

# INHALTSÜBERSICHT

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>8</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>	<b>19</b>
<b>EINLEITUNG UND GANG DER ARBEIT</b>	<b>22</b>
<b>TEIL 1 GEMEINWOHL UND FREIHEIT IM NATIONALEN VERFASSUNGSRECHT</b>	<b>25</b>
§ 1 Gemeinwohl und Freiheit: Unbegrenzte Freiheitsvermutung oder Grundrechte unter Gemeinwohlvorbehalt?	25
A. Grundrechtsrelativierungen und -modifizierungen bei »Unerwünschtem«: Die Glücksspiel- und Sportwettenproblematik als Gemeinwohlthema	25
I. Grundrechtsausschluss wegen hoheitlicher Tätigkeit bzw. öffentlicher Aufgabe, ausgehend vom Glücksspielmonopol	25
II. Grundrechtsausschluss wegen Schutzbereichsbegrenzungen	29
III. Keine Schutzbereichsbegrenzung	34
IV. Die Lösung des BVerfG: Modifizierte Stufentheorie	35
B. Der Vergleich zu Schwangerschaftsabbrüchen: Nicht nur Grundrechtsschutz von Unerwünschtem, sondern von verfassungsrechtlich Verbotenem?	38
C. Bedenken gegen Gemeinwohl als Schutzbereichsbegrenzung	43
I. Vergleich mit anderen Spezialgrundrechten	43
II. Unterschiedliche Konsequenzen der Verortung des neminem laedere auf Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene	47
D. Theoretische Fundierung der Rechtfertigungslösung mit weiten Grundrechtstatbeständen im rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip	52
I. Fundamentalalternativen, logisches Quadrat, Freiheitsvermutung: Keine Grundrechte nach Maßgabe des Gemeinwohls	52
II. Die Alternative: Dienende Grundrechte?	59
E. Belastungen des Modells der primär unbeschränkten Freiheiten?	72
I. Schutzbereichsbegrenzungen und das Menschenbild des Grundgesetzes: Die Rede vom gemeinschaftsgebundenen und gemeinschaftsbezogenen Individuum	73
II. Nichtstörungsvorbehalte und enge Gewährleistungsgehalte, insbesondere im Hinblick auf die Auffangfunktion des Art. 2 I GG	81
III. Kritische Bewertung der Nichtstörungsvorbehalte	96
F. Schluss: Die vorzugswürdige Ansicht einer weiten Auffangfunktion und die daraus bestätigte These voraussetzungsloser und primär unbeschränkter Freiheitsrechte	116
G. Zusammenfassung von § 1	117
§ 2 Ableitungen aus der Vermutung unbegrenzter Freiheiten	121
A. Die Bedeutung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips (»Fundamentalalternativen« bzw. »logisches Quadrat«)	121
I. Gemeinwohl muss Metazweck sein, oder: über die Unmöglichkeit, eine verfassungsrechtliche Basisnorm für das Gemeinwohl im Singular zu finden	121

II.	Das Verhältnis von Gemeinwohlbindung und Grundrechtsberechtigung bei juristischen Personen	188
III.	Die Doppelnatur der Beamten: Kann der gemeinwohl- und grundrechtsverpflichtete Beamte grundrechtsberechtigt sein?	267
B.	Gemeinwohlerzeugung im System der liberalen Freiheitsvermutung	289
I.	Gemeinwohlerzeugung auf Seiten des Bürgers: Gemeinwohl durch Grundrechte und die Bedeutung der Ökonomik	289
II.	Gemeinwohlerzeugung auf Seiten des Staates – Die Bedeutung der Ökonomik? Ökonomik als Entscheidungswissenschaft mit mangelnder Verbindlichkeit	302
III.	Gemeinwohlerzeugung auf Seiten des Staates und Demokratieprinzip: Zur Bedeutung des prozeduralisierten Gemeinwohls	315
IV.	Grenzen des prozeduralisierten Gemeinwohls	344
V.	Vom nationalen Recht zum Völkerrecht: Überleitung zu Teil 2 und Exkurs zur europäischen Ebene	361
VI.	Zusammenfassung von B.	365
<b>TEIL 2</b>	<b>GEMEINWOHL UND FREIHEIT IM VÖLKERRECHT ZWISCHEN STAATEN- UND MENSCHHEITSBEZUG</b>	<b>371</b>
	Einleitung	371
§ 1	Historische Genese völkerrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen	372
A.	Gemeinwohl, Weltgemeinschaft und Staatensouveränität in der Ideengeschichte	372
B.	Begrenzte Aussagekraft der Völkerrechtshistorie und -genese für heutige Gemeinwohlvorstellungen	402
§ 2	Entwicklung des modernen Völkerrechts: Beispiele völkerrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen	407
A.	Die UN-Charta als Dokument von Gemeinwohlvorstellungen, aber nicht in toto als Weltverfassung	407
B.	Menschenrechte	411
C.	Die Friendly Relations Declaration (1970) und ihre Prinzipien zwischen universellen Belangen und Staatenautonomie	419
§ 3	Vorläufiges Fazit zu §§ 1, 2	420
§ 4	Erscheinungsformen völkerrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen	421
A.	Gemeinwohldefinitionskompetenz: Vorüberlegungen zu der Frage, wer bestimmt, was völkerrechtliches Gemeinwohl ist	421
B.	Objekt: Welche sind einzelne Gemeinwohlbelange?	424
C.	Das Subjekt des Gemeinwohls	498
§ 5	Weitere mögliche Funktionen des Gemeinwohls im Völkerecht	533
A.	Gemeinwohl als unmittelbare Völkerrechtsquelle und als Auslegungsgrundsatz	533
B.	Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit als Gemeinwohlfunktionen auch im Völkerrecht?	534
§ 6	Schluss: Thesen zum völkerrechtlichen Gemeinwohl	537
	<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>546</b>

