

ABHANDLUNGEN

Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen

BERND J. HARTMANN

1. <i>Problemstellung</i>	1
2. <i>Maßstäblichkeit von Eigeninteresse und Gemeinwohl</i>	2
3. <i>Reichweite der Maßstäbe</i>	7
a) <i>Abstimmung im Parlament</i>	7
b) <i>Wahl im Parlament</i>	8
c) <i>Abstimmung im Volk</i>	9
d) <i>Wahl im Volk</i>	11
4. <i>Inhalt der Maßstäbe</i>	12
a) <i>Eigeninteresse</i>	12
b) <i>Gemeinwohl</i>	13
c) <i>Exkurs: Grundtypen gemeinschaftserheblicher Entscheidungsverfahren</i>	19
5. <i>Einwände</i>	21
a) <i>Unmöglichkeit</i>	21
b) <i>Überforderung</i>	23
c) <i>Überprüfbarkeit</i>	28
6. <i>Zusammenfassung</i>	31
<i>Summary</i>	33

1. *Problemstellung*

Bei Wahlen und Abstimmungen sind die Wahlberechtigten im Volk oder ihre Repräsentanten im Parlament aufgerufen, eine Entscheidung zu treffen. Darf der Abstimmende dabei seine Eigeninteressen zum Maßstab nehmen? Oder muss es darauf ankommen, welche Entscheidung dem Gemeinwohl besser dient? Macht es einen Unterschied, ob (in Wahlen) Personal- oder (in Abstimmungen) Sachfragen entschieden werden? Gilt für Parlamentarier und Bürger jeweils derselbe Maßstab? Diese Abhandlung sucht Antworten in der juristischen Dogmatik, ohne ausgewählte Erkenntnisse der Allgemeinen

Staatslehre, der Politischen Theorie und der Ökonomie auszublenzen. Dabei stehen die grundgesetzlichen Vorgaben im Mittelpunkt; Landes- und Kommunalverfassungsrecht findet nur zur Abrundung Berücksichtigung.

2. Maßstäblichkeit von Eigeninteresse und Gemeinwohl

Will man auf eine Formel bringen, was Staat soll, kommt eine Sentenz in den Sinn, mit welcher der Herrenchiemsee-Entwurf den Verfassungstext einst eröffnen wollte. Der Satz, der zum geltenden Landesverfassungsrecht gehört¹ und unlängst die Nordseite des Bundeskanzleramts schmückte², lautet: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“³ Zusammengefasst beschreibt die Aussage den Vorrang des Menschen vor dem Staat. Im geltenden Recht gründen verschiedene Strukturmerkmale auf dem Vorrangprinzip, namentlich die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und, daraus folgend, die Trennung von Privat- und öffentlichem Recht. Innerhalb des öffentlichen Rechts wurzelt im Vorrang des Menschen außerdem die Unterscheidung von subjektivem öffentlichem Recht und öffentlich-rechtlicher Kompetenz. Sie lässt sich daher auch aus beiden Perspektiven begründen. Aus Sicht des Menschen folgt sie aus der Garantie der Menschenwürde und den Freiheitsrechten, aus Sicht des Staates gründet sie in Rechtsstaats-, Republik- und Demokratieprinzip. Die Menschenwürdegarantie und die Freiheitsrechte erklären den Menschen zum Selbstzweck⁴. Der Staat dagegen findet seinen Zweck vor: dem Menschen zu dienen⁵. Da-

¹ Art. 5 Abs. 2 Halbsatz 1 der Verfassung Mecklenburg-Vorpommerns lautet: „Das Land Mecklenburg-Vorpommern ist um des Menschen willen da.“

² Als Einsteinzitat zum 100. Geburtstag der Relativitätstheorie, siehe A. Calaprice (Hrsg.), *Einstein sagt*, 10. Aufl. 2007, S. 165; A. P. French, *Einstein and world affairs*, in: ders. (Hrsg.), *Einstein*, 1979, S. 185 (188) („the state is made for man, not man for the state“).

³ Siehe W. Matz, in: K.-B. v. Doemming/R. W. Füsslein/W. Matz, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, JöR N. F. 1 (1951), S. 48; dazu P. M. Huber, *Das Menschenbild im Grundgesetz*, Jura 1998, S. 505 (508); R.-U. Kunze, *Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.“*, Der Staat 40 (2001), S. 383 (393 ff.).

⁴ BVerfGE 115, 118 (153): „Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten“; kantisch zur Menschenwürde auch BVerfGE 45, 187 (228) und BVerwG NJW 2006, S. 77 (80), wonach der Satz, „der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben“ ... uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete“ gelte; dazu M. Jabn, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, S. 543 f., bei und in Fn. 125; K.-P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, S. 215 ff., insb. S. 217 Fn. 588.

⁵ Vgl. BVerfGE 42, 312 (331 f.); 49, 89 (132); D. Ehlers, *Die Staatsgewalt in Ketten*, in: FS E. Stein, 2002, S. 125 (141); C. Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, S. 176 ff.; ders., *Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigen-*

her steht das Staatsorganisationsrecht im Grundgesetz, in Umkehrung der überholten Reihenfolge, erst nach dem Abschnitt über die Grundrechte⁶. Das Rechtsstaatsprinzip erkennt an, dass dem Staat – anders als der Gesellschaft – keine Freiheit zukommen kann, sondern er nur aufgrund zugewiesener Kompetenzen zu öffentlichen Zwecken tätig werden darf⁷. Das Republikprinzip verpflichtet die Staatsgewalt auf die *res publica*, die öffentliche Sache, und damit auf das gemeinsame Wesen⁸, den „gemeinen nutz“⁹ („common wealth“¹⁰), das öffentliche Wohl („public good“¹¹)¹². Das Demokratieprinzip schließlich organisiert die staatliche Herrschaft vom Volk her, zur Erledi-

verantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), S. 7 (9 f.); W. Frotscher/B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2008, Rn. 697; H. Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996, Rn. 263, 312; Wurzeln dieser Auffassung bei I. Kant, Metaphysik der Sitten, Tugendlehre, 1797, § 11 (S. 93), in: ders., Werke in sechs Bänden, hrsg. von W. Weischedel, Band IV, 1956, S. 502 (569).

⁶ Vgl. H. Fenske, Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1993, S. 96; A. Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 6. Aufl. 2006, S. 436; C.-F. Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8. Aufl. 1993, Rn. 416; D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 5. Aufl. 2005, S. 428.

⁷ BVerfGE 44, 125 (141 f.); 50, 50 (50 f.); J. Burmeister, [Diskussionsbeitrag], VVDStRL 56 (1997), S. 321 (321); D. Ehlers, Staatliche Verwaltung, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 1 Rn. 28 (in Verbindung mit den Grundrechten); M. Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 98 Rn. 40; R. Stober, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 18 Rn. 12.

⁸ Vgl. U. Volkmann, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 24. Ergänzungslieferung (Stand: August 2008), Art. 20 (2. Teil) Rn. 3 (Stand: Februar 2008).

⁹ Siehe J. Grimm/W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 33 Bände, Leipzig 1854 ff., Band 5 (1897), Art. „gemein“ unter 3) a) ε), Sp. 3169 (3176). Der Begriff ist belastet, seit die jahrhundertalte (siehe F. Seibt, Die Begründung Europas, 5. Aufl. 2003, S. 34) Formel „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ im Parteiprogramm der NSDAP vom 24. 2. 1920 Verwendung fand; dazu R. Grawert, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band I, 3. Aufl. 2003, § 6 Rn. 19; M. Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, S. 76 ff.

¹⁰ Vgl. F. Seibt (Fn. 9), S. 39 (Republik als lateinische Variante des „Commonwealth“).

¹¹ Vgl. H. Dreier, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, AöR 113 (1988), S. 450 (462).

¹² M. Anderheiden, Gemeinwohl in Republik und Union, 2006, S. 218 ff., 676 f., mit der Qualifikation dieser Ansicht als „herrschende Lehre“ auf S. 63; G. Frankenberg, in: E. Denninger/W. Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl., Loseblatt, 2. Aufbaulieferung (Stand: August 2002), Band 2, Art. 20 Abs. 1–31 Rn. 23, 36 (Stand: Grundwerk 2001); R. Gröschner, Die Republik, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band II, 3. Aufl. 2004, § 23 Rn. 55, 72; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Neudruck 1999, Rn. 120 f.; H.-D. Horn, Kantischer Republikanismus und empirische Verfassung, Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR) 57 (2002), S. 203 (220 f.); J. Isensee, Republik, JZ 1981, S. 1 (3, 8); W. Löwer, in:

gung der gemeinsamen Angelegenheiten in dessen Interesse¹³; es verlangt Herrschaft nicht nur „durch“, sondern auch „für“ das Volk¹⁴.

Das subjektive Recht ist folglich Selbstzweck, dem Individuum um seiner selbst willen gegeben¹⁵, während Kompetenzen einem Träger staatlicher Gewalt allein zukommen als Mittel zu dem Zweck, das Gemeinwohl zu fördern¹⁶. Subjektive Rechte erlauben daher insbesondere die Verfolgung von Eigeninteressen nach persönlichem Belieben¹⁷. Der Bürger darf von Verfas-

ders./P. J. Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 16 Rn. 28; G. Robbers, Einführung in das deutsche Recht, 4. Aufl. 2006, S. 61; K.-P. Sommermann, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Band 2, Art. 20 Rn. 14.

Für die andere Ansicht, von U. Volkmann (Fn. 8), Art. 20 (2. Teil) Rn. 1, als „vorherrschende“ bezeichnet, stehen H. Dreier, Deutschland, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, 2007, § 1 Rn. 96; R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Grundgesetz, Loseblatt, 52. Ergänzungslieferung (Stand: Mai 2008), Art. 20 III Rn. 5 (Stand: September 1980); B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 3; G. Roellecke, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, 2002, Art. 20 Rn. 13; M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 9. Wurzeln der hier vertretenen Auffassung bei Cicero und Kant, siehe E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 96.

¹³ BVerfGE 12, 354 (364); 42, 312 (331 f.); 44, 125 (141 f.); 49, 89 (132); K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Partei im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (19 f.); P. M. Huber, Die Rolle des Demokratieprinzips im europäischen Integrationsprozeß, Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 6 (1992/93), S. 179 (181); H. H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, in: FS E. Forsthoff, 2. Aufl. 1974, S. 165 (168); M. Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (60). Die „Essenz“ demokratischer Staatsbegründung dokumentiert die Wendung „Im Namen des Volkes“, siehe C. Görisch, Im Namen des Volkes!? – Über den Beitrag der Rechtsprechung zur Stärkung der Demokratie, RuP 2006, S. 86 (86); E. Schmidt-Jortzig, Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat, NJW 1991, S. 2377 (2378).

¹⁴ So A. Lincoln in der Gettysburg Address vom 19. 11. 1863; vgl. zum geltenden Recht ebenso nur U. Volkmann (Fn. 8), Art. 20 (2. Teil) Rn. 14, Art. 20 (3. Teil) Rn. 28.

¹⁵ BVerfGE 30, 1 (26); 109, 279 (313); 115, 118 (153); H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Band I, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 120; C. Enders, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Fn. 8), vor Art. 1 Rn. 44 (Stand: Oktober 2000); D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 69; H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 38, 61, 70 f., 78 = ders., dass., 1974, S. 34 f., 54, 62 f., 71; C. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Fn. 12), Band 1, Art. 1 Rn. 183.

¹⁶ E. Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), S. 96 (102); P. M. Huber (Fn. 3), Jura 1998, S. 505 (508); J. Isensee, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, 2004, S. 95 (98, 109); H. H. Rupp, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band II, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 30; H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht, Band II, 4. Aufl. 1976, § 72 I c 5 (S. 17). Historische Wurzeln bei D. Wyduckel, Ius Publicum, 1984, S. 49 f., 62 mit Verweisen auf Ulpian und Thomas von Aquin.

¹⁷ P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 6 („Selbstbestimmung“); B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 222, 276; J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat,

sung wegen die Meinungsfreiheit nutzen, um sich gemeinwohlfeindlich zu äußern¹⁸, einer Religion oder Partei anhängen, die diesen Staat ablehnt¹⁹, eine Gewerkschaft unterstützen, die zu seinen Gunsten Arbeitskampf auf Kosten der Allgemeinheit führt²⁰, und – anders als der Staat – seine Vertragspartner nach Konfession oder parteipolitischer Zugehörigkeit auswählen²¹. Staatliches Handeln dagegen erfolgt ausschließlich in Ausübung von Kompetenzen, nie im Ausleben von Freiheit²², und unterliegt daher stets der Gemein-

in: ders./P. Kirchhof (Fn. 7), Band IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 116; H. H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 140; N. Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 (215); E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Zweites Kapitel Rn. 69 (S. 82); R. Wahl, in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, 16. Ergänzungslieferung (Stand: März 2008), Band I, Vorb. § 42 Abs. 2, Rn. 47; vgl. exemplarisch § 903 Satz 1 BGB; a. A., soweit ersichtlich, nur H. Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: FS U. Scheuner, 1973, S. 285 (289).

¹⁸ BVerfG NJW 2001, S. 2069 (2071); ebenso für alle Grundrechte H. Dreier, Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegungen, in: J. Marko/A. Stolz, Demokratie und Wirtschaft, 1987, S. 139 (173) m. w. N.; C. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 320 (im Regelfall); ebenso rechtsphilosophisch J. Braun, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, 2001, S. 218; eingängige Beispiele schließlich bei D. Merten, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), S. 7 (18); krit. U. Volkmann (Fn. 8), Art. 20 (2. Teil) Rn. 15.

¹⁹ Zur Religionsfreiheit BVerfGE 102, 370 (395); BVerfG DVBl. 2007, S. 119 (121); B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, 24. Aufl. 2008, Rn. 511. Für ein Verbot gem. Art. 21 Abs. 2 GG verlangt die Rechtsprechung, dass die Partei eine „aktiv kämpferische, aggressive“ Haltung an den Tag legt, siehe BVerfGE 5, 85 (141). Solange die Partei diese Schwelle unterschreitet, darf sie Staat und Gesellschaft von Verfassung wegen ablehnen und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung andere Prinzipien entgegensetzen.

²⁰ Dass die Tarifvertragsparteien auf das Gemeinwohl „sicher nicht“ verpflichtet sind, sagt etwa W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 184, ausdrücklich; vgl. auch dens., in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 67; ebenso etwa J. Dietlein, in: K. Stern, Staatsrecht, Band IV/1, 2007, S. 2003 f.; W. Höfling, in: M. Sachs (Fn. 12), Art. 9, Rn. 127; ders./A. Engels, Grundrechtsausübung unter richterlichem Gemeinwohlvorbehalt?, ZG 23 (2008), S. 250 (258 Fn. 50); J. Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: ders./P. Kirchhof (Fn. 7), Band V, 2. Aufl. 2000, § 118 Rn. 78; vgl. auch BVerfGE 100, 271 (283), wo Gemeinwohlbelange nicht den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit begrenzen, sondern als kollidierendes Verfassungsgut Eingriffe rechtfertigen. „Selbstverständlich“ für die Pflicht, das „gemeine Wohl“ zu „berücksichtigen“, dagegen BVerfGE 38, 281 (307); ebenso BAGE 23, 292 (306) (Gemeinwohl dürfe nicht „offensichtlich verletzt“ werden) und R. Scholz, Koalitionsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band VI, 2. Aufl. 2001, § 151 Rn. 31 ff. m. w. N.

