

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Zum Autor	VII
Scriptum est	1

Prolog

Gibt es ein einheitliches Rationalitätsprinzip auf allen Ebenen der staatlichen Rechtssetzung?

I. Die Thesen von Voßkuhle	3
A. Die Thesen	3
B. Die Relevanz dieser Thesen	17
C. Antithesen	18
1. Allgemeines Rationalitätsdefizit?	19
2. Spezifisches Rationalitätsdefizit mit Blick auf die (demokratische) Gesetzgebung?	21
D. Antikritik, aber auch weitere Zweifel	23
1. Antikritik	23
2. Zweifel: Gilt das Willkürverbot auch für den demokratischen Gesetzgeber?	25
II. Konsequenz: neuerliche Untersuchung	29
III. Ergänzende Prämisse	30
A. Relevanz des Steuerungsinstruments Gesetzgebung	30
B. Gegenläufige Indizien, Hintergründe, Gegengründe und ein ungelöstes Problem	31
1. Gegenläufige Indizien	31
2. Hintergründe	39
3. Gegengründe	39
4. Ungelöstes Problem	40

Erste Näherung

Synopse der gegenwärtigen Situation

I. Der die Untersuchung auslösende Befund: Unterschiedliche Behandlung der quaestio facti auf den verschiedenen Ebenen der Rechtssetzung	43
A. Prozedurale Diskrepanz trotz funktionaler Gemeinsamkeit	43
1. Die funktionale Gemeinsamkeit	43

2.	Die prozedurale Diskrepanz	45
a.	Kein Recht auf ein »gutes Gesetzgebungsverfahren«	45
b.	»Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz«	51
c.	Kritische Würdigung	56
ca.	Das Prinzip rechtlicher Gebundenheit	57
cb.	Die Gebundenheit an Tatsachen	60
cc.	Die »freie Beweiswürdigung« nur ein »begriffliches Alibi«?	61
B.	Gegenläufige Phänomene	63
1.	Das Cotonou-Abkommen	63
2.	Eine schweizer Perspektive	63
3.	Das deutsche Bundesverfassungsgericht	65
4.	Weitere Indizien bzw Instrumente	67
a.	Grundsätzliches	67
b.	Die besondere, aber nicht essentielle Bedeutung der internationalen Ebenen	73
ba.	Internationale Ebenen	73
bb.	Nationale Ebene	77
c.	Konkrete Instrumente	78
ca.	Französische Tradition	78
cb.	Wirtschaftspolitik	79
cc.	Allgemein	81
d.	Institutionen	91
da.	Auf der Ebene der EU	93
db.	Auf mitgliedsstaatlicher Ebene	97
C.	Weitere Gemeinsamkeiten zwischen Legislative und Judikative	101
1.	Allgemeines	101
2.	Konkreter anerkannter Empiriebedarf in der Legislative	104
a.	Notwendigkeit der Empirie für die Gewährleistung demokratischer Repräsentation	104
b.	Notwendigkeit von Empirie in der »negativen« Gesetzgebung	105
c.	Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und kommunale Selbstverwaltung	105
d.	Jedenfalls das »ultra posse nemo tenetur« gilt auch für die Legislative	106
II.	Ergänzender Befund, Hypothesen, Gegenproben	108
A.	Ergänzender Befund	108
B.	Hypothesen	114
1.	Die Dominanz des Wahlparadigmas	114
2.	Der Stellenwert von »Wahrheit«	120
a.	Paradigmendifferenz zwischen Rechts- und Politikwissenschaft	120
b.	Das »sacrificium intellectus« des (deutschen) Rechtspositivismus	123

c.	Mangelnde demokratische Empathie?	130
d.	»Linguistische Wende«?	131
3.	Der Stellenwert von »Gerechtigkeit«	134
a.	Keine bloße Überbindung eigener Vorstellungen	134
b.	Altruistische Finalität	149
c.	Sukkus	165
4.	Reflex früherer sozialer Gewaltenteilung?	166
C.	Wesensmäßige Verschiedenheit von »Vollziehung« und »Gesetzgebung«?	172
1.	Je und je unterschiedliche Verfügbarkeit des maßgebenden Sachverhaltes?	173
2.	Deduktion vs Induktion? Freiheit des Gesetzgebers?	173
3.	Rechtskraft nur für Individualrechtsakte?	178
4.	Freies Mandat als Hindernis?	180
D.	Gleichartigkeit des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens mit den irrationalen Elementen des Individualverfahrens?	182
1.	Zivilprozess	183
2.	Strafprozess	185
a.	Inhaltliche Gestaltungsmacht der Geschworenen	185
b.	Formelle Bestandskraft eines Wahrspruches	188
3.	Ergebnis	189
4.	Nachtrag: Schauprozesse	190

