

Herfried Münkler / Karsten Fischer (Hg.)

Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht
Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen

Forschungsberichte
der interdisziplinären Arbeitsgruppe
„Gemeinwohl und Gemeinsinn“
der Berlin-Brandenburgischen Akademie
der Wissenschaften

Herausgegeben von
Herfried Münkler, Harald Bluhm und Karsten Fischer

Band III

Herfried Münkler
Karsten Fischer (Hg.)

Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht

Konkretisierung und Realisierung
öffentlicher Interessen



Akademie Verlag

Diese Publikation erscheint mit Unterstützung
der Senatsverwaltung für Wissenschaft, Forschung und Kultur
des Landes Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich
ISBN 3-05-003678-8

© Akademie Verlag GmbH, Berlin 2002

Das eingesetzte Papier ist alterungsbeständig nach DIN / ISO 9706.

Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in andere Sprachen, vorbehalten. Kein Teil dieses Buches darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Photokopie, Mikroverfilmung oder irgendein anderes Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsmaschinen, verwendbare Sprache übertragen oder übersetzt werden.

Lektorat: Mischka Dammaschke
Einbandgestaltung: Günter Schorcht, Schildow
Satz: Veit Friemert, Berlin
Druck: Primus Solvero Berlin
Bindung: Druckhaus „Thomas Müntzer“, Bad Langensalza

Printed in the Federal Republic of Germany

INHALTSVERZEICHNIS

Herfried Münkler Vorwort	7
Herfried Münkler/Karsten Fischer Einleitung: Gemeinwohl-Konkretisierungen und Gemeinsinn-Erwartungen im Recht	9
Hasso Hofmann Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls	25
Ernst-Wolfgang Böckenförde Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie	43
Gunnar Folke Schuppert Gemeinwohldefinition im kooperativen Staat	67
Peter Häberle „Gemeinwohl“ und „Gemeinsinn“ im national-verfassungsstaatlichen und europarechtlichen Kontext	99
Dieter Grimm Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	125
Karsten Malowitz Freiheit in Gemeinschaft Zu Rezeption und Bedeutung der Gemeinwohlidee in der Genossenschaftstheorie Otto von Gierkes	141

Christine Windbichler Der Gemeinsinn der juristischen Person Großunternehmen zwischen Shareholder Value, Mitbestimmung und Gemeinwohl	165
Christian Bumke Eigentum – Paradigma für ein dem Gemeinwohl verpflichtetes Rechtsinstitut	179
Bardo Fassbender Zwischen Staatsräson und Gemeinschaftsbindung Zur Gemeinwohlorientierung des Völkerrechts der Gegenwart	231
Personenverzeichnis	275
Autorenverzeichnis	281

Vorwort

Die interdisziplinäre Arbeitsgruppe Gemeinwohl und Gemeinsinn wurde im Oktober 1998 an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften etabliert. Aktiv geleitet wurde sie von den Akademiemitgliedern Prof. Dr. Hasso Hofmann, Prof. Dr. Hans Joas, Prof. Dr. Herfried Münkler (Sprecher) und Prof. Dr. Friedhelm Neidhardt; koordiniert wurde ihre Arbeit von Priv.-Doz. Dr. Harald Bluhm, Dr. Karsten Fischer sowie, zeitweilig, Dr. Marcus Llanque.

Nach dem historisch ausgerichteten ersten Band und dem sozialwissenschaftlichen Fragen gewidmeten, zweiten Band einer auf insgesamt vier Bände angelegten Publikationsreihe, wird hiermit der dritte Band mit rechtswissenschaftlichem Schwerpunkt vorgelegt. Die Beiträge aller Bände basieren überwiegend auf Werkverträgen oder gehen auf Vorträge bei Tagungen zurück, für deren Ausrichtung in Kooperation mit der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften wir der Evangelischen Akademie Tutzing und der Bischöflichen Akademie des Bistums Aachen verbunden sind.

Unser Dank gilt – wie bei den anderen Bänden, abermals und unvermindert – Plenum und Konvent der Akademie für die Bewilligung sowie ihrem Präsidenten, Prof. Dr. Dieter Simon, für wohlwollende Begleitung und Unterstützung des Projekts, zu dessen effizienter Durchführung Dr. Wolf-Hagen Krauth, Renate Neumann und Regina Reimann entscheidend beigetragen haben. Dies gilt gleichermaßen für die über die Zeit seiner ebenfalls dem Thema „Gemeinwohl“ gewidmeten Forschungsprofessor am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung hinausreichende, inspirierende und produktive Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert. Schließlich gilt unser Dank Ulf Jensen, Christian Luther und Torsten Kahlert für umsichtige redaktionelle Mitarbeit sowie Veit Friemert, der die Druckformatvorlage erstellt hat.

Berlin, Februar 2002

Herfried Münkler

Einleitung: Gemeinwohl-Konkretisierungen und Gemeinsinn-Erwartungen im Recht

Nachdem sich die ersten beiden Bände der interdisziplinären Arbeitsgruppe „Gemeinwohl und Gemeinsinn“ an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften historischen und sozialwissenschaftlichen Gesichtspunkten gewidmet haben,¹ werden im vorliegenden dritten Band rechtliche Aspekte untersucht. Dieser Schwerpunkt schließt sich folgerichtig an, nicht nur, insofern in demokratischen Verfassungsstaaten das Recht, einem Wort Dieter Grimms zufolge, „geronnene Politik“ darstellt,² sondern auch konkret hinsichtlich des Gemeinwohl-Themas. Denn die sozialwissenschaftlichen Beiträge des zweiten Bandes haben gezeigt, daß es in freiheitlichen Demokratien keine ein- für allemal feststehende Gemeinwohldefinition mehr geben kann. Vielmehr bringen verschiedene gesellschaftliche Akteure ihre Gemeinwohlvorstellungen wie auch ihre legitimen Eigeninteressen zur Geltung, und es bleibt dem rechtsstaatlich verfaßten, demokratischen Verfahren überlassen, diese Vorstellungen zu konkretisieren und unter dem steten Vorbehalt der Revisionsfähigkeit zu realisieren.

Solch ein *Vorrang der Demokratie vor der Philosophie* (Rorty), ist zumal angesichts des nationalsozialistischen Mißbrauchs von Gemeinwohlformeln unhintergebar. Diese Usurpation äußerte sich zwar in einer hochgradigen „Inhomogenität bei der Verwendung“,³ doch hierin ist nur eine weitere Bestätigung für den geschichtswissenschaftlichen Befund zu sehen, daß das polykratische Erscheinungsbild des Dritten Reiches die monokratische, letztinstanzliche „Führer“-Position nur befestigte. Demzufolge war es „einhellige Ansicht, die inhaltliche Konkretisierung des Gemeinnutzens sei eine Angelegenheit der politischen Führung“. Und da jener Gemeinnutz, der bereits laut dem NSDAP-Programm von 1920 Vorrang vor dem Eigennutz haben sollte, „alle denkbaren politischen Ziele umfaßte und als ‚politische‘ Norm in einem politisierten Recht allen anderen Normen vorging, läßt sich [...] sagen, die totale Zuständigkeit der Führungsgruppe zur materialen Bestimmung des Gemeinnutzens ohne Rücksicht auf den realen

¹ Münkler/Bluhm 2001; Münkler/Fischer 2002.

² Grimm 1969, S. 502.

³ Stolleis 1974a, S. 298.

Willen des Volkes habe den einzig substantiellen Satz des nationalsozialistischen Staatsrechts gebildet“.⁴

Aber nicht nur in dieser historischen Dimension eignet der Idee des Gemeinwohls jener eingangs angesprochene, enge Zusammenhang zwischen Politik und Recht, sondern auch in zwei miteinander verbundenen systematischen Hinsichten. Zum einen ruft die Überantwortung der Gemeinwohlbestimmung an rechtlich verfaßte, demokratische Verfahren naturgemäß die entsprechenden legislativen wie auch judikativen Institutionen auf den Plan, was durchaus auch Zuständigkeitskonkurrenzen hervorrufen kann. Zum anderen ist „die Bereitschaft, Entscheidungen allein deshalb zu beachten, weil sie gelten, [...] eine ausgesprochen knappe Ressource“.⁵ Diese Erwartung eines Mindestmaßes an kollektivem Gemeinsinn ist für eine freiheitliche Ordnung, in der die Anwendung von Zwangsmitteln nur die *ultima ratio* bildet, von zentraler Bedeutung. Insoweit besteht auch und gerade in juristischer Hinsicht ein untrennbarer Zusammenhang zwischen Gemeinwohl und Gemeinsinn: Das normative Gemeinwohlideal bestimmt, wieviel und welche Form von Gemeinsinn gefordert ist; umgekehrt ist aber das Vorhandensein eines Minimums an Gemeinsinn die vorgängige Voraussetzung dafür, daß überhaupt die Bereitschaft besteht, sich am normativen Gemeinwohlideal zu orientieren und „auf angemessen ‚gerechtfertigte‘ Appelle im Namen des Kollektivs oder des ‚öffentlichen‘ Interesses oder Bedarfs zu reagieren“.⁶ Wiewohl keine rechtliche Kategorie, ist der Gemeinsinn als sozio-moralische Ressource mithin die unabdingbare motivationale Voraussetzung freiwilliger Normbefolgung und damit jenes Lebenselixier des freiheitlichen Staates, das dieser, gemäß der berühmten Formel Ernst-Wolfgang Böckenfördes, nicht selber garantieren und reproduzieren kann, will er nicht durch Gesinnungskontrolle an seiner Freiheitlichkeit Schaden nehmen.⁷ Gemeinwohl und Gemeinsinn bezeichnen damit, anders gewendet, die beiden voneinander untrennbaren Seiten eines liberalen Staatsverständnisses.⁸

Auf der einen Seite ist eine essentialistische *a priori*-Bestimmung *des Gemeinwohls* mit den Prinzipien einer freiheitlichen Demokratie nicht vereinbar. Aus diesem Grunde nimmt der unter dem Grundgesetz auf Rechtsstaatlichkeit und Freiheit eingeschworene Jurist das Wort Gemeinwohl im Singular unger in den Mund, wie *Hasso Hofmann* betont, klingt es doch nach apriorischer Vor- und Überordnung von Pflichten gegenüber Individualrechten, wohingegen das Freiheitsprinzip der Verfassung jede rechtliche Inanspruchnahme des Menschen für ihn übersteigende letzte Güter, Ziele, Zwecke oder

⁴ Ebd., S. 225, vgl. ebd., S. 299 f., 303.