²¹ H. Dreier (Fn. 15), Art. 1 III Rn. 66. Ob das einfache Recht im Privatrechtsverkehr allgemeine Gleichbehandlung vorschreiben kann, ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung, vgl. dazu zuletzt M. Sachs, Diskriminierungsverbote im Spannungsfeld zu Freiheitsrechten, in: E. Klein/C. Menke (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote, 2008, S. 325 (342 ff., insb. 348 ff.).

²² BVerfGE 61, 82 (101); 68, 193 (206); 81, 310 (338); H. Bethge, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG, 1985, S. 67 f.;

wohlbindung²³. Dass das Gemeinwohl als Grund und Grenze staatlichen Handelns fungiert²⁴, ist – so *Schuppert* – die „zeitlos[e]“, „allgemeine Auffassung“ von der „raison d’être“ des Verfassungsstaats²⁵, ein Gemeingut von Staatsphilosophie und -theorie, von Allgemeiner Staatslehre²⁶ und Politikwissenschaft²⁷.

Die Gemeinwohlbindung des Staats kommt auch zum Ausdruck im Amtseid, die eigene Kraft „dem Wohle des deutschen Volkes [zu] widmen [und] seinen Nutzen [zu] mehren“ und „Gerechtigkeit gegen jedermann [zu] üben“ (Art. 56 Satz 1, Art. 64 Abs. 2 GG)²⁸. Die den Beamten über Lebenszeit- und Alimentationsprinzip garantierte Unabhängigkeit ist kein „persönliches Privileg, ... sondern soll dem Gemeinwohl dienen.“²⁹ Art. 87 e Abs. 4 Satz 1 GG verpflichtet auf das „Wohl der Allgemeinheit“, und wenn Art. 87 f GG von privatwirtschaftlicher Tätigkeit handelt, entlässt er privatisierte Unternehmen aus der (den Staat treffen-

D. Ehlers, Verwaltungsrecht, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Fn. 7), § 3 Rn. 11; *B. J. Hartmann*, Volksgesetzgebung: Ausüben von Staatsgewalt oder Ausleben von Freiheit?, DVBl. 2006, S. 1269 (1269 ff.); *M. Kriele*, Recht und Macht, in: D. Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 2. Aufl. 1991, S. 129 (147); *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 98 f.

²³ BVerfGE 12, 354 (364); 33, 125 (159); 42, 312 (331 f.); 49, 89 (132); 68, 193 (206 ff.); 81, 310 (338); *M. Burgi*, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Fn. 8), Art. 6 Rn. 2 (Stand: April 2002); *T. Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 80 f.; *C. Möllers* (Fn. 18), S. 320; *V. Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, 375 ff.; *R. Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 72, 202 ff.; *S. Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 105 f., 596.

²⁴ *H.-C. Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 7 (19); *M. Sachs*, in: K. Stern (Fn. 20), Band III/2, 1994, S. 342; *G. F. Schuppert*, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge, in: H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann (Fn. 16), S. 269 (269).

²⁵ *G. F. Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 116, 115 bzw. 215; ebenso BVerfGE 33, 125 (159); ThürVerfGH LKV 2002, S. 83 (84 f.) (Ls. 3); *E.-W. Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 30; *J. Burmeister*, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen, 1971, S. 63; *R. Dreier*, Amt, öffentlich-rechtlich, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Band I, 7. Aufl. 1985 und 1995, Sp. 128 (130); *W. Kahl*, Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, Jura 2002, S. 721 (723); *M. Sachs*, Bürgerverantwortung im demokratischen Staat, DVBl. 1995, S. 873 (888); *K.-P. Sommermann* (Fn. 4), S. 199 ff.; *R. Uerpman*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 47; a. A., soweit ersichtlich, nur *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 481 sub 29.

²⁶ *T. Fleiner/L. R. Basta Fleiner*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2004, S. 129.

²⁷ *D. Fuchs*, Gemeinwohl und Demokratieprinzip, in: G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 87 (89) m. w. N. zum traditionellen Verständnis.

²⁸ *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Fn. 7), Band II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 131; *C. Offe*, Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, in: H. Münkler/K. Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn, Band II, 2002, S. 55 (62); a. A. *M. Aderheiden* (Fn. 12), S. 503.

²⁹ BVerfG NVwZ 2008, S. 873 (875).

den) Gemeinwohlbindung³⁰. Zahlreiche Landesverfassungen verpflichten die Mitglieder der Landesregierung³¹ und des Parlaments³² oder gleich die gesamte Staatsgewalt³³ auf das Gemeinwohl. Während das Grundgesetz den Bürger nicht allgemein auf das Gemeinwohl verpflichtet (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG)³⁴, gibt es Landesverfassungen, die jedenfalls ihrem Wortlaut nach auch den Bürger an das Gemeinwohl binden³⁵. Europarechtlich verlangt Art. 213 Abs. 2 EG von den Mitgliedern der Kommission, dem allgemeinen Wohl der Gemeinschaften vor persönlichen Interessen den Vorrang einzuräumen³⁶.

3. Reichweite der Maßstäbe

Wenn subjektive öffentliche Rechte nach Eigeninteresse ausgelebt werden dürfen, während öffentlich-rechtliche Kompetenzen gemeinwohlgebunden ausgeübt werden müssen, folgt der Entscheidungsmaßstab bei Wahlen und Abstimmungen aus der Einordnung der zu Grunde liegenden Berechtigung als staatliche Kompetenz oder als subjektives öffentliches Recht³⁷.

a) Abstimmung im Parlament

In diesem Fall ist die Einordnung eindeutig: Der Parlamentsgesetzgeber übt Staatsgewalt aus und unterliegt daher der Gemeinwohlbindung³⁸. Insoweit

³⁰ K. Ruge, in: B. Schmidt-Bleibtreu (Begr.)/H. Hofmann/A. Hopfauf (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 87f Rn. 4 (S. 1796); R. Uerpmann, in: I. v. Münch/P. Kunig (Fn. 20), Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 87f Rn. 11.

³¹ Art. 48 LV Baden-Württemberg; Art. 88 LV Brandenburg; Art. 38 Abs. 1 LV Hamburg; Art. 53 LV Nordrhein-Westfalen; Art. 100 Abs. 1 LV Rheinland-Pfalz; Art. 89 LV Saarland; Art. 61 LV Sachsen; Art. 66 Abs. 1 LV Sachsen-Anhalt; Art. 28 LV Schleswig-Holstein; Art. 71 Abs. 1 LV Thüringen; anders aber Art. 111 LV Hessen.

³² Art. 20 Abs. 1 LV Bremen; Art. 53 Abs. 2 LV Thüringen.

³³ Art. 1 Abs. 2 LV Baden-Württemberg; Art. 3 Abs. 1 Satz 2 LV Bayern; Art. 1 Abs. 2 LV Rheinland-Pfalz; Art. 82 Abs. 1 Satz 2 LV Sachsen.

³⁴ G. Frankenberg, Die Verfassung der Republik, 1996, S. 117 ff.; G. F. Schuppert (Fn. 25), S. 135; speziell für die Grundrechte M. Anderheiden (Fn. 12), S. 78 ff.; vgl. auch Art. 163 WRV. Besondere Gemeinwohlverpflichtungen normiert ebenfalls das einfache Recht, siehe etwa § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG; weitere Beispiele bei U. Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (241 ff.).

³⁵ Art. 117 Satz 2 LV Bayern; Art. 9 Satz 2 LV Bremen; Art. 20 LV Rheinland-Pfalz; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 LV Baden-Württemberg und Abs. 3 Satz 1 der Präambel zur LV Hamburg; vgl. außerdem Art. 163 Abs. 1 WRV.

³⁶ EuGH, Urteil vom 11. 7. 2006 – C 432/04, Kommission/É. Cresson, Slg. 2006, I-6426 (6445 Rn. 71).

³⁷ Vgl. O. Depenheuer, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), S. 90 (96 ff., 121).

³⁸ BVerfGE 33, 125 (159); 44, 125 (142); 87, 1 (35); 109, 133 (181 f.); BremStGH NVwZ-RR 2001, S. 1 (2); H. H. Klein, Status des Abgeordneten, in: J. Isensee/

herrschte bereits unter den Eltern des Grundgesetzes parteiübergreifend Einigkeit³⁹ und lassen sich Wurzeln über das Mittelalter bis in die griechische Polis und nach Rom zurückverfolgen⁴⁰. Das freie Mandat, wonach der Abgeordnete nur seinem Gewissen unterworfen ist, steht einer Gemeinwohlbindung nicht entgegen. Denn Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt zugleich, dass der Parlamentarier „Vertreter des ganzen Volkes“ ist, er zwischen rechtmäßigen Alternativen also gerade nicht nach den Interessen bestimmter Gruppen entscheiden darf⁴¹, sondern die Interessen des ganzen Volkes zum Maßstab nehmen muss⁴². Weil Abgeordnete gem. Art. 48 Abs. 2 Satz 1 GG ein Amt innehaben, trägt diese Vorgabe zugleich dem Gebot neutraler Amtsführung aus Art. 33 Abs. 5 GG Rechnung⁴³.

b) Wahl im Parlament

Nach welchem Maßstab Abgeordnete Wahlentscheidungen treffen müssen, wird selten behandelt. Weil Wahlen im Parlament ebenfalls Ausübung von Staatsgewalt sind, besteht insofern kein Unterschied zur parlamentarischen Abstimmung. Die Gemeinwohlbindung greift daher bei Wahlen gleichermaßen. Dass Abgeordnete stets das Gesamtwohl des Staates zu verfolgen haben, gilt bereits seit dem 18. Jahrhundert, seit *Blackstone*⁴⁴ und

P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 51 Rn. 1; A. Rinke, Volksgesetzgebung und Verfassung, in: FS A. Hollerbach, 2001, S. 403 (423); H.-P. Schneider, in: AK-GG (Fn. 12), Art. 38 Rn. 19 (Stand: August 2002).

³⁹ Siehe die Beiträge der Abgeordneten Dr. Dehler (FDP), Heiland (SPD) und Dr. Schwalber (CDU), JöR N. F. 1 (1951), S. 354 f.

⁴⁰ S. Fisch, Der Wandel des Gemeinwohlverständnisses in der Geschichte, in: H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann (Fn. 16), S. 43 (45 bzw. 44); D. Fuchs (Fn. 27), S. 91; vgl. etwa die Wahlkapitulation Karls V. vom 3. 7. 1519, abgedruckt bei W. Lautemann/M. Schlenke (Hrsg.), Geschichte in Quellen, Band 3: Renaissance, Glaubenskämpfe, Absolutismus, 3. Aufl. 1982, S. 108 (109), vor [1], wo sich der neue Kaiser dem „gemeins nutz“ verpflichtet erklärt.

⁴¹ Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis M. Anderheiden (Fn. 12), S. 54 und 513 f., aber auch S. 503; J. Isensee, Grundrechte und Demokratie, Der Staat 20 (1981), S. 161 (163); dens. (Fn. 16), S. 95 (113); a. A. T. Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006, S. 110 f.

⁴² K. Doebring, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2004, Rn. 373; M. Morlok, in: H. Dreier (Fn. 15), Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 130; E. Stein, in: AK-GG (Fn. 12), Art. 20 Abs. 1–3 III Rn. 39 (Stand: 2001); H.-P. Schneider (Fn. 38), Art. 38 Rn. 4, 19; a. A. W. Seuffert, Freiheit der Politik und Grenzen des Rechts, AöR 108 (1983), S. 403 (404).

⁴³ Vgl. BVerfGE 44, 125 (141 f.); O. Depenbeuer, Das öffentliche Amt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 36 Rn. 44 ff., 66, 71; a. A. T. Streit (Fn. 41), S. 114.

⁴⁴ W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1765, 14. Aufl. 1803, hrsg. von E. Christian, Buch 1, Kap. 2 II (S. 159), zit. nach der Onlineausgabe

Burke⁴⁵. Dementsprechend erkennt auch die Allgemeine Staatslehre die Gemeinwohlbindung der Parlamentarier an⁴⁶. Befangenheitsvorschriften, die für Volksvertretungen auf kommunaler Ebene existieren, formalisieren, dass die Volksvertreter ihre Eigeninteressen nicht zum Maßstab nehmen dürfen⁴⁷, und Mitwirkungsverbote helfen, die Gemeinwohlbindung des Rates zu realisieren⁴⁸.

c) Abstimmung im Volk

Bei Abstimmungen übt das Volk Staatsgewalt aus⁴⁹. Das bestimmt Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich⁵⁰. Entsprechend formulieren zahlreiche Landesverfassungen⁵¹, auf die es nach der Rechtsprechung ankommt⁵². Häufig heißt es dort explizit, dass die gesetzgebende Gewalt vom Volk bzw. durch Volksabstimmungen und Volksentscheide ausgeübt wird⁵³. Dazu passt, dass die Kommunalverfassungen unisono bestimmen, dass der Bürgerentscheid

(<http://galenet.galegroup.com/servlet/MOML?af=RN&ae=F3706364947&srchtp=a&ste=14>; Abfrage: 17. 10. 2008); vgl. R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 15. Aufl. 2007, S. 168.

⁴⁵ E. Burke, Speech to the Electors of Bristol am 3. 11. 1774, in: ders., The Works and Correspondence of the Right Honourable Edmund Burke, Band 3, 1852, S. 232 (236), zit. nach der Onlineausgabe (<http://galenet.galegroup.com/servlet/MOML?af=RN&ae=F3700611324&srchtp=a&ste=14>; Abfrage: 17. 10. 2008); vgl. R. Zippelius (Fn. 44), S. 168; P. Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl. 1996, S. 183.

⁴⁶ R. Zippelius (Fn. 44), S. 169; vgl. F. Ermacora, Allgemeine Staatslehre, Band 2, 1970, S. 692, 694.

⁴⁷ Siehe § 18 Abs. 1 vor Nr. 1 GemO Baden-Württemberg; § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO Nordrhein-Westfalen; § 20 Abs. 1 vor Nr. 1 SächsGemO; ebenso Art. 84 LV Bremen; § 135 GO BayLT. Diesen Hinweis verdanke ich meiner Kollegin S. Goltz.

⁴⁸ T. Mann, in: P. J. Tettinger/W. Erbguth/T. Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2007, Art. 3 Abs. 2 LV Hamburg; Art. 2 Abs. 2 LV Sachsen-Anhalt; Art. 2 Abs. 1 und 2 LV Schleswig-Holstein; vgl. Art. 4 LV Bayern.

⁴⁹ Dazu B. J. Hartmann, Amtshaftung für Volksgesetzgebung, VerwArch 98 (2007), S. 500 (507ff.).

⁵⁰ OVG Nordrhein-Westfalen NVwZ-RR 2004, S. 283 (285); zu den Einzelheiten B. J. Hartmann, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 90 ff.

