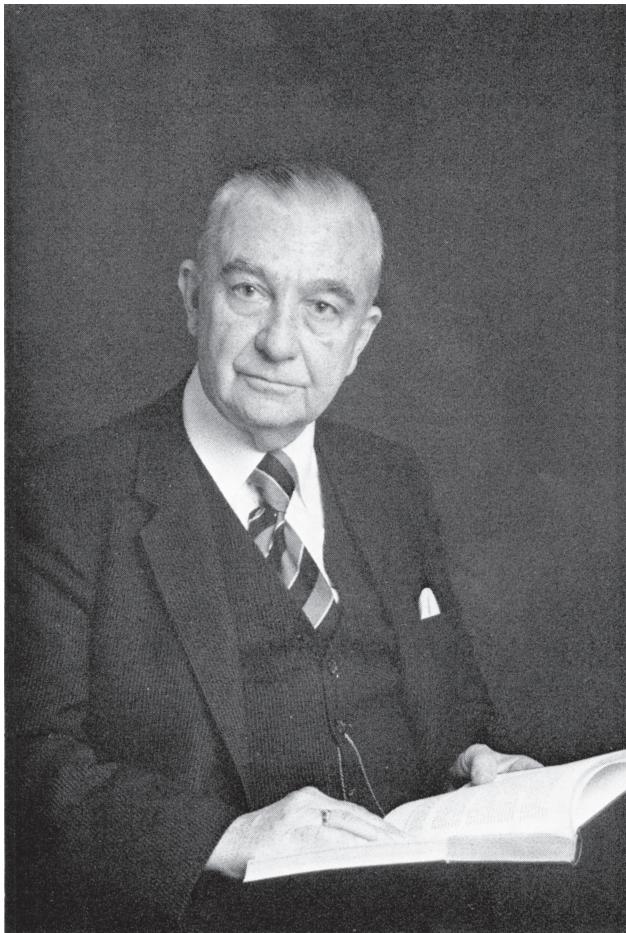


Recht und Staat im sozialen Wandel

Festschrift für Hans Ulrich Scupin

Recht und Staat im sozialen Wandel



Hans Ulrich Tropin

Recht und Staat im sozialen Wandel

Festschrift für
HANS ULRICH SCUPIN
zum 80. Geburtstag

Herausgegeben von
Norbert Achterberg . Werner Krawietz
Dieter Wyduckel



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Recht und Staat im sozialen Wandel : Festschr.
für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag /
hrsg. von Norbert Achterberg ... — Berlin :
Duncker und Humblot, 1983.

ISBN 3-428-05347-8

NE: Achterberg, Norbert [Hrsg.]; Scupin, Hans
Ulrich: Festschrift

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05347 8

Vorwort der Herausgeber

Über tiefgreifende Umbrüche hinweg haben sich Recht und Staat in diesem Jahrhundert in Deutschland in ihren gesellschaftlichen Grundlagen gewandelt. Wie sonst wenigen deutschen Staatsrechtslehrern außer ihm, ist es Hans Ulrich Scupin vergönnt, aus unmittelbarem Mit-erleben und aktiver Anteilnahme an seinem 80. Geburtstag auf diese Entwicklung des deutschen Staatswesens zu blicken.

