

**Veröffentlichungen**  
**der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
===== **Heft 29** =====

**Werner von Simson und Martin Kriele**  
**Das demokratische Prinzip im Grundgesetz**

---

**Fritz Ossenbühl und Hans-Ullrich Gallwas**  
**Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben**  
**durch Private**

**Berichte und Diskussionen**  
**auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
**in Speyer am 8. und 9. Oktober 1970**



Berlin 1971

**Walter de Gruyter · Berlin · New York**

ISBN 3 11 00 36 84 3



Copyright 1971 by

Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Gutten-  
tag, Verlagsbuchhandlung Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., Berlin 30.  
— Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen  
Wiedergabe, der Herstellung von Mikrofilmen und der Übersetzung, vorbehalten. —  
Printed in Germany. — Satz und Druck: Druckerei Chmielorz GmbH, Berlin 44 —

# Inhalt

	Seite
Jahrestagung 1970 . . . . .	1
Erster Beratungsgegenstand:	
Das demokratische Prinzip im Grundgesetz	
1. Bericht von Professor Dr. Werner von Simson . . . . .	3
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	38
2. Mitbericht von Professor Dr. Martin Kriele . . . . .	46
Leitsätze des Mitberichterstatters . . . . .	81
3. Aussprache und Schlußworte . . . . .	85
Zweiter Beratungsgegenstand:	
Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private	
1. Bericht von Professor Dr. Fritz Ossenbühl . . . . .	137
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	203
2. Mitbericht von Professor Dr. Hans-Ullrich Gallwas . . . . .	211
Leitsätze des Mitberichterstatters . . . . .	233
3. Aussprache und Schlußworte . . . . .	237
Verzeichnis der Redner . . . . .	277
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer . . . . .	279
Satzung der Vereinigung . . . . .	294



## **Jahrestagung 1970**

In den Tagen vom 7. bis 10. Oktober 1970 fand die Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Speyer statt. Zu Beginn der Tagung begrüßte der Vorsitzende der Vereinigung, Herr Schneider (Heidelberg), die anwesenden Mitglieder, als Gäste weitere Kollegen, die an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer tätig sind, und die Vertreter der Fachzeitschriften. Er dankte dem Rektor der Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Herrn Knöpfle, den weiteren Mitgliedern ihres Lehrkörpers und dem Personal der Hochschule für die überaus sorgfältige und aufmerksame Vorbereitung und die großzügige Ausrichtung der Tagung. Die Tagung war durch keine Störung getrübt. Sie fand in den modernen Räumen der Hochschule einen recht förderlichen technischen und architektonischen Rahmen.

Die Tagung bot zahlreiche Gelegenheiten zu gesellschaftlicher Begegnung. Die Hochschule für Verwaltungswissenschaften lud die Teilnehmer und ihre Damen zu einem Begrüßungessen in die Räume der Hochschule. Der Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz begrüßte und bewirtete die Teilnehmer und ihre Damen in Frankenthal. Namens der Stadt Speyer wurden sie vom Oberbürgermeister im Rathaus nicht weniger gastlich empfangen. Durch den Speyerer Dom führte der Domprobst. Am Samstag, dem 10. Oktober, bereisten die Teilnehmer und ihre Damen noch das schöne Pfälzer Land. Bei all dem bot sich für Gastgeber und Gäste immer wieder Gelegenheit, Erfahrungen, Sorgen, Wohlwollen und Hoffnungen auszutauschen.

In der Mitgliederversammlung wurde der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder der Vereinigung, Fritz Werner, Erich Kordt, Helfried Pfeifer, Wilhelm Merk, Rudolf Petz, Adolf Julius Merkl und Franz Jerusalem gedacht. Zahlreiche neue Mitglieder wurden der Vereinigung vorgestellt, darunter ihr erstes weibliches Mitglied, Frau Staff (Frankfurt).

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden am 8. und 9. Oktober in der Hochschule für Verwaltungswissenschaften gehalten. An sie schlossen sich jeweils die Aussprachen an.



## Erster Beratungsgegenstand:

# Das demokratische Prinzip im Grundgesetz

## 1. Bericht von Professor Dr. Werner von Simson, Freiburg

	Inhalt	Seite
A.	Zum demokratischen Prinzip . . . . .	4
I.	Neuere Zweifel am demokratischen Prinzip . . . . .	4
II.	Die Eindeutigkeit des Prinzips in negativer, ausgrenzender Hinsicht . . . . .	5
III.	Der Bereich des Unbezweifelten in der positiven Ausgestaltung des Prinzips . . . . .	7
B.	Zur Anwendung des demokratischen Prinzips . . . . .	10
I.	Die Entscheidung für das demokratische Prinzip . . . . .	11
II.	Die verfassungstechnischen Mittel zur Verwirklichung des demokratischen Prinzips . . . . .	12
1.	Die Vorabbestimmung des Willens . . . . .	13
a)	Die Willensausschließung . . . . .	13
b)	Die positive Willensfestlegung . . . . .	14
aa)	Die „rechtsstaatliche und soziale“ Demokratie . . . . .	15
bb)	Die „freiheitliche“ Demokratie . . . . .	17
cc)	Die „bundesstaatliche“ Demokratie . . . . .	20
dd)	Die den Staat transzendierende Demokratie . . . . .	21
c)	Anhang: Zur Interpretierbarkeit der Vorab- bestimmung . . . . .	21
2.	Die Willensverteilung . . . . .	22
a)	Die Aufteilung innerhalb staatlich-hoheitlicher Instanzen . . . . .	22
aa)	Die Verteilung auf Gesetzgeber und Regierungs- und Verwaltungsorgane . . . . .	22
bb)	Die Verteilung auf kurz- und langfristige ausgerichtete Willensorgane . . . . .	25
cc)	Die Verteilung auf staatliche und zwischen- staatliche Institutionen . . . . .	26
b)	Die Aufteilung zwischen staatlich-hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Instanzen . . . . .	28
3.	Die Willensverschränkung . . . . .	30
a)	Die Verschränkung verschiedener Wahl- möglichkeiten . . . . .	30

aa) Die Verschränkung von zentralen und regionalen Entscheidungsebenen . . . . .	30
b) Die Verschränkung von demokratischen und undemokratischen Entscheidungsverfahren . . . . .	31
cc) Die Verschränkung von Wählerwillen und Willen des Gewählten . . . . .	31
dd) Die Verschränkung in der Mehrgleisigkeit des politischen Gesamtwillens . . . . .	32
b) Einzelne im GG vorgenommene Willensverschränkungen . . . . .	33
aa) Die Verschränkung der Willensmöglichkeit verschiedener Organe . . . . .	33
bb) Verschränkungen des Willensgefüges . . . . .	34
III. Das demokratische Prinzip in der Verfassungswirklichkeit . . . . .	35
1. Die Gefährdung durch mangelndes Demokratiebewußtsein und undemokratische Herrschaftsansprüche . . . . .	35
2. Die von der Natur der modernen Aufgaben und Probleme ausgehende Bedrohung . . . . .	35
3. Die Entwicklungsfähigkeit des demokratischen Prinzips im GG . . . . .	37

#### A. Zum demokratischen Prinzip\*)

Mir ist zumute wie einem Dorfkaplan, der beauftragt worden ist, vor dem Vatikanischen Konzil einen einstündigen Vortrag zu halten über das Thema: Die Bibel. Mein Trost ist, daß das vom Vorstand für den ersten Tag der diesjährigen Tagung bestimmte Thema seine einleitende *clausula salvatoria* in sich trägt. Es umfaßt, wollte man es voll ausschöpfen, so ungefähr den gesamten Bereich des geltenden deutschen Staatsrechts. So kann also nicht davon die Rede sein, vor der Staatsrechtslehrervereinigung das allseits Bekannte in oberflächlicher Skizzierung auszubreiten. Vielmehr muß das Referat dies alles voraussetzen, und Geistes- und Dogmengeschichte des Demokratiebegriffs müssen neben vielem anderen unerörtert bleiben.

#### I. Neuere Zweifel am demokratischen Prinzip

Aber gegen manches, was bis vor kurzem als selbstverständlich galt, erheben sich heute Zweifel. Teils stammen sie aus unseren eigenen Reihen, teils aus Nachbardisziplinen<sup>1)</sup>. Auch mehr oder weniger radikale Zauberlehrlinge und Sonntagsjäger des Staatsrechts lassen sich hören und wissen einen Teil der

\*) Die in eckige Klammern gesetzten Abschnitte wurden aus Zeitgründen nicht vorgetragen. Auf einen nach Vollständigkeit strebenden Zitierapparat wurde verzichtet.

<sup>1)</sup> Vor allem zählen hier die Politikwissenschaft und die Soziologie.

öffentlichen Meinung zu gewinnen. Die Staatsrechtslehre muß zu all dem Stellung nehmen, und ich fasse das gestellte Thema so auf, daß wir unsere Meinungen über diese Stellungnahme austauschen wollen.