⁵¹ Art. 25 Abs. 1 LV Baden-Württemberg; Art. 3 Abs. 1 LV Mecklenburg-Vorpommern; Art. 2 Abs. 1 LV Niedersachsen; Art. 61 Abs. 1 LV Saarland; Art. 3 Abs. 1 LV Sachsen bzw. Art. 3 Abs. 2 LV Hamburg; Art. 2 Abs. 2 LV Sachsen-Anhalt; Art. 2 Abs. 1 und 2 LV Schleswig-Holstein; vgl. Art. 4 LV Bayern.

⁵² BVerfGE 96, 231 (240f.); in dieselbe Richtung C. Degenhart, Direkte Demokratie in den Ländern – Impulse für das Grundgesetz?, Der Staat 31 (1992), S. 77 (77f.); a. A. B. J. Hartmann (Fn. 50), S. 81f.

⁵³ Art. 5 LV Bayern; Art. 3 Abs. 1 LV Berlin; Art. 67 LV Bremen; Art. 3 Abs. 1 LV Nordrhein-Westfalen; Art. 107 Nr. 1 LV Rheinland-Pfalz; Art. 45 LV Thüringen; vgl. Art. 59 Abs. 3 LV Baden-Württemberg; Art. 2 Abs. 4 Satz 1 LV Brandenburg; Art. 116 Abs. 1 LV Hessen; Art. 42 Abs. 1 LV Niedersachsen.

die Wirkungen eines Ratsbeschlusses hat⁵⁴; dieser stellt unbestritten einen Akt der Staatsgewalt dar. Nur wer den Volksgesetzgeber als Hoheitsträger ansieht, vermag bruchlos zu erklären, warum das Volksgesetz gem. Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte wahren muss⁵⁵. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Volk auch dann Staatsgewalt ausübt, wenn es selbst Gesetze gibt⁵⁶. Ebenso beurteilen Ländergerichte und Lehre Abstimmungen⁵⁷, d. h. hier Bürger-⁵⁸ und Volksentscheide⁵⁹. Wer teilnimmt, übt Staatsgewalt aus und entscheidet daher zwischen rechtmäßigen Alternativen gemeinwohlgebunden⁶⁰.

Der Grundsatz der Freiheit der Wahl begründet keinen Einwand. Wahlfreiheit bedeutet, dass der Wähler seine Entscheidung nach selbst gesetzten Maßstäben treffen darf⁶¹. Das Bundesverfassungsgericht wendet diese Vorgabe auf Abstimmungen analog an⁶². Eine Analogie setzt indes eine planwidrige Regelungslücke und die Gleichheit der Interessenlagen voraus. Die Regelungslücke entfällt vorliegend, weil bereits der Kompetenzcharakter

⁵⁴ Nachweise der Rechtsquellen bei *B. J. Hartmann*, Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen, DVBl. 2001, S. 776 Fn. 128, wobei § 21 Abs. 7 Satz 1 GemO Baden-Württemberg, § 26 Abs. 8 Satz 1 GO Nordrhein-Westfalen, § 23 Abs. 8 Satz 1 KrO Nordrhein-Westfalen, § 17 Abs. 9 Satz 2 ThürKO Thüringen zu aktualisieren sind; in der Sache ebenso § 20 Abs. 1 Satz 1, § 102 Abs. 2 Satz 1 KV Mecklenburg-Vorpommern.

⁵⁵ *R. Grawert*, Volksbegehren vor dem Verfassungsgerichtshof, NWVBl. 1987, S. 2 (4); zu den Einzelheiten *B. J. Hartmann* (Fn. 50), S. 98 ff., 102 ff., 110.

⁵⁶ BVerfGE 96, 231 (240, 244); zu konsultativen Abstimmungen bereits BVerfGE 8, 104 (114 f.).

⁵⁷ *K. Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991, S. 440; *K. Sobota*, Staatsaufgaben, in: C. Engel/M. Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 287 (304).

⁵⁸ BayVGh BayVBl. 1998, S. 23 (23); BayVGh NVwZ-RR 1998, S. 256 (257); OVG Nordrhein-Westfalen NVwZ-RR 2004, S. 283 (285); *W. Schmitt Glaeser*, Grenzen des Plebiszits auf kommunaler Ebene, DÖV 1998, S. 824 (827).

⁵⁹ BayVerfGHE 2, 181 (218); 53, 42 (70 f.); 53, 81 (105); BayVerfGH DVBl. 2000, S. 1123 (1124); VerfGH Berlin DVBl. 1999, S. 979 (980); SächsVerfGH NVwZ 2003, S. 472 (472); ThürVerfGH LKV 2002, S. 83 (89); *W. Odersky*, Gedanken zur Verfassung, BayVBl. 2006, S. 229 (230).

⁶⁰ Ebenso *E.-W. Böckenförde* (Fn. 12), § 24 Rn. 80; *P. Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 35 Rn. 24; *M. Sachs* (Fn. 25), DVBl. 1995, S. 873 (893); a. A. wohl *W. Berka*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), S. 48 (65); *W. Heun*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, S. 85, 88 f., 92 bei und in Fn. 65.

⁶¹ *P. M. Huber*, Der Prüfungsmaßstab von Wahlorganen bei der Zulassung von politischen Parteien und Wählervereinigungen, DÖV 1991, S. 229 (230); *B. Pieroth/B. Schlink* (Fn. 19), Rn. 1043; *J. Roscheck*, Enthaltung und Nichtbeteiligung bei staatlichen Wahlen und Abstimmungen, 2003, S. 33, 51.

⁶² Zur analogen Anwendung der Wahlrechtsgrundsätze bei Abstimmungen siehe BVerfGE 13, 54 (91 f.); *B. Pieroth* (Fn. 12), Art. 20 Rn. 2; *M. Sachs* (Fn. 12), Art. 20 Rn. 34 m. w. N.

der Abstimmung das Gemeinwohl als Entscheidungsmaßstab vorgibt. Die Interessenlagen sind verschieden, weil es bei Wahlen um die Auswahl des Personals geht, das die Sachentscheidungen anschließend erst zu treffen hat, während Abstimmungen die Sachentscheidung selbst sind⁶³. Wer Sachentscheidungen von der Gemeinwohlbindung freistellt, billigt gemeinwohlwidrige Gesetze. Vergleichbar erscheint daher nicht die Freiheit der Wahl, sondern die Freiheit des Abgeordnetenmandates (die einer Gemeinwohlbindung wie gezeigt nicht entgegensteht). Die Allgemeine Staatslehre führt das Gemeinwohl als Maßstab für Volksabstimmungen bis auf *Marsilius von Padua* zurück: Erst die Annahme eines Gesetzes durch die Bürger stelle sicher, dass das Gesetz keinen Sonderinteressen, sondern der Allgemeinheit diene⁶⁴.

d) Wahl im Volk

Weil Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG auch die Wahlen als Ausübung von Staatsgewalt kennzeichnet⁶⁵, erscheint es naheliegend, insoweit ebenfalls Gemeinwohlbindung anzunehmen⁶⁶. Die besseren Argumente sprechen indes dagegen⁶⁷. In Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG ist von der Freiheit der Wahl die Rede und der Begriff der Freiheit verweist auf subjektive Rechte. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG eröffnet gegen Verletzungen des Art. 38 GG mit der Verfassungsbeschwerde einen Rechtsbehelf, der zur Verteidigung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten gedacht ist. Das spricht dafür, das Wahlrecht als „Ausdruck individueller Freiheit“⁶⁸ subjektiv-rechtlich zu begreifen. Weiter gilt historisch, dass das Wahlrecht

⁶³ B. J. Hartmann (Fn. 50), S. 146 m. w. N.; ebenso im Ergebnis BayVGH BayVBl. 2006, S. 542; vgl. P. M. Huber (Fn. 13), S. 183; C. Gusy, Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, AöR 106 (1981), S. 329 (331 f.).

⁶⁴ M. v. Padua, Der Verteidiger des Friedens (Defensor Pacis), übersetzt von W. Kunzmann, 2 Bände, 1958, Teil I, Kap. XII, § 8 (S. 128 f.), vgl. auch § 5 (S. 122 f.) und § 7 (S. 126 f.) sowie T. Fleiner/L. R. Basta Fleiner (Fn. 26), S. 384 f.; R. Zippelius (Fn. 44), S. 104 f.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 8, 104 (114 f.); U. Volkmann, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Fn. 8), Art. 20 (3. Teil) Rn. 22 (Stand: Februar 2001).

⁶⁶ So bereits H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 250 f.; P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 1, 5. Aufl. 1911, S. 331; C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 206 f., 245, 280; vgl. R. Smend, Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, 1912, S. 11 f. sowie zum geltenden Recht E.-W. Böckenförde (Fn. 12), § 24 Rn. 80; P. Krause (Fn. 60), § 35 Rn. 24.

⁶⁷ O. Depenheuer (Fn. 37), VVDStRL 55 (1996), S. 90 (115 f.); H. Lang, Subjektiver Rechtsschutz im Wahlprüfungsverfahren, 1997, S. 27, 130, 224 ff.; G. Roth, Subjektiver Wahlrechtsschutz und seine Beschränkung durch das Wahlprüfungsverfahren, in: FS K. Graßhof, 1998, S. 53 (53).

⁶⁸ M. Morlok, in: H. Dreier (Fn. 42), Art. 38 Rn. 81.

als Grundrecht erkämpft wurde⁶⁹, und genetisch, dass der Parlamentarische Rat zu dessen Ausübung gerade nicht rechtlich verpflichten wollte⁷⁰. Ausübungspflichten sind typisch für Kompetenzen, aber untypisch für Grundrechte (Umkehrschluss aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG)⁷¹. Daher trifft zu, dass das Wahlrecht ein subjektives Recht ist⁷², der Gemeinwohlbindung also nicht unterliegt⁷³.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Bürger bei Wahlen ihr Eigeninteresse zum Maßstab nehmen dürfen. Dagegen bildet das Gemeinwohl den Maßstab in den übrigen Fällen, bei Abstimmungen im Volk genauso wie bei Abstimmungen und Wahlen im Parlament.

4. Inhalt der Maßstäbe

a) Eigeninteresse

Dass es Entscheidungen gibt, die im eigenen, aber nicht im Gemeininteresse liegen, genießt allgemeine Anerkennung: Was für mich gut ist, muss nicht gut für alle sein⁷⁴. *Kants* kategorischer Imperativ, wonach der Einzelne nur nach derjenigen *Maxime* handeln soll, durch die er zugleich wollen kann, dass sie allgemeines Gesetz werde⁷⁵, impliziert, dass individuelle und allgemeine Interessen auseinanderfallen können. *John Rawls* hat den Menschen den Schleier des Nichtwissens übergeworfen, auf dass die Eigeninteressen nicht das Allgemeininteresse verfälschen⁷⁶, und das Gefangenendilemma, in der

⁶⁹ W. Heun (Fn. 60), S. 90.

⁷⁰ Siehe B. J. Hartmann (Fn. 50), S. 138 ff.

⁷¹ Siehe B. J. Hartmann (Fn. 50), S. 63 f., 138 ff. m. w. N.; vgl. auch H. H. Klein, Die Bedeutung des besonderen Verfassungsprozessrechts für die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, in: C. Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil II, 2006, S. 143 (147).

⁷² BVerfGE 4, 27 (30); H. Lang, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Fn. 8), Art. 39 Rn. 35 (Stand: September 2007); Art. 41 Rn. 36 (Stand: Dezember 2005); W. Schreiber, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Fn. 8), Art. 38 Rn. 22 (Stand: Dezember 2000); M. Morlok, in: H. Dreier (Fn. 42), Art. 38 Rn. 119.

⁷³ BVerwGE 48, 251 (254); R. Gröschner (Fn. 12), § 23 Rn. 67; W. Seuffert, Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts, in: FS G. Müller, 1970, S. 491 (495, 497); H.-H. Trute, in: I. v. Münch/P. Kunig (Fn. 20), Band 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 38 Rn. 35.

⁷⁴ Vgl. B. Ackerman, *We the People*, Band 1: Foundations, 1991, S. 297; H.-G. Dederer, Korporative Staatsgewalt, 2004, S. 29, 39; M. Schmidt-Preuß, [Diskussionsbeitrag], VVDStRL 56 (1997), S. 341 (341).

⁷⁵ I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, hrsg. von K. Vorländer, 7. Aufl. 1994, S. 42

⁷⁶ Vgl. J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1972, § 24 (S. 136 f.), dt. unter dem Titel: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, S. 159 ff.; krit. zu den „Urvertragstheorien“ u. a. U. Di Fabio, *Die Kultur der Freiheit*, 2005, S. 113 f., 119.

Spieltheorie intensiv analysiert, zeigt, dass nutzenmaximierendes Verhalten Einzelner zu Resultaten führen kann, die den Interessen aller widersprechen⁷⁷. Im Recht gründet etwa die Schutznormlehre auf der Unterscheidung zwischen Eigen- und Gemeininteressen⁷⁸.

Was das Eigeninteresse ist, an dem der Bürger seine Wahlentscheidung ausrichten darf, ist nach dem Gesagten klar: Der Idee der Freiheit entsprechend vermag sich der Grundrechtsberechtigte beliebige eigene Ziele zu setzen. Er darf zu seinen Interessen erklären, was er will, und mehrere Interessen gewichten, wie er mag⁷⁹. Studierenden ist es beispielsweise unbenommen, die Partei zu wählen, die Studiengebühren abzuschaffen verspricht, und Privatdozenten dürfen sich für den Kandidaten entscheiden, der die meisten Professuren einzurichten in Aussicht stellt. Der Wähler darf sogar gegen die eigenen Interessen entscheiden und einer Partei, deren Politik ihm persönlich schadet, aus Loyalität allein seine Stimme geben.

b) Gemeinwohl

Was das Gemeinwohl ausmacht, gilt als „prekär“. Der Begriff, so heißt es, entziehe sich einer „abschließenden Definition“⁸⁰. Zahlreiche Abhandlungen erörtern die Frage. Aus der Rechtswissenschaft herausgegriffen seien die Dissertation von *Dürig*⁸¹ sowie die Habilitationsschriften von *Martens*⁸², *Häberle*⁸³, *Uerpmann*⁸⁴ und *Anderheiden*⁸⁵. Diesen Monumenten

⁷⁷ Vgl. nur *J. C. Joerden*, Logik im Recht, 2005, S. 366 ff.

⁷⁸ *O. Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 21, 58; *C. Enders*, Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, *Der Staat* 35 (1996), S. 351 (354 ff., 376 f.); *P. M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 109 ff., insb. S. 111; *R. Wahl* (Fn. 17), Vorb. § 42 Abs. 2, Rn. 94 ff., insb. Rn. 114; erweiternd *J. Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 7 Rn. 106 ff.; verteidigend *J. Pietzcker*, Die Schutznormlehre, in: *FS J. Isensee*, 2007, S. 577 ff.

⁷⁹ Vgl. *O. Depenheuer* (Fn. 43), § 36 Rn. 70 f.; *D. Ehlers* (Fn. 7), § 1 Rn. 28; *N. Lubmann* (Fn. 17), S. 215; *C. Starck* (Fn. 15), Art. 1 Rn. 183.

