

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1486

Die Form der demokratischen Legitimation

Von

Rodrigo Kaufmann



Duncker & Humblot · Berlin

RODRIGO KAUFMANN

Die Form der demokratischen Legitimation

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1486

Die Form der demokratischen Legitimation

Von

Rodrigo Kaufmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahr 2022
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18612-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58612-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist eine überarbeitete Fassung meiner im Wintersemester 2021/22 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin angenommenen Dissertation.

Die Promotionszeit genießt allgemein keinen besonders guten Ruf: Schon das Finden einer interessanten, lösbaren und ertragreichen Forschungsfrage stellt eine erhebliche Leistung dar und nimmt somit viel Zeit in Anspruch, bevor die eigentliche Promotion überhaupt begonnen hat. Auch während der Bearbeitungszeit gehören Druck, Selbstzweifel und allgemeine Unruhe bei den meisten Doktoranden fest zum Programm. Bei ausländischen Doktorandinnen und Doktoranden, die im Bereich der Rechtswissenschaften an deutschen Universitäten promovieren, wie mir, kommt dazu noch eine erhebliche Frustration, die nicht unmittelbar auf die Promotion(sarbeit) selbst zurückzuführen ist. Während in manchen anderen (führenden) Wissenschaftsländern Doktorandinnen und Doktoranden, egal ob in- oder ausländisch, in der jeweiligen akademischen Einrichtung fest eingebunden sind, Lehre durchführen dürfen (bzw. müssen) und allgemein ein selbstverständlicher Teil des akademischen Lebens sind, ist die Lage in Deutschland eine komplett andere. Die genannten Aufgaben werden hierzulande nämlich von wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der jeweiligen Lehrstühle ausgeführt. Schon ein schneller Blick auf entsprechende Stellenangebote zeigt: vorausgesetzt wird grundsätzlich immer ein deutsches Staatsexamen, sodass ausländische Doktoranden und Doktorandinnen schon vom Bewerbungsverfahren ausgeschlossen sind. Ihnen steht somit nicht nur die wohl sinnvollste Form der Finanzierung des eigenen Lebensunterhalts während der Promotionszeit nicht zur Verfügung; dazu kommt noch, dass die jahrelange Forschungsarbeit nicht oder nur unter schwierigeren Bedingungen mit Lehre kombiniert werden kann. Im heute weltweit extrem kompetitiven akademischen Markt ist das sicherlich kein geringer Nachteil. Ist diese Mystifizierung des Staatsexamens noch sinnvoll und zeitgemäß? Kann es wirklich der Anspruch der großen Rechtswissenschaftsnation Deutschland sein, jede Art von juristischer Reflexion in die enge mentale Struktur des Gutachtenstils einzuzwängen? Ist es eigentlich nicht verblüffend, mit welcher Selbstverständlichkeit dieser Staatsexamensfetischismus auch bei außeruniversitären Stellen übernommen wird? Es sind aber nicht nur ausländische Doktorandinnen und Doktoranden, die unter diesem Ausschluss leiden. Gerade in Zeiten einer immer enger verzahnten, globalen Wissenschaft riskiert Deutschland, den Anschluss an die ganz großen Diskussionen zu verlieren: Fraglich ist nämlich, ob Ausländerinnen und Ausländer nicht bei Themen wie z. B. Global Constitutionalism gerade eine entscheidende Bereicherung für Deutschland darstellen können. Eine (Rechts-)Wissenschaft, die nicht aktiv die

eigenen Denkstrukturen und Dogmen immer wieder hinterfragt und sich permanent für neue Fragen öffnet, wird auf jeden Fall ihrem Charakter nicht gerecht.

Besonders schade ist diese Situation angesichts der Tatsache, dass in Deutschland mit dem DAAD eine großartige Einrichtung zur Verfügung steht, um gerade die internationale Zusammenarbeit zu vertiefen, zu fördern und dadurch auch den wissenschaftlichen Dialog zu bereichern. Auch die vorliegende Arbeit wurde zum Teil durch ein großzügiges Stipendium des DAAD finanziert, wofür ich mich an dieser Stelle herzlich bedanken möchte. Besonders erwähnen möchte ich Frau Patricia Guzmán vom Referat für Lateinamerika, die mit ihrer Freundlichkeit und Kompetenz die Zusammenarbeit sehr angenehm machte.