Hans Ulrich Scupin wurde am 13. April 1903 in Döhlau bei Halle a. d. Saale geboren. Vielleicht lag es am väterlichen Vorbild — sein Vater war Ordinarius für Geologie! —, daß er sich zunächst einem naturwissenschaftlichen Studium sowie der Philosophie zuwandte. Nach fünf Semestern, in denen er unter dem Einfluß von Endemann zunehmend sein Interesse am Recht und an der Rechtswissenschaft entdeckte, kehrte er den Naturwissenschaften den Rücken und nahm in Heidelberg das Studium der Jurisprudenz auf. Während seiner ersten juristischen Fachsemester beeindruckten ihn wohl am meisten Anschütz, aber auch Graf zu Dohna und später in Breslau vor allem der Zivilrechtler Hans Albrecht Fischer. Seinen über das engere Fachstudium hinausweisenden Interessen folgend, beschäftigte er sich ferner mit den für alles Rechtsdenken grundlegenden Fragen der Rechts- und Staatsphilosophie. Nach weiteren Studienjahren an den Universitäten Halle und Breslau legte er im Jahre 1929 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Während des juristischen Vorbereitungsdienstes promovierte er noch im selben Jahre mit einer unter der Betreuung seines Breslauer Lehrers Helfritz entstandenen Untersuchung über das Thema „Der Staat als Fiskus und als Hoheitsperson bei seinem Tätigwerden auf Grund der Sozialisierungsmöglichkeiten des Art. 156 der Reichsverfassung“. Im Jahre 1930 unterbrach er seine Referendarausbildung, um sich im Rahmen einer einjährigen Tätigkeit bei einem deutsch-französischen Stahltrust in Paris auch einen praktischen Einblick in Wirtschaftsprobleme und in das Ausmaß ihrer internationalen Verflechtungen zu verschaffen. Trotz der Anziehungskraft, die sein Lehrer Helfritz wegen seiner Aufgeschlossenheit für geschichtliche Fragen auf ihn ausübte, wurde Scupin Assistent bei Freiherr von Freytagh-Loringhoven, mit dem ihn das Interesse am Völkerrecht verband. In den Jahren 1932 bis 1938 war er neben seiner Tätigkeit im juristischen Vorbereitungsdienst als Fakul-

tätsassistent tätig; im Dezember 1934 legte er die zweite juristische Staatsprüfung ab. Im Juni 1938 habilitierte sich Scupin an der juristischen Fakultät der Breslauer Universität mit einer Schrift über „Volk und Reich bei Justus Möser“, dessen aus tätiger Erfahrung und seinem Sinn für die regionale Eigenart und die geschichtliche Bedingtheit seiner Umwelt bestimmtes Rechts- und Staatsdenken für Scupin in exemplarischer Weise die Auffassung von einem Gemeinschaftsleben, insbesondere von demjenigen in einer staatlich organisierten Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck brachte, in der die Überlieferung von Sitte und Recht verbunden wurde mit einer den je aktuellen Erfordernissen gerecht werdenden selbstmächtigen Lebensgestaltung. In der Tat kann die Publizistik des westfälischen Staatsmannes und Geschichtsschreibers Justus Möser als Paradigma für ein Rechts- und Staatsdenken gelten, das schon in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in dezidierter Hinwendung zur Geschichtlichkeit allen sozialen Lebens auch die Vorstellungen von Recht und Staat — hierin der deutschen Philosophie des Idealismus von Kant bis Hegel folgend! — einzubetten suchte in die Vorstellungen einer geschichtlichen Welt des menschlichen Geistes. Hier setzt sich ganz zweifellos ein Erkenntnisstreben fort, das der junge Scupin, bezogen auf das Verhältnis von Staat, Recht und Wirtschaft und orientiert am Verfassungsstaat der Weimarer Republik, bereits in seiner Dissertation aufgegriffen hatte. In philosophischer Hinsicht ein Leben lang bestimmend blieb für Scupin jedoch nicht das Rechts- und Staatsdenken Hegels, sondern dasjenige Kants, mit dessen Auffassung vom Rechtsstaat nach der Metaphysik der Sitten er sich bereits in seinem Habilitationsvortrag befaßte. Der Privatdozent mit einer *venia legendi* für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie übernahm 1940 eine Lehrstuhlvertretung in Greifswald. Am 1. Oktober 1941 wurde er zum außerordentlichen Professor, am 1. Juni 1944 — noch während des Kriegsdienstes — zum ordentlichen Professor in Posen ernannt.

Nach seiner im Jahre 1947 erfolgten Entlassung aus der Kriegsgefängenschaft, die er zum großen Teil in Afrika verbracht hatte, war Scupin 1947/48 als Mitredakteur der Dokumente des ersten Nürnberger Prozesses, danach als Verteidiger im zweiten „Generalsprozeß“, sowie als korrespondierender Verteidiger im „Shanghai-Prozeß“ vor dem Supreme Court in Washington tätig. Auch nach seiner im Sommersemester 1949 erfolgten Ernennung als Lehrbeauftragter an der Universität Münster wirkte er daneben noch mehrere Jahre lang als Rechtsanwalt am Oberlandesgericht Hamm. Am 1. Oktober 1952 wurde Scupin zum ordentlichen Professor an der Universität Münster ernannt, wo er seither bis zu seiner Emeritierung im Jahre 1971 Öffentliches Recht mit Berücksichtigung der Politischen Wissenschaft und Rechtsphilosophie

lehrte. Neben seiner Tätigkeit als Hochschullehrer und geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Politik wirkte er in zahlreichen universitären und außeruniversitären Gremien und Institutionen mit. Im akademischen Jahr 1956/57 war er Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät.