Zunächst beginnt dieser Zweifel — insofern kann ich ihn als vorwiegend von außen kommend klassifizieren — mit dem Begriff der Demokratie selbst. Die Schöpfer des Grundgesetzes — bestärkt durch *Carlo Schmid's* magistrale Definition im Parlamentarischen Rat<sup>2)</sup> — gingen praktisch noch von einem eindeutigen Begriff aus. Inzwischen lesen wir bei *Konrad Hesse*<sup>3)</sup>, es gebe kaum einen verfassungsrechtlichen Begriff, dem so unterschiedliche Deutungen gegeben würden, wie dem der Demokratie. Obwohl das demokratische Prinzip die verfassungsmäßige Ordnung des GG primär bestimme, bestehe darüber, was „Demokratie“ sei, eine Fülle verschiedenster, oft gegensätzlicher Auffassungen. Die Politologen sagen ähnliches<sup>4)</sup>. Die sogenannte neue — in Wahrheit ja recht betagte — Linke wirft der heutigen Demokratie des Westens vor, sie sei weder demokratisch, noch wolle sie es sein. Sie tue nur so, um ihr wahres antidemokratisches Wesen zu verschleiern<sup>5)</sup>.

Hätten wir nun also unsere Sicherheit verloren was den Begriff eines demokratischen im Gegensatz zu einem nicht-demokratischen Staat anlangt?

## *II. Die Eindeutigkeit des Prinzips in negativer, ausgrenzender Hinsicht*

In der verfassungsrechtlich wichtigsten, der negativen, ausgrenzenden Hinsicht besteht kein Anlaß zu Zweifel und Unsicherheit. Der die Minimalanforderungen beschreibende Grenzbegriff „Demokratie“ tritt deutlich hervor, wenn man sich ansieht, was die Diktaturbeflissenen in einem Staat abschaffen, sobald sie es können<sup>6)</sup>. Dieser engere Begriff war nach

<sup>2)</sup> Parlamentarischer Rat, Plenum. Sitzung (8. 9. 1948), Stenographischer Bericht S. 13 ff.

<sup>3)</sup> K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1970, S. 52.

<sup>4)</sup> F. Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, S. 8; M. Hättich, *Demokratie als Herrschaftsordnung*, 1967, S. 11 ff., mit Hinweisen auf weitere Autoren, die den Demokratiebegriff als mehrdeutig bezeichnen (S. 13).

<sup>5)</sup> M. Hättich, *Demokratie und Demokratismus. Zum Demokratieverständnis der „Neuen Linken“*, in: Schenck (Hrsg.), *Die Wiedertäufer der Wohlstandsgesellschaft*, 1968, S. 124 ff.; vgl. auch J. Agnoli/P. Brückner, *Die Transformation der Demokratie*, 1968

<sup>6)</sup> S. z. B. R. Dubs (Hrsg.), *Freiheitliche Demokratie und totalitäre Diktatur. Eine Gegenüberstellung am Beispiel der Schweiz und der Sowjetzone Deutschlands*, Frauenfeld 1966.

der nationalsozialistischen Zeit der zunächst bei weitem wesentlichste. Er zeigte, worauf es vor allem ankommt, und wo wir uns nicht irre machen lassen dürfen. Man versucht ja, uns heute zu verunsichern, wie der seiner Erfinder würdige Ausdruck lautet. Alle überhaupt existierenden Regierungssysteme nennen sich jetzt demokratisch. Man spricht von einer kollektiven im Gegensatz zur individualistischen<sup>7)</sup> und ebenso von einer totalitären Demokratie. Auch der terminus „autoritäre Demokratie“<sup>8)</sup> wagt sich wieder hervor<sup>9)</sup>. Demokratie soll dabei so viel heißen wie „legitimiert am wahren Volksinteresse“.

Aber das ist eine Vorwegnahme des entscheidenden Problems und damit eine Verfälschung des wahren Unterschiedes zwischen demokratischen und nicht-demokratischen Zielsetzungen. Der Unterschied besteht ganz offenbar in folgendem: Bei den östlichen, wie überhaupt bei allen dogmatisch fundierten Regierungssystemen ist das Volksinteresse vorbestimmt von Wissenden, und die Aufgabe besteht nicht in seiner Erkenntnis, sondern in seiner Verwirklichung. Kollektiv, autoritär heißt hier eindeutig. Die anderen, Nichtwissenden, haben sich zu fügen, sonst handeln sie gegen das Volksinteresse. Sie zählen nur, soweit sie den Wissenden Beifall spenden.

Nach der Zielsetzung demokratischer Regierungsformen dagegen ist die Definition des Volksinteresses, welches die Staatsmacht legitimiert, einem Prozeß der freien Diskussion, und die Bestimmung derjenigen, welche diese Macht ausüben, einem nach festgelegten Regeln stattfindenden Kampf um die politische Macht überlassen<sup>10)</sup>, Regeln, die in der Hauptsache folgendes sichern sollen: die Freiheit der Meinungsäußerung, die Mitwirkung bei der Bildung des Staatswillens und bei der Kon-

<sup>7)</sup> *H. Wheeler*, *Democracy in a Revolutionary Era*, Santa Barbara 1970, S. 6.

<sup>8)</sup> *R. Ahlberg*, *Akademische Lehrmeinungen und Studentenunruhen. Linker Irrationalismus in politologischen und soziologischen Theorien*, Freiburg i. Br. 1970, spricht (S. 17) von *Karl Jaspers* „totalitär-messianistischer Konzeption des 'Volkes'“. Vgl. auch *L. Talmon*, *Die Ursprünge der totalitären Demokratie*, 1961 (deutsche Ausgabe von: *The Origins of Totalitarian Democracy*, London 1955).

<sup>9)</sup> *L. Romain-G. Schwarz* (Hrsg.), *Abschied von der autoritären Demokratie*, 1970. Kritisch darin: *Schwarz*, S. 40 ff. Der Begriff ist ein anderer als der von *W. Kägi*, *Rechtsstaat und Demokratie*, in: *Festschrift für Giacometti*, Zürich 1953, S. 107 ff., widerlegte Begriff der dezisionistisch-totalitären Demokratie, nach welchem die Mehrheit der an der Entscheidung teilnehmenden stimmbfähigen Bürger eo ipso recht hat.

<sup>10)</sup> „Competition for political leadership“ als das wesentliche Merkmal der Demokratie wird besonders hervorgehoben von *J. A. Schumpeter*, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London 1943 und 1961, S. 269 ff.

trolle seiner Ausübung, die Bereitschaft, sich dabei überstimmen zu lassen, und das Recht der Minderheit, sich um die Macht zu bemühen<sup>11)</sup>. Keines dieser Rechte kann effektiv sein ohne freie Meinungsäußerung<sup>12)</sup> und ohne daß eine Wahl besteht zwischen den jeweils Regierenden und anderen, die an deren Stelle regieren könnten. Keines dieser Rechte gibt es, so verstanden, in einer Despotie oder sogenannten Volksrepublik. Aber es gibt sie in jeder Demokratie. Das ist der Prüfstein, auf den die wechselseitigen Behauptungen über demokratische oder nicht-demokratische Zustände aufgetragen werden müssen.

[Aber auch die Demokratie, welche diese Probe besteht, bleibt immer nur ein Entwurf. Wir können kaum mehr von ihr sagen, als was *Hans Zacher* ihr zuschreibt: daß sie jedenfalls das Herrschaftssystem ist, welches die kleinste auf die Dauer vernachlässigte Minderheit aufweist<sup>13)</sup>. Sie ist die Regierungsform, in der immer aufs neue die miteinander konkurrierenden gesellschaftlichen Ansprüche auf ihren gegenseitigen Vorrang hin geprüft werden sollen.]

Was wir heute vorfinden ist also die Eindeutigkeit des demokratischen Prinzips nach dieser negativen Seite. Dem steht seine Vieldeutigkeit nach der Seite seiner weiteren Entfaltung gegenüber. Erst wo das ausgrenzende Gebot gewahrt und der Staat insoweit demokratisch ist, öffnet sich der Blick für die nach diesem Verzicht zur Wahl stehenden vielfältigen Verwirklichungsformen der positiven demokratischen Existenz. Und hier allein, nicht im Verhältnis zu pseudo-demokratischen Lehren, kann von einer Vieldeutigkeit des Demokratiebegriffs die Rede sein.

### *III. Der Bereich des Unbezweifelten in der positiven Ausgestaltung des Prinzips*

Für die konkrete Existenz des Staates, und auch gerade für seine konkrete demokratische Legitimation, sind aber Elemente der Eindeutigkeit erforderlich, die sich aus der negativen Definition noch nicht ergeben. Nicht alle diese Elemente können einem aktuellen politischen Willen entsprechen. Vieles muß,

---

<sup>11)</sup> Der Wechsel zwischen regierenden Parteien, und also die praktische Aussicht der Minderheit, zur Mehrheit zu werden, ist in der englischen Auffassung für das Funktionieren der Demokratie notwendig. Denn nur so kann die Minderheit sich überstimmen lassen, ohne sich ausgeschlossen zu fühlen.

<sup>12)</sup> *John Milton* (Areopagitica): „Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties“.

<sup>13)</sup> *H. F. Zacher*, *Freiheitliche Demokratie*, 1969, S. 20.

so sehr es sich auch bezweifeln ließe, praktisch unbezweifelt bleiben. Ich nenne als Beispiel die Artikulation des *pouvoir constituant* durch die Landtage bei der Beschlußfassung über das GG. Vieles andere, so etwa die nähere Ausgestaltung des Wahlrechts, muß einfach so oder so entschieden und der weiteren, sonst alles zersplitternden Diskussion entzogen worden sein, wenn die demokratischen Forderungen der Freiheit und Gleichheit überhaupt irgendwie zur Geltung kommen und mit Ordnung und Leistung des politischen Gemeinwesens vereinbar sein sollen.

