

Karl Albrecht Schachtschneider

Res publica res populi

Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre

Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre



Duncker & Humblot · Berlin

KARL ALBRECHT SCHACHTSCHNEIDER

Res publica res populi

Res publica res populi

Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre

Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre

Von

Karl Albrecht Schachtschneider



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schachtschneider, Karl Albrecht:

Res publica res populi : Grundlegung einer allgemeinen
Republiklehre ; ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und
Staatslehre / Karl Albrecht Schachtschneider. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1994

ISBN 3-428-08124-2

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISBN 3-428-08124-2

Pfarrer Kurt Schachtschneider

Philosopho theologo

2. Januar 1907 - 12. Juli 1973

Vorwort

Das Recht kann in einem Gemeinwesen, welches sich der Würde des Menschen verpflichtet hat, nur auf Freiheit gründen. Herrschaft ist seit der Aufklärung nicht mehr legitimierbar. Die Freiheit als das Recht auf Recht gebietet die Verfassung des Gemeinwesens zu einem Staat. Der Staat des Rechts ist die Republik. Die Freiheit ist allgemein. Sie verwirklicht sich in Gesetzen und in der Gesetzlichkeit. Die Verbindlichkeit der richtigen Gesetze, der Rechtsordnung, ist der Wille aller Bürger. Die Erkenntnis des Rechts ist ein der Legalität verpflichteter sittlicher Akt. Die Erkenntnisweise ist die Moralität, die ihr Verfahren im kompetenten Diskurs findet. Das Gesetz der Moralität ist der kategorische Imperativ, das Sittengesetz. Der politische Diskurs ist allgemein, die verbindliche Erkenntnis des Rechts aber ist Sache der Vertreter des Volkes in den Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Die Abgeordneten, die Beamten und die Richter vertreten das Volk in dessen Sittlichkeit und sind deshalb ausschließlich ihrem Gewissen verantwortlich. Die Moralität der Amtswalter ist der Baustoff der Republik. Das höchstrangige Prinzip der Sittlichkeit ist die Rechtlichkeit. Ohne die Achtung des Sittengesetzes kann die res publica nicht res populi sein, aber die Sittlichkeit als die innere Freiheit setzt das Recht zur Willkür als die äußere Freiheit voraus. Diese politische Freiheit ist das Paradigma der Lehre von der Republik. Freiheitlichkeit, Rechtlichkeit und Staatlichkeit finden in dieser Lehre zur Identität. Jede Herrschaftlichkeit wird aus ihrer Dogmatik eliminiert.

Die republikanische Freiheits-, Rechts- und Staatslehre ist der antiken und der neuzeitlichen Aufklärung verpflichtet. Meine Lehrer der Republik sind Aristoteles, Cicero, Hobbes, Locke, Rousseau und vor allem Kant. Auf eine Auseinandersetzung mit Platon, Hegel oder gar Marx, die Popper Feinde der offenen Gesellschaft genannt hat, habe ich mich nicht eingelassen. Meine republikanische Dogmatik beansprucht nicht die Republiklehre zu sein, die Kant unter dem Grundgesetz entworfen hätte; aber das Grund-

gesetz ist als Verfassung einer Republik kantianisch. Die Verfassungslehre jedoch hat, abgesehen von Werner Maihofer und in gewisser Weise Herbert Krüger, erst vor weniger als einem Jahrzehnt (erneut) begonnen, dem Kantianismus des Grundgesetzes Folge zu leisten. Der Paradigmenwechsel vom Liberalismus zum Republikanismus ist im Gange. Noch dominiert die liberalistische Lehre von den Freiheiten, die Staat und Gesellschaft trennt und konsequent den Staat und das Recht herrschaftlich konzipiert. Deren Dogmatik ist dem 19. Jahrhundert, der Restauration, und nicht, wie der echte Republikanismus, dem 18. Jahrhundert, der Revolution, verpflichtet. Die politischen Texte in Deutschland, in Europa und in der Welt folgen dem Ideal der französischen Revolution, der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Die liberalistische Lehre jedoch hat die Politik der Texte nicht erreicht. Sie müßte sonst die Republikwidrigkeit des Parteienstaates offenbaren. Der Parteienstaat ist die typische Verfallsform der Republik. Dekuvrierend für die Verfassungsferne der Parteienstaatslehre ist es, daß das republikanische Gewissensprinzip verhöhnt und das "Sittengesetz", obwohl es doch die grundgesetzliche Freiheit bestimmt, aus der Dogmatik ausgeblendet wird. Die wurmstichige Frucht der republikwidrigen Freiheitslehre ist der Vorschlag, durch einen Art. 2 a GG die Bürger dem "Gemeinsinn und der Mitmenschlichkeit" zu verpflichten, als wenn das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG nicht seit 1949 die grundgesetzliche Freiheit durch den kategorischen Imperativ definiert hätte.

Der Republikanismus ist wegen seines Prinzips der Moralität notwendig imperativisch. Er kann sich mit der aller Erfahrung nach immer mehr oder weniger illegalen Wirklichkeit niemals identifizieren. Dieses Dilemma ist sein Wesen, welches aus der ihm zugrunde liegenden Anthropologie vom ungeselligen Gesellen, aus der Dichotomie des homo noumenon und des homo phainomenon folgt. Die republikanische Freiheits-, Rechts- und Staatslehre entwickelt die Institutionen der Sittlichkeit, der praktischen Vernunft also, um ein gutes Leben aller in allgemeiner Freiheit zu ermöglichen. Ständig muß der Republikanismus dem Mißbrauch seiner Institutionen aus Herrschsucht, Habsucht und Ehrsucht entgegenwirken. Das 20. Jahrhundert hat die parteilichen Parteien institutionalisiert. Vor allem diese Fehlentwicklung ist um der Republik willen zu korrigieren. Niemals wird, weil der Mensch aus allzu krummen Holze ist, das Werk des Republikanismus, die wirkliche allgemeine Freiheit, vollendet sein. Diese Einsicht

rechtfertigt durch nichts, daß die einen die anderen beherrschen, ausnützen, verachten. Republikanität ist ihrem innersten Prinzip, dem kategorischen Imperativ, oder, was dasselbe ist, dem christlichen Gebot der Nächstenliebe gemäß ständig herausfordernde Pflicht. Eine Lehre vom Recht darf nicht zu einer Empirie verflachen. Dadurch verlöre sie ihren Anspruch, die Menschheit zum Guten zu führen. Eine Rechtslehre ist dem Fortschritt zur allgemeinen Freiheit verpflichtet. Sonst würde sie lediglich Besitzstände konservieren und den Verfall des Gemeinwesens befördern. Im republikanischen Sozialprinzip ist die Hoffnung auf den Fortschritt zur allgemeinen Freiheit inbegriffen. Das Prinzip der Brüderlichkeit wahrt darin seine Einheit mit den Prinzipien der Freiheit und der Gleichheit.

Eine Lehre, welche auf dem republikanischen Freiheitsbegriff des Grundgesetzes aufbaut, muß alle Institutionen der Verfassung neu dogmatisieren. Die liberalistische Lehre konnte eingübte Begriffe tradieren, ja die Dogmatik des Staatsrechts hat das herrschaftliche Paradigma wesentlich gestützt. Das zeigt etwa der Liberalismus der Grundrechtsdogmatik. Er hat nicht nur die schon überwunden geglaubte Unterscheidung von Staat und Gesellschaft wiederbelebt, sondern ist die Grundlage der Herrschaftsideologie der Staatsrechtslehre und trägt zugleich die Ideologie von der Notwendigkeit der herrschaftlichen parteilichen Parteien. Diese Lehre verteidigt nach wie vor einen Untertanen gegen eine Obrigkeit, obwohl die politische Freiheit aller Bürger die Verfassungen Deutschlands von 1919 und 1949 bestimmt. Der eigentliche Politiker einer Republik, der Bürger, ist denn auch bis heute nicht dogmatisiert worden. Er paßt nicht in die Herrschaftsideologie. Das großangelegte Handbuch des Staatsrechts, welches Josef Isensee und Paul Kirchhof von 1987 bis 1992 herausgegeben haben, kennt den Bürger nicht. Es kennt Wähler und Grundrechtsträger, also doch nur konstitutionalistische Untertanen der heute parteienstaatlichen Obrigkeit. Wer jedoch den Bürger als Bürger versteht, muß die Freiheit wie das Grundgesetz durch das Sittengesetz definieren. Die bürgerliche Rechtslehre kann nur von dem Satz: *res publica res populi*, ausgehen; denn alle Staatsgewalt geht vom Volke aus und wird vom Volke oder vertretungsweise von dessen Organen ausgeübt (Art. 20 Abs. 2 GG).