Insofern ist es meinem Doktorvater, Prof. Dr. Christoph Möllers, hoch anzurechnen, dass er sich aus reiner wissenschaftlicher Neugier dazu bereit erklärte, eine Arbeit zu betreuen, die sich (nicht nur, aber auch) mit einer durchaus anerkannten und konsolidierten deutschen dogmatischen Konstruktion kritisch auseinandersetzt – und zwar aus der Perspektive eines Ausländers. Ihm sei an dieser Stelle dafür gedankt. Prof. Dr. Arne Pilniok hat das zweite Gutachten verfasst und mir geholfen, manche Ideen der Arbeit schärfer zum Ausdruck zu bringen. Darüber hinaus haben Prof. Dr. Matthias Kumm und Prof. Dr. Christian Waldhoff entscheidend zum Erfolg der Arbeit beigetragen.

Als wichtige Station in meiner wissenschaftlichen Laufbahn möchte ich auch Menschen besonders erwähnen, die an der Juristischen Fakultät der Universidad de Chile in Santiago mein Interesse für das Öffentliche Recht maßgeblich prägten und mich von Anfang an unterstützten: Prof. Carlos Carmona Santander, Prof. Dr. Guillermo Jiménez Salas und Prof. William García Machmar.

Verschiedene Menschen haben Teile der Arbeit bzw. die ganze Arbeit gelesen und wertvolle Hinweise gegeben. Ein großes Dankeschön dafür an Dr. Hannah Birkenkötter, Dr. Eckhard Kaufmann, Dr. Silvia Peña Wasaff, Janina Rochon, LL.M. und Sebastian Rochon.

Ich schätze mich glücklich, dass viele besondere Menschen mich über die Promotionszeit begleitet haben; zumindest einige davon möchte ich namentlich erwähnen: Guilherme Arruda, Cristián de la Maza, Carlos Fuenzalida, Anna Nakou, Pablo Grez, Matías Grünmacher, Vasileios Kapetanios, Marie Koch, Lea-Kristin Martin, Morana Martić, Guido Monti, Gabriel Prudencio, Pedro Rencoret, Ignacio Ríos, Agnieszka Rochon, Sebastian Rochon, Rafael Silva, Argyro Tsapakidou und Ernesto Vargas. Vor allem möchte ich mich aber bei meinem familiären Kern bedanken: Mein Vater Eckhard hat mich über die Zeit der Promotion auf verschiedenste Weise unterstützt und stand immer mit Rat und Tat zur Seite. Eine engere Beziehung zu ihm haben zu können, ist eine besonders schöne und bedeutsame Folge meines Umzugs nach Deutschland. Meine Mutter Silvia hat mit ihrem Studium der Rechtswissenschaften in Chile und Promotion in Deutschland für mich den Weg vorgezeichnet. Sie hat mich mein Leben lang gefördert und gefordert; ihr verdanke ich insbesondere die Einstellung, hartnäckig die eigenen Ziele zu verfolgen und nicht

aufzugeben – auch und gerade dann, wenn es schwierig wird. Eine Dissertation bedeutet immer familiäre Kosten. In der Abschlusszeit dieser Arbeit waren diese für Janina besonders hoch: Mitten in der Pandemie musste sie Karriere und die Betreuung unserer Neugeborenen kombinieren, während ich zusätzlich zu meiner Vollzeitstelle am Wochenende in der Bibliothek verschwand. Trotz dieser offensichtlich unfairen Belastung unterstützte sie mich liebevoll und bedingungslos. Es war und ist mein großes Glück, sie kennengelernt und ihr Interesse geweckt zu haben und mit ihr und unserer kleinen Aurelia das Leben teilen zu dürfen.