[Diese Elemente größerer Eindeutigkeit werden auf verschiedene Weise gewonnen. Es geschieht dies teils durch unbewußtes gemeinsames Verhalten<sup>14)</sup>, teils durch vorab getroffene, das Tagesgeschehen bindende Entscheidungen. Die letzteren wieder entstehen zum einen Teil aus unbezweifelnder konventioneller Übung, zum anderen aus zwangsläufiger Fortsetzung früheren Geschehens<sup>15)</sup>, schließlich aber auch aus dem, was uns hier besonders beschäftigt, nämlich aus einer von der Verfassung bewirkten Festlegung, einem bewußten Vorsatz also. Dieser Vorsatz wiederum kann sich nur zum Teil in konkreter Normsetzung auswirken. Für vieles muß er sich auf das Offenhalten von späteren, wandelbaren Möglichkeiten und auf den Entscheidungsmechanismus richten, durch den Bestimmtheit und Wandel herbeigeführt werden.]

Denn der demokratische Staat kann natürlich nicht alles widerlegbar oder offen lassen. Er kommt ohne Unterstellungen nicht aus, er kann nicht alles wissen, was er wissen müßte, um nur auf einwandfrei erkannten Wahrheiten zu beruhen. Aber seine Unterstellungen sind von anderer Art als die der dogmatisch fundierten Systeme. Er nimmt nicht in Anspruch, daß die Wissenschaft halt zu machen habe vor seinen Axiomen. Er will nicht mehr behaupten, als daß diese Unterstellungen die frei gebildete Meinung einer großen, wechselnden Mehrheit darstel-

<sup>14)</sup> *F. A. von Hayek*, Die Irrtümer des Konstruktivismus, 1970, S. 8 und passim, macht es sich besonders zur Aufgabe, zu zeigen, „daß die Menschen in ihrem Handeln stets nicht *nur* von ihrer Einsicht in Kausalzusammenhänge zwischen bekannten, konkreten Mitteln und bestimmten, angestrebten Zielen, sondern stets auch von Verhaltensregeln geleitet werden, deren sie sich selten bewußt sind, die sie gar nicht absichtlich geschaffen haben, und deren Funktion und Bedeutung zu entdecken eine schwierige und nur unvollkommen gelöste Aufgabe der Wissenschaft ist“.

<sup>15)</sup> *F. Scharpf*, aaO. (s. Anm. 4) S. 61 weist nach Belegen von *A. von Brünneck* darauf hin, daß in den öffentlichen Haushalten der Bundesrepublik „die politisch nicht disponiblen 'versteinerten' Ausgabepositionen etwa 90 Prozent des Gesamtvolumens ausmachen.“

len oder daß sie als nützliche Konvention, als eine Formel also, die um der Notwendigkeit eindeutigen Handelns willen die Diskussion zunächst einmal abschließt, unabhängig von ihrem objektiven Wahrheitswert akzeptiert werden.

Die wesentlichste derartige Unterstellung in der Demokratie betrifft das Formale. So wird z. B. unterstellt, die Mehrheit treffe eher das Richtige als die Minderheit<sup>16)</sup>. Der oft gehörte Vorwurf der „Formaldemokratie“ ist deshalb nichts anderes, als der Vorwurf des Nichtdemokraten gegen die Demokratie. Jede Demokratie ist zunächst eine Formaldemokratie. Denn der Verzicht auf das einer demokratischen Zustimmung nicht weiter unterliegende Absolute ist, wie vielfach erkannt worden ist, eben nur möglich, wenn die Regeln, die über den jeweiligen Vorrang einer Meinung über die andere entscheiden, ihrerseits für absolut genommen werden. Ein Organismus ohne Regeln, das weiß auch die Biologie, geht an sich selbst zugrunde.

[Die besonderen Bedingungen, unter denen allein diese hochkomplizierte politische Lebensform mit den Anforderungen staatlicher Selbsterhaltung vereinbar ist, und die Fragen, die sich aus dem Verhältnis der Demokratien zu Staaten ergeben, die strafferer Befehlsformen bedürfen oder zu bedürfen glauben, kann ich hier nicht erörtern. Diese Fragen sind bis in die jüngste Zeit hinein in katastrophaler Weise leicht genommen worden<sup>17)</sup>. Wir fangen erst an, zu sehen, zu welchen Despotien der Versuch der Einführung von Freiheiten dort führt, wo deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Wir müssen uns, in einem Zeitalter universaler Bedrohungen, auf die politischen Gebilde einrichten, die wir vorfinden, und nicht auf die, die wir uns an deren Stelle wünschten.]

Für die Unterscheidung, auf die es uns ankommt, bleibt es bei der klaren Alternative: Wo der Staat, sei es infolge nicht zu beseitigender Machtverhältnisse, sei es, weil er sonst seine Daseinsbedingungen nicht erfüllen kann, nicht auskommt mit freiwillig akzeptierten, keinem materiellen Wahrheitsanspruch widersprechenden, der Diskussion und freien Meinungsbildung offenstehenden Unterstellungen, wo er also wissenschaftliche, d. h. der prinzipiellen Widerlegbarkeit unterliegende Aussagen für unwiderleglich erklären und deren Leugner einsperren, töten oder verbannen muß, da mag an sonstiger Gleichheit und

<sup>16)</sup> Das war wenigstens die Prämisse, von der aus *Rousseau* zu der Ansicht gelangte, der in der Minderheit Stimmende habe sich geirrt, da es sein wahrer Wille gewesen sein müsse, in der Mehrheit zu stimmen.

<sup>17)</sup> Dies wird besonders deutlich in der Darstellung von *J. K. Galbraith*, *Ambassador's Journal*, London 1969.

Freiheit gewährt sein was will, da mögen Leistungen der höchsten Art erbracht werden, aber da besteht keine Demokratie. Denn da kann der Staat eine ganz bestimmte Gleichheit, nämlich die Gleichheit der Erkenntnismöglichkeiten und des damit verbundenen Rechts auf Irrtum, und eine ganz bestimmte Freiheit, nämlich die Freiheit der objektiven Wahrheitsfindung, nicht dulden. Das ist die Beziehung dieses undemokratischen Herrschaftstypus zur Wahrheit.

Seine Beziehung zur Freiheit und Menschlichkeit kann ich nicht besser ausdrücken als durch das Wort *Rilkes*, wonach „eine Zeit, die die göttliche Güte der Vorsehung vorweg auszuverteilen unternimmt, zugleich auch die ältesten Vorräte der Grausamkeit unter die Menschen reißt“<sup>18)</sup>. Wir Älteren, die wir die Unmenschlichkeit — nicht als Versagen, sondern als Prinzip — mit Augen gesehen haben, können kaum fassen, wie schnell dieses apokalyptische Bild der Vorstellung unserer Zeit verblaßt ist.

### **B. Zur Anwendung des demokratischen Prinzips**

Es erübrigt sich, vor dieser Versammlung die einzelnen Regelungen, mit denen das GG auf die soeben geschilderte Alternative reagiert, noch etwa nachzuzeichnen. Stattdessen will ich versuchen, das allgemein Bekannte in bestimmte methodische Kategorien einzuteilen und damit die Technik zu schildern, mittels derer das GG das demokratische Prinzip zu politischem Leben zu bringen sucht. In dieser methodischen, eigentlich dem Gebiet der allgemeinen Staatslehre zugehörigen Richtung besteht nämlich nach meiner Meinung ein Nachholbedarf. Wir brauchen dieses methodische Instrumentarium um so nötiger, als wir zunehmend in überstaatliche Verfassungsfragen verstrickt werden, die in neue Begriffe gefaßt werden müssen.

Die Theorie des demokratischen Gedankens selbst mag ausgiebig genug behandelt worden sein. Ich habe ihr jedenfalls, wie Sie gesehen haben, nichts hinzufügen können. Die Theorie der Anwendung dieses Prinzips steht dagegen in ihren Anfängen. Man kann sie heute, wenn ich recht sehe, in drei Felder aufteilen:

In dem einen wird gefragt, ob die hier definierte Freiheit den Preis wert sei, den sie kostet, ob wir also Demokratie haben sollten bzw. uns leisten könnten, oder nicht, und ob da etwa Graduierungen möglich seien (unten I).

<sup>18)</sup> Zitiert bei *W. Haftmann*, Skizzenbuch. Zur Kultur der Gegenwart, 1960, S. 13, der hinzufügt: „Um 90 v. H. theoretisch zu beglücken, werden 10 v. H. praktisch erschlagen.“

Im zweiten Feld ist die Frage, ausgehend von der Bejahung der ersten, welche Mittel zu Gebote stehen, um den erwünschten Freiheitsgrad und die vorläufigen Unbestimmtheiten zu sichern, die er verlangt. Wie kann also versucht werden, das politische Leben mit seinen Kräften und ständig drängenden Impulsen auf den Vorsatz der Freiheitsgewährung im demokratischen, wahrheitssuchenden Sinne festzulegen (unten II)?

Im dritten Felde schließlich stellt sich die Frage nach den wirklichen Folgen des derart Betriebenen, die Frage, die wir gewohnt sind, als die nach der Verfassungswirklichkeit zu bezeichnen (unten III).

