus. Darin grenzt sie sich ab von der klassischen Demokratie, die eine persönliche Identität von Regierten und Regierenden

³ Wittgenstein (1992) § 471, S.214.

⁴ Sommermann in Mangoldt (2005) Art. 20, Rn.18.

inspective.

verlangt.⁵ Reicht es in einer Republik aus, dass der Wille der Regierenden den Willen der Regierten repräsentiert, ist eine solche Repräsentation in der klassischen Demokratie ausgeschlossen.

In einer Republik erlassen nicht die Bürger die Gesetze. Sie achten sie aber, weil sie in ihrem Sinne sind, ihrem Willen entsprechen. Sie sind Sache des Volkes, *res populi*, und nicht Sache der Regenten.⁶ Die Regenten haben sich die Sache des Volkes zueigen gemacht. In brüderlicher Eintracht mit den Regierten schaffen sie einen Rechtsraum, in dem alle Bürger sich gleichermaßen frei bewegen können.

Insofern sehen die Regenten einer Republik sich in einer Doppelrolle. Einerseits besitzen sie ein je individuelles Interesse, andererseits sind sie angehalten, im Interesse der Bürger zu handeln, nicht im eigenen Interesse.⁷ Insofern sie die Sache des Volkes befördern, müssen sie von der eigenen Sache absehen. Eigenmacht und Selbstverwirklichung findet sich nicht bei republikanischen Regenten. In der Rolle des Regenten üben die Bürger Selbstzucht, streifen ihre privaten Interessen ab und widmen sich voll und ganz dem öffentlichen Interesse.⁸

Das öffentliche Interesse ist das Interesse des Volkes, in dessen Angelegenheiten die Regenten einer Republik handeln. Als öffentliches Interesse ist es gerichtet auf das Wohlergehen der gesamten Republik, auf das Gemeinwohl. Das Handeln im öffentlichen Interesse geht über bloße Sekundärtugenden hinaus. Es formuliert eine staatsethische Norm im Wertgefüge von Freiheit und Gleichheit. Damit wird das Gemeinwohl zum moralischen Grund der Republik. Auf ihm ist sie errichtet. Von ihm aus nimmt sie ihren Anfang. *Das Gemeinwohl ist der Anfang der Republik*. Es rechtfertigt staatliches Handeln und begründet damit die Instanz des Regierens (als Handeln im öffentlichen Interesse) neben der Verfolgung privater Interessen.

⁵ Aristoteles (1989) 1317b.

⁶ Cicero (1979) I, 25 S.130; dazu Böckenförde (2002) S.50.

⁷ Fraenkel (1991) S.59; Bußhoff (2001) S.22.

⁸ Montesquieu (1994) IV, 5 S.138 u. VIII, 16 S.197; Kirchhof (2005) S.7; Isensee (2006) Rn.24.

II) Ende der Republik

Wiederum aus historischer Perspektive könnte die Ausbreitung der Demokratien in der westlichen Welt⁹ einhergegangen sein mit dem Ende der Republik. Indem die modernen Demokratien das Verdikt klassischer Demokratien brachen, die Regierten müssten mit den Regierenden identisch sein, könnten die Parlamente und Räte die Republik implizit verwirklicht haben. Die Parlamentarier verkörperten die Volksvertreter, die sich dem öffentlichen Interesse annehmen. Die Republik wäre dann in der Demokratie aufgegangen.¹⁰ Zu dieser Ansicht gelangt jedoch nur, wer die staatsethische Dimension, den republikanischen Imperativ zur Gemeinwohlfürsorge ausblendet.¹¹

Denn die Herrschaft im Dienste des Volkes muss nicht ausgehen von gewählten Volksvertretern. Im Dienste des Volkes kann ebenso ein alleinherrschender Monarch stehen. Insofern kann durchaus auch eine Monarchie Republik sein, im Ergebnis nicht anders als eine Demokratie.¹² Wie Abgeordnete in Anerkennung des Rechts handeln können, so können das auch Monarchen. Nicht jedoch die Legalität allein macht eine Demokratie oder Monarchie zur Republik. Auf die Legitimität kommt es an. Die Herrschaft von Menschen über Menschen will begründet sein: auf dem Grund des Gemeinwohls, auf dem die Republik sich errichtet.¹³

Ein Staat ist dann Republik, wenn die Regenten für das Wohl des Volkes sorgen, seinen Nutzen mehren und Schaden von ihm abwenden, wie es die Artikel 56 und 64 Abs. 2 GG im Amtseid des Bundespräsidenten und der Bundesregierung fordern. Eingriffe in die Freiheit der Bürger sind nur dann legitim, wenn sie am Gemeinwohl orientiert sind. In diesem Sinne muss – wie

⁹ Tocqueville (1976) S.3.

¹⁰ Herzog in Maunz (2007) Art. 20, III, Rn.4; Sommermann in Mangoldt (2005) Art. 20, Rn.17.

¹¹ Demokratische Herrschaft ist Herrschaft durch das Volk; republikanische Herrschaft ist Herrschaft für das Volk. Vgl. Isensee (2006) Rn.105. Vgl. Hesse (1999) Rn. 121.

¹² Rousseau (1964) II, VI S.380; vgl. Cicero (1979) I, 26 S.133.

¹³ Nach einer anderen Ansicht haben nur das Recht und die Souveränität legitimierende Wirkung, nicht aber das Gemeinwohl. Vgl. Roellecke in Umbach (2002) Art. 20, Rn.13. Dieser Ansicht folgt die Rechtsprechung nicht. Vgl. Häberle (1970) S.274ff. Zu Legalität und Legitimität siehe Maihofer (1995) Rn.66.

inspective.

überhaupt das gesamte staatliche Handeln – auch der Erlass von Gesetzen legitim sein. Sie bemessen sich am Maßstab der Gesetze, die ein vernünftiger Mensch sich selbst geben würde.¹⁴

Entscheidend für die Republik ist daher der Grad an Vernunft, mit dem die Herrschaft Einzelner über Viele legitimiert wird. Diese Rationalität des Gemeinwohls ist keine selbstevidente, wie ein rascher Blick auf die Geschichte lehrt. Den Eingriff in die Rechte, den Griff in die Taschen der Bevölkerung haben Fürsten und Könige, Kaiser und Kanzler immer schon mit dem Gemeinwohl begründet. Wahlweise galt und gilt es, für einen Schutzkrieg zu rüsten, die innere Sicherheit zu wahren oder dergleichen mehr. Für ihre Grausamkeiten hat keine Regierung häufiger das Gemeinwohl vorgeschoben als die Nationalsozialisten 1933 bis 1945.¹⁵

Liegt also der Unterschied der Republik von anderen Staatsformen darin, dass der Regierung programmatisch das Wohl des Volkes aufgetragen ist, *kommt es wesentlich darauf an, die Rationalität des Gemeinwohls aufzudecken*. Die Rationalität des Gemeinwohls aufdecken, heißt bestimmen, welchen Inhalt der republikanische Regierungsauftrag hat, mit anderen Worten: woran man das Gemeinwohl erkennt und wie man es erhält.

Die Voraussetzungen und Wege, die zum Gemeinwohl führen, müssen sich einer historischen Relativität erwehren können, müssen sicherstellen, dass Gemeinwohl nicht umschlägt in Gemeinübel, soll es der staatstragende Grund sein einer Herrschaft von Menschen über Menschen für Menschen. So ist, zumindest dem Begriffe nach, die Republik der Demokratie nicht gleichzusetzen, die demokratische Republik kein Pleonasmus. Der Demokratie fügt die Republik das Verbot gemeinwohlschädigender Mehrheitsbeschlüsse hinzu. Das Verbot des Schädigens hat wie das Gebot der Nutzenmehrung jedoch nur dann eine staatsphilosophische Bedeutung, wenn das Gemeinwohl sich rational entwickeln lässt. Ohne einen rationalen Gemeinwohlbegriff, der gebettet ist in ein sich änderndes Umfeld und der aktuellen öffentlichen Herausforderungen wie die Europäisierung, die Globalisierung, den Klimawandel oder den internatio-

¹⁴ Kant (1977b) A156.

¹⁵ Vgl. Dürig (1949) S.26; Fraenkel (1991) S.272; Hofmann (2002) S.27.

inspective.

nenalen Terror einschließt, fällt der Begriff der Republik hinter seine Ansprüche zurück.¹⁶

B Naturrecht und Verfassungsrecht

Die Republik gründet auf Gemeinwohl. Gemeinwohl ist ihr Ausgangspunkt und Anfang. Und die Republik endet, wo das Gemeinwohl missachtet wird. In der Begründung einer Republik ist also das Gemeinwohl vorausgesetzt. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit des Nachweises eines solchen Gemeinwohls. Ohne den rationalen Nachweis des Gemeinwohls verliert die Republik ihren Grund. Da das Gemeinwohl die Eigenschaft einer staatsethischen Norm besitzt, bietet das Recht als solcher Grund sich an. Dieser kann einmal in der Natur, das andere Mal in der Gesellschaft gesucht werden. Leitend bei der Suche sind verschiedene Grundsätze.

I) Einheitsprinzip

Der Grundsatz der Einheit besagt, dass das Gemeinwohl unteilbar ist. Es bildet ein Ganzes, eine Einheit. Als öffentliches Interesse besteht es neben den privaten Interessen und ist von diesen unabhängig.

1. Naturrecht

Im Naturrecht herrscht die Überzeugung vor, dass jeder Mensch unveräußerliche Rechte besitzt. Diese Rechte sind in der unwandelbaren Ordnung der Natur niedergelegt und können mittels rationaler Argumentation begreiflich gemacht werden.¹⁷ Ungeachtet der historischen Ereignisse bleibt sich diese Natur selbst gleich samt der in ihr ruhenden Rechte. Im Rückgang auf den Naturzustand, das heißt auf den Zustand des Menschen vor der Begründung von Staaten, lassen sich diese Rechte ein für allemal ableiten aus den in diesem

¹⁶ Fisch (2004), S.75.

¹⁷ Hobbes (1951) II, 26 S.174; dazu Würtenberger (2004) S.65.

inspective.

Zustand herrschenden Naturgesetzen. Das aus dem Naturzustand abgeleitete Naturrecht ist die letzte Instanz, auf die sich das Gemeinwohl berufen kann. In ihm verschmelzen Ethik und Politik.¹⁸ In der Begründung der Herrschaft von Menschen über Menschen übernimmt das Naturrecht daher die Funktion einer Letztbegründung.¹⁹

Sind die natürlichen Rechte eines Menschen ermittelt, werden sie vertraglich festgehalten. Die Menschen schließen einen Gesellschaftsvertrag. Mit dem Gesellschaftsvertrag geben sie sich eine Verfassung, die das Zusammenleben im Einklang mit der Natur reglementiert. Dadurch wechseln die Menschen über vom Naturzustand in den Staatsverbund; aus den Wilden werden Bürger. Damit ist die Republik begründet. Und mit ihr das Recht der Regenten, gemäß der Verfassung die grundsätzlich grenzenlose Freiheit der Bürger zugunsten des Gemeinwohls zu begrenzen. Die Bürger einer Republik unterwerfen sich dem Naturrecht, dessen Buchstaben sie in ihre gesellschaftlichen Gesetze übertragen.