Berlin, im Sommer 2022

Rodrigo Kaufmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
------------------	----

1. Kapitel

Die Frage nach der demokratischen Legitimation	19
A. Die Spezifität der demokratischen Legitimation	20
B. Politische Herrschaftsproduktion als Grundproblem demokratischer Legitimation ...	25
C. Voraussetzungen einer Entscheidung über Herrschaft	30
D. Entscheidungseinheit als Vermittlung zwischen Individuum und Kollektiv	38
E. Funktion der individuellen Präferenz	43
F. Die Frage nach der demokratischen Legitimation	47

2. Kapitel

Die Entwicklung des Begriffs der Souveränität in Deutschland	52
A. Vormärz	53
I. Verfassung und Gesetzgebung	56
II. Herrschaft	58
III. Albrecht: Die Staatssouveränität	61
IV. Staat als Organismus	63
V. Bilanz des Vormärzes	65
B. Der staatsrechtliche Positivismus	67
I. Gerber: Der Staat als materiale Einheit	68
II. Laband: Die Einheit des Staates als reine Form	74
III. Jellinek: Herrschaft als Selbstkonstitution	82
IV. Bilanz des staatsrechtlichen Positivismus	90
C. Weimarer Republik	92
I. Kelsen: Souveräner Staat als unableitbare Rechtsordnung	92
II. Schmitt: Die politische Einheit des Volks	97
D. Zwischenfazit, Heller und Ausblick	102

3. Kapitel

Die Entwicklung des Begriffs des Volks in Deutschland	104
A. Vormärz	104
I. Die Bildung des Volks als Einheit	105
II. Einheit und negative Bestimmung	111
B. Der staatsrechtliche Positivismus	115
I. Gerber	115
II. Laband	119
III. Jellinek	121
IV. Repräsentation und einheitliches Verständnis des Volks	128
C. Weimarer Republik	129
I. Kelsen und die neuen Bedingungen	129
II. Schmitt	133
III. Repräsentation	136
D. Zwischenfazit	139

4. Kapitel

Analyse der Dogmatik der demokratischen Legitimation	141
A. Die Dogmatik der demokratischen Legitimation	142
B. Grundstruktur der Dogmatik der demokratischen Legitimation	148
C. Kritik der Dogmatik der demokratischen Legitimation	151
I. Volkssouveränität, verfassunggebende Gewalt und Demokratie	157
II. Personelle Legitimation: Einheit und Identität des Volks	168
III. Materielle Legitimation und Repräsentation	173

5. Kapitel

Konstruktion der demokratischen Legitimation	179
A. Demokratie als Vermittlung	180
B. Einheitsbildung	183
C. Teilung	187
D. Referenz der demokratischen Legitimation	192
E. Fazit: Die Demokratie der demokratischen Legitimation	198

Literaturverzeichnis 202

Sachverzeichnis 216

Einleitung

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit dem Problem der demokratischen Legitimation auseinander. Genauer formuliert, beschäftigt sie sich mit der Frage nach der Rechtfertigung von politischer Herrschaft in einer demokratischen Verfassungsordnung und thematisiert in diesem Kontext insbesondere das komplexe Verhältnis zwischen Individuum und Kollektiv. Behandelt wird diese Problematik auf einer verfassungstheoretischen, konkreter: demokratietheoretischen Ebene. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden auch dafür benutzt, um sich mit der spezifisch deutschen verfassungsdogmatischen Lehre der demokratischen Legitimation kritisch auseinanderzusetzen.

Die Arbeit ist in fünf Kapitel unterteilt. Kapitel eins dient als Einführung in die Problematik. Ausgangspunkt ist die Annahme, die Frage nach der demokratischen Legitimation könne erst dann in ihrer ganzen Tragweite erfasst werden, wenn sie vor dem Hintergrund der Voraussetzungen demokratischer, also kollektiver Entscheidungsfähigkeit gestellt wird. Demokratische Legitimation ist nach dieser Ansicht eine besondere Ausgestaltung der allgemeineren Kategorie der Rechtfertigung von Herrschaft bzw. ihrer Ausübung. Sie setzt somit, so das Argument, eine kollektive Entscheidung über Herrschaft voraus. Erst wenn die Bedingungen der Entstehung einer solchen Entscheidung geklärt sind, kann die Frage nach ihrer Rechtfertigung sinnvoll behandelt werden.