Zu den Schwerpunkten der wissenschaftlichen Arbeit Scupins im Bereich des Öffentlichen Rechts gehören neben dem Völker- und Staatsrecht und dem vergleichenden ausländischen Öffentlichen Recht vor allem das Polizei- und Ordnungsrecht, aber auch das Wirtschaftsrecht und das Staatskirchenrecht (unter Einschluß des evangelischen Kirchenrechts). Das thematisch weitgespannte Werk von Hans Ulrich Scupin hat schon im Rahmen einer im Jahre 1973 unter dem Titel „Öffentliches Recht und Politik“ erschienenen Festschrift zu seinem 70. Geburtstag eine erste Würdigung erfahren. Auch die vorliegende Festschrift zu seinem 80. Geburtstag zeigt wiederum, welcher kollegialen Wertschätzung sich der Jubilar erfreut. Jedoch läßt sich heute im zeitlichen Abstand eines weiteren Jahrzehnts, der einen noch detaillierteren Rückblick auf den bisherigen Ertrag und damit zugleich auch einen wesentlich fundierteren Ausblick auf die mutmaßlichen Auswirkungen der von ihm vorgelegten Forschungsergebnisse gestattet, durchaus sagen, daß einige Aspekte seiner bisherigen Lebensleistung als Forscherpersönlichkeit eher noch an Bedeutung gewonnen haben bzw. auch weiterhin noch an wissenschaftlicher Relevanz gewinnen werden. Es handelt sich dabei vor allem um den Grenzbereich zwischen Öffentlichem Recht und Politik sowie der Rechts- und Staatsphilosophie. Scupin hat im Rahmen seiner Arbeiten zur Erforschung der Naturrechtslehren und der Verfassungsgeschichte des 16. bis 18. Jahrhunderts, vor allem der politischen Theorie sowie der Rechts- und Staatstheorie des *Johannes Althusius* (1557–1638), der nicht ganz ohne Grund als der deutsche Rousseau bezeichnet wird, im Rahmen der von ihm zusammen mit Ulrich Scheuner im Jahre 1959 begründeten *Johannes-Althusius-Gesellschaft e. V.*, Sitz Münster, nicht nur die tradierte Souveränitätslehre seit Bodin auf eine gänzlich neue Grundlage gestellt, sondern auch nachgewiesen, daß die Staatslehre des Althusius wegen der in ihr enthaltenen, aber allzu lange ignorierten „demokratischen Elementen“ einen Vergleich mit modernen demokratietheoretischen Überlegungen durchaus nicht zu scheuen braucht. Er hat damit einen ganz entscheidenden Beitrag zur Lehre von den Geltungs- und Legitimationsgrundlagen des frühmodernen deutschen Staates geleistet, dessen Konsequenzen für die moderne Rechts- und Staatstheorie und das zeitgenössische Staatsrechtsdenken bislang noch gar nicht hinreichend überdacht worden sind. Was damit ansteht, ist nicht mehr und nicht weniger als eine Revision der über-