Zwischen-Orientierung

I.	Weiterer Gang der Untersuchung	195
A.	Mythos, Semantik und Phänomenologie sowie Ideengeschichte	195
B.	Systematik der modernen Rechtssetzung	197
II.	Dogmatische Ergänzungen	198
A.	Aktuelle dogmatische Relevanz des europäischen geistesgeschichtlichen Erbes	198
B.	Die »Responsibility to protect«	204

Zweite Näherung

Mythen, Logoi und Evidenz

I.	Mythen	207
A.	Wahrheit, Gerechtigkeit, Zwang, Treue und Vertrauen bei Parmenides	207
1.	Das Lehrgedicht	207
2.	Die Deutung	213
B.	Der Beginn rationaler Argumentation	218
C.	Der »Mythos des Protagoras«	221

D.	Die »Mesotes«-Lehre des Aristoteles	222
E.	Die klassische Formel Ulpians	226
II.	Rechts-Begriffe	229
A.	Sprache als Teil der Rechtsordnung – der Begriff des Rechtes als Teil der Sprache	229
B.	»Lex«, »ius(-titia)«, »fides« im römischen Recht	232
1.	Die Institutionen	232
2.	»iustitia« und »lex«	233
a.	»ius« bzw »iustitia«	233
b.	»lex«	235
c.	Der Unterschied zwischen »ius« und »lex«	236
d.	Sukkus	241
3.	»fides« und »pactum«	242
C.	»Recht« und »Gesetz«	243
III.	Phänomenologische Skizze des Rechts	245
A.	»Recht«: (nur) Gegenstand einer »Wissenschaft« oder (auch) Produkt einer »Kunst«?	245
1.	Wissenschaft?	245
2.	Kunst?	246
B.	»Recht« als konstituierender Bestandteil der menschlichen Wirklichkeit	250
1.	»Recht« und »Naturgesetze«	250
a.	»Naturgesetze« als zeitgebundenes Vorbild für die Stabilität des Rechts	250
b.	»Recht« gleichwohl komplementär zu »Naturgesetzen«	256
2.	»Recht« und »Moral«	258
3.	Das Problem der »Rechtstreue«	260
4.	Verhältnis von »Sein« zu »Sollen«?	262
a.	Affirmation des vorgefundenen Zustandes	262
b.	Generalisierung von Präjudizien bzw Auswahl aus mehreren vorgefundenen Alternativen	265
c.	Das »fordernde« Recht (reformatorische Gesetzgebung)	266
d.	Recht als Konstitution von Wirklichkeit	267
e.	Die Grenzen der Berechtigung der Kritik an der »naturrechtlichen Metábasis«	269

Dritte Näherung
Das rechtsphilosophische Erbe

Erster Teil

Das Zusammenfallen von »politischer Macht und Philosophie«

I.	Platons Thesen	271
A.	Philosophenkönige	271
1.	Die Provokation und ihre Fortwirkung	271
2.	Der genaue Gehalt der Theorie	275
B.	Was ist Wissen?	277
C.	Zusätzliche Festlegungen	279
D.	Kultureller Hintergrund	280
II.	Die römische Tradition: Gewaltfreie Verbürgung des Richtigen durch Wenige	282
A.	Augustus	282
B.	Das Vorbild: Evander	284
C.	Die institutionelle Erbin: Die römische Kirche	285
1.	Päpstliche »auctoritas«	285
2.	Weltliches Recht	292
3.	Schlüsselrolle der Kirche	294
4.	Autonomie des menschlichen Individuums?	298
5.	Fortdauernde paradigmatische Bedeutung der römischen Kirche	302
D.	Die von der römischen Kirche emanzipierte philosophische Wahrheit	305
III.	Die Anwendung der römischen Tradition in der Lehre des 16. und 17. Jahrhunderts – Zwischenbilanz	308
A.	Bodin	308
B.	Hobbes	314
1.	»authoritas«	314
2.	»veritas«	318
C.	Zwischenbilanz: Drei mögliche Gründe für die Legitimität staatlicher Akte und ihre mögliche Konvergenz	322
IV.	Die weitere Entwicklung der römischen Tradition im 17. und 18. Jahrhundert	327
A.	Die aristokratischen Elemente in den republikanischen Theoremen des 17. und 18. Jahrhunderts	327
1.	Die aristokratische Pointe der Gewaltenteilung	327
2.	Der aristokratische Unterton des freien Mandats	334
3.	Aristokratische Komponenten in der Konzeption Rousseaus	339
4.	Die Attribute des »aktiven« Staatsbürgers bei Kant	342
B.	Die Praxis in den Verfassungen der USA und des revolutionären Frankreich	345