So sehr das Programm einer naturrechtlichen Begründung von Herrschaft transparent ist, so wenig ist es die Umsetzung desselben. Schon in der Beschreibung des Naturzustandes gehen die Ansätze auseinander. Sie reicht vom kriegerischen Allmachtsstreben über das verschüchterte Insichgekehrtheit bis hin zur harmonischen Wildheit.²⁰ Einigkeit besteht allein im normativen Charakter des Naturzustandes: Es sei Freiheit! Freiheit über alles! Gesteht man trotz deskriptiver Diskrepanzen die Erkenntnis der Norm zu, steht offen, welche Rechte aus der natürlichen Freiheit für die Gesellschaft folgen. Ob nun die Freiheit ein Recht auf Selbsterhaltung oder – darüber hinausgehend – ein Recht auf Selbstentfaltung verbürgt, muss hier unbeantwortet bleiben.²¹

Aus epistemologischen Gründen muss der Nachweis des Naturrechts an der Schwelle zur Artikulation verstummen. Es fehlt den Naturrechtstheoretikern an einem verlässlichen Kriterium, anhand dessen sie nachweisen könnten, dass

¹⁸ Pfordten (2001) S.35.

¹⁹ Bußhoff (2001) S.79.

²⁰ Hobbes (1951) I, 14 S.85; Montesquieu (1994) I, 2 S.101; Rousseau (1969) S.251 u. S.320ff.

²¹ Maihofer (1995) Rn.53.

inspective.

sich die erlassenen Gesetze, der geschlossene Gesellschaftsvertrag mit den Naturgesetzen decken, dass das, was von Natur aus sein soll, auch gesellschaftlich verwirklicht ist. Deshalb kann das positiv gesetzte Recht nicht unterschieden werden vom Naturrecht.

Die Begründung der Republik aus der Natur steckt in der Aporie eines universalen Gemeinwohlkriteriums. Um einem unveräußerlichen Recht Geltung zu verschaffen, müsste das Kriterium ebenso einzig und unwandelbar sein, wie die Ordnung der Natur, der es entnommen ist. Der dargebotenen Kriterien sind aber viele,²² ihre Vereinbarkeit ungewiss. Selbst wenn es gelänge, aus den verschiedenen Naturrechtslehren ein universales Kriterium wie das der utilitaristischen Nutzenmaximierung herauszudestillieren, bliebe das Problem der Anwendung eines solchen Kriteriums.²³ Denn es ist ungeklärt, was die Maximierung des Nutzens beispielsweise in der Bildung oder der Gesundheit konkret heißen soll. Die Politik wäre also trotz eines universalen Gemeinwohlkriteriums nicht von ihrer Aufgabe entlastet. Und selbst wenn man unterstellt, dass sich ein Kriterium angeben lässt derart, dass sich seine Anwendung im öffentlichen Interesse unmittelbar erschließt, dann müssten die Verfassungen der bestehenden Republiken anders ausfallen. Denn läge dank des Kriteriums eine durchgängige Erkenntnis des Gemeinwohls vor, wäre die Teilung der Gewalten überflüssig: Eine Republik mit geoffenbartem Gemeinwohl bedürfte keiner Kontrollen.²⁴

Schließlich muss der Vortrag eines – wie auch immer gearteten – Naturrechts für all diejenigen wenig überzeugend wirken, die das Experiment wagen wollen, ob es nicht auch anders sein könne. Nicht allein deshalb, weil es an einer epistemologischen Verbindlichkeit seines Nachweises mangelt. Sondern auch aus ethischen Gründen. Wäre das Naturrecht verwirklicht im Gesellschaftsvertrag oder den Gesetzen, müsste alles Leid und Elend in der Gesellschaft als unabänderliche Naturkonstante hingenommen werden.²⁵ Wen dieses Weh

²² Bspw. Hobbes (1983) XIII, 6 S.197; Fraenkel (1992) S.272.

²³ Schumpeter (2005) S.400.

²⁴ Anderheiden (2006) S.2.

²⁵ Jellinek (1900) S.172 u. S.203.

inspective.

bedrückt, wer hier Abhilfe schaffen will, wird sich moralisch kaum vom Verweis auf das Gemeinwohl umstimmen lassen.

Der Naturzustand normiert kein Gemeinwohl. Es steht nicht geschrieben in den Gesetzbüchern der Natur, ist dort nicht nachzulesen. Eine Verfassung ist kein naturwüchsiges Produkt, sondern ein gesellschaftlich-historisches.²⁶ Demnach können Regierende, die in die Freiheiten der Regierten eingreifen und ihren Eingriff mit dem Gemeinwohl rechtfertigen, sich nicht auf eine natürliche Ordnung berufen. Die Letztbegründung staatlicher Herrschaft auf einem naturgesetzlichen Gemeinwohl ist rational unzulänglich. Die Natur füllt das Gemeinwohl nicht mit Inhalt an. *Eine materiale Bestimmung des Gemeinwohls in natürlicher, objektiver und unabänderlicher Hinsicht scheidet daher aus.*²⁷

2. Naturtrieb

Lässt sich das Gemeinwohl materialiter nicht in einer Tatsachendefinition angeben, könnte dennoch ein einheitliches Gemeinwohl am Grunde einer republikanischen Regentschaft liegen. Ohne dass sich diese an jenem bemessen ließe, weil es sich unbewusst verwirklicht. Versammeln sich in einem kollektiven Unbewussten²⁸ die politischen Regungen der Menschen, die sie seit dem Naturzustand getan haben, könnte die Menschheit ahnungslos auf das Gemeinwohl zusteuern. Ihr politisches Handeln wäre dann wesentlich bestimmt von einem gemeinsamen Instinkt. Das Gemeinwohl ist dann Naturanlage oder Naturtrieb.²⁹

Im Naturtrieb, der alle Menschen (mit einer gemeinsamen stammesgeschichtlichen Vergangenheit) beherrscht, äußert sich der Gemeinwille, die *volonté générale*. Der Gemeinwille ist grundverschieden vom individuellen Willen, ohne dass Gemeinwille und Einzelwille Gegensätze wären. Haben alle Menschen natürlicherweise einen individuellen Willen, entsteht ein Gemeinwille

²⁶ Jellinek (1900) S.191.

²⁷ Vgl. Sommermann in Mangoldt (2005) Art. 20, Rn.17; Isensee (2006) Rn.94.

²⁸ Rousseau (1964) II, III S.371. Jung (1975) S.71 u. S.96.

²⁹ Rousseau (1964) IV S.294 u. II, I S.368; Rousseau (1969) S.843.

inspective.

nur dort, wo sie zu einem Kollektiv zusammentreten. Der Gemeinwille ist dann der Wille des Kollektivs.³⁰ Wie der Einzelwille in letzter Konsequenz auf das Überleben des Individuums gerichtet ist, ist der Gemeinwille auf die Erhaltung des Kollektivs gerichtet. Zur Erhaltung des Kollektivs achtet der Gemeinwille auf die Gleichheit seiner Glieder; er ist also darauf bedacht, ihre Individualität einzuebnen. Dahingegen ist Individualität das Resultat des Einzelwillens. Er strebt nach Differenz: erst einmal ich und dann die andern.³¹

Der Einzelwille geht individuellen Interessen nach. Und die können sich ändern, je nachdem, was einem Individuum gerade wichtig erscheint. Der Gemeinwille dagegen ist unveränderlich. Er ist Ausdruck des öffentlichen Interesses: Das Gemeinwohl bleibt dasselbe, wer auch immer sich zu einem Kollektiv zusammenschließt. Es ist daher verschieden von den aggregierten Einzelwillen. Denn die Aggregation kann sich mit der Änderung der Einzelwillen ändern. Der Gesamtwille entspricht deshalb bestenfalls zufällig dem Gemeinwillen, wie auch ein Einzelwille nur zufällig dem Gemeinwillen entspricht; wenn beispielsweise das öffentliche Interesse an sozialer Absicherung sich deckt mit dem individuellen Interesse eines Bedürftigen. In der Regel aber sind die Einzelinteressen dem öffentlichen Interesse eher entgegengerichtet, wie der gelegentliche Einsatz der Polizei verdeutlicht; wenn also der Staat Gewalt ausübt umwillen des Gemeinwohls.³²

Der Staat ist der Wirkraum des Gemeinwillens, in seinen Gesetzen manifestiert er sich. Je wirkmächtiger der Gemeinwille ist, desto besser sind die Gesetze, desto besser ist das Gemeinwohl in einem Staat verwirklicht. Das heißt, je wirkmächtiger der Gemeinwille ist, desto besser ist der Eingriff in die Ausübung eines Einzelwillens begründet. *Der Gemeinwille legitimiert das staatliche Handeln, indem er das Gemeinwohl bezweckt.* Die Konkurrenz der Individuen im von Einzelwillen angetriebenen Überlebenskampf hat eine soziale Ordnung entstehen lassen, deren Erhalt und Inhalt im Gemeinwillen

³⁰ Rousseau (1964) IV, I S.437.

³¹ Rousseau (1964) IV S.295f.

³² Dürig (1949) S.35ff.

inspective.

steckt. Kurz: Die Einzelwillen machen einen Staat notwendig, der Gemeinwille macht ihn möglich.³³

Nun ist der Gemeinwille nicht losgelöst von den Individuen. Schließlich sind es einzelne Menschen, die die Staatsgewalt ausüben. In ihrem Handeln muss etwas verborgen liegen, das die Gewalt legitimiert, dass trotz der Gewalt das soziale Band der Bürger nicht zerreißt. Dieses versteckte, unausgesprochene Etwas ist der Gemeinwille, der im staatlichen Handeln zumindest partiell seinen Ausdruck findet. Er knüpft das Band zwischen den Bürgern, garantiert ihren Zusammenhalt. Das Verbindende des Gemeinwillens liegt in dem, was allen Einzelwillen, mögen sie noch so verschieden, gemeinsam ist. Das Gemeinsame in den Einzelwillen lässt sich nur bestimmen, wenn die Einzelwillen zusammengeführt werden und einander abgleichen. Das Gemeinsame bleibt beim Abgleich gewissermaßen als Schnittmenge zurück, das Individuelle fällt weg.³⁴

Steckt in allen Einzelwillen der Gemeinwille, ist zu einem gewissen Grad geltendes Recht von allen gewolltes Recht. Gelänge es, den Gemeinwillen ganz aus den Einzelwillen herauszupräparieren, lebten die Menschen unter Gesetzen, die sie sich selbst gegeben hätten: Die Republik wäre errichtet. Doch schon bei der Ermittlung des Gemeinwillens fangen – wie schon beim Gemeinwohl – die Schwierigkeiten an. Der Abgleich der Einzelwillen kann nur in einer homogenen Gesellschaft gelingen, in der gleichberechtigte und gleichgewichtige Bürger authentisch ihre Interessen vertreten und sich ergebnisoffen austauschen.³⁵ Doch selbst wenn die Bürger über alle Interessen wohlunterrichtet sind, kann der Abgleich fehlschlagen und ein Gesetz den Gemeinwillen verfehlen.³⁶

³³ Rousseau (1964) IV S.295 u. II, I S.368.