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSÜBERSICHT</b>	<b>6</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>	<b>19</b>
<b>EINLEITUNG UND GANG DER ARBEIT</b>	<b>22</b>
<b>TEIL 1 GEMEINWOHL UND FREIHEIT IM NATIONALEN VERFASSUNGSRECHT</b>	<b>25</b>
§ 1 Gemeinwohl und Freiheit: Unbegrenzte Freiheitsvermutung oder Grundrechte unter Gemeinwohlvorbehalt?	25
A. Grundrechtsrelativierungen und -modifizierungen bei »Unerwünschtem«: Die Glücksspiel- und Sportwettenproblematik als Gemeinwohlthema	25
I. Grundrechtsausschluss wegen hoheitlicher Tätigkeit bzw. öffentlicher Aufgabe, ausgehend vom Glücksspielmonopol	25
1. Die gewillkürte Öffentlichkeit einer Aufgabe durch staatliches An-sich-Ziehen	26
2. Die genuine Hoheitsaufgabe	27
II. Grundrechtsausschluss wegen Schutzbereichsbegrenzungen	29
III. Keine Schutzbereichsbegrenzung	34
IV. Die Lösung des BVerfG: Modifizierte Stufentheorie	35
B. Der Vergleich zu Schwangerschaftsabbrüchen: Nicht nur Grundrechtsschutz von Unerwünschtem, sondern von verfassungsrechtlich Verbotenem?	38
C. Bedenken gegen Gemeinwohl als Schutzbereichsbegrenzung	43
I. Vergleich mit anderen Spezialgrundrechten	43
1. Presse- und Meinungsfreiheit, Art. 5 I GG, und deren gesellschaftliche Bedeutung als gemeinwohlbezogener Geltungsgrund?	43
2. Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG – Gemeinwohlrelevanz des kollidierenden Belanges als rangbegründend und richterlich feststellbar?	46
II. Unterschiedliche Konsequenzen der Verortung des neminem laedere auf Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene	47
1. Argumentationslast: Die »Pointe des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips«	47
2. Die Wahrung des Gesetzesvorbehaltes und der formellen Anforderungen an Gesetze	48
D. Theoretische Fundierung der Rechtfertigungslösung mit weiten Grundrechtstatbeständen im rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip	52
I. Fundamentalalternativen, logisches Quadrat, Freiheitsvermutung: Keine Grundrechte nach Maßgabe des Gemeinwohls	52
1. Kernaussagen des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips	52
2. Eine wichtige Präzisierung: Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip ist nicht dasjenige von Hobbes' Leviathan, der Dinge ungeregelt lässt, aber sie weitgehend regeln könnte	56
II. Die Alternative: Dienende Grundrechte?	59
1. Die Untauglichkeit des Art. 163 I WRV zur Begründung symmetrischer Grundpflichten	59
2. Grundrechtskonzeption nach der Integrationslehre Smends und deren Bedeutung im heutigen Verfassungsrecht	59
a) Die Integrationslehre als Maßstab der Grundrechtsauslegung	60