Ich bemühe mich in diesem Buch um die Grundlegung einer Lehre von der Republik. Nach einer republikanischen Orientierung im ersten Teil, der sich im 3. Kapitel mit dem Verhältnis der Republiklehre als einer Lehre von der freiheitlichen Demokratie zur herrschaftlichen Demokratielehre befaßt und zu diesem Zweck Erkenntnisse der anderen Teile einbezieht, weist der zweite Teil die Herrschaftsideologie der deutschen Staatsrechtslehre zurück. Im dritten Teil wird die freiheitsdogmatische Begründung der Trennung von Staat und Gesellschaft kritisiert. Im vierten Teil unternehme ich den Versuch, den Begriff des Bürgers als staatliche und zugleich private Persönlichkeit zu erfassen und den republikanischen Standort des Sozialprinzips, des Prinzips der Brüderlichkeit also, zu bestimmen. Im fünften Teil versuche ich eine kantianische und eine dogmatische, durch das Sittengesetz geprägte Grundlegung des republikanischen Freiheitsbegriffs als der Autonomie des Willens, welche auch die freiheitliche Privatheit bedenkt. Im sechsten Teil konfrontiere ich den republikanischen mit dem liberalistischen Freiheitsbegriff, dessen Dogmatik angesichts der Entscheidung der sogenannten westlichen Demokratien für die Lebensform Republik das Problem der politischen Freiheit bewältigen muß. Die dualistische Lehre von einer liberalen und einer demokratischen Freiheit, der Stand der herrschenden Lehre, hat bereits eine gewisse Nähe zum einheitlichen republikanischen Freiheitsbegriff, der vor allem die Privatheit anders begreift und der objektiven Dimension der Grundrechte größeres Gewicht als deren subjektiver als Abwehrrechte des (sogenannten) Bürgers gegen den Staat einräumt. Die politische Freiheit als Recht auf Recht, als Grundrecht auf gesetzliche Rechtmäßigkeit, trägt die republikanische und darum diskursethische Rechtsstaatslehre des siebten Teils, der im 6. Kapitel der Dogmatik der demokratisch mißverstandenen eine republikanische Lehre des Interessenausgleichs entgegensetzt. Im achten Teil biete ich eine republikanische Lehre der organschaftlichen Vertretung des ganzen Volkes an, die sich von der durch Carl Schmitt und Gerhard Leibholz geprägten Repräsentationsideologie löst. Letztere ist noch immer Stützpfeiler des parteienstaatlichen Parlamentarismus, in dem mittels des Fraktionswesens die bürgerliche Freiheit der Parteienoligarchie geopfert wird. Im neunten Teil zeichne ich die grundrechtliche Verfassungsrechtsprechung in ihrer Gesetzgebungsfunktion nach. Peter Häberle folgend verstehe ich die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG als Kern der Grundrechtsverfassung. Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts als die sittliche Verantwortung für die praktische

Vernunft stütze ich im Grundsatz auf das Prinzip der allgemeinen Freiheit. Bisher wurde diese als Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet oder als Verhältnismäßigkeitsprinzip mit den Grundrechten oder dem Rechtsstaatsprinzip verbunden. Die Lehre von der objektiven Dimension der Grundrechte exemplifiziere ich an der Freiheit von Kunst und Wissenschaft und an der Eigentumsgarantie. Das Maß der Übereinstimmung der Ausführungen dieses neunten Teils mit den Erkenntnissen des Bundesverfassungsgerichts zeigt mir, daß Deutschland als Verfassungsgerichtsstaat weitgehend republikanisiert ist, jedenfalls war. Das kompensiert das freiheitliche Defizit des entwickelten Parteienstaates in einem Maße, welches diesen bisher hinreichend stabilisiert hat. Die Republik will aber nicht Jurisdiktions- und auch nicht Exekutiv-, sondern vornehmlich Gesetzgebungsstaat sein, weil nur der echte Parlamentarismus die allgemeine Freiheit zu verwirklichen vermag. Der Parteienstaat befindet sich in einer Krise, die der Republik eine Chance gibt, die aber auch die Gefahr des Despotismus birgt. Die Kritik an der republikwidrigen Parteienherrschaft im zehnten Teil, in ihren Grundzügen bereits vor gut fünf Jahren konzipiert, ist durch die öffentliche Diskussion, insbesondere durch die Arbeiten von Hans Herbert von Arnim, weitgehend bestätigt worden. Parteien sind schwer zu vermeiden, nicht notwendig aber sind Bündnisse von Führern und Gefolgsleuten, um illegal Ämter zu besetzen, das Wesen der festgefügtten parteilichen Parteien. Schließlich wage ich im elften Teil, die Homogenität als Voraussetzung einer diskurshaften Republik vorzustellen. Diese Homogenität ist in Deutschland und in Europa wesentlich aufklärerisch, säkularisiert christlich. Sie wird in den verschiedenen Völkern durch deren Sprachen gestärkt. Auch diesen Teil habe ich vor der deutschen Vereinigung entworfen, als es noch vielen geboten erschien, die deutsche Nation zu leugnen. Noch immer stört viele die deutsche Identität, die sie mittels eines europäischen Integrationalismus zu überwinden versuchen. Das Bundesverfassungsgericht hat diesem Versuch in seinem Maastricht-Urteil deutliche Grenzen gezogen. Mein Beitrag zu diesem Prozeß (als Verfahrensbevollmächtigter Manfred Brunners) beruhte auf den Lehren dieses Buches.

Das Grundgesetz verfaßt mit seinen fundamentalen Prinzipien das Projekt der Moderne, das freiheitliche Gemeinwesen, die Republik. Seine Texte sind klassisch. Eine Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, die sich am Grundgesetz orientiert, darf darum beanspruchen, ein Beitrag zur europäi-

schen, ja zur weltweiten Republiklehre zu sein, zumal deren geistige Konzeption, verankert im abendländischen Denken seit Jahrtausenden, ihren Höhepunkt in der von Rousseau kräftig vorbereiteten Französischen Revolution und in der politischen Philosophie des deutschen Revolutionärs Immanuel Kant hat. Dennoch beschränke ich mich auf die Auseinandersetzung mit deutschen Staatsrechtslehrern der Gegenwart, und auch von diesen konnte ich nur einige wenige studieren. Ein Blick in die (ohne Ausnahme selbst erarbeiteten) Anmerkungen dürfte zeigen, daß mehr nicht zu leisten war. Mein Begriffsgebäude darf sogar größere Nähe zu den lateinischen Rechtswissenschaftlern erwarten, deren Dogmatik nicht durch den deutschen Konstitutionalismus belastet ist. Mein Buch will jedenfalls auch ein Beitrag zur Entwicklung eines europäischen Verfassungsstaates sein.

Die republikanische Freiheits-, Rechts- und Staatslehre versucht, vornehmlich mit den Mitteln der Logik, die Ideale Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit zu entfalten. Sie ist darum der Würde des Menschen gemäß formal, d. h. sie ist der Menschheit des Menschen, also dessen Personenhaftigkeit, verpflichtet. Diese Lehre ist wegen ihres alteuropäischen Paradigmas der allgemeinen Freiheit ein Beitrag des christlichen Abendlandes zum Frieden in der Welt. Einen bestmöglichen Text hat dieses Paradigma am 10. Dezember 1948 durch die Vereinten Nationen in deren Allgemeiner Erklärung der Menschenrechte gefunden:

"Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen."