³⁴ Keinesfalls ist der Gemeinwille zu verstehen als Summe der Einzelwillen, in der die Summanden mit umgekehrtem Vorzeichen sich wegkürzen. Nach der Methode d'Alamberts lässt sich das Gemeinsame zweier widerstreitender Positionen mittels einer dritten Position, dem tertium comparationis, ermitteln. Dementsprechend folgt das Gemeinsame mehrerer widerstreitender Positionen aus den Vergleichen jeden Paares mit jeder Position. Vgl. Rousseau (1964) II, III S.371; missverständlich bei Anderheiden (2006) S.20.

³⁵ Fraenkel (1991) S.264.

³⁶ Rousseau (1964) II, III S.371.

inspective.

Die begriffliche Unschärfe eines im Verborgenen wirkenden Gemeinwillens macht die Prüfung einer Übereinstimmung von ermitteltem mit tatsächlichem Gemeinwillen unmöglich. Auch eine regelmäßige, in kurzen Abständen erfolgende Wiederholung des Abgleichs kann diesen Mangel nicht beheben. Der Erfolg eines Willensabgleichs lässt sich nur indirekt bestimmen. Die gesellschaftliche Dynamik, das Ausmaß der Kooperation oder das Wachstum der Bevölkerung sind Indikatoren für die Gegenwart eines Gemeinwillens.³⁷ Ein Beleg sind sie nicht. Der Gemeinwille wird einfach dort angenommen, wo Gemeinwohl realisiert ist. So bleibt er bloßes Postulat. Noch dazu ein undefiniertes. Ein Postulat, das mehr auf dem Gemeinwohl gründet, als das Gemeinwohl auf dem Gemeinwillen gründet.

Damit aber ist der Gemeinwille für den Ausweis einer Republik überflüssig. *Solange der Gemeinwille nicht ausdrücklich artikuliert ist, kann der Begriff des Gemeinwillens in einer Begründung des Gemeinwohls gekürzt werden, ohne dass die Begründung ihre Rationalität einbüßt.* Er ist bloße Nominaldefinition, die in der Sprache leerläuft.³⁸

II) Mehrheitsprinzip

Der Grundsatz der Mehrheit besagt, dass das Gemeinwohl zusammengesetzt ist aus autonomen Bestandteilen. Statt den Einfluss des öffentlichen Interesses auf die privaten zu bestimmen, setzt das Mehrheitsprinzip am anderen Ende an. Es bestimmt das öffentliche Interesse aus den privaten. Die Mehrheit der privaten Interessen errichtet den Maßstab des Gemeinwohls.

1. Liberal

Der liberale Weg zum Gemeinwohl führt über die Einzelinteressen. Schon weil es einfacher scheint, die Interessen Einzelner festzustellen, als gleich das

³⁷ Rousseau (1964) III, IX S.420.

³⁸ Wittgenstein (1990) § 88, S.290.

inspective.

öffentliche Interesse zu formen.³⁹ Nicht eine in der Natur vorgegebene Ordnung legitimiert das Eingreifen der Staatsgewalt, sondern die Ordnung der Einzelinteressen, die sich ergibt, wenn die Individuen ihre Interessen ordnen. Im liberalen Grenzfall ist gar überhaupt kein Eingriff der Staatsgewalt nötig, um das öffentliche Interesse durchzusetzen. Wenn jeder Einzelne nur seine Interessen bestmöglich verwirklicht, dann verwirklicht er zwangsläufig das Gemeinwohl.⁴⁰ – Vorausgesetzt, es gelingt allen, ihre Interessen zumindest ansatzweise zu verwirklichen.

Diese Argumentation ist verführerisch, solange Uneinigkeit darüber herrscht, worin das Gemeinwohl besteht. Sie gesteht den Individuen zu, ganz verschiedene Ansichten darüber zu haben. Jedem kann das Gemeinwohl etwas anderes bedeuten.⁴¹ Denn jeder möchte den Schwerpunkt des öffentlichen Interesses aus seiner individuellen Perspektive anders legen. Staatliche Maßnahmen zur Erlangung eines Gemeinwohls, das die Bürger nicht aus eigenen Kräften erringen können, sind im liberal-individualistischen Ansatz nur dann berechtigt, wenn sie in der Resultante der divergenten Einzelwillen gründen.

Demnach bilden die aggregierten Einzelinteressen der Bürger das Gemeinwohl ab. Einmal faktisch, indem die von ihnen erbrachten Leistungen per se das Gemeinwohl befördern. Das andere Mal normativ, indem sie zum Inhalt haben, wie die Gesellschaft gestaltet werden soll, und damit, wie der gemeinsame Staat auszusehen hat. Der normative Gehalt der Einzelinteressen liefert das moralische Fundament für staatliche Eingriffe. Bestand kann ein solches Fundament nur haben, wenn sich in ihm die Interessen der Mehrheit widerspiegeln.

Um bestimmen zu können, welche Interessen mehrheitlich vertreten werden, müssen die Individuen eine Ordnung in ihre Interessen bringen. Die Aggregation sämtlicher Ordnungen ergibt dann eine Entscheidungsmatrix für Entscheidungen im öffentlichen Interesse. Dazu vergleichen die Bürger sämtliche Alternativen einer öffentlichen Angelegenheit und bewerten sie. Daraus bilden sie eine Rangfolge von Alternativen, die ihnen mehr, weniger oder

³⁹ Posner (2003) S.131.

⁴⁰ Smith (1990) I, II S.17 u. IV, II S.371; Kirchner (2005) S.53 u. S.57.

⁴¹ Schumpeter (2005) S.399.

inspective.

gleich wichtig sind. Aus allen gebildeten Rangfolgen, wird dann die Alternative verwirklicht, die von den meisten Bürgern den übrigen Alternativen vorgezogen wird. Auch dieses Programm ist äußerst durchsichtig, führt aber in unauflösbare Widersprüche.⁴²

Gelte es zu entscheiden, ob Studiengebühren oder Studienkonten eingeführt werden sollen, oder ob ein Studium gebührenfrei bleiben müsse, kann eine Gruppe die Studiengebühren den Studienkonten vorziehen und diese wiederum dem gebührenfreien Studium. Ordnet eine zweite Gruppe die Alternativen für sich so, dass sie ein gebührenfreies Studium den Studiengebühren vorzieht und die Konten als schlechteste Alternative ansieht, dann ziehen beide Gruppen Studiengebühren den Studienkonten vor. In der Rangfolge der Konten und der Gebührenfreiheit sind sich die Gruppen jedoch uneinig. Aggregiert sind sie daher gleich gewichtet. Gibt es keinen Vorzug zwischen Gebührenfreiheit und Konten, wohl aber den der Gebühren vor den Konten, dann müssten die Gebühren auch der Gebührenfreiheit vorgezogen werden. Jedoch sind die Rangfolgen der Gruppen hinsichtlich der Gebühren und der Gebührenfreiheit gerade verschieden, weshalb keinem von beiden der Vorzug gegeben werden dürfte.

Kommt eine dritte Gruppe hinzu, die Studienkonten favorisiert vor dem gebührenfreien Studium, das sie wiederum den Gebühren vorzieht, bricht die Mehrheitsregel der Aggregation zusammen. Diese Konstellation kennt (nach wie vor) eine Mehrheit an Befürwortern von Studiengebühren gegenüber Konten und (jetzt neu) eine Mehrheit an Befürwortern von Konten gegenüber der Gebührenfreiheit. Folglich müsste die Mehrheit auch die Gebühren der Gebührenfreiheit vorziehen. Dem ist aber nicht so. Zwei der drei Gruppen ziehen gerade die Gebührenfreiheit den Gebühren vor.

Entscheidungen, die in einer solchen Konstellation getroffen werden, lassen sich nicht rational auf aggregierte Einzelinteressen zurückführen. Sie sind dann auferlegt⁴³ und entbehren einer Mehrheit. Widerspruchslos können öffentliche Entscheidungen über mehr als zwei Alternativen nur dann im Interesse der

⁴² Arrow (1972) S.3, S.12, S.22 u. S.48; Sen (1970) S.39.

⁴³ Arrow (1972) S.59.

inspective.

Mehrheit liegen, wenn die Bürger mehrheitlich dieselben Rangfolgen bilden. In der Gemeinsamkeit der Rangfolgen zeigte sich aber unverhohlen der Gemeinwille, dessen Irrationalität durch die rationale Aggregation von Einzelinteressen gerade überwunden werden sollte.⁴⁴

Es sind jedoch nicht allein die rationalen Unstimmigkeiten, die den liberalen Weg ungangbar machen. Die Probleme beginnen bereits beim Ordnen der Interessen. Das liegt daran, dass viele Interessen unbestimmt sind. Fragt man eine Person nach ihren Interessen, tut sie sich schwer, diese treffend zu benennen; ganz zu schweigen davon, sie auch noch zueinander in Beziehung zu setzen. Die authentischen Interessen einer Person treten nicht offen zutage. Sie sind überlagert und verzerrt von Interessen Dritter und anderen äußeren Einflüssen, ja sie ändern sich von Situation zu Situation, von Tag zu Tag.⁴⁵ Dermaßen unbestimmte und wandelbare Einzelinteressen zur Grundlage einer Bestimmung des Gemeinwohls zu machen, scheint daher fragwürdig.

Und selbst wenn man lauter wohlgeformte Rangfolgen von Interessen annimmt, zeigt ihre formale Aggregation Schwächen. Denn die Intensität, mit der eine Person einem bestimmten Interesse nachgeht, bleibt außen vor.⁴⁶ Gradationen des Vorzugs lassen sich nur ungenügend abbilden. Ob jemandem die Gebührenfreiheit viel wichtiger ist als Studienkonten oder eben nur ein wenig, geht aus einer Rangfolge nicht hervor. Demnach könnte aufgrund der aggregierten Einzelinteressen eine Alternative verwirklicht werden, der die Mehrheit nahezu – aber eben nur nahezu – indifferent gegenübersteht, während eine Minderheit sie zutiefst ablehnt.

Die Brauchbarkeit einer Aggregation hängt davon ab, dass in den Rangfolgen die Interessen der Bürger objektiv abgebildet sind.⁴⁷ Sonst gereicht ihnen die Aggregation nicht zum Vorteil, ist nicht wirklich in ihrem Interesse und zur Bestimmung des Gemeinwohls ungeeignet. Die Interessen der Einzelnen müssen in gleicher Weise Eingang finden in die Aggregation, um in der Folge gleich-

⁴⁴ Arrow (1972) S.74, S.81 u. S.91.

⁴⁵ Schumpeter (2005) S.403 u. S.408.

⁴⁶ Höffe (1985) S.144.

