

WALTER HAMEL

Deutsches Staatsrecht

I. Grundbegriffe



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

WALTER HAMEL · DEUTSCHES STAATSRECHT

Deutsches Staatsrecht

I. Grundbegriffe

Von

Dr. Walter Hamel

Professor der Rechte an der Universität
Marburg/Lahn



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

ISBN 3 428 02579 2

Vorwort

Ein Lehrbuch des heutigen deutschen Staatsrechts erfordert zunächst die Klärung der Grundbegriffe und ihrer Zusammenhänge.

Die, zum Teil wertvollen, Kurzlehrbücher haben einen anderen, einen pädagogischen Sinn; sie können sich nicht ausführlich solcher Untersuchung widmen. Der vorliegende Band I eines deutschen Staatsrechts versucht, diese Lücke auszufüllen. Um zu straffen, wurden die Anmerkungen auf das unumgängliche Maß beschränkt und die Darstellung von Einzelheiten späteren Ausführungen vorbehalten. Besonders behandelt wurden nur die Grundrechte, deren Auslegung noch in wesentlichen Fragen umstritten ist.

Marburg a. d. L., Oktober 1971

Walter Hamel

Inhalt

Erstes Kapitel: Der Rechtsstaat	11
1. Abschnitt: Recht, Freiheit, Gewalt	11
2. Abschnitt: Der Sinn der öffentlichen Gewalt: hoheitliche Positivierung des Rechts zur Entfaltung der Gemeinschaft	16
3. Abschnitt: Das Staatsrecht des Rechtsstaats	21
4. Abschnitt: Die konstituierenden Kräfte einer Gemeinschaft	26
Zweites Kapitel: Die Demokratie	28
1. Abschnitt: Die Bedeutung der Staatsform	28
2. Abschnitt: Die Demokratie im Bonner Grundgesetz	30
3. Abschnitt: Die staatliche Einheit: weder Summe Einzelner, noch Fik- tion, sondern konstituierende Willensmacht des Volkes	32
4. Abschnitt: Verfassung, Verfassungsänderung und Revolution	37
5. Abschnitt: Die Struktur der Demokratie	39
6. Abschnitt: Das Bild des Organismus und die Repräsentation	44
7. Abschnitt: Demokratie und Grundrechte	48
8. Abschnitt: Staat und Gesellschaft	52
9. Abschnitt: Demokratisierung der Gesellschaft?	55
10. Abschnitt: Die Determinierung des Volkswillens durch Wahlen und Abstimmungen	57
11. Abschnitt: Die Mehrheit als Maßstab	63
12. Abschnitt: Das Scheitern der Demokratie: ein Versagen des Menschen	69

Drittes Kapitel: Die Grundrechte		77
1. Abschnitt: Die Entwicklung der Menschenrechte und der Grundrechte		77
2. Abschnitt: Der Sinn der Grundrechte im Grundgesetz		79
3. Abschnitt: Grundrechte und Privatrecht		88
4. Abschnitt: Die Grundrechtsmündigkeit		91
5. Abschnitt: Die Systematik der Grundrechte		95
a) Die Würde des Menschen S. 96 — b) Die freie Entfaltung der Persönlichkeit mit dem Schutz des Brief- und Telefongeheimnisses S. 96 — c) Die Gewissensfreiheit S. 102 — d) Die Freiheit der Meinungsäußerung S. 106 — e) Die Freiheit zum Versammeln und die Freiheit zum Vereinigen S. 108 — f) Die Freiheit der Kunst S. 110 — g) Die Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre S. 118 — h) Die Gleichheit S. 119 — i) Die Ehe und die Familie S. 120 — k) Eigentum und Freiheit S. 128		

Viertes Kapitel: Die drei Staatsfunktionen und die regierende Gewalt		136
1. Abschnitt: Staatsfunktionen und Gewaltentrennung		136
2. Abschnitt: Die regierende Gewalt		137
3. Abschnitt: Die drei Staatsfunktionen: Formen der hoheitlichen Positivierung des Rechts (formelle Hoheitsrechte)		145
4. Abschnitt: Der Regierungsakt		150
5. Abschnitt: Das Bundesverfassungsgericht		153

Fünftes Kapitel: Das Staatsoberhaupt		157
1. Abschnitt: Objektivität der Herrschaft: eine Qualität der Person		157
2. Abschnitt: Die legitimierenden Aufgaben des Staatsoberhauptes.....		158
3. Abschnitt: Die personale Integrierung der Gemeinschaft durch das Staatsoberhaupt		160
4. Abschnitt: Die Würde des Staatsoberhauptes		160
5. Abschnitt: Die Wahl des Staatsoberhauptes		161