Eine wichtige theoretische Grundlage der Arbeit ist der Bezug zur Einheit als Beschreibungsschlüssel für Entscheidungen über Herrschaft und deren Ausübung. Im Mittelpunkt dieser Analyse steht die Einsicht, dass kollektive Entscheidungsfähigkeit notwendigerweise an individuelle anknüpft: Kollektive Entscheidungen entstehen dadurch, dass eine Summe von Individuen über eine bestimmte Frage entscheidet (z. B. welche Person in ein bestimmtes Amt gewählt werden soll), indem die einzelnen Menschen zwischen verschiedenen zur Verfügung stehenden Antwortalternativen (z. B. verschiedene Kandidatinnen und Kandidaten) eine auswählen. In diesem Sinne wird in der Arbeit das Treffen kollektiver Entscheidungen als Einheitsbildung beschrieben. Diese Charakterisierung lässt sich aus dem allgemeinen Zusammenhang der Ausübung von Herrschaft erläutern, der ein zentrales Moment der Demokratie und somit auch ihrer Rechtfertigung darstellt. Wirksame Herrschaft vermittelt nämlich zwischen einem normativen Moment, einem in der Entscheidung über Herrschaft enthaltenen Gestaltungsanspruch, und der Faktizität, auf die sich dieser Anspruch richtet. Abstrakt lässt sich sagen, dass gerade durch Herrschaft, als ihre Wirkung, die Faktizität nach dem normativen Element modelliert wird. Ausübung von Herrschaft erfolgt durch Entscheidungen, die danach ausge-

richtet sind, einen Bereich nach bestimmten Vorstellungen zu modellieren. Diese Modellierung erfordert auf begrifflicher Ebene eine gewisse Form: In sich widersprüchliche Vorstellungen können nicht modellierend wirken; auch kann eine spezifische Entscheidung, z. B. eine bestimmte Steuer um 5 % zu erhöhen, nicht nur teilweise, z. B. zu zwei Dritteln, realisiert werden. Insofern lassen sich die Vorstellungen, und folglich auch die Entscheidung, die sie enthält und durch die Herrschaft gesteuert werden soll, als in sich konsistente und unteilbare Einheit konzipieren. Die Phase der Realisierung von Herrschaft als vereinheitlichende Modellierung bestimmt somit die Form der Vorstellungen, die dadurch umgesetzt werden sollen. Über die Entscheidung, die diese Vorstellungen enthält, wird auch die Form der über Herrschaft entscheidenden Instanz bestimmt. In der Fähigkeit, konsistente und unteilbare Entscheidungen zu treffen, kann die entscheidende Instanz reflexartig zur Entscheidung als Einheit konzipiert werden. Der Zusammenhang der Ausübung von Herrschaft kann somit als eine Reihe von aufeinanderfolgenden Einheiten beschrieben werden: Der Einheit in der Realisierung (Wirksamkeit) folgt die Einheit der Vorstellungen; dieser folgt, vermittelt durch die Entscheidung, die Einheit der entscheidenden Instanz.

Diese Einsichten begründen eine weitere theoretische Annahme der Arbeit: die unmittelbare demokratische Relevanz der inhaltlichen Dimension individueller Mitwirkung in demokratischen Verfahren. Die in jeder individuellen Entscheidung gewählte Antwortalternative, also die institutionell zum Ausdruck gebrachte Präferenz, bringt eben bestimmte Vorstellungen zur Geltung, mit dem expliziten Anspruch, dadurch die letztendlich Herrschaft ausübende kollektive Entscheidung mitzubestimmen. Um den für eine Demokratie entscheidenden Zusammenhang zwischen Individuum, Volk und der Entscheidung über Herrschaft herstellen zu können, muss also die inhaltliche, materiale Dimension der Entscheidungstätigkeit miteinbezogen werden. Mit anderen Worten: Das Volk als demokratisches Entscheidungssubjekt muss sich als eine inhaltlich konsistente, materiale Einheit konstituieren; der Bezug zur Herrschaft kann ansonsten nicht befriedigend beschrieben werden.