⁴⁷ Höffe (1985) S.85.

inspective.

behandelt zu werden. Es wird also eine Gleichheit vorausgesetzt, die der Staat im republikanischen Modell erst bewirken soll. Dass alle Menschen gleichermaßen ihre Interessen verwirklichen, ordnen und artikulieren können, ist aber unrealistisch. Bestehende Ungleichheiten bleiben bestehen oder verschärfen sich gar. Schon allein dadurch, dass die Interessen von Minderheiten bei der Aggregation systematisch getilgt werden. Minderheiten haben erst gar nicht die Aussicht auf Verwirklichung ihrer Interessen. Sie müssen verelenden, während die Mehrheit ihre Situation eigennützig verbessert.⁴⁸

Diese Auswirkungen aggregierter Einzelinteressen laufen dem öffentlichen Interesse zuwider, das den Schutz von Minderheiten durchaus kennt.⁴⁹ Schutzlos ausgeliefert sind all diejenigen, deren Interessen nicht in die Aggregation einfließen. Zuvörderst die künftigen Generationen, die noch gar nicht geboren sind. Sie werden zum Spielball des Eigennutzes heute lebender Menschen. Ein Gemeinwohl, das sich auf die Kinder unserer Kinder erstreckt, fordert beim Abbau von Bodenschätzen, bei der Verunreinigung des Trinkwassers, der Verstärkung des Treibhauseffektes oder der Aufnahme langfristiger Schulden eine verantwortungsvolle Rücksicht,⁵⁰ die zur Enthaltung von eigennützigem Interesse mahnt.

Private Interessen führen in einer liberalen Entscheidungstheorie nicht zum öffentlichen Interesse, wie das folgende entscheidungstheoretische Dilemma verdeutlicht. Angenommen ein Kommilitone und ich hätten identische Klausuren abgeben. Dass abgeschrieben wurde, ist offensichtlich. Zu dem Vorfall kann ich schweigen oder den Kommilitonen belasten.⁵¹ Schweigen wir beide, wird die Klausur mit ausreichend bewertet. Belasten wir uns gegenseitig, fallen beide durch. Belaste ich den Kommilitonen, während dieser sich fürs Schweigen entscheidet, erhalte ich eine sehr gute Zensur, der Kommilitone dagegen wird exmatrikuliert – und umgekehrt. Die günstigste Variante, das öffentliche

⁴⁸ Marx (1957) I, III S.148; I, V S.287 u. III, VII S.730f.

⁴⁹ Kant (1977a) AB26; Mill (1969) S.24; Matz (1985) S.342; Zippelius (2007) S.105.

⁵⁰ Jonas (1984) S.36 u. S.87.

⁵¹ Die Willenserklärung wird gleichzeitig abgegeben. Eine Anpassung an die Entscheidung des Anderen ist ebenso unmöglich, wie eine solche nach der Aggregation der Einzelinteressen. Eine mögliche Absprache wirkte insofern verzerrend, als die privaten Einzelinteressen in einen sozialen Kontext gestellt würden, also nicht mehr genuin privat wären. Grundlegend dazu Flood (1958) S.5ff u. Tucker (1980) S.101.

inspective.

Interesse im Beispiel, wäre das gemeinsame Schweigen: Beide erhielten wir den Schein. Doch die Rationalität der Einzelinteressen verhindert die für beide Seiten beste Entscheidung.

Die Alternativen, die ich abzuwägen habe, sind das Schweigen und das Belasten des Kommilitonen. Schweigt er, ist es im eigenen Interesse rational, den Kommilitonen zu belasten. Dann bekomme ich eine sehr gute Zensur. Schweige ich, fällt die Note schlechter aus. Auch im Fall, dass der Kommilitone mich belasten sollte, ist es ratsam, ihn zu belasten. Dann falle ich nur durch die Prüfung. Schweige ich aber, fliege ich von der Universität. Dasselbe Gedankenspiel geht der Kommilitone durch. Im Ergebnis werden wir beide uns belasten und uns so um das mögliche Gemeinwohl bringen.

Libérale Ansätze, die das öffentliche Interesse mit dem privaten Interesse erklären wollen, scheitern damit unwillkürlich. Öffentliche und private Interessen haben beide für sich ihre Berechtigung. Das öffentliche Interesse muss anderswo gesucht und begründet werden. In den privaten Einzelinteressen liegt es genauso wenig wie in deren Aggregation. *Schließt man öffentliche Interessen aus, die alle teilen, führt über die selbstbestimmte Ordnung einzelner Privatinteressen kein Weg zum Gemeinwohl.*

2. Demokratisch

Ein politisches Amalgam aus privatem und öffentlichem Interesse kennzeichnet die Demokratie. Denn schon die Bereitschaft der Bürger, an Wahlen oder Abstimmungen teilzunehmen, signalisiert ein Verhalten, das nicht nur vom Eigeninteresse geleitet wird. Indem die Bürger ihre Stimmzettel abgeben, bekunden sie ihr Interesse am öffentlichen Interesse, geben sie ihr Votum für das Gemeinwohl ab. In einer Demokratie sind die Bürger Träger öffentlicher und privater Interessen, nicht allein nur privater Interessen. Und beide Interessen, ihre öffentlichen und privaten, suchen sie in einer Demokratie zu verwirklichen.

inspective.

Das Gemeinwohl ist einer Demokratie nicht vorgegeben, sondern aufgegeben. Die Bürger müssen gemeinsam ihre privaten Interessen in Einklang bringen mit ihren öffentlichen Interessen und daraus das Gemeinwohl generieren. Das Gemeinwohl wird eingelöst bei den Bürgern; das heißt, sein Wert bemisst sich am Wohlergehen der Einzelnen, nicht am Erhalt eines übergeordneten Staatswesens, sei es nun Demokratie oder Republik. Der Erhalt des Staates ergibt sich aus dem Zusammenwirken der öffentlichen Interessen aller Bürger, das in positiv gesetztes Recht gemünzt wird. In einer Demokratie gibt sich das Volk Gesetze, denen es sich (mit seinen privaten Interessen) unterwirft. Auf diese Weise stellt die Demokratie sicher, dass niemandem Unrecht geschieht und vollendet so die Republik.⁵²

Entscheidend ist, dass das Gesetz tatsächlich mit den öffentlichen Interessen der Einzelnen übereinstimmt, dass also den Bürgern nach ihrem Willen geschieht. Sonst gelingt das Gemeinwohl nicht reibungsfrei, die Gesellschaft heizt sich auf und es kommt zu destabilisierenden Unruhen – die freilich Ergebnis rivalisierender öffentlicher Interessen sind, aber nicht mehr vom Mantel der Demokratie gedeckt werden. Aufruhr und Aufstände sind Indikatoren von Fehlentwicklungen innerhalb eines Staates, denen die Demokratie mit ihren Verfahren der Gesetzgebung vorbeugt. Je nachdem, ob an der Setzung positiven Rechts das ganze Volk beteiligt ist oder nur einige Volksvertreter, wird unterschieden in direkte und repräsentative Demokratien.

Die direkte Demokratie kommt mit ihren Instrumenten des Volksbegehrens, der Volksbefragung und des Volksentscheids der liberalen Aggregation von Interessen am nächsten.⁵³ Sie zielen allesamt auf die Konstruktion einer Mehrheit und leiden daher am Inklusionsproblem der Aggregation: Eine Gemeinwohlkonzeption muss Regelungen vorhalten, wie nach einem Mehrheitsbeschluss mit der Minderheit umgegangen wird. Eine bedingungslose Unterwerfung der Minderheit unter die Mehrheit verstößt gegen den republikanischen Grundsatz der Gleichheit. Das gilt auch für die Mehrheit öffentlicher Interessen. Die Interessen von Minderheiten müssen berücksichtigt werden, müssen in der Gesellschaft repräsentiert sein.

⁵² Maihofer (1995) Rn.46.

⁵³ Matz (1985) S.342.

inspective.

Eine ausschöpfende Beteiligung der gesamten Bevölkerung an allen Regierungsgeschäften über die Abgabe von Voten hinaus, wie es die klassische Demokratie vorsieht, ist als direkteste der direkten Demokratie nicht machbar. Die Bevölkerung kann sich nicht beständig selbst regieren, schon gleich gar nicht in einem Staat, der so groß ist wie die Bundesrepublik Deutschland. Während einer Regierungstätigkeit des gesamten Volkes blieben alle anderen Aufgaben weitgehend unerledigt.

Ich wende mich daher der repräsentativen Demokratie zu und ihren Voraussetzungen der Verwirklichung von Gemeinwohl, sprich der demokratischen Republik nach den Grundsätzen der Repräsentation. In einer repräsentativen Demokratie herrschen Vertreter des Volkes auf eine bestimmte Zeit. Für die Dauer einer Wahlperiode ziehen sie in das Parlament ein und erarbeiten dort die Gesetze, die für sie selbst und die Bevölkerung, die sie gewählt hat, bindend sind. Jeder Bürger besitzt das aktive und passive Wahlrecht. Er darf sich selbst zur Wahl stellen und die Volksvertreter ins Parlament wählen.

Nach der Idee der repräsentativen Demokratie erfolgt die Ausrichtung am Gemeinwohl aus einer doppelten Konkurrenz. Einmal indem Politiker um die Mehrheit an Wählerstimmen konkurrieren. Und einmal indem die gewählten Politiker um die Mehrheit für eine Gesetzesvorlage im Parlament konkurrieren. Der Rationalität der Konkurrenz zufolge wird sich durchsetzen, was für alle am besten ist. Es wird das zur gesetzlichen Norm, was die Wähler den Gewählten aufgetragen haben. Der Inhalt des Auftrags wird in der Konkurrenz ermittelt.⁵⁴

Am Grunde der repräsentativen Demokratie stehen die Wahlen. Nach den Wahlrechtsgrundsätzen, wie sie in Art. 38 Abs. 1 GG formuliert sind, wählt das Volk seine Vertreter in allgemeinen, freien, gleichen und geheimen Wahlen. Über die Wahl bringt das Volk seine Interessen in die Gesetzgebung ein. Denn die Bürger wählen nun diejenigen Bewerber ins Parlament, die sie für geeignet halten, ihre Interessen durchzusetzen. Dadurch sind die Politiker angehalten, ihr Eigeninteresse zurückzustellen hinter die Interessen der Wähler. Ein Politi-

⁵⁴ Zum Verhältnis der klassischen Demokratie zur Konkurrenzdemokratie vgl. Schumpeter (2005) S.428ff; Fraenkel (1991) S.87ff.

inspective.

ker, der nicht im Interesse der Bevölkerung agiert, wird dort keine Mehrheit finden und folglich nicht gewählt werden. Und je weiter der Kreis der umworbenen Wähler ist, desto höher ist der Druck auf die Politiker, sich am Wohl des Ganzen zu orientieren.⁵⁵

Die konkurrenzbasierte Konstruktion des Gemeinwohls belässt die Politiker in ihrer Doppelrolle als Träger privater und öffentlicher Interessen. Das Gemeinwohl ist erst Ergebnis der Konkurrenz; am Grunde der Konkurrenz ist es Politikern wie Bürgern zugestanden, sich unter dem Gemeinwohl gar Verschiedenes vorzustellen. Jedes Individuum mögen verschiedene öffentliche Interessen leiten, am Ende des Gesetzgebungsprozesses steht dann *das* öffentliche Interesse. Das Gemeinwohl ist damit dem demokratischen Verfahren inhärent, es wird nicht ausdrücklich forciert.⁵⁶ Die Bewerber um ein politisches Wahlamt unterstehen nicht der moralischen Verpflichtung, private Interessen auszublenden. Sie können sich im Gegenteil gemäß ihrer Doppelrolle mit aller Macht in den Dienst privater Interessen stellen, wenn sie diese für mehrheitsfähig halten.⁵⁷

Der Charme des Konkurrenzmodells einer repräsentativen Demokratie liegt darin, dass durch die Wahl von Volksvertretern im Parlament auch die Interessen von Minderheiten vertreten sind. Die Repräsentation von Minderheiten im Parlament ist umso ausgewogener, je später der Mehrheitsgrundsatz angewendet wird. Günstiger als eine Mehrheitswahl, wie sie in Frankreich, England oder den Vereinigten Staaten verbreitet ist, ist für minoritäre Interessen eine Verhältniswahl im Sinne des § 4 BWG.⁵⁸ Wenn Politiker für die verschiedenen Interessen stehen, die von einer verschiedenen großen Anzahl in der Bevölkerung geteilt werden, dann gelangen bei einer Verhältniswahl mit den Politikern anteilmäßig die Interessen der Bevölkerung ins Parlament. Dort ziehen dann viele Politiker ein, die ein mehrheitliches Interesse hinter sich haben, wenige, die eine Minderheit vertreten.