### *I. Die Entscheidung für das demokratische Prinzip*

Die erste Frage möchte ich aus unserem Thema ausklammern. Den Schöpfern des GG hat sie sich gar nicht erst gestellt. Sie durften ihr *pouvoir constituant* ja nur unter der Voraussetzung und ausdrücklichen Bedingung ausüben, daß sie einen demokratischen Staat gründeten. Darüber hinaus beschränkt sich, im Gegensatz zu Weimar, auch heute noch die grundsätzliche Ablehnung dieser politischen Lebensform auf eine unbedeutende Minderheit.

[Ein Teil davon zieht die einzig in Betracht kommende Alternative, die Zugehörigkeit zum kommunistischen Machtsystem in einer seiner Ausprägungen, vor. Ein anderer übt sogenannte theoretische Kritik, die in ihrer intelligenteren Schicht das Vorliegen der kommunistischen Alternative erkennt und sie ablehnt. Sie hat sich daher für die Abkehr von allen weltlichen Versuchungen entschieden<sup>19)</sup>. Ihre weniger nachdenklichen Gefolgsleute können eine ernst zu nehmende dritte Möglichkeit nicht einmal andeutungsweise aufzeigen und halten das zum Teil auch für unter ihrer Würde. Für das weitaus überwiegende Bewußtsein unserer Zeit ist jedenfalls der demokratische Staat als möglich, ja als nötig erkannt und damit unserem staatsrechtlichen Denken vorgegeben. Diese Entscheidung ist nicht mehr, wie uns *Carl Schmitt* und *Hans Kelsen* im Interesse einer realeren Erfassung der damals in Betracht kommenden Möglichkeiten belehren mochten, beliebig und für die Geltung des Rechtes irrelevant<sup>20)</sup>. Sie ist Vorbedingung für eine Qualität des Rechts, die wir heute mit seinem normativen Geltungsanspruch identifizieren.]

<sup>19)</sup> Vgl. G. Rohrmoser, *Das Elend der kritischen Theorie*. Theodor W. Adorno, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, 1970, S. 103 ff.; C. Graf von Krockow, *Die Entscheidung*, 1958, S. 92 Anm. 206.

<sup>20)</sup> Statt vieler vgl. H. Ehmkes Gleichsetzung von C. Schmitt und H. Kelsen in: *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, S. 33 ff.

## II. Die verfassungstechnischen Mittel zur Verwirklichung des demokratischen Prinzips

Begeben wir uns also getrost auf das zweite Feld, dessen Behandlung den Hauptteil dieses Berichts bildet. In diesem Felde stellt sich die Frage nach den Mitteln, mit denen das demokratische Prinzip in die Staatswirklichkeit zu übertragen ist. Hier sucht die Staatstheorie, die wir damit auch die demokratische Theorie nennen können, jetzt ihren eigentlichen Standort.

Die Demokratie ist ein Vorsatz. Aber wie führt man einen solchen Vorsatz in das politische Leben ein, so daß er zugleich das Essentielle gegenüber abweichenden späteren Willenslagen sichert und doch für das übrige den Willen frei läßt?

Die Kategorien, in die ich diese Mittel aufteilen möchte, sind: erstens die Ausschließung bestimmter Willensmöglichkeiten und die Festlegung des Willens auf bestimmte Ziele, zusammenzufassen als die Vorabbestimmung des Willens (unten 1), zweitens die Willensverteilung (unten 2), und drittens die Willensverschränkung (unten 3). Es handelt sich also darum, daß zunächst bestimmte Dinge als Möglichkeit politischen Willens in dem derart verfaßten Staat überhaupt ausgeschlossen, andere dem Tageswillen durch die Verfassung vorgegeben oder doch aufgetragen werden; daß ferner die Möglichkeit des verbleibenden politischen Willens auf verschiedene Willenssubjekte oder auf verschiedene Verfahren der Willensbildung verteilt wird; und daß schließlich die derart verteilten Willensmöglichkeiten untereinander verschränkt, d. h. voneinander abhängig gemacht, vorformuliert und auf bestimmte Alternativen reduziert werden, zwischen denen das zuständige Willenssubjekt allein wählen kann<sup>21</sup>). Alle drei Mittel dienen der Stabilisierung vorgefaßter oder von besonderen Bedingungen abhängiger Entschlüsse gegenüber dem auf aktueller Majorität beruhenden Willen. Sie stellen also eine Modifikation des einfachen demokratischen Prinzips dar.

---

<sup>21</sup>) Der Einwand von H. Ehmke (VVDStRL 24, S. 94 f.), die Frage der Organisation der Lenkungs-, Leitungs-, Koordinierungs- und Führungsfunktion im Staat komme zu kurz, wenn man davon ausgehe, „die ganze Politik (bestehe) offenbar einfach in Willensbildung“, scheint mir nicht gegen die Auffassung zu sprechen, wonach die verfassungsrechtliche Sicherung politischer Fundamentalentscheidungen in der Tat durch die hier unterschiedenen Formen der Willensbeeinflussung erfolgt. Das politische Geschehen wird damit nicht voll erfaßt, aber in Grenzen verwiesen (verfaßt).

Wie setzt das GG diese Mittel ein?

*1. Die Vorabbestimmung des Willens*

*a) Die Willensausschließung*

Nehmen wir zunächst die Vorabbestimmung des Willens. Von dieser gehe ich zuerst auf die Willensausschließung ein.

Im GG ist das, was von seinem Staat überhaupt nicht gewollt werden kann, was also durch kein Tätigwerden eines verfassungsmäßigen Organs zum Staatswillen zu erheben ist, bekanntlich in Art. 79 III aufgezählt. Damit wird die Identifizierung bestimmter, für unangreifbar erklärter Verfassungszustände mit dem Gesamtbestand des konkret verfaßten Staates ausgesprochen. Ich übergehe die hierin liegende Problematik, sowohl was den Umfang dieses Katalogs als auch was die Legitimation zu derartigen Festlegungen betrifft. Sie ist uns allen geläufig. Wichtig ist mir hier nur die damit ausgesprochene Abkehr vom Positivismus sowohl der einfachen als auch der verfassungsändernden Gesetzgebung. Ein ein für allemal geltender positiver Verfassungswille beschränkt die Möglichkeit abweichender konstitutioneller und subkonstitutioneller Rechtsetzung.

[Daß dies bei uns durch einen Rechtssatz, und nicht, wie bei anderen Demokratien, durch das sichere Bewußtsein der Bürger erfolgt, die dem Staat bei Verletzung bestimmter Grundsätze die Gefolgschaft versagen würden, ist gut zu erklären. Denn gerade dem rechtlichen Deutschen fällt es unendlich schwer, das eigene Urteil über Eid und Gesetz zu stellen. Stein, York und die Göttinger Sieben, auch die Männer des Widerstands gegen Hitler, sind Ausnahmen. Heute besteht jedenfalls, neben dem inneren, ein äußeres Gesetz, vermöge dessen der Staat es zu seiner Bedingung und zugleich zu seiner Rechtfertigung macht, daß er für das Gebiet des ihm nicht zugänglichen, dessen was zu wollen ihm nicht erlaubt ist, jede mögliche Staatsmacht konsumiert und ausschaltet.]

Die negative Funktion der Verfassung betrifft zunächst die Abhängigkeit der Staatsmacht von demokratischer Legitimation, sodann die grundrechtlichen und anderen Freiheiten, schließlich das Ausklammern unmenschlicher Möglichkeiten aus dem rechtlich legitimierbaren Staatshandeln. Dieser Verzicht beansprucht jetzt unter den staatsbegründenden Faktoren den vielleicht höchsten Rang, höher noch als den der Legitimation durch eine Ordnung und Leistung, die auf diese Dinge keine Rücksicht nähme. Nicht was der Staat alles kann, sondern was er nicht können darf, bindet heute viele Bürger an ihren Staat. Und das Widerstandsrecht des Art. 20 IV richtet sich genau-

so gegen die von der öffentlichen Gewalt unternommenen, wie gegen private Angriffe auf die verfassungsmäßige Ordnung. Zugleich ist, in einem die Demokratie mehr und mehr faktisch unterbauenden Sinne, dieses Nichtkönnen zur Grundbedingung für die überstaatliche, immer lebenswichtiger werdende Gruppenzugehörigkeit der Demokratien untereinander geworden. Ubi libertas nicht nur, sondern ubicumque libertas, ibidem patria.

Auch andere, im GG selbst nicht als unveränderlich bezeichnete Grundsätze nehmen daran teil. Ich nenne nur den in Art. 26 I verbotenen Angriffskrieg. Die Verfassungswirklichkeit geht hier über den Verfassungstext hinaus. Die neuere Zeit neigt sogar dazu, und zwar nicht nur bei uns, das Gewissen, oder was dafür ausgegeben wird, schon in mehr und mehr formloser, eines Anerkennungsverfahrens nicht mehr bedürftiger Weise zur Geltung gegenüber dem Staatswillen kommen zu lassen. Plebiszitäre Erscheinungen, vom GG so ängstlich vermieden, treten auf, und ihre Unterdrückung wird politisch nicht leicht genommen. Kennzeichnend hierfür ist die neuere Behandlung des Demonstrationsrechts, und die Protestbewegung gegen den Krieg in Vietnam. Es sind Zeichen im guten, hoffnungsvollen, aber auch im bedrohlichen, dilettantisch irrenden oder bewußt zerstörerischen Sinne: Chancen und Gefahren der Demokratie.