⁵ Engel 2001, S. 37. Vgl. Brugger 2000, S. 64, der „in der Prozedurebene“ einen sozialwissenschaftlichen und einen juristischen Expertendiskurs sowie einen „Allgemeindiskurs“, den „die Bürger über die Legitimation von Rechtsregelungen führen“, unterscheidet.

⁶ Parsons 1972, S. 22.

⁷ Böckenförde 1976, S. 60 f.

⁸ Vgl. Böckenförde 1999, S. 219, der drei miteinander verbundene, notwendige Seiten des Rechtsbegriffs betont: „Die Wirklichkeitsseite, die durch soziale Geltung und Durchsetzbarkeit bestimmt wird; die normative Seite, die den Geltungsanspruch und Sollenscharakter des Rechts betrifft; die ideenmäßige Seite, die seine Beziehung auf Gerechtigkeit, auf geistige Ideen- und Ordnungsvorstellungen zum Inhalt hat.“

Werte ausschließt. Folgerichtig argumentiert Hofmann für einen rechtsstaatlichen Kontext offener Pluralisierung und differenzierter Prozeduralisierung des Gemeinwohlbegriffs hin zu im Rahmen konkreter Interessenabwägungen auszuhandelnden Gemeinwohlbelangen. Dies schließt an grundlegende Studien Peter Häberles an, in denen er das Gemeinwohl als im Rahmen des Grundgesetzes nicht vorgegebene, sondern jeweils konkret aufgegebene *idée directrice* versteht, in der stets *öffentliche Geschichte* deutlich werde.⁹ Doch gerade wenn das Gemeinwohl nach seiner langen etatistischen Monopolisierung gleichsam in die Gesellschaft „abgewandert“ ist,¹⁰ eröffnet die Verfassung, verstanden als rechtliche Grundordnung von Staat und Gesellschaft, eine Vielfalt von Verfahren zur Konkretisierung und Revidierung des allgemeinen Wohls. Im demokratischen Verfassungsstaat, der sich durch die Prämisse der Menschenwürde, demokratische Legitimation, Grundrechte und Gewaltenteilung, Rechts- und Sozialstaatlichkeit sowie pluralistische Öffentlichkeit auszeichnet, wird mithin, so Häberle in seinem Beitrag im vorliegenden Band, eine *juristische Gemeinwohltheorie* möglich und notwendig.

Wie eine solche Theorie aussehen kann, entwickelt Gunnar Folke Schuppert mit seiner Idee einer Prozeduralisierung der Gemeinwohlbestimmung bei gleichzeitiger Einbettung der dazu geeigneten Verfahren in die Kompetenzordnung des Verfassungsstaates.¹¹ Mit diesem der Habermasschen Diskursethik offensichtlich verschwisterten Ansatz wird den Restriktionen Rechnung getragen, die ein dem *individual pursuit of happiness* verpflichteter, freiheitlicher Pluralismus jedweden substantialistischen Gemeinwohlverständnis auferlegt. Seine Bezugsgröße bildet eine demokratisch strukturierte Öffentlichkeit, in der sich Individuen mit ihren teils organisierten, teils unorganisierten Interessen artikulieren können und anstelle der abstrakten Ermittlung *a priori* gültiger Werte in einen revisionsfähigen Diskurs über die für sie zustimmungsfähigen Normen eintreten können. Mit solch einer prozeduralistischen Konkretisierung pluraler Gemeinwohlbelange erfolgt die Gemeinwohlbestimmung *a posteriori*, wie Ernst Fraenkel es zum Pluralismus-Kriterium erhoben hat,¹² beziehungsweise, in den Worten Häberles und Schupperts, *ex processu*. Und wenn es solchermaßen dem *kooperativen Staat* obliegt, Gemeinwohlbeiträge nicht-staatlicher Akteure zu induzieren, sie in sein Verwaltungshandeln zu integrieren oder gar, sie mit rechtlicher Bindungswirkung auszustatten, kommt, wie Schuppert argumentiert, dem Verwaltungsverfahren die Bedeutung *kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung* zu.

Dieser Ansatz führt aber auch zurück zum Problem des Gemeinsinns als der anderen Seite eines liberalen Staatsverständnisses. Seit Adam Smith in seinem *Wealth of Nations* optimistisch verkündete, daß dank einer *unsichtbaren Hand* ein um so größeres Wohl der Allgemeinheit entstehe, je stärker sein Gegenteil, der Eigennutzen, erstrebt werde, ist im Staatsdenken an die Stelle von Ansprüchen an die moralische *Intentionali-*

⁹ Häberle 1970a, S. 207 ff., 709; Häberle 1979, S. 327; Häberle 1983, S. 276; Häberle 1970b.

¹⁰ Häberle 1970a, S. 68, 85 f.

¹¹ Vgl. neben dem Beitrag im vorliegenden Band auch Schuppert 2002. Vgl. auch Grimm 1994, S. 45, demzufolge das Gemeinwohl „keine vorab feststehende, material definierte Größe“ mehr ist, sondern „sich aus dem Zusammenwirken individueller Willensentscheidungen von selbst“ ergibt. „Es wurde formalisiert und prozeduralisiert.“ Engel 2001 setzt statt eines diskursethischen Prozeduralismus auf „offene Gemeinwohldefinitionen“, allerdings mit ähnlichem Tenor.

¹² Buchstein 2002.

tät sozialer Akteure das Vertrauen auf ihre *Rationalität* und eine *Institutionalität* getreten, mittels derer sozial-moralische Defizite bei Regierenden wie bei Regierten neutralisiert werden sollen.¹³ Geradezu idealtypisch hat Kant dieses Vertrauen in seiner Schrift *Zum ewigen Frieden* auf die Formel gebracht, das Problem der Staatserrichtung sei selbst für ein Volk von Teufeln lösbar – wenn sie nur Verstand haben. Dieser Staatsauffassung attestiert Hasso Hofmann zurecht, sie habe die deutsche Rechtsstaatstradition tief und nachhaltig geprägt. So betont auch Schuppert eine *Steuerung durch Institutionen*, derzufolge die Bereitstellungsfunktion des Rechts für die Gemeinwohlehervorbringung in der Funktion des Rechts besteht, gemeinwohlverträgliche und gemeinwohlfördernde Verhaltensmöglichkeiten zu eröffnen und dazu zu motivieren. Gemeinwohlorientiertes Recht ist danach gekennzeichnet durch Bestimmungen und Bereitstellung von institutionellen Arrangements, welche die Mitwirkung an gemeinwohlförderndem Verhalten durch rechtlich vermittelten, motivationalen Druck attraktiv machen.¹⁴ Doch Schupperts Ansatz erschöpft sich nicht in der Betonung der institutionellen Komponente, sondern konfrontiert den juristischen Diskurs mit dem in der kantianischen Tradition vernachlässigten motivationalen Problem in Gestalt der Frage, wie *freiwillige* Normakzeptanz induziert werden kann.

Dies ist um so wichtiger, als, wie *Ernst-Wolfgang Böckenförde* betont, Gemeinwohlbegriff und Gemeinwohlorstellungen durchweg institutionell-organisatorische, aber eben auch inhaltlich-normative Momente aufweisen, so daß sich der Gemeinwohlbegriff im Rahmen der Rechtsordnung nicht als ein eindeutig fixierter rechtlicher Begriff verwenden läßt, sondern nur als ausfüllungsbedürftiger, unbestimmter Begriff, der insoweit für ideologische Okkupation anfällig, aber jedenfalls nicht leerformelhaft beliebig ist. Vielmehr fungiert er, Böckenförde zufolge, im Sinne eines Scharnierbegriffs als tragfähige Brücke zu vor-positiven Gehalten der Rechtsordnung.

Wenn dem so ist, und wenn man mit Häberle und Schuppert auf eine prozeduralistische Konkretisierung pluraler Gemeinwohlbelange durch die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (Häberle) setzt, dürfte das motivationale Gemeinsinn-Problem um so wichtiger sein, denn naheliegenderweise ist eine konstruktive sozial-moralische Intentionalität der Bürger um so entscheidender, je partizipatorischer man die Gemeinwohlkonkretisierung gestalten möchte. In diesem Sinne hat bereits Montesquieu in seinem *Esprit des Lois* betont, daß Republiken, anders als monarchische oder despotische Regierungen, zu ihrem Fortbestand die Tugend ihrer Bürger erforderten.¹⁵ Nur in einer durch Ehre angetriebenen Monarchie hält Montesquieu nämlich die Egoismen in Gemeinwohleffekte transformierende Wirkung der von Adam Smith insinuierten *unsichtbaren Hand* für möglich; eine Republik hingegen erfordere „eine unablässige Entscheidung für das öffentliche Wohl unter Hintansetzung des Eigenwohls“.¹⁶ Mit dieser Auffassung, daß eine freiheitliche, republikanische Demokratie nicht etwa aufgrund ihrer institutionellen Arrangements von jeglicher sozial-moralischer Intentionalität dispensiert, sondern diese gerade erfordert, steht Montesquieu nicht nur dem Vertrauen auf

¹³ Münkler 1998; Münkler/Fischer 1999.

¹⁴ Vgl. auch Grimm 1994, S. 346.

¹⁵ Montesquieu 1965, III, 3, 5 ff.