kommenen Rechts- und Staatslehre, die nur dann bewerkstelligt werden kann, wenn es gelingt, in der kritischen Reflexion auf die Geltungsgrundlagen des frühmodernen Staates die bisherige Sicht ihrer Beziehungen zur deutschen Reichspublizistik des 18. Jahrhunderts und zur Entstehung des historischen Positivismus der Reichsrechtswissenschaft zu revidieren. Angesichts der Herkunft allen Denkens über Naturrecht und positives Recht aus der praktischen Philosophie und ihrer Geschichte und der sich heute zunehmend durchsetzenden Einsicht in die wechselseitige Verflechtung dieser Entwicklung mit der vom frühmodernen Staat ausgehenden Rechts- und Staatstheorie muß die gegen Ende des 19. Jahrhunderts sich vollziehende, bis in die Gegenwart hinein ihre Fernwirkungen entfaltende positivistische Ausscheidung aller historischen, politischen und philosophischen Aspekte aus der sich auf das geltende Recht verengenden Rechtsbetrachtung als unzeitgemäße Fehlentwicklung erscheinen, welche die Rechtswissenschaft in die Irre geführt hat. Erst in der Gegenwart wird, nicht zuletzt dank der grundlegenden Forschungen von Hans Ulrich Scupin deutlich, in welchem Ausmaße aus dem frühmodernen Staat *und* der Epoche des rationalen Natur- und Vernurftsrechts stammende Vorstellungen nicht nur die Begrifflichkeit, sondern auch die systematischen Grundlagen des modernen staatsrechtlichen Denkens mitbestimmen. Nach mehr als fünfzehnjähriger Arbeit hat Scupin im Jahre 1973 noch nach seiner Emeritierung mit seiner zweibändigen, insgesamt mehr als tausend Seiten umfassenden Althusius-Bibliographie zur politischen Ideengeschichte und Staatslehre, zum Staatsrecht und zur Verfassungsgeschichte des 16. bis 18. Jahrhunderts (mit ihren aus 60 000 Titeln ausgewählten 16 000 Titelangaben!) das zur Durchführung der obigen Forschungen unerlässliche Arbeitsinstrument vorgelegt, das es heute überhaupt erst gestattet, die im Grenzgebiet von Jurisprudenz, Politikwissenschaft, Philosophie und Theologie bis auf den heutigen Tag bestehende „Dunkelzone“ systematisch zu erhellen. Auch hat er hierzu seither eine Reihe weiterer Beiträge geleistet, wie aus seinem dieser Festschrift beigefügten Schriftumsverzeichnis hervorgeht. Ad multos annos!

Münster, im März 1983

Norbert Achterberg

Werner Krawietz

Dieter Wyduckel

Inhaltsverzeichnis

I. Politische Wissenschaft

Bethusy-Huc, Viola Gräfin von Staatsbild und pluralistische Gesellschaft	15
Grosser, Dieter Ökonomische Rationalität und politische Entscheidungslogik. Erfah- rungen aus der Bundesrepublik 1969—1982	23
Landheer, Bart The Role of the Image of Man in International Relations	39
Meissner, Boris Wandlungen des sowjetkommunistischen Einparteistaates	53
Pardon, Fritz Politik und Recht	71
Schäfers, Josef Ordnungspolitische Aspekte im Wandel der sozialen Frage	85

II. Verfassungs- und Rechtsgeschichte

Kühn, Oskar Westfälische Religionsprozesse vor dem Reichskammergericht	103
Moorman van Kappen, Olav Politische und verfassungsrechtliche Aspekte der mißlungenen In- kraftsetzung der Kriminellen Ordonnanzen Philipps II. im Herzog- tum Geldern und in der Grafschaft Zutphen	123
Nève, Paul L. / Sprenger, Regina M. Das Plenum des Reichskammergerichts als Spruchkörper. Zwei Jahre während des „rechtlichen Krieges“: 1535—1537	145
Sellert, Wolfgang Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechts- historischer Sicht	161
Thieme, Hans Friedrich Pilger. Ein vergessener Vorkämpfer der Juden-Emanzipation	183
Wegener, Wilhelm Die staatsrechtliche Stellung der italienischen Reichsteile am Ende des alten Reiches im Spiegel der späten Reichspublizistik	195

III. Geschichte der Staatsideen

Eikema Hommes, Hendrik J. van Die Bedeutung der Staats- und Gesellschaftslehre des Johannes Althusius für unsere Zeit	211
Kuriki, Hisao Die Funktion des Volksgedankens in der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft	233
Unruh, Georg-Christoph von Die „Schule der Rechts-Staats-Lehrer“ und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit. Anfang und Entwicklung von rechtsstaatlichen Grundsätzen im deutschen Schrifttum	251
Zippelius, Reinhold Ein Reisebericht über den Staat des alten China	283

IV. Rechts- und Staatstheorie

Achterberg, Norbert Die Verfassung als Sozialgestaltungsplan	293
Böckenförde, Ernst-Wolfgang Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft	317
Kaulbach, Friedrich Rechtsrationalität in der Perspektive einer transzendentalen Handlungstheorie	333
Krawietz, Werner Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive	347
Petev, Valentin Der Staat als politische Organisation der Gesellschaft	391