⁵⁵ Isensee (2006) Rn.139; vgl. Rottmann (1984) S.9.

⁵⁶ Fraenkel (1991) S.256.

⁵⁷ Fraenkel (1991) S.272; Zippelius (2007) S.95.

⁵⁸ Kritisch Arnim (2002) S.227ff.

inspective.

Im Parlament haben dann die Minderheitsvertreter die Chance, für die Interessen ihrer Wähler eine Mehrheit im Parlament zu erringen. Zumindest aber können sie dort die Stimme der Minderheit erheben, wenn gegen ihre Interessen entschieden werden soll. Selbst wenn die Gegenrede die Entscheidung nicht verhindern kann, ruft sie doch die Existenz dieser Interessen ins Bewusstsein. Ansonsten könnte leicht der Eindruck entstehen, es gebe zu den Mehrheitsinteressen gar keine Gegeninteressen. In der parlamentarischen Erörterung des Für und Wider der Regierungsmehrheit und der Opposition wird das Gemeinwohl inhaltlich fixiert und im Zuge der Abstimmungen in Gesetze gegossen.⁵⁹

Der theoretischen Vollendung der Republik durch die Demokratie stehen allein praktische Einwände entgegen. Der gewichtigste ist, dass die Volksvertretung zu einem Erwerbsberuf zu werden droht. Mit der beruflichen Spezialisierung auf das Politische⁶⁰ geht die Bildung von Eliten einher, die letztlich in eine Arbeitsteilung von Berufsherrschern und Berufsbeherrschten mündet. Sind die Eliten erst einmal losgelöst vom Volk, gehen sie hemmungslos ihren eigenen Interessen nach – über Parteigrenzen hinweg.⁶¹ Das Parlament mutiert von der warmen Wiege des Gemeinwohls zu einem kalten Machtapparat. Um diesen zu erhalten, genügen geringe Wohltaten gegenüber dem Volk.⁶² Vom möglichen Gemeinwohl sind derlei Wohltaten weit entfernt. Es ist erst gar nicht beabsichtigt. Absichtsvoll dagegen ist die Zuwendung zu mächtigen Interessenvertretungen. Deren Macht speist sich weniger aus der Zahl der Interessenträger, als aus ihrem ökonomischen Einfluss. Wo sich aber politische Macht und ökonomische Macht gegenseitig stützen, entsteht schnell ein Ungleichgewicht privater und öffentlicher Interessen.

Das Eigeninteresse einzelner Machthaber zum öffentlichen Interesse zu erklären, läuft einer demokratischen Erzeugung von Gemeinwohl zuwider. Die Demokratie reglementiert den Umgang mit Interessengegensätzen in Anerkennung derselben. Jedes Interesse hat Anspruch auf Gehör. Schließlich sind es

⁵⁹ Smend (1923) S.22.

⁶⁰ Schumpeter (2005) S.453.

⁶¹ Arnim (2002) S.224 u. S.226; anderer Ansicht Schmidt-Jorzig (2001) S.144.

⁶² Machiavelli (1978) S.45; vgl. Tocqueville (1976) S.815.

inspective.

die Interessengegensätze zwischen Bürgern, Parlamentariern und Fraktionen, die zu einer Erörterung dessen zwingen, was für alle am besten ist. *Die in einer Demokratie verbleibenden Interessengegensätze machen eine Beschränkung der Demokratie durch die Republik nötig.* Der Konflikt divergierender Privatinteressen kann nur gelöst werden, wenn man das Gemeinsame erörtert, das allen – und damit der Öffentlichkeit – zugute kommt.⁶³

Insofern die Demokratie anfällig ist für übermächtige Privatinteressen, beschränkt die Republik plutokratische Tendenzen innerhalb der Demokratie und öffnet den engen Kreis der Privatinteressen für entgegengesetzte Interessen. Damit verhindert die Republik, dass das Gemeinwohl versinkt im kollektiven Unbewussten. Sie ruft ins Bewusstsein, dass der Staat Sache des Volkes ist, nicht Sache der Mächtigen. *Zusammen mit der Demokratie unterbindet die Republik eine Willkürherrschaft.* Denn die Wahlen sind wiederum ein mächtiges Instrument, die politischen Eliten zu entmachten.

III) Diskursprinzip

Der Grundsatz des Diskurses besagt, dass das Gemeinwohl ein offener Begriff ist. Sein Inhalt untersteht einer diskursiven Dynamik. Als Gemeinwohl kann nur gelten, worin die Teilnehmer am Diskurs sich einig sind. Die Einigkeit in der Sache errichtet den Maßstab für das Gemeinwohl.

1. Auslegung

Die Rationalität des Gemeinwohls hat zur Demokratie als einem Verfahren geführt, das – im Unterschied zum liberalen Markt – formal geeignet ist für die Vollendung der Republik, sofern es material von der Republik derart beschränkt wird, dass Demokratie als ein geordnetes Verfahren Bestand hat. Eine materiale Beschränkung der Demokratie ist republikanisch aber nur dann legitim, wenn sie auf dem Gemeinwohl gründet. Gemeinwohl wiederum kann

⁶³ Maihofer (1995) Rn.46 u. Rn.67; Anderheiden (2006) S.3.

inspective.

rational nur dann Grund sein, wenn es artikuliert ist; im Unterschied zum unartikulierbaren Naturrecht und dem unartikulierten Naturtrieb. Durch die Artikulation erst erhält das Gemeinwohl einen Inhalt, der sprachphilosophisch und politisch einen Gebrauch hat. Eine solche Artikulation könnte die Auslegung der Verfassung sein.

Der Anfälligkeit der Demokratie für Machtinteressen hat die demokratische Republik etwas entgegenzuhalten: ihre Verfassung. Darin kommt der Gemeinwille als Übereinkunft der Bürger zum Ausdruck, der im Gesellschaftsvertrag schriftlich fixiert ist und dem zu unterwerfen sie sich entschlossen haben. Die Auslegung der Verfassung könnte diese Übereinkunft wiederbeleben, zumindest aber eine artikuliert Annäherung an den Begriff des Gemeinwohls leisten, wie er bei der Gründung des Staates gefasst worden war. Denn ist an jedem Akt der Gesetzgebung das prävalente Interesse sichtbar, so muss das erst Recht für das öffentliche Interesse im Gesellschaftsvertrag gelten.⁶⁴

Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist das am 25. Mai 1949 in Kraft getretene Grundgesetz. Namentlich begreift sich die Bundesrepublik Deutschland in den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 Abs. 1 GG als Republik, und zwar als demokratische, sozialstaatliche und föderale Republik.⁶⁵ Dem Gedanken der Republik verpflichtet, müssen sich in den Gesetzestexten der Bundesrepublik Deutschland Ansätze finden lassen, in denen sich der Wert des Gemeinwohls materialisiert. Denn Art. 20 Abs. 1 GG macht mit dem Verweis auf die Republik die Konkretisierung des Gemeinwohls dem Staat zur Aufgabe.⁶⁶ *Jedes Gesetz muss so abgefasst sein, dass es dem Gemeinwohl dient, dass in ihm das öffentliche Interesse einbeschlossen ist.* Und folglich muss sich der Staat bei der Ausführung der Gesetze ebenfalls am öffentlichen Interesse orientieren.

⁶⁴ Dürig (1949) S.67.

⁶⁵ Der Grundsatz der Republik in Art. 20 GG ergibt sich über den Rückschluss aus Art. 28 Abs. 1 GG. Vgl. Herzog in Maunz (2007) Art. 20, III, Rn.2.

⁶⁶ Sommermann in Mangoldt (2005) Art. 20, Rn.14; BVerfGE 24, 367 (403): „Der abstrakte Rechtsbegriff des Gemeinwohls deckt eine Vielzahl von Sachverhalten und Zwecken; er bedarf daher der Konkretisierung im einzelnen Fall.“

inspective.

Ebenso wie die Exekutive beim Verwaltungshandeln die Gesetze im Sinne des öffentlichen Interesses auszulegen hat, so hat auch die Judikative bei der Rechtsprechung die Gesetze im öffentlichen Interesse auszulegen. Die Konkretisierung des Gemeinwohls aus der Staatsfundamentalnorm⁶⁷ des Art. 20 Abs. 1 GG erfolgt auf allen drei Seiten der geteilten Staatsgewalt. Der Gesetzgeber konkretisiert es durch Gesetze, die ausführende und die rechtsprechende Gewalt durch deren Auslegung.

Die fundamentale Verpflichtung des gesamten Staates zum Gemeinwohl in der Verfassung fordert reflexiv, die Verfassung insgesamt als Gemeinwohlkompendium zu begreifen.⁶⁸ Am Leitfaden der Grundrechte entspinnt sich ein Netz von Grundwerten, deren Geltung individuenübergreifend postuliert wird. Die freiheitlichen und gleichheitlichen Grundrechte, der Minderheitenschutz, die Gewaltenteilung oder die Rechtsbindung des Staates formieren sich zu Bezugspunkten des Gemeinwohls, dessen konkrete Ausformung eben von diesen demokratischen, rechts-, bundes- und sozialstaatlichen Grundsätzen auszugehen hat. Die bürgerlichen Freiheiten und die rechtliche Gleichheit sind grundsätzlich republikanisch zu verstehen. Die als Gemeinwohl konzipierten Grundrechte dürfen nicht in ein Gemeinübel umschlagen. Die republikanische Verpflichtung auf das Gemeinwohl unterstreicht Art. 79 Abs. 3 GG zur Änderung des Grundgesetzes, der der Staatsordnung der Republik Ewigkeit verleiht.