1.	Die Verfassung der USA	345
2.	Die französische Verfassung von 1791	346
C.	Der aufgeklärte Absolutismus: die Verpflichtung des Gesetzgebers auf die vorherige bzw begleitende Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse	348
D.	Der Utilitarismus	351
V.	Die Fortwirkung der römischen Tradition im 19. und 20. Jahrhundert	352
A.	Der europäische Liberalismus des 19. Jahrhunderts	352
B.	Elitetheorien im 20. Jahrhundert	353
1.	Mosca, Michels, Pareto und Weber	353
2.	Lippmann; Lasswell	354
3.	Schumpeter; Merkl	356
4.	Heller; Böckenförde	358
C.	Exkurs: Die »Diktatur des Proletariats« – die »führende Rolle der Kommunistischen Partei« als »Avantgarde des gesamten Volkes«	363
1.	Der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit	363
2.	Die mangelnde Einlösung des Anspruchs	366
D.	Die moderne »deliberative Demokratie«	368
1.	Die Vorläufer: Condorcet und Durkheim	369
a.	Condorcet	369
b.	Durkheim	370
2.	Deweys »Political Inquiry«	372
3.	Diskurstheorie	375
4.	Aktuelle »Deliberative Demokratie«	382
5.	Exkurs: Kompromiss-Demokratie	387

Zweiter Teil

Die fundamentale Antithese: Voluntarismus bzw Relativismus – und die Grenzen ihrer Vereinbarkeit mit Recht

I.	Die Phänomene	391
A.	»Hobbes« als Chiffre	391
B.	Der Vorläufer: Augustinus	392
C.	Spätmittelalterlicher und neuzeitlicher Subjektivismus	395
1.	Die Grundausrichtung und ihre Elemente	395
2.	Neuerliches Umdenken (μετάνοια)?	399
3.	Theologische, philosophische und ideologische Ausprägungen; erkenntnistheoretischer Skeptizismus	400
4.	Unbedenklicher Utilitarismus, die Dystopie George Orwells und Hans Kelsens »Gorgonenhaupt der Macht«	413
5.	Exkurs: Adam Smiths und Bernard Mandevilles Gottvertrauen ...	417
a.	Die Formeln	417
b.	Das mögliche ursprüngliche Verständnis Mandevilles	419
c.	Weitere Möglichkeiten eines gemäßigten Verständnisses	420

d.	Verbleibende Sprengkraft	421
da.	»Super-Pelagianismus«	421
db.	Verlust des Gemeinnsinns der Objekte staatlicher Fürsorge	422
D.	Ein prominenter (noch aktueller) Werte-Dissens und seine methodische Auflösung. Generalisierung	423
1.	Ein fundamentaler Dissens: der Stellenwert des menschlichen Lebens?	423
2.	Die logische (Nicht-)Konsequenz	427
3.	Die zusätzlichen – harmonisierenden -Determinanten in casu concreto	427
4.	Die allgemeine Schlussfolgerung	428
II.	Das grundsätzliche Verhältnis von »lex« und »veritas«	429
A.	Die Grenzen der Berechtigung des Voluntarismus	429
1.	Gottesstandpunkt	429
2.	Menschenstandpunkt?	429
B.	Die Aufgabe der integralen Willensfreiheit durch die handelnde Ausführung	431
C.	Die praktische (Un-)Möglichkeit eines integralen (»starken«) Relativismus bzw Skeptizismus	433
D.	Im Besonderen: die Unbegründbarkeit von Egalität von einem relativistischen Standpunkt aus	433
III.	Mindestbedingungen für »ius« bzw »iustitia« und damit für eine »lex«, die »ius« schaffen will	436
A.	Die willkürliche Beziehung des Eigentümers zu seinem Eigentum ist kein »ius«	436
1.	Zwei Arten der Herrschaftsbegründung	436
2.	»Recht« ist nur eine Beziehung zwischen »Personen«	437
3.	Herrschaft über menschliche Nicht-Personen: »Tyrannei«	440
B.	Die Beziehung unter »Feinden« ist keine rechtliche	448
C.	Ergänzungen	449
1.	Der Trugschluss des Singulars	449
2.	Die übereinstimmende Willkür	451
3.	Erkenntnistheoretischer Skeptizismus und Recht	452
4.	Notstand	453
D.	Exkurs: Das Paradoxon des demokratischen Postulats der Freiheit von Bindung	453
IV.	Grenzen (damit aber auch: begrenzte Affirmation) der Objektivität	462
A.	Anselm, Bacon, Leibniz, Menger, Weber, Dewey, Popper, Feyerabend	462
B.	Rorty	470
C.	Hayek	472
D.	Affirmation der Objektivität	474