b)	Kritische Würdigung	66
aa)	Der historische Kontext: Grundrechtsverstärkende Liberalismuskritik	66
bb)	Die Rezeption des Bundesverfassungsgerichts	67
E.	Belastungen des Modells der primär unbeschränkten Freiheiten?	72
I.	Schutzbereichsbegrenzungen und das Menschenbild des Grundgesetzes: Die Rede vom gemeinschaftsgebundenen und gemeinschaftsbezogenen Individuum	73
1.	Einleitung: Keine zwingende Grundrechtsrelativierung nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	73
2.	Ein Sonderproblem: Gemeinschaftsgebundenheit und Gemeinschaftsbezogenheit als Relativierung der Menschenwürde?	74
3.	Sind ältere Immanenzlehren, vor allem des BVerwG, wirklich überkommen?	77
II.	Nichtstörungsvorbehalte und enge Gewährleistungsgehalte, insbesondere im Hinblick auf die Auffangfunktion des Art. 2 I GG	81
1.	Genese der jüngeren engen Tatbestandstheorien	81
2.	Die reduzierte Auffangfunktion bei Hillgruber und ein Abgleich mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	84
a)	Hillgrubers Ausgehen von Art. 12 I GG und kritische Würdigung	84
b)	Reduzierte Auffangfunktion und enge Auslegung der Meinungsäußerungsfreiheit, Art. 5 I GG	85
c)	Reduzierte Auffangfunktion bzgl. Art. 12 I GG im Glykolfall?	86
d)	Die Irrelevanz der Diskussion um Bagatellvorbehalte (»Reiten im Walde«-Rechtsprechung) bzgl. der Weite der Auffangfunktion	87
3.	Allgemeine Theorien zu Nichtstörungsvorbehalten	88
a)	Einleitung	88
b)	Nichtstörungsvorbehalt und reduzierte Auffangfunktion	89
aa)	Der Friedlichkeitsvorbehalt Isensees	89
bb)	Verwandte Ansätze	90
c)	Nichtstörungsvorbehalt und weite Auffangfunktion und der damit einhergehende Widerspruch	92
d)	Grundrechte nach Maßgabe der Gesetze (Hase)	95
e)	Nichtstörungsvorbehalte zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und unaufrichtigen Freiheitsversprechen	96
III.	Kritische Bewertung der Nichtstörungsvorbehalte	96
1.	Unzulässigkeit von Verallgemeinerungen und Aufrechterhaltung einer grundrechtlichen Privilegierung	96
2.	Die doppelte Abgrenzungsschwierigkeit und die daraus resultierenden Konsequenzen	99
a)	Die Schwierigkeiten, eine vorsätzliche Schädigung von einer bedingt vorsätzlich oder bewusst fahrlässig in Kauf genommenen Selbstgefährdung abzugrenzen	100
b)	Die Gefahren einer weiteren Ausdehnung des Grundrechtsausschlusses auf fahrlässige Schädigungen und bloße Gefährdungen und die notwendige Existenz allgemeiner Lebensrisiken	101
c)	Konsequenzen für enge Tatbestandstheorien ohne einschränkende Kriterien: Absoluter Drittschutz und Freiheitsnegation	102
aa)	Die Gefahr des absoluten Dritt- bzw. Sicherheitsschutzes	102
bb)	Insbesondere: Die untragbaren Konsequenzen bei der Einbeziehung des Gleichheitsrechts als Schutzbereichsbegrenzung	103
cc)	Gesetzgeberische Ausgestaltungsrechte bei Grundrechtskollisionen? Die Alternative von Lenz	105

d)	Konsequenzen enger Tatbestandstheorien mit einschränkenden Kriterien: Verschleierte Abwägungen	105
e)	Zusammenfassende Schlussfolgerung	108
3.	Die Lösung der Fälle privater Menschenwürdeverletzungen	108
4.	Die Zumutbarkeit der Argumentations- und Rechtfertigungslast und die Untauglichkeit des Unaufrichtigkeitsarguments für enge Tatbestandstheorien	112
F.	Schluss: Die vorzugswürdige Ansicht einer weiten Auffangfunktion und die daraus bestätigte These voraussetzungsloser und primär unbeschränkter Freiheitsrechte	116
<b>G.</b>	<b>Zusammenfassung von § 1</b>	<b>117</b>
§ 2	Ableitungen aus der Vermutung unbegrenzter Freiheiten	121
A.	Die Bedeutung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips (»Fundamentalalternativen« bzw. »logisches Quadrat«)	121
I.	Gemeinwohl muss Metazweck sein, oder: über die Unmöglichkeit, eine verfassungsrechtliche Basisnorm für das Gemeinwohl im Singular zu finden	121
1.	Position in der Staatszwecklehre und fundamentale Bedeutung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips sowie der Ablehnung eines selbstzweckhaften Staates	122
2.	Das Rechtsstaatsprinzip als Basisnorm	124
3.	Das Sozialstaatsprinzip als Basisnorm	125
a)	Das Sozialstaatsprinzip als Basisnorm gefährdet die Freiheitsvermutung	126
b)	Konsequenz: Sozialstaatsprinzip lediglich als Anknüpfungspunkt für einzelne Gemeinwohlbelange	131
c)	Exkurs: Die mangelnde Überzeugungskraft von Anderheidens Ablehnung des Sozialstaatsprinzips als Basisnorm	132
4.	Das Republikprinzip als Basisnorm	133
a)	Das Ausschlussverfahren nach Anderheiden	133
b)	Kurze Vorstellung der Kontinuitätsthese als Argument der Befürworter eines materiellen Republikprinzips	135
c)	Überschätzung der altgriechischen, speziell aristotelischen Tradition	136
d)	Ciceros res publica	138
aa)	Ciceros Republikdefinition	138
bb)	Drei Charakteristika, die die Kontinuitätsthese erschüttern könnten	139
(a)	Die res publica ist von der »äußeren« Staatsform unabhängig, Cicero bevorzugte in praxi eine Mischverfassung	139
(b)	Keine liberale von der Gemeinschaft losgelöste »Einzelheit« bei Cicero (sowie bei Plato und Aristoteles)	140
(c)	Die res publica orientiert sich an einem göttlichen Naturrecht und an festgelegten menschlichen Zielen	144
e)	Das traditionelle republikanische Freiheits- und Tugendverständnis	145
aa)	Beispiele für die Beschreibung republikanischer Bürgertugenden	145
bb)	Die Missverständnisse gegenüber Montesquieu: Montesquieu als Zwitter zwischen Tugend- und Interessendiskurs	147
(a)	Montesquieu als Verfechter des republikanischen Tugendprinzips	147
(b)	Relativierung beim Eigentum	148
(c)	Umkehrung beim monarchischen Ehrprinzip?	149
(aa)	Grundsätzlich keine negative Ausstrahlung auf das republikanische Tugendprinzip	149
(bb)	Vermischungen zwischen Tugend und Ehre	149
(cc)	Inbeziehungsetzung und ggf. Rang zwischen monarchischer Ehre und republikanischer Tugend	151