Inhalt	9
Sechstes Kapitel: Der Bundesstaat	163
1. Abschnitt: Die Souveränität des Bundes und der Länder	163
2. Abschnitt: Die Repräsentation der Länder im Bundesrat	167
3. Abschnitt: Die implied powers	167
4. Abschnitt: Die nicht verteilten Rechte und Pflichten der Länder und des Bundes	171
5. Abschnitt: Die Bundestreue	172
6. Abschnitt: Die Bundesaufsicht	173
7. Abschnitt: Die Koordinierung der Länder und des Bundes in Er- messensfragen	174
Siebentes Kapitel: Das Widerstandsrecht und der Staatsnotstand	176

Erstes Kapitel

Der Rechtsstaat

1. Abschnitt: Recht, Freiheit, Gewalt

Das Recht ist der Raum der Freiheit. Nur wenn es — als unbedingter, vorgegebener Maßstab des Verhaltens — jede Gewalt und Herrschaft, auch die staatliche, bindet und regelt, hat die Freiheit Bestand. Wird das Recht verfälscht in eine Funktion der Gewalt — in die zwangsweise Durchsetzung einer Tabu-Ordnung zur Erhaltung der Gesellschaft — so gibt es keine Freiheit, wie einige der heutigen Sozialphilosophien, insbesondere die Frankfurter Schule zeigen (Horkheimer, Popper, Albert, Marcuse, Adorno, Gehlen). Die Ethik wird dort pervertiert in Wohlbefinden, d. h. die unbedingten, transcendenten Werte — Sinn, Freiheit, Recht und dessen Institute — werden als „Mythos“ eliminiert und die verstandesmäßige Erfahrung natürlicher Güter, die stets nur *bedingt* richtig ist, (Materie, Wohlstand, Fortschritt) wird zum *unbedingten* Maß der Gesellschaft gemacht — das Kennzeichen der Ideologie —. Damit ist die Vernunft des Menschen nicht mehr frei vor der Natur, sondern nur noch technisches Werkzeug zur Erlangung solcher natürlichen Güter, ein Mittel der Selbstbehauptung; die Freiheit der Vernunft wird zur Freiheit der natürlichen Macht, die andere Menschen als Objekt verknechtet. Recht wird Kybernetik. Für Adorno besteht die Freiheit nur noch darin, dieses Grauen, das Gefängnis der Welt ins Bewußtsein zu heben und bei Namen zu nennen.

Nur eine geistige, der Natur transcendente Macht, die durch ihren Wert jeglicher Gewalt gebietet und sie ordnet, — das Recht — konstituiert die Gesellschaft freier Menschen und jede Gemeinschaft. Recht ist nicht Mythos. Sondern es bestimmt im Gewissen und im Rechtsbewußtsein das praktische Verhalten: es fordert von den Menschen, gerecht und ungerecht zu unterscheiden und nach dem Maßstab der Gerechtigkeit die Gesellschaft zu ordnen derart, daß ein jeder seinen Freiheitsraum erhält. Das Maß des Gerechten — das was jedem zukommt — ist zwar nur undeutlich und mehrdeutig im Gewissen und Rechtsbewußtsein lebendig, so daß die Meinungen (Werturteile) darüber differieren: Varianten der Gerechtigkeit. Dennoch kann sich und soll sich ein jeder — insbesondere wer zur Herrschaft berufen — nach

diesem Maßstab gemäß seiner Erkenntnis richten; er pflegt sein Verhalten danach zu *rechtfertigen* und erkennt damit seine Verpflichtung an; ihm ist eine Grenze gesetzt, jenseits der offenkundig für jedermann — indiscutable — Willkür und Gewalt beginnt. Die Gerechtigkeit ist durch Gewissen und Rechtsbewußtsein die *praktisch wirksame* Idee von geistigem Substrat, die die Gewalt bindet und den Menschen in einen Raum der Freiheit instituiert. Verwirft der Mensch die Gerechtigkeit, so verwirft er seine Freiheit.

Durch natürliche Erfahrung können wir nur theoretisch mit Begriffen des Verstandes feststellen, was da ist und war, nicht was da sein soll, d. h. was uns praktisch zum freien Gestalten aufgegeben ist. Der Verstand ist wertfrei und diskursiv; er scheidet, „definiert“, aber vermag nicht Teile zu einer Ganzheit, nicht freie Menschen zum Ganzen einer Gesellschaft oder einer Gemeinschaft zu vereinen. Die Begriffe des Verstandes sind immer nur relativ gültige Bilder der Wirklichkeit. Die Ganzheit und die Hinordnung der Teile zu einer Ganzheit jedoch werden allein durch eine zentral ordnende Macht bewirkt, die der natürlichen Erfahrung vorgegeben ist, nicht nur in den Geisteswissenschaften, sondern auch in der Naturwissenschaft¹. Der Verstand trennt, der Geist vereint (Radhakrishnan). Das irrationale Miteinander-Leben freier Menschen mit seiner irrationalen Fülle freier Zielsetzungen kann nur durch eine nicht begrifflich sezierbare geistige Kraft, die das Mannigfaltige umfaßt und vereint, geordnet werden: durch Gerechtigkeit. Sie ist dem Menschen als Gebot des praktischen Verhaltens eingegeben. Menschen tun das Richtige im Dienste des Schöpfers; Wesen, Dasein und Erkennbarkeit bestehen in seiner Macht, die dem Verstande transzendent ist².