Dieser Text formuliert das weltrechtliche Rechtsprinzip schlechthin. Die Rechtswissenschaft, die ihn entfaltet, bietet eine Lehre des Rechts für die Welt. Damit ist eine Lehre von der Republik, die auf diesen Text gründet, eine Freiheits-, Rechts- und Staatslehre mit weltweitem Anspruch. Nur echte Republiken garantieren den Frieden, lehrt Kant in seiner Schrift *Zum Ewigen Frieden*. Der Anspruch ist so groß wie die Aufgabe. Jede Kritik hilft, das Kunstwerk der Republik zu schaffen.

Vieles, was republikanisch dogmatisiert werden muß, habe ich in diesem Buch noch nicht ausgearbeitet, etwa das verschiedentlich angesprochene Amtsprinzip, das Föderalismusprinzip, das auch für die europäi-

sche Verfassungsentwicklung elementar sein wird, das Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung, das der Willensautonomie der Gemeindebürger den Weg ebnen sollte, aber auch ein Prinzip berufsständischer Selbstverwaltung, welches den Berufskammern eine tragfähige Rechtsgrundlage verschaffen könnte. Nicht behandelt sind auch wichtige Institutionen der Republik, wie der Präsident, in Deutschland der Bundespräsident, auch nicht die Bundesregierung und das parlamentarische Regierungssystem, welches in Verbindung mit dem republikwidrigen Verhältniswahlssystem und dem konstruktiven Mißtrauensvotum gegen den Bundeskanzler die parteienoligarchische Exekutivstaatlichkeit stützt. Nicht erörtert sind die Bundesbank, deren Unabhängigkeit spezifisch republikanisch begründet ist, die Universitäten und deren Aufgabe als Hüter eines republikanischen Gemeinwesens, die Kirchen und Religionsgemeinschaften in der laizistischen Republik, die Verbände, vor allem die Gewerkschaften als Institutionen überholter klassenkämpferischer Interessengegensätze. Auch die Wirtschaftsverfassung der marktlichen Sozialwirtschaft bedarf der republikanischen Konzeption, zumal sie wesentlich vom Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union bestimmt ist. Insbesondere fehlt eine republikanische Lehre von den Gemeinschaften der Völker, die ihre Staatsgewalt von gemeinsamen Organen ausüben lassen, wie vor allem die Gemeinschaften der Europäischen Union. Dies und anderes mehr muß an anderer Stelle oder später, in einem zweiten Band, nachgeholt werden.

Meine Republiklehre reibt sich an den Konzeptionen bedeutender Rechtslehrer dieses Jahrhunderts, wie die Zitate und Belege zeigen und zeigen sollen. Genannt sei schon an dieser Stelle allen voran Carl Schmitt, dem viele Fragestellungen zu danken sind und dessen bestimmender Einfluß auf die (nicht nur) deutsche Staatsrechtslehre der Gegenwart allein schon die Kritik herausfordert. Genannt seien hier unter den vielen Klaus Stern, Josef Isensee, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Wilhelm Henke, aber für die liberalistische Grundrechtslehre auch Jürgen Schwabe. Mehr Nähe als Distanz habe ich zu Martin Kriele, Hasso Hofmann und Paul Kirchhof. Eng verbunden bin ich Werner Maihofer, Herbert Krüger, Konrad Hesse und Peter Häberle, aber auch Ralf Dreier und Robert Alexy. Auf den Weg aber hat mich der Philosoph Karl Jaspers gebracht, dessen vornehmer Denkungsart sich nicht entziehen kann, wer zur Freiheit finden will, nach dem Urteil

Hannah Arendts der einzig wirkliche Kantianer. Hannah Arendt selbst hat mich zunehmend beeindruckt, nicht minder Dolf Sternberger, beide Schüler Jaspers. Karl R. Poppers kantianische objektive Erkenntnislehre gehört zu meinen Grundlagen. Die Nähe zu Jürgen Habermas, dem die meines Erachtens kantianische Diskursethik wesentlich zu danken ist und der kürzlich in Faktizität und Geltung eine recht kantianische Rechtslehre vorgelegt hat, ist augenscheinlich. Allen Lehrern, die ich hier genannt oder auch nur im Buch zitiert habe, sage ich Dank, weil sie meinen Beitrag zur Rechtslehre gefördert haben. Von jedem habe ich gelernt. Das Studium jeder Schrift und jedes Aufsatzes hat merklichen Einfluß auf meine Überlegungen gewonnen. Vor allem gilt der Respekt unserem Bundesverfassungsgericht, das seit Jahrzehnten die geistige Führung in der Rechtslehre behauptet und dringend der Hilfe bedarf.

Dank sage ich aber auch Gerd Bornmüller, Alois Kammerl, Dietrich Kressel, Axel Enderlein und Angelika Emmerich-Fritsche. Gerd Bornmüller hat in vielen freundschaftlichen Läufen die persönliche Haltung gestärkt, ohne die ein Buch, das die Moralität lehrt, nicht geschrieben werden kann. Alois Kammerl hat meine ersten Kantstudien begleitet. Mit Dietrich Kressel habe ich die lehrreichen politischen Verhältnisse in Hamburg rechtlich erörtert. Er hat in Hamburg und Nürnberg auch manche technische Hilfe gegeben. Axel Enderlein hat mich jahrelang mit zweifelnden Fragen gezwungen, die kantianischen Ansätze zu verteidigen und tiefer zu durchdringen. Angelika Emmerich-Fritsche hat mich vor Irrtümern bewahrt. Ihre Kritik hat die Lehren von dem republikanischen Interessenausgleich, von der freiheitlichen Privatheit und vor allem die von der republikanischen Funktion des Bundesverfassungsgerichts bereichert.

Dank sage ich den Studenten in Berlin, Hamburg, Göttingen, Kiel und Erlangen-Nürnberg, die mir in Vorlesungen und Seminaren zugehört und mir dadurch die forschende Lehre ermöglicht haben.

Dieses Buch hat mein Lehrstuhl mit Hilfe moderner Textverarbeitung erstellt. Diese Technik hat Stärken und Schwächen, welche die Arbeit verändern. Dank sage ich den vielen Hilfskräften, die im Laufe der sechs

Jahre, in denen das Buch entstanden ist, die Mühen der Textverarbeitung, der Literaturbeschaffung und auch von Korrekturen auf sich genommen haben. Es sind: Heiko Weick, John Loeber, Annette Stapel, Babett Stapel, Rainer Hartmann, Stefan Lingsminat, Harald Schmiedel, Andrea Kaesbach, Sylvia Baier, Christian Mangold, Konstantinos Zois, Alexandra Groß, Felix Schuler, Birgit Weidhas, Ralf Dresel, Joachim Hein, Jörg Modlmayr, Gösta Makowski, Tanja Posmyk, Michaela Schuhmann, Alexandre Tchernavski, Anne Miarka, Peter Baranek, Heike Duus und besonders Alexandra Brinkama und Olaf Schunke. Die Mühen der redaktionellen Schlußarbeiten hat Regina Köhler auf sich genommen und mit großer Umsicht bewältigt.

Dank sage ich auch den Sekretärinnen meines Lehrstuhls, Christa Dammann und Else Hirschmann. Frau Dammann hat die studentischen Hilfskräfte ständig aktiviert und koordiniert. Frau Hirschmann hat vielfältige Lasten, wie die Nachteilsätze im Maastricht-Verfahren, klaglos auf sich geladen. Beide haben jahrelang die Überlast einer Abhandlung mit derart vielen Belegen ausgehalten, zumal ich in den letzten vier Jahren Prodekan und Dekan meiner Fakultät war und auch andere wichtige Aufgaben, wie vor allem den Maastricht-Prozeß, zu bewältigen hatte, akademische und bürgerliche Pflichten, die freilich das Erscheinen eines Buches nicht gerade beschleunigen.

Liebender Dank gilt meiner Frau und unserer Tochter, Lisa Maria, die über Jahre einen der Rechtslehre, der Universität und auch der Politik verschriebenen Mann und Vater hinnehmen mußten.

Die Hans Frisch-Stiftung Nürnberg hat das Buch dadurch gefördert, daß sie zwei Jahre lang Mittel für eine halbe Stelle eines studentische Mitarbeiters und 15 Stunden wöchentlich für wissenschaftliche Hilfskräfte zur Verfügung gestellt und einen erheblichen Druckkostenzuschuß verauslagt hat. Dafür danke ich.