(dd) Insbesondere: Ist die Ehre doch kein Privatinteressenbegriff?	153
(d) Fazit: Montesquieu als pragmatischer Utilitarist und idealistischer Republikaner	156
cc) Die republikanische als Gegensatz zur liberalen Freiheit	157
dd) Das traditionell vor- statt aufgegebene Gemeinwohl im materiellen Republikanismus sowie die Irrelevanz von Machiavellis »republikanischer Freiheit«	159
ee) Die mangelnde Präzision und Konsequenz moderner Autoren	161
(a) Die rechtliche Irrelevanz republikanischer Erwartungen	161
(b) Gegenprobe Schachtschneider: Die rechtliche Relevanz und die Inkompatibilität eines solchen Republikanismus mit dem Grundgesetz	167
(c) Explizite Begründungen eines »dritten Weges«?	169
ff) Zwischenbilanz: Keine bruchlose republikanische Tradition	170
f) Die Bedeutung des Amtsprinzips	173
aa) Die doppelte Ambivalenz des Amtsprinzips	174
bb) Die Außerachtlassung der freiheitlichen Sphäre: Republikprinzip vs. rechtsstaatliches Verteilungsprinzip	177
g) Die Unvereinbarkeit des materiellen Republikverständnisses mit der Freiheitlichkeit der staatsfernen Sphäre	178
h) Die Gefahren eines republikanischen Metazwecks	180
5. Was einen Metazweck von einem klassischen Staatszweck unterscheidet und warum man für das Gemeinwohl keine positive Basisnorm finden muss	182
<b>6. Zusammenfassung von I.</b>	<b>184</b>
II. Das Verhältnis von Gemeinwohlbindung und Grundrechtsberechtigung bei juristischen Personen	188
1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts, speziell Gemeinden und öffentliche Sparkassen	190
a) Rechtsprechungsentwicklung auf Bundesebene	192
aa) Ältere Entscheidungen	192
bb) Insbesondere: Die Sasbach-Entscheidung des BVerfG und ihre Folgen	194
b) Neuere Rechtsprechung zur Grundrechtsberechtigung von Sparkassen	197
c) Abweichende Rechtsprechung des BayVerfGH	200
d) Die These von der Grundrechtsfähigkeit nach Maßgabe der Grundrechtssicherungsaufgabe (Frenz)	203
2. Juristische Personen, auf die der Staat einwirkt: Eigengesellschaften, gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, Betrauung mit öffentlicher Aufgabe ohne staatliche Beteiligung	204
a) Allgemeine Rechtsprechung, speziell des Bundesverfassungsgerichtes	205
b) Rechtsprechung zu Nachfolgeunternehmen von Bundespost und Bundesbahn	208
aa) Überblick	209
bb) Rückschlüsse aus der Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung? Rechtsprechung zu den Nachfolgeunternehmen und anderen Unternehmen in Privatrechtsform, Literaturmeinung der »abgestuften Grundrechtsbindung«, Bedeutung des Konfusionsarguments	212
(a) Die Besonderheiten der Bindung an Art. 10 GG	212
(b) Die auf Stern gestützte abgestufte Grundrechtsbindung	213
(c) Die Würdigung der abgestuften Grundrechtsbindung im Angesicht des Konfusionsarguments	214