#### b) Die positive Willensfestlegung

Soviel zur Willensausschließung. Die Frage der positiven Willensfestlegung ist zweifellos eine Frage des Aufbaus der Freiheit in der Gesellschaft, die Frage also zunächst, welche Entscheidungen als Grundbestand des ganzen Zusammenlebens vorweggenommen und damit der weiteren Diskussion, dem Wettbewerb der Meinungen und Überzeugungskräfte, der Veränderlichkeit je nach Zustimmung oder Ablehnung entzogen bleiben sollen. In welcher Hinsicht soll, um den fruchtbaren Begriff *Herbert Marcuses*<sup>22)</sup> hier anzuwenden, der Staat eindimensional, d. h. ohne Wahl bleiben, und in welcher anderen soll, gewissermaßen als Lohn und Sinn dieser Eindeutigkeit, die Ausbildung mehrerer Dimensionen und die Wahl zwischen diesen möglich, ja erforderlich sein?

Nach meiner Ansicht nimmt das GG zu dieser Frage — neben dem Bundesstaatsprinzip — Stellung durch die Eigenschaftswörter, mit denen es die Demokratie versieht. Rechtsstaatlich und sozial muß sie sein. Insoweit bleibt es bei *einer* Dimension. Aber solange sie dieses ist, soll und muß sie frei-

<sup>22)</sup> H. Marcuse, *Der eindimensionale Mensch*, 1969.

heitlich sein, und das heißt, daß mehrere Dimensionen, und die Wahl zwischen diesen, zu ihrem Wesen gehören. Lassen Sie uns unter diesem Gesichtspunkt einen kurzen Blick auf die Begriffsgruppe rechtsstaatlich und sozial auf der einen, und auf die Freiheitlichkeit auf der anderen Seite werfen.

aa) Die „rechtsstaatliche und soziale“ Demokratie

Auf der Bonner Tagung 1953 sind die Begriffe sozial und rechtsstaatlich, und ihr Verhältnis zueinander, erörtert worden<sup>23)</sup>. Es handelt sich hier um ein Grundthema des deutschen Staatsrechts. Als praktisch unbestritten kann heute gelten, daß die Verbürgungen der Rechtsstaatlichkeit nicht so weit reichen, unsoziale Zustände zu verteidigen, die sich ohne diese Verbürgungen beseitigen lassen würden. Auch daß das Wort sozial eine verfassungsrechtlich gebotene Auslegungsdirektive für die Rechtsanwendung ist, wird allgemein anerkannt.

[Die weiteren Verwirklichungen des Sozialen aber werden teils angesehen als einfache rechtliche Gegebenheiten innerhalb des verfassungsrechtlich Möglichen, aber nicht Gewährleisteten<sup>24)</sup>, teils mit dem höheren Anspruch ausgestattet, sie entsprächen einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Gesetzgebers, die bisher nur teilweise erfüllt worden sei, und die insbesondere die Auslegung der Grundrechte beherrschen müsse<sup>25)</sup>.]

Darüber hinaus fragt es sich: wieviel von dem, was sozial ist, steht im GG, und wieviel ist der freiwilligen Verwirklichung überlassen? Ich folge der gegenwärtig auch wohl überwiegend gebilligten Meinung von *Otto Bachof*, wonach der grundsätzliche Akzent auf der Freiwilligkeit liegt<sup>26)</sup>. Sozial heißt danach, wenn ich es richtig deute, nicht nur, daß die soziale Leistung erbracht, sondern auch, daß sie in freiwilliger Verantwortung erbracht wird.

[Ein schönes Wort aus *Mommsens* Römischer Geschichte mag dies erhellen: „Nach dem gleichen Naturgesetz“ heißt es dort,

<sup>23)</sup> Bericht von *E. Forsthoff*, Mitbericht von *O. Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12, S. 8 ff. und 34 ff.

<sup>24)</sup> So auch *W. Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im GG der BRD, in: Festschrift für Bergstraesser, Diskussionsbeitrag, 1954, S. 284; *ders.*, in: VVDStRL 12, S. 89; *ders.*, Obrigkeitsstaat oder soziale Demokratie? in: Gewerkschaftliche Monatshefte, Juni 1959, S. 349. Dazu *M. Hättich*, aaO. (s. Anm. 4) S. 5, bes. Anm. 5.

<sup>25)</sup> In dieser Richtung wieder: *H. Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969.

<sup>26)</sup> VVDStRL 12, S. 81, Leitsatz 7.

„weshalb der geringste Organismus unendlich mehr ist als die kunstvollste Maschine, ist jede noch so mangelhafte Verfassung, die der freien Selbstbestimmung einer Mehrzahl von Bürgern Spielraum läßt, unendlich mehr, als der genialste und humanste Absolutismus; denn jene ist der Entwicklung fähig, also lebendig, dieser ist, was er ist, also tot“.]

Aber in einer Hinsicht ist dieses Bild zu ergänzen, und es erlebt hier die berühmte normative Kraft des Faktischen eine Revitalisierung. Das eigene Handeln des Staates fügt der Rechtsstaatlichkeit materielle Inhalte zu. Was einmal in sozialer Hinsicht freiwillig gewollt war und verwirklicht worden ist, ist nunmehr, vielleicht nicht in allen, aber doch in allen wesentlichen Stücken, der Freiwilligkeit entzogen. Konnte der Zustand vor Erlaß des Bundessozialhilfegesetzes allenfalls für verfassungsmäßig angesehen werden, weil das soziale Geben, wie das BVerfG anerkannte, das Vorhandensein von Mitteln voraussetzt, über die nur in politischer, nicht in richterlicher Verantwortung verfügt werden kann<sup>27)</sup>, so würde die ersatzlose Aufhebung dieses Gesetzes wohl kaum diese Probe bestehen. Und so geht es mit manchem anderen. Hat sich einmal gezeigt, daß ein bislang der Verfassung nicht genügender Zustand nicht mehr die Einrede der Unvermeidlichkeit für sich hat, so wird die Beseitigung dieses Zustandes zum positiven Verfassungsgebot<sup>28)</sup>.

Eine weitere Bedeutung dessen, was das GG mit dem Wort sozial hat festlegen wollen, tritt mehr und mehr in den Vordergrund, die Tatsache nämlich, um mich einer Formulierung *Hans Peter Ipsens*<sup>29)</sup> zu bedienen, „daß dem verfaßten Träger der Verantwortlichkeit für die rational organisierte Selbsterhaltung von Menschen eines Territoriums<sup>30)</sup> heute obliegt, gesellschaftliche Konflikte im Innern weithin durch öffentliche Wirtschafts- und Sozialpolitik auszugleichen und zu neutralisieren“. Das heißt: der Staat darf solche Konflikte heute nicht

<sup>27)</sup> BVerfGE 1, 105; 8, 329.

<sup>28)</sup> „Eine Mauer“, sagt *Wallenstein*, „aus meinen eigenen Werken baut sich auf, die mir die Umkehr türmend hemmt“ (*Wallensteins Tod*, I 4).

<sup>29)</sup> *Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaften* 1970, S. 5.

<sup>30)</sup> Wenn *H. P. Ipsen*, aaO. (s. Anm. 29) S. 2 einer Formulierung *Arnold Gehlens* folgend, den letzten Sinn des Staates letzten Endes nur als rational organisierte Selbsterhaltung eines geschichtlich irgendwie zustand gekommenen Zusammenhangs von Territorium und Bevölkerung verstehen zu können glaubt, so unterschätzt er die Notwendigkeit des im Staat bewahrten Irrationalen, ohne das wir, wie *F. A. von Hayek*, aaO. (s. Anm. 14) erläutert hat, nicht auskommen.

ungelöst bestehen lassen, indem er die einseitige Majorisierung zuläßt, wo die Berücksichtigung der Minorität geboten ist. Er muß, darauf kommt es hinaus, dem Schwachen eine die Härten der Mehrheitsentscheidung ausgleichende Hilfe geben<sup>31)</sup>. Soviel zu den Begriffen sozial und rechtsstaatlich.

bb) Die „freiheitliche“ Demokratie

Damit ist angedeutet, welche Inhalte das GG, soweit das demokratische Prinzip in Frage kommt, als mit sich selbst identisch, als unveränderlich im Rahmen seines Bestehens in Anspruch nimmt. Daß es nicht mehr ist als dies, das eben wird durch das Wort freiheitlich ausgedrückt. Es bedeutet in diesem Zusammenhang, daß jede konkretere inhaltliche Ausformung des Staates, die den Anforderungen dieser Unveränderlichkeit entspricht, legitim ist im Sinne der Demokratiepostulate des GG<sup>32)</sup>. In weiterer als in dieser Hinsicht ist der nach dem GG zulässige politische Wille nicht gebunden, soweit die Wahrung des demokratischen Prinzips in Frage kommt. Zwischen den möglichen Formen und Inhalten der Demokratie kann in diesem Rahmen die jeweilige Gegenwart frei wählen. Das bedeutet zugleich, daß diese Wahl in der eigenen Verantwortung dieser Gegenwart liegt.

Und hier finden wir denn auch den wahren Kern der Vorwürfe, welche — teils gut-, teils weniger gutgläubig — gegen die Freiheitlichkeit, also die mangelnde Bestimmtheit des GG in bezug auf die konkrete Ausformung des Staats- und Gesellschaftsbildes erhoben werden. Nicht, daß die gewünschten Zustände nach dem GG ausgeschlossen seien, ist das wahre Gravamen, sondern daß zu ihrer Herbeiführung die Zustimmung einer Mehrheit erforderlich wäre. Die Mehrheit ist danach nicht einsichtig genug, um das für alle Erwünschte selbst zu erkennen und zu wollen. Das GG hätte ihr diesen Entscheidungsprozeß abnehmen und von den Möglichkeiten demokratischer Existenz diejenige als die einzig zulässige festlegen sollen, die heute von einer erleuchteten Minderheit als solche erkannt wird.