Professor Simon hat das Buch nicht nur in sein Verlagsprogramm aufgenommen, sondern vor allem einen Kaufpreis ermöglicht, der es auch für Studenten erschwinglich macht. Das beweist Vertrauen in meine Arbeit und ist eine ganz außergewöhnliche Förderung der Lehre von der Republik. Dem gilt mein herzlichster Dank.

Ich widme das Buch meinem 1973 verstorbenen Vater, dem Schüler Luthers und Heideggers, in Dankbarkeit für seine Predigten und Tischgespräche, die in mir weiterwirken. Neben meiner Mutter, Margot Schachtschneider, hat mich niemand so geprägt wie mein Vater, der Theologe und Pfarrer. Die Rechtslehre als praktische Philosophie zu betreiben, schulde ich ihm.

Erlangen-Nürnberg, im August 1994

Karl Albrecht Schachtschneider

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Republikanische Orientierung

1. Kapitel: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit als republikanische Grundprinzipien	1
2. Kapitel: Republikanisches versus monarchisches Prinzip	10
3. Kapitel: Die demokratische Republik als Form des Politischen	14
I. Die bürgerliche Staatlichkeit	14
II. Die demokratische Republik als Lebensform der Bürger ohne Herrschaft	23
III. Die freiheitliche Demokratie als durch die Gleichheit aller in der Freiheit und die allgemeine Gesetzlichkeit definierte Bürgerschaftlichkeit	35
IV. Die sanfte Despotie der demokratistischen Parteienoligarchie . .	45
V. Das menschliche Recht auf Glück und das republikanische Ethos der Sittlichkeit	54
VI. Das demokratische Prinzip der Republik	60
VII. Weitere Aspekte der Republik	62

Zweiter Teil

Der Widerspruch von Freiheit und Herrschaft in der Republik

1. Kapitel: Die Herrschaftsideologie der deutschen Staatslehre	71
2. Kapitel: Herrschaft und Untertänigkeit	79
3. Kapitel: Die Lehren von der Herrschaftlichkeit des Staates	88
4. Kapitel: Die Lehren von der Demokratie als Herrschaft des Volkes	92
5. Kapitel: Die Lehren von der Demokratie als herrschaftlicher Führung . .	100

6. Kapitel:	Die Lehren von der Demokratie als Herrschaft der Mehrheit . . .	105
I.	Das herrschaftliche Mehrheitsprinzip	105
II.	Die freiheitliche Mehrheitsregel	119
7. Kapitel:	Die Lehren von der Einheit von Freiheit und Herrschaft	124
8. Kapitel:	Wilhelm Henkes Lehre von der guten Herrschaft	133
9. Kapitel:	Regieren ist nicht Herrschen	139
10. Kapitel:	Die sogenannte Herrschaft der Gesetze	145
11. Kapitel:	Freiheit als Ordnung durch Autonomie des Willens	153

Dritter Teil

Die republikwidrige Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

1. Kapitel:	Die parteienstaatliche Herrschaft und die liberalistische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	159
I.	Die (differenzierte) Staatlichkeit des Gemeinwesens	159
II.	Die Parteienherrschaft als Mißachtung der Republikanität (des Sittengesetzes und der Funktionenordnung) und deren liberalistische Moderierung	166
2. Kapitel:	Kritik des neoliberalistischen Dualismus von Staat und Gesellschaft	175
I.	Die liberalistische Logik der grundrechtlichen Abwehr der Herrschaft	175
II.	Die politische Freiheit in herrschaftslosen Gemeinwesen	184
3. Kapitel:	Die Totalität des Politischen des gemeinsamen Lebens	193
4. Kapitel:	Hans Heinrich Rupps Lehre von der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	201

Vierter Teil

Der republikanische Bürger

1. Kapitel:	Die Vernachlässigung des Bürgerbegriffs in der Staatslehre . . .	207
2. Kapitel:	Die staatliche und private Bürgerlichkeit in der Republik	211
I.	Der Bürger als citizen	211
II.	Staatlichkeit und Privatheit als Maximen des Handelns	219
III.	Staatlichkeit der Amtswaltung und Privatheit der Amtswalter . .	226
IV.	Zwei Sollensordnungen des Menschen	230

3. Kapitel: Die Selbständigkeit und die Brüderlichkeit nach dem republikanischen Sozialprinzip	234
I. Bürgerlichkeit, Brüderlichkeit, Selbständigkeit	234
II. Das freiheitswidrige Sozialismusprinzip	245
III. Fortschrittlichkeit und Gesetzlichkeit	247

Fünfter Teil

Der republikanische Freiheitsbegriff

1. Kapitel: Die alteuropäische republikanische Freiheitsidee des Grundgesetzes	253
2. Kapitel: Das "Sittengesetz" als der republikanische Schlüsselbegriff . . .	259
I. Die Vernachlässigung des Sittengesetzes in der Freiheitslehre . .	259
II. Formalität, nicht Materialität des Sittengesetzes	267
3. Kapitel: Republikanische Freiheit als Autonomie des Willens - kantianisch	275
I. Die Tradition des aufklärerischen Freiheitsbegriffs	275
II. Freiheitlichkeit, Sittlichkeit, Gesetzlichkeit als die Prinzipien des christlichen Liebesprinzips	279
III. Freiheit als Recht auf Recht und Recht als Wirklichkeit der Freiheit	290
IV. Glücksgerichtete Zweckverwirklichung und freies Handeln . . .	297
V. Das Recht zur freien Willkür, die allgemeine Gesetzlichkeit und die Verwirklichung der Freiheit aller	303
VI. Formalität der allgemeinen Freiheit als Selbstzweckhaftigkeit jedes Menschen, nicht Materialität einer allgemeinen Handlungsfreiheit als des Untertanen Recht zur Beliebigkeit	313
4. Kapitel: Republikanische Freiheit als Autonomie des Willens - dogmatisch	325
I. Die Freiheit als formales Unrecht auf Recht	325
II. Die äußere Freiheit als das Recht der Autonomie des Willens, die Materialisierung der Handlungsmaximen durch Rechtsgesetze und die gesetzesbedürftigen Handlungen	332
III. Die allseitige Zweckverwirklichung und der Interessenausgleich durch allgemeine Gesetze	340
IV. Die Idee der Freiheit als aufklärerisches Paradigma der Rechtslehre unter dem Grundgesetz	344

V.	Offenheit der Staatsaufgaben, staatliche Daseinsvorsorge, der Vorrang der privaten Lebensbewältigung und dessen grundrechtlicher und verfassungsgerichtlicher Schutz	346
VI.	Die Unbeschränkbarkeit der Freiheit und des Rechts der Freiheit wegen der Formalität der Freiheit	356
VII.	Freiheitsverletzung durch Gesetzesverletzung, Rechts- und Grundrechtsschutz gegen Gesetzesverletzungen, grundrechtswidrige Gesetze und die Grundrechtsbindung der Gesetzesrichter	360
VIII.	Das Recht auf Leben in subjektiver und objektiver Dimension als Verwirklichung der Freiheit	368
5. Kapitel:	Die freiheitliche Privatheit in der Republik	370
I.	Die institutionelle und die modale Privatheit und Staatlichkeit des Bürgers	370
II.	Privatheit als berechtigte Willkür; auch Kants Begriff des äußeren Mein und Dein	374
III.	Subjektive Rechte der Privatheit, Legalität und Sittlichkeit berechtigter Privatheit und Entlastung des gemeinsamen Lebens durch Privatheit	378
IV.	Der Grundsatz und Vorrang privater Lebensbewältigung, insbesondere der unternehmerischen Wirtschaft und der Berufswahl, sowie dessen Judiziabilität	386
V.	Die berufsfreiheitsrechtlich geschützte Privatheit der Berufswahl	392
VI.	Die Sicherung unternehmerischer Privatheit durch Erfolg	394
VII.	Wettbewerb als res publica und res privata	396
VIII.	Privatheit, nicht Privatautonomie; Tarifprivatheit, nicht Tarifautonomie (Kritik der Delegationslehre)	399
IX.	Die Vertragsfreiheit, republikanisch konzipiert	404
6. Kapitel:	Das Recht zur Autonomie des Willens als Gleichheit in der Freiheit	410
I.	Gleichheitsdogmatische Skizze einer allgemeinen Republiklehre	410
II.	Die politische Identität der allgemeinen Freiheit und der Gleichheit aller im Gegensatz zur despotischen Diversität von Freiheiten und Gleichheit	422
7. Kapitel:	Freiheit als Autonomie des Willens, nicht Freiheiten als Möglichkeiten	427