(d) Die Grundrechtsbindung der Postbank AG (seinerzeit eine Eigengesellschaft) gemäß dem BGH	216
3. Kritische Bewertung von Rechtsprechung und Literatur zur Grundrechts- berechtigung und -bindung juristischer Personen des öffentlichen Rechts	218
a) Irrelevanz der Gemeinwohlfunktion	218
b) Alternative: Strikte Negation der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts	221
c) Insbesondere: Die fehlende Verallgemeinerungsfähigkeit der Ausnahmetrias	223
4. Kritisch Bewertung bezüglich juristischer Personen des Privatrechts	226
a) Kritik an personalen Ansätzen	226
b) Kritik an funktionalen Ansätzen	227
c) Kritik an influenzierenden Ansätzen	229
d) Alternativen	231
aa) Verantwortungsstufe und besondere öffentliche Zweckbindung	231
bb) Interessenkongruenz und Interessendivergenz	232
e) Schlussfolgerungen für Eigengesellschaften	236
f) Schlussfolgerungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	239
aa) Zustimmung zur Kritik an funktionalen Ansätzen – auch PPP-Normierungsbestrebungen implizieren keinen Grundrechtsverzicht	239
bb) Kein rechtsformaler Ansatz	243
cc) Keine Differenzierung zwischen dem Unternehmen und der einwirkenden öffentlichen Hand	244
dd) Kein voller Schutz wegen des Schutzes der privaten Anteilseigner	245
ee) Kein handlungsformaler und kein gemeinschaftsrechtlicher Ansatz	246
ff) Influenzierende Ansätze: Vergleich mit den Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung zur In-house-Vergabe	248
(a) Rechtsprechung in der Sache »Teckal«	248
(b) Folgerechtsprechung und Diskussion in der Literatur	250
(aa) »Stadt Halle«, »Stadt Mödling« und »ANAV«: Wegfall der hinreichenden Kontrollmöglichkeit bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	250
(bb) »Parking Brixen« und »Carbotermo«: Flexible Betrachtungsweise	251
(cc) Generalanwälte und Literatur	252
gg) Zusammenfassung und Entscheidung – flexibler influenzierender Ansatz mit vermutungsweiser Grundrechtsberechtigung, der aber nicht mit einem Interessenansatz zu vermengen ist	253
g) Schlussfolgerungen für Betrauung mit Gemeinwohlaufgaben ohne staatliche Beteiligung	256
h) Bewertung der Rechtsprechung aufgrund der gefundenen Ergebnisse	256
aa) Juristische Personen des Privatrechts, die vom Staat ohne dessen Beteiligung mit Gemeinwohlaufgaben betraut sind	256
bb) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	257
cc) Eigengesellschaften	258
dd) Gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften	259
5. Fazit und Fortgang	260
<b>6. Zusammenfassung von II.</b>	<b>261</b>
III. Die Doppelnatur der Beamten: Kann der gemeinwohl- und grundrechtsverpflichtete Beamte grundrechtsberechtigt sein?	267

1. Problemaufriss: Die mögliche Kollision von Gemeinwohlverpflichtung und Grundrechtsberechtigung bei einer natürlichen Person	267
2. Grundzüge von Rechtsprechung und Lehre – der Irrtum vom Bruch mit dem besonderen Gewaltverhältnis	268
a) Die historischen Grundlagen der Rechtsprechung und Lehre, speziell bei Ule und Rupp	269
b) Neuere Tendenzen, speziell im Hinblick auf das Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts	273
c) Faktische Negation der Doppelnatur des Beamten und Revitalisierung des besonderen Gewaltverhältnisses? Insbesondere das Minderheitenvotum im Kopftuchfall	276
3. Abgestufte Grundrechtsgeltung	281
a) Grundsatz: Kein genereller Grundrechtsausschluss	281
b) Grundrechtsausschluss in besonderen Fallgruppen?	281
c) Abstufungen im Einzelnen (Amt, Dienst, Privatheit)	283
4. Fazit: Grundrechtsberechtigung als widerlegbare Vermutung	283
5. Ein Anachronismus des Bundesverfassungsgerichts? Die Alimentation des Beamten als grundrechtsgleiches Recht	284
6. Schluss	287
<b>7. Zusammenfassung von III.</b>	<b>288</b>
B. Gemeinwohlerzeugung im System der liberalen Freiheitsvermutung	289
I. Gemeinwohlerzeugung auf Seiten des Bürgers: - Gemeinwohl durch Grundrechte und die Bedeutung der Ökonomik	289
1. Der homo oeconomicus und seine Kritiker: Die unvermeidliche Konsequenz aus der liberalen Freiheitsvermutung ist die »ökonomische Vermutung«	289
a) Das Mandeville-Paradoxon und die unsichtbare Hand des Marktes (Smith)	290
b) Der homo oeconomicus als Menschenbild des GG oder wirtschaftspolitische Neutralität?	291
c) Bestätigung in der Staatsrechtslehre und Relativierung bei Rupp	297
2. Die Irrelevanz der ökonomischen Theorie des Rechts in der staatsfernen Sphäre des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips und die Erhärtung der liberalen bzw. ökonomischen Vermutung	299
II. Gemeinwohlerzeugung auf Seiten des Staates – Die Bedeutung der Ökonomik? Ökonomik als Entscheidungswissenschaft mit mangelnder Verbindlichkeit	302
1. Der Untersuchungsgegenstand der Ökonomischen Theorie des Rechts	302
2. Von der Wohlfahrtsökonomik zur Neuen Institutionenökonomik	303
a) Die neoklassische Wohlfahrtsökonomik: Gemeinwohl als Allokationseffizienz, das Unmöglichkeitstheorem nach Condorcet und Arrow und die daraus resultierende Unmöglichkeit, Gemeinwohl demokratisch frei zu generieren	303
b) Lösung über Abkehr von der Allokationseffizienz? Die Neue Institutionenökonomik und ihre für die ÖTR bedeutendsten Spielarten sind versteckt wohlfahrtsorientiert oder haben den Gemeinwohlbezug verloren	305
3. Die Unverbindlichkeit der ÖTR als verfassungsrechtlicher Maßstab und die durch das Demokratieprinzip gesetzten Grenzen	308
a) Die singulären Grenzen der Verfassung und die daraus resultierende Offenheit für demokratische Prozeduralisierungen des Gemeinwohls	308
b) Die Untauglichkeit des Versuchs Anderheidens, mit Condorcet, Arrow und Ostrogorski die Bedeutung des Demokratieprinzips für die staatliche Gemeinwohlerzeugung zu negieren	311