⁸⁰ *O. Depenheuer* (Fn. 43), § 36 Rn. 44 bzw. 69; ähnlich *R. Herzog*, Pluralistische Gesellschaft und staatliche Gemeinwohlsorge, in: *H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann* (Fn. 16), S. 20 (20); *G. F. Schuppert* (Fn. 24), S. 301 f.

⁸¹ *G. Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs „Öffentliches Interesse“, Diss. München 1949.

⁸² *W. Martens* (Fn. 22).

⁸³ *P. Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 2. Aufl. 2006.

⁸⁴ *R. Uerpmann* (Fn. 25); zusammenfassend *ders.*, Verfassungsrechtliche Gemeinwohlkriterien, in: *G. F. Schuppert/F. Neidhardt* (Fn. 27), S. 179 ff.

⁸⁵ *M. Anderheiden* (Fn. 12). Hinzu kommen zahlreiche weitere Quellen, siehe nur die Sternchenfußnote bei *R. Grawert*, Gemeinwohl, *Der Staat* 46 (2004), S. 434 (434, 448) („Berge von Druckwerken“, insgesamt 3.374 Seiten) sowie die Sammelbände von

gerecht zu werden, dürfte selbst einem Aufsatz schwer fallen, der sich allein dem Problem der Gemeinwohlbestimmung widmet. Da diese Abhandlung eine weitergehende Frage aufgreift, muss sie sich an dieser Stelle kürzer fassen.

Vereinfacht gesprochen konkurrieren prozedurale und materiale Gemeinwohlbegriffe. Prozedural gesehen ist Gemeinwohl, was immer im vorgesehenen Verfahren beschlossen wird⁸⁶. Dass ein ordnungsgemäßes Verfahren zu einem gemeinwohlwidrigen Beschluss führt, ist danach ausgeschlossen⁸⁷. Die Auffassung lässt die Abgeordneten mit der Auskunft allein, dass sie alles Mögliche beschließen können, das Gemeinwohl treffe das Parlament am Ende ohnehin⁸⁸. Der prozedurale Gemeinwohlbegriff vermag den Abgeordneten nicht zu sagen, ob sie für oder gegen das Gesetz stimmen sollen, weil er selbst erst nach der Abstimmung weiß, welche Entscheidung im Gemeinwohl gelegen hat (nämlich stets die jeweils getroffene). So erinnert er an U. S.-amerikanischen Rechtsrealismus: Dieser tröstet den Richter bei der Urteilsfindung mit der Aussage, dass Recht sei, was immer die Gerichte entschieden⁸⁹. Dass Prozeduralisten jede im rechtmäßigen Verfahren getroffene Entscheidung als im Gemeinwohl liegend begreifen, macht den Begriff inhaltlich beliebig⁹⁰. Überspitzt: Der prozedurale Gemeinwohlbegriff erklärt den Begriff des Gemeinwohls für überflüssig⁹¹. Diese Kritik gilt auch, wenn man das Gemeinwohl auf eine moralische Pflicht, eine regulative Idee oder eine idée

W. Brugger/S. Kirste/M. Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, von H. Münkler mit H. Bluhm bzw. K. Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn*, 2001 bzw. 2002, und von G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Fn. 27).

⁸⁶ J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, 1975, dt. unter dem Titel: *Die Grenzen der Freiheit*, 1984, S. 236; ebenso D. Fuchs (Fn. 27), S. 104, siehe auch S. 100; vgl. G. F. Schuppert (Fn. 25), S. 226.

⁸⁷ Deshalb kritisch H.-G. Dederer (Fn. 74), S. 360; P. Graf Kielmansegg, *Gemeinwohl durch politischen Wettbewerb*, in: H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann (Fn. 16), S. 125 (127).

⁸⁸ W. Brugger, *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, 2. Aufl. 2008, S. 13; R. Koselleck, *Allgemeine und Sonderinteressen der Bürger in der umweltpolitischen Auseinandersetzung*, in: ders., *Begriffsgeschichten*, 2006, S. 516 (518); ebenso in anderem Zusammenhang J. H. Klement, *Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt*, JZ 2008, S. 756 (756).

⁸⁹ O. W. Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 10 (1897), S. 457 (461); ebenso Chief Justice C. E. Hughes, zit. nach D. J. Danelski/J. S. Tulchin, *The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes*, 1973, S. 143 ("the Constitution is what the judges say it is"); kritisch etwa J. Braun (Fn. 18), S. 79; B.-O. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 25; wohlwollender M. Morlok, *Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre*, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7* (2007), S. 49 (57f.).

⁹⁰ Vgl. M. Anderheiden, in: H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann (Fn. 16), S. 120; J. Isensee (Fn. 16), S. 99.

⁹¹ R. Grawert (Fn. 85), S. 448.

directrice zurücknimmt⁹². Die Vorgabe, alles oder nichts zu tun, weist auch moralisch nicht den Weg, wie zu entscheiden ist, sie reguliert nicht und sie dirigiert nicht. Wenn der Begriff des Gemeinwohls einen Sinn behalten soll, sind materiale Gemeinwohlkriterien geboten.

Nicht alle materialen Gemeinwohlbegriffe taugen für den hier untersuchten Zusammenhang. *Brugger* beispielsweise versteht Gemeinwohl dreiteilig als Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit⁹³. *Anderheiden* fasst unter Gemeinwohl den interaktiven Grundrechtsgebrauch und die Bereitstellung kollektiver Güter⁹⁴. Beide Definitionen helfen hier nur in Einzelfällen weiter, nämlich nur dann, wenn die zu treffende Entscheidung die Kriterien des jeweiligen Gemeinwohlbegriffs betrifft. So erscheint *Bruggers* Teilkriterium der Rechtssicherheit für die Gesetzgebung eher als (zugleich aus anderen Rechtsquellen folgende) Grenze und weniger als Leitlinie inhaltlicher Gestaltungsentscheidungen bedeutsam zu sein⁹⁵. *Anderheiden's* Gemeinwohlkriterium trägt nur etwas zur Entscheidungsfindung bei, wenn über interaktive (nicht: andere) Grundrechte oder die Bereitstellung kollektiver (nicht: individueller) Güter abzustimmen ist.

Ein Gemeinwohlbegriff, der als Maßstab für sämtliche erfasste Wahlen und Abstimmungen in Parlament und Volk taugen will, muss anders lauten. Die hier vertretene Auffassung identifiziert das Gemeinwohl (auch: bonum commune, Wohl der Allgemeinheit) mit dem öffentlichen Interesse⁹⁶, wobei das öffentliche Interesse seinerseits aus den privaten Interessen folgt⁹⁷. Vorbehaltlich einer genaueren Bestimmung dieses Zusammenhangs lässt sich festhalten, dass Gemeinwohl ist, was im Interesse der Menschen liegt⁹⁸. Der so

⁹² Auf eine regulative Idee reduzierend etwa *H. Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: U. Neumann/L. Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 9 (28 f.); *J. Isensee* (Fn. 16), S. 105; *C. Offe* (Fn. 28), S. 63.

⁹³ *W. Brugger*, Gemeinwohl als Integrationskonzept von Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit, in: ders./S. Kirste/M. Anderheiden (Fn. 85), S. 17 (22 ff.); ders., Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht an der Jahrtausendwende, in: P.-C. Müller-Graff/H. Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft, 2000, S. 15 (17 f.).

⁹⁴ *M. Anderheiden* (Fn. 12), S. 61 und passim.

⁹⁵ *W. Brugger* (Fn. 93), S. 22 Fn. 11.

⁹⁶ Ebenso BVerfGE 44, 125 (142); *P. Häberle* (Fn. 83), S. 22; *W. Martens* (Fn. 22), S. 169; *C. Offe* (Fn. 28), S. 56, 62.

⁹⁷ Siehe *P. Häberle* (Fn. 83), S. 60 ff.; *W. Martens* (Fn. 22), S. 182; *W. Schmitt Glaeser*, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (59 ff., 88, 93); für die Schweiz *M. P. Wüss*, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, 2001, S. 2, 5 f., 565; politikwissenschaftlich R.-O. *Schultze*, Stichwort: Gemeinwohl, in: D. Nohlen/F. Grotz (Hrsg.), Kleines Lexikon der Politik, 4. Aufl. 2007, S. 173 (173).

⁹⁸ Vgl. *C. B. Blankart*, Gemeinwohl durch direkte und repräsentative Demokratie, in: H. H. v. Arnim/K.-P. Sommermann (Fn. 16), S. 247 (263); *E.-W. Böckenförde* (Fn. 12), § 24 Rn. 80; *R. Grawert* (Fn. 85), S. 446 f.

gekennzeichnete Gemeinwohlbegriff dürfte einen Ausschnitt aus *Bruggers* Legitimitätsanforderung, gute und gerechte Regelungen zu erlassen, beschreiben⁹⁹. Er setzt um, dass der Staat für den Menschen da sei.

Wessen Interessen? Diese Frage nach der „sozialen Referenz“¹⁰⁰ des Gemeinwohlbegriffs muss trotz überbordender Gemeinwohlliteratur als ungeklärt bezeichnet werden¹⁰¹. Jedenfalls kommt es auf die Mitglieder des Gemeinwesens an, das zu entscheiden hat¹⁰². Politische Entscheidungen sind vom Interesse aller her zu treffen¹⁰³. Erfasst sind also zunächst alle Wahl- bzw. Abstimmungsberechtigten¹⁰⁴. Hinzu kommen betroffene Mitglieder der Gebietskörperschaft, die das Wahlrecht noch nicht oder nicht mehr haben, d. h. Kinder und Jugendliche unterhalb der Altersgrenze sowie Personen, denen ein Gericht das Wahlrecht nahm¹⁰⁵. Weiter liegt es nahe, unter Verweis auf *Isensee* die Interessen von Ausländern einzubeziehen, die im Gemeinwesen leben und daher von der anstehenden Entscheidung betroffen, aber an ihr mangels Wahlrecht unbeteiligt sind¹⁰⁶. Schließlich finden, *Georg Jellinek* folgend, noch die folgenden Generationen Berücksichtigung: Das Gemeinwohl erstrecke sich „in die fernste Zukunft“¹⁰⁷.

⁹⁹ *W. Brugger* (Fn. 93), S. 26, 32 und, zur Abhängigkeit der Legitimität von der Interessenvertretung, S. 34.

¹⁰⁰ *C. Offe* (Fn. 28), S. 65.

¹⁰¹ *R. Grawert* (Fn. 85), S. 445.

¹⁰² Vgl. *M. Anderheiden* (Fn. 12), S. 553, 575; *D. Fuchs* (Fn. 27), S. 90; *C. Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48 (1990), S. 7 (22); krit. *C. Offe* (Fn. 28), S. 65 f.

¹⁰³ Vgl. *U. Volkmann* (Fn. 8), Art. 20 (2. Teil) Rn. 15.

¹⁰⁴ Darauf beschränkt *D. Fuchs* (Fn. 27), S. 95. Weil die Interessen der anderen Mitglieder des Gemeinwesens umso besser zu erkennen und zu bewerten sind, desto kleiner die Gruppe ist, folgt auch daraus das Gebot der Subsidiarität, d. h. übergeordneten Instanzen nur solche Entscheidungen zu überantworten, die auf unterer Ebene nicht getroffen werden können, vgl. *E. Richter*, Die Wurzeln der Demokratie, 2008, S. 243 f.

¹⁰⁵ Zur Beachtung bzw. Nichtbeachtung von Außenseiter- und anderen „schwachen“ Interessen siehe *H.-G. Dederer* (Fn. 74), S. 335, 353 f., 440; *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, S. 226; *F. Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, in: ders., Freiheit – Verantwortung – Kompetenz, hrsg. von M. Schröder/W. Löwer/U. Di Fabio/T. v. Danwitz, 1994, S. 331 (342); *F. J. Sorauf*, The Public Interest Reconsidered, *The Journal of Politics* 19 (1957), S. 616 (626, 639); vgl. auch *U. Di Fabio*, Kultur der Freiheit (Fn. 76), S. 138.

¹⁰⁶ *J. Isensee* (Fn. 16), S. 106; ebenso *J. Roscheck* (Fn. 61), S. 44; vgl. auch *B.-O. Bryde*, Mehr Demokratie wagen, in: FS H. H. v. Arnim, 2004, S. 679 (681); *H.-G. Dederer* (Fn. 74), S. 363; *R.-O. Schultze* (Fn. 97), S. 173 („all[e] Mitglieder einer Gemeinschaft“).

¹⁰⁷ *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 68 f.; ebenso *H. H. v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 131 f.; *H. Dreier* (Fn. 92), S. 36; *R. Herzog* (Fn. 80), S. 30 f.; *R. Koselleck* (Fn. 88), S. 518; *E. Richter* (Fn. 104), S. 238 f.; vgl. auch *J. Braun* (Fn. 18), S. 267 f., 273 f., 308 f.; *H. Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 8. Aufl. 1988, S. 35 ff., insb. S. 37, S. 55 f.; *J. Rawls*, Theory of Justice (Fn. 76), S. 251 ff., insb. S. 255 = Theorie der Gerechtigkeit (Fn. 76), S. 319 ff., insb. S. 323.

Die so bestimmte Referenzgruppe geht über die eigene Familie und die eigene Gemeinde hinaus, ohne die Weltgesellschaft oder das Menschengeschlecht zu erfassen¹⁰⁸. Ihr Zuschnitt lässt sich aus dem geltenden Recht begründen. Die Menschenwürdegarantie und die meisten Freiheitsrechte, Geltungsgründe der Gemeinwohlbindung, berechtigten auch Ausländer, Minderjährige und andere Wahlrechtslose. Diese Gruppen können sich insbesondere auf das Rechtsstaatsprinzip berufen (i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG). Amtsträger sind verpflichtet, wie es im Amtseid zum Ausdruck kommt, Gerechtigkeit gegen jedermann zu üben, also die Interessen der genannten „Außenseiter“ zu berücksichtigen.

Was die nachrückenden Generationen betrifft, formuliert Art. 20 a GG, ähnlich wie viele Landesverfassungen¹⁰⁹, mit der „Verantwortung für die künftigen Generationen“ die „endzeitliche Variante des kategorischen Imperativs“¹¹⁰, normiert Art. 79 GG den langfristigen Geltungsanspruch der Verfassung¹¹¹ und appelliert die Präambel des Grundgesetzes an die „Verantwortung vor ... den Menschen“¹¹². Das lässt es zu, den Prinzipien des Rechtsstaats, der Republik und der Demokratie auch die Interessen künftiger Generationen zuzuschreiben.

Die Interessen von Ausländern, Minderjährigen und anderen Wahlrechtslosen sind im tagesaktuellen Diskurs typischerweise wenig durchsetzungsstark vertreten. Ihre Berücksichtigung trägt daher dem Gedanken *Adolf*

¹⁰⁸ Zu diesen Referenzgruppen siehe *C. Offe* (Fn. 28), S. 65 f. sowie Fn. 16, wo außerdem u. a. der gesamte Kosmos, die Schöpfung und die belebte Natur Erwähnung finden; *R. A. Dahl*, *Democracy and Its Critics*, 1989, S. 306, der die Interessen „of all persons significantly affected by the decision“ berücksichtigt (weiter unten nur „adult persons“), noch weiter unten wieder „the maximum number who can feasibly be included“); zum Begriff der Weltgesellschaft *U. Di Fabio*, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, 2001, S. 9 ff.