<sup>31)</sup> Dieser Gedanke wird eindringlich von W. Abendroth, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 12, S. 86 ff. vertreten.

<sup>32)</sup> Mit Recht — *Dürig* nennt es selbstverständlich — beschränkt man aber wohl die Unveränderlichkeit der Grundsätze des Art. 1 und 20 auf eben das Grundsätzliche ihrer Aussage, so daß ausdehnende Interpretationen, wie z. B. das ausdrücklich auch auf Art. 20 gestützte Verbot der Finanzierung allgemeiner Parteizwecke aus staatlichen Haushaltsmitteln (BVerfGE 20, 56 ff.) nicht daran teilnehmen. Auch die Einführung des Abs. 4 in Art. 20 begegnet methodischen Bedenken, zumal sich über dessen Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit durchaus streiten läßt.

Wir brauchen gar nicht zu untersuchen, ob diesen Kritikern<sup>33)</sup> wirklich solche überlegenen Geistes- und Wertungskräfte zu kommen. Denn auch dann müßten wir daran festhalten, daß innerhalb der genannten Grenzen, die das Hervorgehen undemokratischer Resultate aus demokratischen Prozessen verhindern sollen, die Auswahl der Lebensform eben nicht nach objektiven, vorweg entscheidenden Kriterien erfolgen soll, sondern danach, was eine bestimmte Zeit mit den in ihr Lebenden sich als richtig vorstellt. Und gerade dieses Recht, sich sein Glück selbst vorzustellen, sich die zum Glück der anderen zu erbringenden Opfer selbst zuzumuten, vor allem aber auch, über diese Dinge abweichend von anderen denken zu dürfen, kann eine Demokratie ihren Bürgern nicht vorenthalten, und auch, anders gesehen, nicht ersparen wollen. Die Möglichkeit näherer Anpassung der allgemeinen Vorsätze an das jeweils Mögliche und Erträgliche, die Freiheit der Entscheidung bei dieser Anpassung, die Wandelbarkeit und Aufnahmefähigkeit jedes gegebenen Zustandes, die Verantwortung schließlich für Gelingen und Fehlschlagen des Ganzen, gehören in das Blickfeld und die Entscheidungsgewalt der lebenden Zeit. Wer anderes für richtig hält, nenne es wie er will. Aber er nenne es nicht Demokratie.

Zwei Fragen, die sich aus dieser Freiheitlichkeit und Ausbaubedürftigkeit des grundgesetzlichen Staatsbildes ergeben, sollen wenigstens erwähnt werden. Einmal die Verteidigung der Demokratie gegen den Mißbrauch ihrer Freiheiten. Ich muß ihre Erörterung, mit all der in ihr liegenden Zweifelhaftigkeit, hier beiseite lassen.

[Hier wählt das GG jedenfalls einen Mittelweg: es läßt den Widerstand des Einzelnen zu, wenn der Staat versagt. Es erlaubt das Parteiverbot und die Aufhebung des verfassungsrechtlichen Schutzes bei der Ausübung bestimmter Grundrechte. Aber es unterstellt die Einleitung dieser Maßnahmen, außer vielleicht in ganz eindeutigen Fällen, der abwägenden Beurteilung durch die Regierung oder durch eines der beiden Gesetzgebungsorgane, und weist die ausschließliche Sachkompetenz dem BVerfG zu. Darin kommt zum Ausdruck, daß die Verteidigungsrechte Einschränkungen des demokratischen Gedankens

---

<sup>33)</sup> Z. B. R. P. Wolff, *Das Elend des Liberalismus* (übers. von E. Balser), 1970. Auch Winfried Martini, *Apologet Salazars* im Sinne von Dostojewskis Großinquisitor, hält die Freiheitlichkeit des GG für verfehlt. Diese Mahnungen sind nicht überflüssig, sondern müssen ständig neu bedacht werden. Sie laufen im Grunde auf eine Einschätzung der Menschen in einem bestimmten Volk, und auf dessen Eignung zur Demokratie hinaus.

sind, wenn auch um seiner Erhaltung willen. Sie sollen verhindern, daß der demokratische Staat, wie *Hegel* sagte, stirbt an der Furcht zu sterben<sup>34</sup>.)]

Ebenso wichtig ist die zweite Frage, wie nämlich zu verhindern ist, daß die rechtsstaatliche Verfassung, die, wie *Ernst Forsthoff* festgestellt hat, in relativ hohem Maße an den gesellschaftlichen status quo gebunden ist<sup>35</sup>), diesen in undemokratischer Weise verfestigt. Es wird ja heute mit besonderer Intensität der Vorwurf erhoben, nicht alle sozialen und politischen Konflikte seien in der Wirklichkeit unseres Staates der freien Auseinandersetzung anheimgestellt. Bestimmte interessengebundene Entscheidungen, so heißt es, seien in Wahrheit vom GG vorweggenommen und der demokratischen Veränderlichkeit entzogen worden. Es soll sich dabei keineswegs um nebensächliche Entscheidungen handeln. Vielmehr sind diese vorwegnehmenden Zementierungen, glaubt man der sogenannten kritischen Theorie, nachgerade für alles denkbare Übel, von der Ausbeutung ahnungslos Unterdrückter bis zur sexuellen Perversion, verantwortlich zu machen, und zwar, das ist die größte Gemeinheit, ohne daß es jemand merkt, außer eben den Schreibtischtätern der Menschheitsbefreiung.

Sieht man sich aber die umfangreiche, zum Teil leidenschaftlich entrüstete Literatur zu dieser Frage daraufhin an, um welche Entscheidungen es sich da handeln soll, so bleibt im Grunde keine einzige positive Regelung sichtbar, auf die sich dieser Vorwurf stützen könnte. Nicht nur die vom damaligen Minister *Höcherl* apostrophierten Beamten des Bundesinnenministeriums, sondern auch manche Kritiker unserer Verfassungszustände scheinen gelegentlich ohne das GG unterm Arm herumzulaufen. Eine angebliche Wurzel allen undemokratischen Übels etwa, das Privateigentum an den sogenannten Produktionsmitteln, widerlegt gerade diese Kritik: es ist im GG ja gar nicht zementiert. Art. 15 läßt seine Vergesellschaftung ausdrücklich zu. Er macht sie nur von einer lästigen Bedingung abhängig: daß nämlich eine Mehrheit — es braucht noch nicht einmal eine verfassungsändernde zu sein — sich dafür ausspricht. Nicht daß das GG diesen heilsamen Schritt verhindere, sondern daß es die freiwillige Zustimmung einer

---

<sup>34</sup>) Über Ansichten wie die *Otto Strassers* (*Politische Studien*, Heft 172 [1967], S. 138), wonach jedes Verbot undemokratischer Aktivitäten der Demokratie widerspreche, kann man sich, wenn man *Lenins* und *Hitlers* entsprechende Vernichtungsstrategien kennt, gestrost hinwegsetzen.

<sup>35</sup>) VVDStRL 12, S. 15.

Mehrheit zu seiner Voraussetzung mache, ist also der wahre Vorwurf. Man muß bei uns wahrhaftig zweifeln, ob nicht die Gefahr der mißverstandenen Demokratie größer ist als die der Ablehnung demokratischer Zustände.

cc) Die „bundesstaatliche“ Demokratie

Ein formales Element der durch das GG vorgeschriebenen Eindeutigkeit ist die Verfassung des Staates als Bundesstaat.

[Mit welchem Recht gehört sie zum unaufhebbaren Bestand? Die historische Legitimation ist verblaßt, sie betrifft nur zum geringen Teil überhaupt die heutigen Länder und ihre zu großen Teilen zugewanderte Bevölkerung. Von der Seite der Leistung her lassen sich gewichtige Einwendungen hören<sup>36</sup>). Beide Argumente lassen es möglich erscheinen, daß sich, wie der Bundestagsabgeordnete *Hans Dichgans* annimmt<sup>37</sup>) oder den Meinungsforschern in den Mund legt, bei einer Volksabstimmung über „Föderalismus oder Einheitsstaat“ 70—80 % der Stimmen für den Einheitsstaat aussprechen würden.]

Die Umwandlung des Bundes in einen Einheitsstaat ist aber nicht nur der Tagesmeinung, sondern überhaupt jeder innerhalb des GG zulässigen Entscheidung entzogen. Das geschieht nicht nur, weil der grundgesetzlich verfaßte Staat ohne das Bestehen von Ländern inoperabel sein würde. Vielmehr bildet der Föderalismus heute einen eigenen Weg der demokratischen Verwurzelung und Legitimation, ein zusätzliches Schema der Gewaltentrennung nämlich, ein Aufrechterhalten engerer, regionale Mehrheitsverhältnisse honorierender, vom Einzelnen her überschaubarer und persönlich vertrauter Verbände, eine Möglichkeit divergierender, der Entfremdung steuernder Handhabung, auf die kaum zu verzichten ist. Diese regionale Bündelung des politischen Wollens hat einen eigenen demokratischen Wert<sup>38</sup>). Daß Leistungseinbußen der Preis dafür sind, sollte nicht gesagt werden, ohne daß in Erwägung gezogen wird, wie sehr die demokratische Legitimation, die Bewahrung der Lebensnähe politischen Handelns, ihrerseits ein für Freiheit und Verantwortung entscheidendes Leistungserfordernis sind. Wir haben es bei der Bundesstaatlichkeit mit Fragen zu tun, die in vielem noch ungelöst vor uns stehen. Ich muß auch sie hier aus verständlichen Gründen unerörtert lassen.