III. Gemeinwohlerzeugung auf Seiten des Staates und Demokratieprinzip: Zur Bedeutung des prozeduralisierten Gemeinwohls	315
1. Theorien demokratisch-prozeduraler Gemeinwohlkonzepte	316
a) Grundzüge	316
b) Die pluralistische Variante	318
aa) Begriffliche Abgrenzung und Grundaussagen, speziell mit Blick auf Fraenkel	318
bb) Der Unterschied gegenüber Kaisers Repräsentation organisierter Interessen	320
cc) Die Stellung des Pluralismus i.e.S. in Grundgesetz, Rechtsprechung und Lehre	321
(a) Zustimmung, Kritik und Gegenkritik in der Lehre	321
(b) Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts	323
c) Die republikanische Variante (Isensee)	325
d) Die diskurstheoretische Variante (Habermas)	328
aa) Die Diskurstheorie als Spielart der Theorie vom prozeduralen Gemeinwohl	328
bb) Die mögliche Bedeutung im positiven Verfassungsrecht	331
e) Zwischenergebnis	335
2. Kritiker des prozeduralen Gemeinwohlbegriffs	335
a) Anderheiden, Offe, Engel: Unterkomplexe Kritik	335
b) Die Irrelevanz materieller oder prozedural-absoluter Gemeinwohlbelange, über deren Inhalt und Erzeugungsmethode nicht die Verfassung selbst entscheidet	337
aa) Die <i>volonté générale</i> Rousseaus	337
bb) Das »wahre Interesse« modernerer Prägung (Wolff, Stober)	340
cc) Die »radikaldemokratische« Variante Dürigs	342
IV. Grenzen des prozeduralisierten Gemeinwohls	344
1. Grenzenloser Prozeduralismus bei Luhmann und Schachtschneider	344
2. Die Notwendigkeit von Grenzen und die diesbezüglichen Schwächen bei Fraenkels <i>consensus omnium</i>	345
3. Aus der Grundentscheidung des GG für die Marktwirtschaft folgt ein ordoliberales Gebot	351
a) Allgemeine Begründung des ordoliberalen Gebots	352
b) Begründung mit dem <i>neminem laedere</i>	356
c) Die mangelnde Eindeutigkeit der Begrenzungsfunktion des ordoliberalen Gebots	358
4. Der individualrechtliche Mindeststandard, oder: Das Ganze setzt sich doch aus Teilen zusammen	360
V. Vom nationalen Recht zum Völkerrecht: Überleitung zu Teil 2 und Exkurs zur europäischen Ebene	361
VI. Zusammenfassung von B.	365

## TEIL 2 GEMEINWOHL UND FREIHEIT IM VÖLKERRECHT ZWISCHEN STAATEN- UND MENSCHHEITSBEZUG

Einleitung	371
§ 1 Historische Genese völkerrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen	372
A. Gemeinwohl, Weltgemeinschaft und Staatensouveränität in der Ideengeschichte	372
I. Antike	372