¹⁰⁹ Art. 3a LV Baden-Württemberg; Art. 141 Abs. 1 Satz 1 LV Bayern; Art. 69 Abs. 2 Satz 2 LV Rheinland-Pfalz; Art. 10 Abs. 1 Satz 1 LV Sachsen; Präambel LV Thüringen; vgl. auch Art. 40 Abs. 1 Satz 1, Art. 101 Abs. 1 LV Brandenburg; Art. 15 Abs. 4 LV Mecklenburg-Vorpommern; Art. 27 Abs. 1 LV Sachsen-Anhalt.

¹¹⁰ *U. Di Fabio*, *Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft* (Fn. 108), S. 102; vgl. die entsprechenden Imperative bei *H. Jonas* (Fn. 107), S. 36 und die aktuelle Analyse von *S. Mückl*, „Auch in Verantwortung für künftige Generationen“, in: FS J. Isensee (Fn. 78), S. 183 (insb. 194 ff.).

¹¹¹ Vgl. nur *G. Robbers*, *Die Änderungen des Grundgesetzes*, NJW 1989, S. 1325 (1325 f.); *S. Mückl* (Fn. 110), S. 203 f. m. w. N.; krit. *T. Jefferson*, Brief an James Madison vom 6. 9. 1789, in: ders., *Writings*, hrsg. von M. D. Peterson, 4. Aufl. 1984, S. 959 (963); *ders.*, Brief an Samuel Kercheval vom 12. 7. 1816, in: E. Dumbauld (Hrsg.), *The Political Writings of Thomas Jefferson*, 1955, S. 123 (124); *B. Großfeld*, *Götterdämmerung?*, NJW 1995, S. 1719 (1722) („Macht der Toten“); vgl. *E. Klein*, *Staat und Zeit*, 2006, S. 42, 58 ff. (Existenz des Staates über die Verfassung hinaus).

¹¹² Dazu *H. Dreier* (Fn. 92), S. 37 f.; *H. Hofmann*, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, 1981, S. 270 f.; *P. M. Huber* (Fn. 3), *Jura* 1998, S. 505 (506); *ders.*, in: *M. Sachs* (Fn. 12), *Präambel Rn. 21*.

Muschgs Rechnung, dass die Stärke eines Volkes sich am Wohl der Schwachen misst¹¹³, und steht im Einklang mit den demokratischen Vorgaben aus Art. 20 Abs. 2, Art. 28 und Art. 38 GG, wonach nur Deutsche (und ggf. EU-Ausländer) wahl- und abstimmungsberechtigt sind, nicht aber der Rest der Bevölkerung¹¹⁴. Denn es bleibt ein Unterschied, ob eine Person selbst entscheidet oder ob über sie entschieden wird. Kinder werden nicht durch die Hintertür wahlberechtigt und Ungeborene nicht rücklings rechtsfähig, sondern bleiben Objekt fremder Entscheidungen. Weil die Gruppe der Personen, deren Interessen bei Gemeinwohlsentscheidungen relevant sind, größer ist als die Gruppe der Wähler, deren Eigeninteressen Wahlentscheidungen ausmachen, fallen Kollektiventscheidungen nach Gemeinwohl und nach Eigeninteresse schon der Theorie nach auseinander.

Welche Interessen? Dass sich jeder Entscheider fragen muss, was im Interesse aller, dem eigenen und dem der anderen, liegt, trägt dazu bei, die einbezogenen Interessen zu objektivieren. Verquere Interessen, als eigene Interessen bei der Wahl verfolgbar, geraten als Interessen anderer, eben weil sie verquer sind, gar nicht erst in den Blick¹¹⁵. Extreme Interessen scheiden aus, weil sich der eine die anderen nicht als Extremisten denkt, sondern als sich selbst ähnlich: *homo homini homo* sozusagen, ein „Sog zur Mitte“¹¹⁶ bei subjektiver Verallgemeinerungsfähigkeit¹¹⁷. Entscheidungen nach Gemeinwohl fallen also auch in der Praxis regelmäßig anders aus als Entscheidungen nach Eigeninteresse.

Mit welchem Gewicht? Wiegen die Interessen eines noch Ungeborenen genauso viel wie die eines Geborenen? Je weiter man nach vorne schaut, umso größer wird die Zahl der Kommenden und desto deutlicher überwiegen die zukünftigen die gegenwärtigen Interessen. Daraus ergibt sich eine erste, noch sehr weit gezogene Grenze erkenntnistheoretischer Art: Prognosen sind unsicher, Blicke in die Zukunft trügerisch. Sichere Interessen von heute finden daher stärkere Berücksichtigung als unsichere, zumal schwierig zu erkennen- und zu bewertende Interessen von morgen. Der komplexen Realität Rechnung tragend, sind weitere Grenzen zu ziehen¹¹⁸; welche, bedürfte einer

¹¹³ Aufgenommen in die Präambel der Bundesverfassung der Schweiz vom 18. 4. 1999; zu diesem „europäischen ‚Textereignis‘“ siehe *P. Häberle*, Die „total“ revidierte Bundesverfassung der Schweiz von 1999/2000, in: FS H. Maurer, 2001, S. 935 (938).

¹¹⁴ *P. M. Huber*, Das „Volk“ des Grundgesetzes, DÖV 1989, S. 531 (532 ff.); vgl. auch *U. Di Fabio*, Kultur der Freiheit (Fn. 76), S. 103.

¹¹⁵ Vgl. *C. Offe* (Fn. 28), S. 57; *E. Richter* (Fn. 104), S. 75.

¹¹⁶ Vgl. *J. Braun* (Fn. 18), S. 174 (im Zusammenhang mit *J. Rawls*: „Selbstreproduktion und Trendverstärkung der Gesellschaft“).

¹¹⁷ Vgl. *H. Dreier* (Fn. 11), AöR 113 (1988), S. 450 (468); *E. Richter* (Fn. 104), S. 225 ff., insb. S. 234 ff.

¹¹⁸ Vgl. *U. Di Fabio*, Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft (Fn. 108), S. 102 f.

eigenen Untersuchung. Ein Ende dürfte, *Anderheiden* folgend, dort liegen, wo künftige Interessen nicht mehr bestimmten Individuen, sondern nur noch Kollektiven zugeordnet werden können¹¹⁹.

Die hier vorgeschlagene Definition kann als material-prozeduraler Gemeinwohlbegriff gelten. Sie ist material, weil sie das Gemeinwohl inhaltlich bestimmt, durch Rekurs auf die Interessen der genannten Individuen. Zugleich ist sie prozedural, weil das genannte Kriterium so weit und so vage ist, dass es nur sehr schwache inhaltliche Vorgaben enthält, und daher dem Verfahren, in dem die Entscheidung fällt, zentrale Bedeutung belässt¹²⁰. So bestätigt sich die Einsicht, dass der Grad rechtlicher Gebundenheit mit wachsender demokratischer Legitimation abnimmt¹²¹. Die „Unabgeschlossenheit“ des Begriffs ist kein Nachteil, sondern hält die Verfassung in Übereinstimmung mit ihren Bürgern¹²².

c) Exkurs: Grundtypen gemeinschaftserheblicher Entscheidungsverfahren

Die beiden Maßstäbe illustrieren zwei „Grundtypen gemeinschaftserheblicher Entscheidungsverfahren“¹²³. Für den Maßstab des Gemeinwohls steht dabei die rationalistische Theorie. Sie sieht den Wähler als öffentliches Organ. Aus dieser Funktion folge die Verpflichtung, die für die Allgemeinheit rational bestmögliche Entscheidung zu treffen¹²⁴. Nach der voluntaristischen Theorie dagegen gewährt das Aktivbürgerrecht dem Wähler politische Macht, die nach eigenem Willen eingesetzt werden dürfe¹²⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung hat sich das Grundgesetz bei der Wahl im Volk für die

¹¹⁹ M. *Anderheiden* (Fn. 12), S. 137 f.; vgl. M. *Sachs* (Fn. 24), S. 342.

¹²⁰ D. *Ehlers* (Fn. 7), § 1 Rn. 29; B. J. *Hartmann* (Fn. 50), S. 164; vgl. E. *Richter* (Fn. 104), S. 244 f.

¹²¹ O. *Deppenbeuer* (Fn. 37), VVDStRL 55 (1996), S. 90 (113); M. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 285 ff.

¹²² Ebenso G. *Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, S. 164, zum Begriff der Gerechtigkeit.

¹²³ H. H. v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 50; *ders.*, Staatslehre (Fn. 107), S. 203, jeweils m. w. N. bezogen auf die Unterscheidung zwischen macht- und interessendeterminierten Verfahren einerseits gegenüber wert- und erkenntnisorientierten Verfahren andererseits.

¹²⁴ J.-J. *Rousseau*, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, II. Buch, 3. Kapitel, IV. Buch, 2. Kapitel; vgl. H. *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, Zweiter Teil: Staatsgesellschaftslehre, Band 1: Volk, Gebiet, Zweck, Organisation, 1952, S. 233; M. *Weber*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: *ders.*, Zur Politik im Weltkrieg, hrsg. von W. J. Mommsen, 1984, S. 432 (547).

¹²⁵ H. *Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung, 1907, S. 41; vgl. C. *Gusy* (Fn. 63), AöR 106 (1981), S. 329 (342 f.); H. *Nawiasky* (Fn. 124), S. 233; J. *Roscheck* (Fn. 61), S. 38 m. w. N.; zum Hintergrund C. *Möllers* (Fn. 18), S. 40; dagegen M. *Kriele* (Fn. 105), S. 226, siehe auch S. 217 f., 225 f.

voluntaristische und im Übrigen, bei der Abstimmung im Volk sowie bei allen Entscheidungen im Parlament, für die rationalistische Theorie entschieden. Die Wahl im Volk stellt damit ein macht- und interessendeterminiertes Verfahren dar: Die Beteiligten suchen den eigenen Willen durchzusetzen, eigene Interessen zu befriedigen¹²⁶. Die übrigen Konstellationen beschreiben dagegen ein wert- und erkenntnisorientiertes Verfahren: Die Beteiligten suchen das Gemeinwohlrichtige zu ermitteln¹²⁷. Obwohl interessen- und erkenntnisorientierte Verfahren, obwohl voluntaristische und rationalistische Theorien im Ausgangspunkt verschieden sind, treffen sie sich idealiter doch im Ergebnis, sollte *Fraenkels* – umstrittene¹²⁸ – These vom Gemeinwohl-Vektor zutreffen. Das Gemeinwohl stellt danach „die Resultante dar, die sich jeweils aus dem Parallelogramm der ökonomischen, sozialen und politischen Kräfte einer Nation dann ergibt, wenn ein Ausgleich angestrebt und erreicht wird, der objektiv den Mindestanforderungen einer gerechten Sozialordnung entspricht und subjektiv von keiner maßgeblichen Gruppe als Vergewaltigung empfunden wird“¹²⁹. Ist das richtig, liegt auch das Ergebnis einer Wahl, bei der die Teilnehmer nach Eigeninteressen abstimmen, im Gemeinwohl¹³⁰ und führt *Fraenkel* das rechtswissenschaftliche Ergebnis fort. Rechtlich gesehen darf der Bürger sich bei der Wahl vom Eigeninteresse leiten lassen, muss das aber nicht, sondern hat die Freiheit, auch altruistisch zu entscheiden: Der Staat besitzt kein Gemeinwohlmonopol¹³¹. Nur ist ein Altruist nach *Fraenkel* entgegen der Intuition gerade kein besonders gemeinwohldienlicher Wähler: Er verzerrt die Resultante, führt den Gemeinwohl-Vektor am Ziel vorbei. So

¹²⁶ Dazu allgemein *H. H. v. Arnim*, Gemeinwohl (Fn. 123), S. 50 f.; *ders.*, Staatslehre (Fn. 107), S. 204 f.

¹²⁷ Siehe *H. H. v. Arnim*, Gemeinwohl (Fn. 123), S. 51, 191; *ders.*, Staatslehre (Fn. 107), S. 203 f., 206 ff.

¹²⁸ Zur Kritik siehe *R.-O. Schultze*, Stichwort: Gemeinwohl, in: D. Nohlen/R.-O. Schultze (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft, 3. Aufl. 2005, Band 1, S. 284 (285 ff.).

¹²⁹ *E. Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, hrsg. von A. v. Brünneck, 1991, S. 34; ebenso *O. Depenheuer* (Fn. 37), VVDStRL 55 (1996), S. 90 (122); vgl. auch *H. Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 56 ff. (Resultante entgegengesetzter Interessen).

¹³⁰ Liegt die Wahlbeteiligung unter 100 Prozent, gilt das allerdings nur unter der (bloß zufällig erfüllten) Bedingung, dass sich die nicht artikulierten Interessen aufheben.

¹³¹ *M. Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (237 f., 239); *A. Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (270 ff.); *B. W. Wegener*, Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?, in: M. Bertschi u. a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 19 (29); *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 22.

gesehen gibt es noch ein zweites Wahlparadoxon¹³²: Wer Gemeinwohl will, muss Eigenwohl zum Maßstab machen¹³³.

5. Einwände

a) Unmöglichkeit

Ein Einwand gegen die These, dass Entscheidungen auch an den Interessen anderer auszurichten sind, könnte sich aus dem Unmöglichkeitssatz ergeben¹³⁴. Ihn hat der Ökonom *Arrow* im Jahr 1951 allgemein formuliert. Politische Abstimmungsverfahren bilden die Präferenzen der Akteure danach nicht in allen Fällen ab¹³⁵; das Interesse der Gesamtheit lässt sich aus den Interessen der Einzelnen mittels demokratischer Verfahren nicht immer kumulieren¹³⁶.

Gegen das Ansinnen, die eigene Stimmentscheidung auch mit Blick auf die Interessen anderer zu fällen, formuliert der Unmöglichkeitssatz keinen durchgreifenden Einwand. *Arrow* erfasst ohnehin nur Entscheidungen, in denen drei und mehr Varianten zur Auswahl stehen¹³⁷. Diese Voraussetzung ist bei Wahlen und Abstimmungen in Parlament und Volk oft nicht erfüllt. Bei Abstimmungen im Volk tritt bisweilen ein Parlamentsentwurf neben das Volksbegehren; dass die Wahl zwischen drei Entwürfen fällt, erscheint als seltener Ausnahmefall. In Parlamenten, in denen sich zwei „Lager“ gegenüberstehen, pflegen konkurrierende Ansätze regelmäßig so lange (vor)beraten zu werden, bis zwei Entwürfe zur Abstimmung stehen, der der Regierung und der der Opposition. Im Bundestag kommt es auch selten zu Kampfkandidaturen zwischen drei und mehr Bewerbern um ein Amt. Daher bleiben nur Wahlen

¹³² Seit *A. Downs*, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, ist als Wahlparadoxon die Erkenntnis geläufig, dass die Wahlbeteiligung (irrational) hoch ist, obwohl der (rationale) Bürger der Wahl fernbleiben müsste, weil seine Stimme selbst knappe Wahlen nicht entscheidet, siehe z. B. *G. Kirchgässner*, *Towards a theory of low-cost decisions*, *European Journal of Political Economy* 8 (1992), S. 302 (309).