*Sechster Teil***Nähe und Distanz des
republikanischen zum liberalistischen Freiheitsbegriff**

1. Kapitel: Der Grundrechtsschutz der herrschaftslosen Freiheit	441
2. Kapitel: Die republikanische Verteilung von Freiheit als Willensautonomie und als Privatheit	449
3. Kapitel: Die herrschaftsabwehrende Notfunktion einer staatsabwehrenden grundrechtsgeschützten Freiheitssphäre	454
I. Die liberalistische grundrechtliche Abwehrdogmatik	454
II. G. Jellineks status negativus und die grundrechtliche Abwehr der Parteienherrschaft	457
4. Kapitel: Die objektive und die subjektive Dimension der Grundrechte . .	461
5. Kapitel: Die gemeinsame Lebensbewältigung in Staatlichkeit und (vorrangiger) Privatheit (ohne einen ausgegrenzten Freiheitsraum der Gesellschaft)	466
I. Die verräumlichende Freiheitsdogmatik einer vom Staat geschiedenen Gesellschaft	466
II. Die gemeinsame Lebensbewältigung in Staatlichkeit und Privatheit	474
6. Kapitel: Kritik der freiheitsdogmatischen Außenlehre (Schranken-Eingriffs-Schema) und des Regel-Ausnahme-Prinzips des Liberalismus	478
7. Kapitel: Die gesetzgeberische Verwirklichung der Politik der Grundrechte durch grundrechtsgeleitete Rechtserkenntnisse . . .	490
8. Kapitel: Die Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht auf allgemeine Gesetzlichkeit	494
9. Kapitel: Die dualistische Lehre von der liberalen und demokratischen Freiheit	501
10. Kapitel: Grundrechtlicher Minderheitenschutz in der Republik?	513

*Siebter Teil***Die republikanische Rechtsstaatlichkeit**

1. Kapitel: Republikanische Staatlichkeit als gesetzliche Rechtlichkeit	519
I. Freiheitlichkeit, Rechtlichkeit, Staatlichkeit durch praktische Vernunft	519

II.	Gleichheit in der Freiheit durch allgemeine Gesetzlichkeit	525
III.	Amtsmäßige Repräsentation als Vertretung in der Sittlichkeit . .	530
IV.	Das demokratische Prinzip der Republik	532
2. Kapitel:	Freiheitliche Gesetzlichkeit statt herrschaftlicher Richterlichkeit	536
3. Kapitel:	Der staatliche Zwang zur Verwirklichung des Rechts und der Freiheit	545
I.	Die Gefährdung der Rechtlichkeit durch Gewaltsamkeit, Ungesetzlichkeit und Parteilichkeit	545
II.	Das Gewaltprinzip der Freiheitlichkeit und Gesetzlichkeit	549
III.	Das Zwangsprinzip freiheitlichen Rechts	553
4. Kapitel:	Die Republikanität der Rechtsgesetze	560
I.	Die Verfassung freiheitlicher Gesetzlichkeit und das Ethos des Konsenses	560
II.	Die gesetzgeberischen Erkenntnisse des Rechts in diskursiver Moralität	564
III.	Die theoretische und praktische Vernünftigkeit der gesetzgeberischen Rechtekenntnisse	567
IV.	Das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit als Richtigkeitsprinzip der Gesetzgebung	573
V.	Interessiertheit und Irrtümlichkeit bei der gesetzgeberischen Rechtserkenntnis	577
VI.	Die Pflicht zur Verteidigung der Freiheit und das Recht zum Widerstand	581
5. Kapitel:	Der Rechtsdiskurs der Republik	584
I.	Rechtlichkeit der Gesetze durch (diskursive) Moralität in der Politik	584
II.	Diskursive Kommunikation und akklamative Demonstrationen .	588
III.	Der Verlust des diskursiven Parlamentarismus im Parteienstaat .	592
IV.	Die Formalität der Diskursethik und die gesetzgeberische Rechtserkenntnis der Vertreter des Volkes	598
V.	Öffentliche Meinung, eigene Meinung und politische Willensbildung	602
VI.	Meinungsumfragen als Technik inkompetenter Akklamation und sanfter Despotie	610
VII.	Besondere Interessen und das allgemeine Interesse	612
VIII.	Die Mündigkeit des Bürgers und dessen Wahlamt	614
6. Kapitel:	Der republikanische Interessenausgleich	617
I.	Interessenausgleich und gruppenhafter Pluralismus	617

II.	Konsensual-repräsentative Rechtserkenntnis als notwendig kompromißhafter Interessenausgleich	625
-----	--	-----

Achter Teil

Die republikanische Vertretung des ganzen Volkes

1. Kapitel:	Bestmögliche Freiheitsverwirklichung durch bestmögliche Volksvertretung	637
I.	Das Prinzip der Stellvertretung des Volkes in der Gesetzgebung	637
II.	Die Notwendigkeit der parlamentarischen Vertretung des Volkes für die Sittlichkeit der Rechtserkenntnisse des Gesetzgebers und deren Möglichkeit durch die Homogenität der Bürgerschaft	644
III.	Der repräsentationsrechtliche Begriff des Volkes als die Vielheit der Bürger	650
IV.	Die Formalität des Gemeinwohlbegriffs und die Materialisierung des Gemeinwohls durch Gesetze des Rechts	655
V.	Republikanischer Aristokratismus und dessen Schädigung durch die parteilichen Parteien	662
VI.	Die bürgerliche Identität im Staatlichen durch die Repräsentation des Sittlichen	666
VII.	Formelle Kompetenz, materielle Kompetenz, moralische Kompetenz der Vertreter des Volkes als vorbildliche Bürger	674
VIII.	Die republikanische Elite	679
2. Kapitel:	Repräsentative Demokratie als liberale Herrschaftsform?	685
I.	Republik als Form der Freiheit, Demokratie als Form der Herrschaft und Liberalität als grundrechtlicher Schutz von Freiheiten	685
II.	Kritik des Begriffs repräsentative Demokratie unter dem Grundgesetz	692
III.	Kritik der empiristischen, insbesondere soziopsychologischen Verfassungsdogmatik der repräsentativen Demokratie	695
IV.	Kritik plebiszitärer Demokratie	703
3. Kapitel:	Die Dogmatik der organschaftlichen Vertretung des ganzen Volkes	707
I.	Republikanische Repräsentation als organschaftliche Vertretung	707
II.	Das freie Mandat als Bollwerk der Freiheit gegen die Parteiherrschaft	710

III.	Die Vertretung des ganzen Volkes durch das gesamte Vertretungsorgan	714
IV.	Der vorgängige Rechtsetzungswille des Volkes und die Erkenntnis der Rechtsmaterie durch die Vertreter des Volkes	718
V.	Die identitär-repräsentative Dogmatik der bürgerlichen Persönlichkeit im Sittlichen (Allgemeinen, Staatlichen)	725
VI.	Repräsentation als Herrschaft und die antiaufklärerische Sehnsucht nach einer Legitimation von Herrschaft	730
4. Kapitel:	Repräsentation und Identität in den Lehren von <i>Carl Schmitt</i> und <i>Gerhard Leibholz</i>	735
I.	Repräsentation und Identität in der existentialistischen Staatslehre <i>Carl Schmitts</i>	735
II.	Repräsentation und Identität in der phänomenologischen Parteienstaatslehre <i>Gerhard Leibholzens</i>	763
5. Kapitel:	Kritik des parteienstaatlichen Parlamentarismus	772
I.	Die Lehre von der Parteiendemokratie als Apologie des verfassungswidrigen Parteienstaates	772
II.	Die Wahlen als Chance der Republik	788
III.	Das Prinzip innerparteilicher Demokratie und die politikwidrige Parteienoligarchie	792
IV.	Die plurale Parteienoligarchie in den Institutionen des republikanischen Parlamentarismus und der neue Dualismus	796
V.	Institutionelle Förderung eines echten Parlamentarismus	805
VI.	Das freie Mandat als Institution der Sittlichkeit und die parteiliche Bindung der Abgeordneten	810