II. Mittelalter: Die Einheit des Gottesvolkes	374
III. Spanische Spätscholastik	375
1. Francisco de Vitoria (um 1493–1546)	375
2. Francisco Suárez (1548–1617)	377
IV. Alberico Gentili (1552–1608)	380
V. Hugo Grotius (1583–1645)	381
VI. Christian Wolff (1679–1754)	382
VII. Emer de Vattel (1714–1767): Souveränität und Solidarität	383
VIII. Die Negation des überstaatlichen Völkerrechts und das Primat der Souveränität, z.B. bei Kant und Hegel	390
IX. Abkehr vom völkerrechtlichen Voluntarismus? Das Beispiel Kelsens	396
B. Begrenzte Aussagekraft der Völkerrechtshistorie und -genese für heutige Gemeinwohlvorstellungen	402
I. Die Beliebigekeitsfalle – Kritik an Oeters These vom Gemeinwohl als Ursprung allen Völkerrechts	402
II. Das Westfälische System – keine Emanzipation von Staateninteressen	405
§ 2 Entwicklung des modernen Völkerrechts:	
Beispiele völkerrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen	407
A. Die UN-Charta als Dokument von Gemeinwohlvorstellungen, aber nicht in toto als Weltverfassung	407
B. Menschenrechte	411
I. Einleitung: Die Frage nach dem Grund der Menschenrechte als völkerrechtlichem Gemeinwohlbelang	411
II. UN-Charta (1945) und Vorläufer	412
III. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948)	414
IV. UN-Völkermordkonvention (1948)	415
V. Genfer Konventionen (1949) bzw. Zusatzprotokolle (1977)	416
VI. Wiener Konsularrechtskonvention (1963) und Rechtsprechung	416
VII. IPbpR, IPwskR (1966)	417
VIII. Weitere Erklärungen, die den universellen Charakter von Menschenrechten betonen	417
C. Die Friendly Relations Declaration (1970) und ihre Prinzipien zwischen universellen Belangen und Staatenautonomie	419
§ 3 Vorläufiges Fazit zu §§ 1, 2	420
§ 4 Erscheinungsformen völkerrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen	421
A. Gemeinwohldefinitionskompetenz: Vorüberlegungen zu der Frage, wer bestimmt, was völkerrechtliches Gemeinwohl ist	421
I. Gemeinwohl ohne Weltstaat	421
II. Alternativen	422
1. Lex humana, Globalverfassung, nichtstaatliche Herausbildung von konsensfähigen Gemeinwohlvorstellungen	422
2. UN-Monopolisierungen	423
B. Objekt: Welche sind einzelne Gemeinwohlbelange?	424
I. Menschenrechte, menschenrechtlicher Mindeststandard: Emanzipation von staatlicher Medialisierung	424
1. Problem der Heterogenität von Menschenrechtsvorstellungen: Universalität wenigstens eines Mindeststandards?	425
a) Keine Universalität »der Menschenrechte«	425
b) Inhalt eines Mindeststandards	429

aa)	Vorgeschlagene Kataloge in der Völkerrechtswissenschaft	429
bb)	Auflösung der Divergenzen	433
(a)	Kultureller Relativismus, formelle oder materielle Homogenität?	433
(b)	Auswahl der Rechte: <i>Ius cogens</i> mit der Konsequenz einer <i>Erga-omnes</i> -Verpflichtung	434
(c)	Inhalt der Rechte: Zwischen universellem Minimalkonsens und kultureller Hegemonie	438
(aa)	Schutz vor Völkermord und Sklaverei als kleinster gemeinsamer Nenner und Kriterien zur weiteren Inhaltsermittlung	439
(bb)	Verletzungsbezogener Schutz: Folter	442
(cc)	Verletzungsbezogener Schutz: Apartheid	443
(dd)	Schutzgutsbezogenes Recht: Demokratie	444
(ee)	Schutzgutsbezogenes Recht auf Leben bzw. Verletzungsbezogener Schutz vor dessen gezielter Vernichtung aus erkennbar nachrangigen Gründen	446
(ff)	Schnittstelle zwischen Schutzguts- und Verletzungsbezogenheit? Menschenwürde	448
2.	Gemeinwohl als Menschenrechtsbegrenzung	450
II.	Gemeinschaftsgüter im Sinne eines gemeinsamen Erbes der Menschheit – inklusive Ausführungen zum »Gemeinwohlsubjekt«	450
1.	Begriffliche Klarstellungen zum Gemeinwohlsubjekt: Gemeinwohlbegünstigung und Gemeinwohlberechtigung	450
2.	Das Menschheitserbe in staatsfreien Räumen bzw. Staatengemeinschaftsräumen	451
3.	Schlussfolgerung: Antistaatliche oder staatenbasierte Konzeption?	454
a)	Die Menschheit als Berechtigter und die Vermittlung der Begünstigung	454
b)	Gemeinschaft von Staaten als Berechtigte gemäß <i>Erga-omnes</i> -Verpflichtungen	455
4.	<i>Ius cogens</i> auch hier als Gradmesser für einen universellen Belang?	456
III.	Nutzenmaximierung	457
1.	Beispiele für Wohlfahrtsmaximierung als Gemeinwohlbelang	457
a)	Friendly Relations Declaration (1970)	457
b)	Freier Welthandel im WTO-Regime	459
2.	Rechtsökonomik, politische Theorie, Rawls und seine Epigonen: Lassen sich Vorstellungen von globaler Gütermaximierung theoretisch stützen?	460
a)	Einleitung und Schematisierung der vorgestellten Modelle	460
b)	Die Völkerrechtsökonomik nach ihrem Selbstverständnis	462
c)	Politische Theorie der internationalen Beziehungen: Realismus und die voluntaristische Abwandlung von Goldsmith/Posner	463
d)	Die Spielarten des Liberalismus	466
e)	Der Zusammenhang zwischen Radikalrawlsianern und rein wertbasierter politischer Philosophie	469
f)	Schluss: Rechtsökonomik und Entscheidungstheorien im völkerrechtlichen Chaos der Beliebigkeit	470
IV.	Umweltschutzgüter	471
V.	Souveräne Staatengleichheit als einziger völkerrechtlicher Gemeinwohlbelang (Isensee)	473
1.	Zur Ablehnung des institutionalisierten Gemeinwohls	474
2.	Zur souveränen Staatengleichheit als Gemeinwohlbelang	476