Demnach führt der Grundrechtskatalog beispielhaft vor, worin das Gemeinwohl der Bundesrepublik Deutschland besteht, und normiert damit zugleich, woran sich die Gesetzgebung und ihre Auslegung der Gesetze zu orientieren hat. Die Grundrechte sind Repräsent und Maßstab des Gemeinwohls. Sie sind Voraussetzung dafür, dass sich der republikanische Staatszweck des Gemeinwohls erfüllt. Insofern greift das Gemeinwohl einer gelingenden Ausübung der Grundrechte vor. Das Gemeinwohl verwirklicht sich nicht schon in der Berufsfreiheit, sondern in der Vollbeschäftigung; nicht schon in der Eigentumsgarantie, sondern im Wohlstand; nicht schon in der Kunstfreiheit, sondern in der

⁶⁷ Herzog in Maunz (2007) Art. 20, I, Rn. 12.

⁶⁸ Als unvollständiger Teilentwurf des Gemeinwohls, in dem die Grundrechten Gemeinwohlpotentiale sind. Vgl. Isensee (2006) Rn.70 u. Rn.125.

inspective.

Kultur; nicht schon in der Wissenschaftsfreiheit, sondern in der Erkenntnis; oder nicht schon in der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern in individuellen Freiräumen und sozialer Kooperation.⁶⁹

Die Grundrechte sind allerdings nur tolerabel, solange sich in ihnen das Gemeinwohl verwirklicht. Wer sie überstrapaziert und durch das Überstrapazieren das Gemeinwohl gefährdet, verwirkt gemäß Art. 18 GG die ihm zustehenden Grundrechte. Die Verwirkung der Grundrechte aufgrund ihres Missbrauchs darf wiederum nur zum Zwecke des Erhalts des Gemeinwohls erfolgen. Indem diejenigen nicht mehr von ihren Grundrechten Gebrauch machen dürfen, die die Grundrechte missbrauchen, wird der Gebrauch der Grundrechte der übrigen Bürger geschützt. Sind die Voraussetzungen gefährdet, unter denen die Grundrechte zum Gemeinwohl werden, droht also durch den überzogenen Gebrauch von Grundrechten ein Gemeinübel, müssen zum Schutz der Gemeinschaft die Grundrechte dem Zugriff der Missbraucher entzogen werden. Erst dann sind innere Freiheit und Sicherheit gewährleistet. Und erst dann bleibt den Bürgern ihre Stellung in der demokratischen Grundordnung erhalten.⁷⁰ Der unbedingte und wehrhafte Wille zu ihrer Verteidigung sorgt für ein Mindestmaß an politischer Homogenität, – einem unterstellten Gemeinwillen gleich.⁷¹

Um die gleiche Freiheit aller gewährleisten zu können, setzt das Grundgesetz allen Freiheiten gemeinwohlbezogene Grenzen. Das ist die republikanische Pointe.⁷² Das ist der Gemeinwille, der nicht aufgebrochen werden darf. Soll im Schutz der gewährten Grundrechte die Grundordnung der Republik untergraben werden, muss der Schutz entfallen. Sonst fällt der Staat in sich zusammen. Dabei muss die Verwirkung der Grundrechte im Rahmen der republikanischen Gemeinwohlvorstellung verbleiben. Sie darf nicht über die Sicherstellung der demokratischen Grundordnung hinaus in die Grundrechte der Missbraucher eingreifen: Die Verwirkung zielt auf eine Entpolitisierung der Missbraucher, nicht auf ihre Entbürgerlichung.⁷³

⁶⁹ Isensee (2006) Rn.13.

⁷⁰ Wernicke in Dolzer (1993) Art. 18.

⁷¹ Fraenkel (1991), S.253.

⁷² Gröschner (1996) S.644.

⁷³ Dürig in Maunz (2007) Art. 18, Rn. 18.

inspective.

Ausgesprochen werden Verwirkung und deren Ausmaß gemäß Art. 18 GG vom Bundesverfassungsgericht. Die dabei implizit vorgenommene Konkretisierung des Gemeinwohls erfolgt jurisdiktional bei der Verletzung von Grundrechten nicht anders als bei ihrer Verwirkung. Verletzt ein Eingriff des Staates die Grundrechte eines Bürgers, ergeht der Richterspruch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ebenso zugunsten des Gemeinwohls, wie wenn ein Bürger in der Ausübung seiner Grundrechte die Grundordnung des Staates verletzt. Die Verwirkung der Grundrechte ist damit der Extremfall ihrer Beschränkung.

Bei der Beschränkung von Grundrechten zugunsten des Gemeinwohls stellt sich die Frage, auf welcher rechtlichen Grundlage sie vollzogen werden darf. Ein ausdrücklicher Vorbehalt des Gemeinwohls ist nur im Gebrauch des Eigentums des Art. 14 Abs. 2 GG normiert. Dieser soll zugleich dem privaten und dem öffentlichen Wohl dienen. Tut er das nicht, ist der Staat berechtigt, die Eigentumsgarantie aufzuheben. Die gemeinwohlbezogenen Schranken sind hier gesetzlich klar gezogen.⁷⁴ Problematisch ist die Berufung auf das Gemeinwohl bei unbeschränkten Grundrechten, die vorbehaltlos gewährt werden. Denn vorbehaltlos gewährte Grundrechte dürfen nur durch Rechte mit Verfassungsrang eingeschränkt werden.⁷⁵

Weil das Gemeinwohl in der Verfassung nicht normiert ist, sondern im Verfassungsganzen beispielhaft exemplifiziert wird, ist das Gemeinwohl nicht als ein Recht greifbar, das die Einschränkung von Grundrechten legitimieren könnte. Die Legitimierung leistet weder Art. 20 Abs. 1 GG noch Art. 18 GG. Ersterer legt die Staatsordnung fest, dergemäß staatliches Handeln – von der Gesetzgebung bis zur Rechtsprechung – die Konkretisierung des Gemeinwohls zur Aufgabe hat. Letzterer bewahrt die Ordnung vor ihrem Missbrauch, der ein unterstelltes Gemeinwohl verunmöglicht. Beide definieren sie Deutschland als Republik, der ein Bezug zum Gemeinwohl implizit ist. Explizit wird das Gemeinwohl aber erst in den konkreten Artikeln und Paragraphen des Legisla-

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 24, 367 (403f); BVerfGE 31, 229 (242).

⁷⁵ BVerfGE 47, 328 (368ff).

inspective.

tivaktes – und ihrer Auslegung. *Einen ungeschriebenen Totalvorbehalt des Gemeinwohls gibt das Grundgesetz nicht her.*⁷⁶

Eine Beschränkung vorbehaltlos gewährter Grundrechte durch Gemeinwohlansprüche ist zwar legitim, nicht aber legal. Sie dürfen nicht mit dem Verweis auf das Gemeinwohl beschränkt werden. Sofern der Verweis begründet ist, zeigt er eine Regelungslücke im Sinne einer unerledigten Konkretisierungsaufgabe auf. Dass dennoch vorbehaltlose Grundrechte mit Verweis auf das Gemeinwohl beschränkt werden, ist juristisch bedenklich.⁷⁷

Seit 1978 haben Einzelregelungen im Umfeld der Genetik immer wieder die Wissenschaftsfreiheit eingeschränkt. 1990 verabschiedete der Bundestag gar das Gentechnikgesetz, das zum Schutz der Allgemeinheit der Erforschung gentechnisch veränderter Organismen Grenzen setzt. Ein Recht mit Verfassungsrang, das den Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG hätte rechtfertigen können, gab es nicht. Eine Rechtfertigung hätte sich bestenfalls über das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 GG konstruieren lassen. Geschlossen wurde die Regelungslücke erst 1994 mit der Ergänzung der Verfassung um Art. 20a GG zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Erst mit der Grundrechtsergänzung hat der Gesetzgeber die Rechtfertigung nachgeliefert für die Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit im Gentechnikgesetz.⁷⁸

Dass der Eingriff in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit widerstandslos akzeptiert wurde, deutet darauf hin, dass es eine öffentliche Akzeptanz der Beschränkung gibt. Das heißt, dass die Beschränkung im öffentlichen Interesse ist, so dass Gesetzgeber und Richter aus ihm die Legitimität für ihre Entscheidungen beziehen. Ob es sich nun um einen Akt der Legislative oder der Judikative handelt, ob ein Gesetz eingebracht oder ein rechtskräftiges Urteil gefällt wird, immer ist die damit vollzogene *Gemeinwohllkonkretisierung zugleich*

⁷⁶ Vgl. Hofmann (2002) S.29; Anderheiden (2006) S.58.

⁷⁷ Vgl. Isensee (2006) Rn.62.

⁷⁸ Anderheiden (2006) S.328ff.

inspective.

auch Öffentlichkeitsaktualisierung: In Gesetz und Richterspruch aktualisiert sich das, was in der Öffentlichkeit als Gemeinwohl angesehen wird.⁷⁹

Soll das Gemeinwohl sich in den Gesetzen artikulieren, muss die Gesetzgebung demokratisch erfolgen und die Rechtsprechung angebunden sein an einen Grundkonsens in der Gesellschaft. Die Demokratie gewährt Öffentlichkeit durch Partizipation, und unabhängige Gerichte gewähren einen Interessenausgleich der in einer Demokratie verbleibenden Interessengegensätze. Beide zusammen spiegeln das öffentliche Interesse der Republik wider. Im öffentlichen Interesse muss die Republik wehrhaft sein. Die republikanische Staatsordnung ist Voraussetzung für die Verwirklichung von Gemeinwohl. Ihre Bekämpfung ist daher ohne Rücksicht auf jegliche gesetzlichen Rechte zu bekämpfen. Die Möglichkeit von Gemeinwohl verlangt von der Gemeinschaft den ausnahmslosen Anschluss an einen politischen Mindestkonsens.

⁷⁹ Häberle (1970) S.718.

2. Öffentlichkeit

Dass das Gemeinwohl ungeschrieben ist, heißt nicht, dass es der Interpretationskompetenz des Bundesverfassungsgerichts allein anvertraut wäre.⁸⁰ Dieselbe Kompetenz muss auch der Gesetzgeber haben. Denn zur Ergründung des Gemeinwohls ist nicht nur die gesetzliche Verfassung auszulegen, sondern auch die öffentliche Verfasstheit. Die Auslegung mündet in eine *Öffentlichkeitshermeneutik*. Es geht um das (artikulierte) Verständnis des Gemeinwillens aus den Einzelwillen und umgekehrt der Einzelwillen aus dem Gemeinwillen. Der Staat muss den Willen des gesamten Staatsvolkes begreifen aus den Willen der Bürger, wie er die Willen der einzelnen Bürger begreifen muss aus dem der Gemeinschaft, also dem des Staatsvolkes. Eine solche Auslegung kann nur erfolgen im Horizont der Öffentlichkeit.