**V. Völker- und Europarecht,
ausländisches öffentliches Recht**

Bleckmann, Albert Die Völkerrechtsordnung als System von Rechtsvermutungen	407
Dicke, Detlev Christian Der Streit um die Falkland-Inseln oder Malvinen	429
Münch, Fritz Staatsangehörigkeit und Gebietswechsel	441
Reiners, Heinz Zur geschichtlichen und staatsrechtlichen Entwicklung des heutigen Sultanats Oman	453

Rengeling, Hans-Werner	
Fragen zum allgemeinen Verwaltungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft	475

Steiger, Heinhard	
Gerechter Friede. Das zweite Vatikanische Konzil und die Päpste zur Internationalen Friedensordnung	489

VI. Staats- und Verfassungsrecht

Berg, Wilfried	
Hilfsdienste der Wirtschaft für den Staat. Neuere Aspekte der Arbeits- teilung zwischen Staat und Wirtschaft	519

Degenhart, Christoph	
Rechtsstaat — Sozialstaat. Anmerkungen zum aktuellen Problemstand	537

Doehring, Karl	
Das Selbstbestimmungsrecht der deutschen Nation	555

Dreier, Ralf	
Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungerorsam	573

Kimminich, Otto	
Die Friedensproblematik als Prüfstein des demokratischen Staats- rechtsdenkens	601

Maunz, Theodor	
Die Privatisierung von Verkehrsbetrieben des Bundes in der Sicht des Grundgesetzes	615

Stern, Klaus	
Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte	627

Stober, Rolf	
Entwicklung und Wandel der Grundpflichten	643

Wyduckel, Dieter	
Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Einbürgerung in der DDR?	663

VII. Verwaltungsrecht

Barbey, Günther	
Fremdheit als Thema des Ausländerrechts	689

Campenhausen, Axel Freiherr von	
Kirchenfreiheit im Sozialstaat. Zur Anwendung des Schwerbehinder- tengesetzes auf Geistliche	705

Erichsen, Hans-Uwe	
Elternrecht und staatliche Verantwortung für das Schulwesen	721
Hoppe, Werner	
Verwirklichung von Umweltschutz durch Raumordnung und Landesplanung	737
Jülich, Christian	
Kooperativer Bildungsföderalismus und Gesetzesvorbehalt im Schulecht	755
Kirchhof, Paul	
Gesetz und Billigkeit im Abgabenrecht	775
Knemeyer, Franz-Ludwig	
Kommunale Selbstverwaltung im Wandel	797
Küchenhoff, Günther	
Der Mensch im Arztrecht	813
Schmidt-Jortzig, Edzard	
Beendigung polizeilicher Zustandsverantwortlichkeit durch Dereliktion?	819
Wilke, Dieter	
Der Anspruch auf behördliches Einschreiten im Polizei-, Ordnungs- und Baurecht	831

VIII. Verwaltungsverfahrensrecht, Verwaltungsprozeßrecht

Menger, Christian-Friedrich	
Rechtskraft bei vorläufigem Rechtsschutz?	847
Redeker, Konrad	
Entwicklungen und Probleme verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung	861
Schlichter, Otto	
Planungsrechtlicher Betroffenenschutz im Wandel	881
Schnapp, Friedrich E.	
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Verwaltungsverfahrensrecht	899
Vieth, Willi	
Verwaltungsverfahren und Datenschutz im Sozialrecht	923
Wyduckel, Dieter	
Bibliographie Hans Ulrich Scupin	937
Verzeichnis der Mitarbeiter	943