Auch das an der Gerechtigkeit orientierte Recht pflegt zwar als eine rational faßbare Ordnung verstanden zu werden. Da es mit Begriffen des Verstandes positiviert wird, vermag es jedermann zu verpflichten, und ist daher das Mittel, das soziale Dasein zu erhalten und zu entfalten. Das römische Recht war durch die Macht seiner Logik das Maß zur Gestaltung und Beherrschung des Imperiums. Heute bestimmen Verfassungen Maß und System, nach denen jede Macht im Gebiete geordnet und berechnet werden soll; sie sollen sichern, daß der Mensch nur allgemeinen Gesetzen, nicht Menschenwillkür unterworfen und damit frei ist. Als Vollendung des rationalen Systems erscheinen „the Covenant“ oder „the Charter“ (= naturrechtlicher Urvertrag) der Völker; mit ihnen glaubte und glaubt der Mensch — im Völ-

¹ Vgl. Werner Heisenberg, *Der Teil und das Ganze* (1969), insbesondere S. 291 ff.

² Platon, *Staat*, 509 St.; Heisenberg a.a.O.

kerbund und in den United Nations — den Frieden der Welt zu sichern. Doch an dem irrationalen souveränen Willen der Staaten scheitert die ratio des gesetzten Rechts: jeder Staat betrachtet sich selbst als absoluten Rechtsmaßstab, obwohl der Rechtswirksamkeit seines Willens Grenzen gesetzt sind.

Denn das *Substrat* des Rechts — die Gerechtigkeit — ist ein irrationaler Wert, der dem Verstande vorgegeben ist und allein durch Werturteil bestimmt wird. *An ihm scheitert jede nur rationale Ableitung des Rechts*: Die griechischen Klassiker von Xenophon bis Aristoteles lehrten, daß ein Gesetz an sich der Billigung aller bedürfe; werde eine Minderheit, die sich nicht überzeugen läßt, zur Befolgung gezwungen, so liege Gewalt, nicht ein Gesetz vor. Auch Rousseau mußte zugestehen, daß sein rationales Bild vom Volkswillen und vom Gesetz nur dann Bestand hat, wenn alle sich zumindestens in dem Grundsatz einig sind, daß der Wille der Mehrheit als *volonté générale* gelten soll; sonst bestehe kein Staat und kein Gesetz. Lorenz von Stein hat schließlich im vorigen Jahrhundert den aufkommenden pluralistischen Staat dahin gekennzeichnet, daß nur noch Spielregeln für den Zugang zur Macht und deren Verteilung allgemeine Geltung hätten, während in der geistigen Substanz keine Einigung herrsche: d. h. Kapitulation der ratio vor der irrationalen Macht.

Die griechischen Klassiker haben auch gelehrt, daß ein Gesetz dem Guten und Gerechten dienen müsse: sonst sei es kein Gesetz. Aber Platon ist bis zu seinem Tode nicht mit dem Problem fertig geworden, daß der gerechte Staat nicht verwirklicht werden kann, da die Weisheit, gerecht zu handeln, unter den Menschen nicht anzutreffen ist. Montesquieu preist zwar die Verfassung Englands (wie er sie sah) als die beste aller Verfassungen, weil sie die Herrschaft der Gesetze errichte; aber er sah doch für einen großen Flächenstaat die Despotie als angemessen an. Die französische Constitution vom 24. Juni 1793 erklärte — Rousseau folgend — das vom Volk beschlossene Gesetz könne nur befehlen, was gerecht und der Gesellschaft nützlich sei, und nur das verbieten, was ihr schädlich sei. Aber man legt heute auch in Europa — wie stets in den USA — den Menschenrechten die Bedeutung bei, die Freiheit des Menschen auch vor dem Gesetzgeber zu schützen. In alledem offenbart sich, daß der Verstand nicht die ganze Wirklichkeit zu erfassen vermag.

Selbst das Verfassungssystem des heutigen Rechtsstaates, das durch Gesetz und Richterspruch das rechtliche Maß der Freiheit bestimmt, scheitert an der praktischen Notwendigkeit, das System der Gesetze im Notstand um der Erhaltung des Rechts willen zu durchbrechen, ja, Menschen mit der kommissarischen Ausübung von Gewalt zur Unterdrückung von Angriffen auf die Verfassung zu beauftragen.