¹⁶ Ebd., III, 7; IV, 5.

eine *unsichtbare Hand* entgegen, sondern auch der für die deutsche Rechtsstaatstradition so maßgeblichen Kantischen Position. Entgegen der seit der totalitären Erfahrung zumal hierzulande verbreiteten Tendenz, ausschließlich dem Kantischen Ansatz hinreichende Immunität gegenüber illiberalen, kollektivistischen Gemeinnutz-Ideologien zuzuschreiben, wird man jedoch Montesquieus Argumentation schon insofern dasselbe Maß an demokratischer Gesinnung attestieren müssen wie derjenigen Kants, als der Begründer der Gewaltenteilungslehre, John G. A. Pocock zufolge, der *atlantischen republikanischen Tradition* zuzurechnen ist.¹⁷ Nicht anders argumentiert der insoweit keineswegs etatistisch denkende Hegel,¹⁸ wenn er, Montesquieu paraphrasierend, betont, im Gegensatz zu despotischen Regimen könne eine republikanische Demokratie „die *Gesinnung* der Bürger nicht entbehren“, denn „die Vorschrift der Regierung kann bloß das Allgemeine enthalten. Die wirkliche Handlung, die Ausfüllung der Staatszwecke“ enthalte hingegen „die besondere Weise der Wirksamkeit“, und „diese kann nur aus dem individuellen Verstande, aus der Gesinnung der Menschen entspringen“.¹⁹

Es liegt folglich nahe, solche Gemeinsinn-Erwartungen auch und gerade im juristischen Kontext zu verfolgen – nicht als rechtsdogmatischen Begriff, wohl aber als Rahmenbedingung einer funktionierenden freiheitlichen Rechtsordnung. So untersucht *Peter Häberle* positivrechtliche Anknüpfungspunkte für Gemeinsinn, den er als unter anderem in Grundpflichtenkatalogen aufscheinendes, juristisch handhabbares *soft law*-Prinzip im Verfassungsstaat ansieht, das allerdings viel Konkretisierungsarbeit braucht.

Wie *Dieter Grimm* betont, können verfassungsrechtliche Grundpflichten jedoch nicht als Gemeinsinn-Desiderat betrachtet werden. Auf der Basis seiner Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gemeinwohl betont Grimm vielmehr die Funktion der Verfassung, zwischen der Unverzichtbarkeit und der Unbestimmtheit des Gemeinwohlbegriffs zu vermitteln. Hierbei könne dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zukommen, die zumal parteidemokratisch bedingte Kurzfristorientierung der Politik zu korrigieren, unpopuläre Entscheidungen zu legitimieren sowie Benachteiligungen und Selbstbegünstigungen entgegenzuwirken.

Karsten Malowitz zeigt, daß auch Otto von Gierkes Ringen um den Begriff der „realen Verbandspersönlichkeit“ vor dem sozialgeschichtlichen Hintergrund des sich im Deutschen Reich rapide entwickelnden Vereins- und Verbandswesens zu verstehen ist und sich einem Verständnis von der Eigendynamik der kapitalistischen Gesellschaft und ihren zentrifugalen, den sozialen Zusammenhalt bedrohenden Tendenzen verdankt. Gierke negiere den in der positivistischen Staatsrechtslehre Gerbers und Labands inkarnierten Dualismus von Staat und Gesellschaft als anachronistisch und ziele auf nichts Geringeres als eine rechtsförmige Umgestaltung der politischen und sozialen Rahmenbedingungen eines von „Gemeinsinn und Selbstthätigkeit“ getragenen bürgerschaftlichen Engagements im Obrigkeitsstaat.

¹⁷ Pocock 1975. Vgl. ebd., S. 485: „Men had [...] to be better than their circumstances; Montesquieu's *Esprit des Lois* is a magnificently paradoxical attempt to discover the circumstances under which this may be possible.“

¹⁸ Fischer 2002a.

¹⁹ Hegel 1969 ff., Bd. 4: Texte zur Philosophischen Propädeutik, S. 265.

Dabei hat Gierke nicht nur das öffentliche Recht im Blick, sondern ebenso den privatrechtlichen Bereich, dem sich auch *Christine Windbichler* zuwendet, indem sie die Problematik des Gemeinns einer juristischen Person im Zusammenhang der aktuellen Diskussion um *shareholder value* erörtert.

Die sozialpolitische Ausgleichsfunktion, die Gierkes Gemeinwohlverständnis dem Recht zuschreibt, hat ihn auch zu Abhandlungen anlässlich der ersten beiden Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuches motiviert, bei denen er die Frage des Eigentums in den Mittelpunkt stellte und den Gedanken der aus Eigentum erwachsenden Pflichten zur Geltung brachte.

Der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung dieses Gedankens im bundesrepublikanischen Grundgesetz widmet sich *Christian Bumke*. Dabei kann er einen breiten, von Globalisierungsdiskussionen und Sparzwängen unbeeinträchtigten, gesellschaftlichen Konsens über die Gemeinwohlbindung des Eigentums feststellen. Doch gleichzeitig betont er, mit der Akzeptanz einer Gemeinwohlbindung des Eigentums sei erst wenig entschieden, weil es darauf ankomme, welche Vorstellungen vom Gemeinwohl vorherrschend beziehungsweise, gemäß Häberles und Schupperts Konzept, welche pluralen Gemeinwohlbelange im gesellschaftlichen Diskursprozeß Zustimmung erlangen. Ändern sich beispielsweise die Auffassungen sinnvoller Staatsaufgaben in Richtung stärkerer Selbstregulierung privater Akteure, so tangiert dies das Gemeinwohlverständnis und damit die Gemeinwohlbindung des Eigentums gleichsam unter der Hand durch die semantische Veränderung, Gemeinwohloptimierung durch Selbstregulierung und nicht durch Staatshandeln zu erwarten, ohne daß damit das Verfassungsprinzip als solches in Frage gestellt würde. Hiermit bestätigt Bumke auch aus juristischer Perspektive Ansatz und Ergebnisse der ersten beiden Bände der vorliegenden Edition zu *Gemeinwohl und Gemeinnsinn*, die eine semantologische Perspektive im Sinne Reinhart Kosellecks gewählt hatten,²⁰ durch die sich beispielsweise zeigen läßt, daß der in Adam Smiths bereits genannter Formel von der *unsichtbaren Hand* zum Tragen kommende *semantische Coup des Liberalismus* darin besteht, das traditionelle staatstheoretische Ideal des Gemeinwohls keineswegs in Frage zu stellen, sondern lediglich seine Semantik zu verändern, indem der einstmalige Gegenbegriff des Eigeninteresses zu einer Entwicklungsbedingung des allgemeinen Wohls umgedeutet wird.²¹

Mit dem bereits eingangs angesprochenen Verhältnis zwischen Politik und Recht thematisiert Bumke einen weiteren zentralen Aspekt der Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen. Denn bereits für das 19. Jahrhundert kann er zeigen, daß mit der Gerichtsbarkeit ein neuer Gemeinwohlakteur auftaucht, der sich im Prozeß der Gemeinwoh Konkretisierung nicht länger bloß an den Vorgaben des Gesetzgebers orientiert, sondern eine eigene Definitionsmacht entfaltet. Diese Entwicklung hat sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nochmals erheblich verstärkt. Bumke konstatiert eine Tendenz zur Verselbständigung des Rechtssystems gegenüber dem politischen System, indem rechtsspezifische Institutionen, vor allem Gerichte, die Ausgestaltung der Rechtsordnung und damit auch die semantische Deutungskompetenz zunehmend übernehmen. Hiermit übereinstimmend sieht auch Hofmann in der dualen Gemein-

²⁰ Koselleck 1972, S. XIX.

²¹ Münkler/Fischer 1999, S. 247.

wohlbestimmung durch Gesetzgebung und Verwaltung eine Verschiebung der Gemeinwohlverantwortung vom Gesetzgeber hin zur Verwaltung und damit im Streitfall hin zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, wodurch die Unterscheidung von Politik und Recht verschwimme.

Offensichtlich führt das „Paradox, die Einheitlichkeit des Staatswillens zugleich als Organvielfalt zu verstehen“,²² zu einer Art Gewaltenteilungsproblem dergestalt, daß die Unterscheidung, für die aktiv handelnden staatlichen Organe wie den Bundestag bildeten Normen anspruchsvolle Handlungsanweisungen, für das Verfassungsgericht hingegen bloße Kontrollnormen, relativiert wird.²³

Zwar widerlegt schon eine Gesetzgebungsanalyse die „Vorstellung vom Monopol des Staates auf das Gemeinwohl“,²⁴ vielmehr haben *Gemeinwohl* und *öffentliches Interesse* in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland eine „*ordnende Funktion*“,²⁵ und in einer Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen fungieren Gemeinwohl und öffentliches Interesse als Kompetenzbegründung und grundrechtsbeschränkender, pflichtenbegründender Titel, als Ausnahmeklausel, wie auch als Titel für staatliche Geheimhaltung, wie zum Beispiel in § 43 BGB und in § 396 Aktiengesetz, wo die Gefährdung des Gemeinwohls zum Entzug der Rechtsfähigkeit von Vereinen beziehungsweise zur Auflösung von Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien führen kann.²⁶

Doch hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen den Verfassungsorganen hat man eine Vorrangstellung des Bundesverfassungsgerichts bei der Gemeinwohlkonkretisierung festzustellen, für die es auch gute Gründe gibt. Denn dürfte das Gericht hierzu keine Aussagen machen, „könnte es nicht einmal eine Prüfung der materiellen Grundrechtsschranken vornehmen. Müßte es die expliziten und impliziten Aussagen des Gesetzgebers über das von ihm verfolgte Ziel stets für bare Münze nehmen, wäre seine Kontrolle nichts als eine rhetorische Pflichtübung. Anders formuliert: Aus dem Rangverhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht folgt notwendig die autonome

²² Kersten 2000, S. 437. Vgl. ebd. S. 449 f. sowie Möllers 2000.

²³ Schlaich 1994, S. 298 (Rdnr. 480).

²⁴ Häberle 1970a, S. 52.

²⁵ Knebel 1978, S. 96.