Neunter Teil

Die republikanische Gesetzgebungsfunktion der grundrechtlichen Verfassungsrechtsprechung

1. Kapitel:	Der formale oder material offene Wesensgehalt der Grundrechte	819
I.	Die Grundrechte als politische Leitentscheidungen und der richterliche Schutz ihres Wesensgehalts	819
II.	Die materiale Offenheit des Wesensgehalts der besonderen Grundrechte	831

III.	Die Verbindlichkeit der material offenen oder formalen grundrechtlichen Leitentscheidungen	847
2. Kapitel:	Die funktional gesetzgebende Grundrechtsverwirklichung durch die Verfassungsrechtsprechung	858
I.	Das grundrechtsgeleitete gemeinsame Leben in Freiheit	858
II.	Rechtlichkeit durch funktionsteilige Gerichtlichkeit und Gesetzlichkeit	863
III.	Der von einer Gesetzesbindung unabhängige Begriff der Rechtsprechung und das freiheitsrechtliche Postulat der Gesetzesbindung	870
IV.	Die gesetzgebende Funktion richterlicher Rechtserkenntnisse	885
V.	Abwägung als Methode der Gesetzeserkenntnis	895
VI.	Die Verfassungsrechtsprechung über die Rechtlichkeit der Gesetze, die Fachgerichte als Verfassungsgerichte, deren Verfassungsbindung und das Bundesverfassungsgericht als Fachgericht	901
3. Kapitel:	Rechtsprechung und Politik in der Republik	909
I.	Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts als Organ der Rechtsprechung	909
II.	Die Einheit von Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung	912
III.	Die Ideologisierung der gesetzgeberischen Politik der Verfassungsrechtsprechung als Verfassungsinterpretation	921
IV.	Die Einheit von Recht, Politik und Moral in der Republik	925
V.	Die freiheitliche Politik als Verwirklichung des Rechts durch die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung	926
VI.	Die freiheitliche Allgemeinheit des Unrechts und die Popularklage	929
4. Kapitel:	Die Verfassungs- und Verfassungsgerichtsstaatlichkeit	932
I.	Rechtlichkeit durch Verfassungsgerichtlichkeit als Vollendung des Rechtsstaates	932
II.	Kompensation der parteienstaatlichen Parteilichkeit durch die befriedigende Rechtlichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit	937
III.	Das sittliche Defizit des parteienstaatlichen Parlamentarismus und die Förderung der Rechtlichkeit durch die Moralität des Verfassungsgerichts (die Mehrstufigkeit des Verfahrens der Sittlichkeit)	943
IV.	Die Verbindlichkeit der Rechtserkenntnisse des Verfassungsgerichts	951
V.	Das Gebot zur verfassungsgerichtlichen Zurückhaltung	955

5. Kapitel:	Die Legitimierungsfunktion der Rechtserkenntnis des Verfassungsgerichts, die öffentliche Meinung vom Recht und die Befriedung des Gemeinwesens	956
6. Kapitel:	Die Richtigkeitschance verfassungsgerichtlicher Erkenntnisse, das Vertrauen des Volkes in die Verfassungsrechtsprechung und die Legitimation der Richter und Verfassungsrichter	963
I.	Die größere Richtigkeitschance der Rechtserkenntnisse des Verfassungsgerichts gegenüber denen des Gesetzgebers	963
II.	Das Vertrauen zum Bundesverfassungsgericht und das Mißtrauen gegenüber dem parteilichen Gesetzgeber	967
III.	Die republikanische Legitimation der Gesetzesrichter aus der Gesetzesbindung und der rechtswissenschaftlichen Befähigung .	970
IV.	Die demokratische und republikanische Legitimation der Richter des Bundesverfassungsgerichts	975
7. Kapitel:	Die Wesensgehaltsverwirklichung des Grundrechts der allgemeinen Freiheit	978
I.	Die sachliche Materialisierung der formalen Freiheit oder der Schutz der Rechtllichkeit der Gesetze als Wesensgehalt der allgemeinen Freiheit	978
II.	Der allgemeine Diskurs als prozeduraler Wesensgehalt der allgemeinen Freiheit und die Unsittlichkeit der Parteienoligarchie	988
8. Kapitel:	Die formale Gleichheit und das Willkürverbot	990
I.	Das Willkürverbot als Freiheits- oder/und als Gleichheitsprinzip und die Gerechtigkeit als Sittlichkeit/Sachlichkeit	990
II.	Die Gleichheit als (rechtliche) Gesetzlichkeit und die Gesetzesanwendungsgleichheit	997
9. Kapitel:	Die Wesensgehaltsverwirklichung der Grundrechte der Freiheit von Kunst und Wissenschaft und der Eigentumsgarantie	1002
I.	Die Gesetzlichkeit künstlerischen und wissenschaftlichen Handelns unter der politischen Leitentscheidung für die Kunst und die Wissenschaft	1002
II.	Die Einzelfallgerechtigkeit in der Kunstrechtsprechung und der Primat der freiheitsverwirklichenden Gesetzlichkeit	1009
III.	Die Offenheit des Kunstbegriffs und die Gesetzlichkeit der Freiheit der besonders schützenswerten Kunst	1015
IV.	Die Offenheit des in objektiver Dimension garantierten Eigentums und dessen Subjektivierung durch Rechte der Privatheit . .	1023

10. Kapitel: Die gleichheitliche Allgemeinheit des Gesetzgebungsstaates und die Gesamtverantwortung von Gesetzgeber und Verfassungsrechtsprechung für das Recht 1027
11. Kapitel: Die Variabilität und Dynamik des durch die grundrechtlichen Wesensgehalte geleiteten lage- und erkenntnisbedingten Rechts 1033

Zehnter Teil

Die republikwidrige Parteienherrschaft

1. Kapitel: Die Staatlichkeit der republikanischen Parteien 1045
2. Kapitel: Die demokratistische Ideologie von der Notwendigkeit von Parteien 1054
3. Kapitel: Die Bündnishaftigkeit der parteilichen Parteien 1060
- I. Oligarchie statt Demokratie in Parteien als Bündnissen der Herrschaft 1060
- II. Das aristokratische Prinzip der Republik und die Negativauslese der Parteien 1064
- III. Die Geschlossenheit von Führern und Gefolgsleuten statt kompetenter Meinungsbildung in Offenheit und Öffentlichkeit 1069
- IV. Parteilichkeit zu Lasten der Sittlichkeit und Rechtlichkeit 1080
- V. Widerspruch statt Widerstand gegen die Parteilichkeit als bürgerliche Pflicht 1084
4. Kapitel: Oligarchisierung anstatt Diskurs in den Parteien 1086
- I. Die innerparteiliche Moralität der Abgeordneten und die Fraktionsdisziplin 1086
- II. Die persönliche, unparteiliche Meinung als Bedingung republikanischer Einigkeit 1095
- III. Die formelle Meinungsführung der Parteioligarchie 1099
- IV. Innerparteiliche Opposition als Institutionalisierung von Kritik und Diskurs 1108
5. Kapitel: Ämterpatronage und andere Machiavellismen zur Stabilisierung der parteilichen Oligarchie 1113
- I. Die plural-proportionale Ämterpatronage der festgefühten Parteien 1113
- II. Die demokratiewidrige Sicherung der Nomination der Parteienoligarchie 1120
- III. Der Parteienstaat als Führerstaat 1122