¹³³ Vgl. *D. Merten* (Fn. 18), S. 23.

¹³⁴ Zu dessen Verwendung im rechtswissenschaftlichen Zusammenhang siehe nur *M. Anderheiden* (Fn. 12), S. 5 ff.; *B. Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 160 ff.

¹³⁵ *K. J. Arrow*, *Social Choice and Individual Values*, 1951, 2. Aufl. 1963 (nach letzterer die folgenden Zitate); näher dazu etwa *H. Laux*, *Entscheidungstheorie*, 7. Aufl. 2007, S. 422 bei Fn. 5, 449 ff. Zuvor bereits für einen Spezialfall *M. J. A. N. Caritat*, *Marquis de Condorcet*, *Essais sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité de voix*, 1785.

¹³⁶ *M. Anderheiden* (Fn. 12), S. 8 f.

¹³⁷ *K. J. Arrow* (Fn. 135), S. 24; vgl. dazu *D. Lacy/E. M. S. Niou*, *A Problem With Referendums*, *Journal of Theoretical Politics* 12 (2000), S. 5 (8).

zum Parlament; dort konkurrieren hierzulande typischerweise mehr als zwei Parteien. Bei Parlamentswahlen aber darf (und nach *Fraenkel*: soll) der Wähler ohnehin nach Eigeninteresse entscheiden.

Auch in Fällen, in denen es um drei oder mehr Varianten geht, beschreibt der Unmöglichkeitssatz keinen durchgreifenden Einwand gegen einen Gemeinwohlbegriff, der auf die Interessen anderer abstellt. Dieser Abhandlung geht es nur um die Frage, auf welche Weise ein Entscheider festlegt, wie er stimmt. *Arrow* behandelt dagegen die nachgelagerte Frage, wie ein Verfahren gestaltet sein muss, damit (auf welche Weise auch immer gebildete) Individualpräferenzen in der Kollektiventscheidung aufscheinen¹³⁸ (und zeigt dann, dass es das System demokratischer Mehrheitsentscheidungen regelmäßig nicht vermag, individuelle Ziele in eine widerspruchsfreie Präferenzordnung zu verwandeln). Der Unmöglichkeitssatz gewinnt für unsere Frage also nur Relevanz, wenn man ihn von der Aggregation abgegebener Stimmen überträgt auf die Frage nach der Stimmentcheidung, wie sie ein einzelner Stimmberechtigter für sich selbst zu treffen hat. Diese Übertragung von „außen“ nach „innen“ erledigt, so sie denn zulässig ist, das Kardinalproblem der Kardinalpräferenzen, das *Arrow* zu einer Voraussetzung seiner Theorie gemacht hat: dass die Aggregation eines Gesamtinteresses aus Einzelinteressen am interpersonellen Nutzenvergleich scheitern kann¹³⁹. Werden Interessen indes nicht *inter-*, sondern – wie im Fall des einzelnen Stimmberechtigten – *intrapersonell* verglichen, entfällt die Schwierigkeit¹⁴⁰. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Entscheider die vorgefundenen Interessen der anderen nach eigenen Vorstellungen gewichten darf.

Arrows Einwand, dass die Interessen anderer nicht immer rational zu einem Kollektivinteresse aggregiert werden können, ließe sich nur vermeiden, wenn man Entscheidungen von den Interessen anderer gänzlich löst. Auf diese Forderung zugespitzt, ginge der Unmöglichkeitssatz entschieden zu weit¹⁴¹, weil er nicht nur Wahlen und Abstimmungen, sondern Demokratie und Staatslenkung, Planen und Entscheiden insgesamt in Frage stellte. Das Grundgesetz schreibt all das vor, kennt das Gemeinwohl als justiziablen Maßstab¹⁴² und nimmt Unmöglichkeitstheoreme damit offenbar in Kauf: Poli-

¹³⁸ K. J. *Arrow* (Fn. 135), S. 2, 7 und *passim*.

¹³⁹ K. J. *Arrow* (Fn. 135), S. 9 ff.; mit Nachweisen der a. A. auf S. 5, Fn. 11–13.

¹⁴⁰ A. A. wohl K. J. *Arrow* (Fn. 135), S. 9 f., wenn er die Messbarkeit von Nutzen generell verneint; vgl. aber auch *dens.*, a. a. O., S. 106.

¹⁴¹ O. *Jung*, Grundsatzfragen direkter Demokratie, in: A. Kost (Hrsg.), *Direkte Demokratie in den deutschen Ländern*, 2005, S. 343; “it proves too much”, würden die US-Amerikaner sagen.

¹⁴² Dass das Gemeinwohl als Enteignungsvoraussetzung gem. Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG konkretisierbar ist, entspricht allgemeiner Meinung, siehe § 85 BauGB; BVerfGE 24, 367 (403 f.); BVerwGE 71, 108 (124); A. v. *Brünmeck*, *Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung*, NVwZ 1986, S. 425 (425 ff.); F. *Ossen-*

tische Entscheidungen müssen auch fallen, soweit ein widerspruchsfreies System der Präferenzabwägung fehlt¹⁴³. Wertungen, die an die Stelle von Deduktionen und Konkretisierungen treten, haben gerade hier, in der politischen Arena, ihren Ort.

b) Überforderung

Die Vorgabe, Partikularinteressen und Gemeinwohl zu scheiden, überfordert die Gesetzgeber nicht¹⁴⁴. Das gilt zunächst für professionelle Parlamentarier¹⁴⁵. Dass ein Abgeordneter der Umsatzsteuererhöhung zustimmt, obwohl er als Verbandsfunktionär dagegen eintrat, lässt sich also nicht bloß als Opportunismus bemängeln, sondern auch als Ausdruck der Verpflichtung verstehen, Partikularinteressen der Lobby im Parlament zurückzustellen¹⁴⁶. Ebenso wenig scheint der Bürger überfordert zu sein. Die Politikwissenschaft geht überwiegend davon aus, dass der „Feierabendgesetzgeber“¹⁴⁷ der Sachentscheidung gewachsen sei¹⁴⁸. Der Allgemeinen Staatslehre ist die Annahme,

bühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 204; *E. Schmidt-Aßmann*, Bemerkungen zum Boxberg-Urteil des BVerfG, NJW 1987, S. 1587 (1588).

¹⁴³ Vgl. *C. Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), S. 23 (49); *W. Heun* (Fn. 60), S. 101 f. Zu Ansätzen, das Unverträglichkeitstheorem zu überwinden, siehe, auf juristische Abwägungen bezogen, *R. Christensen/K. D. Lerch*, Dass das Ganze das Wahre ist, ist nicht ganz unwahr, JZ 2007, S. 438 (441 ff.); *N. Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 121 ff., jeweils m. w. N.

¹⁴⁴ Vgl. in derselben Richtung wie hier *S. Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 96 f.; *O. Jung* (Fn. 141), S. 343; *P. Kirchhof*, Das Gesetz der Hydra, 2006, S. 64; in der Gegenrichtung *H. Dreier* (Fn. 18), S. 173; *J. Habermas*, Drei normative Modelle der Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996 und 1999, jeweils S. 277 (283); *ders.*, Faktizität und Geltung, 1998, S. 338.

¹⁴⁵ *H. H. Klein*, Mandat und Beruf, FAZ Nr. 182 vom 8. 8. 2006, S. 7; vgl. auch *U. Di Fabio*, Kultur der Freiheit (Fn. 76), S. 151; krit. dagegen *K. Doebring* (Fn. 42), Rn. 373; *R. Zippelius* (Fn. 44), S. 148.

¹⁴⁶ Letztere Deutung bei *H. H. Klein* (Fn. 145).

¹⁴⁷ Dazu *B. J. Hartmann* (Fn. 49), VerwArch 98 (2007), S. 500 (519).

¹⁴⁸ Gegen das Inkompetenzargument z. B. *H. Batt*, Direktdemokratie im internationalen Vergleich, APuZ 2006, S. 10 (17 Fn. 31); *U. Berlit*, Soll das Volk abstimmen? Zur Debatte über direktdemokratische Elemente im Grundgesetz, KritV 76 (1993), S. 318 (342 ff.); *C. B. Blankart*, Zehn Vorurteile gegen Volksabstimmungen auf Bundesebene, Wissenschaftsdienst 2002, S. 521 (522 f.); *I. Budge*, The New Challenge of Direct Democracy, 1996, S. 113; *R. Kampwirth*, Volksentscheid und Öffentlichkeit, in: T. Schiller (Hrsg.), Direkte Demokratie in Theorie und kommunaler Praxis, 1999, S. 17 (56); *G. Kirchgässner/B. S. Frey*, Volksabstimmung und direkte Demokratie, in: M. Kaase/H.-D. Klingemann (Hrsg.), Wahlen und Wähler, 1994, S. 42 (63); *H. Kriesi*, Individual Opinion Formation in a Direct Democratic Campaign, British Journal of Political Science 32 (2002), S. 171 (185); *A. Lupia*, Shortcuts versus Encyclopedias: Information and Voting Behavior in California Insurance Reform Elections, American Political Science Review 88 (1994), S. 63 (72); *C. Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 11, 18 f., 45 f.; *E. Richter* (Fn. 104), S. 21, 207 ff., 245 ff.;

dass der Bürger die Interessen der anderen erkennen und gewichten könne, sogar ein auf *Kant* gründendes Axiom: „Wenn die Demokratie legitim sein soll, muß sie von der Reife des Staatsbürgers, sei es auch im Sinne einer Fiktion, ausgehen; sie verlöre diese Legitimität, wenn sie anerkennen würde, daß eine dumme oder korrupte Mehrheit eine kluge und dem Gemeinwohl verpflichtete Minderheit beherrscht.“¹⁴⁹ Dass es „wählende Dummköpfe“¹⁵⁰ gebe, ist also ein „aus normativen Gründen kategorisch“ verbotener Einwand¹⁵¹. Dementsprechend wies das Bundesverfassungsgericht jüngst die „Unterstellung“ zurück, der Bürger vermöge Angaben über Nebentätigkeiten von Abgeordneten nicht richtig einzuordnen. Die Annahme, dass „etwaige Fehleinschätzungen nicht im Wege öffentlicher Diskussion“ ausgeräumt werden könnten, sei sowohl „unrealistisch“ als auch „einer Demokratie nicht angemessen“¹⁵².

Die Vorgabe, das Gemeinwohl als Maßstab anzulegen, steht auch nicht im Widerspruch zu Erkenntnissen der Konstitutionellen Politischen Ökonomie¹⁵³. Dieses Spezialgebiet der Ökonomik hat Aufsehen erregt, als es das ökonomische Verhaltensmodell auf Bürger und Beamte konsequent übertrug. Sein wichtigster Vertreter, *Buchanan*, erkennt zwar den Unterschied zwischen Entscheidungen nach Maßgabe der „privaten, persönlichen Präferenzen“ einerseits und nach Maßgabe der „eigenen Vermutungen“ darüber, was dem

a. A. M. *Gloe*, Direkte Demokratie – das Beispiel Schweiz, Politische Bildung 38 (2005), S. 50 (55); G. *Sartori*, Demokratietheorie, 3. Aufl. 2006, S. 133, 136; J. A. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 8. Aufl. 2005, S. 416 ff.

¹⁴⁹ K. *Doehring* (Fn. 42), Rn. 348 (dort mit Hervorhebungen); ebenso R. *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 203; R. *Zippelius* (Fn. 44), S. 107; zur vorausgesetzten Souveränität und moralischen Kompetenz U. *Di Fabio*, Kultur der Freiheit (Fn. 76), S. 97; zur Autonomie I. *Kant*, „Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?“, Berlinische Monatsschrift vom 30. 9. 1784, teilweise abgedruckt z. B. bei W. *Frotscherl* B. *Pieroth* (Fn. 5), Rn. 111 ff.; M. *Kriele* (Fn. 105), S. 232, konstatiert die Existenz einer „unabhängige[n] und intelligente[n] Mittelschicht von Bürgern“.

¹⁵⁰ K. *Arzheimer/A. Schmitt*, Der ökonomische Ansatz, in: J. W. Falter/H. Schoen (Hrsg.), Handbuch Wahlforschung, 2005, S. 243 (288); ebenso H. *Triepel*, Wahlrecht und Wahlpflicht (1900), Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden 6 (1901), S. 69 (104) („Schwachkopf“).

¹⁵¹ C. *Offe* (Fn. 28), S. 73; ebenso A. *Funke*, Wahlrecht, Republik, Politische Freiheit, Der Staat 46 (2007), S. 395 (411, vgl. aber auch S. 405 f.); M. *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 14; H. *Schulze-Fielitz*, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, Die Verwaltung 32 (1999), S. 241 (Fn. 169).

¹⁵² BVerfG NVwZ 2007, S. 916 (929); ebenso J. *Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland, 2008, S. 95 f. m. w. N.

¹⁵³ Zum Oberbegriff M. *Morlok*, Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: C. Engel/M. Morlok (Fn. 57), S. 1 (3); zu den Binnendifferenzierungen M. *Leschke*, Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie, 1993, S. 18 ff. Für wichtige Hinweise insbesondere zu diesem Abschnitt danke ich meinem Kollegen Dr. J. *Lüdemann*.

Gemeinwohl besser diene, andererseits an¹⁵⁴. Als Ökonom geht er aber davon aus, dass sich auch Parlamentarier wie *homines oeconomici* verhalten, also ihre Entscheidungen vor allem an den eigenen Interessen und nicht zuerst an Gemeinwohlbelangen ausrichten¹⁵⁵. Verlangt die Bindung an das Gemeinwohl also zu viel?

Um die hier vertretene These zu verteidigen, bedarf es keiner Grundsatzkritik der ökonomischen Analyse des Rechts¹⁵⁶. Obwohl es analytisch ausgesprochen sinnvoll sein kann, auch Staatsdiener als Nutzenmaximierer zu denken, greift der ökonomische Ansatz im politischen Kontext wohl doch zu kurz¹⁵⁷. Das zeigen Fälle, in denen das Parlamentarierverhalten den persönlichen Interessen der Abgeordneten (sei es Geld, Macht oder Ansehen) zuwiderläuft. Zu nennen ist etwa die Abschaffung der Altersversorgung nordrhein-westfälischer Abgeordneter¹⁵⁸ oder war lange der Verzicht auf eine Diätenerhöhung im Bund¹⁵⁹.¹⁶⁰ Das Interesse an einer Wiederwahl erklärt diese Entscheidungen nicht, weil die großen Parteien die Abgeordnetenbe-

¹⁵⁴ J. M. Buchanan (Fn. 86), S. 142. Sein Werk gilt als exemplarisch, siehe K. Sobota (Fn. 57), S. 287 (290).