²⁶ Vgl. Häberle 1970a, S. 39 ff., 355 ff., 420 ff. Häberle entwirft eine Typologie von zwölf Erscheinungsformen des öffentlichen Interesses in Rechts- und Verwaltungsvorschriften und unterscheidet: Das öffentliche Interesse bzw. Gemeinwohl als Tatbestandselement zum Zweck positiver Aufgabenumschreibung und Kompetenzbestimmung; den pluralistischen Typus von Gemeinwohlklauseln; die tatbestandliche Koppelung öffentlicher mit (gegen) private(n) Interessen; Delegation von Gemeinwohltatbeständen; den prozessualen Gemeinwohltatbestand; Gemeinwohltatbestände in Geheimhaltungsvorschriften; öffentliches Interesse bzw. Gemeinwohl als kompetenzbegründenden Tatbestand in Eil- und Notfällen; das öffentliche Interesse als Tatbestandsmerkmal staatlicher Verbots-, Zwangs-, Aufsichts- und pflichtenbegründender Vorschriften; das öffentliche Interesse bzw. Gemeinwohl als normatives Element von Genehmigungs- und Erlaubnistatbeständen; die tatbestandsmäßige Verwendung des öffentlichen Interesses beziehungsweise Gemeinwohls zur Anpassung an und Herbeiführung von Veränderungen; normative Gemeinwohltatbestände in Ausnahmenvorschriften; die gesetzgeberische Koppelung von Gemeinwohl und Ermessensstatbeständen bzw. die tatbestandliche Verknüpfung von öffentlichem Interesse (Gemeinwohllkompetenz) und Ermessenskompetenzen.

Befugnis des Verfassungsgerichts zur Definition des Gemeinwohls. Gestritten werden kann nur über Grad und Maß, also über die Kontrolldichte.“²⁷

Je weiter die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung²⁸ fortschreitet, desto stärker wird die Gemeinwohlkonkretisierung des Bundesverfassungsgerichts demnach ausfallen, möglicherweise bis hin zu advokatorischen Deutungsakten seitens des Gerichts, wenn Güter wie die Lebensrechte ungeborener Menschen und nicht-menschlicher Lebewesen betroffen sind, deren Schutz sich nicht hinreichend aus den Eigeninteressen lebender Menschen ergibt, so daß sie in öffentlichen Diskursen regelmäßig unterrepräsentiert sind. Das Bundesverfassungsgericht selber ist in seiner „Gemeinwohlljudikatur“ (Häberle)²⁹ zwar von löblicher Selbstbescheidung und hat stets betont, der Gemeinwohlbegriff bedürfe der Konkretisierung von Fall zu Fall³⁰ und der Gesetzgeber habe die vorrangige Definitionskompetenz (BVerfGE 81, 310 (332) – Kalkar II). Andererseits hat sich das Gericht aber die Bestimmung substantieller Gemeinwohlbelange vorbehalten, zumal wenn schützenswerte Güter in der öffentlichen Aufmerksamkeit unterrepräsentiert sind, so beispielsweise in der Tierpräparatorienentscheidung, in der das Gericht ein Besitz-, Verarbeitungs- und Vertriebsverbot für lebende und tote Vögel besonders geschützter Arten mit der Begründung für verfassungsgemäß erklärt, solche Tiere seien „Bestandteil des Naturhaushalts“, „der durch mannigfache Faktoren zunehmend gefährdet ist und dessen Erhaltung im hohen Maße – auch im Interesse künftiger Generationen – dem Gemeinwohl dient“.³¹ Und weiter: „Die Allgemeinheit hat ein überragendes Interesse daran, daß die Tierwelt in ihrer durch Zivilisationseinflüsse ohnehin gefährdeten Vielfalt nicht nur in der Gegenwart, sondern auch für kommende Generationen erhalten bleibt. Das Gewicht dieses Allgemeininteresses wird durch die internationalen Vereinbarungen über Schutz und Erhaltung solcher Tiere unterstrichen [...]. Es gilt verstärkt für Arten, die vom Aussterben bedroht sind, da sich dieser Vorgang nicht mehr rückgängig machen ließe.“³²

Zweifellos steht jedwede Vorrangstellung des Bundesverfassungsgerichts bei der Gemeinwohlbestimmung in einem Spannungsverhältnis zu der Idee einer prozeduralistischen Konkretisierung pluraler Gemeinwohlbelange in einem *gesellschaftlichen* Diskurs und wird dementsprechend scharf kritisiert.³³ Die demokratietheoretischen

²⁷ Engel 2001, S. 24.

²⁸ Schuppert/Bumke 2000.

²⁹ Vgl. ausführlich Häberle 1970 b; Häberle 1979, S. 308 ff. Ebd., S. 317 f., unterscheidet Häberle in der Bundesverfassungsgerichtsjudikatur „Zumutbarkeits-Gemeinwohlklausel“, „Ausnahme-Gemeinwohlklausel“, „Schutzwürdigkeits-Gemeinwohlklausel“ und „Härte-Gemeinwohlklausel“.

³⁰ BVerfGE 24, 367 (403 f.) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz.

³¹ BVerfGE 61, 291 (307) – Tierpräparatorien.

³² BVerfGE 61, 291 (312 f.) – Tierpräparatorien. Auch Baruzzi 1990, S. 161 betont, daß das Gemeinwohl heute vor allem auch „das Naturwohl“ einschließt. Vgl. ähnlich Isensee 1988, Rdnr. 25.

³³ Vgl. nur Zuck 1999, der bemängelt, das Bundesverfassungsgericht stoße in die Räume vor, die „durch den auf vielfältigen Ursachen beruhenden Rückzug des Parlaments“ frei würden und steuere auf diese Art und Weise die Bundesrepublik „ohne hinreichende demokratische Legitimation“. Dies sei eine brisante „Machtverlagerung, die das Gleichgewicht der Kräfte, das System von *check* und *balance* gefährlich zu stören“ drohe, „ein Machtwechsel bis hin zur Durchsetzung der ordnungspolitischen Vorstellung eines einzelnen Bundesverfassungsrichters auf Kosten des Steuerzah-

Bedenken hinsichtlich dieser Entwicklung erscheinen jedoch durchaus zerstreubar angesichts der konstanten Zurückhaltung der Karlsruher Richter. Zudem darf nicht vergessen werden, daß Gemeinwohlbestimmungen wie diejenige in Art. 14 II u. III GG eine verfassungsrechtliche Doppelfunktion haben, insofern sie nicht nur eine grundrechtsimmanente Schranke darstellen, sondern auch eine *Schranken-Schranke*, derzufolge ein Grundrechtseingriff eben nur zulässig ist, soweit er zur Wahrung des Gemeinwohls nötig ist. „Gerade die Existenz bestimmter, den Gesetzgeber jeweils speziell ermächtigender Pflichtenerklärungen“, wie sie etwa in Art. 2 I und Art. 3 I GG festgelegt sind, verbietet es, „die Grundrechte im Namen der Sozialpflichtigkeit des Menschen einem allgemeinen und jederzeit aktualisierbaren Gemeinwohlvorbehalt zu unterstellen“.³⁴

Zudem dürfte es einer realistischen Fassung des prozeduralistischen Diskursprinzips dienlich sein, zwei Expertendiskurse – den sozialwissenschaftlichen und den juristischen – von einem mit ihnen integrativ verwobenen „*Allgemeindiskurs* – den die Bürger über die Legitimation von Rechtsregelungen führen –“ zu unterscheiden. „Die Legitimitätsüberzeugungen des Volkes sollen das Fundament sein, aber auf ihm aufbauend bedarf es der Eliten, der Experten, um im umfassenden Sinne gemeinwohlförderliche Entscheidungen zu treffen.“³⁵ Daß sich die Politik hierbei zurückhält und lieber den Gerichten eine fallbezogene Gemeinwohlkonkretisierung überläßt, ist unter dem Aspekt der aposteriorischen Gemeinwohlbestimmung ja durchaus nachvollziehbar.

Doch abgesehen davon, daß das Bundesverfassungsgericht durch die Erwartung von Supervisions- und Integrationsleistungen zunehmend überfordert zu werden droht,³⁶ ist eine Marginalisierung des sozialen Funktionssystems Politik bedenklich.

Wie bemerkenswert eine primär *juristische* Gemeinwohlkonkretisierung in historischer Perspektive ist, erhellt eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes Kassel vom 25. April 1807, in der es heißt, es sei „als gemeiner Grundsatz anzunehmen, dass alles, was nicht das Privatinteresse einzelner Parteien, sondern das gemeine Wohl zum unmittelbaren Zweck hat, als ein Ausfluss der höchsten Gewalt vor die Landeshoheit gehöre und nicht als Gegenstand der Gerichtsbarkeit betrachtet werden könne“.³⁷ Damals unterlag zwar der gesamte Bereich des öffentlichen Rechts noch keinerlei Gerichtshoheit. Doch trotz dieses markanten Unterschiedes gilt, *mutatis mutandis*, gerade wieder unter heutigen Bedingungen, daß das Gemeinwohl „nicht mehr allein durch Staatsbegrenzung angestrebt“ werden kann, sondern, laut Dieter Grimm, „Staatsaktivierung“ erfordert,³⁸ insofern es eine irreduzible und nicht delegierbare Aufgabe des politischen Systems bleibt, „die nachteiligen Folgen der Egoismen der übrigen Systeme im

lers“ wie im Kinderlastenausgleichsurteil. Dementgegen verbiete das demokratische System, so Zuck, „jedes von oben verordnete Wohl, mag es noch so wohlgemeint sein“. Für ein Mindestmaß einer substantiellen Gemeinwohlbestimmung argumentiert hingegen Isensee 1988.

³⁴ Hofmann 1995, S. 99.

³⁵ Brugger 2000, S. 64.

³⁶ Haltern 1997.

³⁷ Zit. n. Dürig 1949, S. 26.