IV.	Der Lagermachiavellismus des kleineren Übels unter den Altparteien und die Verdrängung neuer Parteien	1125
V.	Das Prinzip der Einigkeit, der neue und alte Dualismus und die gewaltenteilige Funktionenordnung	1129
6. Kapitel:	Richterstaatliche Kompensationseffekte der Parteilichkeit der Parteien	1131
7. Kapitel:	Die republikanische Pflicht der Medien zum unparteilichen Diskurs	1141
8. Kapitel:	Aspekte eines republikanischen Parteien- und Wahlrechts	1147
I.	Wider das Verhältniswahlsystem des Parteienstaates	1147
II.	Republikanische Parteien als politische Gesprächskreise	1159
III.	Wider die politische Verbindlichkeit von Parteitagsbeschlüssen .	1163
IV.	Wider die Berufs(partei)politiker	1165
V.	Wider die Parteienfinanzierung festgefügtter Parteien	1167
VI.	Die Entparteilichung der Parteien	1168
9. Kapitel:	Die Verkürzung des Justizgewährungsanspruchs durch die Parteigerichtbarkeit	1169
10. Kapitel:	Die gerechtfertigte Parteiverdrossenheit der Bürger	1173

Elfter Teil

Republikanische Homogenität

1. Kapitel:	Die Homogenität als Voraussetzung der Republik	1177
2. Kapitel:	Die Homogenität der deutschen Nation	1186
3. Kapitel:	Die sprachliche Homogenität der Deutschen	1194
4. Kapitel:	Die aufklärerische, säkularisiert christliche Homogenität in Deutschland und Europa	1196
5. Kapitel:	Die Einbürgerung anstelle eines Ausländerwahlrechts	1201
Literaturverzeichnis		1205
Personenverzeichnis		1267
Sachwortverzeichnis		1272

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AK, auch Alt-Komm.	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare (Rudolf Wassermann)
Allg.Erkl.MenschenR.	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	argumentum, Argument aus
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel (auch im Plural)
ASSP	Archiv für Sozialwissenschaft und Privatrecht
AT	Allgemeiner Teil
AuR	Arbeit und Recht
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bay	Bayern
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BBG	Bundesbeamtenengesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
bearb.	bearbeitet
Beih.	Beiheft
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt (auch im Plural)
Bonner Komm.	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
BvR	Bundesverfassungsgerichtliche Rechtssachen
BWahl	GBundeswahlgesetz
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
ed.	Edition
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	(Europ.) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
Erg.	Ergänzung
erw.	erweitert, erweiterte
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof. Sammlung der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvStLex	Evangelisches Staatslexikon
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957
f.	folgende (Seite); für
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Seiten)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote (auch im Plural)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
ges.	gesammelte
Gescho BT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls

GGK	Gemeinschaftskommentar
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GR	Die Grundrechte
GrS	Großer Senat
GS	Gedächtnisschrift
GS	Gesetzessammlung
GV	GGerichtsverfassungsgesetz
Halbs.	Halbsatz
Ham. Presse G	Hamburger Presse Gesetz
HambVerf.	Verfassung der Freien und Hasestadt Hamburg
HChE	Entwurf des Verfassungskonvents in Herrenchiemsee
Hbd.	Halbband
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdSW	Handwörterbuch der Staatswissenschaften
Hervorh.	Hervorhebung
HGrR	Handbuch der Grundrechte
Hinw.	Hinweis (auch im Plural)
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
HGZ	Hanseatische Gerichts-Zeitung
HRG	Hochschulrahmengesetz
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinn
i.E.	im Erscheinen
i.e.S.	im engeren Sinne
im Erg.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
iur.	iuris
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jahrg.	Jahrgang
JbRuR	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
komm.	kommentiert
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LS	Leitsatz

m.	mit
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.H.	mit Hinweisen
MRK	Konvention v. 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachdr.	Nachdruck
Nds. OVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
Neudr.	Neudruck
N.F.	neue Folge
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartG	Parteiengesetz
ParteigerichtsO	Parteigerichtsordnung
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rdn.	Randnummer (auch im Plural)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
S.	Satz, Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
sc.	scilicet
SGB	Sozialgesetzbuch
SJ	Societas Jesus
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog	sogenannte, sogenannter
Sp.	Spalte
Staatslex.	Staatslexikon
Sten. Ber.	Stenographischer Bericht
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Strafgerichtshof
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Studienges.	Studiengesellschaft
SZ	Süddeutsche Zeitung
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz	Textziffer
u.	und
u.a.	und andere
u.a.m.	und andere mehr

u.ö.	und öfter
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
u.st.	und ständig
u.s.w.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von, vor
Verf.	Verfassung; Verfasser
Verf. Bay.	Verfassung von Bayern
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verh.	Verhandlung (auch im Plural)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
Verz.	Verzeichnis
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung)
WW	Wissenschaftliche Werksausgabe
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZföR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend

Erster Teil

Republikanische Orientierung

1. Kapitel

Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit als republikanische Grundprinzipien

"Res publica res populi" (*Cicero*)¹. "Der Staat, das sind wir" (*Friedrich Naumann*)².

"Wir sind das Volk".

¹ De re publica, ed. Büchner, Reclam, 1979, S. 130 f. u.ö.; dazu *J. Isensee*, Republik-Sinnpotential eines Begriffs, JZ 1981, 1 ff., 3 ff.; *ders.*, Grundrechtliche Freiheit-Republikanische Tugend, in: E.E. Geißler (Hrsg.), Verantwortete politische Bildung, 1988, S. 65 ff.; *ders.*, Republik, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, S. 882 ff.; *ders.*, Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, S. 631 ff., 654; *W. Henke*, Zum Verfassungsprinzip der Republik, JZ 1981, 249 ff.; *ders.*, Die Republik, HStR, Bd. I, 1987, S. 863 ff., 869 ff.; tendenziell republikanisch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 1988, Rdn. 118 ff., S. 48 f., Rdn. 133, S. 52 f., Rdn. 138, S. 54 (für "Rationalität des politischen Prozesses" und "Öffentlichkeit"; allerdings i.S.v. "Herrschaft", Rdn. 134, S. 53); republikanisch argumentiert der ehemalige Bundeskanzler *Helmut Schmidt* in seinen Reden, etwa, Ausgewählte Texte, 1988, S. 67 ff., 105 ff.; auch *R. Wassermann*, Die Zuschauerdemokratie, 1986/89, insb. S. 203; republikanisch argumentiert auch *H. Hofmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 42 ff., ohne freilich ein republikanisches Prinzip zu entwickeln, wozu sein Gegenstand Anlaß gab; durch und durch republikanisch *Karl Jaspers*, u.a., Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1949, insb. Das Ziel: Die Freiheit, S. 196 ff.; *ders.*, Wahrheit, Freiheit, Friede, 1958, in: *ders.*, Lebensfragen der deutschen Politik, 1963, S. 158 ff.; *ders.*, Wohin treibt die Bundesrepublik?, 1965, insb. S. 125 ff.; i.d.S. auch *Hugo Preuss*, Deutschlands Republikanische Reichsverfassung, 2. Aufl. 1923, S. 10; republikanisch ist vor allem die Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1964, *Herbert Krügers*, ohne daß Krüger das Wort Republik hervorhebt; die "res publica" reklamiert für seine auf Interessenausgleich abgestellten Lehren, insb. des Öffentlichen, (u.a.) *P. Häberle*, Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat, 1970, in: Die Verfassung des Pluralismus, Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 1980, S. 126 ff., der insb. das republikanische Tugendprinzip nicht einbezieht; auch in: Die Verfassung des Pluralismus, daselbst, S. 56 ff., spricht *ders.* von "res publica" und "Bürger" und findet zu einer Tugend, der der Toleranz (S. 59, 61, 63), die eher liberal, als republikanisch ist; auch *W. Löwer*, Aktuelle Gefährdungen des Republikanismus durch den Parteienstaat, in: Almanach des Hochschulverbandes Bd.VI, 1993, S. 47 ff.; zur Begriffsgeschichte ergiebig *W. Mager*, Republik, Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 5, 1984, S. 549 ff.

² So zitiert *R. Thoma*, Das Reich als Demokratie, HbdDStR, Bd. 1, 1930, S. 186 f., *Friedrich Naumann* und schließt sich ihm an; vgl. *K. Löw*, Was bedeutet "Republik" in der Bezeichnung "Bundesrepublik Deutschland"?, DÖV 1979, 819 ff., 821.