Gerade wegen der Berücksichtigung dieser inhaltlichen Dimension der individuellen Mitwirkung und der Struktur demokratischer Verfahren, die eine Vielfalt an Alternativen vorsehen, bewirkt das Treffen kollektiver Entscheidungen Dissens, also eine innere Teilung des Kollektivs: verschiedene Individuen werden sehr wahrscheinlich auch verschiedene Antwortalternativen auswählen. Die Klärung der Bedingungen der Entstehung einer demokratischen (kollektiven) Entscheidung setzt somit notwendigerweise eine Analyse des Übergangs zwischen individueller und kollektiver Entscheidung, also zwischen Bürgerinnen und Bürger auf der einen Seite und Volk auf der anderen Seite, voraus. Die Frage nach der demokratischen Legitimation als Gegenstand dieser Untersuchung betrifft genau diesen Zusammenhang; sie befasst sich mit der Möglichkeit, eine kollektive Entscheidung vor jedem Mitglied eines Kollektivs rechtfertigen zu können, auch wenn diese unter Bedingungen von Dissens getroffen wurde, also trotz der Tatsache, dass verschiedene Menschen im

Rahmen der Entstehung einer kollektiven Entscheidung unterschiedliche Präferenzen geäußert haben. Die konkrete Herausforderung dabei ist: Die demokratische Legitimation muss in der Lage sein, die getroffene Entscheidung egalitär, also symmetrisch gegenüber allen Mitgliedern der politischen Gemeinschaft zu rechtfertigen, und das heißt, die eben erörterte Teilung wieder aufheben zu können.

Bevor es zum Versuch einer Lösung des formulierten Problems in Kapitel fünf kommt, beschäftigen sich Kapitel zwei bis vier mit der spezifisch deutschen Frage nach der demokratischen Legitimation im Kontext der grundgesetzlichen Verfassungsdogmatik. Sie basieren auf der analytischen Grundlage, die im ersten Kapitel dargelegt wurde, und setzen sich mit dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip auseinander, wie es in Art. 20 des Grundgesetzes formuliert ist. Die verfassungstheoretische bzw. demokratietheoretische Reflexionsebene erfüllt in dieser Hinsicht zwei zentrale Funktionen: Auf der einen Seite ermöglicht sie einen methodologisch differenzierten Zugang zur Demokratie, wodurch die Grenzen ihrer rechtswissenschaftlichen Rekonstruktion aufgezeigt werden können. Insbesondere die im Mittelpunkt der Arbeit stehende Frage des Verhältnisses zwischen Individuum und Kollektiv wird aus der Perspektive der Dogmatik der demokratischen Legitimation rekonstruiert und kritisiert. Dieses kann nämlich als Folge der Formalität des Rechts nur stark verzerrt wiedergegeben werden, sodass das individuelle Rechtfertigungspotenzial demokratischer Entscheidungen als deutlich untertheorisiert zur Erscheinung kommt. Auf der anderen Seite kann aber auch auf den in der spezifisch rechtswissenschaftlichen Konstruktion enthaltenen staatsrechtlichen Gehalt hingewiesen werden, der, wie versucht wird zu zeigen, für die grundgesetzliche Dogmatik demokratischer Legitimation eine sehr bedeutende Rolle spielt. Um diesen Gehalt freilegen zu können, wird vor der eigentlichen Auseinandersetzung mit der Dogmatik in Kapitel vier noch davor in den Kapiteln zwei und drei die geschichtliche Entwicklung zweier Kernbegriffe anhand besonders bedeutender Autoren dargestellt. Diese Elemente sind einerseits der Begriff der Souveränität bzw. das Verständnis der Entscheidungstätigkeit über Herrschaft, andererseits das Verständnis von Volk; beide spielen für die theoretischen Grundlagen der Dogmatik der demokratischen Legitimation eine zentrale Rolle.

Die Klärung der Rolle des staatsrechtlichen Gehalts erfolgt auf der im ersten Kapitel dargestellten analytischen Grundlage. Die Entwicklung der Verständnisse von Souveränität und Entscheidungstätigkeit über Herrschaft im zweiten Kapitel wird bei jedem behandelten Autor als Erkundung der Rolle des Begriffs der Souveränität und als Suche nach der Form der Einheit im jeweiligen System behandelt; dadurch können Akzentuierungen und Verschiebungen in der Beschreibung des Herrschaftszusammenhangs deutlich gemacht werden. Eine besondere Bedeutung hat dabei die Charakterisierung des Staates als angenommene Entscheidungseinheit im Rahmen der Lehre der Staatssouveränität. Als vormärzliche Lösung für den Konflikt zwischen Volkssouveränität und monarchischem Prinzip, die die Einheit des Staates, des auf ihm begründeten Herrschaftszusammenhangs und seiner Legitimationsgrundlage wieder herstellen sollte, knüpft nämlich die Lehre der Staats-