³⁸ Grimm 2001a, S. 76.

gesamtgesellschaftlichen Interesse abzuarbeiten“.³⁹ „Konstitutionell gemeinnützigkeitsunfähig“, weil „in allen seinen organisatorischen Ausprägungen von Verfassungen wegen zum selbstlosen, unmittelbaren, ausschließlichen Dienst für das Allgemeine Beste“ verpflichtet, muß der Staat, in den Worten Josef Isensees, stets mindestens eine subsidiäre „Letztverantwortung“ für das Gemeinwohl übernehmen,⁴⁰ die sich nicht vollständig an das Funktionssystem Recht delegieren läßt. So legitim und notwendig eine rechtswissenschaftliche und verfassungsgerichtliche Gemeinwohlkonkretisierung auch ist, so wenig dispensiert sie Politik und Politikwissenschaft von ihrem eigenen, originären Beitrag. In welcher Hinsicht sich dieser vom juristischen Zugang unterscheidet, läßt sich an einer begrifflichen Differenz nachweisen.

In der Bundesverfassungsgerichtsjudikatur wie auch in der Staatsrechtslehre wird der Begriff des *öffentlichen Interesses* zumeist weitgehend synonym mit demjenigen des *Gemeinwohls* verwendet.⁴¹ Dementgegen sind jedoch erhebliche semantische Unterschiede festzustellen.⁴² Der sozialphilosophisch abstrakte und normativ umfassende Gemeinwohlbegriff ist apriorisch-substantialistisch und objektivistisch, insofern er seinen Gültigkeitsanspruch unabhängig von empirisch kontingenten Akteursintentionen erhebt und normative Falsifikations- beziehungsweise Korrekturschwellen errichtet. Entsprechend appellatorisch ist er in der politischen Rhetorik einsetzbar. Der Begriff des öffentlichen Interesses hingegen unterscheidet sich semantisch vom Gemeinwohltopos, insofern ihm ein konkretes, pluralistischen Bedingungen genügendes, aposteriorisch-prozeduralistisches Verständnis zugrunde liegt, das eher deskriptiv als appellatorisch auf Intentionen und Motivationen sozialer Akteure rekurriert.⁴³ Das öffentliche Interesse könnte demnach als Summe aller Privatinteressen verstanden werden beziehungsweise die Identität zwischen öffentlichen und privaten Interessen behaupten. Schon aus begriffslogischen Gründen kann hiermit die Semantik des Öffentlichen Interesses aber nicht erfaßt sein, denn „*das Privatinteresse, also das Interesse des Einzelnen, kann nie öffentliches Interesse sein*“; möglich ist zwar, daß „Öffentliches Interesse *am* Einzelnen besteht. Das ist dann aber kein Öffentliches Interesse mehr, weil es Interesse *des* Einzelnen ist, sondern weil die Mehrheit Interesse *am* Einzelnen (bzw. dessen Interesse) hat“, so daß sich „manchmal das Öffentliche Interesse und das Privatinteresse decken“.⁴⁴

Die Konsequenz hieraus ist, daß es gleichsam eine Adresse für die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen geben muß. Denn diese Unterscheidung ist asymmetrisch gebaut: „Es liegt im Interesse des Gemeinwohls (aber nicht: im Privatinter-

³⁹ Grimm 2001b, S. 493.

⁴⁰ Isensee 1990, S. 57 f., 61.

⁴¹ Häberle 1979, S. 323.

⁴² Vgl. zur Geschichte und Differenzierung dieses semantischen Feldes Fischer 2002b.

⁴³ Vgl. Barry 1990, S. 202 ff.; Harmon 1969, S. 485: „The public interest [...] must be viewed as (1) individualistic rather than unitary, (2) descriptive rather than prescriptive, (3) procedural rather than substantive, and (4) dynamic rather than static. Put another way, *the public interest is the continually changing outcome of political activity among individuals and groups within a democratic political system.*“

⁴⁴ Dürig 1949, S. 81, 85.

teresse), daß zwischen Gemeinwohl und privaten Interessen unterschieden wird. Während von Privaten nur das Verfolgen ihrer eigenen Interessen erwartet wird und das politische System so gebaut sein muß, daß dies möglich bleibt, ist die Reflexion der Unterscheidung von öffentlichen und privaten Interessen eine Aufgabe der Politik. Nur für sie wird die Formel reflexiv; und das heißt auch: daß die Grenzziehung letztlich politisch erfolgen muß.“⁴⁵

Die irreduzible Aufgabe der Politik besteht demnach darin, mit der semantischen Klärung der bekanntlich aufgrund politischer Interessen historischem Wandel unterliegenden Begriffe *öffentlich* und *privat* die Voraussetzung für eine berechenbare juristische Begriffsverwendung und -konkretisierung zu schaffen. Und die Aufgabe der Politikwissenschaft kann dementsprechend nur lauten, die sich in der Semantik dokumentierenden politischen Interessen zu beobachten.

So erklärte beispielsweise Bundeskanzler Schröder kurz nach seinem Amtsantritt Ende des Jahres 1998 auf dem Gewerkschaftstag der IG Metall:

„Diese Regierung hat nicht die Aufgabe, die einzelnen Forderungen aus den Verbänden zu ad-dieren und durchzusetzen, sondern sie hat die Aufgabe, das Gemeinwohl in Deutschland sozial gerecht und wirtschaftlich stark zu organisieren. Das ist der Leitfaden – nicht die Forderungen aus Interessenverbänden, Gemeinden oder einzelnen Bundesländern.“⁴⁶

Dieses Zitat zeigt *in nuce* die Funktion des Gemeinwohlbegriffs als „Integrationsformel“⁴⁷ an der „Transformationsstelle politischer Wertentscheidungen“,⁴⁸ die dazu dient, „den systemeigenen Handlungsspielraum vor zu weit gehenden Ansprüchen von außen zu schützen“ und insoweit eine „defensive Rhetorik im Sinne einer Abwehrformel“ darstellt, mit der Partial- beziehungsweise Privatinteressen gleichzeitig identifiziert und diskreditiert werden.⁴⁹

In welcher Weise und in welchem Ausmaß diese politischen Rahmensetzungen hinsichtlich der Gemeinwohlsemantik rechtliche Aspekte etwa im Bereich von Streikrecht, Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit tangieren, liegt auf der Hand. So gibt es in der Bundesrepublik keine generellen Beschränkungen der Tarifautonomie, wie sie das von der Volkskammer beschlossene Gesetz über die Rechte der Gewerkschaften in der DDR vom 06.03.1990 in § 18 Abs. 1 S. 3 bestimmte, wonach die Regierung „einen Streik aus

⁴⁵ Luhmann 2000, S. 121. Luhmann unterscheidet nicht zwischen Gemeinwohl und öffentlichem Interesse, was für sein hier herangezogenes Argument jedoch unerheblich ist.

⁴⁶ Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung, Bulletin Nr. 79, 10. Dezember 1998, S. 958 f.

⁴⁷ Brugger 2000, S. 68.

⁴⁸ Stolleis 1974b, S. 3.

⁴⁹ Hellmann 2002, S. 105. Zur Legitimierung dieser Interessen bietet sich wiederum die Gerechtigkeitssemantik an, die, nachdem sie im Bundestagswahlkampf 1998 noch von der SPD verwendet wurde, bereits kurz danach auf die neue CDU/CSU-Opposition übergang, mit dem Vorwurf einer wirtschafts- und sozialpolitisch induzierten „Gerechtigkeitslücke“ sogar im Wortlaut identisch. Demnach ist es nicht richtig, Gerechtigkeit als „*teilidentischen Relationsbegriff* zu Gemeinwohl“ zu verstehen (Häberle 1983, S. 262, 274), vgl. Münkler 1999. Vielmehr läßt sich *cum grano salis* sagen, daß der Gemeinwohlbegriff seinen konjunkturellen Aufschwung und Boom eher als Regierungsbegriff denn als Oppositionsbegriff erlebt, während es sich beim Gerechtigkeitsbegriff tendenziell umgekehrt verhält. Vgl. Barry 1990, S. 203 f.

Gründen des Gemeinwohls aussetzen“ konnte. Gleichwohl stellte das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 38, 281 (307) – Arbeitnehmerkammern fest, die Gewerkschaften müßten „bei allen ihren Aktivitäten das gemeine Wohl berücksichtigen“. Die Grenze der sich in der Koalitionsfreiheit ausdrückenden legitimen Gruppeninteressen besteht demnach darin, die Befugnisse aus Art. 9 III GG nicht gemeinwohlschädigend zu überschreiten –⁵⁰ was das Brennglas auf das Grundproblem richtet: Die verbindliche Festlegung von Gemeinwohlbelangen, die Art. 9 III GG beschränken könnten, müßte dem Gesetzgeber obliegen, der solch eine Gemeinwohlkonkretisierung aber um so lieber der Gerichtsbarkeit überläßt, als er keinerlei etatistisches Gemeinwohlmonopol mehr errichten möchte und apriorische Gemeinwohldefinitionen folglich scheut.

Wie man die Probleme auch dreht und wendet und welche Fallbeispiele man auch heranzieht – stets erscheint das Gemeinwohl mithin als semantische „Kompetenzfrage“, bei der ermittelt werden muß, wozu die Verfassung die prozessualen und materiellen Rahmenbedingungen bereitstellt.⁵¹

Wie der Beitrag von *Bardo Fassbender* zeigt, kehren die bis hierhin angesprochenen Probleme auch auf der Ebene des internationalen Rechts wieder; das Völkerrecht bildet gleichsam ein Vergrößerungsglas für die Fragen nach einer vertretbaren Gemeinwohlkonkretisierung und einer realistischen Gemeinsinnerwartung.