VI. Schlussfolgerung: Was ist das »Gemeine«, was das »Wohl«?	478
VII. Kollision einzelner Belange	480
1. Beispiel WTO-Regime	480
a) Grundsätzliche Gleichrangigkeit mit Ausnahme des <i>ius cogens</i>	480
b) Freihandel und kollidierende Gemeinwohlbelange im WTO-Übereinkommen selbst	481
c) Freihandel und kollidierende Gemeinwohlbelange in anderen Übereinkommen	482
2. Beispiel humanitäre Interventionen:	
Kollision von Weltfrieden, souveräner Staatengleichheit und Interventionsverbot sowie menschenrechtlichem Mindeststandard	484
a) Ist souveräne Staatengleichheit/Interventionsverbot überhaupt ein Gemeinwohlbelang?	484
aa) Souveräne Staatengleichheit und Interventionsverbot als Selbstzweck	485
bb) Souveräne Staatengleichheit und Interventionsverbot als Mittel zum Zweck eines Gemeinwohlbelanges (u.a. Isensee)	486
b) Zur Behandlung der Kollision	489
aa) Inwieweit dienen die kollidierenden Belange (potenziell) dem Weltfrieden?	490
bb) Vorläufige Schlussfolgerung: Menschenrechte als einziger autonomer Gemeinwohlbelang	496
cc) Ausblick: Entscheidend wird sein, wer entscheidet – auch bei der »responsibility to protect«	497
C. Das Subjekt des Gemeinwohls	498
I. Gemeinwohlbegünstigte	498
II. Gemeinwohlberechtigte: Wer hat das Recht oder auch die Pflicht zur Gemeinwohlsicherung und -inhaltsbestimmung?	499
1. Einleitung und Schwerpunktsetzung	499
2. Einzelne Staaten	501
3. Institutionalisierte = monopolisierte Gemeinwohlberechtigung? Nochmals humanitäre Interventionen	501
a) Einzig der UN-Sicherheitsrat bestimmt das Gemeinschaftsinteresse und kümmert sich um dessen Durchsetzung	503
b) Rechtsmissbrauch im Sicherheitsrat und die daraus abzuleitenden Folgen	504
aa) These von der fehlenden Voraussetzungslosigkeit des UN-Gewaltmonopols – eine Einführung	505
bb) Untauglichkeit von Versuchen der schlichten Gemeinwohlmaterialisierung: das ungelöste Quis-iudicabit-Problem	507
cc) Untauglichkeit einer Begründung mit der <i>bona fides</i>	510
c) Rechtsmissbrauch beim Handeln außerhalb des Sicherheitsrats	513
d) Exkurs: Die »responsibility to protect« und das ungelöste Quis-iudicabit-Problem	515
e) Fazit	516
III. Verpflichtete des völkerrechtlichen Gemeinwohls	519
1. Privatpersonen inclusive juristischer Personen und Staatsdiener	520
a) Die Individualverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht bzw. vor dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) sowie im Schadensersatzrecht	520
b) Juristische Personen, speziell international agierende Unternehmen	522

aa) Übertragung der nationalrechtlichen Staatenverantwortlichkeit auf private Gefährdungen des völkerrechtlichen Gemeinwohls?	522
bb) Alternative (1): Schutz des völkerrechtlichen Gemeinwohls nach Maßgabe des jeweiligen Staatsrechts	524
cc) Alternative (2): Direkte völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Privaten	526
2. Staaten als Gemeinwohlverpflichtete	527
a) Die Verantwortlichkeit der verletzenden Staaten: Schadensersatz und allgemeine Kodifizierungsbemühungen	527
b) Exkurs: UN-Gemeinwohlmonopolisierung und Pflichten von Drittstaaten	531
§ 5 Weitere mögliche Funktionen des Gemeinwohls im Völkerrecht	533
A. Gemeinwohl als unmittelbare Völkerrechtsquelle und als Auslegungsgrundsatz	533
B. Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit als Gemeinwohlfunktionen auch im Völkerrecht?	534
<b>§ 6 Schluss: Thesen zum völkerrechtlichen Gemeinwohl</b>	<b>537</b>
A. Gemeinwohl als Völkerrechtsgenese	537
B. Bewertung der in § 1 A. vorgestellten völkerrechtlichen Ideengeschichte für moderne Konzepte völkerrechtlichen Gemeinwohls	537
C. Tatsächliche geschichtliche Weiterentwicklung	539
D. Detailanalyse völkerrechtlichen Gemeinwohls	540
I. Das Objekt des Gemeinwohls	540
1. Menschenrechte	540
2. Weitere Gemeinwohlbelange	541
3. Kollisionen	542
II. Das Subjekt des Gemeinwohls	543
1. Begünstigte	543
2. Berechtigte	543
3. Verpflichtete	544
III. Weitere Gemeinwohlfunktionen	545
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>546</b>