¹⁵⁵ J. M. Buchanan, Politik ohne Romantik: Grundzüge einer positiven Theorie der öffentlichen Wahlhandlung und ihrer normativen Bedeutung, in: ders., Politische Ökonomie als Verfassungstheorie, 1990, S. 23 (26 ff.); ders., Theoretische Ökonomie und Politische Ökonomie, in: ders., a. a. O., S. 41 (55); ders. (Fn. 86), S. 223; krit. U. Di Fabio, Kultur der Freiheit (Fn. 76), S. 45 f.; zum methodologischen Individualismus allgemein siehe G. Kirchgässner, Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus!, in: C. Engel/M. Morlok (Fn. 57), S. 49 ff.; C. Ott/H.-B. Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, S. 213 (218 f.) (mit Alternativen); krit. dazu etwa R. Gröschner, Der homo oeconomicus und das Menschenbild des Grundgesetzes, in: C. Engel/M. Morlok (Fn. 57), S. 31 ff. (40 ff.).

¹⁵⁶ Dazu K.-H. Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, S. 817 ff. mit Replik C. Ott/H.-B. Schäfer (Fn. 155) und Duplik K.-H. Fezer, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, S. 223 ff.

¹⁵⁷ Vgl. G. Kirchgässner (Fn. 155), S. 53; M. Morlok (Fn. 153), S. 1 (9) (keine Ableitung aus empirischen Untersuchungen, sondern „analytisch ansetzende begründete Spekulationen“, die widerlegt werden können); J. Rux (Fn. 152), S. 52.

¹⁵⁸ E. Bendal/C. Landfried, Politik als Beruf, FAZ Nr. 130 vom 6. 6. 2008, S. 8; vgl. § 10 Abs. 7 ff. des Abgeordnetengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 5. 4. 2005, GV NRW S. 252, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. 12. 2005, GV NRW S. 951, mit der Abschaffung der Alters- und Hinterbliebenenversorgung. Im Gegenzug wuchs die monatliche Entschädigung. Langfristig führt das zu einem Kostenvorteil für den Steuerzahler, dem ein Einkommensnachteil der Parlamentarier entspricht.

¹⁵⁹ Demnächst soll wie in Nordrhein-Westfalen die Abgeordnetenentschädigung erhöht und die Altersvorsorge vermindert werden, siehe FAZ Nr. 258 vom 6. 11. 2007 und Nr. 107 vom 8. 5. 2008, beide S. 4.

¹⁶⁰ Zur Diätengesetzgebung insgesamt krit. H. Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007; a. A. T. Streit (Fn. 41), S. 140 ff., insb. S. 154.

züge gemeinsam beschließen und die Mehrheit der Volksvertreter ohnehin über sichere Listenplätze und Wahlkreise in das Parlament einzieht. Vielleicht liefert auch der Hauptstadtbeschluss aus dem Jahr 1991, als der Bundestag zur „Vollendung der Einheit Deutschlands“¹⁶¹ den eigenen Sitz nach Berlin verlegte, ein Beispiel, weil der Umzug den meisten Abgeordneten mindestens Unbequemlichkeiten bereitet haben dürfte. Die Politik verzichtet schließlich überall dort auf eigenen Einfluss, wo sie Kompetenzen überträgt (zum Beispiel auf die Europäische Gemeinschaft), Unabhängigkeit gewährt (wie der Bundesbank gem. § 12 Satz 1 BBankG und dem Bundesrechnungshof gem. § 1 Satz 1 BRHG) bzw. sichert (etwa bei Verfassungsrichtern durch den Ausschluss der Wiederwahl gem. § 4 Abs. 2 BVerfGG¹⁶²) oder finanzielle Gestaltungsmöglichkeiten einstweilen einschränkt (wie bei der Schaffung eines Sondervermögens für die Beamtenversorgung, das gem. § 14 a Abs. 2 Satz 3 BBesG nur zu diesem Zweck verwendet werden darf¹⁶³). Fallgruppen wie Beispiele ließen sich mehren.

Dass auch Wähler in der Lage sind, die Interessen anderer einzubeziehen, zeigt das sog. *sociotropic voting*. Empirische Studien belegen, dass weniger die persönliche und mehr die allgemeine wirtschaftliche Lage die Stimmabgabe steuert¹⁶⁴, dass insbesondere soziale Präferenzen wie Fairness und Gegenseitigkeit viele Entscheidungen beeinflussen¹⁶⁵ und dass Bürger Um-

¹⁶¹ BT-Drs. 12/815 vom 19. 6. 1991, S. 1.

¹⁶² Zu dieser Funktion der Vorschrift siehe *F. Klein*, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, 28. Ergänzungslieferung (Stand: April 2008), § 4 Rn. 6 (Stand: Januar 1987); *C. Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 2 Rn. 23; *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 42.

¹⁶³ Siehe dazu zuletzt BVerfG NVwZ 2008, 195 (195 f., 198), und für Bundesbeamte § 3 Satz 2, § 7 VersRücklG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. 3. 2007 (BGBl. I S. 482), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 12. 2007 (BGBl. I S. 3245).

¹⁶⁴ *M. P. Fiorina*, Voting behavior, in: D. C. Mueller (Hrsg.), Perspectives on Public Choice, 1997, S. 391 (406 ff.); *G. Kirchgässner/L. P. Feld/M. R. Savioz*, Die direkte Demokratie, 1999, S. 195; zuletzt *I. Krumpall/A. Vatter*, Ökonomisches Wählen: Zum Einfluss von Wahrnehmungen der allgemeinen Wirtschaftslage auf das Abscheiden der Bundesregierungsparteien bei Landtagswahlen, ZParl 2008, S. 93 (108 ff.).

¹⁶⁵ Str., dafür etwa *G. E. Bolton/A. Ockenfels*, ERC: A Theory of Equity, Reciprocity, and Competition, American Economic Review 90 (2000), S. 166 ff.; *E. Fehr/K. M. Schmidt*, A Theory of Fairness, Competition, and Cooperation, Quarterly Journal of Economics 114 (1999), S. 769 (769 ff., 855 f.); *A. Kritikos/F. Bolle*, Approaching Fair Behavior: Distributional and Reciprocal Preferences, in: F. Cowell (Hrsg.), Inequality, Welfare and Income Distribution: Experimental Approaches, 2004, S. 149 ff. (alle auch zu den Ultimatum- und Diktatorspielen); vgl. dort auch die Beiträge von *L. Mittone* und *D. J. Zizzo* sowie *J. Braun* (Fn. 18), S. 123; zur Gegenseitigkeit als „Urform“ menschlichen Gerechtigkeitsempfindens siehe *U. Di Fabio*, Kultur der Freiheit (Fn. 76), S. 120 ff., insb. S. 122.

verteilungen zum eigenen Nachteil befürwortet haben¹⁶⁶. Obwohl die Kreditfinanzierung staatlicher Investitionen die gegenwärtig Abstimmungsberechtigten zu Lasten kommender Generationen begünstigt, hat die Schweiz im Jahr 2001 die investitionsorientierte Verschuldung per Volksabstimmung verboten, mit einer Zustimmung von 84,7 Prozent¹⁶⁷.

Selbst wenn man davon ausgehen müsste, dass Politiker ihr Verhalten ausschließlich an eigenen Interessen ausrichten, hätte sich die Gemeinwohlbindung nicht erledigt: Konstitutionelle Politische Ökonomie ist – zumindest in ihrer positiven Ausrichtung – eine Verhaltenstheorie, beschäftigt sich damit, wie Menschen handeln, und nicht, wie sie handeln sollten¹⁶⁸. *Buchanan* erhebt ausdrücklich den Anspruch, konzeptionell unabhängig davon zu sein (und damit offen zu lassen), ob die Akteure tatsächlich Eigeninteressen oder doch das Gemeinwohl verfolgen¹⁶⁹. Wenn die Konstitutionelle Politische Ökonomie Staatsdiener als Nettomaximierer denkt und Abstimmungen als ein Mittel versteht, individuelle Werte auszudrücken¹⁷⁰, trifft sie keine Aussagen darüber, ob diese Maßstäbe gelten sollen, sondern beschreibt bestenfalls, was ist¹⁷¹. Die Gebote des Rechts, einer normativen Ordnung, können dagegen kontrafaktisch gelten¹⁷². Das sieht *Buchanan* selbst so, wenn er die Politiker auffordert, ihre Grenzen zu wahren¹⁷³.

¹⁶⁶ B. S. Frey/G. Kirchgässner, Diskursethik, Politische Ökonomie und Volksabstimmungen, *Analyse & Kritik* 15 (1993), S. 129 (141); G. Kirchgässner/L. P. Feld/M. R. Savioz (Fn. 164), S. 195; W. W. Pommerehne/F. Schneider, Politisch-ökonomische Überprüfung des Kaufkraftinzidenzkonzepts: Eine Analyse der AHV-Abstimmungen von 1972 und 1978, in: E. A. Brugger/R. L. Frey (Hrsg.), *Sektoralpolitik versus Regionalpolitik*, 1985, S. 75 (89 ff.). Auch der kritische Beitrag von M. Baumann/H. Kliemt, *Volksabstimmungen, Verhandlungen und der Schleier der Insignifikanz*, *Analyse & Kritik* 15 (1993), S. 150 (163), bestreitet nicht das Faktum, sondern erörtert dessen Folgen.

¹⁶⁷ H. Pünder, Staatsverschuldung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band V, 3. Aufl. 2007, § 123 Rn. 7, 11 ff., 93.

¹⁶⁸ J. M. Buchanan, Konstitutionelle Demokratie, persönliche Freiheit und politische Gleichheit, in: ders., *Politische Ökonomie als Verfassungstheorie* (Fn. 155), S. 59 (71).

¹⁶⁹ J. M. Buchanan (Fn. 155), S. 23 (26 f.); siehe auch G. Kirchgässner (Fn. 155), S. 52.

¹⁷⁰ J. M. Buchanan (Fn. 168), S. 59 (62 f.); vgl. auch G. Kirchgässner (Fn. 155), S. 52.

¹⁷¹ Zur Konstitutionellen Politischen Ökonomie als Unterfall der Sozialwissenschaften siehe J. M. Buchanan, Die Gerechtigkeit natürlicher Freiheit, in: ders. (Fn. 155), S. 77 (77); M. Morlok (Fn. 153), S. 1 (23) (zur Institutionenökonomik); zur normativen ökonomischen Theorie des Rechts aber A. van Aaken, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 181 ff., 288 f., 310 ff.

¹⁷² M. Morlok (Fn. 153), S. 1 (15).

¹⁷³ J. M. Buchanan (Fn. 86), S. 234.

c) Überprüfbarkeit

Die Gemeinwohlbindung, wie sie hier vertreten wird, ist nicht bloß moralische Pflicht oder regulative Idee¹⁷⁴, sondern echte Rechtspflicht. Das folgt schon aus ihren Geltungsgründen¹⁷⁵: Menschenwürdegarantie, Rechtsstaats-, Demokratie- und Republikprinzip binden rechtlich. Trotzdem dürfen die Gerichte Entscheidungen des Parlaments und des Volks nicht daraufhin überprüfen, ob diese das Gemeinwohl fördern¹⁷⁶. Die Gemeinwohlbindung zählt zu jenen Pflichten objektiven Rechts, denen kein subjektives Recht entspricht und die auch nicht in objektiven Normenkontrollverfahren gerichtlicher Überprüfung zugänglich sind. Weniger verbindlich sind sie deshalb nicht. Zwar mögen *leges imperfectae* intuitiv Unbehagen verursachen, weil die Regel *ubi ius, ibi remedium* für sie nicht gilt. Doch ist es primäre Funktion von Regeln, des Adressaten Verhalten zu steuern; Kontrollmaßstab sind sie erst sekundär¹⁷⁷. Es gibt nämlich Konstellationen, in denen richterliche Überprüfung die schlechtere Alternative darstellt. Das Recht kennt daher kontrollfreie Räume. Nur grundsätzlich geht die Verfassung davon aus, dass am besten Gerichte die Rechtmäßigkeit sichern; nicht durchweg ist der Rechtsstaat Rechtswegestaat¹⁷⁸: Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert den Weg zum Gericht nur gegen die Verletzung subjektiver Rechte (Verletztenklage)¹⁷⁹ und Verfassungsstreitigkeiten sind gem. Art. 93 GG bloß justizierbar, wenn das Gesetz dafür ein Verfahren vorsieht (Enumerationsprinzip). Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht schon früh entschieden, dass nicht jeder objektiv-rechtlichen Pflicht ein gerichtlich verfolgbare Anspruch gegenüberstehen muss¹⁸⁰. Selbst wenn, überprüft das Gericht doch nicht immer einschränkungslos, son-

¹⁷⁴ Nachweise oben in Fn. 92.

¹⁷⁵ H.-G. Dederer (Fn. 74), S. 348 f., 361 f., 634 f. (Thesen 62, 67).

¹⁷⁶ M. Anderheiden (Fn. 12), S. 496 ff.; W. Brugger (Fn. 93), S. 34; G. Robbers (Fn. 122), S. 56; U. Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: FS G. Müller (Fn. 73), S. 379 (392); M. Schröder, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 7), Band III, 3. Aufl. 2005, § 65 Rn. 52; W. Seuffert (Fn. 73), S. 491 (495); R. Uerpman, Gemeinwohlkriterien (Fn. 84), S. 186 f.; vgl. H. H. Klein (Fn. 71), S. 155 f.

¹⁷⁷ Vgl. F. Müller, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl. 2004, Rn. 230 ff.; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 250; B. Rütters, Rechtslehre, 3. Aufl. 2007, Rn. 78 f. vs. Rn. 88 f.

¹⁷⁸ E. Becker (Fn. 16), VVDStRL 14 (1956), S. 96 (117); vgl. aber F. Ossenbühl (Fn. 142), S. 262.

¹⁷⁹ Zur Verletztenklage und ihrem Gegenstück, der Interessentenklage insbesondere französischen Rechts, siehe B. W. Wegener (Fn. 131), S. 19 f., 22.

¹⁸⁰ BVerfGE 13, 54 (96) (für objektives Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsverfahren).

dem wahrt den „Gestaltungsraum“¹⁸¹ des Gesetzgebers¹⁸², dessen Beurteilungs-¹⁸³, Einschätzungs-¹⁸⁴ und Prognosespielraum¹⁸⁵. Die Lehre unterscheidet dementsprechend zwischen Handlungs- und Kontrollnormen¹⁸⁶: Die Handlungsnorm bindet den Gesetzgeber in seinen Zweckmäßigkeitserwägungen, ohne dem kontrollierenden Gericht ersetzende Zweckmäßigkeitserwägungen zu gestatten¹⁸⁷. Die Verfassungsbindung des Gesetzgebers übersteigt so die Kontrollkompetenz der Gerichte¹⁸⁸.

Ausnahmen vom Grundsatz der Vollkontrolle erscheinen vor allem dort angezeigt, wo es an einem handhabbaren Kontrollmaßstab fehlt¹⁸⁹ oder wo übergeordnete Gesichtspunkte, etwa besondere demokratische Legitimität¹⁹⁰, den Bestand der Entscheidung des Erstinterpreten gebieten¹⁹¹. Bei Beschlüssen im Parlament und durch das Volk liegen beide Kriterien vor: Angesichts der weiten und vagen Definition des Gemeinwohls liefern kontrollierende Richter in besonderer Weise Gefahr, ihre eigenen politischen Wertvorstellungen an die Stelle derer von Parlament und Volk zu setzen, obwohl diese angesichts ihrer höheren demokratischen Legitimität das letzte Wort

¹⁸¹ B. Stüer, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, S. 314 ff. m. w. N.