Der ideengeschichtlichen Darstellung von *Böckenförde* ist zu entnehmen, daß bereits im 16. Jahrhundert, bei Franz von Vitoria und Francisco Suárez, die Idee des *bonum commune humanitatis* beziehungsweise *bonum commune generis humani*, eines allgemeinen Gutes der Menschheit, in einem nicht mehr rein ethisch-postulatorischen Sinne, sondern in dezidiert politischer Hinsicht entwickelt wurde. Von hieraus rekonstruiert Fassbender die Völkerrechtsgeschichte als Geschichte einer Rechtsordnung, die vom Egoismus und der Konkurrenz der einzelnen Staaten geprägt und auf Abgrenzung ihrer Macht- und Kompetenzsphären ausgerichtet ist, sich aber im 20. Jahrhundert zunehmend zu einem „Recht der Kooperation“ gewandelt und Belangen und Interessen der „internationalen Gemeinschaft“ geöffnet hat, was völkerrechtlichen Gemeinwohl-Normen zum Durchbruch verholfen hat, vor allem dem zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*), den Verpflichtungen *erga omnes* sowie der Idee eines *gemeinsamen Erbes der Menschheit* (*common heritage of mankind*). Im Anschluß an Jost Delbrück, der für das *ius cogens* und die Verpflichtungen *erga omnes* den Begriff *public interest norms* geprägt hat, schlägt Fassbender den Terminus *common interest norms* vor, weil dieser nicht die Dichotomie von *privat* und *öffentlich* stützt, die zumal im Völkerrecht problematisch ist, aber, wie oben bei der Kontrastierung von *Gemeinwohl* und *öffentlichem Interesse* gezeigt, auch im innerstaatlichen Recht irreführend ist. Insoweit besteht eine Entsprechung zwischen Fassbenders völkerrechtlichen Überlegungen und den anderen Beiträgen des Bandes. Das völkerrechtliche Desiderat, das maßgeblich von Christian Tomuschat propagierte Theorem der *internationalen Gemeinschaft zur Konkretisierung von Gemeinwohlbelangen der internationalen Gemeinschaft* im Sinne von *common*

⁵⁰ Vgl. Arnim 1977, S. 35 ff., 239; Häberle 1970a, S. 516, 709 f.; Hansmann 1993; Knebel 1978 sowie BVerfGE 4, 7 – Investitionshilfe, BVerfGE 13, 97 – Handwerksordnung, BVerfGE 78, 249 – Fehlbelegungsabgabe.

⁵¹ Grimm 1994, S. 258 f.

goods of the international community heranzuziehen, wird als eine der größten Herausforderungen für das juristische Gemeinwohldenken insgesamt gelten dürfen.

Auch in völkerrechtlicher Perspektive wird man jedoch das Problem des Gemeinns bei der Gemeinwoh Konkretisierung nicht vernachlässigen dürfen. So wird beispielsweise zu überlegen sein, ob eine Vergrößerung der Bezugsgruppe von Gemeinwohlnormen im Zuge supranationaler Integrationsprozesse⁵² oder auch der Diskussion über die globale *internationale Gemeinschaft* möglicherweise in Rechnung stellen muß, daß je größer die *Gemeinschaft* sein soll, deren *Wohl* erstrebt wird, desto geringer der identifikationsträchtige und materiell belastungsfähige *Gemeinsinn* im erläuterten motivationalen Sinne ausfallen könnte.⁵³ Gleichzeitig kann kein Zweifel an der internationalen Konjunktur und Attraktivität des Gemeinwohlgedankens bestehen, wie die Debatte um *global public goods* zeigt.⁵⁴

Alle in den Beiträgen des vorliegenden Bandes verfolgten Überlegungen widersprechen jedenfalls Hans Kelsens Skepsis, die Begriffe *Gemeinwohl* und *öffentliches Interesse* seien außerjuristische und ideologische Formeln. Statt dessen bestätigen sie Hermann Hellers und Rudolf Smends Aufgeschlossenheit für die im Gemeinwohltopos angelegte, enge Verbindung zwischen Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft, wie sie dem Charakter des Rechts als einer „den Schatten an der Wand in Platons Höhlengleichnis nicht unähnlichen Erscheinung der politischen Ordnung“⁵⁵ auch einzig angemessen ist.

Literatur:

Arnim, H. H. von (1977), *Gemeinwohl und Gruppeninteressen. Die Durchsetzungsschwäche allgemeiner Interessen in der pluralistischen Demokratie. Ein Beitrag zu verfassungsrechtlichen Grundfragen der Wirtschaftsordnung*, Frankfurt/M.

Barry, B. (1990), *Political Argument*, Berkeley/Los Angeles.

Baruzzi, A. (1990), *Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Darmstadt.

Böckenförde, E.-W. (1976), *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt/M.

Böckenförde, E.-W. (1999), *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M.

⁵² Vgl. Schmalz-Bruns 2002.

⁵³ Vgl. Brunkhorst 2000, S. 286, der betont, um Solidaritätsprobleme globaler Größenordnung lösen zu können, bedürfe „die Weltgesellschaft eines funktionalen Äquivalents 1. für die ‚Erzwingungsstäbe‘ (Weber) und 2. für die ‚lückenlose demokratische Legitimationskette‘ (Böckenförde) des westlichen Nationalstaats“ – dafür gebe es aber „bislang noch nicht einmal eine brauchbare Theorie“.

⁵⁴ Vgl. die Definition bei Hechter (1987), S. 34: „Public goods [...] are characterized by jointness of supply (or nonrivalness) and nonexcludability.“ Vgl. auch Kaul/Grunberg/Stern 1999 sowie Ojwang/Juma 1996, S. 321, die aus afrikanischer Sicht kritisieren, daß der hohe Respekt insbesondere der anglo-amerikanischen Rechtstradition vor *property rights* in ökologischer Hinsicht problematisch sei, weil er die individuellen Freiheiten besser gegen den Staat schütze als öffentliche Güter gegen private Eingriffe, was die westliche Skepsis gegenüber substantiellen Gemeinwohlbestimmungen wiederum zu relativieren vermag.

⁵⁵ Haltern 2002.

- Brugger, W. (2000), *Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht*, in: *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, hg. v. D. Murswiek, U. Storost u. H. A. Wolff, Berlin, S. 45–71.
- Brunkhorst, H. (2000): *Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?*, in: *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, hg. v. H. Brunkhorst u. M. Kettner, Frankfurt/M., S. 274–286.
- Buchstein, H. (2002), *„Gretchenfrage“ ohne klare Antwort – Ernst Fraenkels politikwissenschaftliche Gemeinwohlkonzeption*, in: *Münkler/Bluhm 2002*, S. 217–240.
- Dürig, G. (1949), *Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“*, Jur. Diss., München.
- Engel, Chr. (2001), *Offene Gemeinwohldefinitionen*, in: *Rechtstheorie 32*, S. 23–52.
- Fischer, K. (2002a), *Die Tugend, das Interesse und der Weltlauf. Hegel jenseits des Etatismus*, in: *Politisches Denken. Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft zur Erforschung des Politischen Denkens*, S. 111–127.
- Fischer, K. (2002b), *Das öffentliche Interesse am Privatinteresse und die „ausgefranzte Gemeinnützigkeit“*. *Konjunkturzyklen politischer Semantik*, in: *Schuppert/Neidhardt 2002 (i. E.)*.
- Grimm, D. (1969), *Recht und Politik*, in: *Juristische Schulung*, 9. Jg., S. 501–510.
- Grimm, D. (1994), *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt/M.²
- Grimm, D. (2001a), *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, München.
- Grimm, D. (2001b), *Bedingungen demokratischer Rechtsetzung*, in: *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, hg. v. L. Wingert/K. Günther, Frankfurt/M., S. 489–506.
- Häberle, P. (1970a), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg v. d. H.
- Häberle, P. (1970b), *„Gemeinwohlludikatur“ und Bundesverfassungsgericht. Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 95. Bd., S. 86–125, 260–298.
- Häberle, P. (1979), *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein/Ts.
- Häberle, P. (1983), *Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: *Rechtstheorie 14. Bd.*, S. 257–284.
- Halter, U. R. (1997), *Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts 45*, S. 31–88.
- Halter, U. (2002), *Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts (i. E.)*.
- Hansmann, R. (1993), *Der Schutz des öffentlichen Finanzinteresses bei der Gewährung von Subventionen*, Münster/Hamburg.
- Harmon, M. M. (1969), *Administrative Policy Formulation And the Public Interest*, in: *Public Administration Review*, XXIX, September/October, No. 5, S. 483–491.
- Hechter, M. (1987), *Principles of Group Solidarity*, Berkeley etc.
- Hegel, G. W. F. (1969 ff.), *Werke*, Red. Eva Moldenhauer u. Karl Markus Michel, Frankfurt/M.
- Hellmann, K.-U. (2002), *Gemeinwohl und Systemvertrauen. Vorschläge zur Modernisierung alteuropäischer Begriffe*, in: *Münkler/Fischer 2002*, S. 77–109.
- Hofmann, H. (1995): *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980–1994*, Tübingen.
- Isensee, J. (1988), *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hg. v. J. Isensee u. P. Kirchhof, Bd. III, Heidelberg, S. 3–82.
- Isensee, J. (1990), *Gemeinwohl und Bürgersinn im Steuerstaat des Grundgesetzes. Gemeinnützigkeit als Bewährungsprobe des Steuerrechts vor der Verfassung*, in: *Das akzeptierte Grundgesetz. Fest-*

- schrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, hg. v. H. Maurer i. Vbdg. m. P. Häberle, W. Schmitt Glaeser u. W. Graf Vitzthum, München, S. 33–65.
- Kaul, I./Grunberg, I./Stern, M. A. (Hg., 1999), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, New York etc.
- Kersten, J. (2000), *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen.
- Knebel, J. (1978), *Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit staatlicher Einwirkung auf die tarifautonome Lohngestaltung*, Berlin.
- Koselleck, R. (1972), Einleitung, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hg. v. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Stuttgart, S. XIII–XXVII.
- Luhmann, N. (2000), *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M.
- Möllers, Chr. (2000), *Staat als Argument*, München.
- Montesquieu, Ch.-L. de Secondat, Baron de la Brède et de (1965), *Vom Geist der Gesetze*, Stuttgart.
- Münkler, H. (1998), Tugend und Markt. Die Suche nach Funktionsäquivalenten für die soziomoralischen Voraussetzungen einer freiheitlich verfaßten Ordnung, in: *Gesellschaften im Vergleich. Forschungen aus Sozial- und Geschichtswissenschaften*, hg. v. H. Kaelble u. J. Schriewer, Frankfurt/M., S. 103–114.
- Münkler, H. (1999), Gemeinwohl statt Gerechtigkeit. Vom allmählichen Austausch eines Leitbegriffs und den Folgen für Politik und Gesellschaft, in: *Der Tagesspiegel*, 28. Oktober 1999, S. 35.
- Münkler, H./Bluhm, H. (Hg., 2001), *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Historische Semantiken politischer Leitbegriffe*, Berlin.
- Münkler, H./Bluhm, H. (Hg., 2002), *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Zwischen Normativität und Faktizität*, Berlin.
- Münkler, H./Fischer, K. (1999), Gemeinwohl und Gemeinsinn. Thematisierung und Verbrauch soziomoralischer Ressourcen in der modernen Gesellschaft, in: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften: Berichte und Abhandlungen*, Bd. 7, Berlin, S. 237–265.
- Münkler, H./Fischer, K. (Hg., 2002), *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Orientierung*, Berlin.
- Ojwang, J. B./Juma, C. (1996), *In Land We Trust. Environment, Private Property and Constitutional Change*, Nairobi.
- Parsons, T. (1972), *Das System moderner Gesellschaften*, München.
- Pocock, J. G. A. (1975), *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton (New Jersey).
- Schlaich, K. (1994), *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen – ein Studienbuch*, München³.
- Schmalz-Bruns, R. (2002), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Übergang?, in: Münkler/Bluhm 2002, S. 241–272.
- Schuppert, G. F. (2002), Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: Schuppert/Neidhardt 2002 (i. E.).
- Schuppert, G. F./Bumke, Chr. (2000), *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden.
- Schuppert, G. F./Neidhardt, F. (Hg., 2002), *Das Gemeinwohl: Auf der Suche nach Substanz. WZB-Jahrbuch 2002*, Berlin (i. E.).
- Stolleis, M. (1974a), *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin.
- Stolleis, M. (1974b), Öffentliches Interesse als juristisches Problem, in: *Verwaltungsarchiv*, 65. Bd., S. 1–30.
- Zuck, R. (1999), Der unkontrollierte Kontrolleur. Die zweifelhafte Rolle des Bundesverfassungsgerichts, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24. Juli 1999, S. III.

Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls

I. Der „lästige Jurist“

Unter dem Grundgesetz auf Rechtsstaatlichkeit und Freiheit eingeschworen, nimmt der Jurist das Wort Gemeinwohl ungern in den Mund. Nicht, daß ihn die Unbestimmtheit des Ausdrucks als solche besonders schreckte. Für den Umgang mit „unbestimmten Rechtsbegriffen“ ist er gut gerüstet. In der Dogmatik des Verwaltungsrechts gibt es dafür ein eigenes Kapitel.¹ Die Gründe der Reserve liegen tiefer. Sie werden andeutungsweise sichtbar, wenn man sich klar macht, daß und warum die Juristen, scheinbar paradox, von „öffentlichem Interesse“ anders als vom *bonum commune* mit großer Unbefangenheit reden. Nun: öffentliches Interesse, das ist nur eine Sammelbezeichnung für öffentliche Interessen.² Und öffentliche Interessen sind bestimmte einzelne Belange, die – mal mehr, mal weniger – uns alle betreffen. Konkret handelt es sich um Einrichtungen des Gemeinbedarfs, als da sind Schulen, Krankenhäuser, Sportstätten, Parkanlagen, Altersheime, Friedhöfe und – in maßvoller Zahl, versteht sich – Opernhäuser, es sind Dinge wie Verkehrswege, Einrichtungen der Energieversorgung, der Abfall- und Abwasserentsorgung, des Naturschutzes und der Landschaftspflege usw. Mit alledem werden genau definierbare und je für sich begründungsfähige Gegenstände des allgemeinen Interesses bezeichnet. Und als solche können sie untereinander und können konfligierende Privatinteressen mit ihnen von Fall zu Fall argumentativ ins Verhältnis gesetzt werden. „Abwägung“ heißt hier das große Schlag- und Zauberwort.³ Im Baugesetzbuch, das von der rechtlichen Ordnung einer bunten Fülle konkurrierender Raum- und Bodennutzungsansprüche handelt, heißt es prototypisch: „Die öffentlichen und

¹ Siehe statt aller Maurer 1994, S. 111 ff., 121 ff.

² Schon vor über 30 Jahren hat Häberle den Vorgang der Differenzierung, Normativierung, Pluralisierung, Prozeduralisierung und der Ablösung vom Staatsbegriff bei der Verwendung des Begriffs „öffentliches Interesse“ in der ‚Gemeinwohlgesetzgebung‘ beschrieben; vgl. Häberle 1970.

³ Siehe dazu Hoppe 1988, S. 698. Weit über diesen Bereich des Planungsrechts hinaus haben Walter Leisner und Thomas Würtenberger den modernen Staat schlechthin als „Abwägungsstaat“ apostrophiert; vgl. Leisner 1997, Würtenberger 1999, S. 141.

privaten Belange (sind) gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen“ (§ 1 Abs. 6).⁴ Dieses Verfahren soll nach dem Willen des Gesetzgebers u. a. „eine dem Wohl der Allgemeinheit entsprechende sozialgerechte Bodennutzung gewährleisten“ (§ 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB). Zur Zufriedenheit *aller* Beteiligten bekommen das die zuständigen Verwaltungsträger eher selten hin. Aber dann kann man vor die Verwaltungsgerichte ziehen, die den Abwägungsvorgang zwar nicht in allen Einzelheiten nachrechnen, aber doch wenigstens dessen Fairneß überprüfen.⁵ Und das hat etwas Beruhigendes.

In einem solchen typisch rechtsstaatlichen Kontext offener Pluralisierung und differenzierter Prozeduralisierung des Gemeinwohlbegriffs hat kein Jurist Schwierigkeiten, jene apostrophierten öffentlichen Interessen auch „Gemeinwohlbelange“ zu nennen, d. h. im Plural über bestimmte Aspekte des allgemeinen Wohls, also dessen, was alle angeht, als Posten konkreter Interessenabwägungen zu sprechen. Charakteristischerweise wird bei diesem Sprachgebrauch keine substantielle Gemeinsamkeit beschworen und keine Solidarität in einem allumfassenden Gemeinschaftsanliegen postuliert. Das entlastet. Aber „das Gemeinwohl“ im Singular, ein *bonum commune* als solches? Das klingt nach apriorischer Vor- und Überordnung, fordert republikanische Bürgertugend ein und scheint Pflichten über die Individualrechte zu stellen.⁶ Das Thema unserer Arbeitsgemeinschaft bestätigt den Verdacht: Spannt es doch wie selbstverständlich „Gemeinwohl und Gemeinsinn“ zusammen – eine Idee der Politikwissenschaft. Der Verfassungsrechtler tritt nur zögernd und zunächst als Kritiker hinzu. Der „lästige Jurist“⁷ macht sich – wie üblich – unbeliebt mit seinem Formalismus, seinen Bedenken, seiner Skepsis, seiner Präferenz für Institutionen und Verfahren. Aber seine Wissenschaft tradiert nun einmal eine Einsicht der neueren Verfassungsgeschichte und ihrer Theorie, daß nämlich Organisationen von Herrschaft wenig taugen, wenn deren Bestand und Funktion von moralischen Qualitäten der Bürger und des Herrschaftspersonals abhängen. Das steht schon im Theologisch-Politischen Traktat des Baruch de Spinoza von 1670. Überhaupt soll das Recht als äußere, friedensstiftende Verhaltensordnung die Moral und mit ihr das Ziel des ethisch guten Lebens der Gemeinschaft aus dem Spiel lassen. Noch vor John Lockes magischem *life, liberty, property*⁸ hatte Spinoza gegen die alten, theologisch dominierten Gemeinwohllehren der Epoche das Motto vorgegeben: *Finis ... reipublicae vera libertas est* – „Der Zweck des Staates ist in Wahrheit die Freiheit.“⁹ Bekannt sind diese Gedanken in der Fassung Kants. In seinem Traktat zum ewigen Frieden hat auch er die Errichtung einer staatlichen Rechtsordnung gerade nicht von der „moralische(n) Besserung der Menschen“ abhängig gemacht, sondern als ein Problem der Ausnutzung menschlicher Naturtriebe bezeichnet, „um den Widerstreit ihrer unfriedlichen Gesinnungen in einem Volk so zu richten, daß es sich unter Zwangsgesetze zu begeben einander selbst nötigen, und so den Friedenszustand, in welchem Gesetze Kraft haben,

⁴ Siehe statt aller Brohm 1997, S. 165 ff.

⁵ Vgl. Brohm 1997, S. 252 ff. Zum Gebot des „fairen Verfahrens“ siehe Lange 1991, S. 14 ff.

⁶ Siehe dazu Hofmann 1995a, S. 91 ff.

⁷ Forsthoff 1964, S. 58 f.

⁸ Vgl. Euchner 1969, S. 202 ff.

⁹ Spinoza 1989, S. 604.

herbeiführen müssen“. Diese Aufgabe aber sei, sagt Kant, selbst für ein „Volk von Teufeln“ lösbar. Sie bräuchten dafür nur etwas „Verstand“.¹⁰ Von Gemeinsinn ist ganz entschieden keine Rede. Und dieser Emanzipation der Rechtslehre von aller Moral entspricht es, wenn in Kants „Metaphysik der Sitten“, das „Heil“ des Staates gerade nicht in dem „Wohl der Staatsbürger und ihrer Glückseligkeit“ gesucht wird, die möglicherweise „unter einer despotischen Regierung viel behaglicher und erwünschter ausfallen (könnten)“, sondern in der unbedingten, freiheitssichernden Rechtlichkeit der politischen Organisation.¹¹ Diese Staatsauffassung hat die deutsche Rechtsstaatstradition tief und nachhaltig geprägt.