Mit dieser Parole haben viele Bürger Mitteldeutschlands³ im deutschen Herbst 1989 für die Freiheit und gegen die Herrschaft der SED demonstriert.

"Das Deutsche Reich ist eine Republik", lautete Art. 1 Abs. 1 WRV. Deutschland⁴ ist nach dem Grundgesetz eine Bundesrepublik (Art. 20 Abs. 1) und hat Grundsätze auch des republikanischen Rechtsstaates (Art. 28 Abs. 1 S. 1). Die Form des Politischen ist danach die Republik. Das Grundgesetz verfaßt Deutschland zur föderalen demokratischen und sozialen Republik und gibt darin den Deutschen die politische Form der Freiheit. Die Republik als Verfassung der Freiheit bestimmt die Prinzipien des Rechts und des Staates als die der rechtlichen Gesetzlichkeit.

Eine Republik ist notwendig bürgerschaftlich, also im freiheitlichen Sinne demokratisch, verfaßt⁵, aber keine Demokratie als Herrschaft des Volkes⁶. Sie ist das Gemeinwesen freier Menschen, der Bürger. "Alle Staatsgewalt geht" nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG "vom Volke aus". "Sie wird" aber "vom Volke" außer "in Wahlen und Abstimmungen" vor allem "durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtspre-

³ Seit die "Einheit ... Deutschlands vollendet" ist (Präambel des GG in der Fassung des Einigungsvertrages vom 31. August 1990; zwar eine Geschichtsfälschung, aber eine verbindliche Willensäußerung, vgl. Art. 1 Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12. Sept. 1990, Zwei-plus-Vier-Vertrag, der die Außengrenzen "endgültig" als die "Grenzen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik" festgelegt hat), wird dieses Gebiet Ostdeutschland genannt, während vorher "Ostgebiete" die jetzt vor allem polnischen Gebiete jenseits der sogenannten Oder-Neiße-Grenze waren (vgl. etwa *R. Bernhardt*, Die deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands, HStR, Bd. I, S. 338, 341, 344 ff., 348).

⁴ Die Länder der Deutschen sind in der Präambel des GG aufgeführt. Art. 23 GG, der bis zum Einigungsvertrag vom 31. August 1990 den Geltungsbereich des Grundgesetzes regelte, ist aufgehoben. Damit regelt das Grundgesetz das Gebiet Deutschlands.

⁵ So *E. Bernatzik*, Republik und Monarchie, 2. Aufl. 1919, S. 34; *W. Henke*, JZ 1981, S. 251; *ders.* klar, HStR, Bd. I, S. 880 f.; vgl. die Einheit des republikanischen und demokratischen Prinzips in Art. 1 WRV, dazu *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Anm. 1 zu Art. 1; ganz so *H. Preuss*, Deutschlands Republikanische Reichsverfassung, S. 62 ff.; i.d.S. auch *R. Thoma*, HbdDStR, Bd. 1, S. 186 ff.; anders *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1931, S. 710 ff. (jede Mehrherrschaft), der die demokratische Republik als eine Art der Republik versteht, in der "die Volksgemeinde" "höchstes Staatsorgan" ist; wie im Text für seine Zeit auch *R. Hübner*, Die Staatsform der Republik, 1919, S. 15 ff.; zur sprachgeschichtlichen Verbindung von Republik und Demokratie im 18. und 19. Jahrhundert *W. Mager*, Republik, S. 580 ff.

⁶ Dazu 1. Teil, 3. Kap., S. 14 ff., 34; 2. Teil, 4. und 5. Kap., S. 92 ff., 100 ff.

chung ausgeübt" (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG)⁷. Die deutsche Staatlichkeit ist somit nach dem Text des Grundgesetzes vom Volk als solche des Volkes, also demokratisch, verfaßt. Die verfaßte Staatlichkeit aber ist die der Republik als der Lebensform der größtmöglichen Freiheit⁸. Das demokratische Prinzip der Republik als dem freiheitlichen Gemeinwesen steht gegen jede Art staatlicher Herrschaft⁹; denn Herrschaft des als Bürgerschaft verstandenen Volkes über die Vielheit der Bürger als das Volk ist nicht denkbar, weil der Bürger durch seine Selbständigkeit, durch seine Unabhängigkeit von anderer nötiger Willkür, durch Freiheit nämlich, definiert ist¹⁰. Wenn sich Herrschaft etabliert, wie im entwickelten Parteienstaat, ist die Republik in Gefahr und das Volk aufgerufen, die Freiheit zu verteidigen¹¹. Die Möglichkeit, ohne Blutvergießen die Regierung zu wechseln, kann man mit *Karl R. Popper* als das demokratische Prinzip begreifen¹². Demokratie ist unter dem Grundgesetz somit nicht die Form der Herrschaft und schon

⁷ Dazu 1. Teil, 3. Kap., S. 17 f.; 3. Teil, 1. Kap., S. 168 ff.; 7. Teil, 4. Kap., S. 560 ff.; vgl. insb. BVerfGE 83, 60 (71 ff.).

⁸ Dazu 1. Teil, 3. Kap., S. 14 ff., insb. S. 34 ff.; 3. Teil, 2. Kap., S. 178 ff.; 8. Teil, 1. und 3. Kap., S. 637 ff., 707 ff.; 9. Teil, 2. Kap., S. 858 ff.; zum Prinzip der Volkssouveränität und dessen Verhältnis zur Staats- und Regierungsform *E.-W. Böckenförde*, HStR, Bd. I, S. 888 ff., der beides demokratisch bestimmt sieht; ähnlich *P. Badura*, HStR, Bd. I, S. 968 ff.; auch *R. Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 23, S. 170 ff.

⁹ BVerfGE 83, 60 (71 ff.) versteht die "freiheitliche Demokratie" als "staatliche Herrschaft", die "demokratischer Legitimation" bedarf; dazu 1. Teil, 3. Kap., S. 14 ff.; 2. Teil, 4. und 7. Kap., S. 97 ff., 124 ff.

¹⁰ I.d.S. *M. Hättich*, Demokratie, Staatslexikon, hrsg. v. der Görres-Gesellschaft, Bd. 1, 1985, Sp. 1183; *ders.*, Demokratie als Herrschaftsordnung, 1967, S. 27 ff., erörtert mit Hinweisen den fiktionalen Charakter der Begriffe "Volksherrschaft oder Selbstregierung des Volkes"; *K.R. Popper*, Bemerkungen zu Theorie und Praxis des demokratischen Staates, 1988, S. 10 ff.; zum bürgerlichen Freiheitsbegriff *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 345; insb. schon *J. Locke*, Über die Regierung, ed. Mayer-Tasch, Reclam, 1983, S. 18, 41; i.d.S. *M. Kriele*, Die demokratische Weltrevolution, S. 37; *ders.*, Freiheit und Gleichheit, HVerfR, S. 143; *W. Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, HVerfR, 1983, S. 186 ff.; zum demokratischen Prinzip der Republik 7. Teil, 1. Kap., S. 532 ff.; 1. Teil, 3. Kap., S. 14 ff., insb. S. 64 ff.; zur Bürgerlichkeit des Bürgers 4. Teil, 2. Kap., S. 211 ff.; 5. Teil, 4. Kap., S. 341 ff., 6. Teil, 9. Kap., S. 501 ff.; zum bürgerlichen Freiheitsbegriff 5. Teil, 3., 4., 5., 6. und 7. Kap., S. 275 ff., 325 ff., 370 ff., 410 ff., 427 ff.

¹¹ Dazu 4. Teil, 3. Kap., S. 249 f.; 5. Teil, 6. Kap., S. 417 ff.; 7. Teil, 4. Kap., S. 581 ff.; 9. Teil, 5. Kap., S. 961 ff.; vor allem *K. Jaspers*, Wohin treibt die Bundesrepublik?, S. 128 ff.

¹² Bemerkungen zu Theorie und Praxis des demokratischen Staates, S. 10 ff., 14 ff.; weitere Hinweise in Fn. 145.