I. Politische Wissenschaft

Staatsbild und pluralistische Gesellschaft

Von Viola Gräfin von Bethusy-Huc, Münster

Die Suche nach der Staatsidee im modernen demokratischen Staat scheint — zumindest in Deutschland — oft aus dem Bewußtsein eines Verlustes motiviert zu sein. *Ernst Forsthoffs* Schlagwort von der „staatsideologischen Unterbilanz“ oder *Werner Webers* These von der „Demontage des Staatlichen im Staat“¹ lassen diese Motivation sehr deutlich erkennen, und wenn *Bernard Willms* die Neufundierung der Theorie „der schützenden Schichten“ als die politikwissenschaftliche Aufgabe apostrophiert, die in der heutigen Zeit vordringlich zu leisten ist², so knüpft er damit direkt an eine These von *Carl Schmitt* an, nach der die Zerstörung der schützenden Schichten der Gesellschaft das moderne Verhängnis schlechthin sei³. Was hier als Verlust beklagt wird, ist der monistische Staat, der jenseits oder über der Gesellschaft als ordnende und gestaltende souveräne Willensmacht und als autonomes Herrschaftssubjekt steht, und der Gesellschaft um den Preis ihres politischen Gehorsams die Entfaltung, d. h. die Entwicklung einer prinzipiell individualisierten und zum materiellen und geistigen Konkurrenzkampf befriedeten Lebensordnung ermöglicht, also jene fundamentale „natürliche“ Unsicherheit überwindet, in der — nach *Thomas Hobbes* — das Leben nicht anders sein kann als „solitary, poor, nasty, brutish and short“⁴.

Auf den ersten Blick könnten für den monistischen Staatsgedanken gewisse Argumente sprechen: Sofern es im gegenwärtigen Zeitalter, angesichts rapider allseitiger Veränderungen auf rasches Reagieren, Sichanpassen an stets sich wandelnde Situationen, sofern es auf Entschlossenheit, Entscheidung und Schlagkraft ankommt, scheint eine Staatsführung, die über dem Hin und Her widerstreitender gesellschaftlicher Interessen und Meinungen steht und sich plebisztär des „Vertrauens des Volkes“ zu versichern weiß, einen beträchtlichen Vor-

¹ *Werner Weber*, Der Staat und die Verbände, hrsg. von Beutler, Stein, Wagner, Heidelberg 1957, S. 21.

² *Bernard Willms*, in: Der Staat, 4/1963, S. 502 f.

³ Der Begriff „Schützende Schichten“ stammt von *J. Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 3. Aufl. München 1972, S. 219 ff.

⁴ Zitiert nach *Ch. Graf v. Krockow*, Staatsideologie oder demokratisches Bewußtsein, in: Politische Vierteljahresschrift, Jg. 6, 2/1965, S. 119.

sprung zu haben. Aber dieser Schein trügt. Denn in Wahrheit krankt die monistische Staatsideologie gerade an dem unaufhebbaren Widerspruch, in den sie sich zu der modernen gesellschaftlichen Entwicklung stellt, denn Staat und Gesellschaft haben sich in unserem Jahrhundert so ineinander verflochten, daß eine Trennung beider Sphären nicht mehr möglich ist.

Die in Gruppen gegliederte Gesellschaft ist heute am staatlichen Handeln unmittelbar interessiert, und zwar nicht nur aus der politischen Erfahrung heraus, daß das freie Spiel der gesellschaftlichen Kräfte in der bürgerlichen und hochkapitalistischen Zeit zu schweren sozialen Störungen geführt hatte, sondern auch, weil der moderne Staat zu einem maßgebenden Gestalter des gesamten öffentlichen Lebens geworden ist. Denn die Tätigkeit des Staates besteht heute im großen Umfang darin, das Funktionieren der pluralistischen Gesellschaft zu ermöglichen und ihre produktiven Kräfte zu stärken. In dem Maße, in dem der Staat zum Adressaten der Interessengruppen wurde, drang er aber auch regulierend in die Gesellschaft ein; aus dem alten Polizei- und Rechtsstaat wurde der moderne Daseinsvorsorge- und Sozialstaat.

Parallel zu der wachsenden Anteilnahme des Staates an der gesellschaftlichen Entwicklung organisierten sich die verschiedenen funktionalen Gruppen der Gesellschaft zu Interessenverbänden, deren Aufgabe primär darin besteht, ihre partikularen Interessen bei den staatlichen Organen zur Geltung zu bringen. Mit der strukturellen Verfestigung dieser sozialen Organisationen entstanden politische Machtfaktoren, auf die das Staatshandeln nicht nur Rücksicht nehmen muß, sondern die durchaus auch in der Lage sind, die Staatsorgane selbst, zumindest temporär, unter ihren Einfluß zu bringen. Dadurch aber, daß der Prozeß der staatlichen Willensbildung nicht mehr das Monopol staatlicher Organe ist, weil an ihm nunmehr auch die gesellschaftlichen Gruppen beteiligt sind, entfällt die Möglichkeit, von einer souveränen Macht des Staates als Herrschaftssubjekt und von der Einheit einer nur staatlichen Willensbildung zu sprechen. Aus dem Prozeß der Usurpation staatlich-politischer Macht durch die gesellschaftlichen Gruppen ergibt sich zugleich ein Transformationsprozeß des Staates selbst.