II. Die Last der Geschichte

Daß der lästige Jurist dem alten republikanischen Traum vom Gemeinwohl aus Gemeinsinn, wie ihn Rousseau noch einmal geträumt hatte, mit einer gewissen Reserve begegnet, hat freilich noch andere Gründe. Sie liegen in unserer jüngeren Geschichte, deren Last wir noch immer tragen. Zu keiner Zeit haben – ausgehend von Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP „Gemeinnutz vor Eigennutz“ – Variationen der Parole vom Gemeinwohl in Rechtsetzung, Rechtsauslegung und Rechtsanwendung eine solch’ dominierende Rolle gespielt wie in den Jahren von 1933 bis 1945. Die Skala reichte von „Gemeinwohl“, „Wohl der Volksgemeinschaft“, „Wohl des Reiches“ und „Gemeinnutz“ über „Bestes der deutschen Volkswirtschaft“, „Gemeinschaftsinteresse“, „Deutsche Belange“ und „Bedürfnisse der Volksgemeinschaft“ bis zu „Aufgaben gegenüber Volk und Reich“. Michael Stolleis hat dieses Material eindrucksvoll aufgearbeitet¹² und der Rest des Textes könnte damit gefüllt werden, die teils reaktionäre, teils terroristische Funktion dieser Gemeinwohlideologie durch das Verwaltungs-, Straf- und Steuerrecht wie durch das Zivil-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht jener Zeit zu verfolgen. Doch mögen hier zwei Schlaglichter steuerrechtlicher Art genügen. Anders als man vielleicht vermuten möchte, waren gesellige und unterhaltende Veranstaltungen von Schützen- und Sportvereinen, sogar solche von soldatischen Traditionsverbänden nicht als gemeinnützig anerkannt und damit nicht von der Steuer befreit, wohl aber Dorfabende des Reichsnährstandes zur „Wiederbelebung und Erhaltung des bäuerlichen Brauchtums, bäuerlicher Art und Gesittung“. Aus sicherem Abstand wirkt das heute eher komisch. Aber das Lächeln gefriert beim nächsten Beispiel steuerrechtlich anerkannter Gemeinnützigkeit: Von der Steuerpflicht befreit wurden auch die SS-Tarnorganisationen, denen die Auswahl der Opfer des sog. Euthanasieprogramms und ihr Transport in die Vernichtungsstätten oblag, weil sie durch Tötung von „unnützen Essern“ und durch „Ausmerzungen rassistisch Minderwertiger“ dem „allgemeinen Besten“ materiell nutzten!

Freilich muß die Frage erlaubt sein: War das nicht alles bloß ein schauerlicher (vielleicht bisweilen auch nur lächerlicher) Mißbrauch des hehren Gemeinwohlgedankens?

¹⁰ Kant 1977d, S. 224.

¹¹ Kant 1977b, S. 437.

¹² Vgl. Stolleis 1974, S. 76 ff. (über Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP), S. 282 ff. (zu den steuerrechtlichen Beispielen) sowie Hofmann 1977.

Zeigt sich das nicht am besten daran, daß unser Steuerrecht unverändert auch heute noch in ganz unbedenklicher Weise mit dem steuerbefreienden Merkmal der Gemeinnützigkeit operiert? Gewiß. Aber das historisch informierte Bedenken struktureller Mißbrauchsanfälligkeit aller Gemeinwohlformeln bleibt.

Darüber hinaus ist die Perversion jener Gemeinwohlideologie dadurch noch gesteigert worden, daß man daraus eine schrankenlose Pflichtenlehre folgern konnte und gefolgert hat. Denn der Vorrang des Wohls der sog. Volksgemeinschaft schloß originäre subjektive Rechte des Einzelnen aus. In einer Abhandlung von 1941 hatte Roland Freisler, der spätere berühmte Präsident des sog. Volksgerichtshofs, klargestellt, daß das Regime den Menschen nur um der Erfüllung seiner volksgenössischen Pflichten willen und nur nach Maßgabe dieser Pflichterfüllung als Träger von Rechten anerkannte.¹³ Vollends nach der sog. totalen Mobilmachung infolge der Katastrophe von Stalingrad bedurfte es einer juristischen Monographie – Werner Weber hat sie 1943 geschrieben –, um die schier grenzenlos vielfältigen „Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen“ noch zu überblicken.¹⁴

III. Rückkehr zum Verfassungsprinzip der Freiheit

Was Wunder, daß der Parlamentarische Rat 1948/49, traumatisch auf die nationalsozialistische Verachtung des Individuums und seiner Freiheit fixiert, die Verfassungsgewährleistungen für den Schutz des Einzelnen im Grundgesetz auf ein Höchstmaß steigerte.¹⁵ In gewisser Weise tritt das Grundgesetz damit aus der deutschen Verfassungstradition heraus und sucht den Anschluß an die aufklärerisch-vernunftrechtlichen Menschenrechtserklärungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Anders nämlich als in Weimar 1919 und vordem 1848/49 in Frankfurt ist nicht mehr von den „Grundrechten und Grundpflichten (sic) der Deutschen“ oder den „Grundrechten des Deutschen Volkes“ die Rede, sondern – und zwar an der Spitze des Verfassungswerks – von Würde und unverletzlichen Rechten „des Menschen“. Daß vier der folgenden Grundrechte bloß als Deutschenrechte garantiert sind, ändert an dieser prinzipiellen Orientierung nichts.¹⁶ „Von Aufgaben und Pflichten völlig freigesetzt“, tritt das Individuum dem Staat hier „in reiner Anspruchshaltung gegenüber“.¹⁷ Mit dieser Rückkehr zum Verfassungsprinzip der Freiheit im Sinne des Kantischen Diktums „Das angeborene Recht ist nur ein einziges – Freiheit“¹⁸ werden alle Einschränkungen der Freiheit begründungsbedürftig und die Verhältnisse von Rechten und Pflichten auf Verfassungsebene neuerlich asymmetrisch – aber nun wieder zugunsten der Freiheit. Wenn *sie* das Prinzip der Verfassung ist, dann kann es nicht zugleich, in gleich originärer Weise und mit demselben Gewicht die Verpflichtung des Einzelnen zu etwas sein. Das Freiheitsprinzip der Verfassung

¹³ Vgl. Freisler 1941, S. 32. Siehe hierzu und zum folgenden Luchterhandt 1988, S. 338 ff.

¹⁴ Siehe Weber 1943.

¹⁵ Im folgenden benutze ich einige Formulierungen meiner in Fn. 6 genannten Arbeit.

¹⁶ Siehe dazu jetzt Siehr 2001.

¹⁷ Maier 1974, S. 23.

¹⁸ Kant 1777b, S. 345; siehe dazu Köhler 1994.

schließt jede rechtliche Inanspruchnahme des Menschen für letzte Güter, Ziele, Zwecke oder Werte aus, die ihn übersteigen. Feuerbachs vorläufige Thesen zur Reformation der Philosophie von 1843 paraphrasierend,¹⁹ läßt sich sagen, daß danach von Rechts wegen kein letztes Ziel, kein höchstes Gut mehr zu formulieren ist, dessen Existenz nicht Mensch heißt. In diesem Sinne spricht das Bundesverfassungsgericht wiederholt von der Würde der freien, sich selbst bestimmenden menschlichen Persönlichkeit als höchstem Rechtswert der Verfassung.²⁰ Wenn das so ist, kann dieselbe Verfassung den Menschen nicht auf Leistungen für ein Ziel über dem Menschen in Anspruch nehmen, es heiße Volk, Rasse, Klasse oder – Gemeinwohl.

IV. Das demokratische Gemeinwohlkonzept des freiheitlichen Verfassungsstaats

Erst das Prinzip der Freiheit macht das Recht zu dem, was wir im Kern darunter verstehen: eine bloß äußerliche, prinzipiell von Moral und d. h. von allen inneren Zumutungen und Nötigungen freie, dafür aber im Blick auf das äußere Verhalten mit äußerer Zwangsgewalt ausgestattete Ordnung, die Grenzen zieht. Kants apriorische Vernunft-Definition des idealen Rechts ist nichts anderes als die Beschreibung einer solchen Rahmenordnung, wenn er sagt:²¹ „Das Recht ist [...] der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

Die gesetzgebende Gewalt kann in einem solchen Rechtssystem prinzipieller Freiheit nirgendwo anders liegen als bei dem zum Gesetzgeber vereinigten Volk. Die Gesetzgebung muß um der Freiheit willen demokratisch sein – ob unmittelbar oder mittelbar, das mag zunächst dahinstehen. Kant hat dafür eine spezifisch juristische Begründung geliefert, deren Wurzeln weit zurückreichen. Das Argument lautet: Wenn das staatliche Gesetz die höchste Form ist, in der das, was Recht ist, verwirklicht wird, dann muß es vollkommen ausgeschlossen sein, daß das Gesetz Unrecht tut. Nun ist es aber niemals denkunmöglich, daß einer Unrecht tut, wenn er über einen anderen entscheidet. Ausgeschlossen ist das nur, wenn man über sich selbst entscheidet: *volenti non fit iniuria* – Wem nach seinem Willen geschieht, dem geschieht kein Unrecht. Demnach müssen, um gesetzliches Unrecht zu vermeiden, alle, also das Volk, über sich selbst entscheiden. Es mögen dann kluge oder unkluge, bessere oder schlechtere Beschlüsse herauskommen – Unrecht können sie auf keinen Fall sein – *volenti non fit iniuria*.²² Allerdings glaubte Kant, absolute Vernunftmaßstäbe des Richtigen für alle die Fälle zu besitzen, in denen es um Freiheitssicherung im Sinne seiner Rechtsdefinition geht. Nur solche Ge-

¹⁹ Feuerbach 1975, S. 240.

²⁰ Vgl. BVerfGE 48, 127 (163). In einer Vielzahl von Entscheidungen wird daneben die Menschenwürde als „oberster Wert“ und das menschliche Leben als „Höchstwert“ bezeichnet; siehe zum einen nur E 6, 32 (41); 96, 375 (398); zum anderen E 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53).

²¹ Kant 1977b, S. 337.

²² Ebd., S. 432 f. Zum Problem des Verhältnisses von individueller und kollektiver Autonomie siehe Hofmann 2001a.