<sup>36</sup>) Zu all diesem: *K. Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962, passim.

<sup>37</sup>) Vom GG zur Verfassung, 1970, S. 121.

<sup>38</sup>) Vgl. *H. Zacher*, aaO. (s. Anm. 13) S. 180; sowie *H. Dichgans*, aaO. (s. Anm. 37) S. 121 ff.

## dd) Die den Staat transzendierende Demokratie

Ich schließe die Behandlung der Willensfestlegungen mit dem Hinweis auf eine über den Staat hinausreichende Willensfestlegung. In Art. 25 GG erhalten die allgemeinen Regeln des Völkerrechts direkten übergesetzlichen Rang. In der Praxis nehmen sie sogar am Bestand des von verfassungswegen Unveränderlichen teil. Ähnliches dürfte, von einigen Einschränkungen abgesehen, für die Zugehörigkeit zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelten. Von den Europäischen Gemeinschaften wird noch die Rede sein.

c) *Anhang: Zur Interpretierbarkeit der Vorabbestimmung*

Abschließend zur Vorabbestimmung des Willens läßt sich sagen: die ein für allemal getroffenen, der weiteren demokratischen Diskussion entzogenen Vorabentscheidungen betreffen im wesentlichen die allgemeine, nur in Form der Ausgrenzungssätze konkretisierte Wertfeststellung. Jede denkbare Form, die dieser Wertfeststellung gerecht wird, bleibt von der entsprechenden Entscheidung der insoweit den Staat hervorbringenden, wandelbaren Gesellschaft abhängig, und zwar in der Abstufung von verfassungsändernden, von Zustimmung- und von einfachen Gesetzen.

[Der Versuch, einzelne Ausformungsvorstellungen in den Bereich des ein für allemal Entschiedenen zu verlagern und sich dadurch von dem Erfordernis der Zustimmung einer gegenwärtigen Mehrheit zu dispensieren, wird trotzdem immer aufs neue unternommen. Jeder möchte seiner Meinung Verfassungsrang geben. Der eine will das ungeschmälerete Privateigentum und das Recht zur Monopolbildung zum Bestandteil der Menschenwürde oder der mit ihr identischen Freiheit erheben<sup>39)</sup>, der andere möchte den Gleichheitssatz als konkreten Leistungsauftrag an den Staat<sup>40)</sup>, ja an Private<sup>41)</sup> verstanden wissen<sup>42)</sup>. Alles dies ist immer der Versuch, eine bestimmte Meinung vor abweichenden Meinungen einer späteren Zeit in

<sup>39)</sup> E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. IV, 1969, S. 978.

<sup>40)</sup> H. Scholler, aaO. (s. Anm. 25) S. 103.

<sup>41)</sup> Vgl. H. C. Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 18.

<sup>42)</sup> Auch die lange Geschichte der nordamerikanischen Demokratie bietet in dieser Hinsicht Beispiel über Beispiel. Hier wurde abwechselnd die rücksichtslose wirtschaftliche Betätigung (als economic due process), die Rassentrennung, die Prohibition, und dann auch wieder die Monopolkontrolle, die Integrierung der Rassen, der freie Alkoholgebrauch in Generalklauseln der Verfassung hineininterpretiert oder durch Ergänzung in die Verfassung hineingeschrieben.

Schutz zu nehmen, und auf diese Weise ein Stück Wahlfreiheit der anderen auszuschalten. Damit geht dann zugleich ein Stück aktueller Legitimation der jeweils bestehenden Zustände verloren.]

## 2. Die Willensverteilung

Damit kommen wir nun zu der Frage der Willensverteilung als eines Mittels zur Ausführung des demokratischen Vorsatzes. Sie wird in der Staatslehre gewöhnlich erörtert als die Verteilung der Möglichkeiten staatlichen Handelns, also als die Gewaltentrennung in all ihren vielfach diskutierten Varianten. Ob diese der Einschränkung der Herrschaft<sup>43)</sup> oder ihrer politischen Kontrolle, oder ob sie der Beteiligung an der Herrschaft und ihrer Verantwortung dient, ob wir hierbei von zwei, drei, vier<sup>44)</sup> oder gar sechs<sup>45)</sup> Gewalten sprechen sollten, ob die Trennung nach Machthabern oder nach Funktionen und damit verbundenen Verfahren vorzunehmen sei, und wie es schließlich mit der Gewaltenvereinigung<sup>46)</sup> oder doch der wechselseitigen Durchdringung der Gewalten stehe, das alles ist seit Jahrzehnten in und außerhalb unseres Kreises erörtert worden. Ich muß den Stand der Diskussion hier voraussetzen und mich auf zwei hauptsächliche Hinweise beschränken. Sie haben es erstens zu tun mit der Aufteilung staatlich-hoheitlichen Wollens: nämlich mit dem Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung, von gegenwarts- und zukunftsbezogenen Entscheidungen und von nationalem und übernationalem Willen, und zweitens mit der Verteilung der Willensmöglichkeiten zwischen hoheitlich-eindeutigem und nicht-hoheitlich pluralistischem Handeln.

### a) Die Aufteilung innerhalb staatlich-hoheitlicher Instanzen

#### aa) Die Verteilung auf Gesetzgeber und Regierungs- und Verwaltungsorgane

Ich beginne mit der Frage der Aufteilung staatlich-hoheitlichen Wollens. Hier ist in der neueren Diskussion vor allem

<sup>43)</sup> *Montesquieu*: „Le pouvoir arrête le pouvoir“.

<sup>44)</sup> Vgl. zum Ganzen K. *Loewenstein*, Das Gleichgewicht zwischen Legislative und Exekutive: Eine vergleichende verfassungsrechtliche Untersuchung, in H. *Rausch* (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S. 40 ff.; *ders.*, Die neue Dreiteilung der Staatsfunktionen, ebd., S. 272 ff.; *ders.* Verfassungslehre 1959, S. 14 f., S. 39 ff.; *ders.*, Nachtrag zur Verfassungslehre, 1969, S. 423.

<sup>45)</sup> R. *Tugwell*, Draft of a Proposed Constitution of the United Republics of America, Santa Barbara 1970, S. 39.

<sup>46)</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise in den verschiedenen Arbeiten K. *Loewensteins*, aaO. (s. Anm. 44); K. *Hesse*, aaO. (s. Anm. 3), S. 192 ff.

die Verteilung der Entscheidung auf den Gesetzgeber einerseits und auf die Regierungs- und Verwaltungsorgane andererseits in den Vordergrund der Erwägung getreten. Wieviel von dem konkreten Verwaltungshandeln soll in einem normativen Prozeß vorentschieden, wieviel der fallweisen Verwaltungsentcheidung überlassen sein?

In Amerika ist diese Zuständigkeitsfrage vornehmlich unter dem Gesichtspunkt erörtert worden, wieviel Entscheidungsfreiheit die Tagesmeinung im Namen des demokratischen Prinzips gegenüber der Verfassung beanspruchen könne. *Fritz Scharpf* hat die Frage erneut aufgegriffen im Hinblick auf die Partizipation weiter Kreise an dem demokratischen Staatsleben. Er spricht von den „politischen Kosten des Rechtsstaats“<sup>47)</sup>, und zwar indem er den Normierungsgrad des Verwaltungshandelns im amerikanischen und im deutschen Verfassungsleben vergleicht<sup>48)</sup>. Den größeren Zwang zur vorwegnehmenden Normierung, den das deutsche Rechtsstaatsmodell voraussetzt, findet er bedenklich. Denn der Bestand an Informationen und an Beeinflussungsmöglichkeiten, der in die Entscheidung eingehe, und die politische Verantwortlichkeit des Entscheidenden erführen eine wesentliche Einbuße durch die gesetzliche Festlegung.

[Seine erste Einwendung geht dahin, dieser Normierungszwang vermindere die Qualität und Quantität der für die Entscheidung im demokratischen Sinne erheblichen Information, nämlich die Information über das Ausmaß der Zustimmung, welche die konkrete Entscheidung findet. Das zweite Bedenken von *Scharpf* ist, daß der Zwang zur vorwegnehmenden Normierung zu einer restriktiven Auswahl unter den Interessen und Gruppen führe, die das Entscheidungsprogramm politisch beeinflussen können. Schließlich glaubt *Scharpf* voraussetzen zu können, daß die vorwegnehmende Normierung des Verwaltungsprogramms die Effektivität politischer Verwaltungskontrollen vermindern und den Spielraum für eine selbstän-

---

<sup>47)</sup> *F. Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970.