Die republikanische Pflicht zur Verwirklichung des Gemeinwohls, zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist nur mit einem Verständnis der Öffentlichkeit erfüllbar. Ob eine Maßnahme tatsächlich dem Gemeinwohl zuträglich ist, lässt sich nur an der Allgemeinheit bestimmen. Eine Maßnahme hinter dem Rücken der Allgemeinheit ist dem Gemeinwohl eher abträglich, weil sie nicht legitimierbar ist. Nichtöffentliche Maßnahmen verstoßen potenziell gegen den ethischen Grundsatz der Publizität. Demgemäß sind Handlungen Unrecht, zu denen ich mich öffentlich nicht bekennen kann, ohne den Widerstand aller hervorzurufen.⁸¹ Jedes staatliche Handeln muss der öffentlichen Beurteilung ausgesetzt sein. Legales Handeln wird erst dann legitim, wenn die Bevölkerung dahinter steht.

Zum Gesetz hinzu muss die Akzeptanz kommen, damit vom Gesetz als Ausdruck des Gemeinwillens gesprochen werden kann. Der in der Öffentlichkeit vorherrschende Wertekodex legitimiert die Gesetzgebung (und Rechtsprechung). Staatliches Handeln oszilliert beständig zwischen der Moral als werdendem Recht und dem Gesetz als gewordenem Recht – im Unterschied zum Naturrecht, das seiendes Recht ist. Der Gesetzgeber erlässt, zumindest dem Grundsatz nach, Gesetze im aktuellen öffentlichen Interesse und die

⁸⁰ Anderheiden (2006) S.57.

⁸¹ Kant (1977a) A94 B100.

inspective.

Gerichte geben den Gesetzen Bestand, indem sie sie mit ihrer Rechtsprechung aktualisieren, das heißt am aktuellen öffentlichen Interesse ausrichten – nicht anpassen.⁸² Die Öffentlichkeit gibt dem Wollen und dem Verstehen eine Stetigkeit, welche die Rechtsfindung, Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht in die Beliebigkeit abgleiten lässt.⁸³

Ein öffentliches Interesse darf der Staat dort annehmen, wo die Bürger sich einig sind. Einig wiederum sind sich die Bürger, wenn ihre Vorstellungen von der Legitimität staatlichen Handelns übereinstimmen. Von den erheblichen Schwierigkeiten, wie eine solche Übereinstimmung praktisch festgestellt werden kann, muss hier abgesehen werden. Theoretisch jedenfalls ist die Einigkeit erstrebenswert als moralischer Boden für die Rechtfertigung staatlicher Herrschaft. Die Republik verlangt eine Identifikation der Regierenden mit den Regierten. Diese ist erreichbar auf dem Weg einer Einigung des Volkes, die zur Übereinstimmung der Interessen führt. In einer Republik können demokratische Mehrheiten nur ein Notbehelf sein. Eine demokratische Republik benötigt soviel Einigung wie möglich, und sie verkraftet soviel Mehrheitsentscheidungen wie nötig.⁸⁴

Die Einigkeit hält die Staatsbürger zusammen. Das Gesetz allein könnte den Zusammenhalt der Bürger nicht leisten. Weil die Bürger sich darin einig sind, dass die erlassenen Gesetze befolgt werden sollen, werden sie befolgt und sind staatliche Eingriffe bei Übertretungen legitim, um die Befolgung der Gesetze zu erzwingen. Befolgung ohne Zwang ist allgemeine Sitte. In der Einigkeit verbinden sich Recht und Moral zur Sitte. Die Verbindlichkeit der Pflicht zur Verwirklichung des Gemeinwohls gerät so zur Üblichkeit. Im Kontext einer hermeneutisch bestimmten Einigkeit leben die Bürger unter selbstgegebenen Gesetzen, und damit frei.⁸⁵

Einigkeit steht am Ende der Einigung. Die *Einigung* wiederum *vollzieht sich im öffentlichen Diskurs über öffentliche Angelegenheiten*. An diesem Diskurs

⁸² Zippelius (2007) S.209f.

⁸³ Kirchhof (2004) S.848.

⁸⁴ Maihofer (1995) Rn.76.

⁸⁵ Hegel (1989) § 260, S.407.

inspective.

nehmen grundsätzlich alle Bürger teil, die in ihrer Gesamtheit die Öffentlichkeit bilden.⁸⁶ Der Diskurs fokussiert zwar in den Gesetzgebern und Richtern,⁸⁷ ist aber rückgebunden an den Meinungs austausch in der Bevölkerung. Denn legitimierend ist eine Einigkeit nur, wenn die rechtliche Ordnung auf der moralischen Überzeugung der Bürger gründet und die Einigkeit authentisch ist.⁸⁸ Authentizität wird ermöglicht, wenn jedermann jederzeit ohne diskriminierende Auflagen sich in den Diskurs einschalten kann, und wenn er sich als Teil der Öffentlichkeit versteht.⁸⁹

Die Identifikation des Bürgers mit dem öffentlichen Interesse ist die republikanische Kehre der Identifikation des Staates mit den Interessen der Bürger. Wo der Staat im Interesse der Bürger handelt, kann der Bürger Einfluss nehmen auf das öffentliche Interesse. Die Verwirklichung des Gemeinwohls ist hier üblich. Es ergibt sich aus dem diskursiven Zusammenspiel von in der Öffentlichkeit agierenden Bürgern, Politikern oder Richtern und konkretisiert sich in jeder öffentlichen Angelegenheit aufs Neue. Die verfassungsrechtliche Aufgabe der Konkretisierung des Gemeinwohls wird im Diskurs erledigt. Weil der Diskurs die Meinung von Minderheiten einschließt, sind im Falle einer Einigung minoritäre Interessen berücksichtigt.

Der Diskurs bricht nach erzielter Einigkeit nicht ab. Er ist eine endlose Auseinandersetzung von Personen, Gruppen, Verbänden und Parteien mit den unterschiedlichsten Interessen.⁹⁰ Wird der Konsens in den Auseinandersetzungen zum öffentlichen Interesse statuiert, kann das Gemeinwohl nur kontingent sein. Es ist an die Zeit der öffentlichen Einigkeit gebunden und für künftige Abwandlungen offen.⁹¹ Der Konsens ist wesensverschieden von der Summe oder Resultante der Einzelinteressen. Er resultiert nicht aus einem Gleichgewicht, sondern aus Einsicht. Nicht die Balance von Gruppeninteressen ist Ausdruck der Einigkeit, sondern die rationale Überzeugung von der Richtigkeit

⁸⁶ Sommermann in Mangoldt (2005) Art. 20, Rn.18.

⁸⁷ Isensee (2006) Rn.50.

⁸⁸ Zippelius (2007) S.95.

⁸⁹ Dürig (1949) S.97; Kelly (1993) S.62f.

⁹⁰ Hofmann (2002) S.30.

⁹¹ Grimm (2002) S.126f; Anderheiden (2006) S.2f.

inspective.

der erzielten Einigkeit. Diskursive Einigungen haben stets den Tenor, dass etwas am besten für uns alle sei.⁹²

Das Erfordernis der Einsicht im Prozess der Einigung stimuliert das Selbstdenken. Nicht nur um einen adäquaten Beitrag zum Zustandekommen des öffentlichen Interesses zu leisten, sondern auch um sich jederzeit über das tatsächliche Bestehen der Einigkeit rückversichern zu können und so den republikanischen Diskurs am Laufen zu halten. Das Selbstdenken bleibt die letzte Bastion des öffentlichen Interesses gegen in der Öffentlichkeit dominierende Einzelinteressen, die das Gemeinwohl vergiften.⁹³ Doch ist das Selbstdenken keine Selbstverständlichkeit. Dazu braucht es Mut. Und die Kultivierung der Öffentlichkeit.⁹⁴ Eine authentische Einigkeit lässt sich in der Konkurrenz entgegengesetzter Interessen nur erzielen, wenn der Staat den Diskurs um öffentliche Interessen pflegt. Wenn er also über die Gewährung der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG hinaus, im Zuge einer republikanischen Konkretisierung des Art. 7 Abs. 1 GG zum Schulwesen dem Volk eine Bildung angedeihen lässt, die seinen Wirklichkeitssinn schärft und seine Urteilsfähigkeit stärkt.⁹⁵

Die Rationalität des Gemeinwohls folgt der Rationalität des Diskurses über das Gemeinwohl. Dieser entzündet sich an Einzelfällen öffentlicher Angelegenheiten, wie denen der Bildung, der Wissenschaft, der Gesundheit, der Umwelt oder der Energie. Im selben Maße, wie diese Angelegenheiten Privaten übertragen werden, verengt sich der Kreis der Diskursteilnehmer. Je mehr jedoch die Öffentlichkeit vom Diskurs ausgeschlossen wird, desto wahrscheinlicher ist, dass die Einzelfallentscheidungen auf keinen öffentlichen Konsens treffen und sie mithin an der Verwirklichung des Gemeinwohls scheitern.

Im Modell des republikanischen Diskurses ist im öffentlichen Interesse die Verwirklichung eines öffentlichen Interesses.⁹⁶ Das Gemeinwohl wird gedacht als ein Speicher, in dem alle öffentlichen Angelegenheiten untergebracht

⁹² Kelly (1993) S.62.

⁹³ Beck (1997) S.380.

⁹⁴ Zippelius (2007) S.95 u. S.108.

⁹⁵ Schumpeter (2005) S.467; Zippelius (2007) S.109.

⁹⁶ Vgl. Hofmann (2002) S.25; Isensee (2006) Rn.35.

inspective.

werden. Das Wegfallen einer Angelegenheit oder das Hinzukommen einer neuen können es erforderlich machen, die Angelegenheiten im Speicher umzusortieren. Beim Ein- und Umsortieren wird darauf geachtet, dass die Angelegenheiten zueinander passen, das heißt ihre Regelungen miteinander kompatibel sind. Die Dynamik des Gemeinwohls ergibt sich nicht zuletzt aus der systemischen Interdependenz der einzelnen öffentlichen Interessen.

Die öffentlichen Interessen sind jeweils für sich Repräsentanten des öffentlichen Interesses. An ihnen wird als Teil des Ganzen das Gemeinwohl sichtbar. Jedes einzelne öffentliche Interesse ist das Resultat eines Diskurses über eine bestimmte öffentliche Angelegenheit. Im Idealfall ist es Ausdruck einer öffentlichen Einigkeit, nachrangig Ausdruck einer Mehrheit. Das Bestreben des republikanischen Diskurses gilt der Einigkeit. In ihr manifestiert sich das Gemeinwohl partikular, ohne sich je in einer abgeschlossenen Gesamtheit zu zeigen. *Das Gemeinwohl ist in der Republik Synekdoche.*

C Gemeinwohl und Republik

In der Republik sind Eingriffe in die Freiheit eines Bürgers nur zugunsten des Gemeinwohls gestattet. Das Recht zum Eingriff verleihen die Gesetze. Dann ist der Eingriff legal. Legitim wird der Eingriff aber erst, wenn das Gesetz im Interesse der Bürger ist. Die Legitimität gewinnt legales Handeln aus einer Öffentlichkeitshermeneutik und einer Öffentlichkeitsaktualisierung. Die Gesetze werden von den Parlamenten so erlassen und von den Gerichten so ausgelegt, dass sich in ihnen das aktuelle öffentliche Interesse spiegelt.