¹⁸² St. Rspr., vgl. allein aus BVerfGE 114: 1 (70); 73 (103); 196 (235, 245, 248); 258 (286, 289, 296); 357 (364); 371 (387).

¹⁸³ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 109, 279 (340); 110, 141 (158); 114, 258 (291).

¹⁸⁴ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 110, 141 (157); 111, 54 (84); 114, 121 (157, 159).

¹⁸⁵ Vgl. nur F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: ders. (Fn. 105), S. 53 (93 ff.).

¹⁸⁶ Grundlegend E. Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedächtnisschrift W. Jellinek, 2. Aufl. 1974, S. 221 (232 ff.); ebenso K. Schlaich/S. Koriath (Fn. 162), Rn. 516 ff.; krit. W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 46 ff.; P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 338 ff.

¹⁸⁷ BVerfGE 3, 19 (25); E. Forsthoff (Fn. 186), S. 233; A. Rincken, in: AK-GG (Fn. 12), Band 3, Rn. 110 vor Art. 93 (Stand: Oktober 2001).

¹⁸⁸ B.-O. Bryde (Fn. 89), S. 307; W. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 99, 104; H.-P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103 (2111); vgl. mit Blick auf das Verhältnis von Parlament und Volksgesetzgeber in Fragen politischer Willensbildung HambVerfG NordÖR 2007, S. 301 (305).

¹⁸⁹ BVerfGE 88, 40 (61); K. Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS E. G. Mahrenholz, 1994, S. 541 (542); D. Murswiek, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, DÖV 1982, S. 529 (535); K. Schlaich/S. Koriath (Fn. 162), Rn. 527 f. m. w. N.

¹⁹⁰ Vgl. BVerfGE 56, 54 (81); R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 120; B.-O. Bryde (Fn. 89), S. 325 ff., 332 ff., insb. S. 343 ff.; R. Uerpmann, Gemeinwohlkriterien (Fn. 84), S. 187; a. A. E. Forsthoff (Fn. 186), S. 236.

¹⁹¹ Vgl. BVerfGE 88, 40 (61).

haben sollen¹⁹². Dass einmal die Gerichte über die Frage befinden werden, welcher Entscheidungsmaßstab bei Abstimmungen im Volk gilt, erscheint gleichwohl denkbar. Der Fall kann eintreten, wenn die zuständige Behörde im Rahmen der „sachlichen und bündigen“ Information über den Abstimmungsgegenstand auch den Entscheidungsmaßstab benennt. Ob der Maßstab zutrifft, können die zuständigen Gerichte dann auf Antrag überprüfen¹⁹³.

Das Grundgesetz vertraut bisweilen darauf, dass die Staatsgewalt ihre Bindung an das objektive Recht auch dort wahrt, wo keine Gerichtskontrolle stattfindet¹⁹⁴. Das gilt nicht nur für herkömmliche Amtswalter, sondern auch und gerade für Abgeordnete und Bürger: Politische Gestaltung lässt sich nur begrenzt verrechtlichen¹⁹⁵. Die Bindung erlangt interne Bedeutung als erfüllender Standard¹⁹⁶ und kann so ein Schlaglicht werfen auf das Grundproblem des liberalen Verfassungsstaates: dass er auf bestimmte ethische Ressourcen angewiesen ist, deren Inhalt und Herkunft unter der Prämisse allseitiger Freiheit zunehmend unklarer werden¹⁹⁷. Der freiheitliche Staat lebt auch insoweit von Voraussetzungen, deren Einhaltung er selbst nicht zu garantieren vermag¹⁹⁸. In der republikanischen Demokratie sind nicht nur Politiker, sondern auch Bürger nicht bloß aufgerufen, sondern im beschriebenen Umfang sogar verpflichtet, für Staat und Gesellschaft Verantwortung zu übernehmen.

¹⁹² Ähnlich *H.-G. Dederer* (Fn. 74), S. 362; *G. Robbers* (Fn. 122), S. 56; siehe auch *P. M. Huber* (Fn. 3), Jura 1998, S. 505 (510) (Wahlen „kaum justitiabel“).

¹⁹³ Diesen Hinweis verdanke ich meinem Kollegen *PD Dr. C. Görisch*.

¹⁹⁴ Für nicht durchsetzbare Rechtspflichten auch *B.-O. Bryde*, in: *I. v. Münch/P. Kunig* (Fn. 20), Art. 14 Rn. 69 (zu Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG); *B. Grzeszick* (Fn. 17), S. 276; a. A. *M. Anderheiden* (Fn. 12), S. 78 Fn. 43; speziell zum Wahlrecht vgl. *A. Funke* (Fn. 151), *Der Staat* 46 (2007), S. 395 (396, 414 f.).

¹⁹⁵ *H. Dreier* (Fn. 92), S. 24, unter Verweis auf *B. Constant* und das „Faktum des Pluralismus“ (*J. Rawls*); siehe auch oben in und bei Fn. 121.

¹⁹⁶ Zur Unterscheidung interner und externer Aspekte von Regeln siehe *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 88 ff., 98 f., vgl. auch S. 116 f. = *ders.*, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 128 ff., 140 f., auch S. 163 f.

¹⁹⁷ Vgl. *U. Volkman* (Fn. 8), Art. 20 (2. Teil) Rn. 16.

¹⁹⁸ Der meistzitierte Satz seines ganzen wissenschaftlichen Œuvres (so *E.-W. Böckenförde*, *Der säkularisierte Staat*, 2007, S. 8) findet sich ursprünglich bei *dems.*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, zuerst in: *Säkularisation und Utopie*, 1967, S. 75 (93); wiederabgedruckt in: *ders.*, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 42 (60), in: *ders.*, *Recht, Staat, Freiheit*, erweiterte Ausgabe der 1. Aufl. 1991, 2006, S. 92 (112) und in: *ders.*, *Der säkularisierte Staat*, 2007, S. 43 (71); ebenso *ders.*, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, S. 37.

6. Zusammenfassung

Sind die Wahlberechtigten im Volk und ihre Repräsentanten im Parlament aufgerufen, mittels Wahlen oder Abstimmungen eine Entscheidung zu treffen, dürfen sie den Maßstab ihrer Entscheidung nicht selbst bestimmen. Nach dem Grundgesetz ist der Staat für den Menschen da (und nicht umgekehrt). Das folgt aus der Garantie der Menschenwürde und den Freiheitsrechten sowie aus Rechtsstaats-, Republik- und Demokratieprinzip. Folgerichtig ist Staatsgewalt gemeinwohlgebunden auszuüben und dürfen nur subjektive Rechte nach persönlichem Belieben, nach Eigeninteresse ausgelebt werden.

Welcher Entscheidungsmaßstab, Gemeinwohl oder Eigeninteresse, bei Wahlen und Abstimmungen gilt, folgt aus der Einordnung der Stimmberechtigung entweder als Kompetenz der Staatsgewalt oder als subjektives Recht des Bürgers. Dass die Abgeordneten im Parlament Staatsgewalt ausüben, ist unbestritten. Parlamentarische Abstimmungen über Sachfragen und genauso parlamentarische Wahlen von Personen unterliegen daher der Gemeinwohlbindung. Dass das Volk bei Wahlen und Abstimmungen Staatsgewalt ausübt, bestimmt Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich. Für Volksabstimmungen bleibt es dabei, weil das Grundgesetz keine andere Anordnung trifft. Bei Wahlen greifen dagegen systematische, genetische und historische Gegengründe, die eine Qualifikation als subjektives Recht nahe legen. Insbesondere handeln Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG von der Freiheit der Wahl und verweisen mit diesem Begriff auf subjektive Rechte. Außerdem eröffnet Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG gegen Verletzungen des Wahlrechts aus Art. 38 GG mit der Verfassungsbeschwerde einen Rechtsbehelf, der zur Verteidigung gerade subjektiver Rechte dient. Vor diesem Hintergrund ist das Wahlrecht des Bürgers doch ein subjektives Recht. Es unterliegt nicht der Gemeinwohlbindung, sondern darf nach Eigeninteresse wahrgenommen werden.

Was Eigeninteresse bedeutet, bestimmt die Idee der Freiheit: Jeder Bürger darf zu seinen Interessen erklären, was er will, und mehrere Interessen gewichten, wie er mag. Gemeinwohl zu definieren, erscheint dagegen ungleich schwieriger. Diese Abhandlung folgt einem material-prozeduralen Begriff. Das Gemeinwohl ergibt sich danach aus den Individualinteressen. Dabei kommt es nicht nur auf jene Individuen an, die als Mitglieder des Gemeinwesens zu entscheiden haben, sondern auch auf wahlrechtslose Einwohner, die von der zu fällenden Entscheidung betroffen sind (etwa Kinder und Ausländer). Es dürften sogar, mit abnehmendem Gewicht, solche Interessen zukünftiger Generationen, die heute schon als Individualinteressen erkennbar sind, erheblich sein.

Gegen das Ansinnen, bei der Entscheidung nach Gemeinwohl die Interessen anderer zu berücksichtigen, greifen die Einwände der Unmöglichkeit, der Überforderung und der mangelnden Überprüfbarkeit nicht durch. Der Un-

möglichkeitssatz des Ökonomen *Arrow* besagt, dass demokratische Verfahren bei drei oder mehr Entscheidungsvarianten nicht immer in der Lage sind, die Interessen Einzelner in eine widerspruchsfreie Präferenzordnung zu überführen. Bei den gemeinwohlgebundenen Entscheidungen, die diese Abhandlung betrachtet, stehen dagegen oft bloß zwei Alternativen zur Wahl. Wo das anders ist, stellt sich nur die Frage, anhand welchen Maßstabs der Stimmberechtigte seine eigene Individualpräferenz bildet, nicht aber *Arrows* nachgelagertes Problem, ob (auf welche Weise auch immer entstandene) Individualpräferenzen widerspruchsfrei in eine Kollektiventscheidung überführt werden können. Wollte man *Arrows* Theorem auf unsere Frage übertragen, entfielen das Kardinalproblem der Kardinalpräferenzen, das *Arrow* zur Voraussetzung des Unmöglichkeitssatzes gemacht hat: die Schwierigkeiten des *interpersonellen* Nutzenvergleichs. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Entscheider die vorgefundenen Interessen nach eigenen Vorstellungen gewichten darf. Aus dem Unmöglichkeitssatz zu folgern, dass Entscheidungen gänzlich losgelöst von den Interessen anderer fallen müssten, ginge ohnehin zu weit: Nicht nur Wahlen und Abstimmungen, sondern Demokratie und Staatslenkung, Planen und Entscheiden insgesamt stünden in Frage. Das Grundgesetz schreibt all das vor, kennt das Gemeinwohl als Maßstab und nimmt Unmöglichkeitstheoreme so offenbar in Kauf.

Die Vorgabe, Partikularinteressen und Gemeinwohl zu scheiden, überfordert weder Abgeordnete noch Bürger. Das zeigen empirische Studien aus der Politikwissenschaft insbesondere zum *sociotropic voting*. Die Allgemeine Staatslehre schließt den Einwand der Unmündigkeit aus normativen Gründen kategorisch aus und auch das Bundesverfassungsgericht findet ihn sowohl unrealistisch als auch einer Demokratie unangemessen. Eine Überforderung ergibt sich insbesondere nicht aus den Erkenntnissen der Konstitutionellen Politischen Ökonomie. Der ökonomische Ansatz namentlich *Buchanans*, auch Staatsdiener als Nutzenmaximierer zu denken, greift in politischen Kontexten wohl zu kurz. Der Konstitutionellen Politischen Ökonomie geht es – jedenfalls in ihrer positiven Ausrichtung als Verhaltenstheorie – ohnehin nur darum zu beschreiben, wie die Stimmberechtigten handeln, nicht aber, wie sie handeln sollen.

Schließlich stellt es keinen Einwand gegen den Gemeinwohlbegriff dar, dass dieser einen Maßstab beschreibt, der – nach der hier vertretenen Konzeption – gerichtlicher Überprüfung entzogen ist. Die Kontrolldichte in Fällen von Volks- und Parlamentsentscheidungen zurückzunehmen, gebietet die gesteigerte demokratische Legitimität, welche die Entscheidungsträger gegenüber Gerichten genießen, und der so vage wie weite Maßstab, den das Gemeinwohl nur vorgibt.

Summary

This article, entitled “Self-Interest and the Common Good in Elections and Other Votes”, investigates the standard of decision-making that applies to voters. Are they free to follow their personal interests or are they bound to make decisions that are most beneficial to the common good?

Elections (*Wahlen*) and other votes (*Abstimmungen*) are held in public and in parliament. The former are decisions on appointments to public office whereas the latter resolve factual matters on their merits. The people decide on appointments to public office when they vote at a general election in order to determine e. g. the composition of parliament. They decide on factual issues e. g. by voting for or against a law in a referendum. Typically, however, it is parliament that passes laws. Parliament decides appointments to public office as well e. g. by electing the head of government (in Germany, the Federal Chancellor).

One important question that arises in relation to elections and other votes concerns the standard according to which the decision is to be made. This investigation proceeds on the assertion that the state is made for man, not man for the state. I argue that, in accordance with the Basic Law, voters may only follow their individual interests when they elect public officials. In all other cases, they must adopt the common good (also referred to as: *bonum commune*, the public weal) as the relevant standard: this standard applies to decisions on factual issues by way of referendum as well as to elections and other votes in parliament.

The foregoing makes clear what is meant by self-interest as a standard that governs citizens' voting: in accordance with the concept of freedom, the holder of basic rights is in a position to set his own goals. He has the right to state what his interests are and to weigh-up the various interests as he sees fit.

As far as the common good is concerned, I adopt a substantive-procedural concept and equate it with the public interest (which I infer from private interests). Accordingly, the common good is basically that which is in people's interest. In this sense, the term “people” primarily refers to members of the community which decides, including children and other citizens not yet or no longer entitled to vote. In addition, account must be taken of foreigners who live in the community and are thus affected by the decision in question. Future generations are considered only to the extent that their needs are already recognizable as individual interests today.

The argument that decisions for the common good should take account of the interests of others could be challenged on grounds that it is impossible to do so, asks too much of voters or presents the courts with insurmountable problems in reviewing decisions. However, these objections should be rejected. It is difficult – if not unfeasible – to transfer *Arrow's* economic Impossi-

bility Theorem to the subjects under investigation. In any event, there is nothing in the Basic Law to suggest that decisions in elections and other votes have to be completely isolated from the interests of others. Empirical studies prove that the requirement to separate one's own individual interests from the common good would not be asking too much of citizens or members of parliament. The objection relating to excessive demands appears untenable in a democracy anyway. Finally, the reason why, under the Basic Law, courts cannot annul elections and other votes on the grounds that the decision did not serve the common good is due to the greater democratic legitimacy that the people and parliament enjoy over the courts as well as to the fact that the standard provided by the common good is as vague as it is broad.