<sup>48)</sup> Die amerikanischen „Großen“ bis zu den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts, insbesondere Justice *O. W. Holmes jr.* und Judge *Learned Hand* waren noch sehr darauf bedacht, daß die Verfassung wesentlich in streitbar-verantwortlicher Wirkung und damit auch in der Entscheidungssphäre jeder lebenden Generation liege. Eine neuere Richtung, für die vielleicht Judge *Charles Wyzanski jr.* oder *Paul Freund* maßgeblich eintreten, wollte dem Verfassungsgeist und dessen richterlicher Auslegung das letzte Wort geben. Heute scheint das Gewicht wieder mehr auf die politische Entscheidung der Gegenwart gelegt zu werden.

dige Politik der Verwaltung erweitern würde, beides Folgen, die unter dem Gesichtspunkt der Demokratie bedenklich erscheinen müßten. Innerhalb dieses Modells, so sagt *Scharpf*, bleibt es für die Exekutivbürokratie ohne politische Folgen, wenn eine Fehlkalkulation stattfindet, denn nicht die Bürokratie, sondern der politisch schwer zu fassende Gesetzgeber hat sie zu vertreten.]

Die Arbeiten von *Hans Peter Ipsen*<sup>49)</sup> und *Joseph H. Kaiser*<sup>50)</sup> würden, wenn ich sie recht interpretiere — und fürchterlich ist jedenfalls der erstere in seinem Zorn, wenn man ihn nicht richtig interpretiert — die Argumente selbst, auf die sich diese Bedenken stützen, nicht bestreiten. Aber sie würden, im Gegensatz zu *Scharpf*, die gerügten Folgen gerade insoweit billigen, als sie zu einer pauschalen Ermächtigung und zur Freistellung der Verwaltung von detaillierter politischer Kontrolle beitragen.

Ich will zu diesen verschiedenen Ansichten hier nicht selbst Stellung nehmen, sondern mich auf die Rolle des Berichtstatters beschränken, nicht aus Angst, sondern aus Zeitmangel. Das GG überläßt die genauere Bestimmung des Normierungsgrades, indem es unbestimmte oder doch nur nach der negativ-ausgrenzenden Seite hin bestimmte Verfassungsbegriffe verwendet, in hohem Maße der Verfassungsauslegung<sup>51)</sup>. Sie muß ihren Weg finden zwischen dem Postulat demokratischer Entscheidungsnähe und politisch bestimmter Kontrolle, wie *Scharpf* es in den Vordergrund stellt, und dem Planungs- und Leistungsspielraum, auf den die moderne Verwaltung angewiesen ist, und den *Kaiser* und *Ipsen*, im Einzelnen nicht immer einig, ihr zu vindizieren suchen.

---

<sup>49)</sup> AaO. (s. Anm. 29) S. 14 ff.; *ders.*, Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1965.

<sup>50)</sup> Vgl. seinen Bericht: Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, in: VVDStRL 23, S. 1 ff.

<sup>51)</sup> Es ist weithin eine Frage der eigenen Einschätzung durch das BVerfG, wieweit es sich für befugt hält, eine Frage als durch das GG entschieden oder als offengelassen zu bezeichnen. Bei diesem Typus der richterlichen Einschätzung wird, wie die Rechtsprechung des Supreme Court der USA z. B. zur Frage der racial equality zeigt, die Verfassungsentscheidung als eine eventuelle, zunächst offen bleibende, aber für den Fall des Eintritts bestimmter Verhältnisse bindende aufgefaßt — eine Auslegungstechnik, die der theologischen Dogmatik, wie mir scheint, ganz geläufig ist, und die im Staatsrecht, wie oben schon angedeutet, zu der Erscheinung der praktischen Unumkehrbarkeit einmal erreichter Erfüllung von Verfassungsaufträgen führt.

Ich möchte diesen Erwägungen noch eine weitere hinzufügen, die sich aus der zunehmenden Komplexität und Reichweite der notwendigen politischen Entschlüsse ergibt.

Die Verlagerung solcher Entschlüsse auf eine prinzipielle, der demokratischen Tagesdiskussion nicht weiter zugängliche Ebene kann ein sehr taugliches Mittel sein zur Verfestigung labiler und sonst nicht stabilisierbarer politischer Willenskonstellationen<sup>52)</sup>. Bei den unerläßlichen Aufgaben der Zusammenfügung hoch komplexer politisch-wirtschaftlicher Gefüge zu immer größeren, aber auch immer entfernteren und diffuseren Entscheidungseinheiten sind so viele Einzelübereinstimmungen zu gleicher Zeit erforderlich, daß keinerlei Wahrscheinlichkeit ihr simultanes Eintreten erhoffen lassen könnte, sollten alle diese Übereinstimmungen jedesmal von der politischen Tagesmeinung und -verantwortung all der vielen Beteiligten abhängen. Da ist ein „*corriger la probabilité*“ durch stabilisierende Willensfestlegungen unentbehrlich, Festlegungen, die zu gegenseitigen subjektiven Rechten und damit zu richterlicher Prüfung führen<sup>53)</sup>. Ein Opfer an unmittelbarer demokratischer Legitimation ist erforderlich zugunsten einer anderen, immer wichtiger werdenden Legitimation: der Legitimation an der Leistung, die für alles andere erst den Boden hergibt. Es bleibt uns vielfach nichts anderes übrig, als, wie *Max Frisch* einmal treffend sagt, die Freiheit zu bewirtschaften, so sehr sie auch ihren eigenen, von allen Zwecken unabhängigen Wert hat.

Das GG, zunächst nur auf die Wiederherstellung der Freiheit selbst bedacht, begnügt sich, wie gesagt, damit, diese Frage offen zu lassen. Es bleibt hier ein verfassungsrechtlicher Leerraum auszufüllen. Diese Aufgabe hat sowohl eine zeitliche wie eine räumliche Dimension. Die zeitliche Dimension betrifft die Willensverteilung zum Zwecke der Bewahrung permanenter Güter, die räumliche die Willensverteilung zum Zwecke der Schaffung handlungsfähiger Organe in übernationalen Räumen. In beiden Richtungen läßt es das GG an eigenen Regelungen fehlen.

bb) Die Verteilung auf kurz- und langfristig ausgerichtete Willensorgane

---

<sup>52)</sup> Vgl. hierzu *W. von Simson*, Der politische Wille als Gegenstand der Europäischen Gemeinschaftsverträge, in: Festschrift für Riese, 1964, S. 83 ff.

<sup>53)</sup> Dies gilt besonders im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in welchem der Gerichtshof der Gemeinschaften das politische Handeln der Staaten an ihren vertraglichen Verpflichtungen, auf die Klage des Betroffenen hin, zu messen befugt ist.

Weder im Text des GG, noch in der Auslegungspraxis spiegelt sich, um mit der Bewahrung zu beginnen, der Gedanke wieder, daß bestimmte Güter ein Besitz nicht nur der gegenwärtigen, sondern auch kommender Generationen sind, und hiernach gerade im demokratischen Verständnis auch nicht zur alleinigen Disposition einer einzelnen Generation stehen dürfen. Und doch ist es ja eigentlich eine typische Verfassungsaufgabe, Sachwalter der permanenten Werte gegenüber den Tagesinteressen zu sein. Landschaft, Wasser, Luft, Bodenschätze sind nicht frei verfügbare, sondern anvertraute Güter. Das GG schweigt hier, im Gegensatz zu manchen Landesverfassungen. Die bayerische Verfassung geht weiter. Aber auch sie verkündet in ihrem Art. 141 nur ein Programm und schafft keine besondere, für diese Verantwortung zuständige Willensinstanz. Es scheint aber, oder es ist wenigstens zu hoffen, daß sich allmählich ein überparteilicher, auch über der Tagespolitik stehender permanenter Konsens hinsichtlich der drängendsten Bewahrungsprogramme bildet, so daß der mangelnde Verfassungssatz hier zunächst jedenfalls durch die Verfassungswirklichkeit ersetzt wird. Auch völkerrechtliche Verträge können, wie hier nur andeutend bemerkt sei, dabei eine wichtige Rolle spielen<sup>54</sup>).

cc) Die Verteilung auf staatliche und zwischenstaatliche Institutionen

Dieselben zielbezogenen Notwendigkeiten oder Abwandlungen demokratischer Legitimation begegnen uns dann auch auf dem Gebiet der Entfaltung. Es müssen, kurz gesagt, heute vielfach Dinge gewollt werden, die ein einzelner Staat für sich allein nicht mehr wollen kann. Dieser Fragenkomplex hat den Gegenstand einer Diskussion auf der Berliner Tagung 1957 gebildet, und *Karl Carstens* hat aus nächster Nähe der prak-

<sup>54</sup>) So wurde etwa die jüngste Diskussion über eine Neuordnung des Meeresvölkerrechts u. a. durch die Erfahrung angestoßen, daß das bestehende Rechtsgefüge gegenüber einigen neuartigen, bald vielleicht schon irreparablen Gefährdungen des Meeresraumes versagt. Zu Spezialfragen aus diesem Kreis regelungsbedürftiger, umwelt- und fischereipolitischer Probleme vgl. z. B. *E. Böhme*, Tankerunfälle auf hoher See, 1970; *N. Pelzer*, Rechtsprobleme der Beseitigung radioaktiver Abfälle in das Meer, 1970. Zum Schutz des gefährdeten marinen „Erbteils der Menschheit“ und der langfristigen gemeinsamen meerespolitischen Interessen der Völkerrechtsgemeinschaft werden seit 1966 z. T. sehr weitgehende materiell- und organisationsrechtliche Neuregelungen vorgeschlagen. Vgl. etwa *E. Mann Borgese*, *The Ocean Regime. A Suggested Statute for the Peaceful Uses of the High Seas and the Sea-Bed Beyond the Limits of National Jurisdiction*, Santa Barbara 1968; *W. Graf Vitzthum*, *Pacem in Maribus*, AöR 96 (1971) S. 100 ff.