Weil das Gemeinwohl sich nicht als letztbegründbar erwiesen hat, das Naturrecht kein Fundament für Maßnahmen im öffentlichen Interesse verschaffen kann, wird das Gemeinwohl zu einem offenen Begriff. Weil die Begründung des Gemeinwohls sich nicht auf einen stipulativen Gemeinwillen zurückziehen kann, ist der Begriff zudem offensiv. Offen und offensiv ist das Gemeinwohl, weil seine Verwirklichung immer wieder überdacht und angegangen werden muss. In Angriff genommen werden dabei gemeinschaftliche Angelegenheiten,

inspective.

deren öffentliche Relevanz sich diskursiv entfaltet. Jeder Abschluss einer Diskussion bleibt notwendig ein vorläufiger. Selbst wenn die diskursive Einigung in ein Gesetz mündet. Die Gesetze und ihre Auslegung müssen sich in jedem Einzelfall bewähren beziehungsweise nachgebessert oder ergänzt werden.

Angewiesen ist die beständige Verbesserung des Gemeinwohls vor dem Hintergrund des öffentlichen Diskurses auf die Kultivierung der Öffentlichkeit. Von der Kultivierung hängt ab, ob ein Grundkonsens erreichbar ist und ob der Konsens authentisch ist. Ohne Authentizität würden in dem Konsens Einzelinteressen durchschimmern, die den Erfolg der Einigung nicht dem diskursiven Austausch verdanken, sondern der sozio-ökonomischen Macht ihrer Vertreter. Im Diskurs und nur im Diskurs sollen die gegensätzlichen Interessen überbrückt werden, so dass Minderheiten weder liberal überrollt noch demokratisch zu Eliten werden. Der Diskurs stiftet die Rationalität, die weder die Natur noch der Markt hervorzubringen vermögen.

Die Frage nach der Kultivierung der Öffentlichkeit bezieht sich auf die Ausgestaltung des Diskurses. Wer bringt sich wann, wo und wie in den Diskurs ein? Ist geklärt, dass das öffentliche Interesse nur im Schoß der Öffentlichkeit entwickelt werden kann, muss geklärt werden, wie die Öffentlichkeit zusammengesetzt sein muss, damit sich aus ihr das öffentliche Interesse konsensual ergeben kann. Da der republikanischen Verpflichtung am besten mittels demokratischer Partizipation nachgekommen werden kann, wird die Kultivierung über partizipatorische Verfahren erfolgen müssen. Die Ordnung der Diskursbeiträge von Laien, Einzelfallspezialisten und wissenschaftlichen Experten beeinflusst nicht nur die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Einigung, sie prägt auch das Gesicht der Republik der Moderne,⁹⁷ je nachdem ob sie Züge der direkten Demokratie, der Zivilgesellschaft oder der Politikberatung trägt.

⁹⁷ Maihofer (1995) Rn.55.

Literaturverzeichnis

- Anderheiden, Michael. *Gemeinwohl in Republik und Union*. Tübingen: 2006.
- Aristoteles. *Politik*. Stuttgart: 1989.
- Arnim, Herbert v.. Wer kümmert sich um das Gemeinwohl? In: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2002), Heft 5, 223-232.
- Arrow, Kenneth J.. *Social Choice and individual Value*. 5.Aufl. Yale: 1972.
- Beck, Ulrich (Hg). *Kinder der Freiheit*. 2.Aufl. Frankfurt/M.: 1997.
- Beck, Ulrich. Wider das Lamento über den Werteverfall. In: Beck (1997), 9-33.
- Beck, Ulrich. Väter der Freiheit. In: Beck (1997), 333-380.
- Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Jochen (Hg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2.Aufl. Bd.1. Berlin: 1995.
- Berliner Juristische Fakultät (Hg). *Festgabe für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum*. Tübingen: 1923.
- Böckenförde, Ernst-W.. Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie. In: Münkler (2002), 43-66.
- Brink, Stefan; Wolff, Heinrich A. (Hg). *Gemeinwohl und Verantwortung*. Berlin: 2004.
- Brownsword, Roger (Hg). *Law and the public Interest*. Stuttgart: 1993.
- Bußhoff, Heinrich. *Gemeinwohl als Wert und Norm*. Baden-Baden: 2001.
- Cicero, Marcus T.. *De Re publica*. Stuttgart: 1979.
- Dolzer, Rudolf (Hg). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Bd.4. Heidelberg: 1993.
- Dürig, Günter. *Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes ‚Öffentliches Interesse‘*. Diss. München: 1949.
- Fisch, Rudolf; Strohm, Klauspeter. Wandel in der Kontinuität? In: Brink (2004), 73-78.
- Flood, Merrill M.. Some experimental Games. In: *Management Science* (1958) Bd.5/1, 5-26.
- Fraenkel, Ernst. *Deutschland und die westlichen Demokratien*. Frankfurt/M.: 1991.
- Grimm, Dieter. Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: Münkler (2002), 125-140.
- Gröschner, Rolf. Freiheit und Ordnung in der Republik des Grundgesetzes. In: *Juristenzeitung* (1996), Bd.13, 637-646.
- Häberle, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg: 1970.
- Hegel, Georg W.. *Grundlinien einer Philosophie des Rechts*. 2.Aufl. Frankfurt/M.: 1989
- Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20.Aufl. Heidelberg: 1999.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Oxford: 1951.
- Hobbes, Thomas. *De Cive*. Oxford: 1983.
- Höffe, Otfried. *Strategien der Humanität*. Frankfurt/M.: 1985.

- Hofmann, Hasso. Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls. In: Münkler (2002), 25-42.
- Ipsen, Jörn; Schmidt-Jorzig, Edzard (Hg). *Recht – Staat – Gemeinwohl*. München: 2001.
- Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hg). *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Aufl. Bd.4. Heidelberg: 2006.
- Isensee, Josef. Gemeinwohl im Verfassungsrecht. In: Isensee (2006), 3-79.
- Jellinek, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: 1900.
- Jonas, Hans. *Das Prinzip Verantwortung*. Frankfurt/M.: 1984.
- Jung, Carl G.. *Über die Psychologie des Unbewußten*. Frankfurt/M.: 1975.
- Kant, Immanuel. *Zum ewigen Frieden*. Frankfurt/M.: 1977a.
- Kant, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. 5.Aufl. Frankfurt/M.: 1982.
- Kant, Immanuel. *Der Streit der Fakultäten*. Frankfurt/M.: 1977b.
- Kelly, Paul. Privacy and the public Interest. In: Brownsword (1993), 53-66.
- Kirchhof, Paul (Hg). *Gemeinwohl und Wettbewerb*. Heidelberg: 2005.
- Kirchhof, Paul. Das Wettbewerbsrecht als Teil einer folgerichtigen und widerspruchsfreien Gesamtordnung. In: Kirchhof (2005), 1-23.
- Kirchhof, Paul. Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen. In: Merten (2004), 807-852.
- Kirchner, Christian. Privates Wettbewerbsrecht und Gemeinwohlorientierung. In: Kirchhof (2005), 50-96.
- Leibholz, Gerhard; Rinck, Hans-J. (Hg). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Köln: 2005.
- Machiavelli, Nicolò. *Der Fürst*. 6.Aufl. Stuttgart: 1978.
- Maihofer, Werner. Prinzipien freiheitlicher Demokratie. In: Benda (1995), 427-536.
- Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich; Starck, Christian (Hg). *Kommentar zum Grundgesetz*. Bd.2. München: 2005.
- Marx, Karl. *Das Kapital*. Stuttgart: 1957.
- Matz, Ulrich. Aporien individualistischer Gemeinwohlkonzepte. In: Rauscher (1985) 321-357.
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hg). *Grundgesetz Kommentar*. Bd.3. München: 2007.
- Merten, Detlef; Papier, Hans-J. (Hg). *Handbuch der Grundrechte*. Bd.1. Heidelberg: 2004.
- Mill, John S.. *Über Freiheit*. Frankfurt/M.: 1969.
- Montesquieu, Charles-L.. *Vom Geist der Gesetze*. Stuttgart: 1994.
- Münkler, Herfried; Fischer, Karsten (Hg). *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*. Berlin: 2002.
- Pfordten, Dietmar v.d.. *Rechtsethik*. München: 2001.
- Posner, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: 2003.
- Rauscher, Anton (Hg). *Selbstinteresse und Gemeinwohl*. Berlin: 1985.

- Rottmann, Joachim; Ermisch, Günter (Hg). *Gemeinwohl und individuelle Freiheitsrechte*. Heidelberg: 1984.
- Rottmann, Joachim. Gefährdung des Gemeinwohls durch exzessive Inanspruchnahme von Grundrechten in der Bundesrepublik Deutschland? In: Rottmann (1984), 5-23.
- Rousseau, Jean-J.. *Œuvres complètes*. Bd.3. Paris: 1964.
- Rousseau, Jean-J.. Du Contrat social ou Essai sur la Forme de la République. In: Rousseau (1964) 281-346.
- Rousseau, Jean-J.. Du Contrat social ou Principes du Droit politique. In: Rousseau (1964) 347-471.
- Rousseau, Jean-J.. *Émile*. Dijon: 1969.
- Schmidt-Jorzig, Edzard. Regierungskontrolle durch Parlamentsmehrheit. In: Ipsen (2001), 143-158.
- Schmitt, Carl. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*. 2.Aufl. Stuttgart: 1995.
- Schulz-Schaeffer, Helmut. Rousseau und das Problem der Volkssouveränität. In: *Neue Juristische Wochenschrift* (2007), Heft 10, 643-648.
- Schumpeter, Joseph A.. *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*. 8.Aufl. Tübingen: 2005.
- Schuppert, Gunnar F.. Gemeinwohldefinition im kooperativen Staat. In: Münkler (2002), 67-98.
- Sen, Amartya K.. *Collective Choice and social Welfare*. San Francisco: 1970.
- Smend, Rudolf. Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform. In: Berliner Juristische Fakultät (1923), 3-25.
- Smith, Adam. *Der Wohlstand der Nationen*. 5.Aufl. München: 1990.
- Tocqueville, Alexis d.. *Über die Demokratie in Amerika*. München: 1976.
- Tucker, Albert W.. On Jargon: The Prisoner's Dilemma. In: *Undergraduate Mathematics and its Applications* (1980) Bd.1, 101.
- Umbach, Dieter C.; Clemens, Thomas (Hg). *Grundgesetz*. Bd.1. Heidelberg: 2002.
- Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5.Aufl. Tübingen: 1980.
- Wittgenstein, Ludwig. *Über Gewißheit*. 5.Aufl. Frankfurt/M.: 1992.
- Wittgenstein, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. 7.Aufl. Frankfurt/M.: 1990.
- Würtenberger, Thomas. Von der Aufklärung zum Vormärz. In: Merten (2004), 49-96.
- Zippelius, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre*. 15.Aufl. München: 2007.