Damit muß aber auch die traditionelle deutsche Staatsidee, die den Staat als ursprüngliche, nicht abgeleitete und unparteiische Hoheitsgewalt versteht, aufgegeben werden, bzw. sie entlarvt sich als restaurative Ideologie. Unter den modernen gesellschaftlichen Bedingungen kann es nämlich kein staatliches Handeln und keinen Akt der Gesetzgebung mehr geben, der nicht gesellschaftliche Interessen berührt und durch gesellschaftliche Interessen mitbestimmt wird, der also in seiner praktischen Auswirkung nicht zur Parteinahme im Widerstreit der

gesellschaftlichen Gruppen gerinnt, so daß die Überparteilichkeit des Staates — wie Gustav Radbruch es ausdrückt — zur Lebenslüge des Obrigkeitsstaates geworden ist.

Wenn aber die Durchstaatlichung der Gesellschaft und die Vergesellschaftung des Staates die Scheidung der Sphären von Staat und Gesellschaft unmöglich machen, und damit auch das traditionelle deutsche Staatsbild das politische Leben nicht mehr zu erklären vermag, drängt sich die Frage auf, welches Staatsbild den modernen politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen entspricht. Zur Charakteristik dieses Staatsbildes kann auf die angelsächsische Vertragstheorie der Demokratie verwiesen werden, welche die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zwar auch kennt, sie aber niemals zum Angelpunkt ihrer Staatstheorie gemacht hat. Vielmehr gibt sich die Gesellschaft eine politische Ordnung, in der jeder einzelne frei leben und sein Glück verwirklichen kann. Dazu errichtet sie eine Regierung, die dank ihrer Herrschaft durch Gesetz dem Bürger Sicherheit, Wohlstand und freies Leben garantiert. Diese Herrschaft ist nichts Vorgegebenes, sie ist nicht *eo ipso* legitimiert, sondern sie legitimiert sich durch ihre Ausrichtung an einer vorgegebenen generell akzeptierten Wertordnung, die neben verfassungsrechtlichen Verfahrensvorschriften und Spielregeln eines fair play auch ein Minimum von regulativen Ideen generellen Charakters enthalten muß.

Das kennzeichnende Merkmal jeder pluralistischen Demokratie ist aber — nach Ernst Fraenkel — in der offenen Anerkennung der Tatsache zu finden, daß es neben dem allgemein anerkannten Wertkodex der Gesellschaft und dem ebenfalls akzeptierten System von Verfahrensregeln einen anderen Sektor des Gemeinschaftslebens gibt, einen Sozialbereich, in dem keine generelle Übereinstimmung über politische Ziele und Erfordernisse besteht, ja nicht einmal bestehen soll. Das ist der Bereich der praktischen Politik⁵. Denn jede Gesellschaft, insbesondere jede moderne Industriegesellschaft zerfällt in Gruppen entsprechend ihrer verschiedenartigen Interessen, wobei es sich bei diesen Interessen um Sonderinteressen handelt, um Teile eines Interessenspektrums, das sich aus vielen partikularen Gesichtspunkten zusammensetzt.

In einer freien Gesellschaft müssen die gesellschaftlichen Gruppen in der Lage sein, diese ihre jeweiligen Interessen ungehindert zu vertreten, sie also im politischen Raum legitim zur Geltung zu bringen, weil diese kollektive Geltendmachung partikularer Interessen erforderlich ist, um zu verhüten, daß entweder der Wille einer autokratisch-staatlichen oder der Wille eines Oligopols nicht minder autokratisch-

⁵ Vgl. hierzu Ernst Fraenkel, Demokratie und öffentliche Meinung, in: Zeitschrift für Politik, Jg. 10 N. F., 1963, S. 319 ff.