Dritter Teil
Vermittelnde Elemente

I.	Das rechtsstaatliche Ideal der Isonomie	477
A.	Das griechische Modell	477
B.	Die Rezeption	481
1.	Harringtons »Empire of Laws«	481
2.	Der kontinentale Rechtsstaat	482
3.	Das Parlament als Ort der vernünftigen Deliberation	485
4.	Gleichheitssatz & Sachlichkeitsgebot. Horizontale Gerechtigkeit. Grenzen der Gerechtigkeit	488
a.	Gleichheitssatz & Sachlichkeitsgebot	488
b.	Horizontale Gerechtigkeit. Grenzen der Gerechtigkeit	492
II.	Der Kontraktualismus	496
A.	Grundsätzliches	496
B.	Bestandskraft von Gesetzen	505
1.	Merkl	505
2.	Pütter	507
3.	Historisches Instrument, nicht naturrechtliches oder gar rechtslogisches Postulat und daraus folgende nur begrenzte Tragfähigkeit	510
a.	Historisches Instrument	510
b.	Begrenzte Tragfähigkeit	511
C.	Menschen- bzw Grundrechte	515
1.	Existenz von »res privatae« und »Vertrag zugunsten Dritter«	515
2.	Menschen- bzw grundrechtlich limitierte Finalität des Staates	517
3.	Transformation in konkrete Grundrechte	518
4.	Verstärkung des republikanischen Prinzips	519
D.	Indikator des Fehlenden	520
III.	Gewaltenteilung	522
A.	Das alte Dilemma: »Macht braucht Kontrolle« – » Quis custodiet ipsos custodes?«	523
B.	Die Legitimationsfrage	527
C.	Inhaltliche Unbestimmtheit	531
IV.	Der Zentralwert der Menschenwürde	533
A.	Geistesgeschichtliche Herkunft und aktuelle normative Verankerung	533
B.	Der mögliche Mehrwert	542
C.	Das fundamentale Dilemma und seine mögliche Auflösung	543
1.	Das Dilemma	543
2.	Die mögliche Auflösung	550
D.	Der Bezug zur Wahrheit?	553

Vierte Näherung
Staatsrechtliche Konsequenzen

I.	Schlussfolgerungen aus dem Bisherigen	555
A.	Synthese der gezeigten Ansätze	555
1.	Rekapitulierung	555
2.	Zusammenfassung	557
B.	Konsequenzen für unsere Rechtsordnung(en)	558
II.	Die Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung von Wahrheit	560
A.	Der Grundsatz und ihn verstärkende Faktoren	560
1.	Der Grundsatz	560
2.	Inhaltliche Verdichtungen	561
a.	Staatsziele	561
b.	Grundrechtsschranken	563
c.	Verstärkung durch Gleichbehandlungsgebote bzw Diskriminierungsverbote	563
3.	Der Kreis der Entscheidungsträger in einer Demokratie	564
4.	Grundrechtliche Verstärkung	566
B.	Was ist Wahrheit?	568
1.	Was ist »Information«?	568
2.	Grenzen der Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Information?	571
3.	Grenzen der Verpflichtung zur Gewährleistung wahrheitsgemäßer Information?	574
4.	Wahrheit versus Werte?	582
C.	Spurensuche im positiven Recht	590
1.	Das rechtliche Fundament der allgemeinen Ausrichtung des Individualverfahrens	591
2.	Das Recht auf Akteneinsicht als ganz spezielles Recht auf Information	594
3.	Bedeutung für andere Verfahren, einschließlich der Gesetzgebung	595
4.	Datenschutz	596
5.	Wahrheitsbezüge in weiteren, allgemeineren Bereichen des Informationsrechts	599
a.	Institutionelle Perspektive: Parlamentarische Kontrollrechte	599
b.	Zivilgesellschaftliche Perspektive	599
ba.	Umweltinformationsrecht	599
bb.	Allgemeine »Informationsfreiheit«	600
c.	Die Rückwirkung der allgemeinen Informationsfreiheit auf die traditionelle Meinungsfreiheit: Wiederfreilegung ihrer ursprünglichen Bedeutung	601
ca.	Das Urteil des EGMR vom 8. 11. 2016, BNr 18030/11 (Magyar Helsinki Bizottág/Ungarn)	601
cb.	Der ursprüngliche Wahrheitsbezug	602

6.	Religions-, Gewissens- und Gedankenfreiheit	605
7.	Universitäten und Medien	608
a.	Universitäten	609
aa.	Das traditionelle Selbstverständnis der Freiheit der Wissenschaft	609
ab.	Das Verständnis des dBVerfG	612
ac.	Jüngere Verschiebungen hin und retour	615
ad.	Art 13 EUGRC	616
ae.	Institutionelle Gesichtspunkte	617
b.	Medien	618
ba.	Die bayerische Verfassung zu Presse und Rundfunk	619
bb.	Die Verfassungen des deutschen Rechtskreises zur parlamentarischen Berichterstattung	621
bc.	Die »Berichterstattung« iSd Art 5 Abs 1 dGG	623
bd.	Rezente Verschiebungen und offene Fragen	623
8.	Institutionelle Religionsbindung	625
9.	Bedeutung des Kontextes der Normierung der »Menschenwürde«	629
D.	Differenz zwischen kommunikativer und solitärer Perspektive	632
III.	Bedingungen der Möglichkeit der Bildung von Gemeinwohl	635
A.	Was heißt »Gemein-«?	636
1.	Zeithorizont	636
2.	Gewichtung der Mitglieder?	637
3.	Nur Menschen?	639
4.	Beschränkung auf Menschen Konsequenz des Zentralwertes der »Menschenwürde« bzw der »Menschenrechte«?	646
B.	»Gemeinwohl« und »Einzelwohl«	649
1.	Argumentum ad absurdum	649
2.	Konsolidierter Ansatz	650
a.	Limitierter Vorrang des Gemeinwohles	651
b.	Besonderheiten der vertikalen Dimension	652
c.	Besonderheiten der horizontalen Dimension	653
3.	Verhältnis des Wohls auf mehreren Ebenen zueinander	654
4.	Mindesthomoogenität?	655
C.	Was heißt »Wohl«	661
D.	Institutionelle Gesichtspunkte	663
1.	Das grundsätzliche Problem	663
2.	Moralische Dimension	664
3.	Kognitive Dimension: grundsätzlicher Lösungsansatz und darauf basierende Umsetzungsmöglichkeiten	665
4.	Doch ein Recht auf ein »gutes Gesetzgebungsverfahren«?	668
IV.	Besondere Strukturprobleme der modernen Demokratie	670
A.	Die Kosten des permanenten Machtwechsels in einer (Parteien-)Demokratie	670

1. Permanentes Ringen um die Macht	670
2. Folge I: konkurrierende Stäbe	672
3. Folge II: Infiltration letztlich der gesamten Gesellschaft	673
a. Begünstigung der »volonté de tous«	673
b. Begünstigung der »Korruption«?	676
4. Suboptimale Auswahl auch der Führung	679
B. Die politischen Kosten der Etablierung mehrerer politischer Parteien: Fragmentierung & Repräsentationslücken, instabile Regierungsbildung	681
C. Die Negierung der Staatsgewalt als zivilgesellschaftliches Missverständnis	686
1. Das staatliche Gewaltmonopol	686
2. Die Folgen der Negierung der Staatsgewalt I	687
3. Die Folgen der Negierung der Staatsgewalt II	694
D. Die Negierung politischer Theorie als populistisches Missverständnis	695
E. Die Versteinerung der souveränen Einheiten	696
Zusammenfassung	699
Belege	705

□

